

ADVOGADA

ANO VIII - Nº 15 - NOV | 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
revista@advocef.org.br

Revista de Direito da ADVOCEF. Porto Alegre, ADVOCEF, v.1, n.15, 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: *Athalaia Gráfica e Editora*

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 da Economia e da Empresa pela Fundação Getúlio Vargas e Especialista em Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e Direito Previdenciário pela 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
---------------------------	----------

PARTE 1 – ARTIGOS

Efetividade, tempo e isonomia dos direitos no contexto processual constitucional

<i>Gryecos Attom Valente Loureiro e Camille Ferreira Missick Guimarães</i>	<i>13</i>
--	-----------

O princípio da justiça formal na justificação das decisões jurídicas: considerações acerca da formação e aplicação dos precedentes jurisprudenciais sob a forma de direito sumular

<i>Pedro Jorge Santana Pereira</i>	<i>33</i>
--	-----------

O novo marco legal nacional da regularização fundiária: possibilidades e limitações da atuação do Poder Público

<i>Pedro Araújo e Solange Gonçalves Dias</i>	<i>55</i>
--	-----------

O perecimento dos saldos (e correspondentes direitos) dos depósitos populares efetuados no século passado

<i>Marcos Vinícius de Andrade Ayres</i>	<i>81</i>
---	-----------

A penhora de bem imóvel alienado fiduciariamente

<i>Daniel Barbosa Lima Faria Corrêa de Souza</i>	<i>101</i>
--	------------

O princípio da igualdade e as limitações ao ingresso no Simples Nacional

<i>Débora Couto Cançado Santos</i>	<i>119</i>
--	------------

Análise da viabilidade de cláusula coletiva autônoma no que tange ao estabelecimento de culpa recíproca e indenização de 20% como hipótese de saque do FGTS

<i>Marcos Ulhoa Dani</i>	<i>147</i>
--------------------------------	------------

Embargos de declaração no processo do trabalho. Objeto. Efeito Modificativo. Necessidade do contraditório

<i>João Pedro Silvestrin</i>	<i>161</i>
------------------------------------	------------

PARTE 2 – JURISPRUDÊNCIA

Superior Tribunal de Justiça

Recurso Especial repetitivo. Ações revisional e de busca e apreensão convertida em depósito. Contrato de financiamento com garantia de alienação fiduciária. Capitalização de juros. Juros compostos. Decreto 22.626/1933 Medida Provisória 2.170-36/2001. Comissão de permanência. Mora. Caracterização 185

Superior Tribunal de Justiça

Contrato de conta-corrente. Cabimento da ação de prestação de contas (súmula 259). Interesse de agir. Revisão de cláusulas contratuais. Comissão de permanência, juros, multa, tarifas. Impossibilidade 215

Superior Tribunal de Justiça

Sistema Financeiro da Habitação. Pedido de cobertura securitária. Vícios na construção. Agente financeiro. Illegitimidade 229

Superior Tribunal de Justiça

Antecipação de tutela concedida. Sentença de improcedência. Responsabilidade objetiva pelos danos causados pela execução da tutela antecipada. Arts. 273, § 3º, Art. 475-O, Incisos I e II, e Art. 811, parágrafo único, do CPC. Indagação acerca da má-fé do autor ou da complexidade da causa. Irrelevância. Responsabilidade que independe de pedido, ação autônoma ou reconvenção 245

Superior Tribunal de Justiça

Reclamação. Apresentação de extratos pela instituição financeira. Multa diária. Juizado especial. Descabimento 267

Tribunal Superior do Trabalho

Recurso de revista. Desvirtuamento do contrato de estágio. Sociedade de economia mista. Impossibilidade de reconhecimento de vínculo de emprego. Efeitos. Súmula Nº 363 do TST 271

Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Ação de exibição de documentos incidental em ação de conhecimento sobre conta vinculada ao FGTS. Responsabilidade pela apresentação de extratos. CEF. Banco depositário 277

PARTE 3 – NORMAS EDITORIAIS DE PUBLICAÇÃO 285

■ APRESENTAÇÃO

Vinte anos de ADVOCEF. Oitavo ano desta Revista de Direito, agora em seu 15º volume.

A história é construída por obras representativas da multiplicidade dos pensamentos jurídicos. Nesta edição repetem-se o cuidado, o esmero, a dedicação e o carinho, atributos que os Autores conferiram às suas obras em prol de leitores mais exigentes.

A recíproca qualificação é parte indissociável do progresso intelectual, decorrente do natural amadurecimento de ideias expressas de forma inédita.

E a distribuição deste exemplar coincide com o histórico julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da Ação Penal nº 470, resultado que ecoou junto à sociedade como sinal do fim da impunidade. Igualmente houve projeção ímpar, no meio jurídico, face à multiexplicitação da teoria do domínio do fato e pelos acirrados debates e diálogos, condutores de ideias em sentidos opostos, extremando as posições e deixando clara a diversidade do pensar.

São fatos e pontos relevantes, que produzirão, por certo, frutos em todas as searas, especialmente no mundo do Direito.

A seu turno, a Revista de Direito da ADVOCEF permanece fiel a seus propósitos como veículo de estímulo à produção científica na área jurídica, fonte de informação, de consulta e de pesquisa.

Ótima leitura.

Diretoria Executiva da ADVOCEF

PARTE 1

ARTIGOS

Efetividade, tempo e isonomia dos direitos no contexto processual constitucional

Gryecos Attom Valente Loureiro

Advogado da CAIXA no Rio de Janeiro

Professor do Centro Universitário Geraldo Di Biasi/RJ

Mestrando em Hermenêutica e Direitos

Fundamentais pela UNIPAC/JF

MBA em Direito Empresarial pela FGV/RJ

Pós-graduado em Direito Processual Civil

pela UNISC/RS

Camille Ferreira Missick Guimarães

Professora da Universidade Estácio de Sá/RJ

Mestranda em Hermenêutica e Direitos

Fundamentais pela UNIPAC/JF

Pós-graduada em Direito Processual Civil

pela UNESA/RS

RESUMO

O presente estudo visa a discutir a necessidade de efetivação dos direitos fundamentais estabelecidos na constituição, de molde a assegurar seu exercício por todos os seus destinatários. O ponto central da investigação parte das causas que levam ao distanciamento entre esses direitos e seus beneficiários. Nesse caminho de análise, serão abordados o impacto causado pelo tempo de duração do processo judicial, a necessidade de existência de sistemas de assistência judiciária gratuita para os necessitados, bem como alguns dos meios processuais existentes no direito brasileiro com vista ao alcance da efetividade. O tema conduz a uma abordagem de aspectos de hermenêutica constitucional como pressuposto lógico da análise científica do problema apresentado. Para tanto, utiliza-se a metodologia de pesquisa bibliográfica que consiste, basicamente, na leitura, no fichamento e na comparação das teorias dos principais autores do Direito que tratam desse problema. Partindo-se do pressuposto de que há direitos fundamentais estabelecidos na constituição e seu exercício esbarra em diversos óbices pragmáticos, “Efetividade, tempo e isonomia dos direitos no contexto processual constitucional” é um tema que se apresenta como de grande relevância para todo operador do direito.

Palavras-chave: Efetividade. Processo. Tempo. Igualdade de direitos.

ABSTRACT

The present study aims to address the need for enforcement of fundamental rights established in the constitution, so as to ensure their enjoyment by all its recipients. The focus of the investigation starts on the causes that lead to estrangement between these rights and beneficiaries. In this way the analysis will be discussed the impact caused by the duration of the judicial process, the need for existence of systems of legal aid to the needy, as well as some of the remedies existing under Brazilian law for the achievement of effectiveness. The theme leads to an approach to constitutional aspects of hermeneutics, as logical assumption scientific analysis of the problem presented. For the present study, we use the methodology of literature research that basically consists in reading, cataloging and comparison of the theories of the principal authors of the law that deal with this problem. Starting from the assumption that there are fundamental rights established in the constitution and that its exercise runs into several obstacles pragmatic, "Effectiveness, time and equality of rights in constitutional procedural context" is a theme that presents itself as relevant for all law students.

Keywords: Effectiveness. Process. Time. Equality of rights.

Introdução

A atenção dedicada aos direitos fundamentais, especialmente após o advento da Constituição de 1988, reflete a evolução do direito constitucional brasileiro quanto à positivação das garantias fundamentais do indivíduo.

Tem-se observado, entretanto, a carência de meios, políticas e ações que efetivem esses direitos, impossibilitando que todo cidadão os possa usufruir em sua magnitude. Busca-se com o presente estudo verificar aspectos que envolvam a problemática em questão, ou seja, a necessidade de efetivação dos direitos fundamentais.

O Poder Judiciário passa a ser o órgão guardião desses direitos, no sentido de assegurar que essas garantias individuais, que essa luz que emana da Constituição ilumine adequadamente toda a atuação do Estado, especialmente na sua relação com o particular. Nesse contexto, o processo é apresentado como o instrumento por excelência para a realização concreta de um direito fundamental negado ou violado.

Ocorre que este próprio instrumento de efetivação – o processo – demonstra claros sinais de ineficiência, especialmente pelo fator temporal. A demora na conclusão do processo tem sido apon-

tada, não só no campo da ciência jurídica, como um grande contribuinte da inefetividade dos direitos, na medida em que é senso comum que justiça tardia não é justiça.

Diante disso, são analisadas medidas processuais hábeis a servirem de meio – e fim – para o atingimento dessa meta efetivatória.

1 Direitos Fundamentais e a Constituição de 1988

Muito já se falou sobre os direitos fundamentais na Constituição Cidadã. O tema, de novel no texto constitucional brasileiro, passou a ser comezinho ao operador do direito e cada vez mais tem inspirado toda a produção legislativa infraconstitucional, bem como tem norteado a aplicação do direito pelo Poder Judiciário.

Precisa síntese dos conceitos presentes na doutrina constitucional brasileira sobre o tema é encontrada em Moraes (2001, p. 57-58), quando apresenta a classificação de direitos fundamentais de *primeira, segunda e terceira gerações*, baseando-se na ordem histórica cronológica em que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos. Assim, os *direitos fundamentais de primeira geração* são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas), os de *segunda geração* são os direitos sociais, econômicos e culturais surgidos no início do século XX (trabalho, previdência, saúde etc.). Já os de *terceira geração* são os chamados *direitos de solidariedade ou fraternidade*, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida entre outros direitos difusos.

Barroso (2001, p. 82, grifos do autor) delimita muito bem o ponto ao qual o presente estudo está circunscrito quando fala

no âmbito dos direitos *individuais*, cuja origem se encontra ligada às revoluções liberais e às declarações delas resultantes. Os direitos individuais, freqüentemente referidos como *liberdades públicas*, são a afirmação da personalidade humana. Talhados no individualismo liberal e dirigidos à proteção de valores relativos à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, contêm limitações ao poder político, traçando a esfera de proteção jurídica do indivíduo em face do Estado. Os direitos individuais impõem, em essência, deveres de abstenção aos órgãos públicos, preservando a iniciativa e a autonomia dos particulares. Na Constituição brasileira em vigor, eles se concentram na extensa enunciação dos 77 incisos do art. 5.¹

¹ A Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, introduziu o inciso LXXVIII ao art. 5º da CRFB.

Esse olhar da constituição para o indivíduo, sendo os direitos deste indivíduo encarados como *liberdades públicas*, é também encontrado em Nogueira (2003, p. 415-420)

Do direito Constitucional clássico, que atingiu seu ponto culminante com o modelo do Estado Democrático de Direito, passa-se a um plano ainda mais elevado, o supradireito das Liberdades Públicas moldado no Estado Democrático dos Direitos Humanos.

[...] O ocaso de uma era é a aurora de outra moldada na experiência passada, mas modelada em um mundo completamente renovado.

Um Direito outra vez humanizado para o “homem do terceiro milênio” pós-burguês. É nessa perspectiva que na incessante busca de uma Ordem Jurídica Justa (dever de todo jurista e também de cada cidadão, cada ser humano, mas especialmente do jurista...), o objetivo fundamental, senão o único, é alçar o Direito [...] como a matriz, ou centro gravitacional, dos demais sistemas ou ordens.

No tocante aos direitos fundamentais, nosso ponto de estudo ficará delimitado aos direitos chamados de terceira geração, na medida em que sua efetivação se apresenta, na prática, bem mais tormentosa que nas gerações anteriores.

2 Agentes da efetividade dos direitos fundamentais

A questão da titularidade da efetivação dos direitos fundamentais sempre foi tema de discussão no âmbito acadêmico, sendo um conceito em constante evolução, diante das próprias mudanças históricas que afetaram o instituto.

O processo evolutivo da relação do Estado com os jurisdicionados tem por início a titularidade inicial quase que exclusiva em mãos do Poder Legislativo, através da elaboração de leis que garantissem tais direitos. Passado o tempo, o foco migrou para o Poder Executivo, pela possibilidade de realizar tais direitos através de políticas públicas específicas. Tempos depois, seja pela inércia do Poder Legislativo, seja pela ineficiência ou inexistência de políticas públicas adequadas, a titularidade muda para o Poder Judiciário, sendo hoje o atual guardião dos direitos dessa envergadura.

Abordando esse contexto histórico, especialmente a passagem de titularidade do Legislativo para o Executivo, Alves (2006, p. 21-23) esclarece que

[...] mais adiante [...] o protagonismo passou a ser exercido pelo Poder Executivo. Do “governo” se esperava

que tomasse medidas concretas mediante programas e serviços bem estruturados, capazes de assegurar condições suficientes de qualidade de vida, especialmente no campo da saúde, educação e previdência social. Tal fase [...] o chamado Estado Social de Direito [...] passou a ser designado Estado do Bem-Estar Social (do inglês *Welfare State*), ou Estado Providência (do francês *Etat Providence*).

Ocorre que no mundo contemporâneo, no mundo das sociedades de massa, as políticas públicas têm se mostrado muito precárias quanto à efetivação dos direitos fundamentais. Não interessa aqui discutir a gênese da falência da maioria dessas políticas – isso quando existem –, mas sim constatar que o Poder Executivo, por si só, se mostrou ineficaz nesse particular.

Ao introduzir o tema da necessidade de o Estado prover meios de acesso gratuito à justiça, Alves (2006, p. 25-26) conclui que

[...] de nada adiantará assegurar a observância do processo democrático na fase de produção do Direito se as autoridades encarregadas de interpretá-lo e de executá-lo não estiverem comprometidas com a realização da vontade popular, presumidamente latente no preceito estabelecido pela norma jurídica, e sem as necessárias garantias de possibilidade real de acionamento do aparelho judiciário.

Mas não basta o Poder Judiciário assumir essa competência, se de forma pragmática o titular do direito violado não conseguir apresentar sua pretensão perante o Estado-juiz. Para que essa participação seja efetiva, os meios de acesso à justiça devem ser facilitados e libertos de entraves burocráticos injustificáveis. Possibilitar esse acesso partirá inexoravelmente – e aqui retornamos à atribuição do Poder Executivo – da estruturação e oferta gratuita de serviços profissionais jurídicos a quem não possa pagar por eles.

Acerca do tema, Alves (2006, p. 25-26) adverte:

As importantes medidas que vêm sendo tomadas ultimamente no Brasil, com vistas à reformulação do Judiciário, com a criação dos Juizados Especiais [...] de simplificação e reforma das leis processuais e de democratização da justiça, não serão suficientes nem adequadas para viabilizar a efetiva aproximação das classes mais pobres à Justiça, enquanto o Poder Executivo e o Poder Legislativo não compreenderem a necessidade urgente de se implementar medidas e ações para tornar efetiva a norma constitucional que impõe ao poder público a obrigação de prestar “assistência jurídica integral e gratuita” aos necessitados.

E, nesse contexto, Gaio Júnior (2011, p. 98) eleva o *princípio do acesso à justiça* como um dos três pilares principiológicos para a efetividade do processo, especialmente quando afirma:

O princípio do acesso à justiça está fortemente ligado à noção de justiça social, no qual o direito à igualdade deve significar direito à igualdade de oportunidades e, justamente, partindo da ideia de que os desiguais têm que ser tratados de forma desigual, a igualdade, obrigatoriamente, tem que atingir a mesma oportunidade de acesso à justiça a todos.

Fora do âmbito de organização do Estado, a ciência jurídica passa a considerar o próprio **processo** como agente transformador da realidade particular. A independência alcançada pela ciência processual, se constituindo como verdadeiro ramo autônomo do direito, faz com que o processo deixe de ser visto como mero meio para a efetivação de direitos materiais, se tornando verdadeiro fim em si mesmo. Torna-se ele, o processo, um legítimo agente da efetividade dos direitos fundamentais.

Gaio Júnior (2011, p. 90) afirma:

Tem-se como processo, no tocante ao aspecto jurídico-político, por isso ligado essencialmente às funções do Estado, o método pelo qual se opera a Jurisdição, com vistas à composição de situações incertas e conflituosas, sendo, portanto, instrumento de realização da justiça.

Em oportunidade anterior, Gaio Júnior (2007, p. 97), já reafirmava a ideia que norteia suas obras “de que o processo, na medida do que for praticamente possível, deve proporcionar a quem tem um direito tudo e precisamente aquilo a que faria jus, caso não tivesse o direito sido molestado”.

Cintra, Grinover e Dinamarco (1996, p. 279, grifos dos autores) definem a questão dizendo:

O processo é indispensável à *função jurisdicional* exercida com vistas ao objetivo de eliminar conflitos e fazer justiça mediante a atuação da vontade concreta da lei. É, por definição, o *instrumento através do qual a jurisdição opera* (instrumento para a positivação do poder).

A necessidade premente de serem implementados meios e condições favoráveis ao pleno acesso à justiça – no âmbito do processo – não é preocupação nova e já vem sendo tratada de há muito pelos processualistas pátrios.

Os mesmos professores Cintra, Grinover e Dinamarco (1996, p. 42-45) ainda quando *jovens mestres de direito* (prefácio da 1ª edi-

ção - 1974) já externavam sua preocupação com a efetividade do processo como meio de acesso à justiça e com a necessidade indispensável de haver a consciência de que o processo não é mero instrumento técnico a serviço da ordem jurídica, mas sim um poderoso instrumento ético destinado a servir à sociedade e ao Estado.

É possível identificar forte carga de conteúdo na preocupação dos juristas paulistas, quando fica dito:

Se temos hoje uma vida societária de massa, com tendência a um direito de massa, é preciso ter também um *processo de massa*, com a proliferação dos meios de proteção a direitos supra-individuais e relativa superação das posturas individuais dominantes; se postulamos uma sociedade pluralista, marcada pelo ideal isonômico, é preciso ter também um *processo sem óbices econômicos e sociais* ao pleno acesso à justiça; se queremos um processo ágil e funcionalmente coerente com os seus escopos, é preciso também *relativizar o valor das formas* e saber utilizá-las e exigí-las na medida em que sejam indispensáveis à consecução do objetivo que justifica a instituição de cada uma delas (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1996, p. 45).

Faz-se necessário conjugar o aprendizado adquirido através da experiência e dos estudos da ciência no passado com a realidade contemporânea. Nesse processo, sempre poderemos deparar-nos como artífices de um processo de revolução científica, tal como previsto por Kuhn (2011).

Sobre a relevância dos estudos pretéritos e o respeito à evidência histórica, no que concerne ao processo de evolução da ciência, Kuhn (2011, p. 94) conclui que "se a consciência da anomalia desempenha um papel na emergência de novos tipos de fenômenos, ninguém deveria surpreender-se com o fato de que uma consciência semelhante, embora mais profunda, seja um pré-requisito para todas as mudanças de teoria aceitáveis". Assim, a necessidade de existência de processos de massa que possam dar efetividade a direitos de massa, a luta para eliminar óbices econômicos que dificultem o livre acesso ao Poder Judiciário e a eliminação de estatutos formais estanques e herméticos constituem-se em verdadeiros paradigmas científicos – antecedentes históricos – aos trabalhos hoje desenvolvidos nessa seara.

3 O processo e o tempo

O meio por excelência para a solução de um conflito de interesses no mundo ocidental é o processo judicial, doravante referido apenas como processo.

Não se ignora a existência dos diversos meios de solução extrajudicial de conflitos, especialmente a arbitragem, muito utilizada em sistemas jurídicos estrangeiros, mas ainda incipiente no direito pátrio, em que pese sua legislação ordenadora² já distar cerca de quinze anos. Muito menos se fecha os olhos para o método que poderia ser, filosoficamente, o fim último para o esgotamento das controvérsias – o consenso.

Apesar dessas constatações, fato é, para o bem ou para o mal, que o sistema em uso hoje no Brasil é o processo e, em o sendo, faz-se necessário investigar se tem atendido efetivamente aqueles que dele se socorrem.

E por atendimento a seus usuários entendemos o efetivo asseguramento, por obtenção ou manutenção, de um direito violado.

Tal efetividade pode ser compreendida sob dois prismas: o que foca nos instrumentos processuais específicos e disponíveis para o atingimento do direito buscado e o que se reflete no lapso temporal necessário para esse mister.

Nossa investigação não objetiva enumerar as medidas processuais adequadas para cada caso concreto, tal como um manual de prática forense. Basta-nos, dentro do espectro limitado de nosso campo de visada, saber que existe no direito brasileiro um sistema processual estruturado e que este é capaz de viabilizar ao titular de um direito violado, independente da natureza da violação, de sua extensão ou do agente violador, apresentar seu inconformismo diretamente ao Poder Judiciário.

Avançar na investigação sugerida no parágrafo anterior nos conduzirá para dois caminhos: o da análise do mérito das decisões, o que não toca nem tangencialmente ao objeto deste trabalho, e o da legitimidade (e sua extensão) do Estado-juiz em não só garantir o alcance ao direito, mas também possibilitar os efetivos meios para sua realização. Este segundo caminho é o que nos interessa e será trilhado em tópico próprio logo mais.

Portanto, o presente tópico será integralmente dedicado a pensar sobre o tempo de duração do processo judicial e sobre qual seria o melhor critério de razoabilidade para se mensurar se esse tempo foi adequado ou excessivo.

Vox populi, vox Dei. Se esse brocardo traz em si um argumento que possa ser cientificamente demonstrado, ou seja, se a opinião geral reflete uma constatação empírica, não temos como provar nesta oportunidade. O que fica evidente, por outro ângulo, é a carga conceitual ínsita ao seguinte brocardo: “Mais vale um mau acordo do que uma boa demanda”.

² Brasil. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Aqui fica evidente que o imaginário popular conclui que não existe provimento jurisdicional que possa ser melhor à solução consensual do litígio, ainda que o “consenso” reflita um prejuízo para ambas as partes. Veja-se que o foco do brocado não são os ganhos de ambas as partes, mas sim as perdas. E essas perdas estão diretamente vinculadas à morosidade na efetivação da justiça, posto que uma pessoa só pode preferir abrir mão de seu direito, suportando um prejuízo concreto, se concluir que o tempo para sua efetivação será tão longo que, quando chegar, não lhe seja mais interessante ou útil.

Tucci (1997) apresenta um extenso e profícuo trabalho de investigação acerca do tema de duração do processo e seus reflexos na realização da justiça. Nesse criterioso trabalho, fica evidenciado que o problema da morosidade na prestação jurisdicional não é um problema exclusivamente brasileiro. Afeta diversos países, às vezes pelos mesmos problemas, como a França, Itália, Espanha e Países Baixos, e às vezes por particularidades setoriais, como a chamada *empty bench syndrome*³ nos Estados Unidos.

Percebe-se, então, que o problema não é geneticamente tupiniquim e que incumbe à ciência jurídica buscar a gênese das falhas e mesmo se reinventar, caso necessário, para que possamos encontrar a saída deste labirinto.

Sobre a legitimidade da ciência para a resolução dessa espécie de problema, Kuhn (2011, p. 210) estabelece que “a comunidade científica é um instrumento imensamente eficiente para resolver problemas ou quebra-cabeças definidos por seu paradigma. Além do mais, a resolução desses problemas deve levar inevitavelmente ao progresso”.

De *lege lata*, a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, introduziu o inciso LXXVIII ao art. 5º da CRFB, de molde a conferir ao princípio da “razoável duração do processo” o status de direito fundamental individual.

De *lege ferenda*, a matéria já vinha sendo tratada na doutrina pátria, fortemente inspirada na experiência estrangeira, que já possuía estatuída em seus ordenamentos a disposição hoje presente em nossa constituição.

O princípio sob holofote já foi referendado em pelo menos dois instrumentos supranacionais. A Carta Europeia para a Salva-

³ Tucci (1997) esclarece que a *empty bench syndrome*, que equivaleria a “síndrome do banco vazio”, refletiria a carência de juízes nos EUA, não por falta de organização judiciária, mas sim pelo desinteresse na comunidade jurídica em ocupar tais postos. Na mesma linha, aponta, citando como exemplo o estado de Illinois, a preferência que as causas criminais têm sobre as cíveis, o que faria com que mesmo questões simples levassem anos para serem julgadas.

guarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais – celebrada em Roma em 04/11/1950 – já continha essa previsão no inciso I de seu art. 6º, e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, mais conhecida por Pacto de San José da Costa Rica, continha disposição análoga no inciso I de seu art. 8º.

Não se pode perder de vista que o conceito “duração razoável” é dotado de extrema vagueza. Trata-se de um bom exemplo do chamado conceito jurídico indeterminado.

Giorgis (2004) nos ensina que conceitos jurídicos indeterminados são palavras ou expressões indicadas na lei de conteúdo e extensão vagos, imprecisos e genéricos. Não se referem a objetos, mas a significações atribuíveis a uma coisa ou situação. Tais conceitos carecem de um preenchimento valorativo, o que deve ocorrer caso a caso através de atos de validação, ou seja, no momento no qual o juiz faz a substituição do fato à norma, deve dizer se a norma se aplica ou não ao caso concreto.

Considerando estarmos, nos dizeres de Cintra, Grinover e Dinamarco (1996, p. 43), na fase *instrumentalista* do processo, o ponto nodal é descobrir se o conceito de duração razoável pode ser definido *in abstracto* ou se somente é aferível no caso concreto.

Para uma melhor contextualização do tema, convém esclarecer o pensamento dos professores citados, na medida em que delimitam as linhas evolutivas do direito processual civil no que chamam de três fases metodológicas fundamentais: o período do sincretismo, a fase autonomista e a atual, que é a que nos interessa, a instrumentalista. Na inteligência dos autores:

A fase *instrumentalista*, ora em curso, é eminentemente crítica. O processualista moderno sabe que, pelo aspecto técnico-dogmático, a sua ciência já atingiu níveis muito expressivos de desenvolvimento, mas o sistema continua falho na sua missão de produzir justiça entre os membros da sociedade. É preciso agora deslocar o ponto-de-vista e passar a ver o processo a partir de um ângulo externo, isto é, examina-lo nos seus resultados práticos. Como tem sido dito, já não basta encarar o sistema do ponto-de-vista dos produtores do serviço processual (juízes, advogados, promotores de justiça): é preciso levar em conta o modo como os seus resultados chegam aos *consumidores* desse serviço, ou seja, à população destinatária (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1996, p. 43).

Tucci (1997, p. 51) utiliza a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos e apresenta uma fórmula interessante acerca do tema que consiste na observação de três regras para a aferição da razoabilidade do tempo do processo. A diferenciação entre os pro-

cessos deveria considerar (a) a complexidade do assunto, (b) o comportamento do litigante e de seus procuradores e (c) a atuação do órgão jurisdicional.

Portanto, se demonstrado que a causa era complexa, que as partes e os advogados foram leais e não promoveram diligências procrastinatórias e que o juiz foi diligente, não haveria como apontar uma demora irrazoável ao processo.

É um critério de inegável valor, especialmente quanto a sua objetividade, mas que aponta toda a sua racionalidade para o olhar do cientista do direito.

Parece-nos que a análise de juristas não tem o condão de esgotar o tema, na medida em que o reconhecimento do que seria a duração razoável necessita, inexoravelmente, de referendo popular.

E se o argumento de réplica insistir que somente o conhecimento técnico é capaz de auferir qual lapso temporal seria o necessário para a duração razoável de um processo, é possível treplicar dizendo que é obrigação da comunidade científica apresentar argumentos coerentes que permitam convencer ao leigo de que um processo pelo rito comum, por exemplo, pode razoavelmente durar quatro anos até o trânsito em julgado.

O grande desafio, em nosso sentir, é a elaboração de um *link* entre o conhecimento técnico e o anseio popular de uma justiça rápida.

Inicialmente, ousamos apontar o indicador, faz-se necessário levar ao conhecimento de toda a população o fato de que os conceitos de "velocidade" e "efetividade" podem não ser compatíveis e, em alguns casos, podem mesmo conflitar. Veja-se o caso, por exemplo, de uma ação litigiosa para a definição da guarda de filhos menores, em que haja alegação de maus-tratos de um lado, alienação parental de outro, incapacidade econômica de um, influência imoral de outro etc. A fase instrutória, inclusive com o concurso de auxiliares da justiça, necessitará de análise criteriosa, sendo que esta, por óbvio, demandará um maior lapso temporal.

Precisa ficar claro para todos os envolvidos que os conceitos de ampla defesa e de celeridade no julgamento podem, e normalmente são, antagônicos. Quanto mais possibilidade a parte tiver para se manifestar sobre pontos, detalhes, peculiaridades do processo, com o direito de ouvida da parte adversa, mais lento será o provimento jurisdicional. Trata-se de mera constatação, sem nenhum juízo valorativo, pontue-se.

Nessa linha de raciocínio, é fácil constatar que em todas as contribuições do Poder Judiciário para o tema identifica-se a nítida intenção em petrificar as decisões dos Tribunais Superiores, siste-

matizando o agir dos demais juízes no Brasil. Vimos isso na criação das súmulas vinculantes, na lei dos recursos repetitivos, e agora, no projeto de reforma do Código de Processo Civil, essa investida será ainda mais evidente. Trata-se, também aqui, de mera constatação, sem nenhum juízo valorativo.

Didier Jr (2008, p. 43-44) analisa o tema com profunda agudeza e precisão quando diz:

É preciso, porém, fazer uma reflexão como contraponto. Bem pensadas as coisas, conquistou-se, ao longo da história, um direito à demora na solução dos conflitos. A partir do momento em que se reconhece a existência de um direito fundamental ao processo, está-se reconhecendo, implicitamente, o direito de que a solução do conflito deve cumprir, necessariamente, uma série de atos obrigatórios, que compõem o conteúdo mínimo do devido processo legal. A exigência do contraditório, o direito à produção de provas e aos recursos, certamente, atravancam a celeridade, mas são garantias que não podem ser desconsideradas ou minimizadas. É preciso fazer o alerta, para evitar discursos autoritários, que pregam a celeridade como valor insuperável. Os processos da Inquisição poderiam ser rápidos. Não parece, porém, que se sente saudade deles.

Na mesma linha de raciocínio, mas pontuando acerca da falta de fatos e dados que possam garantir que o caminho hoje trilhado pelas recentes alterações e projetos de alteração ao Código de Processo Civil alcance a almejada celeridade do processo, Moreira expõe:

Já que só se podem comparar grandezas conhecidas, para chegarmos à conclusão segura acerca da repercussão de uma reforma na duração dos pleitos, necessitaremos de dois dados: um relativo ao período anterior à reforma, outro ao período posterior a ela [...] qualquer afirmação categórica ficará exposta à censura a que se sujeita o 'argumento empírico sem base empírica'.

Ao estabelecer um consenso entre juristas e jurisdicionados acerca da necessidade de um prazo mínimo para a duração de cada tipo de processo, de molde à assegurar a ampla defesa e o contraditório, será possível abrir o debate e receber também a contribuição de outros ramos da ciência humana.

Está demonstrado que o problema do tempo de duração do processo assola não só o Brasil, mas diversos outros países, inclusive aqueles onde os modelos de democracia, distribuição de renda e mobilidade social estão muito mais avançados que aqui *na terra onde tudo dá*.

A ciência jurídica, portanto, vem se dedicando ao estudo do tema e à proposição de soluções em vários cantos do mundo, mas ainda não tem alcançado níveis de satisfação popular razoáveis em quaisquer desses lugares. Talvez a revolução científica da qual necessitamos tenha sua semente na filosofia, na antropologia, na sociologia, ou mesmo fora das ciências humanas.

Encerramos o presente tópico com a temperança de Moreira (1994, p. 26 a 37), que nos ensina:

O problema da duração do processo [...] nada tem de exclusivo no Brasil: é um problema universal. [...] E, em toda parte, ouvem-se as mesmas lamentações com referência ao problema da duração do processo. [...] Mas eu gostaria de pedir aqui o emprego de certo temperamento, porque, por vezes, se nota uma propensão a hipertrofiar esse dado, a dedicar a esse tópico uma atenção quase que exclusiva, em detrimento de outros aspectos que não têm, penso eu, menor relevância. Queremos, sim, uma justiça rápida; mas não é só isso que queremos: queremos uma justiça melhor.

4 A efetividade e o processo

O processo é utilizado como instrumento da prestação jurisdicional. Gaio Júnior (2011, p. 25) pontua que

o processo é elemento indispensável à função jurisdicional que objetiva a relisão de conflitos, garantindo a satisfação, a paz social e a segurança jurídica, mediante a atuação concreta da lei, sendo, por definição, o instrumento através do qual a justiça se opera.

Entretanto, sabemos que quando este é realizado por seu procedimento ordinário, pode não se apresentar com a efetividade e a eficácia necessárias.

Muitos são os processos que se encontram, por muitos e muitos anos, em andamento na justiça brasileira. Com a lentidão processual, direitos se perdem, acabando por ser um tempo desnecessário e inútil. Como consequências, temos afronta à vida, à saúde etc.

Marinoni (1994, 187), já no início da década de 90 do século passado, alertava:

Na verdade o direito processual é imprescindível – em nível de efetividade – para a sobrevivência do próprio direito substancial. Cabe investigar, assim, como é possível a tolerância da difundida lentidão do processo de conhecimento, e da sua consequente inefetividade para a tutela dos direitos.

Sabemos que não basta que a decisão final proferida por um juiz seja teoricamente justa se não for tempestiva, pois uma sentença tardia representa, principalmente às partes mais pobres e fracas, uma consequência desastrosa, tanto no sentido econômico como no psicológico.

Sem dúvida, colocar um fim a tantos infortúnios causados pela demora de decisões judiciais trata-se de assunto e medida de grande relevância. Muitas medidas surgiram para a solução dessa problemática, como, por exemplo, as tutelas de urgência, uma das maiores conquistas para a efetivação da tutela jurisdicional, entre muitas outras medidas legais, jurisprudenciais e doutrinárias.

Antes de 1994, a tutela antecipada tinha sua ocorrência apenas como liminar em alguns processos como, por exemplo, nas ações possessórias, na busca e apreensão (Decreto-Lei nº 911, de 01.10.69), na cautelar de busca de apreensão de menores, na ação de despejo (Lei nº 8.245, de 18.10.91, art. 59, § 1º), no mandado de segurança, na ação declaratória de inconstitucionalidade, na ação civil pública, entre outros.

A partir do ano de 1994, com a reforma realizada no Código de Processo Civil, a antecipação da tutela passou a constituir um novo instituto como aplicação de regra geral, inserido nos seus artigos 273 e 461 através da Lei nº 8.952, de 31 de dezembro de 1994.

No ano de 2002, com o advento da Lei nº 10.444, houve uma ampliação da aplicação do instituto da tutela antecipada, com a modificação no art. 273, § 3º e acréscimo dos §§ 6º e 7º do Código de Processo Civil.

As tutelas de urgência emergem, no cenário jurídico, com esse fiel propósito de obstar que o decurso da relação processual culmine na ineficácia do provimento ao final concedido ou na perda do direito postulado. Essa é, incontestavelmente, a finalidade precípua desses mecanismos processuais. Contribuem para a melhor distribuição, entre autor e réu, do ônus decorrente do tempo processual, uma vez que este, via de regra, cria situação vantajosa ao réu, favorecendo-o em detrimento do autor.

Tucci (1997, p. 122-123) pontua:

Partindo-se do pressuposto de que o fator tempo tornou-se um elemento determinante para garantir a efetividade da prestação jurisdicional, a técnica de cognição sumária delineia-se de crucial importância para a idéia de um processo que espelhe a realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos.

Defende, ainda, a existência de *três frentes* que visam erradicar ou, pelo menos, minimizar os efeitos deletérios produzidos pela intempestividade da tutela jurisdicional, que podem ser classificados em: a) mecanismos endoprocessuais de repressão à chicana; b) mecanismos de aceleração do processo; e c) mecanismos jurisdicionais de controle externo da lentidão.

As tutelas de emergência estariam inseridas nos *mecanismos de aceleração do processo*.

O que se vê, pois, é que as tutelas de urgência possuem como mola propulsora a inaptidão do processo de rito ordinário para atender a todas as espécies de direito.

Entretanto, muitos são os fatores que influenciam demasiadamente a morosidade processual.

No intuito de impedir tantas injustiças que ocorrem em função da lentidão processual, encontram-se o princípio da celeridade e a disposição constitucional que garante um direito à razoável duração do processo.

A Celeridade Processual ganhou destaque com a introdução da Emenda Constitucional nº 45, de 2004. O princípio foi introduzido na Carta Magna, em seu art. 5º, inciso LXXVIII¹⁴, como garantia de um processo justo.

Ao mesmo tempo, a Emenda nº 45 acrescentou ao art. 93 da CF o inciso XIII, que dispõe que “o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população”.

Porém, nessa urgência pela celeridade processual, não há de ser esquecida a segurança jurídica processual. Nesse aspecto, observa-se que há um vácuo perigoso entre a necessidade de decisão célere e a importância da segurança na defesa do direito.

Há quem defende que a garantia da razoável duração do processo, na prática, nada representa, isso porque a princípio a celeridade processual depende de implementações de meios na própria estrutura física do Judiciário.

Em relação ao tempo da duração do processo, a razoabilidade tem destaque, pois, ao que parece, o Poder Judiciário não teria condições de atender a uma determinação exata de tempo a cumprir. Além do mais, a miríade de situações que são apresentadas em cada caso processual leva à inexorável conclusão de que critérios muito rígidos não trarão bons resultados, ou seja, a imposição de supostos prazos para o encerramento de cada fase processual não seria recomendável, *a priori*.

O esperado é que todo processo alcance a solução da lide em tempo hábil. E para se chegar a esse tempo ideal há necessidade

de que seja priorizado o Princípio da Celeridade, bem como a Garantia da Razoável Duração do Processo. Só assim será alcançada a efetividade processual judiciária. O contrário é bem conhecido e costuma ocasionar perdas, muitas delas irreversíveis.

Porém, além da necessidade de o processo ser célere e efetivo, há de ser seguro. Nesse aspecto se encontra a Segurança Jurídica, princípio que deve nutrir o Ordenamento Jurídico.

Atingir a ágil prestação de serviços e atender ao Princípio da Celeridade em detrimento do Princípio de Segurança Jurídica é atentar contra o equilíbrio do Ordenamento Jurídico e, por consequência, representa a fragilização das relações da sociedade.

A celeridade processual, nesse contexto, passou a ser o centro das atenções, fazendo com que a preocupação com a preservação do Princípio do Devido Processo Legal seja ainda mais necessária, a fim de que não se desenvolva insegurança jurídica.

O desenrolar do processo em prazo hábil e razoável pode representar a própria segurança jurídica se efetivando. Porém, é difícil termos a Segurança Jurídica com celeridade sem que ocorra a devida reestruturação do Poder Judiciário, como, por exemplo, nas questões de recursos humanos, pois o crescimento das demandas é evidente e se constitui um reflexo da própria evolução da sociedade.

Na prática, o que não pode ocorrer é a colisão entre o Princípio da Celeridade e o Princípio da Segurança Jurídica. Não é seguro pensar em uma prevalência de um princípio sobre o outro. Os dois devem se complementar, sendo que o limite de cada um deve ser respeitado. Apenas haverá a verdadeira efetividade processual se esta coexistir com a segurança jurídica.

Em todos os casos processuais jurídicos, a celeridade deve existir em cada ato de procedimento, porém, ao se verificar que a segurança jurídica será afetada, há de se desacelerar, logicamente, somente com o ato comprometedor.

Moreira (disponível na internet, p.126), em palestra antes referenciada, pontua sobre a falta de estrutura do Poder Judiciário:

Na verdade, os fatores da lentidão processual são múltiplos, e essa é uma verdade acaciana; são múltiplos e muito variados. Assim, sem pretensão de exaustividade, eu diria que temos de contar com fatores de ordem muito diversificada, a começar por fatores administrativos, entre os quais eu salientaria, em primeiro lugar, o número insuficiente de juízes.

Por outro lado, alguns valores associados à segurança jurídica podem ser repensados. Alguns desses valores são apenas dogmas e

mitos e devem abrir espaço à efetividade processual. Alguns atos de procedimentos devem ser banidos do processo. O receio é que a extinção desses atos poderia afetar a segurança processual. Mas, na prática, uma ilusória segurança jurídica não pode impedir a efetividade do processo.

Ou, ainda, pode-se dizer que a suposta segurança jurídica não pode engessar o processo, não pode paralisá-lo ao ponto de gerar tantas perdas de Direitos pelo excesso de tempo para um julgamento final.

Ao falar em segurança jurídica, faz-se mister pontuar sobre a isonomia processual e, até mesmo, a isonomia material.

A igualdade das partes advém da garantia constitucional da qual goza todo cidadão que é a igualdade de tratamento de todos perante a lei.

O *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988 estabelece que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do seu direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

Enfim, a própria Constituição Federal criou mecanismos que visam assegurar a igualdade das pessoas perante a lei, conforme se pode constatar nos seus incisos. Tal como ocorre na vida cotidiana, o mesmo deve ocorrer no processo civil, ou seja, as pessoas também possuem esse direito e devem ser tratadas de forma igual perante a lei. Daí que deriva o que se chama de princípio da isonomia processual.

Aliás, conforme se observa do art. 125, inciso I, do Código de Processo Civil, a igualdade de tratamento das partes é um dever do juiz e não uma faculdade. As partes e os seus procuradores devem merecer tratamento igual, com ampla possibilidade e oportunidade de fazer valer em juízo as suas alegações.

Cretella Neto (2006) afirma que

a noção de igualdade perante a lei dá origem ao princípio da igualdade processual das partes, que neste modo pode ser enunciado: tanto o autor quanto o réu, bem como os terceiros intervenientes, têm idênticos direitos processuais. Daí ser denominado, também, princípio da isonomia processual.

Porém, o que se busca é a efetiva igualdade entre as partes, aquela de fato. Busca-se a denominada igualdade real ou substancial, em que se proporcionam as mesmas oportunidades aos litigantes em geral.

Afirma-se que o Brasil é o país cujo direito se vincula à tradição *civil law*. Mas a realidade da tradição jurídica brasileira é um

direito constitucional de inspiração estadudinense e um direito infraconstitucional inspirado na tradição romano-germânica. Há o controle de constitucionalidade difuso, inspirado na *judicial review* estadudinense, e o concentrado, modelo austríaco. Há inúmeras codificações legislativas (*civil law*) e, ao mesmo tempo, constrói-se um sistema de valorização dos precedentes judiciais de inspiração da tradição *common law*. O fato é que a convergência entre as duas tradições no Brasil resta clara. Adentra-se na valorização da jurisprudência, ao passo de ser até considerada fonte primária do direito, ou como meio suplementar de sua integração.

Independente do posicionamento adotado a implicar uma nova visão da teoria do direito, nos deterá a força dos precedentes no direito brasileiro, cuja fonte está em um devido processo legal, seja em sua dimensão procedural, seja em sua dimensão substancial, na perspectiva do processo cooperativo, para que a construção das decisões justas, no momento em que reiteradas por órgãos colegiados pela *ratio decidendi*, se torne vinculativa, mediante o *stare decisis*, permitindo, destarte, a segurança jurídica. Isso porque não se pode mais tolerar no atual Estado Constitucional a existência de decisões diferentes para casos iguais.

Um dos mecanismos para essa almejada celeridade é a existência de técnicas e instrumentos para a uniformização da jurisprudência, a exemplo do art. 518, § 1º, do CPC (possibilita ao magistrado não receber o recurso de apelação quando a sentença estiver em consonância com a súmula do STJ e STF); art. 543-C, do CPC (permite ao STJ o julgamento por amostragem quando houver multiplicidade de recursos em idêntica questão de direito, com a suspensão dos processos em tramitação com fundamento idêntico até que o STJ julgue o mérito); art. 557, *caput*, e §1º A, do CPC (permite ao relator, em decisão monocrática, negar seguimento quando em confronto com Súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do STF, STJ); as Súmulas vinculantes (art. 103-A, da CF); e o Pedido de Uniformização de Jurisprudência (art. 14 da Lei 1.259/2001), entre outros.

Entretanto, tais instrumentos e técnicas não são suficientes para atender de forma célere e efetiva o direito material. Isso porque, a exemplo do Pedido de Uniformização, a parte terá que esperar por tempo demais para ter a resolução de seu litígio.

É preciso referir a necessidade de fazer parte da tradição do direito brasileiro soluções como o *distinguish*, que trata da distinção entre os casos julgados e o caso em julgamento, e o *overrule*, alertando para a possibilidade de superação dos precedentes anteriores (o direito é dinâmico). Seguindo esse caminho está o art. 103-A da Constituição, também incluído pela Emenda Constitucio-

nal 45/2004, que sinaliza as hipóteses de revisão e cancelamento de súmulas vinculantes.

Assim, é fundamental nunca perder de vista a perspectiva brasileira, pois, por mais técnico que seja o processo, este se justifica na medida em que instrumentaliza a realização do Direito em ordem à Justiça.

Conclusão

No decorrer do presente estudo identificamos a existência de direitos fundamentais expressos na Constituição Federal, que se configuram em verdadeiras garantias do indivíduo. São eles que asseguram, em face do Estado, as liberdades públicas, os direitos sociais e mesmo os direitos supraindividuais.

Diante de tal magnitude, ficou clara a necessidade de sua efetivação, especialmente diante da ineficiência, constatada historicamente, da atuação do Poder Legislativo, do Poder Executivo e, já se verifica, também do Poder Judiciário.

Neste nosso caminhar intelectual, apontou-se o Processo como o instrumento por excelência para a efetivação de direitos individuais. O Processo como a forma adequada de se compelir o Estado a cumprir seu mister constitucional. Nos dizeres de Gaio Jr (2007, p. 198), como “o meio para se obter mais justiça ou menos injustiça”.

Ficou evidenciado, entretanto, que a morosidade do processo é um fato inquestionável e que não é “privilégio” brasileiro. O problema é grave e afeta diversos países, inclusive aqueles em que o sistema vigente é o da *commom law*. Se o fato desculpa, em alguma medida, o que se verifica no Brasil, também serve de alerta para a dimensão do problema real, recomendando à ciência jurídica buscar meios de solução do problema em outros ramos das ciências, rumo a uma verdadeira revolução científica.

As alterações no sistema processual ocorridas nas últimas duas décadas, em sede constitucional e infraconstitucional, demonstram que a preocupação é comum na comunidade jurídica e compartilhada pelo Poder Legislativo, bem como que esforços têm sido empenhados na busca para a melhoria na prestação da atividade jurisdicional.

Referências

ALVES, Cleber Francisco. **Justiça para todos!** Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 1996.

CRETELLA NETO, José. **Fundamentos Principiológicos do Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DIDIER JR, Freddie. **Curso de direito processual civil**. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. Vol 1. Salvador: Jus Podium, 2008.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Instituições de direito processual civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

_____. **Tutela específica das obrigações de fazer**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. O Prazo Razoável como conceito indeterminado no Processo Penal. In: FAYET, Ney; WEDY, Miguel Tedesco. (Orgs.) **Estudos Críticos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Des. Garibaldi Almeida Wedy**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do Processo e Tutela de Urgência**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1994.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas S/A, 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A efetividade do processo de conhecimento. **Revista de processo**, São Paulo, n.74, p. 26-37, 1994.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos** in Temas de Direito Processual. Nona Série. São Paulo: Editora Saraiva. 2007. p. 310/311.

NOGUEIRA, Alberto. **Jurisdição das liberdades públicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e Processo**. São Paulo: RT, 1997.

O princípio da justiça formal na justificação das decisões jurídicas: considerações acerca da formação e aplicação dos precedentes jurisprudenciais sob a forma de direito sumular

Pedro Jorge Santana Pereira

Advogado da CAIXA em Pernambuco
Pós-graduado em Direito Processual e Decisão Jurídica
pela Universidade Federal de Pernambuco

RESUMO

A prática forense revela a utilização de precedente judicial sem uma prévia análise de pertinência em relação ao caso concreto, o que apresenta reflexos sobre a força justificativa de sua argumentação. Ainda, observa-se que o direito sumular se destaca como a forma potencializada da jurisprudência em razão de seus efeitos vinculantes dos órgãos jurisdicionais na decisão de casos semelhantes, pendentes ou futuros. Assim, o presente artigo tem como objeto a análise do princípio da justiça formal como um instrumento de controle de consistência das decisões jurídicas, visto que possibilita reconhecer e criticar erros na justificação do julgado, de modo a contribuir com a segurança jurídica.

Palavras-chave: Princípio da justiça formal. Direito sumular. Justificação das decisões jurídicas. Precedentes jurisprudenciais.

ABSTRACT

The forensics practice reveals the use judicial precedent without a previous analysis of its contents and possible application to the case, which presents reflections on the strength of his argument justification. It is also observed that the approved binding precedent stands out as the case of an exponential way due to its binding effect of the courts in deciding similar cases pending or future. Thus, this article is about the analysis of the principle of formal justice as an instrument of control consistency of legal decisions, since enables the recognition and critique errors in justification of decision, in order to contribute to legal certainty.

Keywords: Principle of formal justice. Right sumular. Justification of legal decisions. Jurisprudential precedents.

1 Giro linguístico: delimitação epistemológica

Antes de adentrar na análise da problemática proposta, importa serem tecidas algumas considerações acerca da função preponderante da linguagem na atualidade, com vistas a delimitar a perspectiva epistemológica da presente investigação.

Dessa forma, passa-se a apresentar um breve retrospecto histórico a respeito da essência da linguagem humana, legitimada pelos respectivos sistemas filosóficos.

Em sua obra *Crátilo*, Platão apresenta um questionamento propedêutico a qualquer consideração relativa à significação linguística, qual seja: por meio de que um nome obtém-se seu significado? (PLATÃO, 2001, 391 a-b, p. 53-54)

Como resposta a essa indagação, a semântica tradicional ou ocidental desenvolveu-se fulcrada na tese da correspondência ou da coordenação entre linguagem e realidade, ou seja, entre estruturas gramaticais e estruturas ontológicas, o que consistia na teoria da verdade por correspondência (OLIVEIRA, 2006, p. 18; 114).

Nessa concepção da linguagem, a significação de uma palavra qualquer dependia da compreensão do que por ela era designado, por meio de uma relação perfeita entre objeto e mundo, o que importava na fixação de seus fins, seus limites, de uma forma definitiva.

Uma vez que a linguagem não passava de um reflexo do mundo, o que importava era a estrutura ontológica do mesmo que a linguagem deveria demonstrar, merecendo colacionar o posicionamento de Wittgenstein (2002, § 4.01, p. 53), em seu *Tractatus Lógico-Philosophicus*, quando assevera: "A proposição é uma imagem da realidade. A proposição é um modelo da realidade de como nós a pensamos".

Nesse cenário, a concepção de justiça era analisada como ideia suprasensorial, ou seja, como um tema com pressupostos metafísicos. Por essa razão, durante quase três milênios os estudos acerca da justiça foram considerados como não científicos, visto que não se estabeleciam as bases de um conhecimento sólido e sustentável, à medida que a concepção de justiça não encontrava correspondência específica no mundo real (BITTAR, 2000, p. 7; 14).

Entretanto, a partir do giro linguístico inaugurado por Wittgenstein em suas *Investigações Filosóficas*, vislumbra-se uma mudança radical do paradigma da filosofia enquanto tal, visto que a linguagem deixa de ser objeto de reflexão filosófica e passa a ser um momento necessário formador de todo o conhecimento humano (OLIVEIRA, 2006, p. 12-13).

Considerando-se essa nova perspectiva, tem-se que não mais se cogita a respeito da natureza ou das essências das coisas ou dos entes (ontologia), tampouco da consideração sobre as representações e os conceitos da consciência ou da razão (teoria do conhecimento), porém passa-se a considerar a significação ou o sentido das expressões linguísticas (análise da linguagem) (APEL, 2000, v.1, p. 425-426).

De modo a evidenciar a importância da mencionada mudança de paradigma após o giro linguístico, Seiffert (apud NEVES, 2003, p. 119, grifo autor) aduz:

Desde que se define um ‘objeto’ como aquilo que se designa com uma palavra da linguagem, deixam-se de lado os problemas sem fronteiras que há quase três mil anos se têm fixado em torno de coisas como ‘ser’ e ‘conhecimento’; falando em termos técnicos: toda a ‘ontologia’ (doutrina do ser) e a teoria do conhecimento. Com efeito, o analítico da linguagem já não necessita de perguntar-se ‘que’ ‘é’ um objeto ou ‘como’ o conhecemos. Basta-lhe que se fale do objeto.

Acresça-se que, em suas *Investigações Filosóficas*, Wittgenstein (2002, § 43, p. 207) assevera que “o sentido de uma palavra é seu uso na linguagem”.

Feitas essas preleções, observa-se que um tratamento científico das concepções de justiça deve partir do uso das mesmas considerando-se os contextos do presente e do passado aceitos pelos homens, de modo a analisar objetivamente as diversas acepções da justiça consideradas válidas racionalmente e, com isso, determinar um elemento comum designativo do entendimento geral de justiça (KELSEN, 2003, p. 16).

Por conseguinte, o presente trabalho terá como pressuposto epistemológico a análise dos usos de algumas concepções de justiça compiladas pela doutrina, com o intuito de se extrair um princípio comum para em seguida analisar certos aspectos dos precedentes jurisprudenciais reunidos sob a forma de súmula pelos tribunais superiores.

2 A concepção de justiça segundo John Rawls

À partida, faz-se necessário serem esclarecidos alguns problemas acerca da racionalidade discursiva atualmente em voga.

É de se ter em mente que a racionalidade de um enunciado não implica sua verdade, mas apenas a sua aceitabilidade fundamentada em um contexto dado (HABERMAS, 2004, p. 105).

Partindo-se dessa concepção de racionalidade habermasiana, objeta-se acerca de como se legitimaria o consenso fundamenta-

do, pelo que a resposta seria um consenso sobre o consenso. Assim, observa-se que a formação do consenso necessário para o processo de comunicação racional conduziria a um regresso indefinido (KAUFMANN, 2002, p. 483).

Diante dessa situação, um retrocesso ao infinito apenas se poderia evitar se a necessidade de fundamentação cessasse em um determinado momento e fosse substituída por uma decisão consensual que já não mais se precisaria fundamentar (ALEXY, 2005b, p. 182).

Sobreleva-se, assim, a pertinência da concepção da justiça rawlsiana baseada na teoria do contrato social como forma de obtenção do consenso acerca da ideia de justiça em uma posição inicial de igualdade, por intermédio de um procedimento discursivo entabulado entre pessoas livres e racionais, preocupadas em promover seus próprios interesses (RAWLS, 2002, p. 12).

A teoria do contrato pressupõe algo como desejado, à medida que racionalmente não pode não ser querido, posto que repousa nos verdadeiros interesses dos contratantes em uma situação de equidade.

Essa posição original de igualdade é concebida como uma situação puramente hipotética destinada à obtenção de certa ideia da justiça, em que a escolha dos princípios da justiça é levada a efeito sob um “véu de ignorância”, isto é, em uma situação em que ninguém conhece seu lugar na sociedade, a sua classe social ou o *status* social, além de que ninguém sabe sua sorte na distribuição de dotes e habilidades naturais, sua inteligência, sua força e coisas assemelhadas (RAWLS, 2002, p. 13).

Veja-se que nessa conjuntura inicial as partes se apresentam como racionais e mutuamente desinteressadas, razão pela qual ninguém pode escolher princípios para favorecer sua condição particular; ao revés, os mesmos devem ser avaliados unicamente com base nas condições gerais.

Nesse sentido, as pessoas na posição original devem escolher princípios cujas consequências estejam preparadas para aceitar sem que se tenha conhecimento das particularidades, evitando, assim, um resultado influenciado por contingências arbitrárias como a inveja, a qual tende a priorar o estado de todos (RAWLS, 2002, p. 147; 154-155).

Segundo Kaufmann (2002, p. 480-481), a novidade da teoria do contrato rawlsiana reside em que as partes na posição original estão por trás do “véu da ignorância”, o que significa que nessa situação não há lugar para nenhuma potencialidade de poder e intimidação. Ainda, aduz que em virtude da consequência da mencionada ignorância sobre as próprias posições em uma ordem futu-

ra todas as partes do contrato se comportam com temor ao risco. Dessa forma, elas elegeriam em condições de incerteza o princípio que contém o menor risco próprio na vida real.

Por seu turno, impende destacar que, nesse contexto, os princípios de justiça para as instituições não devem ser confundidos com os princípios que se aplicam aos indivíduos e às suas ações consideradas particularmente (RAWLS, 2002, p. 57-58).

Imagine-se que a concepção de justiça tenha uma ampla aceitação na sociedade e que as instituições são administradas de forma imparcial e consistente por juízes e demais autoridades, tem-se que os casos similares são tratados de modo semelhante. A essa administração imparcial e consistente das leis e instituições denomina-se justiça formal (RAWLS, 2002, p. 61).

Tendo em vista que o princípio da justiça formal é de suma importância para fundamentar as conclusões ao final apresentadas, o mesmo merece ser detidamente analisado.

3 Relações entre as concepções de justiça material e a justiça formal

Seria ilusório pretender enumerar todos os possíveis sentidos da noção de justiça vislumbrados ao longo da história da humanidade.

Pode-se, entretanto, evidenciar a seguir algumas concepções da justiça como forma de amostragem necessária ao cotejo do aspecto comum entre elas, as quais foram elencadas por Perelman (2005, p. 9-12).

De acordo com a noção de justiça que confere a cada qual a mesma coisa, todos os seres levados em conta pertencem a uma única categoria essencial e, por isso, devem ser tratados da mesma forma, sem consideração de qualquer particularidade que os diferencie.

Já segundo a concepção a cada qual segundo seus méritos, não mais se reclama a igualdade de todos os seres considerados, mas um tratamento proporcional ao mérito da pessoa, razão pela qual todos aqueles que se encontrem na mesma categoria essencial quanto ao mérito devem ser igualitariamente tratados.

Por seu turno, a cada qual segundo suas obras requer um tratamento proporcional encarado apenas no tocante ao resultado da ação humana, sendo de ser dispensado igual tratamento àqueles que se encontrem na mesma categoria essencial em função da produção ou do conhecimento.

A fórmula da justiça a cada qual segundo suas necessidades tem como cerne diminuir os sofrimentos que resultam da impossibili-

bilidade em que se encontra o homem de satisfazer suas necessidades essenciais, devendo ser tratados da mesma forma aqueles que pertencem à mesma categoria essencial em virtude de suas necessidades.

Ainda, a noção a cada qual segundo sua posição consiste em tratar os indivíduos conforme pertençam a uma ou outra determinada categoria de seres, pelo que ser justo é tratar de maneira diferente os membros das diversas classes, desde que se trate da mesma forma os que integram a mesma classe ou categoria essencial.

Por fim, a cada qual segundo a lei lhe atribui refere-se à efetiva aplicação do que a lei concede a cada ser, sendo certo que a distribuição em categorias essenciais é imposta por lei e deve ser obrigatoriamente observada.

Mesmo inexistindo consenso em relação à concepção de justiça material ou concreta, não há dúvidas de que o princípio geral latente nessas diversas concepções de justiça é o de que os indivíduos têm direito, em suas relações mútuas, a certa posição relativa de igualdade ou desigualdade. Isto é, ser justo é tratar de forma igualitária todos os seres que são iguais de certa perspectiva, ou seja, que se achem inseridos na mesma categoria essencial.

Entretanto, essa igualdade nada mais é do que uma conclusão lógica do caráter geral de toda norma que prescreva que sob determinado pressuposto se deve verificar uma determinada consequência, sobretudo um determinado tratamento. O caráter geral dessa norma consiste em dever a mesma ser aplicada não apenas em um único caso, mas em um número de casos indeterminado (KELSEN, 2003, p. 56).

Por conseguinte, a justiça formal traduz-se em “observar uma certa regra que enuncia a obrigação de tratar de uma certa maneira todos os seres de uma determinada categoria” (PERELMAN, 2005, p. 45).

Desta maneira, tem-se evidente que a justiça formal constitui o elemento comum a todas as concepções de justiça material, uma vez que prescreve um determinado tratamento sem afirmar nada sobre a natureza e o modo desse tratamento.

Depreende-se, assim, que a justiça formal acha-se vinculada à lógica, uma vez que o ato justo há de ser em conformidade com a conclusão de um silogismo¹ universal imperativo, visto que a premissa maior e a conclusão têm uma forma imperativa.

¹ Silogismo é apresentado como “um discurso argumentativo no qual, uma vez formuladas certas coisas, alguma coisa distinta destas coisas resulta necessariamente através delas pura e simplesmente” (ARISTÓTELES, 2005, p. 347).

Aplicando-se esse silogismo à interpretação jurisprudencial dos casos submetidos a uma decisão judicial, observa-se que sua estrutura tem a seguinte forma:

- (a) Todo caso "S" deve ser interpretado da forma "P"
(b) Todo caso "M" é igual a "S" nos aspectos relevantes

(a) (b) Logo, todo caso "M" deve ser interpretado da forma "P"

As condições de aplicação silogística da justiça formal dependem da conjugação de três elementos, a saber: I) a regra a ser aplicada, que fornece a premissa maior (a) do silogismo apresentado e pode ser um precedente jurisprudencial, como será explanado no próximo tópico; II) a qualificação de um ser ou de um caso como pertencente a determinada categoria essencial, o que representa a premissa menor (b); e III) o ato justo do ponto de vista formal que deve ser conforme a conclusão (c) do silogismo (PERELMAN, 2005, p. 45).

Sendo assim, o preceito condutor do princípio geral de justiça formal é seguidamente formulado como "tratar da mesma maneira os casos semelhantes e diferentemente os casos diferentes" (HART, 1994, p. 173).

4 A função criadora do juiz e a universalidade das decisões judiciais

Quando se fala em função criadora do juiz, costuma-se incorrer em confusões e excessos, como aconteceu com a escola exegética que pretendeu eliminar toda intromissão judicial ao ratificar a assertiva de Montesquieu no sentido de que o juiz apenas seria a boca que pronuncia as palavras da lei (FERNANDEZ, 1980, p. 70).

De acordo com o princípio da obrigatoriedade da decisão (proibição do *non liquet*), não pode o magistrado deixar de julgar o caso que lhe é submetido sob alegação de existência de lacuna ou obscuridade da lei, conforme se depreende do art. 126 do Código de Processo Civil brasileiro.

Deve-se ter em mente que a ciência jurídica é individualizadora, à medida que a aplicação do Direito apresenta-se como a criação de uma norma inferior – decisão do caso concreto – com base em uma norma superior. Por esse motivo, pode-se dizer que o Direito, em sentido teleológico, é o conjunto das decisões (RADBRUCH, 1997, p. 245-246).

Não há dúvidas de que um juiz, sobretudo um tribunal de última instância, possui competência para criar, através de suas de-

cisões, não apenas uma norma individual aplicável ao caso concreto, mas também normas gerais chamadas precedentes judiciais. Nesse sentido, merece destacar o pensamento kelseniano (KELSEN, 2006, p. 278):

Uma decisão judicial pode ter um tal caráter de precedente quando a norma individual por ela estabelecida não é predeterminada, quanto ao seu conteúdo, por uma norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, ou quando essa determinação não é unívoca e, por isso, permite diferentes possibilidades de interpretação. No primeiro caso, o tribunal cria, com a sua decisão dotada de força de precedente, Direito material novo; no segundo caso, a interpretação contida na decisão assume o caráter de uma norma geral.

No âmbito da aplicabilidade das normas constitucionais, sobretudo em relação aos direitos fundamentais, Smend (apud ALEXY, 2001, p. 535) é enfático ao asseverar que na prática a Lei Fundamental vale tal como a interpreta o Tribunal Constitucional Federal, no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal.

Em verdade, a decisão judicial é uma norma jurídica, haja vista que, entre outras características, apresenta a mesma estrutura da lei, tem a essência da normatividade ao constituir-se com a cópula do modal deôntico “dever ser”, bem como participa da generalidade da lei, pois com a uniformização da jurisprudência deve a mesma ser aplicada aos casos análogos (FERNANDEZ, 1980, p. 90).

As proposições normativas são compostas de hipótese e tese. A hipótese apresenta-se de forma descriptiva de fato de possível ocorrência, é o fato jurídico extraído do suporte fático. Por seu turno, a tese é normativamente vinculada à hipótese pelo retrocitado modal e possui natureza prescritiva (VILANOVA, 2005, p. 94).

Sendo assim, do ponto de vista formal, uma norma jurídica é uma proposição prescritiva, pois é formada por um conjunto de palavras que apresentam significado e determinam a observância de um comando omissivo ou comissivo (BOBBIO, 1993, p. 50-51).

Entretanto é importante não olvidar que a função criadora do juiz representa o resultado de uma atividade referida às normas legislativas e que delas deriva, não podendo, pois, colocar-se em contraposição à lei, competindo com esta como fonte de produção de direito (ZACCARIA, 2004, p. 132).

Por seu turno, observa-se que a decisão judicial de um caso concreto é vinculante para a decisão de casos iguais nos aspectos relevantes em virtude de a norma individual que ela representa ser generalizada (KELSEN, 2006, p. 278).

Essa generalidade tem como fundamento a universalidade das expressões descriptivas contidas na hipótese das proposições normativas. Por universalidade das expressões descriptivas, Hare (apud ALEXY, 2005b, p. 87) se refere ao fato de que proposições do tipo “A é vermelho” obrigam a dizer que qualquer outro objeto que se assemelhe a “A” em todos os aspectos relevantes também é vermelho.

A análise dos juízos de dever é semelhante à dos juízos de valor, à medida que quando se diz que alguém deve fazer algo se está obrigando pelo princípio da universalidade de Hare a idêntica atitude em relação a qualquer um que esteja exatamente na mesma situação, sob pena de incorrer em contradição.

Por conseguinte, tem-se que o princípio da universalidade cria uma conexão entre o dever fazer ou não fazer algo e a razão para tanto, ao ponto de ser visto por Wieacker (apud ALEXY, 2005b, p. 219) como característica necessária da decisão jurídica.

Em termos de proposições normativas, como as decisões judiciais, tem-se que uma vez posta a relação entre o descritor (hipótese) e o prescritor (tese) observa-se uma relação implicacional lógico-formal segundo a qual, se se dá a hipótese, segue-se a consequência; se não se verifica a consequência, necessariamente não se dá a hipótese (VILANOVA, 2005, p. 93).

Importa destacar que de acordo com o imperativo contido no art. 458 do Código de Processo Civil pátrio, dentre os requisitos essenciais da sentença, e bem assim do acórdão previsto no art. 163 do mencionado diploma legal, constam os fundamentos de fato e de direito e o dispositivo em que efetivamente se decide o caso mediante a enunciação do juízo de dever.

Ainda, cabe referenciar que nos termos do art. 93, IX, da Constituição Federal brasileira de 1988 as decisões judiciais devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Essa exigência permanece intacta mesmo que na prática observe-se que a argumentação jurídica lançada na decisão seja entimemática (ocultação de premissas), segundo a qual as conclusões não decorrem necessariamente das premissas apresentadas (ADEODATO, 2002, p. 278-279).

É precisamente através da fundamentação que o magistrado descreve a situação fática que permeia o caso que lhe é apresentado, assim como teoricamente exprime a proposição normativa a ser empregada na solução do mesmo. Por conseguinte, vislumbra-se que a fundamentação da decisão jurídica é a razão para se impor o dever fazer ou não algo existente em sua parte dispositiva.

Dessa maneira, não há dúvidas de que, se é apresentado outro caso semelhante nos aspectos essenciais ao anteriormente julgado por determinado órgão jurisdicional, o resultado da deci-

são posterior deve ser o mesmo, tendo em vista a universalidade dos enunciados descriptivos existentes na fundamentação, sob pena de contradição e consequente violação ao princípio da justiça formal.

5 Os precedentes jurisprudenciais e a justiça formal

Como visto, o princípio da universalidade preconiza que todo falante só pode afirmar os juízos de valor e de dever que afirmaria dessa mesma maneira em todas as situações em que afirme que são iguais em todos os aspectos relevantes.

O fundamento do uso do precedente jurisprudencial é constituído pelo princípio da universalidade, o qual serve de base para o princípio da justiça formal.

A exigência de tratar casos semelhantes de modo semelhante implica que o magistrado deve decidir o caso de hoje com fundamentos que esteja disposto a adotar para a decisão de casos semelhantes no futuro, exatamente tanto quanto implica que hoje o magistrado deve levar em consideração as decisões anteriores em casos semelhantes no passado. As duas implicações são de adesão ao princípio da justiça formal (MACCORMICK, 2006, p. 96).

O fato de que em um caso anterior de caráter semelhante se tenha escolhido certa regra como fundamento da decisão constitui um forte motivo para que o magistrado baseie a decisão presente nessa mesma regra. Tal procedimento encontra-se estreitamente relacionado ao princípio da justiça formal no sentido de que os casos análogos recebam tratamento similar, ou de que cada decisão concreta seja baseada em uma regra geral (ROSS, 2003, p. 111).

Entretanto, tendo em vista que a decisão que constitui o precedente apenas tem caráter vinculante para a decisão de casos iguais, importante serem tecidas algumas considerações sobre a questão da igualdade entre os casos.

É de todo evidente que nenhum caso é igual ao precedente sob todos os aspectos. Sendo assim, a “igualdade” entre dois casos apenas reside no fato de eles coincidirem em certos pontos essenciais, a exemplo do que acontece com fatos delituosos em que o resultado foi a morte da vítima, muito embora as circunstâncias não coincidam em todos os pontos, porém apenas em alguns pontos mais importantes que são considerados pela norma.

Segundo esclarece Kelsen (2006, p. 278), a pergunta em que pontos os casos submetidos à apreciação jurisdicional têm de coincidir para que sejam considerados como “iguais” apenas pode ser respondida com base na norma geral que determina a hipótese legal (*Tatbestand*), fixando seus elementos essenciais.

Importa destacar que na hipótese ou descritor da norma geral consubstanciada na lei e no precedente jurisprudencial não se acha proposição empírica em que se tenha a narração do comportamento efetivo ou a descrição de um fato.

Deveras, apesar de sua descriptividade, a hipótese é qualificadora normativa do fático, à medida que o fato se torna fato jurídico quando ingressa no universo do direito através da hipótese. Ademais, o que determina quais elementos entram e quais não entram é o ato de valoração que preside à feitura da hipótese da norma geral (VILANOVA, 2005, p. 85).

Vale registrar que o caráter vinculante do precedente não se refere a cada palavra consignada quando da justificação da decisão judicial, mas somente à fundamentação, à *ratio decidendi*.

Feitas essas considerações, é de se ressaltar que a forma de se redigir as decisões guarda uma importante influência no peso que se atribui ao precedente, sendo de grande relevância a ampla discussão dos pontos de vista fáticos e jurídicos que fundamentam a decisão, a fim de fornecer ao novo magistrado que se depare com caso semelhante nos aspectos essenciais um vasto acervo material para lhe servir de guia, sob pena de se perder o valor de precedentes orientativos das decisões (ROSS, 2003, p. 117).

Por conseguinte, a apreciação da necessária universalidade das razões justificatórias para a decisão de casos concretos desvela os poderes coercitivos da justiça formal, ao passo que obriga o juiz e o tribunal a atentarem para a necessidade da adoção de deliberações genéricas sobre questões do direito como algo essencial para a justificação das decisões judiciais, a fim de conferir maior plausibilidade ao aspecto descriptivo da norma geral utilizada na solução da demanda e que passará a constituir precedente para outros casos semelhantes (MACCORMICK, 2006, p. 109-110).

6 O princípio da justiça formal na justificação das decisões jurídicas

Conforme adverte Gunther (2004, p. 63), o princípio da universalidade, e consequentemente o princípio da justiça formal, não pode ser aplicado de forma monológica, mas apenas em discursos práticos nos quais cada participante tem o mesmo direito de expor as suas razões, como sói ocorrer no processo jurisdicional.

Ainda, observa-se que nos discursos jurídicos cuida-se da justificação de um caso especial de proposições normativas, as decisões jurídicas. Essa justificação é realizada sob dois aspectos, a saber: a justificação interna, mediante a qual se verifica se a decisão se se-

gue logicamente das premissas que se expõem como fundamentação; e a justificação externa, cujo objeto é a correção dessas premissas (ALEXY, 2005b, p. 217-218).

O princípio da justiça formal satisfaz a justificação interna das decisões jurídicas mediante regras universais requeridas pelo princípio da universalidade, o qual constitui uma das condições de possibilidade de qualquer comunicação linguística em que se trate da verdade ou correção (ALEXY, 2005b, p. 191). É que quem afirma que algo é justo afirma ao mesmo tempo que é correto (ALEXY, 2005a, p. 58).

A justificação interna das decisões tem por base o princípio da justiça formal, o qual se apresenta como um mecanismo de controle da consistência da decisão, de modo a contribuir com a segurança jurídica, sobretudo no tocante à determinabilidade e previsibilidade da mesma no âmbito do sistema jurídico (CANARIS, 1996, p. 22).

Na esteira do pensamento de Bobbio (1999, p. 71; 81), sistema é uma totalidade ordenada, isto é, um conjunto de entes entre os quais há certa ordem segundo a qual os entes não estão apenas em relacionamento com o todo, mas também em um relacionamento de coerência entre si. Sendo assim, a tese de que o ordenamento jurídico é sistemático significa que o Direito não admite antinomias. Nesse contexto, casos similares devem ser tratados de modo similar, sendo que as semelhanças e diferenças são aquelas identificadas pelas normas existentes.

Conforme pontifica Larenz (1997, p. 300), se o magistrado tem que interpretar novamente uma determinada expressão ou certo enunciado jurídico no caso a ser decidido, pode fazê-lo não apenas para esse caso específico, mas também de maneira tal que sua interpretação possa subsistir para todos os outros casos semelhantes. Contraria a exigência de justiça formal de tratar igualmente os casos iguais, bem como a segurança jurídica, se os magistrados interpretam as mesmas disposições em casos semelhantes ora de uma maneira, ora de outra.

De fato, a imprecisão das palavras que compõe as normas jurídicas em geral encoraja uma arbitrariedade na tomada de decisões que somente uma sujeição ao princípio da justiça formal pode combater (RAWLS, 2002, p. 63).

Ademais, a segurança jurídica exige decisões que resultem consistentes considerando-se sistematicamente o ordenamento jurídico. Nesse sentido, o direito vigente é o produto de todo o inacabado tecido de decisões emanadas do legislador e dos magistrados. Por conseguinte, a pretensão de legitimidade do ordenamento jurídico exige decisões que não apenas concordem com o que foi deci-

dido em casos semelhantes do passado, mas também contemplem o horizonte do futuro (HABERMAS, 2001, p. 268).

Imaginem-se tribunais e juízes decidindo os litígios ao acaso, sem direito escrito algum, sem vinculação à interpretação uniforme, sem precedentes de julgamento, ter-se-ia a incerteza, o que findaria por ocasionar o erro judiciário e a injustiça (VILANOVA, 2003, p. 358).

Por oportuno, acresça-se que segundo Singer (apud ALEXY, 2005b, p. 87) o indigitado princípio da universalidade, além de servir de base para o princípio da justiça formal, ainda tem outra função importante, qual seja: a carga da argumentação de que existe uma relevante diferença entre um caso e outro. Ou seja, se desejar afastar-se de julgar segundo o precedente, o órgão julgador deve oferecer motivos relevantes e suficientes para infirmar a similitude entre o caso atual e o precedente, de modo que não incorra em flagrante incoerência.

Nesse particular, observa-se o princípio da inércia perelmaniano, segundo o qual uma decisão só poderá ser mudada caso se possam apresentar razões suficientes para tanto. Sendo assim, quem pretenda tratar um caso diferentemente de outro a princípio semelhante deve afirmar e provar que existe uma diferença relevante, sob pena de violar o princípio da justiça formal (ALEXY, 2005b, p. 197).

Pode-se formular, portanto, as seguintes regras mais gerais do uso dos precedentes na justificação das decisões jurídicas, de modo a garantir a observância do princípio da justiça formal: (1) quando se puder utilizar um precedente a favor ou contra uma decisão, deve-se fazê-lo; e (2) quem quiser se afastar da observância de um precedente assume a carga da argumentação (ALEXY, 2005b, p. 267).

A força da utilização dos precedentes se manifesta não apenas em casos nos quais se tem a aplicação reiterada de uma regra já formulada, mas também se estende a casos com novas características fáticas para os quais ainda não se tenha encontrado uma regra aplicável (ALEXY, 2001, p. 538). É que quando o magistrado não encontrar norma aplicável ao caso controvertido deve procurar remediar essa deficiência construindo uma norma a partir dos elementos fornecidos pela lei e pelos precedentes jurisprudenciais através da analogia.

A analogia assenta-se no entendimento de que de uma norma, seja ela legal ou precedente jurisprudencial, pode extrair-se princípios que são aplicáveis a casos que não encontram disciplinamento, mas que, por apresentarem uma semelhança substancial com os contemplados nas proposições normativas existentes, devem ter a mesma solução (LATORRE, 1997, p. 112).

Em suma, observa-se que o princípio da justiça formal tem papel preponderante na justificação das decisões jurídicas, uma vez que permite reconhecer e criticar erros, razão pela qual apresentar regras universais contribui para a consistência da decisão e, consequentemente, para a segurança jurídica.

7 Os precedentes jurisprudenciais e o direito sumular

É de se ter em mente que o uso de um precedente jurisprudencial significa a aplicação da norma que justifica a imposição da consequência fixada na parte dispositiva da decisão jurídica anterior (ALEXY, 2005b, p. 268).

A despeito de a jurisprudência e o direito sumular serem produtos de uma mesma fonte, a função jurisdicional do Estado, o direito sumular se destaca como a forma potencializada da jurisprudência, visto que seus efeitos de certa forma vinculam os órgãos jurisdicionais na decisão de casos outros, pendentes ou futuros (MANCUSO, 1999, p. 77). Diz-se que o direito sumular é “o reflexo do direito emanado de súmulas de um tribunal” (ROSAS, 2004, p.12).

Por oportuno, vale colacionar a conceituação de direito sumular consignada em decisão do Superior Tribunal de Justiça no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 3.317-BA:

DIREITO SUMULAR. CONCEITO. O direito sumular traduz o resumo da jurisprudência sedimentada em incontáveis e uniformes decisões das Cortes Superiores do país, que visam a rapidificação de causas no Judiciário. A se dar seguimento ao inconformismo das partes, manifestado em peça recursal, em total colidência com texto de Súmula do Tribunal, estar-se-ia a instaurar um regime anárquico, que afronta o princípio de uniformização das decisões. Prevalência do entendimento contido no direito sumulado, que traduz a manifestação de um colegiado, para negar provimento ao agravo regimental (BRASIL, 1990).

A prática forense desvela que as partes, e bem assim os próprios julgadores, constantemente invocam precedente judicial sem uma prévia análise de pertinência para com o caso concreto, prejudicando a força justificativa de sua argumentação.

Em certa demanda objetivando a declaração de inexistência de relação jurídica com sociedade empresária exploradora de atividade no ramo securitário, a parte autora argumentou não ter anuído com a formação de um determinado contrato. Em defesa, a seguradora ré arguiu prescrição invocando a Súmula nº 101 do STJ (“A ação de indenização do segurado em grupo contra a seguradora prescreve em um ano”).

Ocorre que os precedentes da mencionada súmula tratam de demanda ajuizada por segurados em face de seguradoras que deixavam de efetuar o pagamento da indenização devida quando da ocorrência do sinistro. Logo, os precedentes não guardavam nenhuma relação de pertinência com o caso concreto, razão pela qual a prescrição arguida com fulcro nessa súmula foi afastada.

Ademais, observa-se problema na elaboração dos enunciados das súmulas dos tribunais, os quais muitas vezes se acham despidos de correlação com as razões decisórias expostas nos precedentes jurisprudenciais que foram sumulados.

Considerando-se apenas o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça para fins do presente trabalho, tem-se que a prática dessas Cortes consiste na elaboração de enunciados abstratos e genéricos, de modo a englobar situações de fato inespecíficas e impessoais.

Todavia, consoante alhures explicitado, a importância de apresentação de regras universais para a garantia de observância da justiça formal na justificação de decisões proferidas em casos essencialmente análogos tem como fundamento a universalidade da hipótese fática que autoriza a imposição da consequência prevista na parte dispositiva do julgado.

Deveras, a forma de elaboração das súmulas dos indigitados tribunais superiores não expõe claramente os aspectos de fato necessários para que o julgador identifique adequadamente se o caso concreto assemelha-se ao vislumbrado pelo enunciado sumular.

Tal circunstância finda por ocasionar decisões conflitantes e que, muitas vezes, sequer guardam relação com os precedentes que resultaram na edição da súmula aplicada.

À guisa de exemplo, o cotejo do enunciado da Súmula nº 625 do Supremo Tribunal Federal (“Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança”) revela que os quatro julgados mencionados como precedentes da súmula em comento (RE 117936, MS 21143 AgR, MS 21188 AgR e RE 195186) não são exatamente iguais, mas todos transmitem a ideia de que o direito líquido e certo é a exigência de comprovação documental dos pressupostos fáticos do direito do impetrante, sendo, pois, uma noção eminentemente processual (BRASIL, 2003). Nenhum dos citados precedentes se refere à “matéria de direito” de que trata a indigitada súmula.

A elaboração e, sobretudo, a aplicação de enunciados de súmula sem a devida correlação entre eles e as razões decisivas trazem em si o risco de os enunciados virem a assumir completa independência, vida própria, passando a ter força normativa sem vinculação à lei e/ou aos precedentes. Não se deve descurar que o

enunciado da súmula resume os precedentes jurisprudenciais a ela relacionados.

Por sua vez, algumas observações interessantes podem ser obtidas a partir da análise do enunciado da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça (“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”), o qual é largamente utilizado para obstar o julgamento do recurso especial (BRASIL, 1990).

Na apreciação do REsp 693.172/MG (BRASIL, 2005b), a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça posicionou-se no sentido de que para a aferição de culpa exclusiva da vítima seria indispensável a reapreciação do conjunto probatório dos autos, o que seria vedado pelo teor da Súmula nº 7, a despeito de existir no acórdão recorrido referência às provas dos autos cuja valoração conduziu ao entendimento de que não restou demonstrada a referida excludente de responsabilidade civil.

Em seguida, na mesma decisão, foi colacionado entendimento pacificado do âmbito do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser possível a redução ou a majoração do valor da indenização por danos morais desde que o mesmo seja excessivo ou irrisório.

No acórdão do retrocitado recurso especial foram colacionadas várias decisões do Superior Tribunal de Justiça no sentido da possibilidade de revisão do valor da indenização, merecendo destaque o REsp 604.801/RS (BRASIL, 2005a), segundo o qual restou assentado que a fixação do valor do dano moral não observa regra fixa, oscilando de acordo com os contornos fáticos e circunstanciais, mas que a revisão do valor do dano pode ser levada a efeito pela citada Corte Especial e essa posição jurisprudencial é suficiente para contornar o óbice da Súmula nº 7 pela valoração jurídica da prova.

Ao assim se posicionar, o Superior Tribunal de Justiça manifestou entendimentos contraditórios ao admitir a valoração da prova para fins de redução do *quantum* indenizatório a título de danos morais e vedou a valoração probatória para a aferição da culpa exclusiva da vítima com base no enunciado da Súmula nº 7 por ele editada.

Tal proceder constitui afronta ao princípio da justiça formal, haja vista que a possibilidade de valoração da prova seria a categoria essencial que conferiria semelhança às duas hipóteses tratadas, qual seja a modificação do valor da indenização por danos morais e a culpa exclusiva da vítima, no mencionado REsp 693.172/MG do Superior Tribunal de Justiça.

Ainda, ressalte-se que a Súmula nº 7 e os precedentes a ela relacionados são de clareza meridiana no sentido da impossibilidade da análise de matéria que demande reexame probatório, como a redução do valor da indenização por danos morais.

Não é demais lembrar que de acordo com o art. 103 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e do art. 125, § 1º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça qualquer ministro pode propor a revisão da jurisprudência compendiada na súmula.

Dessa forma, não há razão alguma para o Superior Tribunal de Justiça construir entendimento no sentido de contornar a aplicação da Súmula nº 7 em casos de modificação do valor da indenização por danos morais que demanda reexame das circunstâncias fáticas e probatórias, uma vez que seria suficiente a revisão do enunciado da mencionada súmula.

Afigura-se importante colacionar os referenciados casos de formação e aplicação dos precedentes reunidos nas súmulas dos tribunais superiores, a fim de evidenciar que a menção acrítica a precedentes poderia afetar uma exigência mínima de técnica na argumentação jurídica baseada no princípio da justiça formal, o que igualmente pode ser ocasionado pela produção de enunciados de súmula de jurisprudência predominante sem a devida correlação entre os próprios enunciados e as razões decisivas.

Resultado totalmente diverso ocorrerá caso o órgão jurisdicional se valha de precedente inadequado para o caso.

É que a utilização de tal precedente como verdadeira razão de decidir pode ocasionar efeitos jurídicos graves, mormente considerando-se o permissivo contido no art. 285-A do Código de Processo Civil, o qual possibilita que o órgão jurisdicional julgue imediatamente improcedente o pedido do autor, se constatar a existência de reiteradas decisões proferidas pelo juízo em casos iguais.

Vê-se, pois, que a aferição da igualdade apenas pode ser adequadamente levada a efeito mediante a comparação da hipótese fática existente na fundamentação da decisão jurídica, tendo em vista a universalidade das expressões descriptivas.

Igualmente, de acordo com o imperativo contido no art. 518, § 1º, do Código de Processo Civil, que se costumou denominar súmula impeditiva de recurso, o juiz não receberá a apelação quando a sentença estiver em consonância com súmula do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Nesse caso, a simples menção ao teor da súmula não se revela suficiente para justificar a conformidade entre sentença e o entendimento jurisprudencial sumulado, sobretudo considerando-se a insuficiência da exposição da hipótese fática na súmula, a qual confere universalidade ao julgado e possibilita a identificação das semelhanças ao fixar as categorias essenciais que justifi-

ficam a imposição da consequência observada na parte dispositiva da decisão judicial.

Portanto, é imprescindível que sejam expostas as razões que justificam a semelhança entre os casos não apenas com base no enunciado da súmula, mas principalmente comparando-se com os precedentes que lhe deram origem, sob pena de se tratar casos diferentes como se semelhantes fossem e, consequentemente, violar o princípio da justiça formal com seus reflexos nocivos à segurança jurídica.

No tocante à súmula vinculante prevista no art. 103-A da Constituição Federal de 1988, acresça-se que o que vincula não é o enunciado da súmula, mas os precedentes a ele vinculados.

Desta feita, a reclamação para o Supremo Tribunal Federal, prevista no art. 103-A, § 3º, da Constituição, para a hipótese de contrariedade à súmula vinculante por ato administrativo ou decisão judicial, deve conter a demonstração analítica de que o caso concreto se assemelha nos aspectos fáticos aos consubstanciados nos precedentes que originaram a respectiva súmula.

É que, conforme esposado, se a hipótese fática dos casos confrontados for semelhante nos aspectos essenciais fixados pelos precedentes reunidos na súmula vinculante, necessariamente se dará a consequência prevista na tese constante na parte dispositiva dos mesmos e, bem assim, o provimento da reclamação interposta, em atenção ao princípio da justiça formal como consectário lógico da justificação das decisões jurídicas.

Conclusão

Como visto, muitos problemas resultam da utilização indiscriminada dos precedentes jurisprudenciais e especialmente daqueles reunidos em súmulas pelos tribunais.

Não se pode descurar que a universalidade das expressões descritivas contidas na hipótese das proposições normativas, como os precedentes jurisprudenciais, é de fundamental importância para a identificação das semelhanças entre os casos confrontados, à medida que é através da hipótese fática que se estabelecem as categorias essenciais abarcadas pela consequência lançada na tese constante na parte dispositiva do julgado.

Cada vez mais, tem-se buscado garantir a efetividade das decisões judiciais, especialmente no tocante aos direitos fundamentais à razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação previstos no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal de 1988.

Para tanto, foram criados mecanismos que possuem a finalidade de obstar a discussão de matérias cujo entendimento já se acha pacificado pelos tribunais superiores, a exemplo do julgamento antecipado da lide, da súmula impeditiva de recurso e da súmula vinculante, já abordados.

Entretanto, conforme restou evidenciado, a utilização dessas ferramentas deve ser precedida da necessária análise e demonstração da semelhança entre o caso concreto e o tratado nos precedentes jurisprudenciais e naqueles reunidos nas súmulas dos tribunais superiores.

Nesse contexto, o princípio da justiça formal apresenta-se como um instrumento de controle de consistência das decisões jurídicas, pois possibilita reconhecer e criticar erros na justificação interna do julgado, de modo a contribuir com a segurança jurídica, notadamente em relação à determinabilidade e previsibilidade da mesma no âmbito do sistema jurídico.

Mais do que nunca, exigir-se-á dos magistrados uma fundamentação comparativa capaz de demonstrar a relação de identidade havida entre o novo caso concreto e os precedentes invocados.

Julgá-lo improcedente o pedido do autor com base no art. 285-A do Código de Processo Civil, por exemplo, sem a precisa análise comparativa a indicar a relação de pertinência entre o caso concreto e os precedentes ensejará decisão arbitrária, mormente considerando-se os delatados problemas que permeiam a elaboração e aplicação do direito sumular.

Essa situação tem o condão de fomentar a arbitrariedade na tomada de decisão, uma vez que poderia o magistrado aplicar ou não os precedentes jurisprudenciais sumulados diante de casos essencialmente semelhantes, violando assim o princípio da justiça formal.

Acresça-se que a justiça formal em relação às instituições legais se apresenta como um aspecto inerente ao estado de direito que apoia e assegura expectativas legítimas dos cidadãos, visto que os mesmos devem ao menos saber o que lhes é exigido e o comportamento que devem adotar diante da multiplicidade de situações com as quais se deparam, a fim de que possam se proteger adequadamente.

Não há dúvidas de que a imprecisão das leis em geral e a ampla margem permitida para sua interpretação encorajam uma arbitrariedade na tomada de decisões que apenas uma submissão ao princípio da justiça formal pode derrotar.

Deste modo, pode-se afirmar que onde esteja presente a justiça formal, o estado de direito e o respeito às expectativas

legítimas provavelmente também se vislumbrará uma justiça substantiva.

Por conseguinte, impõe-se uma maior reflexão sobre as condutas adotadas pelos órgãos jurisdicionais, de maneira que se possa rever a forma como se utilizam dos precedentes jurisprudenciais, não apenas quando forem invocados como argumentos, mas, sobretudo, quando empregados como razão de decidir.

É necessária, pois, a análise desconstrutiva dos precedentes, viabilizando estabelecer as relações de identidade havidas com o caso concreto por intermédio do cotejo analítico da hipótese fática constante na fundamentação do julgado, tendo em vista a universalidade das expressões descriptivas.

Também se impõe a revisão da forma como ocasionalmente são elaborados os enunciados de súmula pelos tribunais, haja vista que a pretendida pacificação de divergências interpretativas e a uniformização do tratamento dos casos semelhantes dependem da construção de um enunciado que espelhe da forma mais clara e precisa os precedentes a ele vinculados, considerando-se as possibilidades linguísticas.

Referências

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Sarai-va, 2002.

ALEXY, Robert. **La institucionalización de la justicia**. Granada: Comares, 2005a.

_____. **Teoria da Argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2005b.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

APEL, Karl-Otto. **Transformações da filosofia**: filosofia analítica, semiótica, hermenêutica. São Paulo, Loyola, 2000. v. I.

ARISTÓTELES. **Órganon**: categorias, da interpretação, analíticos anteriores, analíticos posteriores, tópicos, refutações sofísticas. São Paulo: Edipro, 2005.

BITTAR, Eduardo C. B. **Teorias sobre a justiça**: apontamentos para a história da filosofia do direito. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

_____. **Teoria generale del diritto**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1993.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 3.317-BA. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrida: ÁUREA DOS SANTOS ARAGÃO. Relator:

Ministro Pedro Acioli.. Brasília, DF, 26 nov. 1990. **ADV Jurisprudência** 52.533.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 604.801/RS. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Claudinei Carlos dos Santos. Relatora: Ministra Eliana Calmon. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 07 mar. 2005a.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 693.172/MG. Recorrente: Estado de Minas Gerais. Recorrido: Milton Costa. Relator: Ministro Luiz Fux. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 set. 2005b.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 7, 3 jul. 1990. **RSTJ**, vol. 16, p. 157.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 625, 9 out. 2003. , 24 set. 003 - DJ de 9 out. 2003, p. 1; DJ de 10 out. 2003, p. 1; DJ de 13out. 2003, p. 1.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

FERNANDEZ, Alberto Vicente. **Función creadora del juez**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1980.

GUNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jurgen. **Facticidade y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho em términos de teoria del discurso**. Madrid: Trotta, 2001.

_____. **Verdade e justificação: ensaios filosóficos**. São Paulo: Loyola, 2004.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofía del derecho**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LATORRE, Angel. **Introdução ao direito**. Coimbra: Almedina, 1997.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NEVES, S. Castanheira. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 2006.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. PLATÃO. **Crátilo**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1997.

- RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ROSAS, Roberto. **Direito Sumular**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- ROSS, Alf. **Direito e justiça**. São Paulo: Edipro, 2003.
- VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Noeses, 2005.
- _____. **Escritos jurídicos e filosóficos**. São Paulo: Axis Mundi, 2003. v. I.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado lógico-filosófico e Investigações Filosóficas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- ZACCARIA, Giuseppe. **Razón jurídica e interpretación**. Madrid: Civitas, 2004.

O novo marco legal nacional da regularização fundiária: possibilidades e limitações da atuação do Poder Público

Pedro Araújo

*Mestrando do Programa de Planejamento de Gestão do Território da Universidade Federal do ABC
Coordenador da equipe de regularização fundiária do Programa Mananciais da Secretaria de Habitação do Município de São Paulo*

Solange Gonçalves Dias

*Mestre e doutora em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo
Professora da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu
Ex-coordenadora do Programa de Regularização Fundiária do Município de Santo André*

RESUMO

O artigo apresenta a regularização fundiária sob a perspectiva do novo marco legal sobre o tema, surgido com a edição da Lei Federal nº 11.977/2009, que explica o seu conceito, estabelece seus princípios, procedimentos e competências, tudo no âmbito de uma lei nacional que vincula a atuação da União, Estados e Municípios às regras nela estabelecidas. Não se prestando a uma análise aprofundada de todos os conceitos e instrumentos trazidos por essa lei, o texto oferece uma visão estrutural do processo de regularização fundiária, analisando as possibilidades e limitações a que se sujeitam os Poderes Públicos no Brasil diante do novo marco legal.

Palavras-chave: Regularização fundiária. Assentamentos urbanos informais. Novo marco legal.

ABSTRACT

This article presents the agrarian regularization from the perspective of the new legal framework issued with the edition of Federal Law 11.977/2009, which explains its concepts, establishes its principles, procedures and competencies, all under the rule of a national law that binds the action of Federal, State and Municipal

rules set out therein. Not providing a thorough review of all concepts and instruments brought by this law, this paper offers a structural vision of agrarian regularization process, analyzing the possibilities and limitations that submit governmental action in light of the new legal framework in Brazil.

Keywords: Agrarian Regularization. Urban informal settlements. New legal framework.

Introdução

A inserção na Lei Federal nº 11.977/2009 (alterada pela Lei nº 12.424/2011)¹ do Capítulo III, que trata da regularização fundiária de assentamentos urbanos, se deve à constatação de que, numa variedade de assuntos ligados ao tema, havia a necessidade de se estabelecer, em nível nacional, os conceitos e parâmetros básicos de atuação dos Poderes Públícos e dos particulares obrigados à sua realização.

Questões referentes aos limites da autonomia municipal para promover e, especialmente, para regrar o procedimento de regularização fundiária de forma autônoma, ao conflito entre normas municipais, estaduais e federais sobre o tema, à competência para promoção do licenciamento ambiental e ao registro da regularização fundiária na serventia imobiliária careciam há muito de uma definição mais clara no âmbito federal, de modo a vincular a atuação dos demais entes, o que se concretizou com a edição da Lei nº 11.977/2009.

Ademais, a referida lei estabeleceu um conteúdo mínimo de sentido para os termos utilizados ordinariamente ao se tratar de regularização fundiária, definindo, por exemplo, o conceito de ZEIS, de assentamento irregular e, sobretudo, definindo e diferencian- do a regularização fundiária de interesse social e a de interesse específico.

Por fim, consolidou legalmente a demarcação urbanística e a legitimação na posse como duas novas ferramentas à disposição dos Poderes Públícos para a superação de um dos maiores obstáculos à regularização fundiária plena, que é a consolidação da propriedade dos moradores de áreas privadas sobre seus lotes.

Assim, estabelecendo princípios, definindo procedimentos e competências, trazendo novos instrumentos e buscando criar uma

¹ A Lei nº 12.424/2011 apenas introduziu alterações que foram consolidadas no texto da Lei nº 11.977/2009, de forma que, a partir deste momento, nos referiremos apenas a essa última.

linguagem própria e unificada acerca da matéria, a lei confere um arcabouço normativo que dá estrutura à regularização fundiária e possibilita uma melhor atuação dos Poderes Públicos (notadamente o municipal, como se verá no item destinado à competência legislativa) na sua execução.

Há ainda, todavia, muito no que se avançar.

Os poucos anos que se passaram desde a publicação da lei já mostram uma resistência, por parte de diversos setores, à aplicação prática de várias de suas disposições.

Por outro lado, os municípios ainda têm que reforçar suas estruturas institucionais para que possam desempenhar a contento o papel central a eles destinado, incorporando e exercendo sua autonomia, garantida constitucionalmente e consolidada na lei sob estudo.

1 Regularização fundiária plena: o que é?

A expressão regularização fundiária tem sido utilizada das formas mais diversas, conforme o foco adotado por cada estudioso do assunto. A nós interessa o conceito de regularização fundiária plena, que abarca o fenômeno em sua inteireza.

Sob esse prisma, Alfonsin (2001, p. 24) definiu regularização fundiária como o processo de intervenção pública, sob os aspectos jurídico, físico e social, que objetiva legalizar a permanência de populações moradoras de áreas urbanas ocupadas em desconformidade com a lei para fins de habitação, implicando acessoriamente melhorias no ambiente urbano do assentamento, no resgate da cidadania e da qualidade de vida da população beneficiária.

Tal definição doutrinária é bastante aceita.

Do ponto de vista jurídico-positivo, a Lei nº 11.977/2009, em seu art. 46, definiu regularização fundiária como um conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Notam-se nas definições acima ao menos dois pontos em comum: o primeiro, que ambas deixam transparecer os reflexos de uma concepção de regularização fundiária plena, que não se limita a descrever de maneira unidimensional o processo, buscando abarcá-lo na sua integralidade; o segundo, que as definições têm seu eixo num “processo” ou num “conjunto de medidas” de cu-

nho jurídico, urbanístico, social e ambiental, cabendo uma breve análise de cada um desses aspectos.

O "conjunto de medidas" jurídicas consiste em todas aquelas necessárias à consolidação formal do domínio ou da posse da terra, por meio de transferência de propriedade ou de concessão de uso, onerosa ou gratuita, aos ocupantes de áreas que são utilizadas para sua moradia.

Abrange desde a aprovação municipal do parcelamento do solo, registro desse parcelamento em cartório de imóveis, abertura de matrículas individuais por lote e, finalmente, o registro dos títulos de posse ou propriedade já concedidos.

Vale ressaltar nesse ponto que a transferência da titularidade das terras particulares ocupadas por assentamentos precários do seu proprietário formal para os seus efetivos ocupantes consiste, se não no maior, num dos maiores problemas em se tratando do aspecto jurídico dos processos de regularização fundiária.

Dessa maneira, os instrumentos da demarcação urbanística e da legitimação da posse representam um importante passo na resolução dessa questão, como se verá adiante.

O mesmo objetivo pode ser alcançado ainda por meio das diversas formas da usucapião de áreas privadas, especialmente a Especial Urbana, ressaltando-se, contudo, que em se tratando de procedimentos judiciais estão sujeitas às vicissitudes a eles inerentes, como a demora e os altos custos, o que muitas vezes inviabiliza sua utilização nos processos de regularização fundiária de assentamentos de baixa renda.

Mas apenas a regularização formal do parcelamento e a titulação dos moradores sem a necessária intervenção urbanística resultarão certamente na perpetuação da precariedade.

Assim porque o modelo de desenvolvimento da cidade brasileira legou aos pobres apenas as terras que em função de suas características topográficas ou de restrições legais ao seu parcelamento não interessavam ao mercado imobiliário formal, o que resultou num grande número de favelas e loteamentos clandestinos/irregulares.

Aos cidadãos de baixa renda foi permitida a construção de suas casas em locais não dotados de infraestrutura urbana, localizados em áreas de proteção a mananciais, de preservação permanente, de preservação ambiental, em aterros sanitários e, sobretudo, em áreas de risco, sendo imperiosa a intervenção urbanística para provisão dessa infraestrutura e para o saneamento ambiental do assentamento.

Ressalta-se, portanto, a importância da dimensão física ou urbanística dos processos de regularização, "de forma a corrigir situa-

ações de degradação e a introduzir parâmetros formais de regulação do uso e da ocupação do solo" (PINHO, 1998, p. 69).

A vertente social da regularização fundiária cuida da caracterização socioeconômica, da quantificação e qualificação da população atendida, o que, ao fim e ao cabo, define o projeto de urbanização.

Cuida ainda do estabelecimento e implantação de mecanismos de participação popular, inserindo os moradores no processo de regularização fundiária, na tentativa de afastar o estigma da marginalização social e espacial.

Por esse motivo, "programas de regularização devem ser articulados com outros programas de combate à exclusão, como acesso a crédito, escolarização etc." (BRASIL, 2001, p. 155).

Sob o aspecto ambiental, os processos de regularização fundiária são responsáveis pelo saneamento das ocupações realizadas em áreas ambientalmente frágeis, procurando conciliar preservação e recuperação ambiental com o direito à moradia dos ocupantes.

2 Princípios orientadores

A Lei nº 11.977/2009 estabeleceu em seu art. 48 os princípios que devem orientar a ação dos Poderes Públicos tanto na elaboração de regras quanto no planejamento e execução de suas políticas de regularização fundiária, sempre guardando respeito às diretrizes gerais da política urbana constantes do Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/2001, que regulamentou os artigos 182 e 183 da CRFB de 1988, que dispõem sobre o tema.

Cabe dizer, primeiramente, que a regularização fundiária, sendo ela própria diretriz geral e instrumento da Política Urbana consagrada no Estatuto da Cidade², é ainda ferramenta para a consecução de outras diretrizes, haja vista que também por meio dela se consolida o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental e à infraestrutura urbana.

Dessa maneira, seus princípios específicos são desdobramentos desses outros, mais amplos, todos tendentes ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana. Abaixo os reproduzimos, comentando com brevidade cada um deles em seguida.

Art. 48. Respeitadas as diretrizes gerais da política urbana estabelecidas na Lei nº 10.257, de 10 de julho de

² Vide Lei nº 10.257/2001, art. 2º, XIV e 4º, V, q.

2001, a regularização fundiária observará os seguintes princípios:

- I – ampliação do acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda, com prioridade para sua permanência na área ocupada, assegurados o nível adequado de habitabilidade e a melhoria das condições de sustentabilidade urbanística, social e ambiental;
- II – articulação com as políticas setoriais de habitação, de meio ambiente, de saneamento básico e de mobilidade urbana, nos diferentes níveis de governo e com as iniciativas públicas e privadas, voltadas à integração social e à geração de emprego e renda;
- III – participação dos interessados em todas as etapas do processo de regularização;
- IV – estímulo à resolução extrajudicial de conflitos; e
- V – concessão do título preferencialmente para a mulher.

O princípio contido no Inciso I consubstancia-se no cerne da regularização fundiária, refutando o tratamento anteriormente dado aos assentamentos precários no Brasil, que se pautava pela sua remoção e, quando muito, reassentamento de seus moradores em áreas longínquas e não dotadas de infraestrutura urbana, perpetuando o ciclo de produção ilegal das cidades.

Assim o faz priorizando a manutenção dos moradores nas áreas originalmente ocupadas, onde sob todos os aspectos desenvolvem suas relações sociais, garantindo a eles, todavia, o direito à terra urbanizada, com níveis salubres de moradia e condições dignas do ponto de vista urbanístico-ambiental, fazendo desaparecer ou diminuindo a diferença entre a cidade formal e a informal.

Já o contido no Inciso II indica a necessidade de se inserir a regularização fundiária no contexto mais amplo das políticas setoriais urbanas e ambientais por meio da articulação entre os Poderes Públicos e entre estes e a iniciativa privada, levando em conta a multidimensionalidade inerente ao seu conceito, para aperfeiçoar suas ações.

O princípio contido no Inciso III na realidade materializa a diretriz geral contida na Lei nº 10.257/2001³, que propugna a gestão democrática da cidade por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano.

Espera-se com isso, além de possibilitar a manifestação da população diretamente interessada na regularização fundiária, con-

³ Vide art. 2º, II do Estatuto da Cidade.

ferir maior sustentabilidade ou durabilidade às ações desenvolvidas pelo Poder Público.

Assim porque em vez de impor, de cima para baixo e sem consulta, uma intervenção pública que afetaria de forma importante a vida dos moradores (seja pela realização de obras de infraestrutura, pela remoção e reassentamento de famílias ou pela insegurança gerada quanto à posse sobre seus lotes), o referido princípio determina a inclusão desses na própria concepção e posterior execução dessa intervenção, gerando uma sensação de pertencimento da comunidade em relação ao processo, sendo talvez esse o aspecto mais importante da dimensão social da regularização fundiária.

O estímulo à resolução extrajudicial de conflitos procura evitar o condicionamento dos processos de regularização fundiária à solução de lides entre os atores envolvidos na questão, o que corriqueiramente se verifica⁴, fazendo com que o Poder Público responsável por seu regramento e execução deixe a condição de protagonista para ocupar a posição de mero espectador de uma trama sobre a qual não tem qualquer controle.

Vale ressaltar também que, apesar de um perceptível aumento na sensibilidade dos juízes em relação às questões urbanas, grassa ainda no Poder Judiciário relativa ignorância tanto em relação às novas concepções relativas à cidade e à propriedade urbana⁵ como quanto às implicações de decisões tomadas em ações individuais sobre o conjunto da cidade.

Uma ação de reintegração de posse que tenha por objeto área ocupada por, digamos, mil famílias não se resume a um conflito de direito civil entre particulares, consistindo em questão que afeta diretamente todo o corpo social e também, em especial, o Poder Público, que ao fim e ao cabo será responsável pelo atendimento habitacional dos moradores expulsos de suas moradias.

O objetivo do princípio sob análise é, portanto, que o Poder Público, notadamente o municipal, em função da regra de competência explicitada no item seguinte, retome o protagonismo dos processos de regularização fundiária postos legalmente sob sua responsabilidade, procurando articular os interesses conflitantes numa solução de consenso.

⁴ Trata-se aqui, por exemplo, de ações possessórias e reivindicatórias, de ações civis públicas que determinam o desfazimento de parcelamentos e de ações de indenização por desapropriação indireta, que muitas vezes condicionam a atuação do Poder Público.

⁵ Funções sociais da cidade e da propriedade.

3 Regularização fundiária: competência para regrar e competência para promover

A clara distribuição de competências talvez tenha sido o aspecto mais importante da Lei nº 11.977/2009, tendo em vista a barafunda legislativa e institucional que se formou, no decorrer dos anos, ao redor dos processos de regularização fundiária, o que muitas vezes impediu o êxito dos programas públicos voltados para esse fim.

Assim, consolidando o princípio constitucional da autonomia dos municípios, outorgou-se a estes a competência para dispor (ou seja, legislar) sobre os procedimentos de regularização fundiária em seu território (art. 49), contanto que respeitadas as demais disposições da própria lei e do Estatuto da Cidade.

Dessa maneira, a Lei nº 11.977/2009, subsumindo-se em regra geral sobre o tema, deixou aos municípios, maiores conhecedores da realidade local, a competência para legislar de forma mais específica sobre regularização fundiária, podendo estabelecer princípios, diretrizes e regras próprias sobre o procedimento de aprovação do projeto de regularização de que trata o art. 51.

No que se refere à promoção (execução) das ações de regularização fundiária, dentro da esfera dos Poderes Públicos são competentes para tanto a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios (art. 50).

Podem ainda promover a regularização fundiária os seus beneficiários, individual ou coletivamente, e demais entidades ligadas à questão habitacional, tais como cooperativas, associações de moradores, fundações e organizações sociais.

Há, assim, uma multiplicidade de agentes promotores da regularização fundiária, mas apenas um ente responsável pelo regramento de seu procedimento: o município.

Importante ressaltar, contudo, que a regra de competência acima explicitada é constantemente tensionada pela existência de normas de outras esferas da Federação.

Assim porque à competência dos municípios para dispor sobre assuntos de interesse local contrapõem-se competências conferidas aos Estados-Membros ou até mesmo à União para, por exemplo, legislar sobre “florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição” (CRFB, art. 24, VI).

Assim se dá, por exemplo, nas áreas de proteção e recuperação de mananciais da Região Metropolitana de São Paulo, tendo em vista a existência de leis estaduais específicas para proteção aos mananciais estipulando procedimentos próprios para re-

gularização fundiária perante o órgão ambiental desse Estado-Membro.

Cabe, portanto, na análise de cada caso, observar as regras que sobre ele incidem, para se definir a estratégia de regularização fundiária pertinente.

4 Regularização fundiária de interesse social e de interesse específico

A Lei nº 11.977/2009 criou dois tipos diferentes de regularização fundiária: a de interesse social e a de interesse específico, estipulando regimes jurídicos diversos para cada uma delas, sempre de acordo com suas características próprias.

Para distingui-las, utilizou-se dos critérios da renda da população beneficiada, do tempo de ocupação e do zoneamento da área. Analisemos cada uma delas.

4.1 A regularização fundiária de interesse social (RFIS)

É aquela que tem por objeto assentamentos precários localizados em área urbana pública ou privada ocupada por população de baixa renda e que atenda a um ou mais dos seguintes requisitos (art. 47, VII):

- estar a área ocupada, sem oposição, há pelo menos cinco anos;
- estar a área situada em ZEIS; e
- nos casos de áreas pertencentes à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, a declaração de que elas são de interesse para implantação de projetos de regularização fundiária de interesse social.

Desde logo, cabe ressaltar que o elemento central da definição, a condição de baixa renda da população atendida, muito acertadamente não foi quantificado na Lei Federal, cabendo ao município estipular, pautado pela realidade local, o conceito de “baixa renda” em sua legislação.

A RFIS está condicionada à aprovação, pelo município, do Projeto de Regularização Fundiária, detalhado no art. 51 da lei, que deverá levar em conta, na definição de parâmetros urbanísticos e ambientais, as características próprias de cada assentamento.

Há, contudo, uma importante mudança em relação aos procedimentos anteriormente adotados.

É que, para os casos de regularização fundiária de interesse social, tornou-se possível a unificação dos licenciamentos urbanístico e ambiental no âmbito do município, desde que este possua

Conselho de Meio Ambiente e órgão ambiental capacitado, conforme explicitado no § 1º do art. 53 da Lei nº 11.977/2009.

A separação entre os licenciamentos urbanístico e ambiental refletia a antiga e superada rixa entre urbanistas e ambientalistas ou entre a “agenda verde” e a “agenda marrom”, que opunha aqueles que defendiam o direito ao meio ambiente àqueles que defendiam o direito à moradia.

Tal visão, contudo, vem sendo substituída por outra, que encara o território de forma mais holística. É patente que os projetos de intervenção pública em áreas degradadas devem ser multidisciplinares, sendo contemplados em sua concepção os aspectos urbanísticos e ambientais, indissociáveis dentro do conceito de regularização fundiária aqui adotado.

Sendo ambos os aspectos parte de uma mesma intervenção, não faria sentido separar o licenciamento ambiental do urbanístico, o que na maioria dos casos apenas multiplica o número de exigências a serem cumpridas pelos promotores da regularização fundiária, aumentando sobremaneira o tempo necessário para sua finalização.

Outra importante definição foi a imputação ao Poder Público da responsabilidade pela execução das obras de infraestrutura básica previstas no art. 2º, § 6º da Lei Federal nº 6.766/79⁶ e da implantação do sistema viário, mesmo que ainda não concluída a regularização dominial do imóvel, inclusive naqueles casos em que o município não é o promotor direto da regularização.

De acordo com a disposição inserida no art. 55 da Lei nº 11.977/2009, nos processos de regularização fundiária de interesse social, mesmo naqueles não promovidos diretamente pelo Poder Público e ainda que a intervenção urbanística tenha que se dar em áreas particulares porque não finalizada a regularização dominial, estaria o Poder Público obrigado⁷ a fazê-la.

⁶ “Art. 2º. O parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento, observadas as disposições desta Lei e as das legislações estaduais e municipais pertinentes.

[...]

§ 6º. A infraestrutura básica dos parcelamentos situados nas zonas habitacionais declaradas por lei como de interesse social (ZHIS) consistirá, no mínimo, de: I - vias de circulação; II - escoamento das águas pluviais; III - rede para o abastecimento de água potável; e IV - soluções para o esgotamento sanitário e para a energia elétrica domiciliar.”

⁷ Para não mencionar a obrigação imposta constitucionalmente às três esferas de governo de promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico e de combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos (CRFB, art. 23, IX e X), o legislador utilizou no art. 55 da Lei nº 11.977/09 o termo “caberá”, indicando a obrigatoriedade da conduta.

Do ponto de vista da qualidade urbanística da cidade e da salubridade e segurança dos moradores beneficiados pela intervenção, a forma como dispôs a lei é sem dúvida benéfica. Assim também nos casos em que a regularização fundiária esteja a cargo dos moradores ou de cooperativas habitacionais, situações em que a realização de obras, em grande parte dos casos, fica prejudicada pela falta de verbas.

Há algumas questões a serem consideradas, contudo.

Confrontando os requisitos que autorizam definirmos um processo de regularização fundiária como de interesse social⁸ com as situações fáticas que se apresentam cotidianamente nessa seara, verifica-se, por exemplo, a possibilidade de existência de assentamentos irregulares ocupados por população de baixa renda localizados em ZEIS, mas em que haja oposição à posse dos moradores consubstanciada em ação judicial, hipótese na qual a entrada inopinada do Poder Público municipal poderia gerar direito à indenização em favor dos titulares do domínio da área.

Assim, importante a análise, por parte dos Poderes Públicos municipais, de cada caso específico, atentando para a existência de impedimentos legais à implantação de infraestrutura pública e identificando as alternativas legais e institucionais para a consecução de seus fins.

4.1.1 A regularização fundiária de interesse social em Áreas de Preservação Permanente

Como já asseverado na introdução, o modelo de desenvolvimento das cidades brasileiras propiciou a segregação socioespacial das populações de baixa renda que, excluídas do mercado imobiliário formal e diante da premência de ter um teto sobre a cabeça, foram forçadas a se utilizar do mercado imobiliário informal para o atendimento de suas necessidades habitacionais.

Esse mercado imobiliário informal atuou e atua nas porções da cidade desprezadas pelo mercado imobiliário formal em função de suas características físicas (estarem sujeitas a alguma espécie de risco, por exemplo) ou da existência de restrições legais ao parcelamento (Áreas de Preservação Permanente, por exemplo), de forma que, ao longo dos anos e sob a omissão dos Poderes Públicos, tais áreas foram sendo tomadas por favelas e loteamentos clandestinos.

⁸ Art. 47, VII da Lei 11.977/2009 define RFIS: regularização de assentamentos irregulares ocupados por população de baixa renda nos seguintes casos: i) ocupação mansa e pacífica da área por no mínimo 05 anos; ii) área definida como ZEIS.

A realidade decorrente disso é que grande parte dos assentamentos precários está localizada em beiras de córrego e topos de morro.

Até o ano de 2006, quando houve a edição da Resolução CONAMA 369/2006⁹, não havia previsão legal para regularização fundiária de assentamentos localizados em Áreas de Preservação Permanente. Contudo, apesar de a referida resolução ter consistido num avanço, não se mostrou suficiente para o enfrentamento do problema das ocupações em APP, tendo obtido resultados parcos nesse sentido.

Almejando a alteração dessa realidade, a Lei nº 11.977/2009 modificou inteiramente a abordagem sobre a regularização fundiária de interesse social de assentamentos localizados em áreas de preservação permanente.

Reforçando a autonomia municipal para regramento dos assuntos de interesse local (CFRB, art. 30), a lei facultou aos municípios regularizar, mediante decisão motivada, assentamentos consolidados em Áreas de Preservação Permanente ocupadas até dezembro de 2007, no âmbito dos processos de regularização fundiária de interesse social (art. 54, § 1º). Para tanto, estabeleceu como requisito básico a melhoria da condição ambiental da APP em relação ao que se verificava antes da intervenção pública.

Tal verificação se dará pela elaboração de estudo técnico feito por profissional legalmente habilitado e compatível com o Projeto de Regularização Fundiária, possuindo como conteúdo mínimo:

- caracterização da situação ambiental da área a ser regularizada;
- especificação dos sistemas de saneamento básico;
- intervenções propostas para controle de risco geotécnico e de inundações;
- proposta de recuperação ambiental das áreas degradadas e das que não puderem ser consolidadas;
- comprovação da melhoria das condições ambientais na ocupação em APP a ser regularizada.

Atente-se para o fato de que, na forma como estatuído na lei, os municípios ficam livres para estipular quando e de que forma se poderão consolidar ocupações em Áreas de Preservação Permanente, independentemente das disposições da Resolução CONAMA 369/2006, contanto que atendidos os requisitos acima citados.

⁹ A Resolução CONAMA 369/06 dispõe sobre os casos em que, excepcionalmente, poderão os Poderes Públicos promover a consolidação e a regularização fundiária de assentamentos de interesse social em Áreas de Preservação Permanente, estipulando uma série de requisitos, entre eles as faixas não edificáveis em beiras de córregos e prazo-limite (10/07/2001) de consolidação da ocupação.

Assim pelas razões que seguem abaixo.

A Resolução CONAMA 369/2006 (como todas as demais desse Conselho) foi editada com fulcro na delegação contida no art. 8º, VII, da Lei Ordinária Federal 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente), que atribui ao órgão a capacidade de “estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, principalmente os hídricos”.

Em que pese a origem dessa competência encontrar-se em lei federal, ela manifesta-se juridicamente por meio de simples resolução de órgão do Sistema Nacional do Meio Ambiente.

A edição de lei ordinária federal posterior, dispondo de forma diversa sobre a mesma matéria, prepondera inquestionavelmente sobre quaisquer resoluções de quaisquer órgãos.

Não fosse o argumento acima suficiente, questiona-se, além disso, que a competência delegada por lei ao CONAMA¹⁰ encontra limites na autonomia municipal consagrada na Carta Constitucional vigente.

Dessa maneira, não caberia ao CONAMA, com base em delegação da competência genérica acima descrita, imiscuir-se em assuntos como uso, ocupação, parcelamento e regularização do solo, que integrariam o rol das matérias de interesse local a serem definidas pela legislação municipal.

Apesar do exposto, verifica-se uma enorme resistência à ideia de os municípios regrarem tal matéria de forma independente, havendo inclusive manifestações (oficiosas, é bem verdade) de órgãos públicos ligados ao meio ambiente arguindo uma suposta inconstitucionalidade – nunca explicada ou demonstrada – do § 1º do art. 54 da Lei nº 11.977/2009.

4.1.2 Demarcação urbanística e legitimação da posse

A Lei nº 11.977/2009 trouxe duas novas ferramentas próprias para uso na regularização fundiária de interesse social, conforme definido anteriormente.

O conjunto formado pela demarcação urbanística e pela legitimação na posse procura oferecer novos caminhos para a constituição da propriedade imobiliária de assentamentos precários em nome de seus moradores, que se dará pela conversão da legitimação em propriedade nos termos do art. 60 da lei.

Esses instrumentos de regularização fundiária guardam similitudes com os processos de usucapião, sendo chamados com

¹⁰ Lembrando que tal competência foi conferida no ano de 1981, sete anos antes da promulgação da CRFB de 1988.

frequência de usucapião administrativa, já que têm por fim a formalização de um direito de propriedade de fato já exercido pelos moradores em relação aos seus lotes.

Destaca-se, contudo, que, ao contrário do que ocorre na usucapião, a responsabilidade pela comprovação do tempo de ocupação, pela elaboração do material técnico que instruirá o pedido, pela identificação dos proprietários e pela formalização do pedido perante o cartório de imóveis será sempre do Poder Público.

Superam-se assim algumas das grandes dificuldades da utilização da usucapião nos processos de regularização fundiária: a comprovação do tempo de posse, o alto custo do processo para os moradores (custas judiciais, perícias técnicas, honorários de advogado etc.) e a morosidade dos processos judiciais.

No mais, estando vinculados a um projeto de regularização fundiária promovido pelo Poder Público, se prestam à resolução do problema da propriedade de forma integral, para todos os lotes abrangidos por ele, e não apenas de forma pontual, como acontece frequentemente quando se utiliza a usucapião.

Analisemos cada um deles, deixando claro desde já que não se pretende esgotar todo o aspecto técnico jurídico contido na Lei nº 11.977/2009, mas apenas destacar suas principais características.

Demarcação urbanística é o

procedimento administrativo pelo qual o poder público, no âmbito da regularização fundiária de interesse social, demarca imóvel de domínio público ou privado, definindo seus limites, área, localização e confrontantes, com a finalidade de identificar seus ocupantes e qualificar a natureza e o tempo das respectivas posses (art. 47, III).

Destina-se à intervenção em áreas de ocupação já consolidada, não havendo oposição por parte do proprietário do imóvel. Apenas podendo ser aplicada nos casos de regularização fundiária de interesse social, a área a ser demarcada deverá ser ocupada predominantemente por população de baixa renda e atender ao menos a um dos requisitos exigidos para essa modalidade de regularização.

A demarcação urbanística somente poderá ser feita pelo Poder Público, ou seja, pela União, pelos Estados, pelos Municípios e pelo Distrito Federal, incluindo seus órgãos delegados da administração indireta.

Nos casos de terras particulares, qualquer um desses entes pode fazer a demarcação urbanística. Nos casos de áreas públicas, qualquer ente pode fazer a demarcação de terras de seu próprio domínio. A demarcação em terras federais, em razão da Seção III-A do

Decreto-Lei nº 9.760/46, somente poderá ser feita pela própria União.

Já a demarcação em terras municipais e estaduais poderá ser feita por outro ente público, desde que não haja vedação na legislação patrimonial e se obtenha a anuência do município ou do estado titular da área.

Além disso, como os municípios são os responsáveis pela execução da política de desenvolvimento urbano e pela disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo em seus territórios, deve ser observada a legislação municipal referente à matéria, a fim de verificar se não há incompatibilidade entre a regularização proposta e as leis de uso e ocupação do solo.

O auto de demarcação urbanística poderá abranger parte ou a totalidade de um ou mais imóveis inseridos em uma ou mais das seguintes situações: i) domínio privado com proprietários não identificados, em razão de descrições imprecisas dos registros anteriores; ii) domínio privado objeto do devido registro no registro de imóveis competente, ainda que de proprietários distintos; e iii) domínio público (art. 56, § 5º).

Instruído com a documentação especificada no art. 56 da lei e atendidas as demais exigências legais, o ato de demarcação urbanística deverá ser enviado ao cartório de registro de imóveis, para que sejam tomadas as providências estipuladas no art. 57 e, estando em ordem, averbe o auto na matrícula do imóvel.

A partir daí o Poder Público deverá elaborar e aprovar o Projeto de Regularização Fundiária previsto no art. 51 da Lei e, após o seu registro na matrícula do imóvel, conceder aos moradores cadastrados os títulos de Legitimação de Posse.

A legitimação de posse é um instrumento destinado ao reconhecimento da posse de moradores de áreas objeto de demarcação urbanística. Trata-se da identificação, pelo Poder Público, da situação fática da posse mansa e pacífica de uma área por pessoas que não sejam proprietárias de outro imóvel urbano ou rural, foreiras de outro imóvel urbano ou rural ou beneficiários de legitimação de posse concedida anteriormente.

Um dos objetivos da legitimação é dar publicidade às posses identificadas e qualificadas, por meio da confecção de um título pelo Poder Público, em nome do morador, e de seu registro no cartório de registro de imóveis.

Quando feita em áreas privadas, a legitimação de posse possibilita a aquisição de propriedade por meio da usucapião administrativa. Em relação a áreas públicas, pode facilitar a instrução de pedidos de concessão de uso para fins de moradia ou de outros instrumentos definidos pelo titular de domínio da área.

Como o título de legitimação de posse não reconhece um direito real, sua utilização em áreas públicas é interessante apenas nos casos em que o ente promotor da ação não é o proprietário do imóvel. Quando o procedimento é feito pelo próprio ente detentor do domínio, a legitimação é um passo desnecessário, já que é possível fazer de imediato a transferência de direito real em nome do possuidor por meio de instrumentos como a CUEM, a CDRU, a doação, entre outros.

A legitimação de posse, devidamente registrada, constitui direito em favor do detentor da posse direta para fins de moradia.

O detentor do título de legitimação de posse, passados cinco anos de seu registro, poderá requerer ao oficial de registro de imóveis a conversão desse título em registro de propriedade, tendo em vista sua aquisição por usucapião.

A aplicação desses instrumentos, contudo, ainda permanece um mistério, não sendo conhecidos ainda casos em que os dois procedimentos tenham chegado ao seu termo final.

Sabe-se, contudo, que têm surgido questionamentos sobre a constitucionalidade ou legalidade de algumas de suas disposições, como a possibilidade de demarcação urbanística e a legitimação na posse de áreas públicas, que, segundo alguns entendimentos, se consubstanciam em usucapião de terras públicas, o que é vedado constitucionalmente.

Dessa maneira, é necessário ainda algum tempo antes que se possam tecer afirmações sobre o real alcance dos instrumentos.

4.2 A regularização fundiária de interesse específico (RFIE)

Essa modalidade de regularização foi definida legalmente por exclusão: toda regularização fundiária que não for de interesse social será de interesse específico (Lei nº 11.977/09, art. 61).

Refere-se, portanto, àqueles assentamentos que, apesar de irregulares, ou não são compostos por famílias de baixa renda, ou não estão localizados em ZEIS ou não estão implantados há mais de cinco anos sem oposição.

Em função disso, o regime jurídico reservado à RFIE difere muito daquele reservado à regularização fundiária de interesse social. Em comum possuem apenas o fato de ambas dependerem da análise e aprovação pela autoridade licenciadora (município) do Projeto de Regularização Fundiária detalhado no art. 51 da Lei. De resto, divergem em quase todos os aspectos, senão vejamos.

Primeiramente, ressalta-se que os licenciamentos urbanístico e ambiental deverão ser feitos independentemente um do outro, não tendo sido mantida a fusão de ambos, como na RFIS.

No que se refere à possibilidade de regularização de assentamentos localizados em Área de Preservação Permanente, a RFIE deverá observar as restrições impostas à sua ocupação e “demais disposições previstas na legislação ambiental” (art. 61, § 1º).

Assim, nesses casos, deverão ser atendidas, por exemplo, as regras da Resolução CONAMA 369/06, como a necessidade de guardar faixas não edificáveis de, no mínimo, 15 metros em beira de córregos e a impossibilidade de regularizar ocupações consolidadas após julho de 2001.

Ademais, na regularização fundiária de interesse específico, será possível ao órgão licenciador exigir contrapartidas e compensações urbanísticas e ambientais na forma da legislação vigente (art. 61, § 2º).

Quanto à realização de obras de infraestrutura básica, de abertura de sistema viário, de implantação de equipamentos públicos e demais intervenções previstas no projeto de regularização fundiária, caberá ao município, ao emitir as licenças urbanística e ambiental, definir a responsabilidade pela sua implantação, podendo ou não ser esta compartilhada com os beneficiários de acordo com o critério estabelecido no § 1º, I e II, do art. 62.

Por fim, vale ressaltar que as medidas de mitigação e compensação urbanística e ambiental deverão fazer parte de termo de compromisso firmado entre os responsáveis e o órgão licenciador, tendo este termo força de título executivo extrajudicial (art. 62, § 2º).

5 O papel das Zonas Especiais de Interesse Social no processo de regularização fundiária

As ZEIS têm desempenhado historicamente papel fundamental nos processos de regularização fundiária.

Os adjetivos “irregular” ou “clandestino” aplicados a um dado parcelamento do solo se justificam pela inadequação deste aos parâmetros de uso, ocupação e parcelamento do solo estabelecidos em lei.

Pressupondo, diante da grandeza dessa realidade, a impossibilidade de adequação física de todos os assentamentos precários existentes, é imprescindível uma fórmula de, sem revogar as leis de uso, ocupação e parcelamento do solo, suspender a sua aplicação nesses casos específicos, sob pena de se perpetuar a irregularidade fundiária. Nesse sentido, as ZEIS têm se mostrado fundamentais.

A edição da Lei nº 11.977/2009, contudo, trouxe alterações na relação entre as ZEIS e os processos de regularização fundiária, de

que trataremos neste item. Antes, porém, é importante resgatar um mínimo de informações sobre esse instrumento de política urbana.

5.1 Conceito e objetivos

As ZEIS são uma espécie de zoneamento dentro do qual se admite a flexibilização das normas de uso, ocupação e parcelamento do solo para áreas já ocupadas ou que venham a ser ocupadas por população de baixa renda, tendo em vista precipuamente a salvaguarda do direito social à moradia previsto no artigo 6º da Constituição Federal.

A Lei nº 11.977/2009 as definiu como “parcela de área urbana instituída pelo Plano Diretor ou definida por outra lei municipal, destinada predominantemente à moradia de população de baixa renda e sujeita a regras específicas de parcelamento, uso e ocupação do solo” (art. 47, V).

As ZEIS, sob um prisma mais genérico, se prestam ao cumprimento de dois objetivos.

O primeiro é concretizar as diretrizes da política urbana contidas no art. 2º, XIV e XV, do Estatuto da Cidade:

XIV - regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda **mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação**, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais (grifo nosso)

XV - simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais.

O segundo refere-se à ampliação da oferta de moradia para a população de baixa renda em regiões da cidade dotadas de infraestrutura e de equipamentos urbanos, ao destinar áreas urbanas não utilizadas, não edificadas ou subutilizadas à execução de projetos de habitação de interesse social.

De forma mais específica, ao estabelecerem Zonas Especiais de Interesse Social, os municípios podem objetivar (BRASIL, 2001, p. 156):

- o aumento da oferta de terras para os mercados urbanos de baixa renda;

- a regulação do mercado de terras urbanas, mediante a redução das diferenças de qualidade entre padrões de ocupação e a correspondente redução das diferenças de preços entre as terras;

- a introdução de mecanismos de participação direta dos moradores no processo de definição dos investimentos públicos em urbanização para a consolidação dos assentamentos;
- a inclusão de parcelas da população marginalizada por não terem tido a possibilidade de ocupação do solo urbano dentro das regras válidas para o restante da cidade.

Nelson Saule Júnior afirma:

Constituir nas Zeis – enquanto porção do território destinada à moradia da população de baixa renda – um regime urbanístico especial é reconhecer o direito à diferença. Aqui, esse direito à diferença se baseia no imperativo ético de que o Poder Público deve facilitar o exercício, em seu território, do direito social à moradia de modo que a função social da propriedade seja cumprida. [...]

A área gravada como Zeis se torna uma espécie de zona específica e especial, liberada de regras usuais de uso e ocupação do solo e detentora, portanto, de regras especiais (SAULE JÚNIOR, 2006, p. 3762-3773).

5.2 Espécies

As ZEIS podem ser genericamente agrupadas em duas tipologias básicas: ZEIS de áreas ocupadas e ZEIS de áreas vazias.

Na categoria ZEIS de áreas ocupadas estariam incluídos todos os assentamentos eivados de algum tipo de irregularidade, como as favelas, os conjuntos habitacionais irregulares e os loteamentos irregulares e clandestinos.

Na categoria ZEIS não ocupadas estariam incluídos os “vazios construídos” e os terrenos e glebas não utilizados ou subutilizados (SAULE JÚNIOR, 2006, p. 3762-3773).

Sobre esse assunto observou Saule Júnior (2006, p. 3762-3773):

A dinâmica de desenvolvimento urbano implica historicamente em [sic] processo concomitante de esvaziamento econômico, social e cultural de determinados espaços e no adensamento de outros que, por diversas razões, são mais demandados pelo capital. Alguns desses processos se dão pela obsolescência de alguns espaços quando não mais respondem ao uso original; outras vezes o próprio mercado imobiliário se encarrega de induzir processos de esvaziamento ou adensamento, e enunciar novas lógicas de uso e ocupação do solo a favor dos seus interesses. Nessa dinâmica, criam-se vazios construídos, de um modo geral em áreas consolidadas e providas da infraestrutura básica e de serviços urbanos. São galpões, antigas fábricas, edifícios comerciais e de escritórios, entre outros, que podem vir a cumprir a sua função social quando destinados a Habitação de Interesse Social.

Os terrenos vazios, embora produtos da mesma lógica de acumulação promovida por agentes que têm na cidade o seu campo direto de atuação (empreendedores e incorporadores imobiliários, construtoras, corretoras e outros), configuram situações, espacialidades e problemas urbanos próprios, a demandar orientações ou determinações específicas quanto ao uso e ocupação e, em particular, na política de produção de Habitação de Interesse Social.

5.3 Gênese, desenvolvimento e consolidação das Zonas Especiais de Interesse Social

A ideia das ZEIS antecipa-se tanto à nova ordem jurídica inaugurada com a CRFB de 1988 quanto ao Estatuto da Cidade, que prevê expressamente a instituição dessa espécie de zoneamento visando à regularização de assentamentos ocupados por população de baixa renda.

Assim porque no plano municipal, desde o início da década de 1980, algumas prefeituras já vinham instituindo legislação de interesse social com o objetivo de viabilizar a regularização de assentamentos erigidos em desacordo com as leis federais e municipais de uso, ocupação e parcelamento do solo.

Nesse contexto, as experiências de Belo Horizonte (MG), com o Projeto Profavela, e de Recife (PE), com a criação, em 1983, das ZEIS e do Plano de Regularização das Zonas de Especial Interesse Social (Prezeis), tornaram-se referência para as demais cidades brasileiras.

As ZEIS, como instituídas em Recife, constituíram importante instrumento de gestão participativa dos processos de urbanização e permitiram a adoção de padrões urbanísticos diferenciados, não admitidos pela legislação existente, para a chamada cidade formal.

Na região do ABC paulista, vários municípios criaram mecanismos semelhantes. Diadema instituiu as Áreas de Especial Interesse Social (AEIS) no âmbito do Plano Diretor (Lei nº 25/94). No município de Santo André, as AEIS foram introduzidas no ano de 1991 – por meio de legislação específica (Lei nº 6.864/91) –, inspiradas nas ZEIS implantadas em Recife.

A Constituição de 1988, por sua vez, ampliou o conceito de função social da propriedade, que havia sido trazido pela Carta constitucional anterior, delegando ao município a sua definição, de forma a fortalecer a autonomia municipal.

Nesse mesmo sentido, no ano de 1999, a Lei nº 6.766/79 sofreu alterações significativas, reforçando a autonomia dos municípios para a promoção de empreendimentos habitacionais de interesse social e para a regularização de assentamentos informais.

Por fim, o Estatuto da Cidade inseriu as ZEIS no rol dos instrumentos da política urbana.

As ZEIS se consolidaram, então, como o instrumento por excelência dos processos de regularização fundiária, consistindo no modo pelo qual os municípios conseguem, através do seu zoneamento, excetuar a aplicação de suas leis de uso, ocupação e parcelamento do solo naquelas áreas próprias para a implantação ou consolidação de habitação de interesse social.

Dessa maneira, as políticas municipais de regularização fundiária têm se estruturado em torno desse instrumento, que consta, se não de todos, da grande maioria dos Planos Diretores municipais.

5.4 Lei nº 11.977/2009: há a possibilidade de regularização fundiária de interesse social desvinculada de ZEIS?

A fórmula utilizada pela Lei nº 11.977/2009 para definir regularização fundiária de interesse social, caracterizando-a como aquela feita em assentamentos irregulares ocupados por população de baixa renda nos casos (i) em que a área esteja ocupada, de forma mansa e pacífica, há pelo menos cinco anos, (ii) de imóveis situados em ZEIS, ou (iii) de áreas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios declaradas de interesse para implantação de projetos de regularização fundiária de interesse social, deixou dúvidas quanto à possibilidade de se alcançar a regularização de assentamentos independentemente da demarcação de ZEIS.

Uma leitura superficial do dispositivo legal acima reproduzido pode dar a entender que a resposta à pergunta acima deve ser positiva, mas uma análise sistêmica do ordenamento jurídico leva a uma conclusão diferente.

Primeiramente, cabe relembrar que a regularização fundiária de interesse social “depende da análise e da aprovação pelo município” de um projeto de regularização fundiária cujo conteúdo mínimo está definido no art. 51 da Lei nº 11.977/2009.

Tal aprovação, obviamente, se pautará pela legislação municipal, que, por meio do zoneamento da cidade, estabelece regras de uso, ocupação e parcelamento do solo em seu território, cabendo lembrar que em função do princípio da legalidade a única possibilidade de não aplicação de tais regras é a previsão, também em lei, de exceções à sua aplicação.

Assim, em se tratando de assentamentos que são precários justamente por não se adequarem à legislação, é imprescindível a possibilidade de flexibilização de seus parâmetros, o que se dá ou pela demarcação de ZEIS, ou pela declaração (por meio de lei), por

parte da União, Estados ou Municípios, de que tais assentamentos são de interesse social para implantação de projetos de regularização fundiária de interesse social¹¹, ou, por fim, pela edição de lei específica estabelecendo parâmetros urbanísticos diferenciados para áreas individualizadas.

Concluindo, pode-se dizer que a aprovação do projeto de regularização fundiária depende da edição de lei municipal flexibilizadora de parâmetros urbanísticos, sendo a demarcação de ZEIS a forma consagrada para tanto.

Por outro lado, como se verá no item abaixo, o registro do parcelamento do solo oriundo do projeto de regularização fundiária também está vinculado à aprovação municipal do mesmo¹², que, como aduzido anteriormente, encontra-se fortemente vinculado à demarcação das ZEIS.

Temos então que, se considerada a regularização fundiária plena, a resposta à questão formulada deverá ser negativa.

É possível, contudo, dar passos no processo de regularização fundiária independentemente da demarcação de ZEIS. A implantação de infraestrutura urbana básica, a outorga de títulos de posse ou de uso aos moradores e a tomada de algumas providências de âmbito administrativo, como denominação e oficialização de vias, independem dessa providência.

6 O registro imobiliário da regularização fundiária

As modificações nos processos de regularização fundiária trazidas pela Lei nº 11.977/2009 abrangeram também as questões relativas ao seu registro imobiliário.

Referida lei trouxe disposições gerais acerca do tema e também disposições específicas para as regularizações de interesse social e de interesse específico.

De forma comum às duas espécies de regularização, a lei determina que o registro do parcelamento resultante da aprovação do projeto de regularização fundiária implicará (i) a abertura de matrícula para a totalidade da área objeto da regularização, caso não haja e (ii) a abertura de matrícula para cada uma das parcelas resultantes desse mesmo projeto (art. 66, I e II).

Define ainda que as matrículas das áreas de uso público deverão ser abertas de ofício, independente de requerimento, com averbação da destinação e eventuais restrições (art. 67).

Por fim, estabelece a gratuidade de custas e emolumentos para o registro do auto de demarcação urbanística, do título de

¹¹ O que, convenhamos, não difere muito da demarcação de uma ZEIS.

¹² Vide art. 65, II, da Lei nº 11.977/2009.

legitimação de posse e de sua conversão em título de propriedade e ainda dos parcelamentos decorrentes da regularização fundiária de interesse social.

6.1 O registro imobiliário da regularização fundiária de interesse social

O registro do parcelamento oriundo de projeto de regularização fundiária de interesse social deverá ser requerido, por qualquer dos legitimados no art. 50¹³ da lei, diretamente perante a serventia imobiliária, instruído com (i) certidão atualizada da matrícula do imóvel, se houver, (ii) projeto de regularização fundiária aprovado pelo município, (iii) instrumento de instituição e convenção de condomínio, quando for o caso e (iv) certidão atualizada dos atos constitutivos nos casos do Inciso II do art. 50 da lei.

Por fim, vale ressaltar que o registro da RFIS independe do atendimento às exigências constantes da Lei nº 6.766/79.

6.2 O registro imobiliário da regularização fundiária de interesse específico

Sobre a RFIE, a Lei nº 11.977/2009 dispôs de forma bastante sucinta, afirmando que o seu registro deverá ser requerido perante o registro de imóveis, observando as disposições a ela pertinentes nessa lei e na legislação em vigor sobre a matéria.

Intui-se, portanto, exigíveis as disposições da Lei 6.766/79.

Conclusão

A edição da Lei nº 11.977/2009 representou uma importante evolução do ponto de vista jurídico-institucional para os processos de regularização fundiária, cristalizando conceitos, estatuindo princípios e estabelecendo competências legislativas e executivas.

A atribuição de competência legislativa aos municípios para regrar os procedimentos de regularização fundiária (inclusive em APP) e de competência executiva para a realização das obras de infraestrutura reforça o princípio da autonomia municipal e possi-

¹³ "Art. 50. A regularização fundiária poderá ser promovida pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios e também por: I – seus beneficiários, individual ou coletivamente; e II – cooperativas habitacionais, associações de moradores, fundações, organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público ou outras associações civis que tenham por finalidade atividades nas áreas de desenvolvimento urbano ou regularização fundiária."

bilita a racionalização desses processos na medida em que podem ser mais bem adaptados à realidade local.

Também a integração dos licenciamentos ambiental e urbanístico em um só procedimento é de se destacar, bem como o regramento da demarcação urbanística e da legitimação de posse, que podem vir a ser instrumentos importantes para regularização dominial.

Por fim, o estabelecimento de regras específicas para o registro da regularização fundiária urbana atende a uma demanda antiga dos que lidam com o tema, anteriormente obrigados a batalhar com normas de registro produzidas para aprovação, e não para regularização de parcelamentos.

A aplicação dessa lei, porém, demanda o enfrentamento de alguns desafios.

O primeiro deles se refere à necessidade de se fazer os municípios incorporarem institucionalmente a autonomia adquirida constitucionalmente em 1988, com os bônus e ônus dela decorrentes.

No caso particular da regularização fundiária, a competência outorgada aos municípios implica a necessidade de levantamento e análise de dados habitacionais, de elaboração de diagnósticos, da estruturação de equipes, da elaboração e execução de planos, da necessária previsão orçamentária e de produção normativa.

Poucos municípios brasileiros dispõem de estrutura e pessoal suficientes para tanto. Dado ainda mais preocupante é que muitos daqueles com estrutura institucional mais robusta, que possuem arcabouço jurídico (Planos Diretores, Leis de ZEIS, Planos Municipais de Habitação etc.) e institucional (Secretarias Municipais de Habitação, Desenvolvimento Urbano ou Meio Ambiente, por exemplo), não logram executar suas políticas e seu planejamento, havendo verdadeiro abismo entre o legislado e planejado e a realidade objetiva das cidades.

É preciso, portanto, robustecer a estrutura institucional dos municípios para que estes possam exercer a contento a competência de estabelecer e executar sua política urbana.

Por outro lado, há aspectos da Lei nº 11.977/2009 que ainda demandarão um processo mais aprofundado de discussão em função da diversidade de interpretações acerca deles.

É, assim, por exemplo, no que se refere à possibilidade de os municípios regrarem a regularização fundiária de interesse social em Áreas de Preservação Permanente sem atendimento à Resolução CONAMA 369/2006, ou quanto à possibilidade de flexibilização de parâmetros urbanísticos fora de ZEIS.

No mais, é necessário por à prova a demarcação urbanística e a legitimação de posse, dois instrumentos que, do ponto de vista formal, encontram-se bem estruturados, mas que carecem de aplicação empírica para que possamos vislumbrar sua efetiva efetividade.

Referências

- ALFONSIN, B. de M. Regularização fundiária: justificação, impactos e sustentabilidade. In: FERNANDES, E. (org.). **Direito urbanístico e política urbana no Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p.24.
- BRASIL. Comissão de Desenvolvimento Urbano e Interior da Câmara dos Deputados, Secretaria Especial de Desenvolvimento Urbano da Presidência da República, Caixa Econômica Federal e Instituto Polis. **Estatuto da Cidade**: guia para implementação pelos municípios e cidadãos. 2^a ed. Brasília: Câmara dos Deputados/Coordenação de Publicações, 2001.
- PINHO, E. B. Regularização fundiária em favelas. In: FERNANDES, E. (org.). **Direito urbanístico**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 67-101.
- SAULE JÚNIOR. N. et al. As Zonas Especiais de Interesse Social como instrumento da política de regularização fundiária. **Fórum de Direito Urbano e Ambiental**, nº 30, p. 3762-3773, novembro de 2006.

O perecimento dos saldos (e correspondentes direitos) dos depósitos populares efetuados no século passado*

Marcos Vinícius de Andrade Ayres

Advogado da CAIXA em Minas Gerais

Pós-Graduado em Direito Econômico e da Empresa
pela Fundação Getúlio Vargas, Campus de Brasília/DF

RESUMO

Os “depósitos populares” regulados pelo Decreto 24.427/34 já pereceram de fato e direito. O perecimento “de fato” ocorreu porque eles não percebiam correção monetária, enquanto, no período de 1967/1994, a inflação fez com que quantias inferiores a Cr\$ 27.500.000.000,00 perdessem expressão econômica pela desvalorização do(s) padrão(ões) monetário(s), agravada pela incidência das taxações das contas inativas determinada pela Resolução 312/74 do CMN. Outrossim, o perecimento “de direito” ocorreu pela perda ou prescrição dos pretensos direitos: a) pela inatividade da conta por 30 anos, conforme previsto no artigo 72 do Decreto 24.427/34; b) pela prescrição dos direitos, decorrente da revogação da Lei 2.313/54 pelo artigo 1º, da Lei 2.437/55, que alterou o artigo 177 do Código Civil Brasileiro; c) pela prescrição dos direitos em razão da inadequação da imprescritibilidade à Constituição/88, por violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade; d) pela revogação lógica da imprescritibilidade mencionada, pelo artigo 4º-A da Lei 9.526/97.

Palavras-chave: Depósitos populares. Perecimento de fato e direito. Inflação. Prescrição.

ABSTRACT

“Popular Deposits”, regulated by the Decree 24.427/34 have already perished in fact and by law. The perishment “in fact” occurred because the funds were not subject to monetary restatements; meanwhile in the period of 1967/1994 inflation caused values lower than Cr\$ 27.500.000.000,00 to lose its

* Publicado originalmente em “Teoria do Direito e Conflitos Jurídicos”, pela Editora O Lutador, Belo Horizonte, 2011.

economic value by the decrease of monetary standards, exacerbated by the taxation on inactive accounts, set forth by the Resolution 312/74 of the CMN. The perishment "by law" occurred either by a loss or by the application of the statute of limitations: a) by the inactivity of the bank account for a period of 30 years, as set forth in Article 72 of the Decree 24.427/34; b) by the repeal of Law 2.313/54 (Article 1 of Law 2.437/55), which amended Article 177 of the Civil Code; c) by the application of the statute of limitations since its non-application violates the Constitution of 1988 and the its principles of reasonableness and proportionality; d) by the logical setting aside of the non-application of the statute of limitations, mentioned in Article 4-A of Law 9.526/97.

Keywords: Popular deposits. Perishment in fact and by Law. Inflation. Statute of limitations.

Introdução

A chamada “Constituição Cidadã” e o incremento do acesso ao Judiciário, seja em razão da necessidade de dirimir discussões relevantes, seja por força de aventuras jurídicas

A Constituição Federal de 1988 é conhecida como a “Constituição Cidadã”. Essa expressão, cunhada pelo combativo constituinte e exemplar democrata Ulysses Guimarães, buscava chamar a atenção para os avanços alcançados na história política relativamente recente de nosso país, com a promulgação da Constituição de 1988, notabilizada pelo seu enfoque na salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais dos administrados.

Ainda que em diversos aspectos os avanços não tenham ultrapassado a expectativa gerada pela enunciação de normas constitucionais com conteúdos programáticos, a Carta Constitucional em vigor despertou no cidadão o interesse em buscar a defesa de seus supostos direitos com mais empenho, valendo-se inclusive do Judiciário, se assim for necessário.

Um dos principais motivadores dessa maior busca e confiança no Judiciário foi, sem dúvida, a criação do Código de Defesa do Consumidor, por meio da promulgação da Lei 8.078/90.

A partir daí, seguiu-se um aparelhamento maior do Judiciário nacional para fazer frente à nova investida dos cidadãos na busca de seus presumidos direitos, inclusive mediante a criação dos Juizados Especiais Estaduais, pela Lei 9.099/95, e Federais, pela Lei 10.259/01, que proporcionaram um incremento substancial do acesso do cidadão ao Judiciário.

Se, por um lado, isso se mostrou um benefício precioso proporcionado pela Constituição Cidadã, por outro, fez com que a maior facilidade de acesso ao Judiciário originasse uma espécie de “indústria” ávida em gerar ou detectar supostos conflitos massificados que somente poderiam ser solucionados pela manifestação definitiva daquele Poder.

Isso resulta atualmente naquilo que já se intitula de “excesso de litigiosidade”, abrangendo lides que em alguns casos podem ser caracterizadas como uma aventura jurídica.

Nos últimos anos, vislumbrou-se nessa linha o surgimento de um novo “produto” de discussões jurídicas, despropositadas no entender deste autor.

Trata-se das ações versando sobre pretensos saldos remanescentes de contas de depósito popular, abertas entre os anos 30 e fins dos anos 60 do século passado, os quais têm sido reclamados, geralmente, com base em documentos que atestam apenas a abertura da conta, sob o pretexto de que nunca ocorreram saques posteriores.

É notório, contudo, que, se tais saldos não foram integralmente sacados pelos depositantes ao longo de suas vidas, seus valores pereceram, indefectivelmente, pela delongada predominância naquele período de quadros inflacionários corrosivos do poder de compra da moeda ou pelo perecimento do próprio direito, em razão do que preceitua a lei que regulamentou os depósitos populares. Não se pode desprezar, tampouco, o efeito deletério que a inércia da parte em buscar seus supostos direitos provoca, qual seja a perda do direito de ação, em observância à prescrição e à necessidade de respeito à segurança jurídica da população.

Esse será o enfoque desta matéria.

1 O depósito popular: origem e características principais

Os depósitos populares são depósitos à vista que percebiam juros remuneratórios de até 6% ao ano, porém sem qualquer forma de correção monetária, como definido no art. 52 do Decreto 24.427, de 19 de junho de 1934, que instituiu o Regulamento das Caixas Econômicas Federais, ainda não unificadas àquela época (unificação determinada pelo Decreto-Lei 759/69).

O art. 1º do referido decreto estabeleceu que as Caixas Econômicas Federais tinham, entre outras atribuições, a de receber em depósito as “economias populares e reservas de capitais”, razão pela qual o tipo de depósito regulado no art. 52 do mesmo diploma legal é chamado de “depósito popular”.

O dispositivo mencionado no parágrafo anterior aduzia que os depósitos eram destinados à movimentação, incentivo à pou-

pança, desenvolvimento e circulação de riqueza. Esse tipo de livre movimentação do depósito o notabilizava como um depósito à vista, ou seja, sem necessidade de carência ou observância de marcos temporais para movimentação da conta ou fruição de remuneração.

Essa característica o diferenciava substancialmente dos depósitos em caderneta de poupança que vieram a ser criados posteriormente, cuja natureza era de depósito a prazo, tornando imprópria a confusão entre os institutos, muito comumente verificada nas lides dessa natureza.

Importa salientar que a caderneta de poupança foi instituída por meio da Lei 4.380, de 21 de agosto de 1964, quando também foram criados o Sistema Financeiro da Habitação (SFH), o Banco Nacional da Habitação (BNH) e as Sociedades de Crédito Imobiliário.

Entretanto, originalmente, a caderneta de poupança só poderia ser resgatada, com a incidência da remuneração e reajuste monetário previstos na lei, após o decurso do prazo mínimo de 1 ano contado da realização de seu depósito – o que a caracterizava como um depósito a prazo. Isso é o que previa o art. 15 da Lei 4.380/64.¹

Outra característica peculiar da caderneta de poupança que a diferenciava do depósito popular era a sua vinculação às operações específicas do programa habitacional instituído por meio da lei que a criou, no contexto da criação do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), sendo restringida legalmente a incidência da correção monetária aos depósitos vinculados ao SBPE/SFH.

Assim, os saldos das cadernetas de poupança que integraram o chamado SBPE (Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo) eram destinados à constituição de um fundo de lastro para operações de empréstimos destinados à construção e aquisição de moradia, realizados no âmbito do SFH.

Por outro lado, o depósito popular não tinha destinação específica, até porque, sendo um depósito à vista, não poderia servir de lastro a operações de longo prazo.

¹ “Art. 15. As entidades integrantes do Sistema Financeiro da Habitação poderão assegurar reajuste monetário nas condições previstas no artigo 5º:

I - aos depósitos no sistema que obedeça às normas gerais fixadas pelo Banco Nacional da Habitação cujo prazo não poderá ser inferior a um ano, e que não poderão ser movimentados com cheques;
[...]

§ 1º Em relação às Caixas Econômicas Federais e a outras entidades do sistema, que não operem exclusivamente no setor habitacional, o reajuste previsto neste artigo somente poderá ser assegurado aos depósitos e empréstimos das suas carteiras especializadas no setor habitacional.”

A convivência simultânea dos dois tipos de depósito foi muito curta, eis que em 6 de maio de 1969 foi editada a Resolução 114/69, pela qual o Conselho Monetário Nacional, por meio do BACEN, vedou expressamente a incidência de qualquer remuneração sobre as contas de depósito à vista, tais como o depósito popular, a partir de 1 de junho de 1969, conforme estatuído no item VI da citada resolução.²

Ora, essas contas deixaram de perceber qualquer remuneração a partir de então, eis que já não contavam com correção monetária.

Consequência lógica dessa nova política monetária foi uma corrida aos bancos por parte dos detentores de contas de depósito popular para transferirem seus ativos para a conta de poupança recém-criada.

Vale ressaltar que essa providência não poderia, em hipótese alguma, ser adotada pela iniciativa dos próprios prepostos do banco depositário, especialmente no caso da CAIXA, em vista até de vedação legal, prevista no art. 73 do mesmo decreto que regulou o depósito popular e o funcionamento das Caixas Econômicas Federais.³

O item 11 da Resolução 29/68, do Conselho de Administração do BNH, esclarece que *"as contas de poupança serão abertas pelos interessados"*, o que reforça a afirmação de que caberia necessariamente aos próprios clientes detentores de depósitos populares, à época, promover o encerramento daquelas contas e a transferência do numerário, se desejassem, para as recém-criadas cadernetas de poupança, que previam a correção monetária, além da remuneração à taxa de 6% ao ano, ou para outro ativo financeiro que julgassem adequado às suas necessidades e conveniências.

Aliás, essa vedação é plenamente comprehensível: existem diversas espécies de aplicações oferecidas pelas instituições financeiras, entre as quais há variações significativas de rentabilidade, liquidez e segurança, que demandam definição personalíssima de prioridades pelo aplicador. Assim, o preposto da CAIXA não detinha autoridade nem segurança para escolher, de iniciativa própria, o

² "A partir de 01.06.1969 os estabelecimentos bancários comerciais deixarão de abonar juros às contas de depósitos, que serão contados unicamente até 31.05.1969 e creditados até o fim do mesmo semestre, respeitadas as taxas anteriormente convencionadas, dentro do limite máximo admitido de 3% a/a."

³ "Art. 73. E' [sic] expressamente vedado aos funcionários e empregados das Caixas Econômicas, seja qual fôr a sua situação, representar partes, nos serviços das Caixas Econômicas ou promover o andamento de qualquer negócio ou processo no interesse dessas partes, ou receber qualquer paga ou remuneração de terceiros em negócios com as Caixas Econômicas."

novo ativo para substituir a aplicação em depósito popular contratada pelo cliente. Essa impossibilidade ainda mais se avulta na hipótese em comento, na qual se cogita a transferência de recursos de um depósito à vista para outro ativo, como a poupança, que era caracterizada, à época, por ser um depósito a prazo, com carência mínima de um ano de movimentação.

Desse modo, é indubitável que as aplicações em depósito popular deixaram de existir pelo próprio interesse de seus titulares em transferir os saldos para ativos com algum tipo de remuneração.

Na remota hipótese de algum depositante não ter providenciado a retirada e transferência dos respectivos saldos, seus recursos fatalmente pereceram pela incidência da inflação galopante que imperou no país nos anos 60, 70, 80, e até meados da década de 90, como a seguir abordar-se-á.

2 O depósito popular: perecimento de eventuais saldos remanescentes pela corrosão inflacionária

É sabido que a economia brasileira enfrentou o problema crônico da inflação galopante no século passado, com pequenos períodos de exceção, restritos praticamente ao período posterior ao Plano Real, a partir de julho de 1994.

Por tal motivo, o padrão monetário vigente no Brasil passou por inúmeras alterações desde o tempo em que existiram as contas de depósito popular (1934 a 1969) até os dias atuais, por meio de quatro sucessivas depreciações da expressão do valor da moeda por 1.000 e finalmente por 2.750, na implantação do Plano Real. Confira-se:

– até 31.10.1942, vigia o “mil-réis”. A partir de 01.11.1942, passou a viger o “cruzeiro”, com o mesmo valor (Decreto-Lei 4.791, de 05.10.1942);

– em 13.02.1967, o cruzeiro foi substituído pelo cruzeiro novo, na proporção de 1.000 para 1, ou seja, Ncr\$ 1,00 = Cr\$ 1.000,00, nos termos previstos no art. 1º do Decreto-Lei 1, de 13.11.1965, c/c Decreto 60.190, de 08.02.1967, e da Resolução 47, do BACEN, de 08.02.1967. A partir de 15.05.1970, a moeda voltou a chamar-se cruzeiro;

– 27.02.1986: o art. 1º, e seu parágrafo 1º do Decreto-Lei 2.283, de 27.02.1986, alterou o padrão monetário de cruzeiros (já havia sido renomeada a moeda de cruzeiro novo para cruzeiro) para cruzados, na proporção de 1.000 para 1: Cr\$ 1.000,00 (mil cruzeiros) = Cz\$ 1,00 (um cruzado);

– 16.01.1989: o art. 1º, e seu parágrafo 1º, da MP 32, de 15.01.1989, posteriormente convertida na Lei 7.730, de 31.01.89,

alterou o padrão monetário de cruzados para cruzados novos, na proporção de 1.000 para 1: Cz\$ 1.000,00 (Mil cruzados) = NCz\$ 1,00 (um cruzado novo). A partir de 16.03.1990, a moeda voltou a se chamar cruzeiro, por força do disposto no §2º do art. 1º da Lei 8.024/90, sem alteração de seu valor;

– 02.08.1993: o art. 1º (e seu parágrafo 1º) da MP 336, de 28.07.93, posteriormente convertida na Lei 8.697, de 28.08.1993, alterou o padrão monetário de cruzeiros (já havia sido renomeada a moeda de cruzado novo para cruzeiro) para cruzeiros reais, na proporção de 1.000 para 1: Cr\$ 1.000,00 (mil cruzeiros) = CR\$ 1,00 (um cruzeiro real);

– 01.07.1994: finalmente, a Medida Provisória 542 (posteriormente convertida na Lei 9.069, de 29.06.1995), de 30.06.1994, em seu art. 1º, alterou novamente o padrão monetário estabelecendo o real em lugar do cruzeiro real, na proporção de 1 para 2.750, conforme Comunicado 4000, do BACEN, de 29.06.1994: R\$ 1,00 (um real) = CR\$ 2.750,00 (dois mil, setecentos e cinquenta cruzeiros reais).

Desse quadro se extrai a conclusão insuperável de que qualquer depósito efetuado na modalidade do ativo financeiro debatida neste estudo, ainda que não tenha sido objeto de saque integral, teria fatalmente perecido pela nefasta ação corrosiva de uma inflação sem controle, de tal modo que o depósito existente em 12.02.1967 cujo saldo fosse inferior a Cr\$ 27.500.000.000,00 (vinte e sete trilhões e quinhentos bilhões de cruzeiros) perderia totalmente sua expressão monetária, vale dizer: se tornaria zero, pela sua divisão por 1.000 quatro vezes, seguida de uma divisão por 2.750 uma vez!

Lembra-se que sobre esses depósitos só incidiam juros remuneratórios de até 6% ao ano, capitalizados semestralmente, até 01.06.1969, data fixada na Resolução 114/69, do BACEN, para paralisação da incidência da remuneração sobre essas contas, sendo também inaplicável a correção monetária, até por vedação legal (art. 15, § 1º, da Lei 4.380/64).

Desse modo, por maior que fosse o saldo da conta de depósito popular, apura-se que seu valor teria sofrido sensível perda de expressão monetária até o seu total perecimento.

2.1 Da não incidência de correção monetária sobre os depósitos populares

As contas de depósito popular foram abertas muito antes da criação de qualquer indexador econômico pelo legislador pátrio.

É notório que a correção monetária foi instituída pela Lei 4.357/64, que criou a Obrigaçāo Reajustável do Tesouro Nacional (ORTN) e previu a correção periódica do seu valor.

Entretanto, não quis o legislador criar paralelamente à ORTN um mecanismo de indexação direta da economia nacional, não sendo prevista naquela oportunidade a aplicação da correção monetária a todo e qualquer contrato, tanto os que viessem a ser assinados a partir daquele momento, quanto, principalmente, os que já haviam sido firmados antes.

A intenção do legislador foi expressamente outra – restringir a aplicação da correção monetária somente aos contratos firmados no âmbito do SFH, conforme restou previsto no parágrafo 1º do art. 15 da Lei 4.380, transrito alhures (na abordagem efetuada no item 2 retro).

Ademais, há que se lembrar que o contrato de depósito firmado entre o depositante e a instituição financeira depositária não previa a incidência de correção monetária, mas tão somente de juros, que tiveram sua incidência vedada pelo Banco Central por meio da Resolução 114/69, de 06.05.1969, conforme previsto no seu item VI.

Sabe-se que impera no direito pátrio o princípio da legalidade, bem como do respeito ao ato jurídico perfeito, insculpidos no art. 5º, incisos II e XXXVI, da Carta Magna. É sabido também que o contrato que preenche os requisitos legais de validade constitui-se em um ato jurídico perfeito, que conta com a proteção constitucional.

Nos depósitos em análise, os depositantes firmaram um contrato de abertura de depósito popular perante a CAIXA, identificando qual o ativo financeiro no qual essa instituição deveria aplicar os respectivos recursos.

É óbvio, pois, que esse contrato se afigura como lei entre as partes (*pacta sunt servanda*). Daí se extrai que qualquer alteração unilateral sua violaria o princípio constitucional da necessidade de respeito ao ato jurídico perfeito.

Nem é possível cogitar pretenso dever de zelo que seria imputável ao depositário, conforme preceitua o art. 1266 do CC de 1916, haja vista que o depósito popular é uma modalidade de depósito à vista, ou seja, que deve estar disponível ao titular a qualquer momento em que este desejar sacá-lo, sendo temerária a transferência de seus recursos sem sua autorização para um tipo de depósito a prazo, como a poupança. De plano se observa que a CAIXA, por meio de seus prepostos, não poderia ousar a alterar, por sua iniciativa própria, o ativo financeiro escolhido pelo cliente.

Por fim, há que se registrar que os depósitos em questão não podem ser caracterizados como dívida de valor. Afinal, há que se fazer uma distinção básica entre as dívidas de dinheiro – que são aquelas em que o objeto da obrigação é a própria moeda, como no caso do mútuo ou do depósito – e as dívidas de valor, que tratam de obrigações indenizatórias, como aquelas decorrentes de ato ilícito, por exemplo.

Nas dívidas de valor, o Judiciário vem aplicando a atualização do débito mesmo antes da criação da correção monetária, enquanto, nas dívidas de dinheiro, isso não se dá, eis que a correção há que ter sido prevista em contrato ou em disposição legal.

A atual ministra do STJ Maria Izabel Galotti Rodrigues pontuou isso de forma exemplar em voto proferido no julgamento da Apelação Cível nº 2002.33.00.007564-6/BA, quando compunha a Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, conforme decisão publicada no DJ de 23.05.2005, a seguir transcrita:

Assinalo que os depósitos populares de que se trata eram depósitos à vista, de quantias até determinado limite máximo, remunerados com juros a partir dos primeiros 30 dias, na taxa estabelecida pelo Banco Central, capitalizados semestralmente. Na época em que efetivados, no caso dos autos, 09.11.62, não havia sido legalmente instituída a correção monetária e não existia caderneta de poupança.

A criação das cadernetas de poupança foi autorizada pela Lei 4.380/64, que instituiu a correção monetária nos contratos imobiliários de interesse social e criou o sistema financeiro para a aquisição da casa própria, o Banco Nacional da Habitação, entre outras providências.

A Lei 4.380/64 permitiu o reajuste monetário de depósitos bancários, em caráter excepcional, desde que atendidas as condições nela previstas, a saber, depósitos no sistema que obedeciam às normas gerais fixadas pelo BNH, cujo prazo não poderá ser inferior a um ano, e que não poderão ser movimentados com cheques (art. 15, I). Em razão do caráter excepcional da autorização de reajuste monetário, enfatizou o parágrafo primeiro do art. 15 que, “em relação às Caixas Econômicas Federais e a outras entidades do sistema, que não operem exclusivamente no setor habitacional, o reajuste previsto neste artigo somente poderá ser assegurado aos depósitos e empréstimos de suas carteiras especializadas no setor habitacional.”

Justificava-se o cuidado da Lei 4380/64 ao reservar o benefício da correção monetária aos depósitos e empréstimos vinculados às carteiras habitacionais e com prazo mínimo de um ano: em uma economia regida pelo princípio nominalista da moeda, a indexação foi concebida como regra de exceção, para beneficiar setor da economia que se pretendia privilegiar, em razão de seu caráter social. Tal medida tem relação direta com a política monetária, especialmente no tocante ao aumento da inflação, que existia na época, embora não na forma vertiginosa que vivemos em passado recente. Somente muitos anos mais tarde, foi sendo progressivamente indexada toda a economia. A atualização de débitos oriundos de decisões judiciais – ressalvadas as dívidas de valor – somente passou a ocorrer com a edição da Lei 6.899, de 1981.

A criação da caderneta de poupança, autorizada pela Lei 4.380/64, somente foi regulamentada pela Instrução 6, do Conselho de Administração do Banco Nacional da Habitação, datada de 8.3.66. Como não poderia deixar de ser, a referida instrução repetiu todas as exigências contidas na Lei 4.380/64 para a configuração de um depósito como sendo de poupança, a saber, ser mantido por prazo não inferior a um ano e não ser movimentado por cheque, assinalando o parágrafo primeiro do art. 6º que "os depósitos serão recebidos em conta especial e beneficiados com a correção monetária, vedada qualquer movimentação antes de decorrido o prazo de 12 meses e sujeita a retirada a aviso prévio de 90 dias, admitido este aviso a partir do nono mês." Havia um valor mínimo a ser depositado, conforme o previsto no art. 8º. Em caso de retirada antecipada, com a rescisão das condições previstas no art. 6º, o correntista receberia apenas o valor nominal do depósito, com a perda do direito à correção monetária e juros (art. 12).

Assim posta a questão, adotando a premissa de que não há como julgar fatos ocorridos há mais de quatro décadas, antes da instituição da correção monetária, tendo em mente a economia totalmente indexada de anos muito posteriores e a legislação e jurisprudência concebidas em função dela, passo a analisar se houve ilegalidade na conduta da CEF, de não aplicar correção monetária aos depósitos, conduta esta que culminou com a sua extinção.

Em primeiro lugar, a análise feita acima - da Lei 4.380/64 e da Instrução 6/66, do BNH, não deixa dúvida alguma de que a CEF não poderia ter transformado os depósitos à vista em nome dos Autores em depósitos em caderneta de poupança, com movimentação vedada pelo prazo de um ano, sem a necessária manifestação de vontade dos interessados. A caderneta de poupança, assim como a correção monetária, era instituto excepcional e não regra geral no sistema bancário, somente podendo haver depósitos assim caracterizados caso atendidos os requisitos estabelecidos em lei de ordem pública. Se a ela não era possível ter adotado tal conduta sem o concurso da vontade dos depositantes, não há como impor-lhe as consequências de ato que não poderia ter praticado (CF, art. 5º, II).

Não havia, portanto, como se esperar da CEF atitude que hoje parece razoável, mas completamente divorciada do contexto em que ocorreram os fatos.

Também não há como conferir aos depósitos bancários a natureza de dívida de valor, cujo conceito é lapidamente definido por Arnoldo Wald nesses termos:

[...]

Como exemplos de dívidas de valor, cita Arnoldo Wald a obrigação de reparar dano causado por ato ilícito ou a de fornecer alimentos. Nestes casos, o objeto da obrigação não é certo número de unidades monetárias, mas

ressarcir determinado prejuízo, ou fornecer os meios necessários à sobrevivência do alimentando, sendo a moeda uma simples medida de valor da obrigação.

Nos casos das dívidas de valor, o Poder Judiciário já admitia a atualização de sua avaliação, quando, desde o início do processo até o momento do pagamento, o seu valor se modificou em virtude da inflação, mesmo antes da instituição da correção monetária. Ao contrário, as dívidas de dinheiro – aquelas nas quais a moeda é o próprio objeto da obrigação – somente se tornaram passíveis de atualização por força de cláusulas contratuais, que foram sendo gradualmente admitidas em nosso ordenamento jurídico, ou de estipulação legal, generalizada esta, no tocante às dívidas de dinheiro reconhecidas por decisão judicial, a partir da entrada em vigor da Lei 6.899/81.

Observo que, a despeito do significativo grau de indexação da economia atual, contas correntes ainda hoje não sofrem, como regra geral, correção monetária, salvo expressa estipulação contratual em sentido contrário.

Também não me impressiona a alegação de que, tendo a instituição financeira mantido os depósitos e, portanto, tido a possibilidade de administrar o dinheiro em seu proveito, consistiria enriquecimento ilícito ou enriquecimento sem causa a sua atitude de não atualizá-lo, de modo a deixar que perdesse a expressão monetária.

Não houve enriquecimento ilícito ou enriquecimento sem causa, porque houve causa lícita para a manutenção do dinheiro em poder da CEF. A causa foi contrato de depósito, sem cláusula de atualização monetária, como era a regra na época, dinheiro este que permaneceu à disposição dos Autores enquanto teve expressão monetária. O prejuízo sofrido pela falta de diligência no zelo de seu patrimônio não pode ser imputado à instituição financeira (BRASIL, TRF1, 6ª Turma, Apelação Cível nº 2002.33.00007564-6/BA (correspondente ao nº 0007580-42.2002.4.01.3300), Relatora – Desembargador Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, Aplt: CAIXA x Sílvia Cristina Carmo dos Santos e outros (e vice-versa), Brasília, 23.05.2005, DJDF).

Essa decisão está em conformidade com várias outras exaradas pelos Tribunais pátrios, citando-se como exemplo os acórdãos recentes proferidos nos julgamentos das apelações cíveis 2002.38.00023107-5/MG (correspondente ao nº 0023140-76.2002.4.01.3800 – aplte. CAIXA x Marco Antônio Batista e Outra), da relatoria da desembargadora federal Selene Maria de Almeida, e 2006.38.00.014947-7/MG (correspondente ao nº 0014834-79.2006.4.01.3800 – aplte. CAIXA x Dalva Ribeiro Borges e Outra), relatada pelo juiz convocado Pedro Silva, da 5ª Turma, do TRF1.

Por tudo isso, confirma-se a impossibilidade de aplicação de correção monetária sobre as contas de depósitos populares abertas entre o início dos anos 30 e o fim dos anos 60 do século XX.

2.2 Da extinção dos saldos porventura remanescentes pela incidência das taxações sobre contas inativas determinada pela Resolução 312/74, do BACEN

As quantias que, porventura, ainda remanesçam nas contas de depósito popular pereceram fatalmente a partir de janeiro de 1975, por força das taxações incidentes sobre as contas inativas, determinadas pela Resolução 312/74, do BACEN, de 19.11.74, que estabeleceu a taxação no valor correspondente a 3% do maior salário mínimo vigente, que àquela época remontava à quantia de Cr\$ 376,80, o que implicava a circunstância de que o valor da taxação semestral definida na resolução mencionada era de Cr\$ 11,30, em novembro de 1974. Assim, isso significa que todos os saldos porventura existentes em 12.2.1967 na modalidade de ativo financeiro conhecido como depósito popular que fossem inferiores a Cr\$ 31.075.000.000.000,00 (trinta e um trilhões e setenta e cinco bilhões de cruzeiros), se não perderam totalmente a sua expressão monetária por força da desvalorização da moeda, que a reduziu em 2.750.000.000.000.000 (dois quatrilhões, setecentos e cinquenta trilhões de vezes), ao longo das diversas mudanças de padrão monetário (1.000 (1967) / 1.000 (1986) / 1.000 (1989) / 1.000 (1993) / 2.750 (1994)), fatalmente foram zerados pela incidência das taxações aqui mencionadas, ocorridas de forma semestral a partir de janeiro de 1975.

Desse modo, não é difícil compreender o perecimento dos saldos dos depósitos populares também por força da previsão normativa ora comentada.

2.3 Do perecimento do suposto direito pela superveniência do prazo de 30 anos sem movimentações financeiras na respectiva conta, causando a extinção do contrato bancário por força do art. 72 do Decreto 24.427/34

O próprio Decreto 24.427, de 19 de junho de 1934, que regulou o funcionamento das Caixas Econômicas Federais, bem como os depósitos populares por elas custodiados, previu em seu artigo 72⁴ que se tais depósitos ficassesem inativos por mais de 30 anos haveria a perda dos respectivos recursos.

Posteriormente, a Lei 2.313, de 3 de setembro de 1954, reduziu o prazo-limite de inatividade das contas bancárias de 30 anos (fixado de forma genérica também na Lei 370, de 4 de janeiro de 1937)

⁴ "Art. 72. Tôdas as contas de depósitos, que fiquem sem movimento por 30 (trinta) anos ininterruptos, prescreverão, em favor do – fundo de reserva – das Caixas Econômicas a cuja conta deverão ser levados os respectivos saldos."

para 25 anos e estabeleceu que os depósitos populares seriam imprescritíveis.

Observa-se, porém, que a Lei 2.313 era norma geral mais abrangente, destinada à regulamentação de todos os depósitos bancários do país, enquanto o Decreto 24.427/1934 era norma específica, que regulamentou o depósito popular.

A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro – a chamada LICC (Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942), ainda em vigor, dispõe que “a lei nova, que estabeleça disposições gerais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.

Logo, a inovação trazida pela Lei 2.313/54 quanto à imprescritibilidade dos depósitos populares tem que ser analisada sob o prisma da Lei de Introdução ao Código Civil, que norteia o intérprete a considerar que a norma específica anterior não é revogada pela geral que lhe é subsequente.

Conclui-se, então, que a Lei 2.313/54 estabeleceu que os titulares de depósitos populares terão a salvaguarda da imprescritibilidade de seu direito de acesso ao Judiciário para discutir sobre os saldos de seus respectivos depósitos populares, sem contudo afastar a norma específica anterior que impôs que a inatividade da conta de depósito popular por mais de 30 anos conduz à perda do respectivo saldo.

Afinal, o que se percebe é que a norma anterior (art. 72 do Decreto 24.427/34) estabeleceu disposições que surtem efeito no campo do direito material, ou seja, a extinção do contrato de depósito bancário, enquanto a norma posterior (Lei 2.313/54) estabeleceu disposições que afetam a possibilidade do exercício da pretensão de discussão judicial sobre a conta. Destarte, a norma que regula o depósito popular diz respeito ao contrato bancário em si, enquanto a norma que trata da prescrição (Lei 2.313/54) afasta o limite temporal de discussão judicial do direito material. Assim, por tratarem de matérias distintas, com efeitos também diferentes, uma não poderia revogar a outra, a não ser de forma expressa, o que não ocorreu.

Desse modo, não há dúvida de que a norma estatuída no art. 72 do Decreto 24.427, que trata da perda da titularidade do depósito popular com o advento do prazo de 30 anos de sua inatividade, sendo de ordem material, há que ser reconhecida como vigente até hoje, paralelamente à norma contida no parágrafo 1º do art. 2º da Lei 2.313/54, que introduziu norma que trata da pretensão da cobrança, a respeito da imprescritibilidade do direito de promover ação para discutir os supostos direitos decorrentes da realização desses depósitos.

Assim, há que se convir, a regra que proclama a inexistência de prescrição do direito de ação não afasta a regra de direito material que proclama a perda do próprio direito ao depósito.

Com isso, é inconteste que os depósitos populares pereceram indefectivelmente, pela superveniência de prazo superior a 30 anos, desde o ano de 1969, quando da edição da Resolução do Banco Central do Brasil 114/69, que afastou a remuneração incidente sobre os depósitos populares e os conduziu à inatividade.

2.4 Quanto à insubsistência da imprescritibilidade prevista no §1º do art. 2º da Lei 2.313/54

Mesmo para aqueles que considerarem, de forma equivocada, *permissa venia*, que a norma contida no §1º do art. 2º da Lei 2.313/54 afastaria a vigência da regra de direito material prevista no art. 72 do Decreto 24.427/34, que dispõe sobre a perda do direito ao depósito após a inatividade por 30 anos da respectiva conta de depósito popular, não pode prevalecer o entendimento de que os respectivos saldos estariam disponíveis até hoje, haja vista a insubsistência atual dos preceitos contidos no referido parágrafo. Isso se dá por vários motivos a seguir delineados.

2.4.1 Insubsistência da imprescritibilidade mencionada na Lei 2.313/54 por sua revogação expressa (inteligência da Lei 2.437/55)

Algumas decisões judiciais procuram afastar a prescrição dos pretensos direitos oriundos dos depósitos populares com base no entendimento de que o §1º do art. 2º da Lei 2.313/54 teria disposto que os depósitos populares seriam imprescritíveis.

Sucede que no ano seguinte à edição da Lei 2.313/54 foi editada a Lei 2.437, de 7 de março de 1955, que alterou, entre outros, o artigo 177 do Código Civil então vigente e revogou as disposições em contrário.⁵

É sabido que em nosso país uma lei ou dispositivo legal tem vigência até que outra a revogue ou modifique, conforme dispõe o art. 2º do Decreto Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942 – a Lei de Introdução ao Código Civil.

Tendo sido editada em 7 de março de 1955, a Lei 2.437 é posterior à Lei 2.313, e, assim, não pode haver dúvida que a alteração do Código Civil Brasileiro, introduzida após a Lei 2.313,

⁵ “Art. 1º Os arts. nºs 177, 481, 550, 551, 619, 693, 698, 760, 817, 830 e 1.772, § 2º, do Código Civil, passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 177. As ações pessoais prescrevem, ordinariamente, em vinte anos, as reais em dez, entre presentes e entre ausentes, em quinze, contados da data em que poderiam ter sido propostas.

[...]

Art. 4º Revogam-se as disposições em contrário.”

fixando o limite do prazo prescricional das ações pessoais em 20 anos, alcançou os pretensos direitos discutidos nas demandas mencionadas neste estudo.

Ademais, a própria Lei 2.437 deixou expresso, em seu art. 4º, que revogava as disposições contrárias anteriormente existentes.

Por outro lado, para aqueles que entendem que a Lei 2.437/55 seria norma de caráter geral, não provocando o efeito de revogar disposições da Lei 2.313/54, que regulou de modo específico os depósitos bancários, há que se ressaltar que a Lei 2.313 estabelece disposições mais genéricas do que o Decreto 24.427/34, que regula especificamente o depósito popular. Assim, ao adotar-se tal critério, já explanado e defendido neste próprio estudo, há que se dar primazia à incidência do art. 72 do referido decreto sobre a matéria, em lugar do §1º do art. 2º da Lei 2.313/54.

Caso contrário, estariam sendo adotados dois pesos e duas medidas diferentes para a solução do mesmo dilema, havendo, então, evidente casuísma, impróprio à isonomia que deve imperar no direito e no Judiciário pátrio.

2.4.2 Insubsistência da imprescritibilidade mencionada na Lei 2.313/54 por sua incompatibilidade com a Constituição de 1988 – teoria da recepção

Há que se ressaltar que o instituto da prescrição vocaciona-se a garantir segurança jurídica aos administrados quanto aos efeitos temporais das relações jurídicas, e, nesse aspecto, ainda que se considere que o §1º do art. 2º da Lei 2.313/54 não tenha sido revogado pelo art. 4º da Lei 2.437/55, aquele dispositivo não teria sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, em razão da inegável incompatibilidade do seu comando com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, insculpidos na Constituição Federal vigente, como se debaterá a seguir.

2.4.2.1 Quanto à incompatibilidade da imprescritibilidade prevista no §1º do art. 2º da Lei 2.313/54 com os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade

É inegável que a eventual perpetuação dos efeitos das relações jurídicas, tanto mais aquelas de caráter massificado, envolvendo inúmeras operações e atividades de mesma natureza, com diversos e múltiplos cidadãos, pode causar verdadeiro colapso no mundo empresarial, ao impor a necessidade de acúmulo desmesurado de papéis, documentos e dados infinitamente.

É completamente absurda a ideia de que um banco seja obrigado a manter por 50, 100, 1.000 ou 10.000 anos todos os inúmeros documentos de um determinado tipo de operação bancária indefinidamente, seja no aspecto do tempo ou da quantidade de documentos envolvidos, para fazer prova de eventual perecimento do suposto direito reclamado, pela superveniência de fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito contraposto.

Não há espaço físico nem em memória digital para armazenamento de documentos e dados que tendem ao infinito.

Assim, ainda que pairem dúvidas sobre a revogação da Lei 2.313/54 pela lei 2.437/55, até para os intérpretes mais renitentes, há que se chamar atenção para o fato de que estão implícitos na Constituição Federal vigente os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, os quais conduzem, indefectivelmente, à conclusão de que o dinamismo das relações negociais do mundo moderno, com sua descomunal multiplicação instantânea de operações, de alcance nacional e até além fronteira, torna incompatível a supressão de prazos delimitadores da possibilidade de discussão dos efeitos jurídicos dessas infinitas transações.

Esse princípio elementares (razoabilidade e proporcionalidade), considerados como integrantes dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, implícitos no texto constitucional, têm a mesma relevância e validade dos princípios explícitos.

O ministro Carlos Ayres Britto, antes de chegar ao Pretório Excelso, escreveu a respeito da efetividade dos princípios como normas fundamentais, independentemente de serem expressos ou não:

[...] realmente, o parâmetro de interação das normas constitucionais originárias consigo mesmas *reside na dualidade temática princípios/preceitos*. Vale dizer: as normas que veiculam princípios servem de roteiro para a exegese das normas que veiculam preceitos ou simples comandos pontuais. Como remansosamente sabido, os princípios consubstanciam ou tipificam valores, enquanto que os preceitos consubstanciam ou tipificam provisões, fatos, condutas e tudo o mais que sirva para densificar os princípios mesmos. A relação entre as duas categorias (princípios e preceitos) é de contínuo para conteúdo, que termina sendo uma relação entre a fumaça dos preceitos e o fogo dos princípios ('onde há fumaça, há fogo') (BRITO, 1998, p. 22-23, grifos nossos).

Paulo Bonavides também pontua magistralmente a esse respeito:

Em resumo, a teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e

positivo do direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios. Fazem eles a congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo. Postos no ápice da pirâmide normativa, elevam-se, portanto, ao grau de norma das normas, de fonte das fontes. São qualitativamente a viga mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição. De último, essa posição de supremacia se concretizou com a jurisprudência dos princípios, que outra coisa não é senão a mesma jurisprudência dos valores, tão em voga nos tribunais constitucionais de nossa época. As sentenças dessas Cortes marcam e balizam a trajetória de juridicização cada vez mais fecunda, inovadora e fundamental dos princípios (BONAVIDES, 2004, p. 294, grifos nossos).

De fato, a jurisprudência da Corte Suprema de nosso país vem reconhecendo os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como normas fundamentais que devem nortear a atividade judicante. Veja-se a respeito o seguinte excerto, extraído de trabalho das mãos do ministro Gilmar Ferreira Mendes, escrito quando ainda não havia chegado ao STF:

Portanto, o Supremo Tribunal Federal considerou que, ainda que o legislador pudesse estabelecer restrição ao direito dos partidos políticos de participar do processo eleitoral, a adoção de critério relacionado com fatos passados para limitar a atuação futura desses partidos parecia manifestamente inadequada e, por conseguinte, desarrazoada. Essa decisão consolida o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade como postulado constitucional autônomo que tem a sua *sedes materiae* na disposição constitucional que disciplina o devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV). Por outro lado, afirma-se de maneira inequívoca a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade da lei em caso de sua dispensabilidade (inexigibilidade), inadequação (falta

de utilidade para o fim perseguido) ou de ausência de razoabilidade em sentido estrito (desproporção entre o objetivo perseguido e o ônus imposto ao atingido) (MENDES, 2004, p. 94, grifo nosso).

Do último excerto se observa que são citados como princípios implícitos da Constituição os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, conceituados a seguir.

Razoabilidade

Transcreve-se o conceito de razoabilidade dado por Luiz Roberto Xavier:

Por razoabilidade temos que: "Dentre os critérios norteadores de uma prestação jurisdicional adequada a tal premissa mais próxima dos anseios dos cidadãos destaca-se a razoabilidade, ou seja, a busca da adequação das normas jurídicas a realidade concreta e seus valores, objetivando aplicar a lei de acordo com sua finalidade e possibilidade contemporâneas" (XAVIER, 1996, pág. 21).

Proporcionalidade

Vale citar aqui o conceito defendido por Elimar Szaniawski:

a proporcionalidade em sentido estrito, chamada pela doutrina alemã de *Prinzip der Verhältnismässigkeit*, denominado, entre nós, de princípio da proporcionalidade, (em sentido estrito), o qual determina que os meios utilizados pelo operador do direito devem ser sempre proporcionais à situação fática. Isto é, a proporcionalidade resulta sempre da pesagem e da ponderação da intensidade do atentado praticado ou dirigido aos direitos e interesses privados, de uma parte, em relação ao peso que o interesse público, ou alheio, posto em causa, efetivamente apresenta.

O princípio da proporcionalidade é operado através da verificação, pelo juiz, diante de determinado caso concreto, onde surge o conflito de dois interesses legitimamente tuteláveis, se são, os mesmos, juridicamente protegidos. Em caso afirmativo, deverão estes interesses, postos em causa, serem pesados e ponderados e seu resultado estabelecerá os limites de atuação das normas na verificação do interesse predominante. Deste modo, o magistrado, mediante minuciosa valoração dos interesses, decidirá em que medida deve-se fazer prevalecer um ou outro interesse, impondo as restrições necessárias ao resguardo de outros bens jurídicos (SZANIAWSKI, 2000, p. 22-23, grifo nosso).

Concluindo, ao se buscar a adequação das normas jurídicas à realidade concreta e seus valores, objetivando aplicar a lei de acordo

com sua finalidade e possibilidade contemporâneas como orienta Xavier (1996), o Judiciário nacional deve afastar a aplicabilidade do §1º do art. 2º da Lei 2.313/54, pela sua manifesta inconstitucionalidade, em vista da sua incompatibilidade com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Por conseguinte, haverá que se reconhecer então a prescrição vintenária sobre os pretensos direitos decorrentes da abertura de contas de depósito popular ocorridas há mais de 50 anos, por força do que está estabelecido no art. 177 do Código Civil de 1916, com a redação introduzida pelo art. 1º da Lei 2.437, de 7 de março de 1955.

2.4.3 Insubsistência da imprescritibilidade mencionada na Lei 2.313/54 por sua revogação lógica pelo art. 4º-A da Lei 9.526/97

A Lei 9.526/97 estabeleceu a necessidade de recadastramento de todas as contas bancárias do país até o dia 28.11.97.

A lei sobredita definiu no parágrafo 2º do art. 1º que, após se findar esse prazo, os saldos das contas que não fossem recadastradas deveriam ser transferidos ao BACEN, com o encerramento das respectivas contas.

Os titulares dos saldos de contas não recadastradas teriam então o prazo de 30 dias para reclamar seus direitos junto ao BACEN, findo o qual os valores correlatos seriam repassados para o Tesouro Nacional, como receita orçamentária.

A Lei 9.526/97 dispôs ainda, em seu art. 4º, que ela não se aplicaria aos depósitos abrangidos pela Lei 2.313, de 3 de setembro de 1954.

Assim, uma análise mais açodada poderia induzir o intérprete ao entendimento de que a Lei 9.526 não se aplicaria aos depósitos populares. Esse raciocínio, entretanto, se mostraria evidentemente equivocado. Afinal, aqueles que entendem que o parágrafo 1º do art. 2º da Lei 2.313 afastou expressamente a incidência do art. 72 do Decreto 24.427 baseiam sua ótica numa visão mais abrangente daquele primeiro dispositivo mencionado nesta sentença, a seguir transscrito:

§1º Exetuam-se do disposto neste artigo os depósitos populares feitos nos estabelecimentos mencionados, que são imprescritíveis e os casos para os quais a lei determina prazo de prescrição menor de 25 (vinte e cinco) anos.

Desse modo, quem defende tal entendimento haveria de reconhecer que, se as disposições da Lei 2.313/54 não incidiam sobre os depósitos populares for força de exclusão expressa em seu bojo,

então, aqueles depósitos foram alcançados pelas disposições contidas na Lei 9.526/97, eis que ela se aplicou às contas de depósito a “qualquer título” (vide art. 1º, *caput*), com exceção apenas dos depósitos abrangidos pela Lei 2.313.

Logo, tendo sido estabelecido no art. 4º-A da Lei 9.526/97, com a redação introduzida pela Lei 9.814/99, o prazo de 31.12.2002 para os titulares de contas não cadastradas arguirem seus supostos direitos junto ao BACEN, a omissão de tal providência pelo depositante fez com que seus eventuais direitos também fossem alcançados pela decadência, sendo perdidos.

Conclusão

*Do exposto se conclui que as ações pleiteando os pretensos saldos remanescentes dos depósitos populares, efetuados no período decorrido entre o início dos anos 30 até meados dos anos 60 do século passado, se afiguram, permissa *venia*, verdadeiras aventuras jurídicas, uma vez que tais saldos e respectivos direitos pereceram indefectivelmente pelos motivos expostos neste trabalho.*

Referências

- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRITTO, Carlos Ayres. Painel 1. As modernas formas de interpretação constitucional. Interpretação conforme a Constituição. Balanço: O Supremo Tribunal Federal e a interpretação constitucional. In: **10 anos de Constituição**: uma análise. Coord. IBDC. São Paulo: Celso Bastos Editor/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Moreira Alves e o Controle de constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- XAVIER, Luiz Roberto. A razoabilidade como parâmetro para atuação contemporânea do judiciário. Revista Jurídica Síntese, ano XLIV, Rio de Janeiro, nº 222, pgs. 21 a 26, abr./1996.
- SZANIAWSKI, Elimar. Considerações sobre o princípio da proporcionalidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 33, p. 19-29, 2000.

A penhora de bem imóvel alienado fiduciariamente

Daniel Barbosa Lima Faria Corrêa de Souza

Advogado da CAIXA no Rio Grande do Sul
Pós-Graduado em Direito Notarial e Registral pela
Anhanguera-Uniderp

Pós-Graduado em Direito Tributário pela UNP
Pós-Graduado em Direito Constitucional pela UNP

RESUMO

Objetiva-se demonstrar a possibilidade de compatibilização do instituto da alienação fiduciária de bem imóvel com a penhora. Estudo dos institutos da alienação fiduciária em garantia de bem imóvel (apontando natureza jurídica, sujeitos e casos de extinção) e da penhora de direitos. Metodologia: revisão bibliográfica e pesquisa jurisprudencial. Na penhora, é imperioso diferenciar a execução em que o executado é o credor fiduciário e a que é executado o devedor fiduciante. Em qualquer hipótese, devem ser preservados os direitos do fiduciário e do fiduciante. Indicação de medidas judiciais que o proprietário fiduciário e o devedor fiduciante podem adotar para salvaguardar seus direitos.

Palavras-chave: Processo civil. Alienação fiduciária. Penhora de direitos. Embargos de terceiros.

ABSTRACT

The objective is to demonstrate the possibility of reconciling the institute of alienation fiduciary on the landed property to its attachment. The study of the institutes of alienation fiduciary on the landed property (pointing a legal nature, subjects and cases of extinction) and the attachment of rights. Methodology: literature review and research case law. In attachment, imperative to differentiate the execution in which the debtor is the fiduciary and the execution in which the debtor is the fiduciант. In any event, should be preserved the rights of the fiduciary and fiduciант. Indication of legal measures that the owner fiduciário and the debtor fiduciante can take to safeguard their rights.

Keywords: Civil procedure. Alienation fiduciary. Attachment of rights. Embargoes of third.

Introdução

No presente estudo, abordar-se-á a respeito da possibilidade ou não de penhora de bem imóvel alienado fiduciariamente.

Tem-se por objetivo do artigo apontar as hipóteses de cabimento da penhora sobre bem imóvel dado em garantia fiduciária, bem como possíveis erros judiciais.

Ademais, tem-se por fito demonstrar a possibilidade de compatibilização da penhora e do direito real de garantia em liça, bem como as medidas judiciais que o proprietário fiduciário e o devedor fiduciante podem adotar para salvaguardar seus direitos.

1 Considerações sobre negócio fiduciário

Ab initio, importa gizar o conceito de negócio fiduciário, o qual é, segundo Dantzger (2010, p. 31), aquele em que a transmissão da propriedade tem por desiderato outro fim que não a própria transmissão, servindo de negócio “jurídico que não seja efetivamente o de alienação ao adquirente”. Nesse sentido é o escólio de Junqueira (1998, p. 13 apud DANTZGER, 2010, p. 31), *verbo ad verbum*:

No negócio fiduciário, prevalece o fator confiança e a existência de dois elementos essenciais, um de natureza real e outro de natureza obrigacional. O primeiro compreende a transmissão da propriedade e o segundo a obrigação da restituição do bem ao transmitente, após exaurido o objetivo do contrato.

Para Ferreira (2004, p. 405), fiduciário é um adjetivo que significa: “Dependente de confiança, ou que a revela; fiducial”. Na definição do Dicionário Priberam da Língua Portuguesa, fidúcia é o “Negócio que implica confiança”.

Em apertada síntese, podemos destacar ter o negócio fiduciário fito diverso daquele da transmissão, existindo confiança entre as partes.

2 A alienação fiduciária

A alienação fiduciária é um contrato acessório, pressupondo um contrato principal, normalmente de mútuo (MAIRINK, 2009). Sublinhe-se ser a alienação fiduciária em garantia instituto tipicamente brasileiro (ROQUE, 2010, p. 38). Ademais, é um negócio jurídico condicional, o qual se subordina a uma condição resolutiva. Isso porque “a propriedade fiduciária cessa em favor do alienante, uma vez verificado o implemento da condi-

ção resolutiva” (GONÇALVES, 2008, p. 403). Outrossim, é um direito real de garantia sobre bem móvel (artigo 1.361 e seguintes do Código Civil) ou imóvel (Lei Federal nº 9.514/97), instituído para garantir o adimplemento de uma obrigação principal (SOUZA, 2011).

Para Diniz (2006, p. 1090), o instituto em comento pode ser assim conceituado:

Propriedade fiduciária. É a decorrente da alienação fiduciária em garantia, que consiste na transferência feita pelo devedor ao credor da propriedade resolúvel e da posse indireta de coisa móvel infungível e de um bem imóvel (Lei n. 9.514/97, arts. 22 a 33), de título de crédito, de coisa móvel fungível (no âmbito do mercado financeiro de capitais – art. 66-B, §3º, da Lei 4.728/65, acrescentado pela Lei n. 10.931/2004) e de bens enfitêuticos (Lei n. 9.514/97, art. 22, parágrafo único) como garantia do seu débito, resolvendo-se o direito do adquirente com o adimplemento da obrigação, ou melhor, com o pagamento da dívida garantida.

São direitos reais de garantia o penhor, a hipoteca, a anticrese (GONÇALVES, 2008). Para alguns, também se inclui nesse rol a alienação fiduciária em garantia (SOUZA, 2011).

Dantzger (2010, p. 21) refere: “A alienação fiduciária é uma espécie de negócio em que se utiliza a transmissão da propriedade para fins de garantia”.

A alienação fiduciária pode se dar sobre bens imóveis ou móveis (DANTZGER, 2010, p. 48).

3 A alienação fiduciária de bem imóvel

3.1 Natureza jurídica e principais características

A alienação fiduciária de bem imóvel, desde sua instituição pela Lei 9.514/97, vem fomentando o empréstimo de capitais para a aquisição de imóveis (MAIRINK, 2009).

Pont (2010, p. 39) assevera ser o instituto em apreço um negócio jurídico uno composto de duas relações jurídicas, uma de cunho obrigacional (expressa no débito) e outra de natureza real (verificada na garantia).

Irrefragavelmente, teve por desiderato “fortalecer os contratos de financiamento imobiliário, através da recuperação rápida do crédito em caso de inadimplência do mutuário”, trazendo segurança e agilidade (PEREIRA, 2009). É, portanto, um contrato típico e bilateral (pela onerosidade) (DANTZGER, 2010, p. 53). Diz o artigo 22 da mencionada lei:

A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.

Conforme expõe Dantzger (2010, p. 18), a Lei 9.514 de 1997 constituiu em favor do credor uma propriedade resolúvel “sobre o imóvel que lhe é dado pelo devedor, para garantir a dívida que este assumiu perante aquele”.

De forma indubitável, substituiu, na prática extraforense (DANTZGER, 2010), outros institutos de direito real de garantia, notadamente por se constituir em uma garantia mais sólida ao credor. Nessa alheta, Restiffe e Restiffe Neto (2009, p. 21-27) constataram a fragilização dos direitos reais de garantia nas execuções concursais (ordem de preferência dos créditos), nas execuções extrajudiciais individuais sumárias pelo rito do Decreto-Lei nº 70 de 1966 (restrições impostas pelos Tribunais) e nas execuções judiciais individuais (lentidão processual e outros percalços).

O objeto do contrato é um bem imóvel construído ou em construção (LOUREIRO, 2007, p. 883). Forte no parágrafo primeiro do artigo 22 da citada lei, não apenas a propriedade plena pode ser objeto de alienação fiduciária, sendo concebível que os bens enfitéuticos, o direito de uso especial para fins de moradia, o direito real de uso e a propriedade superficiária também sejam abrangidos.

Mairink (2009, 12) disserta:

O instituto da alienação fiduciária sobre bens imóveis, como nova garantia real aos financiamentos imobiliários e outros negócios, constitui em favor do credor uma propriedade resolúvel sobre o imóvel que lhe é dado pelo devedor para garantir a dívida que este assumiu perante aquele. Esse novo tipo de garantia tem por finalidade conceder maior segurança ao credor e celeridade na execução de seu crédito, caso este não seja satisfeito pelo devedor no tempo devido. Destaca-se que as garantias até então existentes, mesmo as reais, em especial a hipoteca, no Brasil, nem sempre tornam os negócios imobiliários seguros ou ágeis.

Persiste dúvida quanto à natureza jurídica do instituto da alienação fiduciária de bem imóvel: se direito real de garantia de coisa própria ou de coisa alheia (COSTA, 2006). No instituto, há a transferência ao credor fiduciário da propriedade resolúvel da coisa, bem como a posse indireta desta; por seu turno, o devedor fiduciante se torna possuidor direto e possui direito expectativo de caráter real (DANTZGER, 2010, p. 69).

Loureiro (2007, p. 879) explica que o devedor fiduciário transfere a propriedade resolúvel e a posse indireta, permanecendo com a posse direta do bem.

O contrato em foco é formal (DANTZGER, 2010), estipulando o artigo 24 da Lei 9.514/97 várias cláusulas obrigatórias. Como aponta Roque (2010, p. 39):

Não deixa de ser propriedade resolúvel, pois sua resolução está prevista em contrato. A diferença é que não há pagamento de imposto de transmissão imobiliária, quer inter vivos, quer causa mortis, enquanto na transmissão de coisas móveis, como o automóvel, é emitida nota fiscal com o pagamento de impostos sobre a venda do bem, como o ICMS e o IPI.

O contrato de alienação fiduciária de bem imóvel é um título registrável no Álbum Imobiliário, forte no artigo 167, inciso I, 35, da LRP (PONT, 2010, p. 44). Para valer contra terceiros, o registro referido deve ser realizado no Ofício competente. Sem este, tem-se direito de crédito; com o registro, direito real (DINIZ, 2006, p. 1090).

3.2 Sujeitos

Costa (2006) menciona haver dúvidas se há ou não a efetiva transmissão da propriedade ao fiduciário, o que nos dá a problemática de quem é o efetivo proprietário do bem. Com sapiência, Paroski (2009) aponta quem é o proprietário do bem alienado fiduciariamente:

O bem financiado, portanto, não é de propriedade do devedor fiduciante, mas sim, do credor fiduciário, enquanto pendente de pagamento o financiamento. Quietado este, resolve-se aquela, para todos os efeitos que lhe são próprios. Disso resulta que a posse direta do bem, em caso de inadimplemento da obrigação, pode ser retomada pelo credor fiduciário, que já tem a propriedade resolúvel.

Destarte, a posse se desdobra em direta (com o fiduciante) e indireta (com o fiduciário) (DINIZ, 2006, p. 1090).

Ademais, a alienação fiduciária não é privativa das entidades que operam no Sistema Financeiro da Habitação, podendo ser contratada, inclusive, por pessoa física. Todavia, o mais comum, no dia a dia, é uma instituição financeira ser a credora fiduciária.

Por conseguinte, são sujeitos da alienação fiduciária em garantia o credor fiduciário e o devedor fiduciante, podendo estes ser pessoas físicas ou jurídicas.

Enquanto não ocorrer pagamento integral da dívida do fiduciante junto ao fiduciário, o bem pertence ao último (ROQUE, 2010, p. 39).

3.3 Extinção

Dantzger (2010, p. 79-80) leciona que a extinção da alienação fiduciária se opera por três módulos: a) pelo cumprimento, mediante o pagamento da dívida; b) pelo inadimplemento da obrigação; c) pela transação, nos termos do artigo 26, §8º, da Lei 9.514/97.

Consoante reza o artigo 25 da Lei 9.514/97, a propriedade fiduciária do imóvel é resolvida pelo pagamento da dívida e seus encargos. Na glosa de Roque (2010, p. 39), o credor fiduciário perde sua propriedade quando recebe seu crédito.

De outra banda, Dantzger (2010, p. 20 e 27) obtempera garantir a alienação fiduciária de bem imóvel à simplificada e rápida recuperação do crédito, através de um procedimento de cobrança extrajudicial. Assim, o “credor deverá promover a venda do imóvel em público leilão, entregando ao devedor o *quantum* que exceder à dívida, encargos e despesas”.

Em sua cátedra, salienta o autor, *in verbis*:

O devedor, fiduciante, transmite ao credor, fiduciário, uma propriedade resolúvel, denominada pela própria lei de propriedade fiduciária, cuja característica é a limitação temporal do domínio do devedor.

Tal limitação decorre do seguinte fato: uma vez paga a dívida na sua integralidade pelo devedor, o bem, anteriormente transmitido ao credor, retorna ao seu patrimônio, automaticamente e por força de lei, com efeitos *ex tunc*, ou seja, retroativos (DANTZGER, 2010, p. 53).

Como bem escreve Roque (2010, p. 93), com o pagamento, não há falar em garantia de débito já não mais existente. Após o pagamento, deve o fiduciário fornecer o termo de quitação ao fiduciante, no prazo de 30 dias após a liquidação, sob pena de multa, nos termos do artigo 25 da Lei 9.514/97.

Nesse diapasão, Lima (2010, p. 167) refere a existência de direito expectativo do devedor fiduciante no retorno à propriedade, tendo em vista o princípio da boa-fé objetiva. A propriedade do credor fiduciário não é plena e definitiva, sendo transitória e restrita, existindo a condição futura e incerta do pagamento da dívida (DANTZGER, 2010, p. 53).

4 A penhora

No que concerne à penhora, com sapiência, Greco (2008, p. 82) a define como o “ato de apreensão de bens, com finalidade executiva e que dá início ao conjunto de medidas tendentes à expropriação de bens do devedor para pagamento do credor”. Do conceito, extrai-se que os bens devem ser, preferencialmente, do devedor. Nesse diapasão, obtempera Moreira (2004, p. 225), *ipsis litteris*:

Denomina-se penhora o ato pelo qual se apreendem bens para empregá-los, de maneira direta ou indireta, na satisfação do crédito exequendo. Podem constituir objeto da penhora bens pertencentes ao próprio devedor ou, por exceção, pertencentes a terceiros, quando suportem a responsabilidade executiva.

Em algumas raras hipóteses, o bem de terceiro poderá ser penhorado, quando haja atribuição de responsabilidade executiva ao dono, como é o caso do fiador judicial, do responsável tributário, do sócio e do cônjuge do devedor (MOREIRA, 2004, p. 227).

Montenegro Filho (2008, p. 683) aduz que a execução por quantia certa contra devedor solvente persegue a apreensão de bens do devedor, havendo a possibilidade de “transformação do bem penhorado em dinheiro, a transferência do bem penhorado para o exequente ou o uso do imóvel”.

Chalhub (2010) alude, *expressis verbis*:

É que por efeito da alienação fiduciária o bem é excluído do patrimônio do devedor fiduciante e incluído no do credor, sob forma de propriedade resolúvel, enquanto pela hipoteca o imóvel, embora onerado pela dívida, permanece no patrimônio do devedor. Tal distinção implica importantes consequências.

Em primeiro lugar, na medida em que o bem é retirado da esfera patrimonial do devedor, não mais pode ser objeto de constrição em razão de suas dívidas, mesmo que se trate de dívidas tributárias, já estando consolidada nesse sentido a jurisprudência em relação às dívidas tributárias de responsabilidade do devedor fiduciante. O mais relevante efeito da segregação patrimonial do bem objeto da propriedade fiduciária é sua exclusão dos efeitos de eventual insolvência do devedor-fiduciante.

Paroski (2009) anota: “A penhora, por evidente, incide sobre bens do devedor, estejam ou não em sua posse, ou seja, mesmo quando se encontram com terceiros”.

Montenegro Filho (2007, p. 408) cita ser comum a penhora recair indevidamente sobre bem não integrante do patrimônio do

devedor, trazendo grandes transtornos tanto para o terceiro, como para o próprio processo executivo.

5 A penhora sobre a alienação fiduciária de bem imóvel

Efetivamente, como referido alhures, a penhora deve se dar, preferencialmente, sobre bens de propriedade do devedor (MOREIRA, 2004). Conforme apontado, o proprietário do imóvel objeto de alienação fiduciária é o credor fiduciário (DANTZGER, 2010, p. 41).

Em verdade, é imperioso diferenciar a execução em que o executado é o credor fiduciário e a em que é executado o devedor fiduciante. Senão vejamos.

5.1 O executado é o devedor fiduciante

a) Efetivamente, ensina Dantzger (2010) possuir o devedor fiduciante direito expectativo de caráter real, o qual é passível de transmissão, inclusive pela penhora. Loureiro (2007, p. 895) narra:

O fiduciante, por sua vez, também pode transferir seus direitos sobre o imóvel objeto da alienação fiduciária, desde que com a anuência do credor (o proprietário fiduciário). Tal cessão deve ser objeto de registro, para que, uma vez paga a dívida, o adquirente possa exigir a propriedade plena.

Paroski (2009, grifo nosso) esclarece a respeito da necessidade de preservação dos direitos do credor fiduciário quando da penhora:

Finalmente, estuda-se a possibilidade de alienação judicial do bem pela Justiça do Trabalho, porém, preservando os direitos do credor fiduciário, transferindo-se ao adquirente, pela arrematação ou pela adjudicação, a posse direta do bem e todos os demais direitos e obrigações derivados do contrato de financiamento, pelo método da sub-rogação, ou seja, o arrematante ou adjudicante assume frente ao credor fiduciário a mesma condição que o devedor fiduciante originário.

b) Efetivamente, em se tratando de execução em que é executado o fiduciante, importa diferenciar se houve ou não o adimplemento do contrato.

c) Indubitavelmente, o credor fiduciário perde sua propriedade quando receber seu crédito (ROQUE, 2010, p. 39), havendo a consolidação da propriedade em favor do devedor fiduciante; não havendo, pois, nessa situação, óbices à penhora sobre o bem imóvel.

d) Em não tendo ainda ocorrido o adimplemento do contrato, o bem ainda pertence ao credor fiduciário, devendo ser observada a penhora de direitos (PAROSKI, 2009) na execução em que é executado o fiduciante. Portanto, não há falar na penhora do bem fiduciário, uma vez que este pertence a pessoa estranha à execução.

Com clareza solar, a penhora e a venda judicial não prejudicarão o credor fiduciário, porquanto haverá arrematação dos direitos do fiduciante, o qual será substituído pelo arrematante, que “assumirá todas as responsabilidades inerentes à figura do arrematante” (DANTZGER, 2010, p. 70). Para o arrematante consolidar a propriedade plena, deverá quitar o contrato junto ao fiduciário.

Na prática forense, verifica-se que, com o leilão, primeiramente é satisfeito o crédito do fiduciário; após, paga-se o exequente e as custas processuais; em havendo saldo, devolve-se o numerário ao fiduciante.

Paroski (2009) disserta a respeito da penhora de direitos, *secundum verba*:

Afigura-se perfeitamente possível a penhora dos direitos sobre o bem gravado com alienação fiduciária, em princípio de titularidade do devedor fiduciante, a exemplo da posse direta, uso e gozo, e a própria expectativa de domínio definitivo, o que já seria suficiente para jogar por terra a equivocada tese da impenhorabilidade desse bem ou dos direitos dele decorrentes em execução trabalhista.

Isso não significa que não deve haver preocupação com o resguardo da preferência do credor fiduciário, mas somente até o limite do crédito fiduciário. O que exceder dessa garantia legal é suscetível de constrição judicial para satisfazer o crédito trabalhista.

Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça em processo em que o executado era o devedor fiduciante:

PROCESSUAL CIVIL. PENHORA. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CONTRATO. DIREITOS. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 655, XI, DO CPC. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

1. **“O bem alienado fiduciariamente, por não integrar o patrimônio do devedor, não pode ser objeto de penhora.** Nada impede, contudo, que os direitos do devedor fiduciante oriundos do contrato sejam constritos.” (REsp 679821/DF, Rel. Min. Felix Fisher, Quinta Turma, unânime, DJ 17/12/2004 p. 594) 2. Recurso especial conhecido e provido. (BRASIL, 2011a)

Na decisão citada, o STJ elucidou bem a controvérsia: *o bem não integra o patrimônio do fiduciante*. Conforme já destacado, na alienação fiduciária, “o bem é excluído do patrimônio do devedor fiduciante e incluído no do credor” (CHALHUB, 2010).

Decisão em sentido contrário estará em desacordo com os parâmetros legais, doutrinários e jurisprudenciais, consistindo em erro judicial na operacionalização do direito, conforme será abordado no item 5.3.

Nesse mesmo diapasão, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

EMBARGOS À EXECUÇÃO. PENHORA. IMÓVEL COMERCIAL. VEÍCULO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. DIREITO E AÇÕES. MULTA. EMBARGOS ROCRASTINATÓRIOS. Penhora de imóvel comercial destinado ao exercício profissional da executada. Lei nº 8.009/90 e art. 649, V, CPC. Não incidência. Direitos e ações do devedor fiduciário que possuem valor econômico, e integram seu patrimônio (art. 591, CPC). Possibilidade de penhora de tais direitos. Necessidade de ciência ao credor. Multa por embargos procrastinatórios. Não aplicação. Erro material. Negaram provimento à apelação (BRASIL, 2011b, grifos nossos).

No magistério de Paroski (2009, grifo nosso):

Trata-se da penhora e da expropriação do bem gravado fiduciariamente, cujo resultado financeiro do leilão primeiro satisfaz o credor fiduciário, entregando-lhe o que é de direito (quantias financiadas e ainda não pagas pelo fiduciante e despesas), transferindo a propriedade do bem para o arrematante e disponibilizando para satisfazer o credor trabalhista a quantia remanescente, que, não fossem a penhora e a expropriação, seria restituída ao devedor fiduciante (executado na execução trabalhista).

Logo, é factível ao devedor fiduciante ter penhorado o crédito que possui na relação jurídica em apreço.

e) Por conseguinte, pode-se afirmar que, em se tratando de execução em que é executado o fiduciante, importa diferenciar se houve ou não o adimplemento do contrato.

O credor fiduciário perde sua propriedade quando receber seu crédito (ROQUE, 2010, p. 39); não havendo, portanto, nessa hipótese, óbices à penhora sobre o bem imóvel.

Em não tendo ainda ocorrido o pagamento integral da dívida do fiduciante junto ao fiduciário (ROQUE, 2010, p. 39), deve ser observada a penhora de direitos, não sendo legítimo falar na penhora do bem fiduciário, uma vez que este pertence a pessoa estranha à execução.

5.2 O executado é o credor fiduciário

O credor fiduciário possui crédito de expressão monetária mensurável, sendo titular de domínio sob uma condição resolutiva. Tal direito pode ser cedido e, inclusive, penhorável (DANTZGER, 2010). Quem adquire o direito do credor fiduciário:

[...] passa a ser titular da propriedade fiduciária, adquirindo todos os direitos e obrigações inerentes a essa posição, principalmente, de um lado, o de receber o crédito e seus acessórios e, de outro, o de restituir, imediatamente, nos termos da lei, a propriedade plena do imóvel ao fiduciante, uma vez quitada a dívida (DATZGER, 2010, p. 77).

Na prática, observa-se tal situação quando um banco incorpora outro, adquirindo seus créditos. Assim, por exemplo, o banco incorporador passa a ser o credor fiduciário em substituição ao incorporado.

O mais comum é a cessão de direitos, embora seja viável a penhora. O arrematante passa a ser o credor fiduciário em substituição ao anterior.

Dantzger (2010, p. 78-79) arremata:

Nesta hipótese, serão objetos da hasta pública tanto o crédito como também a garantia – propriedade fiduciária –, que é seu acessório por excelência, e, no leilão, ao adquirir o crédito, o arrematante será subrogado nos direitos e obrigações decorrentes do contrato de alienação fiduciária, tornando-se o proprietário fiduciário em substituição ao credor original, devendo ser averbada a carta de arrematação no Registro Imobiliário, nos termos da lei.

Loureiro (2007, p. 895) ensina: “O fiduciário poderá ceder o crédito objeto da alienação fiduciária, o que implicará a cessão da propriedade fiduciária, mediante o necessário registro no Cartório de Registro de Imóveis”.

Dessa forma, o arrematante se tornará credor na relação jurídica existente entre o fiduciário e o fiduciante. Conquanto juridicamente lícito, provavelmente de pouca aplicação prática.

Irrefragavelmente, decisão em sentido contrário estará em desacordo com os parâmetros legais, doutrinários e jurisprudenciais, consistindo em erro judicial na operacionalização do direito, conforme será explanado no item 5.3.

Destarte, na execução em que é executado o credor fiduciário, é possível a penhora do crédito (a propriedade fiduciária) que este possui na relação jurídica em apreço.

5.3 Medidas para salvaguarda de direitos

Efetivamente, tanto o fiduciário quanto o fiduciante poderão se ver atingidos por decisões judiciais que não observem os ditames legais, jurisprudenciais e doutrinários anteriormente apontados. Infelizmente, muitas decisões judiciais confundem o instituto em apreço com a hipoteca.

Como consabido, existe o direito de acesso à justiça. Nesse ínterim, assevera Santos (2009, p. 74): “De outro lado existe o direito de acesso à justiça, que pressupõe o direito à proteção jurisdicional adequada a todos os direitos (inclusive os urgentes), devendo a mesma ser efetiva e, sobretudo, justa”.

Para salvaguardar seus direitos, o fiduciante e o fiduciário poderão opor embargos de terceiros, remédio previsto no artigo 1.046 do Código de Processo Civil¹ (CPC). Nesse sentido, já decidiram o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e o Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA: EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA DE BENS OBJETO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. LEGITIMIDADE DO CREDOR FIDUCIÁRIO OPOR EMBARGOS DE TERCEIRO PARA RESGUARDAR OS BENS SOB SEU DOMÍNIO. INSUBSTÂNCIA DA PENHORA. É lícito ao credor fiduciário opor embargos de terceiro para salvaguardar bens que estão sob seu domínio, em face de contrato celebrado com o devedor executado antes do ajuizamento da execução. É insubstancial a penhora de bem objeto de alienação fiduciária em garantia, eis que o domínio do bem é transferido ao credor fiduciário (BRASIL, 2006).

CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. SEQUESTRO. EMBARGOS DE TERCEIRO. CREDOR FIDUCIÁRIO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

I. Nos termos da jurisprudência do STJ, é possível ao credor a oposição de embargos de terceiro para res-

¹ “Art. 1.046. Quem, não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, sequestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer lhe sejam manutenidos ou restituídos por meio de embargos.

§ 1º Os embargos podem ser de terceiro senhor e possuidor, ou apenas possuidor.

§ 2º Equipara-se a terceiro a parte que, posto figure no processo, defende bens que, pelo título de sua aquisição ou pela qualidade em que os possuir, não podem ser atingidos pela apreensão judicial.

§ 3º Considera-se também terceiro o cônjuge quando defende a posse de bens dotais, próprios, reservados ou de sua meação” (BRASIL, 1973).

guardar o bem alienado fiduciariamente, que foi objeto de restrição judicial (sequestro). Precedentes.

II. Recurso especial conhecido e provido (BRASIL, 2010).

Para NUNES (1999, p. 481)², podemos conceituar embargos de terceiros da seguinte maneira:

Denomina-se embargos de terceiro o remédio processual posto à disposição de “quem, não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, sequestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha” (art. 1.046).

Salienta Araújo (2001): “Vimos que o ato judicial de constrição de bem ou direito, ensejador de embargos de terceiro, pode ocorrer em processo de conhecimento, de execução ou cautelar”.

Ministra Montenegro Filho (2008, p. 927) serem os embargos de terceiro ação judicial, tendo por objetivo, entre outros, a desconstituição de constrição da penhora. Assevera:

Finalidade da ação de embargos de terceiros: A ação em exame persegue a desconstituição da constrição (penhora, arresto, sequestro, etc) incidente sobre bem de propriedade do autor (de igual modo possuidor) ou que se encontra na sua posse (sem que seja proprietário), cuja procedência depende da demonstração da injustiça do ato combatido.

De outra banda, o autor afirma ser praticável simples petição nos autos para que seja interrompida indevida penhora. Argui:

Se o prejudicado consegue demonstrar a sua condição de terceiro, de forma cabal e inquestionável, e que a penhora judicial atingiu bem que integra o seu patrimônio, não se revelando qualquer indício de fraude à execução ou de fraude contra credores, afiançamos o entendimento de que a questão pode ser desatada no âmbito da própria execução, tornando a penhora sem efeito.

Pior solução seria impulsionar a lide executiva, com a condução de um vício dessa natureza, obstando o seu seguimento a partir da oposição dos embargos de terceiro, que forçosamente serão apresentados em momento processual específico, forçando a declaração de nulidade de vários atos até ali práticos, retroagindo-se à penhora judicial [...] (MONTENEGRO FILHO, 2007, p. 408-409).

Em caso de urgência, o prejudicado poderá fazer uso do processo cautelar, o qual pode ser sintetizado na cátedra de Santos (2009, p. 75):

A técnica conhecida como cautelar afigura-se como um método apto a proteger de forma urgente e a permitir que a resolução do conflito seja realizada, com toda a calma necessária, através do processo de conhecimento pleno e exauriente. Trata-se de uma técnica que permite que a tutela jurisdicional final seja efetiva e justa para ambas as partes que litigam no processo.

Desse modo, o fiduciário e o fiduciante, para salvaguardar seus direitos, dispõem dos embargos de terceiros e/ou, eventualmente, para alguns doutrinadores (MONTENEGRO FILHO, 2007, p. 408-409), simples petição nos próprios autos. Em caso de urgência, podem fazer uso de alguma medida cautelar.

Conclusão

Diante do exposto, infere-se:

- a) no negócio fiduciário, a transmissão da propriedade tem por desiderato outro fim que não a própria transmissão;
- b) a alienação fiduciária é um contrato acessório, pressupondo um contrato principal, normalmente de mútuo; alienação fiduciária é um negócio jurídico condicional, o qual se subordina a uma condição resolutiva;
- c) a alienação fiduciária em garantia de bem imóvel deve ser registrada no Álbum Imobiliário competente. Sem este, tem-se direito de crédito; com o registro, direito real;
- d) São sujeitos da alienação fiduciária: o credor fiduciário e o devedor fiduciante;
- e) a propriedade do credor fiduciário não é plena e definitiva, sendo transitória e restrita, existindo a condição futura e incerta do pagamento da dívida;
- f) os bens penhorados devem ser, preferencialmente, do devedor;
- g) imperioso diferenciar a execução em que o executado é o credor fiduciário e a em que é executado o devedor fiduciante. Em qualquer hipótese, devem ser preservados os direitos do fiduciário e do fiduciante;
- h) em se tratando de execução em que é executado o devedor fiduciante, importa diferenciar se houve ou não o adimplemento do contrato:
 - o credor fiduciário perde sua propriedade quando receber seu crédito, havendo a consolidação da propriedade em favor do devedor fiduciante; não havendo, portanto, nessa hipótese, óbices à penhora sobre o bem imóvel;
 - em não tendo ainda ocorrido o pagamento integral da dívida do fiduciante junto ao fiduciário, o bem pertence ao último,

devendo ser observada a penhora de direitos. Logo, é possível ao devedor fiduciante ter penhorado o crédito que possui na relação jurídica em apreço;

– a constrição judicial não prejudicará o credor fiduciário, por quanto haverá arrematação dos direitos do fiduciante, o qual será substituído pelo arrematante. Para que este consolide a propriedade plena, deverá quitar o contrato junto ao fiduciário;

– na prática forense, verifica-se que, com o leilão, primeiramente é satisfeito o crédito do fiduciário; após, paga-se o exequente e as custas processuais; em havendo saldo, devolve-se o numerário ao fiduciante;

i) em se tratando de execução em que é executado o credor fiduciário, é aceitável a penhora do crédito (a propriedade fiduciária) que este possui na relação jurídica em apreço:

– o credor fiduciário possui crédito de expressão monetária mensurável, sendo titular de domínio sob uma condição resolutiva. Tal direito pode ser cedido e, inclusive, penhorável;

– o fiduciário e o fiduciante, para salvaguardar seus direitos, dispõem dos embargos de terceiros e/ou, eventualmente, para alguns doutrinadores, de simples petição nos próprios autos. Em caso de urgência, podem fazer uso de alguma medida cautelar.

Referências

ARAÚJO, Alan Pereira de. Embargos de terceiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 52, 1 nov. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2329>>. Acesso em: 26 mar. 2012.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 25 mar. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 622.898/SC. Recorrente: Banco do Brasil S/A. Recorrido: Germaq Indústria e Comércio Ltda. Relator: ministro Aldir Passarinho Junior. Brasília, 4 de maio de 2010. DJ: 24/05/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200400>>

064711&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em 29 mar. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1171341/DF. Recorrente: Erasmo Tokarski e outros. Recorrido: Regina Aparecida Teixeira. Relator: ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília, 6 de dezembro de 2011. DJe: 14/12/2011a. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200902438503&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 21 mar. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 2.0000.00.496606-1/000. TRANSPORTE-Transporte e Turismo Norte de Minas LTDA. CREDIPALMA - Cooperativa de Economia e Crédito Mútuo dos Comerciantes de Confecções. Relator:

desembargador Pedro Bernardes. Belo Horizonte, 16 de maio de 2006. Diário da Justiça de Minas Gerais.: 06/06/2006. Disponível em <http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?lst_processos=&listaProcessos=20000004966061000>. Acesso em: 26 mar. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70038065611. Apelante: Cláudir Altmann. Apelado: Jair Lima Martins Relator: desembargador Carlos Rafael dos Santos Júnior. Porto Alegre, 22 de novembro de 2011. Diário da Justiça do Rio Grande do Sul: 30/11/2011b. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca?q=70038065611&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aa%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em: 21 mar. 2012.

CHALHUB, MELHIM NAMEM. **Propriedade Fiduciária, Hipoteca e Penhora.** ANOREG, Brasília, publicado em 13 de maio de 2010. Disponível em: <http://www.anoreg.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=14971:propriedadefiduciaria-hipoteca-e-penhora&catid=2:geral&Itemid=26>. Acesso em: 21 mar. 2012.

COSTA, Valestan Milhomem da. Os direitos do fiduciário e do fiduciante na alienação fiduciária de coisa imóvel. (Lei nº 9.514/97). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1183, 27 set. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8969>>. Acesso em: 9 fev. 2012.

DANTZGER, Afranio Carlos Camargo. **Alienação Fiduciária de Bens Imóveis.** 3ª ed. São Paulo: Método, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado.** 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário Aurélio:** o Dicionário da Língua Portuguesa. 6ª ed. Curitiba: Posigraf, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro:** Direito das Coisas. 3ª ed. vol. V. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRECO, Vicente Greco. **Direito Processual Civil Brasileiro:** Processo de Execução a Procedimentos Especiais. 3º v. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LIMA, Frederico Henrique Viegas de. **Da Alienação Fiduciária em Garantia de Coisa Imóvel.** Curitiba: Juruá, 2010.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Curso Completo de Direito Civil.** São Paulo: Método, 2007.

MAIRINK, Carlos Henrique Passos. **Alienação fiduciária de bens imóveis.** 2009. 215p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2009. Disponível em: <<http://www.mcampos.br/posgraduacao/mestrado/dissertacoescarlos%20henriquepassosmairinkalienacaoafiduciariabensimoveis.pdf>>. Acesso em: 11 fev. 2012.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Código de Processo Civil Comentado e Interpretado.** São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Curso de Direito Processual Civil:** Teoria Geral dos Recursos,

Recursos em Espécie e Processo de Execução. 4^aed. 2^o v. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro:** exposição sistemática do procedimento. 22^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NUNES, Elpídio Donizetti. **Curso didático de direito processual civil.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

PAROSKI, Mauro Vasni. Penhora de bens gravados com alienação fiduciária em execução trabalhista. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2019, 10 jan. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12184>>. Acesso em: 10 fev. 2012.

PEREIRA, Pedro Henrique Beltrame. Alienação Fiduciária de Bens Imóveis. **Universo Jurídico**, Juiz de Fora, ano XI, 4 ago. 2009. Não paginado. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/6434/alienacao_fiduciaria_de_bens_imoveis>. Acesso em: 11 de fev. de 2012.

PONT, Lucia Dal. **A função do Registrador na Alienação Fiduciária de Imóveis.** Campinas: Russel, 2010.

PRIBERAM. **Dicionário Priberam da Língua Portuguesa.** Disponível em: <<http://www.priberam.pt/DLPO/default.aspx>>. Acesso em: 25 mar. 2012.

RESTIFFE, Paulo Sérgio; RESTIFFE NETO, Paulo Sérgio. **Propriedade Fiduciária Imóvel.** São Paulo: Malheiros, 2009.

ROQUE, Sebastião José. **Da Alienação Fiduciária em Garantia.** São Paulo: Ícone, 2010.

SANTOS, Paula Rogeria Gama. As tutelas de urgência no direito processual hodierno: tutelas urgentes, provisórias e definitivas. **Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas**, Campo Grande, ano 1, n. 2, p. 72-104. 2009. Disponível em: <<http://cepejus.libertar.org/index.php/systemas/article/view/22/17>>. Acesso em: 29 mar. 2012.

SOUZA, Daniel Barbosa Lima Faria Corrêa de. Instituição de direito real em garantia em graus distintos. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 08 set. 2011. Não paginado. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.33384&seo=1>>. Acesso em: 22 mar. 2012.

O princípio da igualdade e as limitações ao ingresso no Simples Nacional

Débora Couto Cançado Santos

Advogada da CAIXA em Minas Gerais

Especialista em Direito Tributário pela

Faculdade Milton Campos

Mestranda em Direito Empresarial pela

Faculdade Milton Campos

RESUMO

A Lei Complementar nº 123/2006 foi publicada com a finalidade de simplificar e desonerar as empresas instaladas nos estratos mais baixos de faturamento, unificando a apuração e o recolhimento de oito tributos, de competência dos três entes federativos. A intenção altruísta do legislador, todavia, desprendeu-se do princípio da igualdade, sendo possível vislumbrar, no decorrer da norma, discriminações aleatórias e injustificadas. A utilização de elementos subjetivos para diferenciar as empresas gera enorme insegurança jurídica, esbarrando nos princípios da proteção da confiança e da boa-fé objetiva. A pesquisa buscou identificar as inconstitucionalidades existentes ao longo da Lei Complementar nº 123/2006, apontando situações em que faltou ao legislador razoabilidade na aplicação do critério de discriminação. Utilizando como método a pesquisa legislativa, doutrinária e jurisprudencial, o trabalho concluiu pela existência de várias inconstitucionalidades na legislação que rege a matéria.

Palavras-chave: Igualdade. Microempresa. Empresa de pequeno porte. SIMPLES.

ABSTRACT

Law n. 123/2006 was published with the exact aim of simplifying and relieving the burden of low revenue enterprises regulating the unification of the assessment and disbursement of eight tax levies, from the three federative levels. The legislator's altruistic intention, however, violated in many ways the principle of equality, creating random and unjustified discrimination. The employment of subjective criteria for telling apart small businesses created an immense legal uncertainty, threatening, thus, the principles of trust and objective good faith. This paper attempts

to identify the unconstitutionalities of Law n. 123/2006, pointing out the circumstances where it lacks reasonableness and rationality in applying a discrimination standard. The study finishes off with the conclusion that although micro and small businesses have an enormous importance on social and economic improvement, there are innumerable unconstitutionalities in the legislation applied to them.

Keywords: Equality. Small business. SIMPLES (SIMPLE).

Introdução

O Simples Nacional é um regime especial e unificado de tributação e arrecadação de impostos e contribuições federais, estaduais e municipais, idealizado pelo art. 146, III, "d" e § único da Constituição Federal e concretizado pela Lei Complementar nº 123/2006, norma geral de Direito Tributário.

Possui caráter facultativo e irretratável. Uma vez feita a opção, deve a pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte seguir as regras impostas no Estatuto e nos regulamentos editados pelo Comitê Gestor, não podendo alterar sua forma de tributação durante todo o ano-calendário.

Marins e Bertoldi (2007, p. 68) conceituam analiticamente o Simples Nacional como um

Regime especial de tributação por estimação objetiva, constituído em microssistema tributário, material, formal e processual, que unifica a fiscalização, o lançamento e a arrecadação de determinados impostos e contribuições de competência da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, aplicável opcionalmente às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, com o escopo de atribuir a estes contribuintes um tratamento fiscal diferenciado e favorecido, em caráter parcialmente substitutivo ao regime geral e compulsório.

A Lei do SIMPLES, ao eleger a receita bruta como medida objetiva para pagamento de diversos tributos com bases de cálculo completamente distintas, consagrou o sistema de estimação objetiva. Utiliza uma base de cálculo estimada para a cobrança de realidades tributárias completamente diferentes, aplicando alíquotas condensadas por faixas de receita.

Constitui um microssistema próprio, que substitui as normas gerais de direito tributário por uma incidência diferenciada e favorecida, com relação aos tributos e contribuições contempla-

dos. Não substitui a totalidade do sistema geral, sendo aplicável somente aos impostos e contribuições taxativamente previstos: IRPJ, CSLL, PIS/Pasep, Cofins, IPI, ICMS, ISS e a Contribuição previdenciária patronal incidente sobre a folha de salários e demais rendimentos dos segurados obrigatórios do Regime Geral da Previdência Social (CPP). O Simples Nacional não se limita à esfera tributária federal, abrangendo tributos de competência dos diversos entes federativos.

Diante do sistema de compartilhamento da fiscalização, do lançamento e do produto da arrecadação, qualquer dos entes tributantes pode movimentar seu aparelho administrativo, com relação à totalidade do tributo devido pelo optante.

Além de unificar e simplificar o recolhimento dos tributos, o Simples Nacional prevê isenção para as exportações, permite o desconto dos tributos pagos antecipadamente por substituição tributária e do ISS retido na fonte, além de reduzir obrigações fiscais acessórias exigidas das empresas de pequeno porte e das microempresas. Os benefícios estendem-se a outras regulamentações e exigências empresariais, e não somente às questões tributárias, tais como: maior facilidade para acesso a linhas especiais de crédito e a novas tecnologias, incentivos especiais para fomento das exportações e tratamento diferenciado nas licitações para fornecimento de bens e serviços aos órgãos públicos (CAMPOS, 2009, p. 69).

O ingresso no SIMPLES não é automático, demandando o cumprimento das seguintes condições: (1) enquadrar-se na definição de microempresa ou de empresa de pequeno porte; (2) cumprir os requisitos previstos na legislação; e (3) formalizar a opção na Secretaria da Receita Federal.

Assim, com o objetivo de simplificar as obrigações e reduzir a pesada carga tributária para as micro e pequenas empresas, o Simples Nacional determina o pagamento unificado de oito tributos, que passam a incidir sobre a receita bruta auferida no mês pelo contribuinte. As alíquotas serão diferenciadas conforme o faturamento e a atividade desempenhada pela pessoa jurídica e o recolhimento é feito mediante documento único. O produto da arrecadação é repassado a cada um dos entes federativos, conforme a parcela que lhes cabe.

Diante de um sistema tão completo de tributação e arrecadação, surgiram na doutrina questionamentos sobre sua constitucionalidade. A incidência de diferentes impostos e contribuições sobre um único fato gerador e a sua arrecadação unificada supostamente violariam o pacto federativo. Esse tema será tratado no tópico a seguir.

1 O Simples Nacional e o pacto federativo

Conforme já explanado anteriormente, o Simples Nacional consolida o pagamento de diversos impostos e contribuições de competência da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, resumindo suas bases de cálculo à receita bruta auferida no mês pelo contribuinte. A unificação desses tributos não criou um imposto único; apenas modificou dois critérios de incidência tributária: base de cálculo e alíquotas.

A receita bruta, base de cálculo adotada pelo Simples Nacional, está em total sintonia com a Constituição e com as leis que regulamentam os tributos unificados. O IRPJ e a CSLL têm como base de cálculo a receita bruta quando calculados pelo lucro presumido. O PIS e a COFINS, independentemente do sistema de apuração escolhido pelo contribuinte, incidem sobre o faturamento ou receita bruta da pessoa jurídica, nos moldes do art. 195, I, b da CR/88. A incidência da CPP sobre a receita bruta também é compatível com a Constituição, pois desonera a folha de pagamento das pessoas jurídicas. A alteração da base de cálculo da CPP já foi, inclusive, utilizada como incentivo fiscal para alguns segmentos da economia.¹

Quanto ao IPI, ICMS e ISS, a Lei Complementar nº 123/2006 não alterou suas bases de cálculo, mas apenas reduziu suas alíquotas. As receitas sujeitas a esses tributos, auferidas pelas empresas optantes, devem ser contabilizadas em separado, segregando-as de acordo com cada atividade.

Embora os Estados sejam obrigados a arrecadar o ICMS de acordo com a sistemática do Simples Nacional, poderão aplicar sublimites de receita, para efeito de recolhimento do ICMS das empresas optantes, em seus respectivos territórios. Esses sublimites serão aplicados de acordo com a participação do Estado no Produto Interno Bruto.²

¹ Vide Medida Provisória 540/2011, convertida na Lei nº 12.546/2011.

² Art. 19 da Lei Complementar nº 123/2006: "Sem prejuízo da possibilidade de adoção de todas as faixas de receita previstas nos Anexos I a V desta Lei Complementar, os Estados poderão optar pela aplicação de sublimite para efeito de recolhimento do ICMS na forma do Simples Nacional em seus respectivos territórios, da seguinte forma:

I - os Estados cuja participação no Produto Interno Bruto brasileiro seja de até 1% (um por cento) poderão optar pela aplicação, em seus respectivos territórios, das faixas de receita bruta anual até 35% (trinta e cinco por cento), ou até 50% (cinquenta por cento), ou até 70% (setenta por cento) do limite previsto no inciso II do caput do art. 3º;

II - os Estados cuja participação no Produto Interno Bruto brasileiro seja de mais de 1% (um por cento) e de menos de 5% (cinco por cento) poderão optar pela

Essa norma, prevista no art. 19 da Lei Complementar nº 123/2006, não viola o pacto federativo. O art. 146, § único, inciso II da CR/88 prevê que a Lei Complementar poderá estabelecer condições de enquadramento diferenciadas por Estado. Ademais, o art. 151, I da CR/88 admite a concessão pela União de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do País.

Tendo em vista a instituição de questões fiscais que poderiam alterar o equilíbrio original do pacto federativo, cláusula pétreia prevista no art. 60, §4º da CR/88, foi arguida por alguns autores a inconstitucionalidade do Estatuto. Segundo essa corrente doutrinária, a permissão concedida ao Congresso Nacional de modificar as bases de cálculo e alíquotas de tributos de competência Estadual, Distrital e Municipal interferiria no equilíbrio original da Federação brasileira, configurando autêntica abolição da Federação.

Esse entendimento é minoritário, uma vez que o pacto federativo não é um modelo pronto e acabado, sendo suscetível a ajustes, rearranjos e aperfeiçoamentos, desde que não lhe modifiquem a fisionomia a ponto de extinguir a Federação.

Assim, o regime único de tributação, instituído pela Lei Complementar nº 123/2006, está longe de representar uma tendência à abolição da Federação brasileira. Pelo contrário: o modelo não apenas atende aos preceitos do art. 146 da CR/88, como também aos desígnios principiológicos da ordem econômica, previstos nos artigos 170 e 179 da CR/88 (MARINS; BERTOLDI, 2007, p. 26).

Embora alguns dispositivos da lei possam e devam ter a sua constitucionalidade questionada, a exemplo das exclusões aleatórias promovidas pelo legislador, tais vícios não podem contaminar todo um microssistema criado em prol do desenvolvimento de tão importante segmento da economia.

O Simples Nacional unificou as bases de cálculo e a arrecadação de oito diferentes tributos, melhorando o ambiente de negócios no país ao facilitar a vida de empresários e empreendedores. Por conseguinte, não viola o pacto federativo, sendo constitucional no que tange a essa matéria.

Ultrapassado esse impasse, dedicaremos o próximo capítulo à análise das exclusões aleatórias feitas pelo legislador, estas sim inconstitucionais. Serão enumeradas as vedações previstas no art.

aplicação, em seus respectivos territórios, das faixas de receita bruta anual até 50% (cinquenta por cento) ou até 70% (setenta por cento) do limite previsto no inciso II do caput do art. 3º; e

III - os Estados cuja participação no Produto Interno Bruto brasileiro seja igual ou superior a 5% (cinco por cento) ficam obrigados a adotar todas as faixas de receita bruta anual".

17 da LC nº 123/2006, ressaltando as proibições expressas nos incisos V e XI.³

2 Das vedações ao ingresso no Simples Nacional

O Simples Nacional é um regime tributário simplificado e facultativo, aplicável às sociedades simples e empresárias, aos empresários individuais e de responsabilidade limitada, que se enquadrem no conceito de microempresa e empresa de pequeno porte, expresso no art. 3º da Lei Complementar nº 123, de 2006.

Analisando detidamente as normas inseridas na Lei Complementar, percebe-se a existência de requisitos e vedações impostas às empresas que possuem reduzido faturamento, dependendo do seu modelo ou quadro societário, do seu objeto social ou da existência de débitos ou irregularidades em seu cadastro fiscal. Embora essas empresas tenham interesse em ingressar no regime de tributação diferenciado, tais limitações impedem a sua opção.

Assim, está impedida de optar pelo regime simplificado, devendo ao modelo ou quadro societário, a empresa:

- a) de cujo capital participe outra Pessoa Jurídica (art. 3º, §4º, I);
- b) que seja filial, sucursal, agência ou representação, no País, de pessoa jurídica com sede no exterior (art. 3º, §4º, II);
- c) de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos da Lei Complementar nº 123/2006, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de R\$ 3.600.000,00 (art. 3º, §4º, III)⁴;
- d) cujo titular ou sócio participe com mais de 10% do capital de outra empresa não beneficiada pelo SIMPLES, desde que a re-

⁴ Até 2011 o limite previsto era de R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais). A partir de 2012, subiu para R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

³ "Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:
[...]

V - que possua débito com o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa;

[...]

XI - que tenha por finalidade a prestação de serviços decorrentes do exercício de atividade intelectual, de natureza técnica, científica, desportiva, artística ou cultural, que constitua profissão regulamentada ou não, bem como a que preste serviços de instrutor, de corretor, de despachante ou de qualquer tipo de intermediação de negócios".

ceita bruta global ultrapasse o limite de R\$ 3.600.000,00 (art. 3º, §4º, IV);

e) cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de R\$ 3.600.000,00 (art. 3º, §4º, V);

f) constituída sob a forma de cooperativas, salvo as de consumo (art. 3º, §4º, VI);

g) que participe do capital de outra pessoa jurídica (art. 3º, §4º, VII);

h) resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos 5 (cinco) anos-calendário anteriores (art. 3º, §4º, IX);

i) constituída sob a forma de sociedade por ações (art. 3º, §4º, X);

j) que tenha sócio domiciliado no exterior (art. 17, II);

k) de cujo capital participe entidade da administração pública, direta ou indireta, federal, estadual ou municipal (art. 17, III).

Tampouco poderão optar pelo regime de tributação diferenciado as pessoas jurídicas cujo objeto social preveja o exercício de:

a) atividade de banco comercial, de investimentos e de desenvolvimento, de caixa econômica, de sociedade de crédito, financiamento e investimento ou de crédito imobiliário, de corretora ou de distribuidora de títulos, valores mobiliários e câmbio, de empresa de arrendamento mercantil, de seguros privados e de capitalização ou de previdência complementar (art. 3º, §4º, VIII);

b) atividade de prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, gestão de crédito, seleção e riscos, administração de contas a pagar e a receber, gerenciamento de ativos (*asset management*), compras de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (*factoring*) (art. 17, I);

c) serviço de transporte intermunicipal e interestadual de passageiros (art. 17, VI);

d) geração, transmissão, distribuição ou comercialização de energia elétrica (art. 17, VII);

e) atividade de importação ou fabricação de automóveis e motocicletas (art. 17, VIII);

f) atividade de importação de combustíveis (art. 17, IX);

g) atividade de produção ou venda no atacado de:

– cigarros, cigarilhas, charutos, filtros para cigarros, armas de fogo, munições e pólvoras, explosivos e detonantes;

– bebidas alcoólicas; refrigerantes, inclusive águas saborizadas gaseificadas; preparações compostas, não alcoólicas (extratos con-

centrados ou sabores concentrados), para elaboração de bebida refrigerante, com capacidade de diluição de até 10 (dez) partes da bebida para cada parte do concentrado; cervejas sem álcool (art. 17, X);

h) prestação de serviços decorrentes do exercício de atividade intelectual, de natureza técnica, científica, desportiva, artística ou cultural, que constitua profissão regulamentada ou não, bem como a que preste serviços de instrutor, de corretor, de despachante ou de qualquer tipo de intermediação de negócios (art. 17, XI);

i) cessão ou locação de mão de obra (art. 17, XII);

j) atividade de consultoria (art. 17, XIII);

k) loteamento e incorporação de imóveis (art. 17, XIV);

l) atividade de locação de imóveis próprios, exceto quando se referir à prestação de serviços tributados pelo ISS (art. 17, XV).

Por fim, não poderão optar pelo SIMPLES as pessoas jurídicas que possuam débitos com as Fazendas Públicas ou irregularidades no cadastro fiscal. Logo, são impedidas de optar pela tributação simplificada as pessoas jurídicas:

a) que possuam débitos com o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa (art. 17, V);

b) com ausência de inscrição ou com irregularidade em cadastro fiscal federal, municipal ou estadual, quando exigível (art. 17, XVI).

Vamos analisar esses grupos de vedações no tópico a seguir.

2.1 Análise dos grupos de vedações

Conforme delineado acima, são inúmeras as vedações ao ingresso no sistema de tributação unificado enumeradas pelo legislador. Importante, por conseguinte, analisar se essas limitações são compatíveis ou não com a Constituição Federal.

Desde logo, é possível observar que apenas as vedações relativas ao modelo ou quadro societário revelam, ainda que de modo não expresso, algum critério legal para justificar o tratamento excludente. Na hipótese das vedações pela existência de sócio domiciliado no exterior ou por participação societária da administração pública, há critérios visíveis. No primeiro caso, por exemplo, excluir do regime especial empresas que possam remeter lucros para o exterior e, no segundo caso, não beneficiar empresas que já estejam sendo favorecidas pela participação de capital público no empreendimento. Também existe justificativa jurídica nos casos relativos aos impedimentos à existência, na sociedade, de sócios ou administradores de outras pessoas jurídicas, ou mesmo no caso do

impedimento relativo às empresas resultantes de cisão ou outras formas de desmembramento. Nessas hipóteses legais, o objetivo claro da norma é assegurar que não sejam beneficiados pelo regime especial quaisquer grupos societários, de fato ou de direito, e também coibir a prática de cisões com o escopo de pulverizar o faturamento, buscando-se evitar que os contribuintes lancem mão de possíveis formas jurídicas ou práticas oblíquas com o propósito de, na prática, ultrapassar os limites legais de receita bruta. Havia critério, é possível formular seu ajustamento ao princípio da isonomia, ou seja, são empresas impedidas porque são diferentes a partir de certo critério, de forma a permitir que sociedades diferentes sejam tratadas distintamente, mesmo que se alojem na mesma faixa de faturamento de outras empresas às quais se permite a opção (MARINS; BERTOLDI, 2007, p. 114-115).

Algumas vedações por ramo de atividade também possuem critério legal para justificar o tratamento excludente. A restrição prevista no art. 17, X da Lei (empresas que exercem atividades de produção ou venda no atacado de cigarros, armas de fogo e bebidas alcoólicas) pode ser justificada pelo princípio da seletividade constitucional. Essas empresas constituem setores que não recebem estímulos do Estado, pois trabalham com produtos nocivos à saúde e à segurança pública. As restrições enumeradas nos incisos VII (geração, transmissão, distribuição ou comercialização de energia elétrica) e IX (importação de combustíveis) do art. 17 fundamentam-se no regime jurídico diferenciado a que estão submetidas essas atividades. Por serem fiscalizadas por agências reguladoras, Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e Agência Nacional de Petróleo (ANP), respectivamente, e por sujeitarem-se a um controle mais rígido de mercado, essas empresas estão impedidas de optar pelo regime tributário especial. A mesma interpretação pode ser aplicada às atividades previstas no art. 17, I e no art. 3º, §4º, VIII (serviços financeiros), que exigem um rígido controle pelo Banco Central (MARINS; BERTOLDI, 2007, p. 115-116).

As demais vedações por grupo de atividade, todavia, não fornecem critérios objetivos e coerentes que permitam, pela análise objetiva da norma, compreender os objetivos pretendidos pelo legislador.

Tanto é assim que a própria lei complementar, em seu art. 18, parágrafos 5º-B, 5º-C e 5º-D, elenca exceções às vedações sem nenhuma correlação lógica entre a medida de comparação eleita (porte da empresa) e a finalidade que justifica a sua utilização (tratamento favorecido à ME e à EPP).

Somente uma distinção fundada em uma *diferenciação factual* existente entre os contribuintes pode ser considerada válida. Uma

diferenciação dos contribuintes feita com base em motivos meramente subjetivos e não fundamentada em finalidade objetivamente verificável e constitucionalmente aferível é irrazoável (ÁVILA, 2008b, p. 44).

Analisando as exceções às vedações elencadas ao longo dos parágrafos do art. 18 da norma, é possível citar vários exemplos de distinções meramente subjetivas, que se configuram verdadeiras afrontas ao princípio da igualdade entre contribuintes:

a) é vedado às empresas que prestem serviços de transporte intermunicipal e interestadual de passageiros optarem pelo SIMPLES (art. 17, VI). Contudo, a lei não obsta a opção ao regime dos serviços de transporte municipal de passageiros; de transporte municipal, intermunicipal e interestadual de cargas; e de transporte internacional, seja de passageiros ou de cargas;

b) é vedado às empresas que realizem cessão ou locação de mão de obra (art. 17, XII) optarem pelo SIMPLES. Entretanto, a lei complementar excepciona os serviços de vigilância, limpeza ou conservação e a construção e obras de engenharia em geral, inclusive sob a forma de subempreitada, execução de projetos e serviços de paisagismo, bem como decoração de interiores.⁵ Segundo a legislação, uma empresa que terceiriza mão de obra de telefonistas ou ascensoristas não poderá optar pelo SIMPLES. Todavia, empresas que terceirizam mão de obra de limpeza e conservação poderão por ele optar. Da mesma forma, é vedada a opção a um escritório de arquitetura, mas esta não o é para um escritório de decoração de interiores. Isso logicamente não é razoável.

c) a prestação de serviços de perícia contábil, judicial ou extrajudicial por escritórios de serviços contábeis registrados no Conselho Regional de Contabilidade poderá ser tributada pelo SIMPLES.⁶ Estão impedidas de aderir ao regime simplificado, todavia, as empresas que prestem serviços de perícias, avaliações, inspeção técnica, inspeção de segurança veicular e emitam certificados de capacitação técnica, haja vista sua natureza intelectual/técnica.⁷ Qual a lógica dessa distinção?

Os exemplos acima citados evidenciam a ausência de um critério claro para diferenciar, tratando-se de discriminações jurídica-

⁶ Art. 18, §5º-B, XIV da Lei Complementar nº 123/2006. Processo de Consulta nº 226/11. Órgão: SRRF/9ª Região Fiscal. Publicação no DOU: 06/12/2011.

⁷ Art. 17, XI da Lei Complementar nº 123/2006. Processo de consulta nº 166/2010. Órgão: SRRF/6ª Região Fiscal. Publicação no DOU: 30/12/2011.

⁵ A Lei Complementar nº 123/2006 não previa a possibilidade de opção pelo SIMPLES em relação à execução de projetos e serviços de paisagismo, bem como decoração de interiores, em sua redação original. Essas atividades foram incluídas pela Lei Complementar nº 128/2008, com vigência a partir de 01/01/2009.

mente insustentáveis à luz de valores constitucionais. Nos dizeres de Ávila (2008b, p. 45):

O fundamento da diferenciação deve provir da “natureza das coisas” (*Natur der Sache*), não podendo ser contrário à “realidade concreta” (*sachgerechten Erwagungen*) e assim por diante. O essencial é que, sem uma diferença real, concretamente existente, a diferenciação normativa é arbitrária. Uma lei, por exemplo, que atribua uma vantagem a alguém que, no plano concreto, não possui diferença que justifique o tratamento diferenciado, a rigor, está concedendo um privilégio.

[...]

Enfim, a medida de comparação utilizada pelo Poder Legislativo só pode ser aquela que mantenha uma relação de *pertinência* com a finalidade buscada pela diferenciação.

Embora mais razoável que as distinções por tipo de atividade, a restrição relativa à existência de débitos com a Fazenda Pública também gera questionamentos por parte dos contribuintes, uma vez que faltou ao legislador razoabilidade na aplicação do critério de discriminação.

O meio escolhido para afastar a igualdade no caso em tela não foi adequado nem necessário à promoção da finalidade constitucional almejada. Exigir o pagamento ou parcelamento de débitos considerados indevidos exclui direitos assegurados pela Constituição Federal ao contribuinte.

A relevância econômica, social, política e jurídica dessa matéria está sendo discutida no Supremo Tribunal Federal. Recentemente, sua repercussão geral foi reconhecida no Recurso Extraordinário nº 627.543-RS, relatado pelo ministro Dias Toffoli.

Não obstante os inúmeros exemplos de discriminações aleatórias e subjetivas existentes na lei, o presente estudo se aterá à análise pormenorizada de duas vedações: a prevista no art. 17, inciso V da Lei, que impede o ingresso de empresas que possuem débitos não garantidos com a Fazenda Pública e a prevista no art. 17, inciso XI da Lei, que veda o ingresso de atividades intelectuais.

A primeira constitui uma constrição indevida e excessiva, revestindo-se de forma oblíqua de cobrança de tributos. A segunda, por sua vez, extrapola os limites impostos pelo princípio da igualdade, tendo em vista que não foi apresentada pelo legislador uma justificativa plausível para o tratamento desigual entre contribuintes. Esses dois assuntos serão tratados nos tópicos a seguir.

2.2 Vedação de ingresso à microempresa ou empresa de pequeno porte que possua débito com o INSS ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual e Municipal sem exigibilidade suspensa

O art. 17, inciso V da Lei Complementar nº 123/2006 dispõe que

Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte que possua débito com o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa.

A priori, essa vedação apresenta um critério objetivo de distinção: poderão optar pelo Simples Nacional as empresas que estejam em dia com suas obrigações fiscais. Aquelas que não estiverem financeiramente organizadas poderão parcelar os seus débitos nos moldes do art. 79 da Lei Complementar e assim ingressar no regime de tributação simplificado.

Esse critério de *discrimen*, aparentemente simples e objetivo, quando analisado à luz dos princípios constitucionais da igualdade e do devido processo legal, corrompe o principal objetivo idealizado pelo Constituinte ao redigir a referida lei complementar: a possibilidade de diminuição da carga tributária das empresas de reduzido faturamento que contribuem para o desenvolvimento e crescimento do país.

Analizando os precedentes históricos dessa vedação, percebe-se que o Simples Federal, instituído pela revogada Lei nº 9.317/96, já possuía restrição em relação à existência de débitos. Era vedada a opção à pessoa jurídica que possuía débito inscrito em dívida ativa da União ou do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), cuja exigibilidade não estivesse suspensa (art. 9º, XV, da Lei nº 9.317/96).

Não era qualquer débito que inviabilizava a opção do contribuinte pelo Simples Federal, mas somente aquele inscrito em dívida ativa, sem exigibilidade suspensa. Dessa forma, a falta ou atraso no pagamento de tributos em um único mês não causaria problemas à opção pelo Simples Federal, haja vista que dificilmente esse débito já estaria inscrito em dívida ativa.

No Simples Nacional a realidade é bem diferente: basta a existência de débitos, inscritos ou não em dívida ativa, com qualquer dos entes da Federação, para que seja vedada a opção pelo regime.

Outra questão relevante ao presente impedimento refere-se à abrangência do conceito de débitos. Há autores que entendem que essa vedação alcançaria dívidas relativas a quaisquer tributos, ainda que não estivessem abrangidos pelo Simples Nacional, a exemplo do IPTU e do IPVA (ONO; GEOVANINI; OLIVEIRA, 2012). Esta, contudo, não é uma interpretação que merece prevalecer. A norma contida no inciso V do art. 17 da Lei Complementar nº 123/2006 prevê uma regra restritiva de direitos, devendo, por conseguinte, ser interpretada restritivamente. Ademais, possui sentido diametralmente oposto aos incentivos propostos pelo governo federal, relativamente à matéria tributária, em prol das pequenas empresas. Em vez de fomentar a atividade empresarial do pequeno e microempreendedor, a citada norma limita a inscrição para o regime simplificado às empresas que não possuem débitos fiscais. Essa postura viola frontalmente os princípios do devido processo legal e da preservação da empresa. Trata-se de uma sanção política (ou indireta), com a finalidade de compelir o sujeito passivo a cumprir o seu dever tributário.

Ultrapassadas essas duas premissas, percebe-se que a interpretação no sentido da exigência de pagamento ou parcelamento de débitos, cuja exigibilidade não esteja suspensa, para acesso ao sistema de tributação unificado viola o direito de livre acesso à jurisdição e ao contraditório e à ampla defesa, princípios elencados no art. 5º, XXXV e LV da CR/88. A Administração Pública não tem o direito de coagir o devedor a efetuar o pagamento de tributo de modo indireto quando há mecanismos próprios para a cobrança de crédito que considerar devido.

2.2.1 Unilateralidade do título executivo fazendário e a execução fiscal

Segundo Coêlho e Santos (2011), a execução fiscal é um procedimento especial destinado à cobrança dos créditos devidos à Fazenda Pública. É o meio que autoriza ao Estado utilizar o emprego de força (coerção) para efetivar a obrigação que não foi espontaneamente cumprida pelo devedor. A base para a execução forçada, no atual sistema processual brasileiro, é o título executivo (princípio *nulla executio sine titulo*).

O título executivo é subdividido em duas espécies: judicial e extrajudicial. O título executivo judicial é formado pelo juiz por meio de atuação jurisdicional. Diferentemente, o título executivo extrajudicial é formado por ato de vontade das partes envolvidas na relação jurídica de direito material, independentemente da manifestação imparcial do magistrado.

Os títulos executivos extrajudiciais, previstos no art. 585 do CPC, são documentos públicos ou particulares aos quais é emprestada eficácia executiva pela lei. Não há no direito pátrio a possibilidade de criação de título extrajudicial fundado apenas na vontade das partes.

Campos (1989, p. 46-47) define o título executivo extrajudicial como “um acerto procedido pelos próprios interessados. [...] ato portador da razoável certeza quanto à incidência da norma, à violação do preceito, e à pertinência da sanção”.

Partindo da definição de Campos (1989), o título executivo extrajudicial pode ser conceituado como um negócio jurídico firmado entre credor e devedor, cujo objeto é uma obrigação de pagar quantia certa, de dar, fazer ou não fazer alguma coisa, com a imposição de sanção por seu inadimplemento.

Esse acerto é ato portador da razoável certeza quanto à incidência da norma, à violação do preceito e à pertinência da sanção, estando apto a substituir a manifestação do magistrado no processo de conhecimento. A força executória dos títulos extrajudiciais vem da inexistência de lide. Decorre de um encontro de vontades, do consenso entre as partes.

O título executivo da Fazenda Pública é a Certidão de Dívida Ativa. Esse título surge com a inscrição do débito em dívida ativa após o lançamento e a constituição do crédito tributário. Para que esse crédito seja cobrado, é obrigatória a abertura de oportunidade para a impugnação administrativa. É direito do contribuinte discutir o lançamento e dever do Estado exercer o controle de legalidade dos seus atos.

A norma que impede a pequena empresa de optar pelo sistema de tributação e recolhimento simplificado pelo único fato de possuir débitos com a Fazenda Pública viola o princípio do devido processo legal.

A vedação em tela somente seria aplicável após as seguintes etapas: (1) abertura de oportunidade de impugnação pelo contribuinte por meio de processo administrativo; (2) indeferimento da impugnação; (3) inscrição em dívida ativa; (4) possibilidade de suspender a exigibilidade do crédito tributário nos moldes do art. 151 do CTN. Cumpridas essas etapas e não regularizada a situação fiscal, seria lícito à Fazenda impedir o acesso da micro e da pequena empresa ao Simples Nacional. Caso contrário, a empresa em débito seria privilegiada, pois deixaria de se encontrar em situação equivalente à dos demais contribuintes.

O princípio da igualdade garante, sob o aspecto negativo, o direito de não ser discriminado e, sob o aspecto positivo, o direito de igual participação em benefícios e oportunidades. Assim, viola-

ria a igualdade a possibilidade de empresas em débito com a Fazenda Pública, após indeferimento da impugnação em regular processo administrativo e não suspensão da exigibilidade do crédito tributário e inscrição em dívida ativa, recolherem seus tributos de forma privilegiada.

Sobre o princípio da isonomia, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MI nº 58-DF, relator min. Celso de Mello, publicado no DJ de 19/04/1991, p. 4.580, manifestou-se no seguinte sentido:

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

A igualdade garante às empresas qualificadas como micro ou pequenas o direito a um tratamento diferenciado e favorecido, de forma a torná-las mais competitivas no mercado. Atendendo a esse tão importante princípio, a Lei Complementar nº 123/2006 foi editada com a finalidade de conceder aos pequenos negócios benefícios fiscais, trabalhistas, previdenciários, administrativos e creditícios e, assim, reduzir o enorme abismo existente entre eles e os grandes empreendimentos.

Andou bem o legislador ao eleger o reduzido faturamento para diferenciar as micro e pequenas empresas das demais pessoas jurídicas. A mesma sorte não teve, contudo, nos impedimentos e vedações ao ingresso no Simples Nacional. Embora algumas vedações possam ser objetivamente justificadas, a limitação por restrição no cadastro fiscal não foi razoável. Proibir o acesso a um tratamento diferenciado de pessoas jurídicas que já se encontram em situação de desvantagem econômica sem antes lhes dar oportunidade de

discutir a existência e validade do débito fere o princípio do devi-
do processo legal.

Todavia, permitir acesso a um tratamento jurídico diferenciado a empresas que não cumprem suas obrigações fiscais configura manifesta violação ao princípio da isonomia, na medida em que se estará dando tratamento igual a pessoas diferentes.

Da leitura das afirmativas supracitadas, percebe-se que o art. 17, V da Lei Complementar nº 123/2006 oferece certas possibilidades de interpretação, sendo algumas compatíveis e outras incompatíveis com a Constituição. Cabe, assim, ao Poder Judiciário fazer uma interpretação do dispositivo conforme a Constituição, excluindo os sentidos da norma contrários aos valores consagrados na Carta Maior.

Sobre a interpretação conforme a Constituição, ensina Ávila (2008b, p. 185):

A interpretação conforme a Constituição só pode ser feita quando o dispositivo objeto de interpretação for suscetível de múltiplos sentidos, dentre os quais um deles é compatível com a Constituição. [...] A interpretação conforme a Constituição só é viável se não contrariar o teor literal e objetivo inequívoco da lei. Se o sentido normativo da norma interpretada for novamente definido e a finalidade legal afastada em pontos essenciais, esse método interpretativo é desnaturalizado. [...] A interpretação conforme a Constituição só pode declarar a inconstitucionalidade de um fragmento de uma norma se ele tiver um significado autônomo. Não havendo sentido que subsista à nulidade de uma parte da norma, em virtude do entrelaçamento semântico dos fragmentos normativos, a interpretação conforme a Constituição é inadequada.

Conforme já explicitado, a limitação contida no art. 17, V da Lei Complementar nº 123/2006 possui múltiplos sentidos, sendo um deles compatível com a Constituição. Esse sentido harmoniza-se com o objetivo da lei: conferir um tratamento diferenciado e favorecido às micro e pequenas empresas. As possíveis interpretações da norma em tela possuem significado autônomo, podendo, assim, ser declarada sua nulidade parcial.

Em suma, após a regular constituição do crédito tributário na repartição competente e esgotamento do prazo fixado para o seu pagamento pela lei ou por decisão final prolatada em regular processo administrativo, pode o contribuinte suspender a exigibilidade do crédito tributário. Se não o fizer, a Fazenda restará autorizada a obstar o ingresso da microempresa ao Simples Nacional.

Cabe, assim, ao Judiciário efetuar a interpretação conforme o art. 17, inciso V da Lei Complementar nº 123/2006, restringindo as suas hipóteses de interpretação e adequando o preceito normativo aos desígnios da Magna Carta.

2.3 Vedações de ingresso das prestadoras de serviços

Entre as vedações de ingresso ao SIMPLES previstas no art. 17 da Lei Complementar nº 123/2006, encontra-se a disposta no inciso XI, que retira de algumas prestadoras de serviços o direito de optar pelo regime de tributação simplificado:

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:
[...]

XI. Que tenha por finalidade a prestação de serviços decorrentes do exercício de atividade intelectual, de natureza técnica, científica, desportiva, artística ou cultural, que constitua profissão regulamentada ou não, bem como a que preste serviços de instrutor, de corretor, de despachante ou de qualquer tipo de intermediação de negócios.

Esse dispositivo, de natureza extremamente ampla e subjetiva, utilizou um critério de distinção puramente extrafiscal e aleatório: a profissão.

Analizando os pressupostos históricos dessa vedação, verificamos que a revogada Lei nº 9.317/96 já a previa em seu art. 9º, inciso XIII, *in verbis*:

Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:
[...]

XIII - que preste serviços profissionais de corretor, representante comercial, despachante, ator, empresário, diretor ou produtor de espetáculos, cantor, músico, dançarino, médico, dentista, enfermeiro, veterinário, engenheiro, arquiteto, físico, químico, economista, contador, auditor, consultor, estatístico, administrador, programador, analista de sistema, advogado, psicólogo, professor, jornalista, publicitário, fisicultor, ou assemelhados, e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida.

Essa norma, de constitucionalidade duvidosa, foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1643. Os ministros, naquela oportunidade, em decisão não unânime, manifestaram-se no sentido de sua constitucionalidade. A tese vencedora argu-

mentou que pode o legislador “discriminar por motivo extrafiscal entre os ramos de atividade econômica, desde que a distinção seja razoável [...] derivada de uma finalidade objetiva e se aplique a todas as pessoas da mesma classe ou categoria” (BRASIL, 2003).

O Supremo Tribunal Federal entendeu que não poderia “alterar o sentido inequívoco da norma por via de declaração de inconstitucionalidade de parte do dispositivo de lei”, já que ele “só pode atuar como legislador negativo, não porém, como legislador positivo”. Tudo isso porque, ao eliminar a exclusão de determinados profissionais do benefício, o Poder Judiciário terminaria por conferir-lhes um benefício que o Poder Legislativo não lhes quis conferir. E, ao fazê-lo, violaria sua função de apenas excluir do ordenamento jurídico a norma atentatória ao princípio da igualdade (ÁVILA, 2008b, p. 179-180).

Essa tese merece severas críticas. A distinção, proposta pelo legislador nos dispositivos em tela, não foi razoável, necessária ou proporcional, configurando-se singelo impedimento por ramo de atividade de natureza tão somente qualitativa, o que é expressamente vedado pelo art. 150, II da CR/88. Ademais, não foi eleito um critério de discrimen juridicamente válido e objetivo: não foi demonstrada uma diferença de capacidade contributiva que justificasse a vedação das prestadoras de serviços de optar pelo regime tributário favorecido (MARINS; BERTOLDI, 2007, p. 116-117).

Não se pode, apenas porque há uma finalidade extrafiscal, deixar de realizar integralmente a igualdade sustentando que o ato é discricionário e, por isso, escapa ao controle do Judiciário. A finalidade extrafiscal não torna o ato nem discricionário nem imune ao controle: não o torna discricionário porque, como já foi visto, a finalidade eleita continua tendo que manter uma relação de pertinência fundada e conjugada com a medida de comparação escolhida pelo órgão competente; não o torna imune ao controle do Poder Judiciário porque este tem a competência para realizar vários juízos positivos. Dentre esses, ressalta-se a condição de analisar os efeitos prospectivos da lei, considerar alternativas que deveriam ter sido cogitadas pelo Poder Legislativo, excluir medidas de comparação incompatíveis com as finalidades eleitas, anular medidas de comparação compatíveis com as finalidades não previstas pela Constituição, concretizar padrões legais, verificar a compatibilidade da diferenciação com os direitos fundamentais dos contribuintes e escolher um dos múltiplos significados compatíveis com o teor literal e o objetivo inequívoco da lei. Alegar a discricionariedade do poder competente e a imunidade do controle em virtude de finalidade extrafiscal é silenciosamente violar a igualdade (ÁVILA, 2008b, p. 186).

Não obstante as críticas acima tecidas, o art. 9º, XIII da Lei nº 9.317/96 foi, por maioria, declarado constitucional pelo STF. Assim, inspirado nesse dispositivo, cuja constitucionalidade já havia sido testada, a Lei Complementar nº 123/2006 previu semelhante restrição às prestadoras de serviços em seu art. 17, XI.

Seguindo os moldes da antiga norma, o legislador complementar não se preocupou em delinear um critério claro de discriminação entre as prestadoras de serviços e as demais empresas com reduzido faturamento. Legisou de forma aleatória, baseado não em critérios jurídicos e objetivos, mas em razões meramente políticas e subjetivas. Essa afirmação se justifica, a título de exemplo, pela possibilidade de ingresso no regime de escritórios de contabilidade (art. 18, §5º-B, XIV), das empresas prestadoras de serviços de transporte municipal de passageiros (art. 18, §5º-B, XIII) e das prestadoras de serviços de construção de imóveis e obras de engenharia em geral (art. 18, §5º-C, I).

Tramita no Senado Federal o PLC nº 90/2010, que prevê a inclusão no Simples Nacional dos prestadores de serviços de engenharia e arquitetura, sob o argumento de que essas profissões carecem de estímulo e valorização. Enquanto isso, os advogados, que a exemplo dos engenheiros e arquitetos exercem profissão legalmente regulamentada e que são considerados indispensáveis à administração da Justiça, nos termos do art. 133 da CR/88, ficam de fora do benefício do regime diferenciado (HARADA, 2010).

Percebe-se que categorias são incluídas e excluídas do SIMPLES por mero arbítrio do legislador, sem a apresentação de qualquer razão, de fato ou de direito, que justifique a decisão. Essa sistemática, além de violar o princípio da igualdade e do devido processo legal substantivo, confere imenso poder ao Legislativo, uma vez que lhe dá a prerrogativa de negociar o favorecimento fiscal com os representantes das categorias profissionais por razões meramente íntimas e subjetivas.

Tal crítica fundamenta-se pela simples análise dos §§5º-B, 5º-C, 5º-D e 5º-E do art. 18 da Lei Complementar nº 123/2006, que admite a opção pelo regime de tributação simplificado das seguintes atividades:

Art. 18. [...]

§ 5º-B. Sem prejuízo do disposto no § 1º do art. 17 desta Lei Complementar, serão tributadas na forma do Anexo III desta Lei Complementar as seguintes atividades de prestação de serviços:

I - creche, pré-escola e estabelecimento de ensino fundamental, escolas técnicas, profissionais e de ensino médio, de línguas estrangeiras, de artes, cursos técnicos de pilotagem, preparatórios para concursos, gerenciais

e escolas livres, exceto as previstas nos incisos II e III do § 5º-D deste artigo;

II - agência terceirizada de correios;

III - agência de viagem e turismo;

IV - centro de formação de condutores de veículos automotores de transporte terrestre de passageiros e de carga;

V - agência lotérica;

[...]

IX - serviços de instalação, de reparos e de manutenção em geral, bem como de usinagem, solda, tratamento e revestimento em metais;

[...]

XIII - transporte municipal de passageiros;

XIV - escritórios de serviços contábeis, observado o disposto nos §§ 22-B e 22-C deste artigo.

XV - produções cinematográficas, audiovisuais, artísticas e culturais, sua exibição ou apresentação, inclusive no caso de música, literatura, artes cênicas, artes visuais, cinematográficas e audiovisuais. (Incluído a partir de 1º de janeiro de 2010 pela Lei Complementar nº 133, de 28 de dezembro de 2009)

§ 5º-C. Sem prejuízo do disposto no § 1º do art. 17 desta Lei Complementar, as atividades de prestação de serviços seguintes serão tributadas na forma do Anexo IV desta Lei Complementar, hipótese em que não estará incluída no Simples Nacional a contribuição prevista no inciso VI do caput do art. 13 desta Lei Complementar, devendo ela ser recolhida segundo a legislação prevista para os demais contribuintes ou responsáveis:

I - construção de imóveis e obras de engenharia em geral, inclusive sob a forma de subempreitada, execução de projetos e serviços de paisagismo, bem como decoração de interiores;

[...]

VI - serviço de vigilância, limpeza ou conservação.

§ 5º-D. Sem prejuízo do disposto no § 1º do art. 17 desta Lei Complementar, as atividades de prestação de serviços seguintes serão tributadas na forma do Anexo V desta Lei Complementar:

I - cumulativamente administração e locação de imóveis de terceiros;

II - academias de dança, de capoeira, de ioga e de artes marciais;

III - academias de atividades físicas, desportivas, de natação e escolas de esportes;

IV - elaboração de programas de computadores, inclusive jogos eletrônicos, desde que desenvolvidos em estabelecimento do optante;

V - licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação;

VI - planejamento, confecção, manutenção e atualização de páginas eletrônicas, desde que realizados em estabelecimento do optante;

[...]
IX - empresas montadoras de estandes para feiras;
[...]
XII - laboratórios de análises clínicas ou de patologia clínica;
XIII - serviços de tomografia, diagnósticos médicos por imagem, registros gráficos e métodos óticos, bem como ressonância magnética;
XIV - serviços de prótese em geral.
§ 5º-E. Sem prejuízo do disposto no § 1º do art. 17 desta Lei Complementar, as atividades de prestação de serviços de comunicação e de transportes interestadual e intermunicipal de cargas serão tributadas na forma do Anexo III, deduzida a parcela correspondente ao ISS e acrescida a parcela correspondente ao ICMS prevista no Anexo I.

Essas discriminações dificilmente encontrariam justificativas dentro da isonomia. A instituição de normas pelo Poder Legislativo visa a atingir determinada *finalidade*. No caso, parece que a finalidade imediata da lei era favorecer o desenvolvimento do pequeno empreendedor, estimulando a economia e a criação de empregos. Para atingir essa finalidade, a lei utilizou uma *medida de comparação* entre os contribuintes: o seu tamanho ou porte. E para aferir o tamanho ou porte, usou um *elemento indicativo* ou *proxy*: a receita bruta anual. Seriam considerados “pequenos empresários” e, portanto, dignos do estímulo estatal os contribuintes que tivessem uma receita bruta anual até determinado limite; e seriam considerados grandes empresários e, assim, excluídos do benefício os contribuintes que tivessem receita bruta anual acima daquele patamar. Isso significa que a lei, para atingir determinada finalidade (estimular o desenvolvimento do pequeno empresário), escolheu uma medida de comparação (tamanho ou porte), aferindo-a por meio de um elemento indicativo (receita bruta anual). Em suma, haveria uma *vinculação fundada*, de um lado, entre a receita bruta anual e o tamanho da empresa e, de outro, entre o tamanho da empresa e a necessidade de estímulo estatal. Essa norma geral foi, porém, excepcionada com uma regra de exclusão do benefício: o porte poderia também ser verificado pelo tipo de profissão exercida. Em outras palavras, o exercício de profissão liberal seria um elemento cuja existência indicaria o porte da empresa (ÁVILA, 2008b, p. 38-39).

Salta aos olhos a violação ao princípio da igualdade nessa regra de exclusão. Como poderia ser o tamanho da empresa aferido pelo tipo de atividade exercida? Há relação de pertinência lógica entre o porte da empresa e o seu objeto social?

É claro que não! Para se garantir a igualdade, os sujeitos devem ser comparados por algum motivo que possua relação de

pertinência lógica com a medida de comparação. Logo, o tamanho da empresa pode ser mensurado pela sua receita bruta, pelo número de empregados, pelo número de estabelecimentos, mas não pela profissão!

Em suma, o Legislador Federal criou um mecanismo diferenciado de pagamento de tributos federais (finalidade). Estabeleceu, como regra geral, um critério de distinção baseado no porte da empresa (medida de comparação), escolhendo a receita bruta anual como seu elemento indicativo. No entanto, excluiu desse mecanismo determinadas categorias profissionais. O porte da empresa, nesse caso, seria aferido por outro elemento indicativo: a profissão. Ocorre que não há uma correlação lógica entre a medida de comparação porte da empresa e o elemento indicativo profissão.

Ademais, a utilização do elemento indicativo profissão para distinguir contribuintes é expressamente vedada pelo art. 150, II da CR/88:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos (grifos nossos).

Por conseguinte, é vedado ao legislador excluir do microssistema tributário, por razões meramente subjetivas e políticas, as atividades profissionais delineadas no art. 17, XI da Lei Complementar nº 123/2006. Essas profissões, da mesma forma que as demais, sujeitam-se à dominação do mercado por grandes empresas, inserem-se na economia informal e geram grande número de empregos, carecendo de auxílio estatal para estimular o seu exercício regular. Assim, compete ao Poder Público favorecer o seu desenvolvimento e não criar vedações aleatórias, diferenciando com base em medida de comparação constitucionalmente vedada.

Segundo Mello (2009, p.41), um discrimen legal somente será compatível com a isonomia se possuir os quatro elementos:

- I. Que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto um só indivíduo;
- II. Que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nelas residentes, diferenciados;

III. Que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica;

IV. Que, in concreto, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público (MELLO, 2009, p. 41).

Partindo dos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, a lei que discrimina deve ser em primeiro lugar geral e abstrata, não possuindo um destinatário específico. Deve diferenciar somente situações efetivamente distintas entre si. Imprescindível a existência de pertinência lógica entre a medida de comparação eleita e o seu elemento indicativo. Por fim, este elemento indicativo não pode colidir com os ditames constitucionais.

Portanto, não é qualquer diferença que possui suficiência para discriminações legais, mas somente aquelas prestigiadas pelo ordenamento jurídico capitaneado pela Carta Maior.

A ausência de uma correlação lógica entre a medida de comparação eleita pelo legislador (porte da empresa) e o seu elemento indicativo (profissão) gera enorme insegurança jurídica, esbarrrando nos princípios da proteção da confiança e da boa-fé objetiva. A violação desses princípios pelo Estado gera para o particular lesado o direito de ingressar em juízo para reivindicar o direito que lhe foi suprimido, segundo Derzi (2009, p. 495):

O princípio da proteção da confiança e da boa-fé objetiva são princípios e direitos fundamentais individuais, que somente o privado pode reivindicar, em contraposição à Administração Pública, ao poder Legislativo e Poder Judiciário, quando os Poderes do Estado criam o fato gerador da confiança.

Cabe ao Judiciário, assim, verificar se os critérios eleitos pelo legislador estão em pertinência com a igualdade, corrigindo os seus excessos. Os princípios da proteção da confiança e da boa-fé garantem competência ao Poder Judiciário para revogar as discriminações infundadas eleitas pelo legislador, determinando a realização de juízos positivos, com o objetivo de anular medidas de comparação incompatíveis com as finalidades constitucionais.

A previsão constitucional de um tratamento jurídico diferenciado para a micro e pequena empresa e, posteriormente, a redação de uma lei complementar regulamentando o tema geraram aos peque-

nos empresários, independentemente da atividade por eles praticada, uma expectativa de redução da carga tributária e de simplificação de suas obrigações administrativas, trabalhistas, previdenciárias e creditícias. Ao publicar uma lei e excluir determinada categoria profissional de sua abrangência, sem demonstrar claramente os motivos dessa exclusão, feriu o legislador os princípios da proteção da confiança e da boa-fé objetiva do particular. A liberdade de configuração do legislador não é, portanto, total. Ao contrário, já nasce, na Constituição, delimitada por regras e princípios que garantem direitos fundamentais aos contribuintes (ÁVILA, 2008b, p. 167).

Considerando a hipossuficiência das micro e pequenas empresas, incluindo as atividades exercidas pelos profissionais liberais, é imprescindível ao legislador conferir-lhes, efetivamente, a partir de um critério justificável de discriminação, um tratamento diferenciado que lhes seja favorável, garantido, assim, a efetividade dos princípios da capacidade contributiva e da igualdade tributária.

Conclusão

O presente trabalho dedicou-se ao estudo de temas controvértidos sobre o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte: o Simples Nacional. Discorreu, primeiramente, sobre a sua compatibilidade com o pacto federativo, tendo em vista a unificação de tributos de competência dos três entes da Federação. Concluiu que o SIMPLES não viola o pacto federativo, pois é um modelo que não o agride, mas o aperfeiçoa.

Abordou os grupos de vedações ao ingresso no sistema de tributação unificado enumerados na Lei Complementar nº 123/2006.

No que tange à vedação de ingresso pela existência de débitos com a Fazenda Pública, restou assentado que:

a) a limitação de ingresso no SIMPLES de micro e pequenas empresas que possuem débitos não garantidos com a Fazenda Pública antes de ser concedida a elas oportunidade de discuti-los em processo administrativo constitui violação ao princípio do devido processo legal;

b) todavia, permitir acesso a um tratamento jurídico diferenciado a empresas que não cumprem suas obrigações fiscais configura manifesta violação ao princípio da isonomia, na medida em que se estará dando tratamento igual a pessoas diferentes;

c) cabe, assim, ao Poder Judiciário interpretar o dispositivo conforme a Constituição, excluindo os sentidos da norma contrários aos valores consagrados na Carta Maior;

d) após a inscrição do débito em dívida ativa, deve ser oportunizada manifestação do contribuinte em procedimento administrativo. Promovido o acertamento da dívida tributária e não suspensa a exigibilidade do crédito, pode a Fazenda obstar o ingresso da microempresa ao Simples Nacional.

No que tange à vedação de ingresso das prestadoras de serviços, concluiu-se que:

a) houve violação ao princípio da isonomia, uma vez que o legislador não delineou um critério claro de discriminação entre as prestadoras de serviços e as demais empresas com reduzido faturamento. Legisou de forma aleatória, baseado não em critérios jurídicos e objetivos, mas em razões meramente políticas e subjetivas;

b) não foi possível apontar uma correlação lógica entre o elemento indicativo eleito pelo legislador para mensurar o porte da empresa (profissão) e a finalidade almejada: o tratamento favorecido e diferenciado às empresas classificadas como micro e pequenas;

c) para se garantir a igualdade, os sujeitos devem ser comparados por algum motivo que possua relação de pertinência lógica com a medida de comparação. Logo, o tamanho da empresa pode ser mensurado pela sua receita bruta, pelo número de empregados, pelo número de estabelecimentos, mas não pela profissão.

Em suma, o estudo buscou confrontar a legislação aplicável às microempresas e empresas de pequeno porte no Brasil com o princípio da igualdade, elencando temas pouco discutidos pela doutrina: talvez pelo pequeno volume financeiro que as microempresas e empresas de pequeno porte representam na arrecadação tributária, talvez pela complexidade das normas que, ironicamente, formam um microssistema tributário denominado SIMPLES.

Referências

ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**: de acordo com a emenda constitucional n. 53 de 19/12/2006. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008a.

_____. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2008b.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 30 abr. 2012.

BRASIL. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm>. Acesso em: 30 abr. 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei Complementar n. 8.212, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custo, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 25 jul. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm>. Acesso em: 31 mai. 2012.

BRASIL. Lei Complementar n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 31 mai. 2012.

BRASIL. Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/23/1999/3048.htm>>. Acesso em: 31 mai. 2012.

BRASIL. Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm>. Acesso em: 30 abr. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1643. Requerente: Confe-

deração Nacional das Profissões Liberais. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional Relator: ministro Maurício Correa. Brasília. Julgamento em: 05/12/2002. DJ de 14/03/2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266708>>. Acesso em: 19 out. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 22968/SE. Recorrente: JA Santana e Companhia Ltda. Recorrido: Estado de Sergipe Relator: ministro Luiz Fux. Brasília. Julgamento em: 10/08/2010. Dje de 03/09/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revista_eletronica/ita.asp?registro=200602_z294864&dt_publica-cao=03/09/2010>. Acesso em: 22 mai 2012.

CAMPOS, Mário Hermes Soares. **O SIMPLES Nacional como imposto único incidente sobre a renda e consumo das microempresas e das empresas de pequeno porte no Brasil.** Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial) – Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2009.

CAMPOS, Ronaldo Cunha. **Ação de Execução Fiscal.** Rio de Janeiro: Aide, 1989.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro; **SANTOS, Debora Couto Cançado.** Interpretação a la diable. **Revista de Direito Tributário**, nº 114. São Paulo: Malheiros, 2011. informar paginação do artigo Interpretação a la diable.

DERZI, Mizabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário:** proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar. São Paulo: Noeses, 2009.

HARADA, Kiyoshi. **Simples Nacional**: inconstitucionalidade da exclusão de profissionais liberais. São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.haradaadvogados.com.br/getArq.asp?OperId=725>>. Acesso em: 07 set. 2012.

MARINS, James; BERTOLDI, Marcelo M. **Simples Nacional**: Estatuto da microempresa e da empresa de pequeno porte comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

ONO, Juliana; GEOVANINI, Daniela; OLIVEIRA, Fábio Rodrigues de. **Manual Prático do SIMPLES Nacional: Supersimples**. 4. ed. São Paulo: Fiscosoft, 2012.

SANTOS, Debora Couto Cançado. Interpretação a la diable. **Revista de Direito Tributário**, nº 114. São Paulo: Malheiros, p. 55-63, 2011.

Análise da viabilidade de cláusula coletiva autônoma no que tange ao estabelecimento de culpa recíproca e indenização de 20% como hipótese de saque do FGTS*

Marcos Ulhoa Dani
Ex-Advogado da CAIXA
Juiz do Trabalho Substituto do TRT da 3^a Região

RESUMO

O presente estudo faz uma análise de uma nova situação apresentada ao Judiciário Trabalhista. Trata-se da verificação da viabilidade de saque do FGTS, através de culpa recíproca encetada mediante convenção coletiva autônoma, com negociação de 20% da multa e não pagamento do aviso prévio. O trabalho estabelece um cotejo entre a flexibilização coletiva e os princípios limitadores da autonomia coletiva no Direito do Trabalho, além da análise das possibilidades de saque do Fundo, aliada à da atuação de seu órgão gestor. Análise do Princípio da Dignidade Humana sob os prismas individual e coletivo. Finalmente, verifica-se o conceito legal e doutrinário para a configuração de culpa recíproca.

Palavras-chave: FGTS. Culpa recíproca. Convenção coletiva. Indisponibilidade.

ABSTRACT

The present study makes an analysis of a new situation presented to the Judiciary. One is about the verification of the FGTS's draft viability, settled through "reciprocal guilt" in independent Collective Agreement, with negotiation of 20% of the fine and without the notice to quit. The study establishes a confrontation between the collective flexibilization and the limiter principles of the collective autonomy in Labor Law. Furthermore, establishes an analysis of the FGTS's draft possibilities, combined to the performance of its Managing Agency. Analysis of the Human Dignity's principle under individual and collective's views. Finally, the legal and doctrinal concept for the configuration of reciprocal guilt is verified.

* Publicado originalmente In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 61, fev 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5940>.

Keywords: FGTS. Reciprocal guilt. Collective Agreement. Unavailability.

Introdução

O Judiciário Trabalhista vem enfrentando uma questão nova no que concerne à possibilidade de levantamento do numerário do FGTS. Sindicatos de empresas prestadoras de serviços terceirizados estão encetando convenções coletivas com os sindicatos profissionais no sentido de estabelecer uma nova hipótese de saque. Trata-se de estabelecimento de "culpa recíproca" via negociação coletiva. De pronto, cabe frisar que qualquer discussão acerca da competência para tratar de tais feitos está solapada pela incidência das disposições da EC-45/04, que alteraram o artigo 114 da CRFB-88, bem como pela incidência do artigo 625 da CLT¹. De fato, a competência, nesses casos, é da J. Especializada.

Exemplificativamente, analisa-se o recurso de revista RR-63/2007-003-10-00, julgado pela 1^a turma do TST e publicado no DJU em 29-08-2008. No instrumento coletivo analisado, foi encetada, sem a participação do órgão gestor do FGTS (CAIXA ECONÔMICA FEDERAL), convenção coletiva cuja cláusula 30^a estabelecia os seguintes parâmetros:

CLÁUSULA 30^a - INCENTIVO À CONTINUIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO. Considerando a tipicidade da atividade de terceirização de serviços e a necessidade de prever para os trabalhadores maior segurança no emprego, e para isso incentivar as empresas para efetivamente participarem desse intento, fica pactuado que as empresas que sucederam as outras na prestação do mesmo serviço, em razão de nova licitação pública ou novo contrato, contratarão todos os empregados da empresa anterior sem descontinuidade quanto ao pagamento dos salários e a prestação dos serviços. Nesse caso a rescisão do contrato obrigará ao pagamento do percentual de 20% (vinte por cento) sobre os depósitos do FGTS a título de multa e as empresas ficarão desobrigadas de pagar o aviso prévio, porque não caracteriza hipótese de despedida e muito menos arbitrária ou sem justa causa. A rescisão do contrato de trabalho será por acordo, por ter ocorrido culpa recíproca das partes, em relação ao rompimento do contrato de trabalho; conforme previsto no Decreto nº 99.684/90, art. 9º, § 2º. O Termo de Rescisão Contratual, no campo referente a forma de rescisão, constará CL 28^a - CCT ou na sua impossibilidade, deverá

¹ "Artigo 625. As controvérsias resultantes da aplicação de Convenção ou de Acordo celebrado nos termos deste Título serão dirimidas pela Justiça do Trabalho."

constar no ato da homologação, a expressa referência à presente cláusula. Parágrafo Primeiro - Havendo real impossibilidade da continuação do trabalhador nos serviços, devidamente justificada perante os dois sindicatos convenientes, este trabalhador terá direito à indenização normal no percentual de 40% (quarenta por cento) sobre os depósitos do FGTS e demais verbas rescisórias.

O caso é de sindicatos de empresas terceirizadoras de mão de obra que, ao resultarem vencidas em procedimento licitatório para serviços em órgãos da Administração Pública, resolveram encetar convenção coletiva com o sindicato profissional e criar uma hipótese “culpa recíproca, via negociação coletiva”. Tal disposição prevê os efeitos de depósito de multa de apenas 20% do FGTS aos empregados e não pagamento de aviso prévio. Tais consequências ocorreriam na hipótese de os trabalhadores serem absorvidos por outra empresa, vencedora do procedimento licitatório.

Em outras palavras, a cláusula coletiva convenciona que as resilições unilaterais dos contratos de trabalho seriam registradas como casos de rescisão por culpa recíproca, implicando o não pagamento do aviso prévio e saque do numerário do FGTS, com multa de apenas 20%, além das demais consequências previstas na Súmula 14 do TST.

A situação vem se repetindo com alguma frequência e traz para a análise o sopesamento entre princípios norteadores da produção jurídica oriunda de fontes autônomas e heterônomas; entre flexibilização trabalhista, os limites jurídicos de ordem pública e os patamares mínimos civilizatórios que devem ser observados em situações como a presente. Ademais, mostra-se necessário verificar se a situação se amolda ao taxativo rol de possibilidades de movimentação da conta do FGTS.

Analisa-se, no estudo, a viabilidade e eficácia jurídica de tal cláusula, tanto em relação aos empregados demitidos, como em relação ao órgão gestor do FGTS – a CEF.

1 Ausência de previsão legal para o levantamento e inobservância de direitos de terceiros – órgão gestor do FGTS

Inicialmente, é necessário verificar que o artigo 20 da Lei nº 8.036/90, reguladora do FGTS, não prevê o saque nestas condições (culpa recíproca decorrente de negociação coletiva). A culpa recíproca decorre, como se irá demonstrar, de uma análise fática para consequente subsunção normativa, e não o contrário.

De acordo com Cassar (2008), a culpa recíproca detém quatro elementos caracterizadores, quais sejam: a) duas faltas graves; b) proporcionalidade entre as faltas; c) atualidade ou contemporaneidade; d) nexo de causalidade. Com relação ao primeiro requisito, diz a autora:

Para a caracterização da culpa recíproca é necessário que o empregado pratique uma falta gravíssima a ponto de, por si só, justificar o rompimento do contrato e que o empregador também tenha praticado outra falta gravíssima capaz de tornar insuportável a continuidade do contrato. Logo, são duas faltas graves, uma praticada por cada um (CASSAR, 2008, p. 1137).

Sob esse prisma, percebe-se que, faticamente, o requisito exigido pela doutrina não existe no caso em análise, na medida em que a culpa recíproca decorre de uma subsunção de fatos à norma, e não o contrário. A situação fática denota uma resilição unilateral do contrato, feita pelas empregadoras, derrotadas no procedimento licitatório. Os defensores da possibilidade da cláusula em debate advogam a tese de que a viabilidade da disposição decorreria do disposto no artigo 7º, XXVI da CRFB-88, aliado aos princípios da Criatividade Jurídica das Negociações Coletivas e da Adequação Setorial Negociada e à Teoria do Conglobamento.

O conflito de disposições aponta para uma solução via sopesamento de direitos e princípios, com observância da Ordem Pública e Proteção aos direitos indisponíveis dos trabalhadores/fundistas. Ademais, resta observar que os direitos de que os trabalhadores estão abrindo mão (multa de 40% do FGTS e aviso prévio), através de instrumento coletivo, não estão inseridos nas ressalvas parciais expressamente feitas pela própria Constituição da República Federativa do Brasil - art. 7º, VI, XIII e XIV.

É de se observar que o órgão gestor do FTGS, CEF, não participou do instrumento coletivo, sendo que as negociações coletivas não podem se imiscuir em direitos de terceiros. O FGTS, previsto constitucionalmente no art. 7º, III, está inserido entre os direitos sociais básicos e fundamentais dos trabalhadores e foi instituído com funções benéficas a toda a sociedade, entre elas, a utilização do numerário para infraestrutura, habitação e saneamento. Além disso, o intuito primordial foi o amparo do trabalhador em seu momento mais delicado, qual seja, o momento da perda do emprego. Nesse diapasão, o legislador infraconstitucional estabeleceu a Caixa Económica Federal (CEF) como órgão gestor do Fundo. A CEF atua por determinação legal – artigo 7º da Lei nº 8.036/90 –, sendo responsável, entre outras atribuições que lhe são conferidas, por centralizar os recursos do FGTS, manter e controlar as contas

vinculadas, bem como por emitir, quando for o caso, o Certificado de Regularidade do FGTS.

O FGTS, como entidade despersonalizada, além dos numerários oriundos dos próprios depósitos mensais feitos pelas empresas, conta com outras rendas, com o intuito de atender todas as suas funções legalmente estabelecidas. Exemplo disso é a contribuição social de 10% do valor da conta vinculada, revertida a favor do Fundo, no caso de dispensa imotivada do trabalhador, prevista no artigo 1º da Lei Complementar nº 110/01. A situação presente que, faticamente, configuraria uma dispensa imotivada poderia, segundo o instrumento coletivo, transmudar-se para culpa recíproca. Estabelece-se, portanto, que, além de afetar os direitos dos trabalhadores, a prática pode afetar direitos de terceiros, uma vez que o patrimônio do FGTS se reverte em benefício de toda a sociedade, daí a necessidade de gestão da CEF.

A importância do FGTS, portanto, transpõe os limites do interesse de empregados e empregadores, sendo o mesmo relevante para toda a sociedade, porquanto se volta para o financiamento de projetos essenciais ao desenvolvimento social, mormente aqueles relativos ao saneamento básico, à infraestrutura e à habitação. Nesse contexto, indubitável que o órgão gestor também tem interesse no pleito, em obediência aos termos da Lei nº 8.036/90, diploma legal que rege o Fundo de Garantia.

Assim, entende-se que o estabelecimento da referida cláusula coletiva firma uma obrigação para terceiros, no caso a CEF, em liberar o numerário do FGTS fora das hipóteses legais e contra os interesses do próprio Fundo, observado, nesse particular, o artigo 1º da LC 110/01 (contribuição social de 10% em caso de dispensa imotivada). Disposição que extrapola os limites das entidades convenientes vai contra o entendimento do artigo 611, parágrafo 1º da CLT c/c a Súmula 374 do TST, em aplicação analógica. Frise-se que, nessa situação, de estipulação de promessa de fato de terceiro, eventual negativa da CEF em autorizar o saque, uma vez que fora das hipóteses legais, implica a responsabilização dos sindicatos convenientes pela invalidade da cláusula², na forma do artigo 439 do Novo Código Civil.

Com efeito, não se vislumbra a possibilidade de que, por meio de acordo ou convenção coletiva, conceitos legais estabelecidos possam ser alterados ou ampliados, especialmente no que tange aos critérios legalmente previstos para a movimentação da conta vinculada. Isso porque, dada a importância do numerário para o

² Lembra-se, sempre, que a doutrina considera a convenção e o acordo coletivo como negócios jurídicos *sui generis*.

trabalhador e para a sociedade, todas as hipóteses de saque são autorizadas taxativamente na lei. Entre elas não está uma “culpa recíproca” criada em negociação e não comprovada pela Justiça do Trabalho. Além disso, não se vislumbra a possibilidade de se estabelecer obrigações, através de instrumento coletivo, para terceiros.

1.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana sob os prismas individual e coletivo – análise da possibilidade de saque

Apesar de nos posicionarmos acerca da taxatividade do rol do artigo 20 da Lei nº 8.036/90, que trata das hipóteses de saque do FGTS, é necessária a análise de eventuais possibilidades de saque fora das previsões legais, avaliando, como pano de fundo, o caso concreto.

Jantalia (2008) traz interessante discussão acerca da possibilidade de saque do numerário do FGTS fora das hipóteses legais. O que se discute seria que o trabalhador, eventualmente, poderia fazer o saque do Fundo, fora das hipóteses legais, com fincas a proteger a sua própria dignidade, em um momento de necessidade financeira. Um exemplo disso seriam as doenças degenerativas não previstas no rol do artigo 20 da lei de regência, como o mal de Parkinson.

Em hipóteses como essa, o STJ já tem julgados³ prevendo a possibilidade de saque do numerário, mesmo fora das hipóteses legais, como um meio de garantia à dignidade humana do fundista, que se encontra fragilizado por uma doença de imensa gravidade.

Situações como essa realmente retratam a possibilidade de interpretação acerca da norma, apesar de lembrarmos, mais uma vez, que, ao gestor do Fundo, por exercer um *munus* público, não lhe cabe fazer interpretações extensivas. Deve, como administrador público, aplicar, tão somente, o previsto em lei. Todavia, para que a questão seja solucionada, uma vez apresentada ao Judiciário, o susomencionado autor faz o cotejo entre a dignidade humana em sua dimensão individual e coletiva. Com efeito:

Dentro dessa linha, a dignidade humana tem contornos individuais e a análise de sua concretização leva em conta apenas a situação ou as necessidades pessoais e fundamentais do titular da conta vinculada, não cogitando de qualquer aspecto externo a ele, como uma eventual repercussão do FGTS. A dimensão individual da dignidade, então, vai privilegiar linhas de interpretação da Lei n. 8036-90 que exalte o direito do fundista, como úni-

³ REsp 670027/CE, DJ 13-12-2004; AgRg no REsp 630602/CE, DJ 30-09-2004.

co detentor de direitos sobre aqueles recursos, partindo do pressuposto de que a conta vinculada é patrimônio do trabalhador. Por outro lado, se examinando o FGTS à luz da ampla destinação social conferida aos seus recursos, identifica-se uma espécie de **dimensão coletiva da dignidade humana**, expressada através do provimento de condições básicas de existência aos cidadãos que, direta ou indiretamente, são beneficiados com investimentos em saneamento básico, habitação e infra-estrutura urbana, tendo acesso a dignas condições de vida. Essa dimensão está associada à visão do FGTS como fonte de recursos para investimento em habitação popular, saneamento básico e infra-estrutura urbana, afigurando-se como instrumento de fomento, por destinar crédito a setores e atividades geradoras de emprego e bem-estar social. [...] No caso do Fundo de Garantia, a escolha majoritária firmada pelo Estado brasileiro foi no sentido de se valer de seus recursos para a garantia da indenização por tempo de serviço do trabalhador e, subsidiariamente, financiar o desenvolvimento urbano. Desta destinação específica, e da prerrogativa constitucionalmente assegurada ao legislador ordinário de conformar os direitos sociais constitucionalmente assegurados – preservando-lhe, por certo, sua efetividade – é que resulta a legitimidade da restrição, imposta pela própria Lei n. 8.036/90, ao saque das contas vinculadas (JANTALIA, 2008, p. 187, 191 e 192, grifo do autor).

Trazendo a reflexão para o caso concreto analisado, percebe-se que a dignidade humana, tanto em sua dimensão individual como na coletiva, impede a possibilidade de saque por culpa recíproca encetada via negociação coletiva. A um porque o fundista não se encontra em situação extrema, que possibilitaria uma interpretação extensiva dos ditames legais; a dois porque há uma dimensão coletiva da dignidade humana em xeque, eis que o Fundo detém funções sociais que garantem à coletividade condições dignas de vida, impingindo o respeito à taxatividade legal; e, finalmente, porque o recolhimento a menor da multa (20%) em uma situação em que, faticamente, não há culpa recíproca viola a própria dignidade humana do fundista que, em um posterior momento de real necessidade, encontrar-se-á privado ao acesso da maior parte de seu numerário em conta vinculada. O procedimento trata de verdadeira renúncia, uma vez que o direito é indisponível e certo, tanto pelos aspectos individual e coletivo (sociedade), como pela ótica do Administrador Público que gere o Fundo (CEF).

Compreende-se que o desejo a benefício imediato pode viciar a vontade da categoria profissional, ansiosa por um acesso precoce ao numerário, sem o devido sopesamento com necessidades futuras, daí a obrigatoriedade de extrema cautela por parte do intér-

prete na análise do caso concreto. Nesse sentido, ensina Plá Rodriguez (2000, p. 177):

Em geral, admite-se a transação e rechaça-se a renúncia. Há duas razões fundamentais. A primeira, de caráter teórico, porque a transação supõe a troca de um direito litigioso ou duvidoso por um benefício concreto e certo, enquanto a renúncia supõe simplesmente a privação de um direito certo. A segunda, de caráter prático, porque o fato de a transação ser bilateral não significa sacrifício gratuito de qualquer direito, vez que, ao contrário de uma concessão, sempre se obtém alguma vantagem ou benefício. Mas isto obriga a examinar cuidadosamente o conteúdo de cada acordo para descobrir se ele não se limita a dissimular uma ou mais renúncias, tentação que muitas vezes os trabalhadores enfrentam, desejosos de tornar efetivo, de imediato um crédito que o empregador se nega a pagar integralmente, com ou sem fundamentos.

2 Presunção de culpa recíproca, *jus variandi* e Princípio da Alteridade

O FGTS, conforme esclarecido, tem importância que vai além da relação de emprego entre patrões e trabalhadores, beneficiando toda a sociedade. Constitui direito social básico/fundamental previsto na CRFB-88. Assim, necessário foi o estabelecimento de um rol taxativo para as hipóteses de saque dos numerários, na forma do artigo 20 da Lei nº 8.036/90.

Esse diploma prevê, como uma das hipóteses de saque, a culpa recíproca, com multa de 20%. Todavia, a verificação de tal culpa recíproca depende de confirmação do fato pela Justiça do Trabalho, como efeito de incidência do parágrafo 2º do artigo 18 do mesmo diploma legal.

A culpa recíproca não pode ser presumida nem fictícia, sendo que a própria lei exige o seu reconhecimento em ação judicial própria. Diz o parágrafo 2º do artigo 18 da Lei nº 8.036/90 (grifo nosso):

Art. 18. Ocorrendo rescisão do contrato de trabalho, por parte do empregador, ficará este obrigado a depositar na conta vinculada do trabalhador no FGTS os valores relativos aos depósitos referentes ao mês da rescisão e ao imediatamente anterior, que ainda não houver sido recolhido, sem prejuízo das cominações legais.

§ 1º Na hipótese de despedida pelo empregador sem justa causa, depositará este, na conta vinculada do trabalhador no FGTS, importância igual a quarenta por

cento do montante de todos os depósitos realizados na conta vinculada durante a vigência do contrato de trabalho, atualizados monetariamente e acrescidos dos respectivos juros.

§ 2º Quando ocorrer despedida por culpa recíproca ou força maior, reconhecida pela Justiça do Trabalho, o percentual de que trata o § 1º será de 20 (vinte) por cento.

Igual entendimento poder-se-ia inferir do artigo 484 da CLT, que remete o reconhecimento da culpa recíproca aos Tribunais do Trabalho.

Assim, é necessária a análise do instituto da culpa recíproca, sendo que, no caso, vem o socorro do magistério de Carrion (2008, p. 390-391), *in verbis*:

A culpa recíproca possui na doutrina uma conceituação muito rigorosa, tornando difícil, quando não impossível, a configuração do caso concreto. [...] São elementos caracterizadores: a) a existência de duas justas causas; uma do empregado, outra do empregador; as duas graves e suficientes por si sós serem causa da rescisão (Maranhão, *Instituições*, v.1, p. 507; também Lamarca, *Manual*, p. 45); não se trata de duas faltas leves que pela concomitância se transformem em uma grave (idem); duas relações de causa e efeito; a segunda falta, que é causa da rescisão do contrato, é por sua vez efeito da culpa cometida pela outra parte (idem); c) contemporaneidade (Giglio, *Justa Causa*) e não simultaneidade, que seria exagero; d) uma certa proporcionalidade entre as faltas. [...] Veja-se o mestre Lamarca, que quis filtrar e vivificar o que havia no campo da justa causa: reproduziu dez casos onde os tribunais tipificaram a culpa recíproca; aceita apenas uma das hipóteses como sendo culpa recíproca e ainda assim o que consistiu “troca de ofensas” entre empregado e empregador (*Manual de Justas Causas*, 51-S). Haveria que reconhecer que é exatamente assim que a primeira falta rescindiria o contrato e que a segunda, provocada pela primeira, também o fez.

Nessa esteira, observa-se que a doutrina não corrobora o fato em análise como culpa recíproca, eis que, primordialmente, não há atitudes faltosas por parte dos empregados. Tais atitudes, segundo Carrion, são aquelas caracterizadas no artigo 482 (justas causas) da CLT, o que, indubitavelmente, inoce no caso. Seriam necessárias duas justas causas, uma por parte dos empregadores e outra por parte dos empregados. A elasticidade na interpretação do rol do artigo 482 não admite ilações muito extensivas, uma vez que as normas sancionatórias não podem ser alargadas para causar preju-

ízo. A rigor, também não haveria como capítular no artigo 483 da CLT a atitude dos empregadores.

O que se observa, no caso, é a atuação dos empregadores, no exercício de seu *jus variandi*, para a terminação dos contratos de trabalho. É certo que o término dos contratos de trabalho deveu-se à ausência de êxito de uma determinada empresa em procedimento licitatório. Todavia, o ônus/risco do insucesso da atividade empresarial é do empregador, segundo informa o Princípio da Alteridade. Insucesso na atividade empresarial por derrota em procedimento licitatório caracteriza, quando muito, fortuito interno, inerente à atividade empresarial. Esse tipo de situação, portanto, não é excludente da responsabilidade patronal. O que se percebe é uma tentativa de divisão de responsabilidades com o empregado, o que, por via transversa, constituiria uma verdadeira cláusula *star del credere*, a desfavor dos trabalhadores, figura esta rechaçada pelo ordenamento jurídico.

Ademais, a figura da culpa recíproca deve ser estabelecida pela Justiça do Trabalho, por força dos dispositivos legais suso mencionados.

No caso analisado, não há qualquer reconhecimento, pela Justiça do Trabalho, de culpa recíproca. Tal situação foi verdadeiramente criada para afetar direitos/deveres de terceiros, uma vez que a CEF teria que responder por um dever criado em uma negociação coletiva da qual não participou. Mais grave, direitos de toda a sociedade estariam sendo violados, na medida em que se estaria criando nova hipótese, não prevista em lei, de saque desse numerário, que é público. Frise-se que entendemos ser a lei taxativa no que tange às hipóteses de saque do FGTS, dada a importância do Fundo para a Nação. O órgão gestor não pode permitir saques fora das hipóteses da lei, sob pena de ferir toda a sociedade e suas próprias obrigações, previstas em lei e sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas da União e do Conselho Curador do FGTS.

Nos termos da própria lei civil, em aplicação subsidiária autorizada pelo artigo 8º da CLT, diz o inciso VI, do artigo 166 do NCC, que o negócio jurídico será inválido naquilo que tentar extrapolar lei imperativa. Por certo que a lei reguladora do saque do FGTS é norma de ordem pública, com clara função social, que não pode ser desvirtuada para além dos seus limites. Tanto assim o é que a interpretação sistemática do artigo 7º da CRFB autoriza a sua inclusão como direito fundamental do trabalhador.

Afigura-se temerário que, para solucionar essas questões, a norma coletiva possa dispor contrariamente à lei e, inclusive, impactar no ingresso e na saída de recursos ao Fundo de Garantia, o qual não se destina apenas ao trabalhador, já que se constitui

em fundo social de múltiplas e complexas funções, com benefícios para toda a coletividade, que, diga-se de passagem, não podem ser comprometidos.

Nesse sentido, Delgado (2002, p. 1272), com maestria, leciona, *in verbis*:

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, embora preservando nítida natureza trabalhista, também consubstancia, em seu conjunto global e indiferenciado de depósitos, um fundo social de destinação variada, que se especifica expressamente na ordem jurídica. De fato, a Lei do FGTS dispõe que o Fundo é formado não somente dos recolhimentos mensais feitos pelo empregador ou tomador de serviços, mas de outras fontes monetárias (art. 2º, Lei n. 8.036/90). Além disso, o Fundo de Garantia, considerado na globalidade de seus valores, constitui um fundo social dirigido a viabilizar, financeiramente, 'a execução de programas de habitação popular, saneamento básico e infra-estrutura urbana' (art. 6º, IV, VI, e VII; art. 9º, § 2º, Lei n. 8.036/90).

3 Sopesamento entre princípios da negociação coletiva e indisponibilidade de direitos fundamentais

Por certo que a evolução do Direito do Trabalho perpassa pela evolução e respeito dos instrumentos coletivos. Isto já vem sendo reconhecido pela Carta Magna, que propugna o respeito à negociação coletiva, nos termos do artigo 7º, XXVI. Os instrumentos coletivos são, de fato, ferramentas indispensáveis para a evolução do mundo do trabalho. Todavia, a corrente flexibilizadora do Direito do Trabalho não escapa ao controle do Estado, no que tange à limitação de seus efeitos e estipulações. O Princípio da Criatividade Jurídica Coletiva, que orienta o estabelecimento de novas condições de trabalho através da negociação coletiva, tem que ser sopeado com os patamares mínimos civilizatórios que equilibram a relação negocial a benefício, inclusive, de uma desejada maturidade sindical ainda a ser alcançada. Esses limites objetivos se encontram na harmonização entre as normas negociadas e a imperatividade de normas heterônomas estatais que, primordialmente, se orientam pela proteção a direitos indisponíveis do trabalhador. Nesse diapasão, a doutrina diferencia as parcelas contratuais a serem negociadas. Frisa-se, nos dizeres de Plá Rodriguez (2000, p. 188), que "as normas irrenunciáveis continuam sendo irrenunciáveis, seja o renunciante um sujeito individual ou coletivo". Não se nega, portanto, que a posição da categoria profissional, no que tange à capacidade negocial, é infinitamente superior à do trabalhador indi-

vidualmente considerado. Todavia, a disponibilidade não é absoluta. Há parcelas de indisponibilidade absoluta, infensas à negociação coletiva, e parcelas de indisponibilidade relativa, passíveis de negociação, pela incidência, inclusive, do Princípio da Adequação Setorial Negociada.

Esse princípio prega que a negociação coletiva, até pela sua natureza transacional, implica a capacidade negocial das partes em transacionar, ou seja, tudo gira em torno de prestações opostas das duas partes. Como ensina Carnelutti, elemento fundamental da negociação em torno dessas prestações é que o objeto das mesmas, muito além de ser *res litigiosa*, seja *res dubia*. Nesse tocante, cabe frisar que qualquer direito tido como certo e, por assim dizer, indisponível não pode ser qualificado como *res dubia*. É que, se um dos contratantes está certo da obrigação que lhe cabe solver (mediante, como foi demonstrado, disposições legais e constitucionais), age obviamente *contra legem* ao transacionar com a outra parte, beneficiando-se das recíprocas concessões então ajustadas. Nesse sentido, novamente o mestre Plá Rodriguez (2000, p. 175-176): “A *res dubia* – elemento essencial da transação – deve ser entendida em um sentido *subjetivo*, isto é, dúvida razoável sobre a situação jurídica objeto do precitado acordo”. E continua mais a frente: “É que, se um dos contratantes tem certeza da obrigação que deve cumprir, age obviamente de má-fé ao transacionar com a outra parte, beneficiando-se das recíprocas concessões convencionadas”.

Assim, não prevalece a criatividade jurídica coletiva se concernente a direitos revestidos de indisponibilidade absoluta, os quais não podem ser transacionados nem mesmo por negociação sindical coletiva. Tais parcelas são aquelas protegidas por uma tutela de interesse público, por serem estabelecidas em um patamar civilizatório mínimo que a sociedade moderna, fruto do Constitucionalismo Social, não concebe ver reduzidas em qualquer segmento econômico-profissional, sob pena de se afrontar a própria dignidade da pessoa humana e a valorização social ao trabalho (arts. 1º, III e 170, *caput*, CRFB/88). Entre as normas trabalhistas heterônomas concernentes aos direitos revestidos de indisponibilidade absoluta, encontram-se as normas constitucionais em geral (respeitadas, é claro, as ressalvas parciais expressamente feitas pela própria Constituição: art. 7º, VI, XIII e XIV, por exemplo); as normas de tratados e convenções internacionais vigorantes no plano interno brasileiro (referidas pelo art. 5º, § 2º, CRFB/88); as normas legais infraconstitucionais que asseguram patamares de cidadania ao indivíduo (especialmente preceitos relativos à saúde e segurança no trabalho, normas concernentes a bases salariais mínimas, normas de identificação profissional,

dispositivos antidiscriminatórios etc.). Percebe-se que, no caso analisado, há disposição (diga-se, clara renúncia) a direitos indisponíveis dos trabalhadores, que dizem respeito ao FGTS e ao aviso prévio. Portanto, a regra subtrai direitos dos trabalhadores revestidos de indisponibilidade absoluta, garantidos na CRFB-88 (art. 7º, incisos III e XXI) e na legislação infraconstitucional (art. 487 e seguintes da CLT e Lei nº 8.036/96), sendo que as disposições tratadas não dizem respeito às ressalvas autorizadas pelo Texto Constitucional (artigo 7º, VI, XIII e XVI, exemplificativamente). Ademais, adentra em direitos da própria sociedade, na medida em que, como explicitado, o FGTS detém funções sociais maiores, a benefício de toda a coletividade. O certo é que não há que se confundir transação com renúncia, pura e simples, ainda mais quando estamos tratando de direitos irrenunciáveis.

No caso, as disposições coletivas extrapolam os limites negociais típicos do pacto social negociado, adentrando no campo da indisponibilidade do mínimo civilizatório.

Conclusão

A prática em análise viola uma série de direitos de ordem social indisponíveis, bem como estabelece obrigações a terceiros que não participaram da negociação coletiva. Finalmente, há uma criação jurídica que intenta sobrepujar norma imperativa, gerando ficção jurídica onde a norma é taxativa.

A prática, portanto, deve ser vedada, sendo que, a princípio, este vem sendo exatamente o entendimento do TST, haja vista recentes decisões a respeito (RR-415/2006-011-10-00.6 – 7ª turma – DJ 07-12-07; relator: ministro Ives Gandra Martins Filho; RR-63/2007-003-10-00; relator: ministro Luiz Phillippe Vieira de Mello Filho – 1ª turma – DJ 29-08-2008; RR-853/2006-020-10-00 – 8ª turma – DJ 22-02-2008; relator: ministro Márcio Eurico Vitral Amaro; RR-232/2007-003-10-00.7 – 4ª turma – DJe 6-11-08; relator: ministro Antônio José de Barros Levenhagen; RR-419/2007-016-10-00.7 – 2ª turma – DJe 21-11-08; relator: ministro José Simpliciano Fernandes; RR-710-2006-021-10-00-0 – 5ª turma – julgamento em 17-12-2008; relator: ministro João Batista Brito Pereira).

Referências

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho.** 33ª ed. Atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho.** 2ª ed. Niterói: Editora Impetus, 2008.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2002.

JANTALIA, Fabiano. **FGTS** – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. São Paulo: Editora LTr, 2008.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. 3^a ed. atual. São Paulo: Ltr, 2000.

Embargos de declaração no processo do trabalho. Objeto. Efeito Modificativo. Necessidade do contraditório

João Pedro Silvestrin

Ex-advogado da CAIXA

Desembargador do Trabalho do TRT da 4^a Região

Pós-graduado em Direito da Economia e da Empresa

pela Fundação Getúlio Vargas

Especialista em Direito do Trabalho, Direito Processual

do Trabalho e Direito Previdenciário pela UNISC

RESUMO

São objeto de estudo, no presente trabalho, os embargos de declaração. A partir da análise retrospectiva e atual das normas regulamentadoras da espécie, discorre-se sobre a natureza jurídica do instituto, as hipóteses de cabimento, a sua destinação e o seu objeto. O artigo pretende alertar sobre a importância da medida, indispensável para saneamento dos pronunciamentos jurisdicionais, ao mesmo tempo em que instiga à sua valorização, pelo emprego consciente e adequado. Ainda, tenciona-se situar o cabimento e a oponibilidade de embargos que visem conferir efeito modificativo ao julgado e a observância do contraditório como requisito indispensável à validação da decisão que os examina.

Palavras-chave: Embargos de declaração. Natureza jurídica. Hipóteses de cabimento e alcance da medida. Efeito modificativo.

RESUMEN

Son objeto de estudio, en el presente trabajo doctrinario, los embargos aclaratorios. A partir de una evaluación retrospectiva y actual de las normas que reglamentan la especie, discorremos sobre la naturaleza jurídica del instituto, las hipótesis en que tiene lugar, su destinación y objeto. El artículo pretende alertar sobre la importancia de la medida, indispensable para sanear los pronunciamientos judiciales, al mismo tiempo que instiga a su valorización, mediante el empleo consciente y adecuado. Aún, se intenta situar los casos de oponibilidad cuando visen modificar el fallo y la necesidad de observar el derecho al contradictorio como requisito indispensable a la eficacia de la decisión que se manifiesta

al respecto.

Palabras-clave: Embargos aclaratórios. Naturaleza jurídica. Hipótesis en que tienen lugar y alcance de la medida. Efecto modificativo.

Introdução

Os embargos de declaração, até a edição da Lei nº 9.957, de 12 de janeiro de 2000, que introduziu o artigo 897-A na Consolidação das Leis do Trabalho, não eram objeto de previsão legal específica no Processo do Trabalho. Aplicava-se, de forma subsidiária, o contido no Código de Processo Civil, em atenção ao disposto no artigo 769 da Consolidação.

Neste estudo, nos propomos a apresentar um breve relato quanto aos seus antecedentes históricos, a conceituar o instituto, bem como a nos posicionar em relação a sua natureza jurídica, questão de acirrada discussão doutrinária. Examinaremos a continuidade, ou não, da aplicação subsidiária das normas contidas no Código de Processo Civil, diante da disposição legal específica introduzida na Consolidação das Leis do Trabalho, para, após, identificar quais as decisões que podem ser objeto de embargos declaratórios e apontar as causas específicas que possibilitam a sua oposição.

Analisaremos a admissão do efeito modificativo ao julgado embargado, quando isso é possível e a necessidade, ou não, de manifestação do adversário, em tais situações, sem risco de afronta ao princípio constitucional do contraditório.

1 Antecedentes históricos

Os embargos de declaração, no direito pátrio, remontam ao Regulamento 737, de 1850, que já previa o seu cabimento nos casos de obscuridade, ambiguidade, contradição ou omissão da sentença.

A Constituição Federal de 1891 atribuiu competência aos Estados-membros para legislarem sobre Direito Processual Civil, razão pela qual alguns códigos de processo regionais contemplaram disposições sobre o tema, entre eles destacam-se os do Rio Grande do Sul (1908), da Bahia (1915), de São Paulo (1930), do Rio de Janeiro (1919) e do Paraná (1920).

Contudo, a competência para legislar sobre Direito Processual Civil, por força da Constituição Federal de 1934, passou a ser exclusiva da União. Em decorrência disso, foi editado o Código de Processo Civil de 1939, que passou a regular de modo uniforme no País as normas processuais civis. Posteriormente, em 1973, restou

revogado aquele código editado em 1939, por meio da edição da Lei nº 5.869, que instituiu novo Código de Processo Civil, vigente até os dias de hoje – embora com inúmeras alterações.

Os dois códigos trataram dos embargos de declaração relativamente ao primeiro e segundo graus de jurisdição, com diversidade de regime legal, admitindo-os nos casos de dúvida, obscuridade, omissão ou contradição das decisões.

Por meio da edição da Lei nº 8.950, de 13 de dezembro de 1994, o regime legal dos embargos de declaração restou uniformizado, tanto no primeiro grau (sentença), quanto no segundo grau (acórdão), mediante a revogação dos artigos 464 e 465 do Código de Processo Civil – relativos aos embargos de primeira instância – e alterações dos artigos 535 a 538. Essas modificações unificaram o prazo para oposição dos embargos de declaração para cinco dias – antes era de 48 horas no caso de sentença e de cinco dias para acórdão –, bem como alteraram o seu efeito, de suspensivo para interruptivo.

A Consolidação das Leis do Trabalho, instituída pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, não previa, entre suas normas, os embargos de declaração.

A Lei nº 2.244, de 23 de junho de 1954, atribuindo redação ao artigo 702, I, "e" e § 2º, "d" da Consolidação das Leis do Trabalho, instituiu, pela vez primeira no Processo do Trabalho, tratamento expresso aos embargos de declaração, restringindo, todavia, sua oponibilidade aos acórdãos proferidos por Turmas ou pelo Pleno do TST. Referida disposição legal foi revogada em 1988, por meio da Lei nº 7.701, de 21 de dezembro de 1988.

Os embargos de declaração voltaram a ter regulamentação na Consolidação das Leis do Trabalho por força da edição da Lei nº 9.957, de 12 de janeiro de 2000, que inseriu o artigo 897-A, com a seguinte redação:

Art. 897-A. – Caberão embargos de declaração da sentença ou acórdão, no prazo de cinco dias, devendo seu julgamento ocorrer na primeira audiência ou sessão subsequente a sua apresentação, registrada na certidão, admitido efeito modificativo da decisão nos casos de omissão e contradição no julgado e manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso.

A norma legal acima destacada, a toda evidência, não esgota, em seu conteúdo, a regulamentação que se faz necessária ao tratamento dos embargos de declaração no âmbito do Processo do Trabalho.

Registre-se, porém, que o artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho prevê que o Direito Processual Civil será fonte subsidiária do Direito Processual do Trabalho, salvo quando for incompa-

tível e nos casos em que este for omissio, sendo viável recorrer a esse instituto, no cabível.

2 Conceito e natureza jurídica

Os embargos de declaração se constituem em instrumento pelo qual as partes dirigem-se ao juiz ou ao órgão prolator da decisão, quando esta contiver obscuridade, contradição ou omissão, com objetivo de obter esclarecimento e complementação do julgado, consoante a doutrina pátria. Vejamos.

De Plácido e Silva (1982, p. 740), de forma técnica, diz que embargar é o “meio ou medida de oposição a ato ou ação de outrem, para que impeça ou seja suspensa a sua execução”.

Na lição de Silva (1998, p. 448), “é o instrumento de que a parte se vale para pedir ao magistrado prolator de uma dada sentença que a esclareça, em seus pontos obscuros, ou a complete quando omissa, ou finalmente que lhe repare ou elimine eventuais contradições que ela porventura contenha”.

Segundo Teixeira Filho (2003, p. 456), os embargos de declaração, em sentido estrito,

[...] constituem o meio específico que a lei põe ao alcance das partes sempre que desejarem obter do órgão jurisdicional uma declaração com o objetivo de escoimar a sentença ou o acórdão de certa falha de expressão formal que alegam existir. Pede-se, por intermédio desses embargos, que o julgador sane omissão, aclare obscuridade ou extirpe contradiotoriedade.

Por sua vez, Demo (2003, p. 1), em sua obra *Embargos de Declaração: aspectos processuais e procedimentais*, consigna em sua introdução:

Mostram-se os embargos declaratórios como o instrumento processual de correção da arte de proceder à prestação jurisdicional, tanto no sentido de que ela seja mais clara possível às partes, bem assim no de viabilizar, em determinadas situações, os princípios da instrumentalidade, da efetividade e da economia processuais, evitando-se a propagação de vícios de procedimento que seriam corrigidos somente em etapas mais avançadas do ‘iter processual’ (na fase recursal).

Examinando-se os conceitos acima destacados, constata-se que os doutrinadores utilizam, ao referirem-se aos embargos de declaração, as expressões “meio” ou “instrumento” processual que as partes dispõem para aclarar ou complementar uma decisão judicial, demonstrando que, em relação à conceituação, não há discussão.

são doutrinária.

Diversamente ocorre quanto à natureza jurídica dos embargos de declaração, aspecto sobre o qual há acirrada divergência doutrinária.

Enquanto parte dos doutrinadores defendem que os embargos de declaração não seriam recurso, outra parte sustenta que eles são espécie de recurso.

Entre os autores que defendem a natureza não recursal dos embargos de declaração encontram-se Sérgio Bermudes, Egas Dirceu Moniz de Aragão e Manoel Antonio Teixeira Filho.

Ao enfrentar a questão, Manoel Antonio Teixeira Filho, embora reconheça que renomados doutrinadores sustentam tese contrária, consigna:

O traço essencial, capaz de distinguir com eficácia os embargos de declaração dos recursos, é a 'finalidade'. Enquanto estes visam à reforma, à cassação da decisão impugnada, aqueles se destinam, meramente, a obter, do mesmo órgão jurisdicional, uma declaração de qual seja o verdadeiro conteúdo da sentença (ou do acórdão), para integrá-la ou para liberá-la de qualquer eiva de expressão. [...] Quando os embargos obtêm um acréscimo da condenação (a sentença declarativa, e.g., acolheu pedido que a declarada se esqueceu de apreciar), há uma aparente interpenetração com a finalidade própria dos recursos, porquanto se obteve uma alteração quantitativa do conteúdo da sentença; essa interpretação, contudo, é falsa, pois os embargos, mesmo neste caso, não se desviaram um milímetro sequer de suas razões finalísticas: longe de terem provocado uma reforma da decisão embargada, nada mais fizeram do que integrá-la, do que preencher um vazio do primeiro pronunciamento jurisdicional. [...] A natureza não-recursal dos embargos declaratórios ancora, portanto, não no fato de serem julgados pelo mesmo órgão prolator da decisão embargada, mas, sim, na sua finalidade de aclarar a sentença, de integrá-la; enfim, de corrigir alguma falha de expressão formal do pronunciamento do juízo (TEIXEIRA FILHO, 2003, p. 458-459).

Por outro lado, entre os autores que defendem a natureza recursal dos embargos de declaração encontram-se Pontes de Miranda, Alcides de Mendonça Lima, Rodrigo Reis Mazzei e Roberto Luis Luchi Demo.

Destaca-se o posicionamento de Roberto Luis Luchi Demo:

A par do 'nomen juris' – na esteira de Pontes de Miranda, que o tem como correto –, o relevante mesmo para identificar a natureza de um instituto é o regime jurídico que o submete (e não o seu invólucro). Assim, os

embargos de declaração são recurso porque: posteriam a relação processual, vale dizer, os embargos se dão na mesma relação jurídico-processual em que foi proferida a decisão objurgada; são um prolongamento procedural da situação jurídico-processual das partes no processo, de sorte que impedem a preclusão (em sentido lato, incluindo-se o trânsito em julgado), instaurando tão-somente um novo procedimento (o procedimento recursal); devem ser fundamentados, trazer o porquê dessa nova provocação jurisdicional (ainda que do mesmo juiz), da continuidade da relação jurídico-processual e são ônus processual da parte. Andante, são denominados recurso pela lei federal (melhor seria dizer: lei nacional), em obediência ao princípio da taxatividade dos recursos. Essas características, sem embargo de suas peculiaridades (ausência de contraditório – há exceções, como se verá adiante –, como ocorre com o recurso ‘ex-officio’, e direção ao mesmo juiz, como ocorrem com os embargos infringentes do art. 34 da Lei 6.830/80), lhe conferem a natureza ontológica de recurso (DEMO, 2003, p. 27-28).

Segundo Barbosa Moreira (2002, p. 540), “a questão é pura e simplesmente de direito positivo”.

Cumpre registrar, por pertinente, o posicionamento e o alerta feito por Rodrigo Reis Mazzei:

É importante notar, contudo, que os declaratórios têm índole diversa dos recursos que permitem o ‘efeito substitutivo’ previsto no art. 512 do CPC, na medida em que o instituto visa ‘sanear’ (e não substituir) o ato judicial. Vale dizer nesse sentido que o enfoque que se dá ao chamado efeito ‘modificativo’ ou ‘infringente’, com todo o respeito, não é o ponto basilar para o exame da natureza jurídica do instituto, uma vez que tal situação excepcional é apenas um efeito secundário do saneamento do ‘error in procedendo’ tipificado. Em que pese autorizada doutrina negar natureza recursal à figura em comento, não temos a menor dúvida de que os embargos declaratórios hão de ser classificados como recurso, pois (i) trata-se de ato postulatório que, (ii) mantendo a litispendência (adiando ou retardando os efeitos da preclusão e/ou coisa julgada), (iii) busca corrigir ato judicial (MAZZEI, 2004, p. 147).

Compartilhamos desse entendimento, razão pela qual reconhecemos a natureza recursal dos embargos de declaração, tanto no Processo Civil quanto no Processo do Trabalho.

Na esfera cível, as alterações introduzidas no Código de Processo Civil, por força da Lei nº 8.950, de 13 de dezembro de 1994, unificaram o regramento dos embargos de declaração quanto ao

prazo para oposição, atribuindo-lhes efeito interruptivo no que se refere à contagem de prazo para interposição posterior de recurso, bem como os incluíram, de forma expressa, no rol dos recursos cabíveis, previstos no artigo 496.

Outro não é o entendimento a ser adotado no que se refere ao Processo do Trabalho. Os embargos de declaração foram contemplados na Consolidação das Leis do Trabalho no ano de 2000, com a edição da Lei nº 9.957, de 12 de janeiro de 2000, mediante a inclusão do artigo 897-A.

Referido artigo foi incluído no Capítulo VI – Dos Recursos – que compõe o Título X - Do Processo Judiciário do Trabalho – da Consolidação das Leis do Trabalho, ou seja, foi definido como recurso, embora não conste no rol dos recursos contemplados no artigo 893 da Consolidação, no nosso entendimento, por mero lapso do legislador.

A natureza recursal dos embargos de declaração restou reconhecida pelo Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, ao julgar Incidente de Uniformização Jurisprudencial:

O inciso IV do art. 496 do CPC enumera como recurso os embargos declaratórios e, a teor do art. 1º do Decreto-Lei nº 779/69, as pessoas jurídicas de direito público gozam do prazo recursal em dobro para recorrer.

Comungo do entendimento jurisprudencial desta Corte no sentido de que os embargos declaratórios constituem em recurso em sentido amplo, e às pessoas jurídicas de direito público deve ser concedido o prazo em dobro para a sua interposição (RR-274.809/96, 1ª Turma, Rel. Ministra Regina Rezende; RR-240.649/96, 2ª Turma, Rel. Ministro Valdir Righetto; RR-161.287/95, 4ª Turma, Relator Ministro Galba Velloso; RR-293.012/96, 5ª Turma, Relator Ministro Nelson Daiha) (TST IUJ-RR246428/1996, Pleno, Rel. Min. Vantuil Abdala, DJ 20.10.2000) (HADDAD, 2002, p. 405).

Em idêntico sentido dispõe a Orientação Jurisprudencial da SDI-1 de nº 192: “Embargos declaratórios. Prazo em dobro. Pessoa jurídica de direito público. Decreto-lei nº 779/69 (Inserido em 08.11.2000)”.

Embora teses de naturezas diversas possam ser sustentadas, os embargos de declaração, não só por expressa disposição legal, mas também porque assim consagra a jurisprudência, constituem-se em recurso.

3 Objeto dos embargos de declaração

São objeto dos embargos de declaração, tanto na dicção do artigo 535 do Código de Processo Civil, quanto na do artigo 897-A da Consolidação das Leis Trabalhistas, as sentenças e os acórdãos.

Do exame das disposições legais anteriormente mencionadas, resta evidente que o legislador não se manifestou quanto a serem objeto dos embargos de declaração as decisões interlocutórias, razão pela qual exegese apressada de referidas normas pode levar o intérprete a afastar a possibilidade de estas serem objeto dos embargos de declaração.

Por força do disposto no artigo 93, inciso XI, da Constituição Federal vigente, é condição de validade das decisões judiciais a sua fundamentação. Portanto, toda e qualquer decisão judicial, e não só as sentenças e acórdãos, deve ser fundamentada e, caso não o for ou contiver vícios que lhe comprometam a compreensão, poderá ser objeto de embargos de declaração.

A questão é enfrentada por Demo (2003, p. 34) nos seguintes termos:

A parte atingida pelas consequências de uma decisão tem o direito de conhecer os seus respectivos contornos e os motivos que conduziram a ela. Se esses motivos ou contornos não estão claros, a decisão está viciada formalmente, caracterizando um 'error in procedendo'. Tem a parte, de consequência, o direito de provocar o julgador para que os explice, por meio dos embargos de declaração, remédio por excelência para a correção do mencionado 'error'. Uma vez e somente se explicitados, aí sim estará a decisão formalmente apta a verter consequências jurídicas sobre a parte destinatária. Não há interpretar literalmente o art. 535 do CPC, consoante somente as sentenças e acórdãos podem ser atacados por este remédio.

Teixeira Filho (2003, p. 463), revendo posicionamento firmado em sentido contrário, também se curva ao entendimento de que o objeto dos embargos de declaração não se restringe às sentenças e aos acórdãos:

Já não mantemos esse entendimento, conquanto não nos arrependamos de havê-lo perfilhado, por algum tempo. Dois motivos, fundamentalmente, nos levaram a admitir a possibilidade de os embargos declaratórios serem dirigidos, também, a despachos simples e a despachos-decisórios, vale dizer, a pronunciamentos jurisdicionais que não configurem sentença ou acórdão. O primeiro desses motivos diz respeito à própria transformação extraordinária por que passaram esses embargos, nos últimos tempos. Transformações impostas pela Lei, pela doutrina e pela jurisprudência. Os embargos de declaração abandonaram a sua função estrita (e histórica) de mecanismo corretivo de imperfeições formais dos atos judiciais, para se converterem, por exemplo, em instrumento de prequestionamento, com vistas

a interposição de recursos de natureza extraordinária, como é o caso do de revista, no sistema do processo do trabalho. O segundo se refere ao dano que a inadmissibilidade desses embargos (a despachos-decisórios, especialmente) acarretaria à parte.

O entendimento da ampla embargabilidade, que afasta a interpretação restrita do artigo 535 do CPC e é plenamente aplicável ao artigo 897-A da CLT, é sustentado também por Pontes de Miranda (1975, p. 401): “contra decisões interlocutórias e nos próprios despachos de expediente”, e Barbosa Moreira (2002, p. 542): “Na realidade, qualquer decisão judicial comporta embargos de declaração”.

A jurisprudência, por sua vez, tem acolhido o cabimento dos embargos de declaração em qualquer decisão judicial. Nesse sentido já se pronunciou a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. CABIMENTO. INTERRUPÇÃO DO PRAZO RECURSAL. APRESENTAÇÃO POSTERIOR DE AGRAVO. VALIDADE. GRANTIA MAIOR DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS. DOUTRINA. PRECEDENTES. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS. Os embargos de declaratórios são cabíveis contra qualquer decisão judicial e, uma vez interpostos, interrompem o prazo recursal. A interpretação meramente literal do art. 535 do CPC atrita com a sistemática que deriva do próprio ordenamento processual, notadamente após ter erigido a nível constitucional o princípio da motivação das decisões judiciais (BRASIL, 1999).

Reconhece-se o cabimento de embargos de declaração até mesmo em relação a decisões irrecorríveis. Esse posicionamento é consagrado no Supremo Tribunal Federal: “Registre-se o cabimento dos embargos declaratórios contra toda e qualquer decisão, ainda que apontada como irrecorrível em norma legal. É que têm como objeto a integração do que decidido, o aperfeiçoamento da entrega da prestação jurisdicional pelo Estado-juiz” (BRASIL, 2000a).

No âmbito do Processo do Trabalho, decisões monocráticas podem ser objeto de embargos de declaração, entre elas as tratadas pelo artigo 557, *caput*, do CPC e as que versam sobre pedido de antecipação de tutela e pedido de liminar em medida cautelar e mandado de segurança.

No caso de serem opostos embargos de declaração de decisões monocráticas, não competirá ao órgão colegiado o julgamento, mas sim ao próprio julgador que proferiu a decisão, salvo se o embargante postular efeito modificativo, quando deverão ser con-

vertidos em agravo, conforme jurisprudência já pacífica no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, nos termos da Súmula de nº 421:

EMBARGOS DECLARATÓRIOS CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR CALCADA NO ART. 557 DO CPC. CABIMENTO. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 74 da SDI-II, Res. 137/05 - DJ 22.08.05)

I - Tendo a decisão monocrática de provimento ou denegação de recurso, prevista no art. 557 do CPC, conteúdo decisório definitivo e conclusivo da lide, comporta ser esclarecida pela via dos embargos de declaração, em decisão declaratória, também monocrática, quando se pretende tão-somente suprir omissão e não, modificação do julgado.

II - Postulando o embargante efeito modificativo, os embargos declaratórios deverão ser submetidos ao pronunciamento do Colegiado, convertidos em agravo, em face dos princípios da fungibilidade e celeridade processual. (ex-OJ nº 74 - inserida em 08.11.00)

O princípio da motivação das decisões judiciais, expresso em nível constitucional, também dá sustentáculo à ampla embargabilidade das decisões proferidas.

A sua aplicação, contudo, requer do julgador extremo cuidado, especialmente na Justiça do Trabalho, que envolve matéria de caráter alimentar, diante da possibilidade de referida abertura vir a comprometer a celeridade processual, o que é vedado, de igual modo, pela Constituição Federal, que assegura, no âmbito judicial, a razoável duração do processo, nos termos do inciso LXXVIII, do artigo 5º, acrescido pela Emenda Constitucional de nº 45, de 08 de dezembro de 2004.

Nos casos de abuso, pela parte, na utilização dos embargos de declaração, o julgador os declarará manifestamente protelatórios, nos termos que lhe facilita o artigo 538, § único, do CPC, aplicável subsidiariamente à CLT, e condenará a parte embargante nas sanções nele previstas, conforme o caso.

4 Causas de oponibilidade

O artigo 535 do Código de Processo Civil estabelece que são oponíveis os embargos de declaração quando na decisão houver obscuridade, contradição ou omissão.

Já o artigo 897-A da Consolidação das Leis do Trabalho prevê o cabimento dos embargos de declaração, admitindo efeito modificativo da decisão, nos casos de omissão e contradição do julgado ou manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso.

Do confronto de referidas normas legais, constata-se que a Consolidação das Leis do Trabalho não contempla como causa de oponibilidade dos embargos de declaração a obscuridade, contudo, diversamente do Código de Processo Civil, contempla o manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso, bem como admite, de forma expressa, a possibilidade do efeito modificadorio.

Com o advento de norma específica na Consolidação das Leis do Trabalho quanto aos embargos de declaração (art. 897-A), surgiram vozes no sentido de que, no âmbito do Processo do Trabalho, não mais se poderia aplicar de forma subsidiária, conforme inteligência do artigo 769 da Consolidação, o contido no Código de Processo Civil.

Sendo assim, não mais seriam oponíveis embargos de declaração na Justiça Laboral tendo como causa a obscuridade da decisão.

Nesse sentido já se pronunciou, inclusive, a jurisprudência:

Embargos de declaração. Obscuridade. Impropriedade. Na Justiça do Trabalho os embargos de declaração têm como pressupostos de conhecimento a omissão, a contradição, o equívoco manifesto no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso, como posto no art. 897-A, da Consolidação das Leis do Trabalho, com a redação que lhe deu a Lei nº 9.957, de 12.01.2000. Significa dizer que a obscuridade deixou de justificar a medida, a menos que por omissão de fundamentação lógica, a sentença seja mesmo incompreensível e não de difícil compreensão diante do subjetivismo da parte (BRASIL, 2002).

Ousamos discordar de referido pensamento. Isso porque a previsão contida na Consolidação das Leis do Trabalho relativamente aos embargos de declaração, se examinada de forma mais cuidadosa, evidencia que não restaram estabelecidas todas as causas de sua oponibilidade, autorizando concluir que continuam sendo as previstas no artigo 535 do Código de Processo Civil, consignando somente, de forma expressa, aquelas hipóteses que possibilitam a admissão de efeito modificadorio.

Dispõe o artigo 897-A:

Caberão embargos de declaração da sentença ou acórdão, no prazo de cinco dias, devendo seu julgamento ocorrer na primeira audiência ou sessão subsequente a sua apresentação, registrada na certidão, admitido efeito modificadorio da decisão nos casos de omissão e contradição no julgado e manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso (grifo nosso).

A norma Celetista é inovadora no sentido de admitir, expressamente, a atribuição de efeito modificativo aos embargos de declaração nos casos em que a decisão contiver omissão, contradição e manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso. Contrário senso, nos casos em que a decisão for obscura, não será admitido efeito modificativo. Esta é, a nosso ver, a melhor exegese a ser atribuída ao artigo 897-A da Consolidação das Leis do Trabalho.

Referido posicionamento é sustentado por Teixeira Filho (2003, p. 474):

Estatui o art. 535, I e II, do CPC que os embargos de declaração são cabíveis quando houver na sentença: a) obscuridade; b) contradição, ou quando ela c) omitir ponto sobre o qual deveria manifestar-se. Poder-se-ia imaginar não ser justificável a referência que estamos a fazer a essa norma do processo civil, uma vez que o art. 897-A, da CLT, conteria disposição acerca da matéria. Nada mais equivocado. O art. 897-A, da CLT, apenas cogita do cabimento dos embargos de declaração, sem mencionar as ‘causas’ que os autorizam. A menção feita, por essa norma trabalhista, à ‘omissão’ e à ‘contradição’ no julgamento teve em mira, apenas, especificar os casos em que tais embargos seriam dotados de efeito modificativo do pronunciamento jurisdicional a que foram dirigidos. Deste modo, os embargos em exame são cabíveis nos casos previstos no art. 535, do CPC (obscuridade, contradição e omissão), sendo certo que a invocação dessa norma forânea está autorizada pelo art. 769, da CLT.

Na mesma linha de raciocínio consigna Mazzei (2004, p. 147):

Assim, no processo do trabalho, as ‘hipóteses de oponibilidade’ dos declaratórios devem ser buscadas no artigo 535 do CPC (obscuridade, contradição e omissão) e de outra parte, ‘a verificação do cabimento do pedido modificativo’ estará na observância do esquadrão do art. 897-A da CLT (omissão, contradição e manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso).

Portanto, as causas de oponibilidade dos embargos de declaração, no âmbito do Processo do Trabalho, são idênticas àquelas previstas no artigo 535 do Código de Processo Civil, quais sejam: obscuridade, contradição e omissão.

Diante do reconhecimento da natureza recursal dos embargos de declaração, e estando ele subordinado a causas de oponibilidade previamente estabelecidas, melhor dizendo, tipificadas, estamos diante de recurso de fundamentação vincula-

da, não se prestando para versar sobre toda e qualquer matéria discutida no processo, sendo obrigação da parte indicar o ponto obscuro, contraditório ou omissو, em obediência ao disciplinado no artigo 536 do Código de Processo Civil.

A obscuridade caracteriza-se quando falta clareza na decisão, o que a torna incompreensível, e, por via de consequência, impede a correta interpretação do que foi decidido. Reveste-se, preponderantemente, de aspectos subjetivos.

Tanto o dispositivo quanto a fundamentação da decisão podem estar maculados pela obscuridade. A exata compreensão do julgado e a clara exposição dos motivos de decidir conferem segurança aos destinatários da prestação jurisdicional.

A ambiguidade, que decorre da utilização de vocábulos com mais de um significado, sem que se possa extrair da decisão qual a sua correta acepção, também configura obscuridade.

Teixeira Filho (2003, p. 475), relativamente à obscuridade, assim se manifesta:

Obscura é a sentença ininteligível, que não permite compreender-se o que consta do seu texto. É consequência, quase sempre, de um pronunciamento jurisdicional confuso, em que as idéias estão mal-expostas ou mal-articuladas. A parte não sabe, enfim, o que o juiz pretendeu dizer, ao realizar a prestação jurisdicional. É elementar que a obscuridade é um problema de foro subjetivo: o que pode ser ininteligível para a parte pode parecer, aos olhos do julgador, absolutamente claro. Podemos mesmo reconhecer a existência de graduação de obscuridade: há as que são manifestas e as que são discutíveis. Importa, contudo, que a parte, convencendo-se da obscuridade da sentença, a ela oponha embargos declaratórios com a finalidade de aclará-la, de torná-la inteligível.

Estaremos diante de contradição quando presente na decisão incoerência entre os fundamentos ou entre os fundamentos e o dispositivo. Em outras palavras, afirma-se alguma coisa para logo adiante negá-la na própria decisão.

Disposições antagônicas na decisão, além de configurarem contradição, afrontam a exigência de que todo o julgado deve ser uniforme e harmônico.

Moniz de Aragão (1988, p. 17), ao examinar a contradição que pode estar presente nas decisões judiciais, leciona:

Ocorrendo tais hipóteses, o julgamento pronunciado pode ser no todo ou em parte inútil, tanto com vistas à fundamentação quanto com vistas ao dispositivo, isto é, ao próprio julgamento em si. No todo porque,

se contiver somente duas idéias (ou duas proposições) que se excluam, ou se isso ocorrer, duas a duas, nada conterá – em tal caso a sentença estará viciada de omissão: de motivos (fundamentos) ou de dispositivo (julgamento); em parte porque, se o vício afetá-lo parcialmente (de mais de duas idéias ou proposições, somente duas são contraditórias), nessa parte não terá havido, propriamente, ou fundamentação ou julgamento. O mesmo ocorrerá se as idéias ou proposições forem contrárias, o que tornará o julgamento incerto, pois duas proposições contraditórias não podem ser nem verdadeiras nem falsas ao mesmo tempo e duas proposições contrárias não podem ser verdadeiras ao mesmo tempo; se uma é verdadeira, a outra é falsa. Além disso, pode ocorrer de duas proposições contraditórias ou contrárias serem ambas falsas. Em qualquer caso, será indispensável rever as idéias e as proposições exaradas no julgamento a fim de corrigida a contradição, ou a contrariedade, torná-lo harmonioso.

Haverá omissão quando deixa o julgador de se manifestar sobre ponto relevante ou pedido veiculado no processo.

Demo (2003, p. 72) destaca em sua obra o conceito de omissão de Ivan Campos de Souza:

A omissão, como vício do ato sentencial, indica, no comando estatal, que não foi dito alguma coisa, ou porque, simplesmente, deixou de dizer, ou porque descuidou-se de dizer o órgão jurisdicional; importa na falta material, ausência, lacuna de alguma coisa que nele deveria existir, exatamente a preterição de um dizer. Para conhecimento do vício cumpre determinar tudo que é imprescindível dizer na sentença, porque somente aquilo que é imprescindível, segundo for exigido pelo direito positivo, importará em lacuna, caracterizando o vício de omissão.

Com efeito, necessário aqui mencionar o contido no artigo 131 do Código de Processo Civil, o qual dispõe que o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes nos autos, ainda que não alegados pelas partes, mas deverá indicar, na sentença, os motivos que formaram seu convencimento.

Isso porque não está o magistrado obrigado a julgar a matéria posta rebatendo um a um os argumentos apresentados pelas partes e afastando a incidência, de igual modo, de todos os dispositivos legais. Necessário se faz que a decisão seja suficientemente motivada, capaz de demonstrar que houve enfrentamento da questão relevante trazida ao julgador.

A jurisprudência pátria reforça o acima consignado:

4. O Tribunal não fica obrigado a examinar todos os artigos de lei invocados no recurso, desde que decida a matéria questionada sob fundamento suficiente para sustentar a manifestação jurisdicional. Precedente desta Corte.
5. O princípio do livre convencimento motivado justifica a ausência de análise dos dispositivos que pareçam para a parte significativos, mas que para o julgador, se não irrelevantes, constituem questões superadas pelas razões de julgar. Precedente desta Corte.
6. Certa ou errada, foi proferida decisão fundamentada sobre o mérito da controvérsia. Qualquer inconformidade com o julgamento deve ser argüido em recurso próprio para tal, porque não são os embargos declaratórios o meio processual hábil para modificar o julgamento (BRASIL, 2000b).

No que se refere ao manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso, previsão contida no artigo 897-A da Consolidação das Leis do Trabalho, como causa que possibilita a atribuição de efeito modificativo ao julgado, entendemos que tal circunstância, como motivo de oponibilidade dos embargos de declaração, se configura omissão.

Examinadas as causas que autorizam a oponibilidade dos embargos de declaração (obscuridade, contrariedade e omissão), previstas no Código de Processo Civil (art. 535) que é aplicável ao Processo do Trabalho, de forma subsidiária, por força do contido no artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho, passaremos a analisar, no tópico seguinte, as causas previstas no artigo 897-A da Consolidação, que possibilitam a atribuição de efeito modificativo aos embargos de declaração e a necessidade ou não do contraditório nesses casos.

5 Efeito modificativo. Contraditório

As teses que sustentam o entendimento de que a decisão proferida em sede de embargos de declaração não pode provocar a reforma da decisão embargada têm como fundamento o fato de que o provimento judicial a ser proferido restringe-se a esclarecer ou complementar o julgado.

O Código de Processo Civil de 1939, enquanto vigente, por força do contido no artigo 862, § 2º, dava guarida ao posicionamento acima destacado, pois referida disposição legal determinava que a decisão proferida em embargos de declaração deveria se restringir à correção da causa de oponibilidade apontada pela parte.

Contudo, a regra que impunha tal limite não foi reproduzida no Código de Processo Civil de 1973, que, ao contrário, contempla norma expressa que possibilita a alteração da decisão mediante o julgamento de embargos de declaração: art. 463, II.

O reconhecimento de efeito modicativo – também denominado efeito infringente – aos embargos de declaração se constitui em matéria pacífica, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, desde que presente causa para sua oponibilidade na decisão embargada.

O efeito modicativo é consequência inerente à decisão judicial a ser proferida nos embargos de declaração, pois a correção da mácula apontada acarretará necessariamente alteração do julgamento embargado.

Já à época em que os embargos de declaração eram regulados tão só pelo Código de Processo Civil, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula de nº 278, pela qual foi reconhecido aos embargos de declaração o efeito modicativo:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO NO JULGADO.
A natureza da omissão suprida pelo julgamento de embargos declaratórios pode ocasionar efeito modicativo no julgado. (Resolução 11/88, DJ de 1.3.1988).

O Supremo Tribunal Federal, de longa data, reconhece a possibilidade de atribuir efeito modicativo aos embargos de declaração: “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Contradição que vicia a inteireza lógica do julgado, a constituir verdadeiro erro material, suscetível de modificação pela via dos embargos declaratórios (BRASIL, 1972)”.

Qualquer dúvida que pudesse existir nesse sentido, no âmbito do Direito Processual do Trabalho, restou afastada a partir da edição da Lei nº 9.957, de 12 de janeiro de 2000, que introduziu, na Consolidação das Leis do Trabalho, o artigo 897-A, o qual dispõe de forma específica quanto à admissão de efeito modicativo da decisão embargada, nos casos em que o julgado contiver omissão, contradição e manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso.

A disposição legal (artigo 897-A) é taxativa em relação às hipóteses em que é admitido o efeito modicativo, não tendo contemplado uma das causas de oponibilidade dos embargos declaratórios, qual seja: a obscuridade. Portanto, resta afastada a possibilidade de se atribuir efeito modicativo aos embargos de declaração quando destinados a aclarar obscuridade.

Embora reconhecido o efeito modicativo aos embargos de declaração, o legislador deixou de ditar qual o procedimento a ser

adotado para seu julgamento, em nada auxiliando a prerrogativa aludida no artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho quanto à aplicação supletiva do Código de Processo Civil, porquanto este Diploma padece de idêntica omissão.

Questão de extrema importância refere-se à necessidade, ou não, da observância do princípio do contraditório nas hipóteses em que os embargos de declaração podem produzir efeito modificativo no julgado embargado.

Processam-se os embargos de declaração, em geral, sem que se dê vista à parte contrária para que se manifeste. Assim é procedido porque os embargos de declaração, embora tenham natureza recursal e se constituam em recurso vinculado, não se prestam à reapreciação do decidido, de modo que a complementação da prestação jurisdicional, como regra, não acarretará modificação do julgado, alterando a situação das partes no processo.

Contudo, diversa é a situação nos casos em que o julgador, ao suprir a causa de oponibilidade veiculada nos embargos de declaração (expressa no artigo 897-A da Consolidação das Leis do Trabalho), constata a possibilidade de modificar o julgado embargado.

Nesses casos, a doutrina e a jurisprudência pátria têm entendido ser necessária a oitiva da parte contrária, muito embora ausente previsão legal nesse sentido, antes de ser analisada a questão pelo julgador, sob o argumento de que, em assim não procedendo, restaria violado o princípio do contraditório previsto na Constituição Federal (art. 5º, LV).

Entre os doutrinadores, Dinamarco (1995, p. 206) sintetiza a questão:

A modificação do julgado, em casos assim, é absolutamente ilegítima quando feita sem a parte embargada em contraditório. Ainda que nada disponha a lei a respeito, a observância do contraditório nesses casos é de rigor constitucional e viola a garantia do contraditório o julgamento feito sem oportunidade para a resposta do embargado.

O Supremo Tribunal Federal firmou posicionamento quanto à necessidade do contraditório, sob pena de violação ao artigo 5º, LV, da Constituição Federal, quando houver possibilidade de atribuição de efeito modificativo aos embargos de declaração:

Embargos de declaração, efeito modificativo e contraditório (CF, art. 5º, LV). Firme o entendimento do Tribunal que a garantia constitucional do contraditório exige que à parte contrária se assegure a possibilidade de manifestar-se sobre embargos de declaração que pretendam alterar decisão que lhe tenha sido favorável: precedentes (BRASIL, 2004).

Seguindo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Superior do Trabalho editou Orientação Jurisprudencial da SDI I, de nº 142: "Embargos declaratórios. Efeito modificativo. Vista à parte contrária".

A jurisprudência pátria apresenta-se uníssona quanto à necessidade do contraditório nos casos em que os embargos de declaração impliquem modificação do julgado embargado, sob pena de nulidade, por violação ao artigo 5º, LV, da Constituição Federal.

Muito embora se entenda que casos há em que a causa de oponibilidade questionada em sede de embargos de declaração não exige o contraditório, pois nenhum prejuízo acarretará à parte, ainda assim é prudente que o julgador observe o posicionamento jurisprudencial predominante nos Tribunais sobre o tema, em observância ao princípio da celeridade processual, o que, num primeiro momento, pode parecer paradoxal.

Exemplifiquemos o caso: quando a decisão embargada é omissa no exame de pedido (adicional de insalubridade), em relação ao qual já foram produzidas todas as provas possíveis e as partes já se manifestaram de forma ampla sobre a matéria no processo, e os embargos de declaração opostos cingem-se a postular que seja surpresa essa omissão, a decisão a ser proferida virá a complementar tão só a decisão embargada, e nenhum prejuízo sofrerá o embargado, no que se refere ao seu direito ao contraditório, o qual foi amplamente assegurado e exercido no processo.

Contudo, caso não seja observada a regra do contraditório, a parte que se sentir, em tese, prejudicada terá a sua disposição recurso contra o julgado, com grande possibilidade de ser provido, para nulificar a decisão proferida em sede de embargos de declaração, com o consequente retorno do processo à origem para seu regular processamento.

Assim, se o princípio da celeridade não recomendava o retardamento do processo por alguns dias, para o fim de propiciar a ouvida do embargado, o que se dirá do atraso que decorre do processamento de mais um recurso, com boas chances de provimento e consequente declaração de nulidade processual?

Garantir o contraditório, portanto, em tais casos, embora pareça contrassenso, torna a prestação jurisdicional mais rápida e efetiva.

Conclusão

Os embargos de declaração se constituem no instrumento processual pelo qual a parte pode obter esclarecimento e complementação da decisão judicial. A natureza jurídica dos em-

bargos declaratórios, por expressa disposição legal, é recursal, e trata-se de recurso do tipo vinculado.

Todas as decisões judiciais são objeto de embargos de declaração, e não só as sentenças e os acórdãos, em observância ao princípio constitucional da motivação. O abuso da parte na utilização desse instrumento processual será combatido mediante a aplicação de multa.

A norma legal introduzida na Consolidação das Leis do Trabalho (artigo 897-A), que versa de forma específica sobre os embargos de declaração, não afasta a aplicação, de forma subsidiária, das disposições contidas no Código de Processo Civil (artigos 535 a 538).

O artigo 897-A da Consolidação das Leis do Trabalho cinge-se a admitir e apontar, de forma taxativa, as causas de oponibilidade que permitem a atribuição de efeito modificativo.

A atribuição de efeito modificativo aos embargos de declaração é reconhecida, de forma uníssona, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência.

O princípio constitucional do contraditório, quando houver possibilidade de atribuição de efeito modificativo ao julgado, é de observância obrigatória nos moldes da doutrina e da jurisprudência pátria, sob pena de nulidade.

Referências

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentário ao Código de Processo Civil, Lei 5.869, de 11 de Janeiro de 1973.** 10^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. V.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 37^a edição. Atualizada até a Ementa Constitucional nº 48, de 10 de agosto de 2005. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. Decreto-Lei 5452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 31 out. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de declaração em Recurso Extraordinário nº 69.765/PE. Relator: min. Raphael de Barros Monteiro. Brasília, 3 de novembro de 1972. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2869765%2ENU ME%2E+OU+69765%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 6 nov. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração em Agravo de Instrumento nº 253.493/CE. Agravante: Estado do Ceará. Agravada: Maria de Lourdes Nogueira. Relator: min. Marco Aurélio. Brasília, 5 de

julho de 2000. DJ de 15/8/2000a, p. 33. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28253493%2ENUME%2E+OU+253493%2EDMS%2E%29%28%28MARCO+AUR%C9LIO%29%2ENORL%2EOU%28MARCO+AUR%C9LIO%29%2ENPRO%2E+O%28MARCO+AUR%C9LIO%29%2EDMS%2E%29%29%NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 6 nov. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 384.031-2/AL. Agravante: Estado de Alagoas. Agravado: Rosemeire Lopes Lobo Ferreira e outro. Relator: min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 6 de abril de 2004.. DJ de 4/7/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28384031%2ENUME%2E+OU+384031%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 6 nov. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração de Embargos de Divergência em Recurso Especial de nº 159.317/DF. Embargante: Jin Comércio de Alimentos Ltda e Outro. Embargado: Distrito Federal. Relator: min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 07/10/1998 . DJ de 26/4/1999. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199800395660&dt_publicacao=26-041999&cod_tipo_documento=3>. Acesso em: 6 nov. 2006.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Embargos

de declaração em Agravo de Instrumento nº 1999.04.01.092760-4/PR. Agravante: Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. Agravado: Clóvis dos Santos e Outros. Relatora: juíza Luíza Dias Cassales. Porto Alegre, 19.10.2000. DJ de 16/11/2000b, p. 167. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=199904010927604&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=01011970&selOrigem=TRF&sistema=&hdnRefId=36ea32b78e5f068c902a6fd45778d4ce&txtPalavraGerada=Ekob>. Acesso em: 6 nov. 2006.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Embargos de Declaração no Recurso Ordinário nº 0018720029020200-7, Acórdão nº 2002025994-2. Embargante: Iara Conceição Rodrigues Alves x Acórdão nº 20020165689 da 8ª Turma. Relator: juiz José Carlos da Silva Arouca. São Paulo, 22 de abril de 2002. DOE de 7/5/2002. Disponível em: <http://trtcons.trtsp.jus.br/dwp/consultas/acordaos/cons_acordaos_turmas_aconet.php>. Acesso em: 6 nov. 2006.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

DEMO, Roberto Luis Luchi. **Embargos de Declaração**: aspectos processuais e procedimentais. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do código**

de processo civil. São Paulo: Malheiros, 1995.

HADDAD, José Eduardo.

Precedentes Jurisprudenciais do TST. 2^a ed. São Paulo: LTr, 2002.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Os embargos de declaração na CLT: diferenças e convergências com o CPC. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, vol. 70, n. 2, p. 146-176, jul./dez. 2004.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Embargos de Declaração. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 633, p. 11-23, jul. 1998.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1975. vol. VII.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 4^a ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Sistemas dos Recursos Trabalhistas**. 10^a ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2003.

PARTE 2

JURISPRUDÊNCIA

Superior Tribunal de Justiça

Recurso Especial repetitivo. Ações revisional e de busca e apreensão convertida em depósito. Contrato de financiamento com garantia de alienação fiduciária. Capitalização de juros. Juros compostos. Decreto 22.626/1933. Medida Provisória 2.170-36/2001. Comissão de permanência. Mora. Caracterização.¹

EMENTA OFICIAL

CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. AÇÕES REVISIONAL E DE BUSCA E APRE-ENSÃO CONVERTIDA EM DEPÓSI-TO. CONTRATO DE FINANCIAMEN-TO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. JUROS COMPOSTOS. DE-CRETO 22.626/1933. MEDIDA PRO-VISÓRIA 2.170-36/2001. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. MORA. CARAC-TERIZAÇÃO.

1. A capitalização de juros ve-dada pelo Decreto 22.626/1933 (Lei de Usura) em intervalo inferior a um ano e permitida pela Medida Provisória 2.170-36/2001, desde que expressamente pactuada, tem por pressuposto a circunstância de os juros devidos e já vencidos serem, periodicamente, incorporados ao valor principal. Os juros não pagos são incorporados ao capital e so-bre eles passam a incidir novos ju-ros.

2. Por outro lado, há os concei-tos abstratos, de matemática finan-ceira, de "taxa de juros simples" e "taxa de juros compostos", méto-

dos usados na formação da taxa de juros contratada, prévios ao início do cumprimento do contrato. A mera circunstância de estar pactuada taxa efetiva e taxa nominal de juros não implica capitalização de juros, mas apenas processo de for-mação da taxa de juros pelo méto-do composto, o que não é proibi-do pelo Decreto 22.626/1933.

3. Teses para os efeitos do art. 543-C do CPC:

- "É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferi-or a um ano em contratos celebra-dos após 31.3.2000, data da publi-cação da Medida Provisória n. 1.963-17/2000 (em vigor como MP 2.170-36/2001), desde que expres-samente pactuada."

- "A capitalização dos juros em periodicidade inferior à anual deve vir pactuada de forma expressa e clara. A previsão no contrato ban-cário de taxa de juros anual su-perior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobran-ça da taxa efetiva anual contrata-da".

4. Segundo o entendimento pacificado na 2^a Seção, a comissão

¹ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1142925&sReg=200701790723&sData=20120924&formato=PDF> Acesso em: 25 out. 2012.

de permanência não pode ser cumulada com quaisquer outros encargos remuneratórios ou moratórios.

5. É lícita a cobrança dos encargos da mora quando caracterizado o estado de inadimplência, que decorre da falta de demonstração da abusividade das cláusulas contratuais questionadas.

6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido.

ACÓRDÃO

Retificada, por unanimidade, a proclamação ocorrida na sessão do dia 27/06/2012 para modificação do item 2 das teses fixadas para os efeitos do artigo 543, C, do CPC, passando o item 2 a ser o seguinte: "... 2) A capitalização dos juros em periodicidade inferior à anual deve vir pactuada de forma expressa e clara. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada."

RETIFICADA, FICA A PROCLAMAÇÃO INTEGRAL DA SEGUINTE FORMA:

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Isabel Gallotti divergindo do Sr. Ministro Relator e dando provimento ao recurso especial em maior extensão, no que foi acompanhada pelos Srs. Ministros Raul Araújo, Antonio Carlos Ferreira, Villas Bôas Cueva e Marco Buzzi, a Segunda Seção, por maioria, deu provimento ao recurso especial, em maior extensão, vencidos os Srs.

Ministros Relator, Paulo de Tarso Sanseverino e Nancy Andrichi.

Lavrará o acórdão a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti.

Para os efeitos do artigo 543, C, do CPC, foram fixadas as seguintes teses:

1) É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano em contratos celebrados após 31/3/2000, data da publicação da Medida Provisória nº 1.963-17/2000, em vigor como MP nº 2.170-01, desde que expressamente pactuada;

2) A capitalização dos juros em periodicidade inferior à anual deve vir pactuada de forma expressa e clara. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada.

Impedido o Sr. Ministro Massami Uyeda.

Ausente, justificadamente, na assentada do dia 08/08/2012, a Sra. Ministra Nancy Andrichi.

Brasília (DF), 08 de agosto de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI

Relatora para acórdão

REsp 973.827 – DJe 24.09.2012

VOTO-VENCIDO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO:

(...)

VOTO-VISTA

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI: Trata-se, na origem, de

ação ordinária ajuizada por João Felipe Zanella Felizardo, em face do Banco Sudameris Brasil S/A, por meio da qual pretende seja revisado contrato de financiamento para aquisição de veículo. Pelo empréstimo de R\$ 7.076,02, comprometeu-se a pagar 36 prestações mensais fixas, no valor de R\$ 331,83 cada, no período de 21.8.2003 a 21.7.2006.

Pagou apenas as duas primeiras prestações. Diante da inadimplência, o Banco ajuizou, em abril de 2004, ação de busca e apreensão do veículo. Em maio de 2004, o autor ingressou com a presente ação, na qual postula sejam declaradas nulas cláusulas que entende abusivas, requerendo sejam limitados os juros remuneratórios (contratados em 3,16% ao mês e 45,25% ao ano) a 12% ao ano; seja vedada a capitalização mensal de juros e afirmada a impossibilidade de cumulação da correção monetária com a comissão de permanência. Como consequência da revisão pretendida, pede seja determinada a "consignação das (34) prestações restantes e que atualmente montam em R\$ 199,72 (cento e noventa e nove reais, setenta e dois centavos) cada uma, acrescidas ainda de correção monetária e juros constitucionais de 1% ao mês (...)" (fl. 15).

A sentença julgou improcedente o pedido. Sobre a alegação de capitalização, afirmou o Juiz Oyama Assis Brasil de Moraes: "Destaco que não há que se falar em capitalização de juros, pois o contrato em discussão prevê juros prefixados (...)" (fl. 86).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento da apelação, quanto à capitalização, afirmou que "o exame do contrato mostra que foram pactuados juros de 3,16% ao mês e 45,25664% ao ano (fl. 16 dos autos da ação de busca e apreensão convertida em depósito), o que demonstra a prática de cobrança de juros sobre juros mensalmente." De qualquer forma, considerou que "mesmo que pactuada a capitalização mensal de juros, esta é inconcebível, eis que o artigo 4º do Decreto n. 22.262/33 não foi revogado pela Lei 4.595/64". Quanto à MP 2.170/36, reputou-a inconstitucional (questão objeto de recurso extraordinário). Considerou admissível a capitalização anual, com base no art. 591 do Código Civil de 2002 (fls. 145-148).

O voto vencido, da lavra do Desembargador Carlos Alberto Etcheverry, na mesma linha da sentença, assentou: "Contudo, trate-se, na espécie de contrato com prestações de valor pré-fixado, acrescidas de juros compostos, modalidade de capitalização cujo afastamento não é viável, dado que empregada, no sistema financeiro tanto para a concessão de mútuos e financiamentos, quanto para a remuneração das diversas operações através das quais as instituições financeiras captam recursos no mercado. Precisamente por isso encontra permissivo em nosso direito, conforme se depreende da leitura do art. 5º da Medida Provisória nº 2.170-36. Nem haveria, de qualquer forma, sentido prático em proibir a utilização de juros com-

postos exercido controle sobre sua eventual excessiva onerosidade, como ocorre neste caso." (fl. 151).

Em síntese, decidiu, por maioria, o acórdão: "inexistindo previsão legal, é incabível a capitalização mensal de juros, em contrato de financiamento garantido por alienação fiduciária, devendo incidir a anual, nos termos do art. 591 do Código Civil". Considerando a existência de encargos abusivos, foi afastada a mora e decretada a improcedência da busca e apreensão.

O acórdão tomado do julgamento dos embargos infringentes, relator o Desembargador Sejalmo Sebastião de Paula Nery, além de afirmar a constitucionalidade da Medida Provisória nº 2.170-36, considerou que, no caso, seria vedada a cobrança da capitalização de juros por ausência de expressa disposição contratual, dado que "a falta de indicação adequada e clara sobre a incidência de capitalização de juros e, tampouco, especificação da periodicidade em que é cobrada (mensal, semestral ou anual) viola o princípio da boa-fé objetiva e do direito básico do consumidor à informação (inciso III do art. 6º do CDC)." (fls. 196-203).

O recurso especial (fls. 208-244) sustenta, entre outros pontos, a legalidade da pactuação de capitalização mensal de juros. Argumenta que "a vedação à capitalização de juros sobre juros ... apenas prejudica a necessária transparência que deve haver nos contratos financeiros por forçar os bancos a embutir nas taxas nominais de juros um adicional equivalente

à capitalização". Friza que, no mercado financeiro internacional, a não capitalização de juros mostra-se como exceção que deve ser expressamente estipulada, por estranha à boa técnica bancária e que, conforme a Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 1963-17, 'ao captar recursos as instituições nacionais remuneram os aplicadores com juros capitalizados. Até mesmo os depósitos da população para pequenos valores (v.g. caderneta de poupança) rendem juros capitalizados.' (...) Acrescenta que, no caso, "mostra-se incabível o seu afastamento, haja vista que os juros contratados foram em valores prefixados, de pleno conhecimento do Recorrido, pois calculados com base na taxa anual constante do contrato."

Foi interposto, também, recurso extraordinário, sendo ambos admitidos.

Assim delimitada a controvérsia, passo a apreciar a questão referente à capitalização de juros, a única a respeito da qual será estabelecida tese para os efeitos do art. 543-C do CPC.

Acompanho o voto do relator, Ministro Luís Felipe Salomão, no que toca à inexistência de impedimento ao exame do recurso especial, em que pese a repercussão geral da matéria reconhecida pelo STF no julgamento do RE 592.377/RS, já que serão examinados no recurso especial apenas os aspectos infraconstitucionais da causa.

Igualmente adiro ao seu entendimento no sentido da possibilidade de "capitalização mensal nos contratos bancários firmados após

31.3.2000, data da publicação da Medida Provisória 1.963-17/00, desde que expressamente pactuada”, primeira das teses assentadas para o efeito do art. 543-C do CPC no item 3.6 do seu douto voto. Conforme exaustivamente demonstrado pelo eminente relator, a jurisprudência de ambas as Turmas da 2^a Seção é unânime quanto à prevalência do art. 5º da referida medida provisória em relação ao art. 591 do Código de 2002.

Neste ponto, assinalo que o art. 5º da Medida Provisória 1.963-17/00 tornou admissível nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional “a pactuação de capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano”; vale dizer, no contrato bancário poderá ser pactuada a capitalização semestral, trimestral, mensal, diária, contínua etc. O intervalo da capitalização deverá ser expressamente definido pelas partes do contrato. Diversa é a disciplina legislativa dos contratos vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação, “a qual somente em recente alteração legislativa (Lei 11.977 de 7 de julho de 2009), previu o cômputo capitalizado de juros em periodicidade mensal” (2^a Seção, Recurso Especial 1.070.297, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, relator Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 18/9/2009 e 2^a Seção, Recurso Especial 1.095.852-PR, DJe 19.3.2012, de minha relatoria, no qual ficou decidido, em esclarecimento ao acórdão do Recurso Especial 1.070.297, que a capitalização anual já era admitida, como regra geral que independe de

pactuação expressa, pelo Decreto 22.626/33, antes, portanto, da Lei 11.977/2009).

Note-se que o art. 15-A da Lei 4.380/64, com a redação dada pela Lei 11.977/2009, dispõe ser “permitida a pactuação de capitalização de juros com periodicidade mensal nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro da Habitação - SFH.”

Em síntese, desde 31.3.2000, data da publicação da Medida Provisória 1.963-17/00, admite-se, nos contratos bancários em geral, a pactuação de capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano (a mensal, inclusive); salvo nos contratos do Sistema Financeiro da Habitação, em relação aos quais até a edição da Lei 11.977/2009 somente era permitida a capitalização anual, passando, a partir de então, a ser admitida apenas pactuação de capitalização de juros com periodicidade mensal, excluída, portanto, a legalidade de pactuação em intervalo diário ou contínuo.

II

O motivo de meu pedido de vista foi a tese assim sintetizada no item 3.6, alínea b, do voto do relator: “a pactuação mensal dos juros deve vir estabelecida de forma expressa, portanto, é necessário que o contrato seja transparente e claro o suficiente a ponto de cumprir o dever de informação previsto no Código de Defesa do Consumidor.”

Não tenho dúvida alguma em aderir às premissas tão bem expostas pelo relator, amparado na doutrina de Cláudia Lima Marques,

Rizzato Nunes e Paulo de Tarso Sanseverino, acerca da absoluta necessidade de que o contrato bancário seja transparente, claro, redigido de forma que o consumidor, leigo, vulnerável não apenas economicamente, mas sobretudo sem experiência e conhecimento econômico, contábil, financeiro, entenda, sem esforço ou dificuldade alguma, o conteúdo, o valor e a extensão das obrigações assumidas. A pactuação de capitalização de juros deve ser expressa. A taxa de juros deve estar claramente definida no contrato. A periodicidade da capitalização também. Sobretudo, não deve pairar dúvida alguma acerca do valor da dívida, dos prazos para pagamento e dos encargos respectivos.

O que se deve entender, todavia, por “capitalização de juros”, admitida pela Lei de Usura (Decreto 22.626/33) apenas em intervalo anual; cuja pactuação em periodicidade inferior a um ano passou a ser permitida pela MP 1.963-17/00 (atual MP 2.170-36)?

Qual o conceito jurídico de capitalização de juros? Haveria identidade, no sistema jurídico vigente, entre os termos “capitalização de juros”, “anatocismo”, “juros compostos”?

A pactuação expressa de taxa efetiva em percentual superior ao da taxa nominal significaria capitalização de juros vedada pela Lei de Usura, apenas permitida mediante expressa pactuação a partir da entrada em vigor da MP 1.963-17/00 atual MP 2.170-36? Sendo este o conceito jurídico da capitalização, seria suficiente, ao perfeito

esclarecimento do devedor, e, portanto, à validade do contrato, a menção expressa ao percentual da taxa mensal e anual, sendo esta superior a doze vezes a mensal (4^a Turma, AgRg no REsp 1.231.210-RS, rel. Ministro Raul Araújo, DJe 1.8.2011, unânime; REsp. 1.220.930, rel. Ministro Massami Uyeda, decisão singular, DJe 9.2.2011; AgRg no REsp 809.882-RS, rel. Ministro Aldir Passarinho, decisão singular, DJ 24.4.2006; 4^a Turma, AgRg no REsp 735.711-RS, rel. Ministro Fernando Gonçalves, unânime, DJ 12.9.2005; 4^a Turma, AgRg no REsp 714.510-RS, rel. Ministro Jorge Scartezzini, unânime, DJ 22.8.2005)? Ou, ao contrário, a pactuação expressa da taxa efetiva superior ao duodécuplo da taxa mensal não seria suficiente para informar o devedor a respeito da capitalização e, portanto, seria inválida a pactuação (4^a Turma, AgRg no REsp 1.306.559-RS, rel. Ministro Luís Felipe Salomão, unânime, DJe 27.4.2012 e 3^a Turma, REsp 1.302.738-SC, rel. Ministra Nancy Andrighi, unânime, DJe 10.5.2012)?

Verifica-se, portanto, que a unanimidade tão bem demonstrada pelo relator no sentido da legalidade da pactuação expressa da capitalização mensal de juros nos contratos bancários posteriores a 31.3.2000 não existe a propósito do que se deva entender como adequada forma de pactuar a capitalização.

Para expor meu entendimento sobre a questão, começo por extrair do sistema jurídico pátrio - mediante a análise não apenas da literalidade das leis, mas sobretu-

do da respectiva interpretação consolidada pela jurisprudência deste Tribunal - o conceito jurídico do que seja a capitalização de juros vedada em intervalo inferior ao anual pela Lei de Usura e, atualmente, admitida pela MP 2.170-36, desde que expressamente pactuada.

A propósito da importância do estabelecimento dos conceitos presentes nas normas jurídicas, invoco a preciosa lição de San Tiago Dantas:

"Em primeiro lugar, submete as normas a um tratamento indutivo, para evidenciar os princípios que nelas se acham inclusos. As normas jurídicas que a primeira vista são desligadas entre si, desde que nós nos ponhamos a raciocinar sobre elas, começam a evidenciar parentesco".

..." "O segundo trabalho do dogmatista é fixar os conceitos com que são construídas as normas. Toda a norma jurídica emprega idéias que são constantes dentro do mesmo sistema de normas. Quando abrem uma lei que se promulga e que contém uma frase dizendo "o dano será composto assim"; e depois outra lei, nas compilações, diz: "no dano observar-se-á tal regra", deverão saber se a palavra dano significa a mesma coisa nesta e na outra lei, se existe este conceito técnico de dano na legislação e, se porventura a lei empregar a palavra noutro sentido, precisar que numa lei é isto e na outra é diferente. É preciso construir os conceitos".

...

"O jurista, além de fixar os conceitos de dogmática, tem de fixar a terminologia".

..."

O Direito não dispensa grande estudo dos termos, porque um erro de termos conduz a um erro de direito. A linguagem está para o jurista como o desenho para o arquiteto. A única maneira de exprimir as categorias lógicas com que ele trabalha é fixar a terminologia, outra preocupação da dogmática." ("Programa de Direito Civil", Teoria Geral, Forense, 3^a edição, 2001, p. 7-8).

Cumpre, portanto, definir o conceito de capitalização de juros no sistema jurídico brasileiro.

O texto legal a ser tomado como ponto de partida para a análise do significado de "capitalização", em nosso sistema jurídico, é o Decreto 22.626/33, o qual assim dispõe:

"Art 1º. É vedado, e será punido nos termos desta lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal (Código Civil, art. 1.062)".

Art 4º. É proibido contar juros dos juros; esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano."

O Decreto 22.626/33, também conhecido como "Lei de Usura", estabeleceu, portanto, duas restrições à liberdade pactuar de taxa de juros: no art. 1º limitou o percentual ao máximo de 12% ao ano (dobro da taxa legal prevista

no Código de 1916) e, no art. 4º, proibiu a contagem de “juros dos juros”, salvo a “acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano”.

O limite previsto no art. 1º ainda está em vigor, não se aplicando, todavia, às instituições financeiras, conforme jurisprudência consolidada na Súmula 596 do STF, segundo a qual “as disposições do Decreto 22.626 de 1933 não se aplicam às taxas de juros e outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integrem o Sistema Financeiro Nacional.” Também o STJ consolidou o entendimento de que “A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade” (Súmula 382) e de que “são inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancários as disposições do art. 591 c/c art. 406 do CC/02” (2ª Seção do STJ no REsp 1.061.530, relatora Ministra Nancy Andrighi). Havendo abuso na fixação contratual das taxas de juros, deverá ser comprovado caso a caso, e invalidado pelo Judiciário com base no Código de Defesa do Consumidor e no princípio que veda o enriquecimento sem causa.

Vale dizer, para as instituições financeiras, não há limite legal fixo; a taxa de juros passível de estipulação contratual legítima varia conforme a conjuntura econômica, podendo ser invalidada pelo Judiciário em caso de comprovado abuso.

A segunda ordem de restrição, contida no art. 4º (proibição da “con-

tagem de juros dos juros, salvo a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano”), é a base legal da Súmula 121 do STF, segundo a qual “É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente pactuada”. Esta restrição, até março do ano 2.000, aplicava-se, na linha da pacífica jurisprudência, também às instituições financeiras, salvo permissão legal prevista em legislação especial, como ocorre com as cédulas de crédito rural, industrial, comercial (Súmula 93/STJ). A partir da entrada em vigor da MP 1.963/00 (atual MP 2.170/01), passou a ser legalmente admitida a pactuação expressa da capitalização de juros em intervalo inferior ao anual.

Vejamos o que se entende por capitalização de juros.

O Vocabulário Jurídico de Plácido e Silva assim define:

“CAPITALIZAÇÃO. Segundo sua origem, tomado em acepção própria, *capitalização*, seja no sentido jurídico, seja no sentido econômico, quer significar a conversão dos rendimentos ou dos frutos de um capital, em *capital*, unindo-se tais frutos ao principal, para se igualarem ou se acumularem a ele.

Desse modo, a *capitalização* mostra-se a gênese de novo capital, que se vem anexar ou acumular ao primitivo, de onde se produziu, para aumentar a sua soma.

A capitalização ocorre segundo se ajustar, pois que, não havendo ajuste ou convenção, em regra não se opera a *capitalização*, isto é, os juros ou as rendas não se acumulam ao capital.

Capitalização. Em acepção especial também se chama de capitalização ao cálculo do valor-capital de um bem produtivo, isto é, a estimativa de sua valia ou de seu preço (capital), tendo-se em conta as suas rendas já vencidas e que nele se computam para efeito desta avaliação."

(Forense, Rio de Janeiro, 8^a edição, 1984, Volume I, p. 373).

O mesmo Vocabulário define anatocismo como sinônimo de capitalização:

"ANATOCISMO. É vocábulo que nos vêm do latim *anatocismus*, de origem grega, significando usura, prêmio composto ou capitalizado.

Desse modo vem significar a contagem ou cobrança de juros sobre juros.

A cobrança ou exigência de juros sobre juros acumulados não é admitida, desde que, resultante de contrato, não exista estipulação que a permita.

Quer isso dizer que a capitalização de juros, isto é, a incorporação dos juros vencidos ao capital, e a cobrança de juros sobre o capital assim capitalizado, somente tem apoio legal quando há estipulação que a autorize.

Desde que não haja esta estipulação, os juros não se capitalizam e, em consequência, não renderão para o credor juros contados sobre eles, mesmo vencidos e escriturados na conta do devedor.

Quando se trata, porém, de juros contados em conta corrente, o próprio Direito Comercial (art. 253) permite a acumula-

ção dos juros vencidos aos saldos liquidados de ano a ano, e, em tal caso, se permite a contagem posterior dos juros sobre os saldos então apurados.

O próprio Cód. Civil brasileiro, em seu art. 1.262, permitiu a capitalização.

Havendo convenção, embora o Código fale em capitalização anual, a contagem dos juros sobre os juros acumulados pode ser permitida semestralmente."

(Forense, Rio de Janeiro, 8^a edição, 1984, Volume I, p. 151).

Nos verbetes "JUROS COMPOSTOS" e "JUROS ACUMULADOS", o Vocabulário de Plácido e Silva limita-se a fazer remissão ao verbo "JUROS CAPITALIZADOS", o qual tem o seguinte texto:

"JUROS CAPITALIZADOS: Expressão usada na técnica do comércio para designar os juros devidos e já vencidos que, periodicamente, se incorporam ao principal, isto é, se unem ao capital representativo da dívida ou obrigação, para constituírem um novo total.

São, assim, juros que se integraram no capital, perdendo sua primitiva qualidade de frutos, para se apresentarem na soma do capital assim constituído.

E, neste caso, se capitalizáveis, em virtude de estipulação ou determinação legal, passam como parcela do capital a produzir frutos, tal qual ele.

Dizem-se, também, *juros compostos*, em oposição aos que não se acumulam, que se dizem *juros simples*."

(Forense, Rio de Janeiro, 8^a edição, 1984, Volume III, p. 36).

O voto do Ministro Luís Felipe Salomão, valendo-se da doutrina de Roberto Arruda de Souza Lima e Adolfo Mamoru Nishiyama, define juros capitalizados como “juros devidos e já vencidos que, periodicamente (v.g., mensal, semestral ou anualmente), se incorporam ao valor principal (in *Contratos Bancários - Aspectos Jurídicos e Técnicos da Matemática Financeira para Advogados*, Editora Atlas S/A, São Paulo: 2007, p. 36).

De todas essas definições, extrai-se que a noção jurídica de “capitalização”, de “anatocismo”, de “juros capitalizados”, de “juros compostos”, de juros acumulados, tratados como sinônimos, está ligada à circunstância de serem os juros vencidos e, portanto, devidos, que se incorporam periodicamente ao capital; vale dizer, não é conceito matemático abstrato, divorciado do decurso do tempo contratado para adimplemento da obrigação. O pressuposto da capitalização é que, vencido o período ajustado (mensal, semestral, anual), os juros não pagos sejam incorporados ao capital e sobre eles passem a incidir novos juros.

Por outro lado, há os conceitos abstratos, de matemática financeira, de “taxa de juros simples” e “taxa de juros compostos”. Dizem respeito ao processo matemático de formação da taxa de juros cobrada. Com o uso desses métodos calcula-se a equivalência das taxas de juros no tempo (taxas equivalentes). Quando a taxa é apresentada em uma unidade de tempo diferente da unidade do período de capitalização diz-se que a taxa

é nominal; quando a unidade de tempo coincide com a unidade do período de capitalização a taxa é a efetiva. Por exemplo, uma taxa nominal 12% ao ano, sendo a capitalização dos juros feita mensalmente. Neste caso, a taxa efetiva é de 1% ao mês, o que é equivalente a uma taxa efetiva de 12,68% ao ano. Se a taxa for de 12% ao ano, com capitalização apenas anual, a taxa de 12% será a taxa efetiva anual.

Extraio de trabalho de autoria de Teotônio Costa Rezende publicado no site da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (www.ufrj.br/posgrad/ppgem/03/64.pdf) as seguintes noções: (1) em um prazo inferior ao período de tempo da taxa (ex: período de 15 dias para uma taxa de juros mensal), o montante dos juros calculados pela sistemática de juros simples é maior do que o montante dos juros compostos. Este fato é resultante da transformação da taxa para períodos menores por meio de taxas proporcionais; (2) no prazo igual ao período da taxa (por exemplo taxa de juros mensal, com juros apurados mensalmente) o montante dos juros calculados pela sistemática de juros simples é igual ao dos juros compostos, não havendo distorções; (3) num prazo superior ao período de tempo da taxa (por exemplo, período de 6 meses e taxa de juros mensal), o montante dos juros calculados pela sistemática de juros simples é menor do que o montante dos juros calculados no modelo de juros compostos. A diferença é tanto maior, quanto for o período considerado.

Essas assertivas somente são válidas se os juros forem apurados a cada período, porém quitados no final do prazo.

Teotônio Costa Rezende também esclarece: “É comum recebermos cálculos mirabolantes, onde se pretende demonstrar que uma taxa de juros anual se multiplica várias vezes se a capitalização passar a ser mensal (por exemplo: uma taxa de 12,0% a.a. passaria para 144% etc.). Na verdade, o critério de capitalização se apura através de exponenciação e não de multiplicação. Se começarmos a simular taxas capitalizadas anualmente, semestralmente, mensalmente, diariamente e continuamente, seremos surpreendidos pelos resultados, uma vez que a diferença entre estas irá ficando cada vez menor, até atingir um limite”. E após descrever a fórmula matemática para a apuração da taxa efetiva, esclarece que à medida que se aumenta o “n” (períodos de capitalização) do divisor da taxa nominal, também se aumenta o “n” exponencial, ou seja, o número a ser potencializado torna-se cada vez menor. E prossegue: “A título de exemplo, veja o que acontece com a maior taxa nominal de juros que praticamos no crédito imobiliário, ou seja, 12,0% a.a. Se capitalizada semestralmente = 12,360% a.a; mensalmente, corresponde a 12,683% a.a.; diariamente = 12,747% a.a e continuamente = 12,750% a.a. Nota-se que a mudança de anual para semestral implicou em um acréscimo de 0,36 pontos percentuais; de semestral para mensal de 0,32 pontos

percentuais; de mensal para diário de 0,06 pontos percentuais e de diário para contínuo praticamente não existe diferença. Duas lições precisam ser extraídas destes comentários: primeiro - o fato de as taxas serem capitalizadas não traz nenhuma mudança astronômica entre taxa nominal e efetiva; segundo - à medida que se aumenta os períodos de capitalização, reduz-se o impacto em termos de proporção do crescimento da taxa efetiva.”

Em síntese, o processo composto de formação da taxa de juros é método abstrato de matemática financeira, utilizado para a própria formação da taxa de juros a ser contratada, e, portanto, prévio ao início de cumprimento das obrigações contratuais. A taxa nominal de juros, em período superior ao período de capitalização (vg, taxa anual, capitalizada mensalmente), equivale a uma taxa efetiva mais alta. Pode o contrato informar a taxa anual nominal, esclarecendo que ela (a taxa) será capitalizada mensalmente; ou optar por consignar a taxa efetiva anual e a taxa mensal nominal a ela correspondente. Não haverá diferença na onerosidade da taxa de juros e, portanto, no valor a ser pago pelo devedor. Trata-se, portanto, apenas de diferentes formas de apresentação da mesma taxa de juros, conforme o tempo de referência. Por ser método científico, neutro, abstrato, de matemática financeira, não é afetado pela circunstância, inerente à cada relação contratual, de haver ou não o pagamento tempestivo dos juros vencidos.

Por outro lado, ao conceito de juros capitalizados (devidos e vencidos), juros compostos (devidos e vencidos), capitalização ou anatocismo é inerente a incorporação ao capital dos juros vencidos e não pagos, fazendo sobre eles incidir novos juros. Não se trata, aqui, de método de matemática financeira, abstrato, prévio ao início da vigência da relação contratual, mas de vicissitude intrínseca à concreta evolução da relação contratual. Conforme forem vencendo os juros, haverá pagamento (aqui não ocorrerá capitalização); incorporação ao capital ou ao saldo devedor (capitalização) ou cômputo dos juros vencidos e não pagos em separado, a fim de evitar a capitalização vedada em lei.

Postos estes conceitos, voltemos ao texto do Decreto 22.626/33. O referido diploma legal veda a contagem de juros dos juros; mas estabelece que a proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano. A pacífica jurisprudência do STJ comprehende que a ressalva permite a capitalização anual como regra aplicável aos contratos de mútuo em geral. Assim, não é proibido contar juros de juros em intervalo anual; os juros vencidos e não pagos podem ser incorporados ao capital uma vez por ano para sobre eles incidirem novos juros (Segunda Seção, EREsp. 917.570/PR, relatora Ministra Nancy Andrighi, DJe 4.8.2008 e REsp. 1.095.852-PR, de minha relatoria, DJe 19.3.2012).

O objetivo do art. 4º do Decre-

to 22.626/33, ao restringir a capitalização, é evitar que a dívida aumente em proporções não antevistas pelo devedor em dificuldades ao longo da relação contratual. Nada dispõe o art. 4º acerca do processo de formação da taxa de juros, como a interpretação meramente literal e isolada de sua primeira parte (é proibido contar juros de juros) poderia fazer supor.

Quanto à taxa de juros, a limitação de percentual máximo (e não restrição quanto ao método matemático de formação da taxa) está estabelecida no art. 1º do mesmo decreto (12% ao ano) e não se aplica, como já exposto, às instituições financeiras.

Como já visto que a taxa nominal tem uma correspondente efetiva (sendo esta superior se calculada em período maior do que o da taxa), e se não há limite legal prefixado para esta taxa efetiva (a qual somente será invalidada pelo Judiciário se comprovadamente abusiva), não me parece coerente com o sistema jurídico vigente, tal como compreendido pela pacífica jurisprudência do STJ e do STF, extinguir do contrato a taxa efetiva expressamente contratada em nome da vedação legal à capitalização de juros.

O coerente com o sistema será, *data maxima venia*, respeitar o contratado, inclusive a taxa efetiva de juros, glosando-a apenas se demonstrado o abuso, nos termos da pacífica jurisprudência assentada sob o rito dos recursos repetitivos. Neste caso, o abuso consistirá no excesso da taxa de juros.

A mera circunstância de estar pactuada taxa efetiva e taxa nominal de juros não implica, portanto, capitalização de juros, mas apenas processo de formação da taxa de juros pelo método composto.

Seria incongruente com o sistema admitir, por exemplo, a legalidade da contratação de taxa de juros calculada pelo método simples de 12% ao ano e não admitir a legalidade da contratação de juros compostos em taxa mensal (expressa no contrato) correspondente a uma taxa efetiva anual inferior (também expressa no contrato).

Esclarecedor o exemplo imaginado pelo Professor José Dutra Vieira Sobrinho:

"O exemplo a seguir evidencia o absurdo que representa a proibição de se capitalizar juros. De acordo com o entendimento jurídico predominante, um empréstimo poderia ser contratado a juros de 1% ao mês, pelo prazo de um ano, desde que não capitalizado, o que totalizaria 12% no vencimento; entretanto, essa mesma operação não poderia ser contratada a juros compostos de 0,75% ao mês pelo mesmo prazo, embora o total no vencimento, de 9,38%, seja menor que o anterior" (extraído do trabalho "Conflitos Judiciais Envolvendo Conceitos Básicos de Matemática Financeira").

A coerência, parâmetro definidor de um sistema de normas como sistema jurídico, é enfatizada por San Tiago Dantas:

"Finalmente, o trabalho de dogmática se conclui pela cons-

trução do sistema. Evidenciar os princípios, induzir os conceitos, fixar a terminologia e construir o sistema de normas jurídicas, que formam a regulamentação da vida numa certa sociedade, isto é um estudo de dogmática jurídica, que quer dizer que é sempre possível construir, com qualquer das instituições e com as normas, um sistema coerente, lógico, em que os institutos se acham evidentemente classificados, em que o mais geral abrange o mais particular e em que, portanto, a inteligência pode penetrar segundo um esquema lógico. Eis porque podemos fazer esta afirmação capital: nem todo corpo de normas é um sistema jurídico.

Se amanhã nos pusermos a legislar para pequena sociedade imaginária ou construída por nós mesmos, e determinarmos normas como estas, "ninguém pode matar", todo mundo pode furtar", "ninguém está obrigado a reparar o prejuízo que causa", "todo mundo está obrigado a compor o que tiver contratado"; poderemos formar um corpo de leis e aplicá-las, mas ninguém pode construir sobre este corpo de leis um sistema. Não se formará dogmática deste corpo de normas, porque veremos que estas várias normas se contradizem, se repelem entre si, e não podemos criar uma ciência jurídica sobre a base de fenômenos desta maneira contraditórios (ob. citada, p. 8-9).

Assim, embora o método composto de formação da taxa de juros seja comumente designado, em textos jurídicos e matemáticos, como "juros compostos", empre-

gada esta expressão também como sinônimo de “capitalização”, “juros capitalizados” e “anatocismo”, ao jurista, na construção do direito civil, cabe definir a acepção em que o termo é usado na legislação, a fim de que os preceitos legais e respectivas interpretações jurisprudenciais não entrem em contradição, tornando incoerente o sistema.

Tomando por base essas premissas, concluo que o Decreto 22.626/33 não proíbe a técnica de formação de taxa de juros compostos (taxas capitalizadas), a qual, repito, não se confunde com capitalização de juros em sentido estrito (incorporação de juros devidos e vencidos ao capital, para efeito de incidência de novos juros, prática vedada pelo art. 4º do citado Decreto, conhecida como capitalização ou anatocismo).

A restrição legal ao percentual da taxa de juros não é a vedação da técnica de juros compostos (mediante a qual se calcula a equivalência das taxas de juros no tempo, por meio da definição da taxa nominal contratada e da taxa efetiva a ela correspondente), mas o estabelecimento do percentual máximo de juros cuja cobrança é permitida pela legislação, vale dizer, como regra geral, o dobro da taxa legal (Decreto 22.626/33, art. 1º) e, para as instituições financeiras, os parâmetros de mercado, segundo a regulamentação do Banco Central (Lei 4.595/64).

Dessa forma, se pactuados juros compostos, desde que a taxa efetiva contratada não exceda o máximo permitido em lei (12%, sob a

élide do Código Civil de 1916, e, atualmente, a taxa legal prevista nos arts. 406 e 591 do Código vigente, limites estes não aplicáveis às instituições financeiras, cf. Súmulas 596 do STF e 382 do STJ e acórdão da 2ª Seção do STJ no REsp 1.061.530, rel. Ministra Nancy Andrighi) não haverá ilegalidade na fórmula adotada no contrato para o cálculo da taxa efetiva de juros embutidos nas prestações.

Este entendimento encontra apoio na doutrina de José Dutra Vieira Sobrinho:

“1.4 – O que é anatocismo
De acordo com a ampla pesquisa que realizei, anatocismo nada tem a ver o critério de formação dos juros a serem pagos (ou recebidos) numa determinada data; ele consiste na cobrança de juros vencidos e não pagos, exatamente como conceitado no Novo Dicionário Brasileiro. E como a legislação brasileira foi inspirada nas leis dos países europeus como a França, Portugal, Alemanha, Itália, Espanha e Holanda, entendo ser importante transcrever o conceito de anatocismo contido nos códigos civis e comerciais de alguns desses países. Embora parte dessas nações tenham promulgado seus códigos civis posteriormente ao ano de 1850, a legislação vigente na época já contemplava aquele conceito. Assim, no Código Civil português, a definição encontrada endossa plenamente o nosso entendimento: “Art. 560 – Para que os juros vencidos produzam juros é necessária convenção posterior ao vencimento; pode haver também juros de

juros, a partir da notificação judicial feita ao devedor para capitalizar os juros vencidos ou proceder ao seu pagamento sob pena de capitalização. Só podem ser capitalizados os juros correspondentes ao período mínimo de um ano."

No Código Civil italiano encontramos entendimento semelhante: "Art. 1283 – Na falta de uso contrário, os juros vencidos só podem produzir juros do dia do pedido judicial, ou por efeito de convenção posterior ao seu vencimento, e sempre que trate de juros devidos pelo menos por 6 meses." E no Código Civil francês, conhecido também por Código de Napoleão, considerado pela maioria dos grandes juristas como o pai de todos os códigos, o entendimento não é diferente: "Art. 1154 – Os juros vencidos dos capitais podem produzir juros, quer por um pedido judicial, quer por uma convenção especial, contando que, seja no pedido, seja na convenção, se trate de juros devidos, pelo menos por um ano inteiro. Com base nessas evidências podemos deduzir que o Art. 253 do nosso Código Comercial editado em 1850, copiado literalmente no Art. 4º do Decreto 22626 de 7 de abril de 1933, foi mal copiado ou mal traduzido. Esse artigo tem a seguinte redação: "É proibido contar juros dos juros; esta proibição não comprehende a acumulação de juros vencidos aos saldos liquidados em conta corrente de ano a ano." Observa-se claramente que primeira frase deveria ser "É proibido contar juros dos juros vencidos, ou ainda, "É proibido calcular juros sobre juros vencidos.

1.5 – Existência do anatocismo e a prática dos juros compostos Entendido o anatocismo tal como foi caracterizado, ele somente existiria se após o vencimento de uma operação o credor cobrasse juros sobre os juros vencidos e não pagos. Vamos esclarecer melhor essa questão como exemplo de um empréstimo de R\$ 1.000,00 para ser quitado por R\$ 1.225,00 no final de 9 meses. O anatocismo somente ocorreria se após o vencimento, e num prazo inferior a 12 meses, o credor cobrasse juros também sobre os juros de R\$ 225,00.

É importante também observar a seguinte questão: o que muda para o devedor ou credor saber, que no exemplo mencionado, a operação custa 2,5% ao mês se calculada a juros simples ou 2,28% se calculada a juros compostos? Para efeitos legais, os dados relevantes são o valor do empréstimo, o valor de resgate e o vencimento; entendo que o critério utilizado para obtenção do valor os juros é absolutamente secundário!" (extraído do trabalho "Conflitos Judiciais Envolvendo Conceitos Básicos de Matemática Financeira").

No caso em exame, os juros contratados foram prefixados no contrato, no qual consta a taxa mensal nominal (3,16% ao mês) e a taxa anual efetiva (45,25% ao ano). Não foi comprovada a abusividade, em termos de mercado, da taxa efetiva de juros remuneratórios pactuada. O valor fixo das 36 prestações igualmente está expresso no contrato, não podendo o consumidor alegar surpresa quanto aos valores

fixos, inalteráveis, das 36 prestações que se comprometeu a pagar. Não está prevista a incidência de correção monetária. A expectativa inflacionária já está embutida na taxa de juros. Após pagar duas prestações, deixou de honrar suas obrigações e ajuizou ação postulando a redução da prestação acordada em R\$ 331,83 para R\$ 199,80.

Na realidade, a intenção do autor/recorrido é reduzir drasticamente a taxa efetiva de juros, usando como um de seus argumentos a confusão entre o conceito legal de "capitalização de juros vencidos e devidos" e o "regime composto de formação da taxa de juros", ambos designados indistintamente na literatura matemática e em diversos textos jurídicos, até mesmo nas informações prestadas nestes autos pelo Banco Central, com o mesmo termo "juros compostos" ou "juros capitalizados".

Não poderia ser, com a devida vénia, mais clara e transparente a contratação do que a forma como foi feita no caso concreto em exame: com a estipulação das prestações em valores fixos e iguais (36 prestações de R\$ 331,83) e a menção à taxa mensal e à correspondente taxa anual efetiva.

Nada acrescentaria à transparência do contrato, em benefício do consumidor leigo, que constasse uma cláusula esclarecendo que as taxas mensal e anual previstas no contrato foram obtidas mediante o método matemático de juros compostos.

Sabedor da taxa mensal e da anual e do valor das 36 prestações fixas, fácil ficou para o consumi-

dor pesquisar, entre as instituições financeiras, se alguma concederia o mesmo financiamento com uma taxa mensal ou anual inferior, perfazendo as prestações fixas um valor menor.

As informações prestadas pelo Banco Central enfatizam que se afastada a legalidade/constitucionalidade da formação composta da taxa de juros haverá "redução da transparência (...) dado que cada instituição financeira poderá apresentar diferentes taxas de juros simples para diferentes prazos, sem que necessariamente seja possível padronizá-las e daí compará-las, caso as instituições se especializem em operações com prazos diversos." (e-STJ fl. 323).

Lê-se, ainda, nas informações do Banco Central (referindo-se, neste ponto, à taxa estipulada sob o regime de juros compostos):

"Ademais, a capitalização de juros é capaz de gerar uma padronização na forma de cômputo e, pela viabilidade do cotejo, fomentar a competição entre as instituições financeiras. Um ambiente mais competitivo é mais apto a gerar reduções nas taxas de juros e nos spreads praticados. É o que concluiu a a Consultoria da Diretoria de Política Econômica do Banco Central em estudo elaborado a pedido desta Procuradoria-Geral para subsidiar esta manifestação da Autarquia: Um terceiro aspecto a ser considerado é a redução de transparência que a decisão [pela inconstitucionalidade] proporcionará, dado que cada instituição financeira poderá apresen-

tar diferentes taxas de juros simples para diferentes prazos, sem que necessariamente seja possível padronizá-las, caso as instituições se especializem em operações com prazos diversos.” (fl. e-STJ 323).

(...)

“Caso seja declarada inconstitucional a medida provisória que permite a capitalização, as instituições financeiras não se limitarão a conceder crédito com as mesmas taxas atualmente praticadas. Certamente, irão praticar taxas nominais equivalentes à taxa capitalizada. Assim, se notará um desestímulo ao alongamento de prazos, pois, como mostra a referida nota técnica, quanto maior o prazo, maior a taxa de juros nominais equivalentes, a qual se apura de forma crescente. O tomador logo se sentirá desestimulado a operar com prazos mais longos, na suposição, equivocada, de que os juros são maiores e, assim, deixará de contratar em melhores condições”. (fl. e-STJ 325).

Por outro lado, se constasse do contrato em exame, além do valor das prestações, da taxa mensal e da taxa anual efetiva, também cláusula estabelecendo “os juros vencidos e devidos serão capitalizados mensalmente”, ou “fica pactuada a capitalização mensal de juros”, por exemplo, como passou a ser admitido pela MP 2.170-36, a consequência para o devedor não seria a mera validação da taxa de juros efetiva expressa no contrato e embutida nas prestações fixas. Tal pactuação significaria que, não paga determinada prestação, sobre

o valor total dela (no qual estão incluídos os juros remuneratórios contratados) incidiriam novos juros remuneratórios a cada mês, ou seja, haveria precisamente a incidência de juros sobre juros vencidos e não pagos incorporados ao capital (capitalização ou anatocismo), prática esta vedada pela Lei de Usura em intervalo inferior a um ano e atualmente permitida apenas em face de prévia, expressa e clara previsão contratual.

Esta prática - capitalização de juros vencidos e não pagos – acabou admitida em nosso sistema jurídico, como regra nas operações bancárias, pela vigente MP 2.170-36, editada, como se verifica das informações do Banco Central, com o intuito de resolver a incerteza jurídica sobre a legalidade do sistema de juros compostos, comumente tratado como sinônimo de “capitalização de juros”, da qual se valiam maus pagadores, gerando o aumento do risco e, portanto, o aumento do spread e das taxas de juros, em prejuízo de todo o sistema financeiro.

A consequência do texto da medida provisória foi permitir, como regra geral para o sistema bancário, não apenas o regime matemático de juros compostos, mas o anatocismo propriamente dito, o qual também tem sua justificativa econômica, assim posta nas informações do Banco Central (fl. 325):

“Acrescente-se, ainda, que a capitalização de juros desestimula as instituições financeiras a renegociarem os contratos com

periodicidade mensal, situação em que, ao final do mês, o valor emprestado, acrescidos dos juros correspondentes, deve ser quitado. Tal situação enseja o chamado 'anatocismo indireto', bem mais oneroso para o devedor, que seria obrigado a captar recursos em outra instituição financeira para adimplir a primeira operação. Desse modo, sob o ponto de vista econômico, a capitalização de juros, tal como prevista pela medida provisória impugnada, apresenta-se muito mais benéfica ao tomador, atendendo assim aos interesses da coletividade (cf. itens 8 e 9 da Exposição de Motivos 210/MF, de 24 de março de 2000). Eis a razão pela qual a medida provisória deve ser mantida."

Conclui-se, portanto, que a capitalização de juros vedada pela Lei de Usura e permitida, desde que pactuada, pela MP 2.170-36, diz respeito às vicissitudes concretamente ocorridas ao longo da evolução do contrato. Se os juros pactuados vencerem e não forem pagos, haverá capitalização (anatocismo, cobrança de juros capitalizados, de juros acumulados, de juros compostos) se estes juros vencidos e não pagos forem incorporados ao capital para sobre eles fazer incidir novos juros.

Não se cogita de capitalização, na acepção legal, diante da mera fórmula matemática de cálculo dos juros. Igualmente, não haverá capitalização ilegal, se todas as prestações forem pagas no vencimento. Neste caso, poderá haver taxa de juros exorbitante, abusiva, cal-

culada pelo método simples ou composto, passível de revisão pelo Poder Judiciário, mas não capitalização de juros.

Pode haver capitalização na evolução da dívida de contrato em que pactuado o regime de juros simples ou o regime de juros compostos. Isso poderá ocorrer, entre outras situações, em caso de inadimplência do mutuário, quando os juros vencidos e não pagos, calculados de forma simples ou composta, forem incorporados ao capital (saldo devedor) sobre o qual incidirão novos juros.

Com base nas premissas expostas acima e na fundamentação anexa, passo a sintetizar a conclusão do voto.

Acompanho o voto do relator quanto à primeira das teses postas em seu douto voto. Penso, todavia, que a redação do enunciado para os efeitos do art. 543-C do CPC deve espelhar-se no texto legal que a embasa, motivo pelo qual sugiro a seguinte redação: "É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano em contratos celebrados após 31.3.2000, data da publicação da Medida Provisória n. 1.963-17/00 (em vigor como MP 2.170-01), desde que expressamente pactuada."

Em divergência parcial, penso, data vénia, que não configura a capitalização vedada pela Lei de Usura e permitida, desde que pactuada, pela MP 2.170-01, a previsão expressa no contrato de taxa de juros efetiva superior à nominal (sistema de juros compostos, utilizado para calcular a equivalência de taxas de juro no tempo).

Caso, todavia, prevaleça o entendimento de que a mera previsão contratual de taxa de juros efetiva superior à nominal implica a capitalização a que se refere a legislação, adiro ao entendimento no sentido da validade da estipulação, perfeitamente compreensível ao consumidor, notadamente em casos como o presente de juros prefixados e prestações idênticas, invariáveis.

A segunda tese que proponho para os efeitos do art. 543-C é, portanto, "A pactuação mensal dos juros deve vir estabelecida de forma expressa e clara. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada."

Anoto que, no presente caso, a pretensão deduzida na inicial foi a de reduzir o próprio valor das 36 prestações acordadas, cuja evolução está demonstrada no anexo a este voto, ou seja voltou-se o devedor contra a taxa de juros compostos, especificada no contrato e embutida nas prestações fixas. Este foi também o fundamento exclusivo do acórdão para reputar presente a capitalização ilegal de juros. Não demonstrada a abusividade em termos de mercado, conforme acentuado no voto do Relator, deve ser mantida a taxa efetiva de juros remuneratórios contratada.

No caso concreto, divergindo parcialmente do relator, voto pela legalidade do regime de juros compostos adotado expressamente no contrato como método de cálculo das prestações. Mantendo, portan-

to, as taxas mensal e anual contratadas. Não havendo ilegalidade na fase de normalidade contratual, restabeleço os efeitos da mora.

Acompanho o relator quanto à comissão de permanência, cuja cobrança na fase de inadimplemento não pode ser acumulada com juros remuneratórios, juros moratórios e multa contratual.

No caso concreto, em síntese, dou provimento ao recurso especial em maior extensão, restabelecendo os ônus da sucumbência fixados na sentença, porque mímina a sucumbência do banco recorrente.

É como voto.

FUNDAMENTAÇÃO ANEXA AO VOTO DO RESP. 973.827 - TABELA PRICE

As prestações sucessivas dos diferentes métodos de amortização abrangem uma parcela de juros (calculados sobre o saldo devedor atualizado, a qual se destina a quitar os juros do período) e outra de amortização, de forma que, quitada a última delas, o saldo devedor seja igualado a zero.

No caso da Tabela Price, o valor da parcela de juros vai decrescendo, na medida em que a parcela de amortização vai crescendo, até findar o prazo do contrato e o saldo devedor, mantendo-se as prestações mensais durante todo o contrato no mesmo valor (SOUZA LIMA, Roberto Arruda e NISHIYAMA, Adolfo Mamoru, "Contratos Bancários - Aspectos Jurídicos e Técnicos da Matemática Financeira para Advogados",

Editora Atlas S/A, São Paulo: 2007, p. 140-141; SACAVONE, Luiz Antônio Junior, "Juros no Direito Brasileiro", RT, 2007, p. 195; DEL MAR, Carlos Pinto, Aspectos Jurídicos da Tabela Price, Editora Jurídica Brasileira, 2001, p. 23; RIZZARDO, Arnaldo, "Contratos de Crédito Bancário", RT, 9ª edição, p. 143 e PENKUHN, Adolfo Mark, "A legalidade da Tabela Price, Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, p. 284). Isso em um ambiente sem inflação ou caso a expectativa de inflação já esteja embutida na taxa de juros, como ocorre no caso em exame. De igual modo, ocorrerá a quitação da dívida no final do prazo contratual se o saldo devedor e as prestações forem reajustados pelo mesmo índice.

O entendimento esposado pelo acórdão recorrido, no sentido de que dívidas decorrentes contratos em que estabelecida taxa de juros pelo método composto são ilegais, alcançaria, pelos mesmos fundamentos, os principais sistemas de amortização adotados internacionalmente e também no Brasil, a saber, Tabela Price, SACRE (Sistema de Amortização Real Crescente), SAC (Sistema de Amortização Constante) e SAM (Sistema de Amortização Misto).

Assim, os incontáveis contratos de mútuo e financiamentos contratados diariamente (antes e depois da MP 2.170-01), por instituições financeiras e estabelecimentos comerciais diversos, de pequeno ou grande porte, para as mais diversas finalidades do setor produtivo, de longo e de curto prazo, estariam destina-

dos à invalidade, alterando-se as bases em que celebrados os contratos, com prejuízo para o contratante de boa-fé, pequeno ou grande comerciante ou instituição financeira, para planos de aplicação de recursos em caderetas de poupança, fundos de investimentos, fundos de previdência, títulos de capitalização e FGTS, em que a remuneração dos investidores também é calculada por meio de juros compostos.

No sistema financeiro, em que cada mutuário ou investidor tem contrato com data-base para o débito ou crédito de juros diversa, sendo o fluxo de recursos (empréstimos e pagamentos, créditos e débitos) diário, a técnica de juros compostos permite a avaliação consistente de ativos e passivos das instituições e a comparação entre as taxas de juros praticadas em cada segmento do mercado.

Exemplo elucidativo da amortização de dívida por meio da Tabela Price é dado por Obed de Faria Junior:

"Assuma você, leitor, que existam economias suas amealhadas com seu trabalho e das quais você não necessita utilizar-se neste momento e que, seu vizinho, amigo de longa data, em face de necessidades inesperadas, lhe venha solicitar um empréstimo de R\$ 1.000,00 para ser pago daqui um ano.

Para efeito de simplificação é de todo aconselhável que desconsideremos os efeitos inflacionários porque isto implicaria em utilizar critérios, fórmulas e cálculos que fugiriam do ânimo de apresentar uma demonstração simplista. (...)

Pois bem, caro leitor, é bastante razoável crer que você não seja um usurário e, menos ainda, que tente levar vantagens indevidas sobre alguém - que dirá de um amigo seu de longa data. Contudo, suas economias compõem seu patrimônio e decorrem do fruto de seu trabalho, razão porque é natural que se estipule alguma remuneração sobre o empréstimo pretendido.

Portanto, seu senso de justiça indica que a cobrança de juros de 1% (um por cento) ao mês são módicos, justos e, até onde dita o senso comum no Brasil, absolutamente legais. Seu vizinho amigo, mutuário nessa relação, concorda com tais encargos e sugere pagar tudo ao final de um ano, isto é: R\$ 1.120,00. Assim, ele lhe estaria reembolsando o principal de R\$ 1.000,00 mais juros de 12% relativos ao ano em que o capital ficaria emprestado.

Nada impediria que tal ajuste fosse feito nessas bases, entretanto, tanto você quanto seu amigo têm plena ciência que esse tipo de negócio não é usual. Afinal, todas as dívidas e obrigações assumidas pelo brasileiro médio - como você e seu vizinho - são contratadas para serem saldadas em prestações mensais. Ainda, é lógico acreditar, inclusive, que tais economias estivessem devidamente aplicadas num Fundo de Investimentos ou Caderneta de Poupança que geram rendimentos, no mínimo, uma vez por mês. Assim, sua contraproposta é de que seu vizinho faça amortizações mensais desse empréstimo, de forma que, ao final, daqui um ano, toda a dívida esteja paga.

O negócio está evoluindo bem e seu amigo concorda com a esti-

pulação de pagamentos mensais. Assim, ele lhe propõe que, a cada mês e durante doze meses, pagaria R\$ 10,00 (dez reais), que representam exatamente 1% do valor do empréstimo e, no último vencimento, daqui um ano, saldaria também o principal. Isso equivaleria aos mesmos R\$ 1.120,00, porém, pagos de uma forma mais razoável, como se a todo mês ele "renovasse" o empréstimo.

Apesar de seu inegável senso de justiça, você entende que mais justo é que sejam pagos, a cada mês, não só os juros, mas também parcelas do principal emprestado, o que seu vizinho aceita meio a contragosto, pois afinal ele precisa do dinheiro.

Então, você sugere a seu amigo dividir o valor total em doze vezes, isto é R\$ 1.120,00: 12 meses, o que implicaria em pagamentos mensais de R\$ 93,33. Ou seja, 12 parcelas de 83,33 que representariam os R\$ 1.000,00 do empréstimo, mais 12 parcelas de R\$ 10,00, que equivaleriam a 1% ao mês sobre o valor emprestado. Seu vizinho coça a cabeça e, constrangido, lhe informa que tal forma não seria correta, porque se ele estaria pagando, a cada mês, parte do empréstimo, não seria justo que pagasse o mesmo valor de juros todo mês sobre o montante total.

A partir disso, ele sugere as 12 parcelas do principal, no caso, R\$ 83,33 a cada mês e, no final os juros sobre elas. Você, obviamente, diz que em princípio isso seria bom, contudo, não saberia dizer qual o valor dos juros ao final de um ano. Seu amigo, mais que depressa, toma papel e caneta e faz a seguinte conta:

Hoje, você me empresta	1.000,00		
Devolvo daqui 1 mês	-83,33	1%	-0,83
Devolvo daqui 2 meses	-83,33	2%	-1,67
Devolvo daqui 3 meses	-83,33	3%	-2,50
Devolvo daqui 4 meses	-83,33	4%	-3,33
Devolvo daqui 5 meses	-83,33	5%	-4,17
Devolvo daqui 6 meses	-83,33	6%	-5,00
Devolvo daqui 7 meses	-83,33	7%	-5,83
Devolvo daqui 8 meses	-83,33	8%	-6,67
Devolvo daqui 9 meses	-83,33	9%	-7,50
Devolvo daqui 10 meses	-83,33	10%	-8,33
Devolvo daqui 11 meses	-83,33	11%	-9,17
Devolvo daqui 12 meses	-83,33	12%	-10,00
Total da devolução daqui a 1 ano	-1.000,00		
Pago os juros daqui 12 meses ?			-65,00

Você olha bem para o cálculo de seu vizinho e, mesmo assim, acha que não ficou bom, porque vocês já haviam concordado que ele iria pagar, todo mês, tanto os juros como parte do empréstimo. O único problema

seria que sua conta de R\$ 93,33 todo mês estava errada. Então, você começa a refazer a conta, considerando que devam ser pagos, todos os meses, juros e parcelas do valor do empréstimo:

Empréstimo hoje	1.000,00		
Juros de 1%	10,00		
Pagto. dos juros daqui 1 mês	-10,00		
Pagto. parte do empréstimo daqui 1 mês	-83,33	-93,33	1º Pagto.
Saldo	916,67		
Juros de 1%	9,17		
Pagto. dos juros daqui 2 meses	-9,17		
Pagto. parte do empréstimo daqui 2 meses	-83,33	-92,50	2º Pagto.
Saldo	833,34		
Juros de 1%	8,33		
Pagto. dos juros daqui a 3 meses	-8,33		
Pagto. parte do empréstimo daqui 3 meses	-83,33	-91,66	3º Pagto.
Saldo	750,01		
Juros de 1% ...			

Seu vizinho interrompe seu cálculo e diz que os valores mensais de juros que você está calculando são iguais aos que ele havia calculado, só que “de trás

para frente”. Portanto, seguindo tal raciocínio, os valores das parcelas que você estaria calculando seriam:

Hoje, você me empresta	1.000,00		
Devolvo daqui 1 mês	-83,33	-10,00	- 93,33
Devolvo daqui 2 meses	-83,33	-9,17	- 92,50
Devolvo daqui 3 meses	-83,33	-8,33	- 91,66
Devolvo daqui 4 meses	-83,33	-7,50	- 90,83
Devolvo daqui 5 meses	-83,33	-6,67	- 90,00
Devolvo daqui 6 meses	-83,33	-5,83	- 89,16
Devolvo daqui 7 meses	-83,33	-5,00	- 88,33
Devolvo daqui 8 meses	-83,33	-4,17	- 87,50
Devolvo daqui 9 meses	-83,33	-3,33	- 86,67
Devolvo daqui 10 meses	-83,33	-2,50	- 85,84
Devolvo daqui 11 meses	-83,33	-1,67	- 85,01
Devolvo daqui 12 meses	-83,33	-0,83	- 84,17
Total da devolução daqui a 1 ano -	1.000,00	-65,00	- 1.065,00

Então os amigos parecem ter chegado a um consenso, pois desta forma, você receberia todos os meses os juros e parcelas proporcionais do empréstimo e seu vizinho desembolsaria, ao final, os mesmos R\$ 65,00 de juros calculados por ele próprio.

Contudo, apesar da concordância, ambos entendem que me-

lhore seria se todas as parcelas tivessem o mesmo valor todos os meses, para facilitar o controle dos pagamentos e recebimentos.

Nesse ponto, você e seu amigo começam a confabular para encontrar uma solução que seja adequada. No verso daquele papel relacionam as contas que fizeram até então:

Todo o empréstimo daqui um ano	1.000,00
+ Juros sobre tudo daqui um ano	120,00
Total	1.120,00
Todo o empréstimo daqui um ano	1.000,00
+ 12 parcelas de juros de R\$ 10,00	120,00
Total	1.120,00
Tudo dividido em 12 x R\$ 93,33	1.120,00
(esse está errado)	
O empréstimo em 12 x R\$ 83,33	1.000,00
+ Juros sobre tudo daqui um ano	65,00
Total	1.065,00
Tudo em 12 parcelas de valores diferentes (93,33;92,50; ...)	1.065,00

Você e seu vizinho já estão quase fechando o negócio, porém, não chegam a um valor que seja idêntico todos os meses e que satisfaça o interesse de ambos.

Seu vizinho, entretanto, vai buscar em casa um velho livro de

matemática financeira que ele utilizou no "colegial" e que possui várias tabelas no apêndice. Lá, você localiza uma tal de "Tabela Price" onde identifica: (...)

Diante disso, seu amigo faz o novo cálculo:

Valor do empréstimo	=	R\$ 1.000,00
Taxa de juros	=	12% a.a.
Número de prestações	=	12
Fator da TP	=	0,088849
Valor da prestação :		
R\$ 1.000,00 x 0,088849	=	R\$ 88,85
Tudo dividido em 12 x R\$ 88,85	=	1.066,20

Você não fica muito convencido e questiona seu amigo porque o resultado, afinal, não seria muito mais do que o R\$ 83,33 por mês que, inclusive com os juros, haviam totalizado R\$ 1.065,00 no outro cálculo anterior. Ele, entretanto, diz que o cálculo com o qual vocês concordaram também alcançava a cifra total de R\$ 1.065,00 e dessa forma, também não chegaria aos R\$ 1.120,00 daquela conta que você mesmo havia reconhecido que estava errada.

Diante disso - e pondo um ponto final nas tratativas - os valores das prestações e do total de pagamentos foram aceitos como corretos por ambos, porque se situaram num nível intermediário e aparentemente razoável. Assim, o negócio foi fechado nessa forma: você entregou os R\$ 1.000,00 a seu amigo e ele se comprometeu a pagar 12 prestações mensais de R\$ 88,85.

Entretanto, dias depois, após ter pego o dinheiro e utilizado para o que necessitava, seu amigo retornou até sua casa e lhe disse que não iria mais pagar os R\$ 88,85 por mês, porque ele leu em algum lugar que a Tabela Price seria ilegal e que você estaria abusando da situação de necessidade em que ele se encontrava.

E você, que sempre agiu dentro da maior honestidade, ficou es-

pantado com a reação de seu amigo, que lhe pediu um favor, concordou com todas as condições no momento de tomar o empréstimo e, depois, veio alegando que não iria pagar o combinado porque teria sido enganado.

Por certo, uma amizade de longo tempo vale mais que R\$ 1.000,00. Entretanto, o que é certo é certo! Perguntou você a seu amigo qual a alternativa que ele encontrava para o pagamento da dívida. Ele, cheio de brios, invocou parâmetros mais justos como são utilizados por povos mais adiantados do que o brasileiro. Assim, sugeriu que fossem buscadas na "Internet" fórmulas de cálculo dentro de parâmetros americanos ou europeus.

Assim, foram ambos a frente do computador e lá, após pesquisarem alguns dicionários virtuais, descobriram os seguintes termos em outros idiomas para fazer uma busca:

- "Loan payment calculator" - em inglês
- "Calcul d'amortissement financier" - em francês
- "Calcolo rata di mutuo" - em italiano
- "Calculadora de prestamo" - em espanhol; e
- "Anleihe kalkulation" - em alemão.

A tela multicolorida do computador começou a retornar pá-

ginas que continham calculadoras virtuais de financiamentos e empréstimos, tanto nos Estados Unidos da América como na Europa. Obviamente, foram inseridas as informações dos empréstimos combinado, para aferir-se o resultado. O que se descobriu, ao final de tal busca, foi que:

- em outros países, assim como no Brasil, é perfeitamente possível ajustar amortizações parciais ou liquidação antecipada de mútuos o que, em si, reduz o valor das parcelas e dos juros pagos;
- as taxas de juros praticadas em economias mais sólidas que a do Brasil são inferiores do que as que aqui se praticam; e
- quando o interesse do mutuário é pagar prestações de valor igual durante todo o período de empréstimo, sem nenhuma amortização parcial, o resultado da conta é absolutamente igual ao do cálculo feito com base na Tabela Price." ("Da inocorrência do anatocismo na

Tabela Price: uma análise técnico-jurídica", texto extraído do *Jus Navegandi*)

No caso concreto em exame no REsp. 973.827-RS, o valor do financiamento foi de R\$ 7.076,02 (R\$ 6.980,00 mais R\$ 96,02 do IOF), com taxa mensal de 3,16000% e taxa anual efetiva de 45,25664% expressamente consignadas no contrato (conforme consta do acórdão recorrido). O pagamento foi acordado em 36 prestações fixas e iguais (fato incontrovertido afirmado na inicial e na contestação), estabelecidas no contrato no valor de R\$ 331,83, o que indica que o método de amortização adotado foi a Tabela Price, cuja característica é, precisamente, possibilitar o pagamento de prestações iguais de amortização e juros, ficando quitada a dívida com o pagamento da última prestação. O esquema abaixo simula a evolução das prestações, mês a mês, em situação de adimplemento contratual:

Data Num.	Prestação	Juros	Amortização	Prestação	Saldo	Devedor
21-jul-03	-	-	-	-	-	7.076,02
21-ago-03	1	223,60	108,29	331,89	6.967,73	
21-set-03	2	220,18	111,71	331,89	6.856,02	
21-out-03	3	216,65	115,24	331,89	6.740,78	
21-nov-03	4	213,01	118,88	331,89	6.621,89	
21-dez-03	5	209,25	122,64	331,89	6.499,25	
21-jan-04	6	205,38	126,52	331,89	6.372,73	
21-fev-04	7	201,38	130,51	331,89	6.242,22	
21-mar-04	8	197,25	134,64	331,89	6.107,58	
21-abr-04	9	193,00	138,89	331,89	5.968,69	
21-mai-04	10	188,61	143,28	331,89	5.825,41	
21-jun-04	11	184,08	147,81	331,89	5.677,60	
21-jul-04	12	179,41	152,48	331,89	5.525,12	
21-ago-04	13	174,59	157,30	331,89	5.367,82	
21-set-04	14	169,62	162,27	331,89	5.205,55	
21-out-04	15	164,50	167,40	331,89	5.038,15	
21-nov-04	16	159,21	172,69	331,89	4.865,46	
21-dez-04	17	153,75	178,14	331,89	4.687,32	

... cont.

Data Num.	Prestação	Juros	Amortização	Prestação	Saldo	Devedor
21-jan-05	18	148,12	183,77	331,89	4.503,55	
21-fev-05	19	142,31	189,58	331,89	4.313,97	
21-mar-05	20	136,32	195,57	331,89	4.118,40	
21-abr-05	21	130,14	201,75	331,89	3.916,64	
21-mai-05	22	123,77	208,13	331,89	3.708,52	
21-jun-05	23	117,19	214,70	331,89	3.493,81	
21-jul-05	24	110,40	221,49	331,89	3.272,33	
21-ago-05	25	103,41	228,49	331,89	3.043,84	
21-set-05	26	96,19	235,71	331,89	2.808,13	
21-out-05	27	88,74	243,16	331,89	2.564,98	
21-nov-05	28	81,05	250,84	331,89	2.314,14	
21-dez-05	29	73,13	258,77	331,89	2.055,37	
21-jan-06	30	64,95	266,94	331,89	1.788,43	
21-fev-06	31	56,51	275,38	331,89	1.513,05	
21-mar-06	32	47,81	284,08	331,89	1.228,97	
21-abr-06	33	38,84	293,06	331,89	935,91	
21-mai-06	34	29,57	302,32	331,89	633,60	
21-jun-06	35	20,02	311,87	331,89	321,73	
21-jul-06	36	10,17	321,73	331,89	0,00	

Verifica-se, do esquema acima, que os juros sempre incidem sobre o saldo devedor do mês anterior, não havendo incorporação de juros ao capital. Por exemplo: ao final do primeiro mês, sobre o valor inicial de R\$ 7.076,02 x 3,16% a.m, temos juros de R\$ 223,60. Como a prestação foi de R\$ 331,89, a diferença, R\$ 108,29 foi amortizada na dívida, resultando em saldo devedor de R\$ 6.967,73. Ao final do 2º mês, sobre o capital (saldo devedor do mês anterior), R\$ 6.967,73, incidiram juros de 3,16% a.m no valor de R\$ 220,18, sendo amortizado o valor de R\$ 111,71. Novamente os juros incidiram apenas sobre o capital e, assim, sucessivamente, o valor da quota de juros foi decrescendo e o da amortização aumentando, até que, na 36ª prestação (R\$ 10,17 de juros e R\$ 321,73 de amortização, perfazendo a prestação fixa de R\$ 331,89), foi quitada integralmente a dívida.

A capitalização de juros somente ocorrerá, no caso concreto em exame, em face do inadimplemento do devedor, se o credor fizer incidir novos juros remuneratórios sobre o valor dos juros vencidos e não pagos (embutidos estes nas prestações não pagas no vencimento).

Diversamente, em contratos de longa duração, em que as prestações são contratualmente sujeitas a índice de correção diferente do índice adotado para a correção monetária do saldo devedor, como é o caso dos contratos de financiamento habitacional celebrados no âmbito do sistema financeiro da habitação, é frequente a situação em que o valor da prestação mensal deixa, ao longo do contrato, de ser suficiente para o pagamento dos juros do período. Acontecerá, então, a capitalização vedada pela Lei de Usura, a qual somente passou a ser admitida, no SFH, com a entrada em vigor da Lei

11.977/2009. O anatocismo é, todavia, consequência não da fórmula matemática da Tabela Price, utilizada para o cálculo da prestação inicial do contrato, mas do descompasso entre os índices de correção das prestações (salário do mutuário) e do saldo devedor (TR), no curso da evolução do contrato. Neste caso, a solução que vem sendo preconizada pela jurisprudência, inclusive do STJ, é a contagem dos juros vencidos em conta separada, sobre a qual incide apenas a correção monetária (cf, entre outros, AgRg no REsp 954113 / RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, 1^a Turma, pub. DJe 22/09/2008).

Neste ponto, registro que trabalhos de autoria do já citado Teotonio Costa Rezende dão conta da ampla utilização da Tabela Price nos sistemas jurídicos de diversos países (Estados Unidos, Canadá, França, Espanha, Portugal, México, Uruguai, Argentina, Chile, Colômbia), com destaque para o caso da Colômbia, onde o Poder Judiciário proibiu a capitalização de juros em qualquer período, quando se trata de crédito imobiliário, porém adotou a Tabela Price (com o nome de Sistema de Amortización Gradual ou Sistema de Cuota Constante) como sistema-padrão exatamente por considerar que tal sistema de amortização não contempla capitalização de juros (“Sistemas de amortização e retorno do capital” e “Lei de Usura, Tabela Price e capitalização de juros”, publicados na Revista do Sistema Financeiro Imobiliário, n. 32 e 33, nov. 2010 e abr. 2011, respectivamente).

Por fim, lembro o esforço de Roberto Arruda de Souza Lima e Adolfo Mamoru Nishiyama, após ressaltar o amplo emprego do Sistema Francês de Amortização no Brasil, tanto por instituições financeiras (empréstimos e financiamentos), quanto no comércio (vendas parceladas), ao justificar a procura por um sistema de amortização não concebido mediante o uso de juros compostos, em substituição à Tabela Price, cuja legalidade no sistema jurídico pátrio é questionada:

“Não se trata de buscar redução nas taxas de juros, pois os juros são determinados pelo mercado. Uma metodologia com juros simples implicaria ou na alteração das taxas pactuadas (para ficarem equivalentes às taxas compostas) ou no processo de embutir juros ao preço. Em ambos, o resultado financeiro é o mesmo, mas com grande diferença de ser estritamente legal (SCAVONE-JÚNIOR, 1999).

(...)

Não é uma tarefa fácil obter uma fórmula que, dado o valor de principal (P), juros (i) e o número de prestações (n), resulte em:

- Prestações (PMT) iguais (de valores constantes);
- a soma do valor presente, **calculado pelo método dos juros simples**, de todas as prestações (PMT), seja igual ao principal (P).” (ob. citada, p. 141-152)

E, após elaborar cálculos complexos, propõe uma fórmula acoplada a uma tabela, ressalvando:

“A utilização da tabela possui limitações, sendo a mais evidente a impossibilidade de prever todas as possíveis combinações de taxas de juros e número de prestações. E, nesse caso, a solução é realizar o cálculo para o caso específico, ou utilizar uma aproximação do valor correto da prestação.” (ob. citada, p. 152)

Não me parece, data maxima vénia, favorável aos direitos do consumidor, ao princípio da transparência e à segurança jurídica, proscrever a Tabela Price, método amplamente adotado, há séculos, no mercado brasileiro e mundial, substituindo-a por fórmula desconhecida, insatisfatória, conforme reconhecido pelos esforçados autores que a conceberam, em nome de interpretação meramente literal e assistemática da Lei de Usura.

VOTO-VOGAL

EXMO. SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO: Sr. Presidente, no caso, noto que o próprio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, examinando o contrato, considerou suficiente a menção às taxas, porque diz: *“O exame do contrato mostra que foram pactuados juros de 3,16% a.m. e de 45,25664% a.a., o que demonstra a prática de cobrança de juros sobre juros mensalmente.”*

Quer dizer, o Tribunal também entendeu que não há dificuldade alguma em, fazendo-se o comparativo entre taxa mensal e taxa anual, constatar-se a existência de juros compostos.

Agora, o que esse voto denso, técnico, científico da Sra. Ministra

Isabel Gallotti traz de fundamental é que nos convida a encerrarmos o erro definitivo que cometemos, que é um erro conceitual, de denominar de capitalização o que não é; o que é, na verdade, apenas juros compostos.

Os juros compostos estão previstos em todos os contratos bancários, sabemos. E o que é capitalização, que sempre tratamos como se fosse o mesmo que juros compostos? Capitalização é: “Em face da ausência de pagamento, a incidência de novos juros, juros novos, sobre aqueles juros já computados em razão da pactuação dos juros compostos.” Isso é que é capitalização, científicamente, um conceito primoroso que nos traz, amparada em doutrina fundamental, a eminentíssima Ministra Isabel Gallotti.

Sr. Presidente, para mim, é suficiente.

Estou aderindo ao brilhante, judicioso e científico voto da eminentíssima Ministra Isabel Gallotti, com a devida vénia do eminentíssimo Relator, Ministro Luis Felipe Salomão.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO

(Relator):

Sr. Presidente, com a vénia da Sra. Ministra Isabel Gallotti, acompanho o voto do Sr. Ministro Luis Felipe Salomão, Relator.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA: Sr. Presiden-

te, com a devida vênia do Sr. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, estou aderindo à proposta da Sra. Ministra ISABEL GALLOTTI.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MARCO BUZZI:

Acompanho a Sra. Ministra Isabel Gallotti.

MINISTRO MARCO BUZZI

MINISTRO

PRESIDENTE O SR. MINISTRO SIDNEI BENETI

RELATOR O SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

SEGUNDA SEÇÃO - SESSÃO DE JULGAMENTO 27/06/2012

RATIFICAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO:

(...)

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Isabel Gallotti divergindo do Sr. Ministro Relator e dando provimento ao recurso especial em maior extensão, no que foi acompanhada pelos Srs. Ministros Raul Araújo, Antonio Carlos Ferreira, Villas Bôas Cueva e Marco Buzzi, a Seção, por maioria, deu provimento ao recurso especial, em maior extensão, vencidos os Srs. Ministros

Relator, Paulo de Tarso Sanseverino e Nancy Andrichi.

Lavrará o acórdão a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti.

Para os efeitos do artigo 543, C, do CPC, foram fixadas as seguintes teses:

1) É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano em contratos celebrados após 31/3/2000, data da publicação da Medida Provisória nº 1.963-17/2000, em vigor como MP nº 2.170-01, desde que expressamente pactuada;

2) A pactuação mensal dos juros deve vir estabelecida de forma expressa e clara. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada.

Votaram vencidos os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Paulo de Tarso Sanseverino e Nancy Andrichi.

Votaram com a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti os Srs. Ministros Raul Araújo, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Buzzi.

Impedido o Sr. Ministro Massami Uyeda.

Brasília, 27 de junho de 2012
ANA ELISA DE ALMEIDA KIRJNER
Secretária

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Retificada, por unanimidade, a proclamação ocorrida na sessão do dia 27/06/2012 para modificação do item 2 das teses fixadas para os efeitos do artigo 543, C, do CPC, passando o item 2 a ser o seguinte: "... 2) A capitalização dos juros em periodicidade inferior à anual deve vir pactuada de forma expressa e clara. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada."

RETIFICADA, FICA A PROCLAMAÇÃO INTEGRAL DA SEGUINTE FORMA:

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Isabel Gallotti divergindo do Sr. Ministro Relator e dando provimento ao recurso especial em maior extensão, no que foi acompanhada pelos Srs. Ministros Raul Araújo, Antonio Carlos Ferreira, Villas Bôas Cueva e Marco Buzzi, a Seção, por maioria, deu provimento ao recurso especial, em maior extensão, vencidos os Srs. Ministros Relator, Pau-

lo de Tarso Sanseverino e Nancy Andrighi.

Lavrará o acórdão a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti.

Para os efeitos do artigo 543, C, do CPC, foram fixadas as seguintes teses:

1) É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano em contratos celebrados após 31/3/2000, data da publicação da Medida Provisória nº 1.963-17/2000, em vigor como MP nº 2.170-01, desde que expressamente pactuada;

2) A capitalização dos juros em periodicidade inferior à anual deve vir pactuada de forma expressa e clara. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada.

Impedido o Sr. Ministro Massami Uyeda.

Ausente, justificadamente, na assentada do dia 08/08/2012, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Brasília, 08 de agosto de 2012.
ANA ELISA DE ALMEIDA KIRJNER
Secretária

Superior Tribunal de Justiça

Contrato de conta-corrente. Cabimento da ação de prestação de contas (súmula 259). Interesse de agir. Revisão de cláusulas contratuais. Comissão de permanência, juros, multa, tarifas. Impossibilidade.¹

EMENTA OFICIAL

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE CONTA-CORRENTE. CABIMENTO DA AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS (SÚMULA 259). INTERESSE DE AGIR. REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA, JUROS, MULTA, TARIFAS. IMPOSSIBILIDADE.

1. O titular de conta-corrente bancária tem interesse processual para exigir contas do banco (Súmula 259). Isso porque a abertura de conta-corrente tem por pressuposto a entrega de recursos do correntista ao banco (depósito inicial e eventual abertura de limite de crédito), seguindo-se relação duradoura de sucessivos créditos e débitos. Por meio da prestação de contas, o banco deverá demonstrar os créditos (depósitos em favor do correntista) e os débitos efetivados em sua conta-corrente (cheques pagos, débitos de contas, tarifas e encargos, saques etc) ao longo da relação contratual, para que, ao final, se apure se o saldo da conta corrente é positivo ou negativo, vale dizer, se o correntista tem cré-

dito ou, ao contrário, se está em débito.

2. A entrega de extratos periódicos aos correntistas não implica, por si só, falta de interesse de agir para o ajuizamento de prestação de contas, uma vez que podem não ser suficientes para o esclarecimento de todos os lançamentos efetuados na conta-corrente.

3. Hipótese em que a padronizada inicial, a qual poderia servir para qualquer contrato bancário, bastando a mudança do nome das partes e do número da conta-corrente, não indica exemplos concretos de lançamentos não autorizados ou de origem desconhecida e sequer delimita o período em relação ao qual há necessidade de prestação de contas, postulando sejam prestadas contas, em formato mercantil, no prazo legal de cinco dias, de todos os lançamentos desde a abertura da conta-corrente. Tal pedido, conforme voto do Ministro Aldir Passarinho Junior, acompanhado pela unanimidade da 4ª Turma no REsp. 98.626-SC, "soa absurdo, posto que não é crível que desde o início, em tudo, tenha havido erro ou suspeita de equívoco dos extratos já apresentados."

¹ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201001372942&dt_publicacao=24/10/2012>. Acesso em: 25 out. 2012.

4. A pretensão deduzida na inicial, voltada, na realidade, a aferir a legalidade dos encargos cobrados (comissão de permanência, juros, multa, tarifas), deveria ter sido veiculada por meio de ação ordinária revisional, cumulada com repetição de eventual indébito, no curso da qual pode ser requerida a exibição de documentos, caso esta não tenha sido postulada em medida cautelar preparatória.

5. Embora cabível a ação de prestação de contas pelo titular da conta-corrente, independentemente do fornecimento extrajudicial de extratos detalhados, tal instrumento processual não se destina à revisão de cláusulas contratuais e não prescinde da indicação, na inicial, ao menos de período determinado em relação ao qual busca esclarecimentos o correntista, com a exposição de motivos consistentes, ocorrências duvidosas em sua conta-corrente, que justificam a provocação do Poder Judiciário mediante ação de prestação de contas.

6. Agravo regimental a que se dá provimento. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista da Ministra Maria Isabel Gallotti, dando provimento ao agravo regimental para negar provimento ao recurso especial, divergindo do relator, e os votos dos Ministros Antonio Carlos Ferreria, Marco Buzzi e Raul Araújo, no sentido da divergência, a Quarta Quarta Turma, por maioria, deu provi-

mento ao agravo regimental para negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto divergente da Ministra Maria Isabel Gallotti, que lavrará o acórdão, nos termos do RISTJ, art. 52, II. Vencido o Relator, Ministro Luis Felipe Salomão. Votaram com a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti os Srs. Ministros Raul Araújo, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi.

Brasília/DF, 25 de setembro de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI

Relatora

AgRg no REsp 1.203.021 - DJe
24.10.2012

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO(Relator):

1. Cuida-se de agravo regimental interposto pelo HSBC BANK BRASIL S/A BANCO MÚLTIPLO, contra decisão de fls. 291-292, que deu provimento recurso especial da ora agravada, pelos seguintes fundamentos:

"2. Razão assiste ao corrente, porquanto verifica-se nítido o interesse processual do agravado na tutela jurisdicional do Estado para fazer com que o ente financeiro preste contas dos lançamentos realizados nas faturas mensais. O dever de prestar contas da instituição financeira ao seu cliente/ correntista está consolidado no entendimento desta Corte, a teor da Súmula nº 259/STJ: "A ação de prestação de contas pode ser proposta pelo titular de conta-corrente bancária."

A jurisprudência do STJ orienta-se no sentido de que não é possível exigir do cliente do banco que detalhe, de forma rigorosa, os pontos duvidosos surgidos durante a relação jurídica mantida.

3. Outrossim, o cliente não pode atender à exigência de fornecer elementos ao juiz sobre os fatos dos quais procura informar-se, porquanto é exatamente deles que não tem conhecimento.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA-CORRENTE. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. PEDIDO GENÉRICO. INOCORRÊNCIA. DIVERGÊNCIA NÃO DEMONSTRADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ.

I - A jurisprudência do STJ orienta-se no sentido de que não é possível exigir do cliente do banco uma pormenorização rigorosa dos pontos que se lhe apresentam duvidosos, durante a relação jurídica mantida. Incidência da Súmula 83/STJ.

II. Agravo improvido. (AgRg no Ag 812.923/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 7/8/2008, DJe 28/8/2008)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE OFENSA AO ARTIGO 535 DO CPC. INÉPCIA. PETIÇÃO INICIAL. DESCRIÇÃO SUFICIENTE DOS FATOS. DOCUMENTOS DESVINCULADOS

COM A NARRAÇÃO DOS FATOS. SÚMULA 7. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. INTERESSE PROCESSUAL.

(...) - Independentemente do fornecimento de extratos bancários e da prova de prévio pedido de esclarecimento, se há dúvida quanto à correção dos valores lançados na conta, há interesse processual na ação de prestação de contas. (AgRg no Ag 792320/SP, TERCEIRA TURMA, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 30/4/2007).

BANCO. PRESTAÇÃO DE CONTAS. CONTA CORRENTE. O correntista tem o direito de propor ação de prestação de contas ao Banco com o qual manteve contrato de conta corrente, solicitando informações sobre a natureza dos lançamentos unilateralmente efetuados.

- Recurso conhecido e provido. (REsp 238162/RJ, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, DJ 15/5/2000 p. 167)

PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS - LANÇAMENTOS EM CONTA-CORRENTE - PEDIDO GENÉRICO - INEXISTÊNCIA - INDICAÇÃO DO PERÍODO E DOS LANÇAMENTOS DE DÉBITO A SEREM ESCLARECIDOS.

1 - Na ação de prestação de contas, inexiste pedido genérico se o autor indica o período e os lançamentos de débito efetuados pela instituição financeira a serem esclarecidos. Esta Corte de Uni-

formização já decidiu no sentido da negativa do direito ao exercício da ação em exame na hipótese de se exigir do autor detalhada descrição, na petição inicial, de datas, itens e lançamentos realizados em sua conta-corrente em desconformidade com o contrato celebrado entre as partes. Ademais, é direito do correntista solicitar informações acerca dos lançamentos realizados unilateralmente pelo Banco.

2 - Precedentes (REsp nºs 175.569/SC, 238.162/RJ, 114.237/SC; e AgRg no AgRg no AgRg no Ag nº 402.420/SE).

3 - Recurso não conhecido. (REsp 242.204/RJ, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, DJ 22/8/2005 p. 275)

AGRADO INTERNO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS - INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - LEGITIMIDADE E INTERESSE - CORRENTISTA - DISCORDÂNCIA DOS LANÇAMENTOS EFETUADOS EM CONTA CORRENTE - PRECEDENTES DA SEGUNDA SEÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - SÚMULA 83/STJ.

Segundo entendimento perfilhado pela Segunda Seção desta Corte, ao correntista de instituição financeira que discorde dos lançamentos constantes de seus extratos bancários, assiste legitimidade e interesse para ajuizar ação de prestação de contas visando obter pronunciamento judicial acerca de sua correção ou incorreção.

Agravo desprovido. (AgRg no AgRg no Ag 402.420/SE, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, DJ 4/11/2002 p. 201)

4. Diante do exposto, com fundamento no artigo 557, § 1º-A, do CPC, conheço do recurso especial e, na extensão, na extensão, dou-lhe provimento a fim de restabelecer a r. sentença que condenou a Instituição Financeira, ora recorrida, a prestar contas ao autor na forma pleiteada.
Ônus de sucumbência invertidos."

O agravante sustenta, que não estariam preenchidos os requisitos previstos no art. 557 do CPC, uma vez que a matéria em discussão não é pacífica na jurisprudência.

Por fim, reitera as alegações veiculados nas razões do recurso especial e pugna pela sua apreciação. É o relatório.

VOTO VENCIDO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):
(...)

VOTO-VISTA

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI: - Em 23.5.2008, Paulo Henrique de Moura ajuizou ação de prestação de contas em face de HSBC Bank Brasil S.A. com o intuito de obter a movimentação financeira da conta-corrente 27039-79, da agência 1811, com discriminação de "...todas as taxas, tarifas, multa, percentuais, modo de apli-

cação dos juros, existência de cumulação de encargos moratórios e remuneratórios com comissão de permanência, tributos que incidiram sobre cada uma das operações durante toda a vigência da conta corrente (desde sua abertura até o presente momento), especialmente ao que diz respeito aos encargos de utilização na conta corrente, e demais movimentações nesta, demonstrando-as não somente em valores como contabilizando-as e também motivando-a..." (fl. 9).

Deferida a gratuitade judiciária provisoriamente à fl. 24.

O Juízo de Direito da 7ª Vara Cível de Curitiba julgou procedente o pedido, condenando o réu a prestar as contas em formato mercantil no prazo de cinco dias, bem como condenou a instituição financeira ao pagamento de verba honorária de R\$ 200,00.

Apelou o banco e, adesivamente, o autor, pretendendo a majoração dos honorários advocatícios.

O recurso do HSBC, por unanimidade, foi provido pela 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, conduzida pelo voto do Desembargador Laertes Ferreira Gomes, conforme ementa lavrada nos seguintes termos (fl. 159):

"APELAÇÃO. PRESTAÇÃO DE CONTAS. PRIMEIRA FASE, PROCEDEnte. CARÊNCIA DE AÇÃO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. PEDIDO GENÉRICO. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE PROVA DE LANÇAMENTOS DUVIDOSOS. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM

EXAME DO MÉRITO. ART. 267, VI, O CPC. INVERSÃO DO ÔNUS SUCUMBENCIAL. RECURSOS PREJUDICADOS."

No especial, interposto com base na Constituição Federal, art. 105, III, alínea "c", o autor-recorrente alega que não está obrigado a discriminar na inicial os lançamentos que reputa irregulares e que a ação postula unicamente a correta aplicação das cláusulas que foram pactuadas, propósito compatível com a primeira fase da ação de prestação de contas.

Em função disso, salienta que possui interesse processual na demonstração da efetiva aplicação das cláusulas contratuais na consolidação dos encargos que adimpliu.

Invoca divergência e promove o confronto analítico com o AgRg no Ag 812.923/PR (3ª Turma, Rel. Ministro Sidnei Beneti, DJe de 28.8.2008 - fls. 180/185), o REsp 242.204/RJ (4ª Turma, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, DJU de 22.8.2005 - fls. 187/191) e o REsp 828.350/RS (3ª Turma, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, DJU de 13.8.2007, fls. 193/196), nos quais se reconheceu ao consumidor o direito aos esclarecimentos pleiteados, interpretação diversa da empregada pela Corte estadual.

A instituição financeira apresentou contrarrazões às fls. 203/211, alegando a falta de demonstração do dissídio segundo os requisitos legais, infringência ao enunciado 7 da Súmula do STJ e, no mérito, que as alegações são genéricas, devendo ser mantido o acórdão estadual que concluiu pela falta de interesse de agir.

O recurso foi admitido na origem pela decisão presidencial de fls. 213/215.

O relator, Ministro Luís Felipe Salomão, deu provimento ao recurso especial, restabelecendo a sentença (fls. 230/232), na esteira de julgados paradigmáticos, que, com base no enunciado 259 da Súmula, dispensam a pormenorização das discordâncias.

Inconformado, o banco HSBC Bank Brasil S.A. - Banco Múltiplo, interpôs agravo regimental no qual sustenta que a matéria não é pacífica no STJ, o que não recomenda a utilização do art. 557, § 1º-A, do CPC; levanta novamente a preliminar de ausência de interesse de agir por falta de impugnação específica dos lançamentos reputados indevidos, além de arguir a prescrição trienal dos juros e de outras prestações acessórias.

Apresentado o feito em mesa na sessão da Quarta Turma do dia 15.12.2011, o voto do relator propôs a negativa de provimento ao recurso do banco.

Na oportunidade, pedi vista dos autos para melhor exame da controvérsia e comparação com outros feitos da mesma procedência que a mim foram distribuídos.

Assim posta a controvérsia, passo à análise da questão.

É certo que a "ação de prestação de contas pode ser proposta pelo titular de conta-corrente bancária" (Súmula 259).

Há, pois, consenso de que o titular de conta-corrente bancária tem legitimidade ativa e interesse processual para exigir contas da instituição bancária. Isso porque a

abertura de conta-corrente tem por pressuposto a entrega de recursos do correntista ao banco (depósito inicial e eventual limite de crédito aberto em favor do correntista), seguindo-se relação duradoura de sucessivos créditos e débitos. Por meio da prestação de contas, o banco deverá demonstrar os créditos (depósitos em favor do correntista) e os débitos efetivados em sua conta-corrente (cheques pagos, débitos de contas, saques etc) ao longo da relação contratual, para que, ao final, se apure se o saldo da conta-corrente é positivo ou negativo, vale dizer, se o correntista tem crédito ou, ao contrário, se está em débito.

Também não é objeto de discussão que a entrega de extratos periódicos aos correntistas não implica, por si só, falta de interesse de agir para o ajuizamento de prestação de contas, uma vez que podem não ser suficientes para o esclarecimento de todos os lançamentos efetuados na conta-corrente a respeito dos quais tem dúvida o consumidor.

No caso em exame, alega o autor, na inicial, que "foram lançados valores em débito, os quais não encontram respaldo no contrato vigente entre as partes (...)" (...) "sem prévio conhecimento ou autorização do consumidor" (fl. e-STJ 5); aventa a eventual ilegalidade de encargos cobrados e menciona a falta de compreensão das abreviaturas constantes dos extratos mensais. Não delimita um período da longa relação contratual durante o qual teria havido lançamentos não esclarecidos, duvi-

dosos, indevidos ou ilegais. Pede a prestação de contas desde a abertura da conta-corrente até a atualidade.

Não especifica o autor, portanto, nenhum exemplo concreto de lançamento não autorizado, de origem desconhecida, designado por abreviatura não compreensível ou impugnado por qualquer motivo legal ou contratual. A genérica inicial poderia servir para qualquer contrato bancário, bastando a mudança do nome das partes e do número da conta-corrente.

Recordo-me de que, ao levar a julgamento, perante a 2^a Seção, o recurso repetitivo (REsp. 1.117.614) a propósito de questão de há muito pacificada na jurisprudência da 3^a e da 4^a Turma - a inaplicabilidade do prazo de decadência (90 dias), previsto no art. 26 CDC, para a reclamação pelos vícios aparentes ou de fácil constatação, às cobranças de tarifas por serviços bancários - fui surpreendida com os carentes memoriais e sustentação oral que preconizavam a mudança do entendimento desta Corte, sob o argumento de que estaria formada verdadeira "indústria de ações de prestação de contas" em alguns Estados, animada pela impossibilidade de ordem prática de prestação de contas de longa relação contratual (eventualmente pelo período de 20 anos) no exíguo prazo legal de 5 dias. Diante dessa impossibilidade, a qual acarreta invariavelmente a condenação dos bancos, na primeira fase da ação, aos ônus da sucumbência, postulava-se fosse reconhecida a decadência do direito de apresen-

tar reclamação após o prazo de 90 dias de cada lançamento.

Ponderei, então, que a causa de tão grande número de ações, em geral padronizadas, estava relacionada ao conjunto da jurisprudência do STJ desenvolvida a partir da edição da Súmula 259, no sentido de que as ações de prestação de contas de tal tipo de relação contratual, a despeito de sua longa e indefinida duração e da remessa periódica de extratos, podem ser ajuizadas, livres de ônus e de qualquer risco processual pelo correntista, bastando-lhe indicar o número de sua conta-corrente, sem a especificação dos lançamentos duvidosos ou questionáveis, sem o pagamento das tarifas bancárias exigíveis para o fornecimento de segunda via de extratos e, muitas vezes, sob o pálio da assistência judiciária em razão de alegada impossibilidade de pagamento de custas.

A liberalidade dessa jurisprudência ensejou abusos, é certo, mas não poderia, no meu entender, ser a justificativa para suprimir o direito do correntista de, após o exíguo prazo de decadência (90 dias), questionar fundamentadamente a legalidade de débito feito em sua conta-corrente, desde que dentro do prazo de prescrição. Embora já pacificada a questão, houve polêmica e, após sucessivos pedidos de vista, a 2^a Seção, por maioria, reafirmou a inaplicabilidade do prazo de decadência do art. 26 CDC para o questionamento da cobrança de tarifas por serviços bancários.

A profícua discussão levou-me a este pedido de vista, a fim de

analisar os precedentes da Súmula 259 e verificar extensão do entendimento nela compendiado, à luz da realidade atual.

Passo, pois, a analisar alguns dos precedentes da referida súmula.

No REsp. 12.393-0/SP, 4ª Turma, relator o Ministro Sálvio de Figueiredo, decidiu-se que "ao correntista que, recebendo extratos bancários, discorde dos lançamentos deles constantes, assiste legitimidade e interesse para ajuizar ação de prestação de contas visando a obter pronunciamento judicial acerca da correção ou incorreção de tais lançamentos" (DJ 28.4.1994, grifo não constante do original). Neste precedente, controvertia-se sobre a existência ou não de interesse, por parte de correntista que tem por incorretos os lançamentos constantes dos extratos de movimentação fornecidos extrajudicialmente pela instituição bancária, para ajuizar ação de prestação de contas, com vistas a obter pronunciamento judicial acerca da exatidão, ou não, do conteúdo das contas oferecidas e rejeitadas. Após esclarecer que a ação de prestação de contas divide-se em duas fases, discutindo-se, na primeira, apenas se o réu está ou não obrigado a prestar contas e, na segunda, procedendo-se ao exame das contas oferecidas visando à apuração da existência de saldo em favor de uma ou de outra parte, observou o eminentíssimo relator que, no caso em exame, a primeira fase fora esvaziada, não havendo lide, pois o banco reconhecia, ao enviar os extratos, a existência da obrigação de prestar contas.

Remanesce, contudo, o interesse de agir, porque o correntista não havia aceito como boas as contas ofertadas. E prosseguiu o Ministro Sálvio de Figueiredo, invocando a lição de Adroaldo Furtado Fabrício:

"Nem só em juízo se podem prestar e tomar contas. Ressalvados aqueles casos em que as contas são dadas ao próprio juízo, como as de tutores e curadores, em todas as demais hipóteses, tratando-se de obrigação de origem negocial, a prestação de contas pode e, em princípio, deve ser feita extra-judicialmente.

O oferecimento ou a exigência das contas por via das ações correspondentes só se justifica quando haja recusa ou mora da parte contrária em recebê-las ou em dá-las, ou quando a forma amigável se torne impossível em razão de dissídio entre as partes quanto a composição das parcelas de 'deve' e 'haver'. Por outras palavras, o emprego da ação em causa, sobre qualquer de suas modalidades, pressupõe divergência entre as partes, seja quanto a existência mesma obrigação de dar contas, seja sobre o estado delas, vale dizer, sobre a existência, o sentido ou o montante do saldo" ("Comentários ao Código do Processo Civil", vol. VIII, Tomo III, Forense, 4ª ed., 1992, nº 255, p. 235).

E, voltando ao caso em julgamento, concluiu o Ministro Sálvio de Figueiredo:

"No caso em tela, em que a própria autora fez juntar à inicial

os extratos que lhe foram enviados, mais se evidencia o despropósito de falar-se em primeira fase, dada a limitação do âmbito da controvérsia à exatidão, ou não, dos lançamentos, ficando o resultado da causa condicionado somente ao oferecimento de demonstração comprobatória e justificadora dos mesmos.

Em conclusão: a apresentação dos extratos pelo banco, embora importando no reconhecimento de sua obrigação de prestar contas ao correntista-corrente, não retira a este a possibilidade de, discordando dos lançamentos deles constantes, valer-se da ação de prestação de contas para obter pronunciamento judicial acerca da correção ou não de tais lançamentos, hipótese em que o processo se desenvolve em uma única fase e os ônus da sucumbência são fixados em função apenas do êxito ou fracasso quanto à exatidão das contas extrajudicialmente ofertadas.

Em face do exposto, conhecendo do recurso pela alínea c do permissivo constitucional, dou-lhe provimento para, afastando a carência decretada em segundo grau, ensejar da eg. Câmara julgadora sobre as demais questões que lhe foram devolvidas ao conhecimento."

O ponto de vista divergente era sustentado, na 3^a Turma, pelo Ministro Eduardo Ribeiro. Segundo seu entendimento, manifestado no REsp. 68.575-RS, ao qual aderiu o Ministro Menezes Direito, se as contas forem apresentadas pelo banco de forma clara, "não há jus-

tificativa para a ação de pedir contas, o que importaria movimentar a Jurisdição para pleitear se determinasse fizesse o réu aquilo que já havia feito. Aquele a quem sejam devidas, entretanto, poderá discordar dos lançamentos. Nem por isso teria interesse em pedir contas. Poderá tê-lo em obter pronunciamento judicial sobre os elementos apresentados, com a consequente fixação do saldo devedor ou credor. Por isso ajuizará demanda, impugnando o que lhe parecer inexato e pleiteando sentença que disponha sobre aquele saldo. Trata-se de providência substancialmente idêntica, ainda que processualmente distinta, da prevista no §1º do artigo 915 do Código de Processo Civil". Foi vencedor o voto do Ministro Waldemar Zveiter, sintetizado na seguinte ementa:

"PROCESSUAL CIVIL. PRESTAÇÃO DE CONTAS. INTERESSE DE AGIR.

I - Ao correntista que, recebendo extratos bancários, discorde dos lançamentos deles constantes, assiste legitimidade e interesse para ajuizar ação de prestação de contas visando a obter pronunciamento judicial acerca de correção ou incorreção de tais lançamentos (REsp nº 12.395.0/SP).

II Recurso conhecido e provido." (REsp.68575-RS, rel. Min Waldemar Zveiter, Terceira Turma, pub. D.J. 15/9/97).

Dentre os demais precedentes da súmula, destaco o REsp. 264.506/ES, relator o Ministro Aldir Passarinho Júnior, no qual se considerou cabível a prestação de contas, porque

justificado o pedido "por correntista que questiona a natureza de transferência e débitos em conta corrente lançados pela instituição depositária" (DJ 26.3.2001). No REsp. 198.071/SP, relator o Ministro Barros Monteiro, decidiu-se que "ao concorrentista que, recebendo extratos bancários, discorde dos lançamentos deles constantes, assiste legítimo interesse para intentar ação de prestação de contas, visando a obter pronunciamento judicial acerca da correção ou incorreção de tais lançamentos" (DJ 24.5.1999). No REsp. 184.283/SP, afirmou-se "O correntista, inconformado com os lançamentos feitos em sua conta corrente, sem condições de conhecer a natureza e a origem dos registros constantes dos extratos bancários que recebe, tem legítimo interesse de propor a ação de prestação de contas" (DJ 22.3.1999). Os grifos não constam dos originais. No mesmo sentido, o REsp. 114.237/SC, relator Ministro Waldemar Zveiter, DJ 1.3.1999; REsp. 75.612/SC, rel. Ministro Costa Leite, DJ 4.3.1996.

A Súmula 259 pacificou, portanto, a divergência de entendimento a propósito do cabimento, ou não, de ação de prestação de contas quando o banco já apresenta extrajudicialmente, mediante o envio de extratos claros, suficientes à compreensão de todos os lançamentos efetuados. Não se cogitava, nos primeiros precedentes da Súmula 259, de iniciais vagas, genéricas, sem especificação dos lançamentos duvidosos ou sequer do período em que ocorreram os débitos acerca dos quais se busca esclarecimento.

É certo que a jurisprudência evoluiu a ponto de, atualmente, diversos precedentes admitirem a ação de prestação de contas genérica, sem necessidade de menção aos lançamentos duvidosos ou sequer de especificação de período em que ocorreram, bastando a menção do número da conta e a afirmação de que se busca prestação de contas desde a sua abertura até os dias atuais.

Este entendimento extensivo da Súmula 259, embora reiterado, não é unânime. Transcrevo elucidativo voto do Ministro Aldir Passarinho Junior, relator de parte dos precedentes da Súmula 259, ao qual adiro integralmente:

"É certo que o entendimento consagrado nesta Corte é no sentido de que os correntistas fazem jus à prestação de contas, para esclarecimento de dúvidas sobre lançamentos feitos em seus extratos, independentemente do fornecimento destes, como se infere dos seguintes acórdãos:

'Ação de prestação de contas. Depósito bancário conta corrente.

Interesse processual. Ementa da inicial. O correntista inconformado com os lançamentos feitos em sua conta corrente, sem condições de conhecer a natureza e a origem dos registros constantes dos extratos bancários que recebe, tem legítimo interesse de propor ação de prestação de contas. Não indicado na inicial o período a que se refere, incide o disposto no art. 284 do CPC.'

Recurso conhecido, pela divergência, e provido em parte.' (4ª Turma, REsp n. 156.319/SC, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, unânime, DJU de 22.06.1998)

'AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. DISCORDÂNCIA ACERCA DE LANÇAMENTOS FEITOS EM CONTA-CORRENTE. INTERESSE DE AGIR.'

Ao correntista que, recebendo extratos bancários, disconcorde dos lançamentos deles constantes, assiste legítimo interesse para intentar a ação de prestação de contas, visando a obter pronunciamento judicial acerca da correção ou incorreção de tais lançamentos.

Precedentes.

Recurso especial conhecido e provido.'

(4ª Turma, REsp n. 198.071/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, unânime, DJU de 24.05.1999)

Ocorre, porém, que não basta a mera presunção genérica de que há possível erro nos lançamentos para respaldar uma ação judicial, sendo necessária indicação consistente da irregularidade, sob pena de se encetar um litígio judicial em tese e praticamente condicional.

Nesse sentido:

'PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. INTERESSE. FATURAS DE CARTÃO DE CRÉDITO. LANÇAMENTOS. FALTA DE INDIVIDUALIZAÇÃO. CARÊNCIA DE AÇÃO. SÚMULA N. 7-STJ.'

I. Inobstante se reconheça o dever de prestação de contas pela administradora do cartão de crédito, firmou o

Tribunal a quo a carência da ação com base em omissões da exordial sobre os lançamentos, o que envolve matéria fática, cujo reexame é obstado pela Súmula n. 7 do STJ.

II. Recurso especial não conhecido.'

(4ª Turma, REsp n. 469.931/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, unânime, DJU de 02.06.2003)

Aqui, além de não explicitar, fundamentada e concretamente, as razões para a postulação da contas, a autora ainda pretende que elas se estendam a todo o período de dez anos (cf. fl. 6), em que é correntista da instituição bancária ré, o que soa absurdo, posto que não é crível que desde o início, em tudo, tenha havido erro ou suspeita de equívoco dos extratos já apresentados.

A pretensão da autora soa, na verdade, como protelatória.

Ante o exposto, não conheço do recurso especial."

(4ª Turma, REsp. 98.626-SC, unânime, negrito não constante do original).

O acórdão no REsp. 98.626-SC foi assim ementado:

"CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. MOVIMENTAÇÃO DE CONTA-CORRENTE. POSTULAÇÃO GENÉRICA NA INICIAL, SEM MAIOR EXPLICITAÇÃO DE MOTIVOS CONCRETOS AO EMBASAMENTO DA DEMANDA. EXORDIAL INDEFERIDA.

I. Conquanto seja direito do cliente de entidade bancária obter a prestação de contas sobre os lançamentos efetuados em

sua conta-corrente, independentemente do fornecimento de extratos pelo réu, imprescindível se faz concreta indicação e fundamentação, na inicial, das irregularidades detectadas, sendo imprestável a mera referência genérica e vazia a respeito, na interpretação do Tribunal estadual sobre os fatos narrados, que não é possível rever em sede especial, ao teor da Súmula n. 7 do STJ.

II. Recurso especial não conhecido."

No caso em exame, depreende-se da leitura da genérica inicial a inconformidade do autor com o saldo de sua conta-corrente, aventurendo ele a ilegalidade dos encargos contratados, tais como comissão de permanência, juros, multa, tarifas etc. Pede seja acertada a relação jurídica, a fim de que se apure se está em débito ou possui crédito perante a instituição financeira, caso em que esta deverá ser condenada a ressarcir-lhe o que pagou em excesso.

A pretensão deduzida na inicial, voltada a aferir a legalidade dos encargos cobrados (comissão de permanência, juros, multa, tarifas), deveria ter sido veiculada, portanto, por meio de ação ordinária revisional, cumulada com repetição de eventual indébito, no curso da qual, se insuficientes os extratos, pode ser requerida a exibição de documentos, caso esta não tenha sido postulada em medida cautelar preparatória.

A propósito, a jurisprudência de ambas as Turmas que compõem a Segunda Seção reconhece a impossibilidade de revisão de cláusulas

contratuais em sede de ação de prestação de contas, em razão da diversidade de ritos.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

"CUMULAÇÃO DE PEDIDOS. NULIDADE DE CONTRATO, INEXIGIBILIDADE DE TÍTULOS DE CRÉDITO E PRESTAÇÃO DE CONTAS. INADMISSIBILIDADE EM RELAÇÃO A ESTA ÚLTIMA. - De feições complexas e comportando duas fases distintas, inadmissível é a cumulação da ação de prestação de contas com as ações de nulidade de contratos e declaratória de inexigibilidade de títulos, por ensejar tumulto e desordem na realização dos atos processuais. Precedente da Quarta Turma. Recurso especial conhecido e provido parcialmente."

(4ª Turma, REsp 190.892/SP, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, unânime, DJU de 21.8.2000)

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS. REVISÃO CONTRATUAL. PRESTAÇÃO DE CONTAS. RITOS. INCOMPATIBILIDADE.

1. Consoante entendimento desta Corte, é inviável a cumulação de ação de revisão de cláusulas contratuais com ação de prestação de contas, em face da diversidade dos ritos. Precedentes.

2. Agravo regimental desprovido."

(4ª Turma, AgRg no REsp 739.700/RS, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, unânime, DJU de 22.10.2007)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA. PEDIDO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. CUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCOMPATIBILIDADE DE RITOS.

1. É impossível cumular ação de prestação de contas com ação ordinária em que se busca a revisão contratual, em face da incompatibilidade de ritos.

2. Agravo regimental desprovindo."

(4^a Turma, AgRg no Ag 1.094.287/MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, unânime, DJe de 27.5.2010)

"AGRADO REGIMENTAL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. REVISÃO CONTRATUAL. CUMULAÇÃO. RITOS. INCOMPATIBILIDADE.

I - Consoante entendimento desta Corte, é inviável a cumulação de ação de revisão de cláusulas contratuais com ação de prestação de contas, em face da diversidade dos ritos. Precedentes.

Agravo Regimental improvido."

(3^a Turma, AgRg no REsp 1.177.260/PR, Rel. Ministro SIDNEY BENETI, unânime, DJe de 7.5.2010)

Em síntese, embora cabível a ação de prestação de contas pelo titular da conta-corrente (Súmula 259), independentemente do fornecimento extrajudicial de extratos detalhados, tal instrumento processual não se destina à revisão de cláusulas contratuais e não prescinde da indicação, na inicial, ao menos de período determinado em relação ao qual busca esclarecimentos o correntista, com a exposição de motivos consistentes, ocorrências duvidosas em sua conta-

corrente, que justificam a provocação do Poder Judiciário mediante ação de prestação de contas.

Em face do exposto, rogando vênias ao eminente Relator, dou provimento ao agravo regimental para negar provimento ao recurso especial.

É como voto.

VOTO-VOGAL

EXMO. SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO: Sr. Presidente, também entendo que têm havido abusos no manejo dessas ações de prestação de contas, o que nos leva a refletir sobre a excessiva liberalidade com a qual temos admitido essas ações. Há necessidade de se formular, de forma mais criteriosa, a admissibilidade das ações de prestação de contas, como agora nos convida o voto da eminente Ministra Isabel Gallotti, a quem peço vênias a V. Exa. para acompanhar.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA: Sr. Presidente, cumprimento a eminente Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI pelo voto, pela pormenorizada pesquisa sobre a origem e a evolução da jurisprudência, que traz novas luzes à jurisprudência da Corte, inclusive chamando a atenção para a circunstância da utilização inadequada da ação de prestação de contas, que muitas vezes tem inspiração e motivações menos nobres.

Por isso, cumprimentando a eminente Ministra ISABEL GALLOTTI e

pedindo vênia a V. Exa., acompanho a divergência.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MARCO BUZZI:

Sr. Presidente, da mesma sorte, acompanho também a divergência.

MINISTRO MARCO BUZZI

MINISTRO

PRESIDENTE O SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

RELATOR O SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista da Ministra Maria Isabel Gallotti, dando provimento ao agravo regimental para negar provimento ao recurso especial, divergindo do relator, e os votos dos Ministros Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Raul Araújo, no sentido da divergência, a Quarta Turma, por maioria, deu provimento ao agravo regimental para negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto divergente da Ministra Maria Isabel Gallotti, que lavrará o acórdão, nos termos do RISTJ, art. 52, II. Vencido o Relator, Ministro Luis Felipe Salomão.

Votaram com a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti os Srs. Ministros Raul Araújo, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi.

Superior Tribunal de Justiça

Sistema Financeiro da Habitação. Pedido de cobertura securitária. Vícios na construção. Agente financeiro. Illegitimidade.¹

EMENTA OFICIAL

RECURSO ESPECIAL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. PEDIDO DE COBERTURA SECURITÁRIA. VÍCIOS NA CONSTRUÇÃO. AGENTE FINANCEIRO. ILEGITIMIDADE.

1. Ação em que se postula complementação de cobertura securitária, em decorrência danos físicos ao imóvel (vício de construção), ajuizada contra a seguradora e a instituição financeira estipulante do seguro. Comunhão de interesses entre a instituição financeira estipulante (titular da garantia hipotecária) e o mutuário (segurado), no contrato de seguro, em face da seguradora, esta a devedora da cobertura securitária. Illegitimidade passiva da instituição financeira estipulante para responder pela pretendida complementação de cobertura securitária.

2. A questão da legitimidade passiva da CEF, na condição de agente financeiro, em ação de indenização por vício de construção, merece distinção, a depender do tipo de financiamento e das obrigações a seu cargo, podendo ser distinguidos, a grosso

modo, dois gêneros de atuação no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, isso a par de sua ação como agente financeiro em mútuos concedidos fora do SFH (1) meramente como agente financeiro em sentido estrito, assim como as demais instituições financeiras públicas e privadas (2) ou como agente executor de políticas federais para a promoção de moradia para pessoas de baixa ou baixíssima renda.

3. Nas hipóteses em que atua na condição de agente financeiro em sentido estrito, não ostenta a CEF legitimidade para responder por pedido decorrente de vícios de construção na obra financiada. Sua responsabilidade contratual diz respeito apenas ao cumprimento do contrato de financiamento, ou seja, à liberação do empréstimo, nas épocas acordadas, e à cobrança dos encargos estipulados no contrato. A previsão contratual e regulamentar da fiscalização da obra pelo agente financeiro justifica-se em função de seu interesse em que o empréstimo seja utilizado para os fins descritos no contrato de mútuo, sendo de se ressaltar que o imó-

¹ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1009553&sReg=200802640490&sData=20120206&formato=PDF>. Acesso em: 25 out. 2012.

vel lhe é dado em garantia hipotecária.

4. Hipótese em que não se afirma, na inicial, que a CEF tenha assumido qualquer outra obrigação contratual, exceto a liberação de recursos para a construção. Não integra a causa de pedir a alegação de que a CEF tenha atuado como agente promotor da obra, escolhido a construtora ou tido qualquer responsabilidade relativa à elaboração ao projeto.

5. Recurso especial provido para reconhecer a ilegitimidade passiva *ad causam* do agente financeiro recorrente.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista da Ministra Maria Isabel Gallotti, dando provimento ao recurso, no que foi acompanhada pelos Ministros João Otávio de Noronha e Raul Araújo, a Turma, por maioria, deu provimento ao recurso especial. Vencido o Relator, Ministro Luis Felipe Salomão, que lhe negava provimento.

Lavrará o acórdão a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti. Votaram com a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti os Srs. Ministros Raul Araújo e João Otávio de Noronha.

Impedido o Sr. Ministro Antônio Carlos Ferreira.

Brasília (DF), 09 de agosto de 2011 (Data do Julgamento).

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI

Relatora

REsp 1.102.539 – DJe 06.02.2012

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. Maria de Lourdes de Almeida e outros seis autores ajuizaram ação objetivando indenização, cumulada com obrigação de fazer, em face de Caixa Seguradora S/A e Caixa Econômica Federal (CEF), noticiando que são moradores do Condomínio Habitacional Pinheiros, bloco 3-A, localizado em Recife/PE, cuja obra foi financiada e fiscalizada pela Caixa Econômica Federal, e que desde a entrega dos apartamentos vêm os mutuários e moradores reclamando, sem sucesso, dos vícios e defeitos de construção do empreendimento, bem como da ausência de registro da incorporação. Somente após o Ministério Público Estadual tomar ciência do fato, bem como comprovado o risco de desabamento, é que a CEF e Caixa Seguradora compeliram os moradores do Condomínio Pinheiros a desocupar os apartamentos, para que fossem iniciadas as obras de recuperação. A ação proposta, destarte, pretende resarcimento de todos os danos decorrentes dos vícios de construção, inclusive os havidos em razão da desocupação das unidades habitacionais, quais sejam, o pagamento de aluguel no valor de R\$ 500,00 mensais, taxa de condomínio, IPTU e conta de energia, pedido compatível com a locação de imóvel do mesmo padrão popular daquele então financiado.

O Juízo Federal da 6ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco concedeu parcialmente a anteci-

pação da tutela pleiteada, asseverando, no particular à legitimidade da CEF para responder à demanda, o seguinte:

“É lícito cogitar-se da responsabilidade da Caixa Econômica Federal e da seguradora quanto aos possíveis defeitos da construção financiada, imputando-lhe, também, as despesas desembolsadas pelo mutuário, em virtude desses defeitos ou da desocupação forçada (aluguel etc.).

Deveras, o agente financeiro, efetuando a fiscalização técnica, obriga-se a garantir o resultado da construção, segundo os padrões de normalidade, porque o mutuário constitui-se na parte vulnerável na negociação, e sem dúvida passa a confiar nessa atuação de cunho técnico” (fl. 41).

Contra essa decisão, a CEF interpõe agravo de instrumento, alegando, essencialmente, ilegitimidade passiva, inexistência dos requisitos para a concessão da antecipação de tutela, impossibilidade de atribuir-se responsabilidade solidária entre o agente financeiro e a seguradora, inexistência do dever de fiscalização da obra por parte do agente financeiro e, ainda, benefício de ordem (fls. 02/11). O agravo foi improvido, nos termos da seguinte ementa:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. SFH. RISCO DE DESABAMENTO. DESOCUPAÇÃO FORÇADA. ARBITRAMENTO DE ALUGUEL E DE-

MAIS DESPESAS. RESPONSABILIZAÇÃO DA CEF E DA SEGURODORA. MEDIDA EMERGENCIAL.

- Insurge-se a CEF em face de decisão que deferiu parcialmente a antecipação de tutela requerida no sentido de atribuir-lhe a responsabilidade solidária com a Caixa Seguros, para que as mesmas depositem em juízo(50% para cada qual) as despesas necessárias à desocupação das unidades residenciais, desde janeiro de 2005, além do pagamento das despesas de permanência nos imóveis alugados, inclusive a quantia mensal de até R\$ 500,00(quinhentos reais) por apartamento, a título de aluguel, enquanto perdurar a reforma do prédio.

- A responsabilidade solidária em relação às despesas desembolsadas pelo mutuário, em virtude da desocupação forçada, trata-se de uma medida emergencial, em face do risco de desabamento do imóvel. Assim, mesmo que não haja previsão contratual acerca dessas despesas, deve-se custear uma alternativa habitacional compatível durante as obras de recuperação, é, no mínimo, o que se pode esperar para a preservação da integridade física dos seus ocupantes.

- Ademais, mesmo que haja previsão contratual por parte da Seguradora – Caixa Seguros - em custear os encargos do financiamento durante o período de desocupação, não constitui *bis in idem* o pagamento de aluguel por parte da CEF, haja vista que os mutuários dos apartamentos interditados não de-

ram causa ao fato que ensejou tal responsabilização, portanto, devem ser compensados pelos transtornos sofridos.

- A reforma do imóvel já está em curso, sendo realizada às expensas da seguradora, de modo a reconhecer o comprometimento da construção financiada pela Caixa Econômica Federal.

- Agravo de instrumento improvido e agravo regimental prejudicado". (fl. 152)

Sobreveio recurso especial fulcrado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, no qual alega, além de dissídio jurisprudencial, ofensa aos arts. 186 e 265 do Código Civil, batendo-se a Caixa por sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo da demanda.

A CEF, em essência, sustenta que "nunca celebrou, nem com a construtora responsável pela obra, nem com a vendedora do imóvel e nem com a parte Recorrente, qualquer contrato onde tenha assumido responsabilidade por eventuais danos físicos ocorridos no imóvel em questão" (fl. 159); que "não pode ser responsabilizada pelos danos sofridos pelo imóvel em comento, quer os ditos danos tenham sido decorrentes de vício de construção, da má utilização do imóvel ou de acidente. Em outras palavras, qualquer que seja a origem dos danos apresentados pelo imóvel em questão, não há como se imputar responsabilidade à CAIXA" (fl. 159); que "só possuía a obrigação legal de vistoriar e fiscalizar a obra com o único intuito de veri-

fcar se os recursos estão sendo liberados de acordo com o cronograma físico-econômico do projeto, de modo a garantir a conclusão da obra" (fl. 161).

Sem contrarrazões, o especial foi admitido na origem como representativo da controvérsia, nos termos da Resolução n.º 08/2008 do STJ (fls. 184/185), decisão corroborada pelo então Relator, e. Ministro Carlos Fernando Mathias (fl. 190).

A União veio, às fls. 243/246, requerer seu ingresso no feito como interveniente.

A CEF, às fls. 249/251, requereu a desafetação do processo, ao argumento de que a causa debatida havia sido resolvida nos moldes do art. 543-C do CPC, quando do julgamento do REsp. n.º 1.091.393/SC, de relatoria do e. Ministro Carlos Fernando Mathias.

A Coordenadoria da Segunda Seção informou, às fls. 259/260, que a questão versada nos presentes autos - responsabilidade solidária da CEF por vícios na construção de imóvel financiado pelo Sistema Financeiro da Habitação - não teria sido debatida no aludido paradigma por ausência de prequestionamento, razão pela qual indeferi o pedido de desafetação (fls. 268).

O Ministério Público Federal, mediante parecer subscrito pelo i. Subprocurador-Geral da República Henrique Fagundes Filho, opinou pelo conhecimento parcial e provimento do recurso especial (fls. 271/279).

Finalmente, a CEF peticionou, uma vez mais, requerendo a cor-

reção do despacho de afetação ao argumento de não condizer com a matéria efetivamente tratada nos autos (fl. 281).

Na assentada do dia 22.09.2010, a e. Segunda Seção entendeu por bem desafetar o presente recurso da sistemática prevista no art. 543-C do CPC.

É o relatório.

VOTO VENCIDO

O SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

(...)

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Relator, negando provimento ao recurso especial no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Raul Araújo, PEDIU VISTA dos autos a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti.

Aguardam os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior e João Otávio de Noronha.

Brasília, 05 de outubro de 2010
TERESA HELENA DA ROCHA
BASEVI
Secretária

VOTO-VISTA

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI: Cuida-se de recurso especial interposto pela CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, com fundamento nas alíneas a e c do art.

105, III da CF, contra acórdão da Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, assim entendido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. SFH. RISCO DE DESABAMENTO. DESOCUPAÇÃO FORÇADA. ARBITRAMENTO DE ALUGUEL E DE MAIS DESPESAS. RESPONSABILIZAÇÃO DA CEF E DA SEGURADORA. MEDIDA EMERGENCIAL.

- Insurge-se a CEF em face de decisão que deferiu parcialmente a antecipação de tutela requerida no sentido de atribuir-lhe a responsabilidade solidária com a Caixa Seguros, para que as mesmas depositem em juízo (50% para cada qual) as despesas necessárias à desocupação das unidades residenciais, desde janeiro de 2005, além do pagamento das despesas de permanência nos imóveis alugados, inclusive a quantia mensal de até R\$ 500,00 (quinhentos reais) por apartamento, a título de aluguel, enquanto perdurar a reforma do prédio.

- A responsabilidade solidária em relação às despesas desembolsadas pelo mutuário, em virtude da desocupação forçada, trata-se de uma medida emergencial, em face do risco de desabamento do imóvel. Assim, mesmo que não haja previsão contratual acerca dessas despesas, deve-se custear uma alternativa habitacional compatível durante as obras de recuperação, é, no mínimo, o que se pode esperar para a preservação da integridade física dos seus ocupantes.

- Ademais, mesmo que haja previsão contratual por parte da Seguradora - Caixa Seguros - em custear os encargos do financiamento durante o período de desocupação, não constitui bis in idem o pagamento de aluguel por parte da CEF, haja vista que os mutuários dos apartamentos interditados não deram causa ao fato que ensejou tal responsabilização, portanto, devem ser compensados pelos transtornos sofridos.

- A reforma do imóvel já está em curso, sendo realizada às expensas da seguradora, de modo a reconhecer o comprometimento da construção financiada pela Caixa Econômica Federal.

- Agravo de instrumento improvido e agravo regimental prejudicado.

Alega a recorrente que a cobertura securitária compete apenas à seguradora e que não tem, na qualidade de agente financeiro, responsabilidade alguma sobre vínculos de construção no imóvel financiado. Nesse sentido, aponta divergência jurisprudencial, bem como violação ao art. 265 e 186 do Código Civil, defendendo a sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo da demanda.

Não houve apresentação de contrarrazões pelos recorridos.

Na assentada do dia 22.09.2010, a Segunda Seção decidiu desafetar o feito do rito previsto no art. 543-C do CPC.

O recurso foi levado à julgamento na sessão do dia 05.10.2010, onde foi proferido voto pelo Ministro relator no sen-

tido de negar provimento ao recurso, considerando ser a CEF parte legítima para integrar o pólo passivo da ação juntamente com a seguradora.

Ultrapassadas as questões relativas ao ingresso da União apenas na fase de recurso, sem prejuízo dos atos já praticados, o Ministro relator fundamentou o seu voto, em suma, nas seguintes premissas:

i) Nesse momento processual, apenas se discute a legitimidade do agente financeiro para responder solidariamente por danos na obra financiada, sem adentrar o tema de mérito acerca da procedência do pedido de responsabilização da CEF pelos danos que se discutem na ação;

ii) A jurisprudência predominante do STJ orienta-se no sentido de que o agente financeiro é responsável pela solidez e segurança de imóvel cuja obra forá por ele financiada, guardando o caso em exame a particularidade de tratar-se de financiamento para a construção de imóveis populares, destinado a moradores de baixa renda.

iii) As operações básicas da construção e do financiamento não admitem cisão, porque perderam a autonomia e a simetria completa com a tipologia usual, resultando em um tipo novo de negócio, denominado de "negócio de aquisição da casa própria". Nesse sentido, a solidariedade do agente financeiro decorreria do próprio negócio, embora não haja cláusula expressa nesse sentido.

iv) O agente financeiro controla o empreendimento desde o início, fiscalizando o curso das obras, inclusive a sua qualidade, sem a qual não há a liberação de recursos, conforme estabelece a Res. nº 31, de 28.11.68, do Conselho de Administração do BNH. Assim, a solidariedade entre os que participam do empreendimento seria condição para o efetivo resgate dos empréstimos. v) O Sistema Financeiro da Habitação possui evidente escopo social-distributivo e, nesse sentido, quando uma instituição financeira ingressa no sistema, não o faz como mero banco comercial, mas como participante e operador desse sistema, com uma destinação social predeterminada. Nesse sentido, tal providência seria esvaziada caso o agente financeiro não fosse corresponsável por eventuais vícios na construção do imóvel e, por mais esse motivo, revela-se que a solidariedade decorreria do negócio como um todo.

vi) No âmbito de financiamento de moradias populares, a CEF atua de modo diferenciado, a um só tempo administrando recursos do FGTS para repasse a outros agentes financeiros participantes do SFH, fiscalizando o correr da obra financiada e, ainda, promovendo a aquisição da casa própria juntamente com outros operadores. Além disso, a fiscalização da CEF é técnica, relativa à engenharia e arquitetura do empreendimento financiado.

vii) A compra de casa própria pelo SFH caracteriza uma relação de consumo regulada pelo CDC,

que impõe a solidariedade mesmo àqueles que teoricamente são independentes, tendo em vista o fim comum, que é fornecer o produto e o serviço. Os mutuários seriam, assim, hipossuficientes por essência. No caso concreto, reforça essa tese o próprio comportamento da CEF junto aos autores, dado que, em diversas oportunidades, enviou correspondências e participou de reuniões relativas às providências necessárias à reforma do imóvel.

Assevera, ainda, que esta Corte por diversas vezes reconheceu a responsabilidade de empresas do mesmo grupo econômico pelos danos causados aos que com elas contratam.

O voto foi acompanhado pelo Ministro Raul Araújo, notadamente pelo fundamento de que o empreendimento em questão tem contornos de relevância social.

Diante da complexidade do tema, pedi vista dos autos para melhor exame acerca das diferentes circunstâncias em que a CEF concede financiamentos habitacionais e a natureza e extensão de suas obrigações contratuais em cada tipo de financiamento.

O voto do eminente Relator, Ministro Luís Felipe Salomão, também levando em consideração o caráter social do SFH, entre outros fundamentos, afirma a legitimidade passiva *ad causam* do agente financeiro, em demandas do gênero, notadamente em se tratando de construção de moradia para a população de baixa renda.

Conforme acentuado pelo Relator, está em julgamento apenas a legitimidade passiva da CEF, na condição de agente financeiro, e não o mérito do pedido. O recurso especial foi tirado de acórdão que decidiu questão interlocutória.

Não se pode deixar de ter presente, todavia, que a legitimidade *ad causam* é definida em função de elementos fornecidos pelo direito material. A propósito, é esclarecedora a lição de ARRUDA ALVIM:

"Mas, devemos ter presente que a legitimidade *ad causam*, uma das condições da ação, se não integra os fundamentos da demanda, partindo do direito substancial, é definida em função de elementos fornecidos pelo direito material (apesar de ser dele, existencialmente, desligada). A *legitimatio ad causam* é a atribuição, pela lei ou pelo sistema, do direito de ação ao autor, possível titular ativo de uma dada relação ou situação jurídica, bem como a sujeição do réu aos efeitos jurídicos-processuais e materiais da sentença.

Normalmente, a legitimização para a causa é do possível titular do direito material (art. 6º).

A legitimidade é idéia transitiva, isto é, alguém é legítimo em função de outrem; vale dizer, o perfil final da legitimidade exige a consideração do outro. Essa realidade pode, muitas vezes, passar despercebida, mas é verdadeira. Assim, o proprietário, que sofreu

esbulho, será parte legítima ativa em fase de quem, efetivamente, esbulhou; o marido em relação à mulher, e vice-versa, para solicitar separação; o credor em relação ao seu devedor (e, não, por hipótese, em relação à sociedade de que faça parte o devedor), e assim, sucessivamente.

O que é necessário ter presente, todavia, é que as condições da ação são requisitos de ordem processual, *lato sensu*, intrinsecamente instrumentais e operam, em última análise, para se verificar se o direito de ação existe ou não. Não encerram, em si, bem-fim; são requisitos-meio para, admitida a ação, ser julgado o seu mérito (...)." (Manual de Direito Processual Civil, RT, 5ª edição, Volume I, p. 349-350).

Cumpre, portanto, verificar, das alegações do autor na inicial, quais os sujeitos da relação de direito material descrita como causa de pedir. Antes, todavia, permito-me transcrever parte de voto que proferi no REsp. 738.071-SC, também julgado na presente assentada, a propósito da responsabilidade civil do agente financeiro em causas em que se postula resarcimento por vício de construção:

"Penso que a questão da legitimidade passiva da CEF merece distinção, a depender do tipo de financiamento e das obrigações a seu cargo, podendo ser distinguidos, a grosso modo, dois gêneros de atuação no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, isso a par de sua ação como agente

financeiro em mútuos concedidos fora do SFH (1) meramente como agente financeiro em sentido estrito, assim como as demais instituições financeiras públicas e privadas, na concessão de financiamentos com recursos do SBPE (alta renda) e do FGTS (média e alta renda), (2) ou como agente executor de políticas federais para a promoção de moradia para pessoas de baixa ou baixíssima renda.

Nas hipóteses em que a CEF atua meramente como agente financeiro em sentido estrito, não vejo, via de regra, como atribuir-lhe, sequer em tese - o que seria necessário para o reconhecimento da legitimidade passiva *ad causam* - responsabilidade por eventual defeito de construção da obra financiada.

Há hipóteses em que o financiamento é concedido ao adquirente do imóvel após o término da construção, sendo o imóvel novo ou usado.

Em outras, o financiamento é concedido à construtora ou diretamente ao adquirente durante a construção. Em outros casos, é o próprio mutuário quem realiza a construção ou reforma.

Não considero que a mera circunstância de o contrato de financiamento ser celebrado durante a construção, ou no mesmo instrumento do contrato de compra e venda firmado com o vendedor, implique a responsabilidade do agente financeiro pela solidez e perfeição da obra.

A instituição financeira só tem responsabilidade pelo cumprimento das obrigações que as-

sume para com o mutuário referentes ao cumprimento do contrato de financiamento, ou seja, a liberação do empréstimo, nas épocas acordadas, e com a cobrança dos encargos também estipulados no contrato.

Figurando ela apenas como financiadora, não tem responsabilidade sobre a perfeição do trabalho realizado pela construtora escolhida pelo mutuário, e nem responde pela exatidão dos cálculos e projetos feitos por profissionais não contratados e nem remunerados pelo agente financeiro.

Observo que impor aos agentes financeiros este ônus, em caráter solidário, sem previsão legal e nem contratual (art. 896 do Código Civil), implicaria aumentar os custos dos financiamentos imobiliários do SFH, pois a instituição financeira passaria a ter que contar com quadros de engenheiros para fiscalizar, diariamente, a correção técnica, os materiais empregados e a execução de todas as obras por ela financiadas, passo a passo, e não apenas para fiscalizar, periodicamente, o correto emprego dos recursos emprestados.

Nestes casos em que atua como agente financeiro *"stricto sensu"*, a previsão contratual e regulamentar de fiscalização da obra, pela CEF, tem o óbvio motivo de que ela está financiando o investimento, tendo, portanto, interesse em que o empréstimo seja utilizado para os fins descritos no contrato de financiamento. Se ela constatar a existência de fraude, ou seja, que os recursos não estão sendo integral-

mente empregados na obra, poderá rescindir o contrato de financiamento. Em relação à construtora, ela tem o direito e não o dever de fiscalizar. O dever de fiscalizar surge perante os órgãos integrantes do Sistema Financeiro da Habitação, podendo ensejar sanções administrativas, mas não ser invocado pela construtora, pela seguradora ou pelos adquirentes das unidades para a sua responsabilização direta e solidária por vícios de construção.

Fosse o caso de atribuir legitimidade à CEF nas causas em que se discute vício de construção de imóvel por ela financiado (financiamento “stricto sensu”), deveria ela figurar no pólo ativo da demanda, ao lado dos adquirentes dos imóveis, os mutuários. Isto porque a CEF tem interesse direto na solidez e perfeição da obra, uma vez que os apartamentos lhe foram dados em hipoteca. Assim, não responde a CEF, perante o mutuário, por vício na execução da obra cometido pela construtora por ele escolhida para erguer o seu imóvel, ou de quem ele adquiriu o imóvel já pronto.

No segundo grupo de financiamentos acima lembrados, há diferentes espécies de produtos financeiros destinados à baixa e à baixíssima renda, em cada um deles a CEF assumindo responsabilidades próprias, definidas em lei, regulamentação infralegal e no contrato celebrado com os mutuários. Em alguns casos, a CEF contrata a construtora, em nome do Fundo de Arrendamento Residencial (FAR), para a

edificação dos empreendimentos e arrenda ou vende os imóveis aos mutuários. Em outros programas de política de habitação social (recursos do FDS, do OGU ou do FGTS), a CEF atua como agente executor, operador ou mesmo agente financeiro, conforme a legislação específica de regência, concedendo financiamentos a entidades organizadoras ou a mutuários finais, sem assumir qualquer etapa da construção. Não cabe, no presente voto, adiantar entendimento acerca da responsabilidade da CEF em cada um desses tipos de atuação, o que deverá ser perquirido em cada caso concreto, a partir das responsabilidades assumidas pelas partes envolvidas.

Exmino, portanto, apenas o caso concreto posto no presente recurso especial.

No caso dos autos, o autor alega que adquiriu o imóvel em agência da CEF, sem possibilidade de escolha da construtora e do projeto.

Afirma que a instituição financeira promoveu o empreendimento, escolheu a construtora e as características do projeto, apresentando o negócio completo ao mutuário, dentro de programa habitacional popular com recursos do FGTS.

Nos termos em que deduzida a controvérsia, portanto, parece-me clara a legitimidade passiva *ad causam* da instituição financeira. Esta legitimidade passiva não decorre, ao meu sentir, da mera circunstância de haver financiado a obra e nem de se tratar de mútuo contraído no âmbito do SFH, mas de afirmar o mutuário na inicial,

como parte da causa de pedir - e a exatidão de suas alegações será decidida em sentença de mérito, após a instrução - que a CEF promoveu o empreendimento, elaborou o projeto com todas as suas especificações, escolheu a construtora e o negociou diretamente, dentro de programa de habitação popular."

No caso dos autos, não se alega, na inicial, que a CEF tenha assumido qualquer outra obrigação contratual, exceto a liberação de recursos para a construção. Não se alega e, portanto, não integra a causa de pedir, que a CEF tenha atuado como agente promotor da obra, escolhido a construtora e tido responsabilidade em relação ao projeto e muito menos que tenha vendido diretamente as unidades imobiliárias aos mutuários. Não consta do traslado o contrato de financiamento e nem suas características são descritas no acórdão recorrido, o qual não faz distinção entre os diversos tipos de financiamentos concedidos pela CEF e suas fontes respectivas de recursos. A CEF afirma que a obra foi financiada com recursos oriundos da caderneta de poupança (e não do FGTS) e que a seu vistoriador não cabia conferir a qualidade do material empregado, mas apenas por certificar a execução de cada etapa do empreendimento pela Cooperativa Habitacional Sete de Setembro, responsável pela contratação do engenheiro construtor, a fim de liberar as parcelas do financiamento.

Ressalto, ainda, que não são narrados na inicial elementos que permitam verificar que se trate de financiamento para pessoas de baixa ou baixíssima renda, de modo a ensejar a presunção - não alegada na inicial e, portanto, estranha à causa de pedir - de que a atuação da CEF não se limite a de agente financeiro "stricto sensu", como ocorre em alguns tipos de financiamentos mencionados no voto do Relator, dos quais é exemplo o financiamento objeto do já citado REsp. 738.071-SC.

Não há, portanto, na linha do voto acima transcrito (REsp. 738.071-SC), com a devida vénia, fundamento que justifique a legitimidade passiva da CEF, em decorrência de sua atuação exclusivamente como agente financeiro em sentido estrito.

II

Por outro lado, diversamente do que sucede no precedente acima citado, observo que a ação foi ajuizada contra a Caixa Seguradora S/A, sucessora da SASSE, e contra a Caixa Econômica Federal, instituição bancária que financiou a construção do Conjunto Habitacional Pinheiros, em Pernambuco e, em nome dos mutuários, celebrou o contrato de seguro na condição de estipulante. A Construtora não figura como ré, não tendo o seu nome sido sequer mencionado na petição inicial (fls. 13-31).

Narram os autores que seus imóveis apresentam vícios de construção com ameaça de desmoronamento. Afirmam que a

seguradora reconheceu que o sinistro encontra cobertura na apólice, os procedimentos para a reparação dos imóveis estão em curso, com a interveniência da CEF, mas que não têm onde morar durante o período da obra e as rés se negam a custear as despesas de aluguel, condomínio, IPTU, energia elétrica e água, despesas estas objeto do pedido inicial.

O acórdão recorrido considerou que o agente financeiro e a seguradora têm responsabilidade solidária quanto aos possíveis defeitos da construção financiada. Entendeu, no tocante ao agente financeiro, que tal responsabilidade deriva da “fiscalização de seus engenheiros credenciados, ou no caso de aquisição de prédio já construído, da necessária vistoria da obra, observando-se o cumprimento às normas da ABNT e preservando-se o direito dos futuros mutuários a uma moradia edificada conforme as normas de qualidade e segurança” (fl. 147).

Ressaltou o acórdão que a reforma do imóvel já está em curso, sendo realizadas as expensas da seguradora. A controvérsia reside, portanto, apenas em relação às despesas ocasionadas pela desocupação, a qual foi necessária para as obras de restauro.

Reconheceu o acórdão não haver previsão contratual acerca dessas despesas, mas que “custear uma alternativa habitacional compatível durante as obras de recuperação é, no mínimo, o que se pode esperar para a preservação da integridade física de seus ocu-

pantes” e que não há *bis in idem* na circunstância de a seguradora custear, durante as obras, os encargos do financiamento, e a CEF o pagamento de aluguel, “haja vista que os mutuários dos apartamentos interditados não deram causa ao fato que ensejou tal responsabilização, portanto, devem ser compensados pelos transtornos sofridos.” Com esses fundamentos, confirmou a decisão antecipatória de tutela que afirmou a legitimidade passiva solidária da CEF e da seguradora, impondo-lhes a obrigação de pagar aluguéis desde 2005 e enquanto perdurar a reforma, no valor de R\$ 500,00, para cada autor; despesas de condomínio dos imóveis alugados; IPTU, se esta despesa, no contrato de locação, couber ao locatário e despesas mínimas de energia elétrica, sob pena da sanção prevista no art. 14, inciso V, parágrafo único, do CPC, a qual poderá ser suportada pessoalmente pelos gerentes ordenadores de pagamento das despesas.

Observo, portanto, que a presente causa trata da extensão de cobertura securitária. A seguradora não discute que o sinistro esteja coberto pela apólice. Pretendem os autores obter o pagamento de despesas relativas ao imóvel que ocupam durante o desenvolver das obras de reforma.

Discute-se, portanto, no caso *sub judice*, não a responsabilidade solidária do agente financeiro com a construtura por víncio de construção (matéria versada no REsp. 738.071-SC e também no REsp. 51.169/RS, da acórdão da

lavra Ministro Ari Pargendler, importante precedente mencionado no voto do Ministro Relator), mas a solidariedade da instituição financeira com a seguradora.

Analiso, pois, as partes intervenientes no contrato de seguro habitacional.

A respeito do tema, reporto-me a voto proferido no TRF da 1^a Região:

"A CEF, estipulante do contrato de seguro, é representante dos mutuários perante a seguradora. É o que se depreende da cláusula do contrato de mútuo, segundo a qual o seguro será processado por intermédio da CEF e, em caso de sinistro, a CEF receberá da seguradora a importância do seguro, aplicando-a na amortização da dívida e colocando o saldo, se houver, à disposição do mutuário. Também esta conclusão deriva da cláusula segundo a qual o mutuário constitui a CEF sua procuradora para representá-lo, entre outros, em todos os assuntos referentes a seguro, inclusive para recebimento de sinistro.

A CEF representa o mutuário na contratação do seguro, celebrando o contrato com a seguradora, recebendo o valor do prêmio (que é cobrado como parte da prestação mensal) e repassando-o à seguradora. Esta representação deriva de poderes conferidos à CEF pelo mutuário, no contrato de mútuo, e é permitida expressamente pelo Decreto-lei 73/66, cujo art. 21 estabelece que "nos casos de seguros legalmente obrigatórios, o

estipulante equipara-se ao segurado para os efeitos de contratação e manutenção do seguro" e que "estipulante é a pessoa que contrata o seguro por conta de terceiros, podendo acumular a condição de beneficiário."

É possível a representação do mutuário pela CEF porque, no tocante ao contrato de seguro, há comunhão de interesses entre ambos.

Com efeito, o seguro é contratado em benefício não apenas do mutuário, mas também da instituição financeira, que tem o imóvel hipotecado como garantia do pagamento do financiamento. Em caso de sinistro, um incêndio, por exemplo, não fosse o seguro, o mutuário perderia o imóvel e continuaria devedor, e a instituição financeira perderia a garantia hipotecária.

Não existe, todavia, essa comunhão de interesses entre a seguradora, de um lado, e a instituição financeira e o mutuário de outro, de forma que não me parece juridicamente possível cogitar-se de representação da seguradora pela instituição financeira, além de não haver amparo legal e nem contratual para tal representação.

Note-se que se a CEF representasse não apenas os mutuários, mas também a seguradora, o contrato de seguros seria celebrado pela CEF consigo mesmo.

Não sendo a CEF representante da seguradora, mas dos mutuários, não há, data vénia, como considerá-la com poderes para representar, em juízo, a seguradora. Os poderes para

representação em juízo não se presumem, devem ser expressos (...)"

A instituição financeira atua, portanto, como representante do mutuário, circunstância incontroversa, admitida pelos próprios autores (fl. 19), sendo estipulante do contrato de seguro celebrado com a seguradora. Tal procedimento é expressamente previsto pelo art. 21 c/c art. 20, alínea f, do Decreto-lei 73/66. Em relação ao contrato de seguro adjeto ao mútuo habitacional, o interesse da instituição financeira é comum aos mutuários: em caso de sinistro (dano ao imóvel) a seguradora deverá restaurar o imóvel, patrimônio do mutuário e garantia hipotecária concedida em favor da instituição financeira. Não há, portanto, data vénia, fundamento legal ou contratual (Código Civil, art. 896) que justifique a atribuição de solidariedade, ao agente financeiro, com a seguradora, invertendo os pólos da relação jurídica, de modo que a instituição financeira passaria de beneficiária a devedora da proteção securitária.

Considerar-se que o agente financeiro estipulante, em caso de sinistro, pela mera circunstância de haver financiado o empreendimento, é responsável solidário pela cobertura securitária, além de não ter respaldo contratual e nem legal, data vénia, equivale-ria a transformá-lo em segurador de todos os contratos de mútuo habitacional, nos quais, obediente ao comando legal, estipulou o

seguro obrigatório, desvirtuando-se o contrato de financiamento e o contrato de seguro a ele adjeto.

Invoca, ainda, o voto do eminente Relator, a jurisprudência deste Tribunal que, com o escopo de proteger o consumidor de boa-fé, em diversas oportunidades reconheceu a responsabilidade de empresas do mesmo grupo econômico, notadamente a controladora, pelos danos causados aos que com elas contratam. Neste ponto, anoto que a SASSE Seguros passou, desde julho de 2000, a ser denominada Caixa Seguros e, em fins de agosto de 2001, a CNP Assurances, líder do mercado de seguros na França, adquiriu o controle acionário da Caixa Seguros com 50,75% das ações ordinárias, ficando a CEF com 48,21% das ações, conforme de verifica na página da empresa na Internet. Cuida-se, portanto, de pessoa jurídica distinta e independente da CEF, atualmente controlada por empresa estrangeira.

III

Em conclusão, penso, data vénia, que a CEF, na condição de agente financeiro "stricto sensu", não ostenta legitimidade para responder pelo pedido de ampliação da cobertura securitária deduzido na inicial.

Ressalvo-lhe, todavia, a possibilidade de requer o ingresso nos autos, na condição de assistente, em razão do interesse jurídico decorrente de atuar, em nome do FCVS, como administradora do referido Fundo e da extinta Apólice do Seguro Habitacional (Lei 12.409/11).

Em face do exposto, com a devida vénia do Relator, dou provimento ao recurso especial, para reconhecer a ilegitimidade passiva *ad causam* do agente financeiro recorrente.

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:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista da Ministra Ma-

ria Isabel Gallotti, dando provimento ao recurso, no que foi acompanhada pelos Ministros João Otávio de Noronha e Raul Araújo, a Turma, por maioria, deu provimento ao recurso especial. Vencido o Relator, Ministro Luis Felipe Salomão, que lhe negava provimento.

Lavrará o acórdão a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti.

Votaram com a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti os Srs. Ministros Raul Araújo e João Otávio de Noronha.

Impedido o Sr. Ministro Antônio Carlos Ferreira.

Superior Tribunal de Justiça

Antecipação de tutela concedida. Sentença de improcedência. Responsabilidade objetiva pelos danos causados pela execução da tutela antecipada. Arts. 273, § 3º, Art. 475-O, Incisos I e II, e Art. 811, parágrafo único, do CPC. Indagação acerca da má-fé do autor ou da complexidade da causa. Irrelevância. Responsabilidade que independe de pedido, ação autônoma ou reconvenção.¹

EMENTA OFICIAL

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INTERDIÇÃO DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL LOCALIZADO EM SHOPPING CENTER. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONCEDIDA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA PELOS DANOS CAUSADOS PELA EXECUÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA. ARTS. 273, § 3º, ART. 475-O, INCISOS I E II, E ART. 811, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. INDAGAÇÃO ACERCA DA MÁ-FÉ DO AUTOR OU DA COMPLEXIDADE DA CAUSA. IRRELEVÂNCIA. RESPONSABILIDADE QUE INDEPENDE DE PEDIDO, AÇÃO AUTÔNOMA OU RECONVENÇÃO.

1. Recurso especial interposto por Condomínio do Conjunto Nacional:

1.1. Afigura-se dispensável que o órgão julgador venha a examinar uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes, bastando-lhe que decline as razões jurídicas que embasaram a decisão,

não sendo exigível que se reporte de modo específico a determinados preceitos legais. Inexistência de ofensa ao art. 535 do CPC.

1.2. O acórdão ostenta fundamentação robusta, explicitando as premissas fáticas adotadas pelos julgadores e as consequências jurídicas daí extraídas. O seu teor resulta de exercício lógico, revelando-se evidente a pertinência entre os fundamentos e a conclusão, entre os pedidos e a decisão, razão por que não se há falar em ausência de fundamentação ou de julgamento *citra petita*.

1.3. As conclusões a que chegou o acórdão recorrido no que concerne à segurança do empreendimento e à ausência de infração a disposições condominiais decorreram da análise soberana da prova e, por isso, não podem ser revistas por esta Corte sem o reexame do acervo fático-probatório. Incidências das Súmulas 5 e 7 do STJ.

2. Recurso especial interposto por Mozariém Gomes do Nascimento:

¹ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1177335&sReg=201000779356&sData=20121016&formato=PDF>. Acesso em: 25 out. 2012.

2.1. Os danos causados a partir da execução de tutela antecipada (assim também a tutela cautelar e a execução provisória) são disciplinados pelo sistema processual vigente à revelia da indagação acerca da culpa da parte, ou se esta agiu de má-fé ou não. Basta a existência do dano decorrente da pretensão deduzida em juízo para que sejam aplicados os arts. 273, § 3º, 475-O, incisos I e II, e 811 do CPC. Cuida-se de responsabilidade objetiva, conforme apregoa, de forma remansosa, doutrina e jurisprudência.

2.2. A obrigação de indenizar o dano causado ao adversário, pela execução de tutela antecipada posteriormente revogada, é consequência natural da improcedência do pedido, decorrência *ex lege* da sentença e da inexistência do direito anteriormente acautelado, responsabilidade que independe de reconhecimento judicial prévio, ou de pedido do lesado na própria ação ou em ação autônoma ou, ainda, de reconvenção, bastando a liquidação dos danos nos próprios autos, conforme comando legal previsto nos arts. 475-O, inciso II, c/c art. 273, § 3º, do CPC. Precedentes.

2.3. A complexidade da causa, que certamente exigia ampla diliação probatória, não exime a responsabilidade do autor pelo dano processual. Ao contrário, neste caso a antecipação de tutela se evidenciava como providência ainda mais arriscada, circunstância que aconselhava conduta de redobrada cautela por parte do autor,

com a exata ponderação entre os riscos e a comodidade da obtenção antecipada do pedido deduzido.

3. Recurso especial do Condomínio do Shopping Conjunto Nacional não provido e recurso de Mozariém Gomes do Nascimento provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da QUARTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Marco Buzzi, acompanhando o relator, e os votos dos Ministros Raul Araujo, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira, no mesmo sentido, a Quarta Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial do Condomínio do Shopping Conjunto Nacional e dar provimento ao recurso de Mozariém Gomes do Nascimento. Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de setembro de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO, Relator.

REsp 1.191.262 – DJe 16.10.2012

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. Condomínio do Shopping Conjunto Nacional de Brasília (CNB)

ajuizou ação inibitória com pedido de antecipação de tutela em face de Mozariém Gomes do Nascimento, noticiando que o réu explorava de forma ilegal e irregular um restaurante em local impróprio para tanto, no quarto pavimento do edifício, contrariando laudo técnico de engenharia e a convenção do condomínio. Afirmou o autor que, segundo informações técnicas de que dispunha, a área em questão foi projetada para servir como terraço, mirante do terceiro andar, não havendo condições de segurança para ali ser instalado o restaurante. Enfatizou que todo o conjunto estrutural (lajes, vigas e pilares), com as mudanças realizadas pelos antigos proprietários, chegara ao seu limite máximo, sendo certo que o excesso de sobrecarga na área colocava em risco a vida daqueles que frequentam o estabelecimento, lojistas e outros consumidores.

Em 19 de dezembro de 2007, último dia do semestre judiciário, foi concedida a antecipação de tutela pleiteada “para determinar a interdição do empreendimento denominado de Brasil Verde, situado na área denominada de L-401 do SHOPPING CONJUNTO NACIONAL, sob pena de aplicação de multa diária de R\$ 5.000,00, até o limite de R\$ 200.000,00”. Advertiu o magistrado de piso, em contrapartida, “que o autor em caso de insucesso da demanda, deverá indenizar o réu por todos seus danos materiais e morais, especialmente em razão da melhor época de venda para qualquer comerciante e, sabidamente, a inter-

dição do empreendimento irá causar prejuízos de todas as ordens” (fls. 100-101).

Após regular tramitação do feito, em 2 de dezembro de 2008, realizada análise exauriente da controvérsia, o Juízo de Direito da 10ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF julgou improcedentes os pedidos autorais, revogou a tutela anteriormente antecipada e condenou o autor ao pagamento dos danos materiais e morais decorrentes da interdição, a serem apurados em liquidação de sentença (fls. 474-484).

Em grau de apelação, a sentença foi parcialmente reformada apenas para afastar a condenação do autor ao resarcimento de danos. O acórdão recebeu a seguinte ementa:

APELAÇÃO. CONDOMÍNIO. DESTINAÇÃO DO IMÓVEL. ATIVIDADE. RESTAURANTE. ASSEMBLÉIA CONDOMINIAL. PROIBIÇÃO NÃO VERIFICADA. LAUDO PERICIAL. QUESITOS. CAPACIDADE DE SOBRECARGA. RESPONSABILIDADE. DANOS MATERIAIS E MORAIS. DOCUMENTO NOVO.

O artigo 397 do CPC permite a juntada de documentos novos quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados. Não se enquadrando no conceito de documento novo o juntado em sede de apelação, não é possível a sua apreciação.

Não há nulidade na perícia decorrente de ausência de manifestação sobre quesito que não foi aventado pela parte.

Não havendo proibição para a

execução da atividade de restaurante no pavimento onde se situa o imóvel, e tratando-se de atividade lícita, pode ser exercida pelo réu.

Não pode o juiz, de ofício, impor condenação ao autor por danos materiais e morais decorrentes de ordem judicial exarada em antecipação de tutela que determinou a interdição de restaurante se o autor não agiu com má-fé ou culpa, ou praticou ato ilícito, momente quando o réu não apresentou reconvenção nesse sentido (fl. 562).

Opostos dois embargos de declaração, foram acolhidos aqueles manejados pelo Condomínio do Conjunto Nacional, para arbitrar honorários com base no art. 20, § 4º, do CPC (fls. 590-594 e 595-598).

Novos embargos de declaração foram opostos, os quais foram rejeitados (fls. 612-614).

Autor e réu interpuseram recurso especial.

No recurso especial de Mozariém Gomes do Nascimento, que está apoiado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, alega-se, além de dissídio, ofensa aos arts. 273, § 3º, 475-O, inciso I e 811, inciso I e parágrafo único, todos do Código de Processo Civil.

Aduz o recorrente, em síntese, ser objetiva a responsabilidade pelos danos causados no processo diante da tutela antecipada, que deverão ser liquidados nos próprios autos, independentemente de pedido da parte lesada.

No recurso especial do Condomínio do Shopping Conjunto Nacional, que está apoiado na alínea

"a" do permissivo constitucional, alega o autor ofensa aos arts. 128, 460 e 535 do CPC; arts. 3º, 9º e 19 da Lei n. 4.591/64, e arts. 1.228 e 1.336, incisos II, III e IV, do Código Civil.

Aduz a recorrente que o acórdão foi omissivo e não fundamentou suas conclusões com base em todas as causas de pedir deduzidas na inicial. Sustenta, ademais, que o réu violou a convenção de condomínio, pois esta não autorizava a instalação de restaurante na área litigiosa, porquanto reservada a destinação diversa.

Contra-arrazoados (fls. 727-740 e 742-753), os recursos especiais foram admitidos, o de Mozariém Gomes do Nascimento por decisão do Presidente do TJDFT, ao passo que o do Condomínio do Shopping Conjunto Nacional por decisão proferida no Ag. 1.311.053/DF, de minha relatoria, para melhor exame e julgamento conjunto.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. Analiso, primeiramente, o recurso especial interposto por Condomínio do Shopping Conjunto Nacional, em razão da potencial prejudicialidade.

2.1. Afasto, de saída, a alegada ofensa ao art. 535 do CPC, pois o Eg. Tribunal a quo dirimiu as questões pertinentes ao litígio, afigurando-se dispensável que venha examinar uma a uma as alegações e fundamentos expeditos pelas partes. Além disso, basta ao órgão

julgador que decline as razões jurídicas que embasaram a decisão, não sendo exigível que se reporte de modo específico a determinados preceitos legais (EDcl no RHC 6.570/PR, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 03/10/2000, DJ 27/11/2000 p. 163).

Por outro lado, do exame da petição inicial constata-se também a absoluta congruência entre as causas de pedir e o que foi decidido nas duas instâncias recursais. Em revista aos fundamentos do voto condutor, revela-se clara a abordagem completa do Tribunal *a quo* acerca de todos os pontos relevantes ao desate da controvérsia, seja no que concerne à segurança do empreendimento realizado pelo réu, seja em relação à adequação às normas condominiais relativas à destinação da área.

Quanto à segurança do empreendimento, assim se manifestou o acórdão:

Pelo que consta das informações trazidas pelo réu/apelado em sede de contestação, este iniciou as atividades de um restaurante em meados de agosto de 2007 (fl. 146). Em 19/12/2007, o imóvel, e consequentemente a atividade do restaurante, foi interditado pela decisão exaradada em antecipação de tutela (fls. 99/100), que tomou como base o laudo apresentado pelo autor/apelante (fls. 73/75), o qual atestou que no imóvel não haveria condições de se estabelecer um restaurante.

Contestando os documentos trazidos com a inicial, o réu/apelante apresentou laudo favorá-

vel à instalação de restaurante no imóvel em litígio (fl. 158).

Diante dos fatos intrincados, o MM. juiz *a quo* determinou a produção de prova pericial objetivando esclarecer a situação e responder os quesitos formulados por si e pelas partes. Sobreveio, então, o laudo pericial e os documentos (fls. 357/392), que concluíram:

"(...) a sobrecarga de 250,00 kg/m² não pode ser ultrapassada, pois foi a utilizada no cálculo da estrutura. Conforme ficou constatado, a carga de utilização do restaurante, que é de 45,85 kg/m² está muito inferior a 250,00 kg/m². Portanto, não oferece nenhum risco à estrutura do Shopping."

Com base, então, no minucioso laudo pericial, o magistrado de piso julgou improcedente o pedido e condenou o autor/apelante ao pagamento dos danos morais e materiais sofridos pelo réu/apelado no período em que o restaurante ficou interditado.

[...]

Com efeito, o laudo pericial foi elaborado com o objetivo de *"constatar se há excesso de cargas na área das instalações do restaurante do Réu, localizado na Loja L-401, de modo a não provocar aumento de sobrecarga na estrutura do Shopping."* (fl. 357).

Conforme já explicitado, a perícia foi feita para verificar se o imóvel suportaria a instalação das atividades de um restaurante e concluiu pela ausência de sobrecarga provocada pela atividade, uma vez que a capacidade de carga de utilização do restaurante é muito inferior à permitida para o imóvel. Além disso, o laudo foi explícito ao reco-

mendar que se evite carga dinâmica na estrutura, e exemplifica que como carga dinâmica pode-se considerar *"danças carnavalescas com pessoas pulando, festas dançantes do tipo usadas em boates"*. Desse modo, o laudo não considerou a atividade cotidiana de um restaurante como carga dinâmica capaz de comprometer a estrutura do imóvel, sendo, assim, desnecessário novo estudo para considerar tal aspecto.

Não merece acolhimento, portanto, a alegação de nulidade da sentença (fls. 565-566).

Alinhando-se às conclusões do Relator, a Desembargadora revisora assentou que:

No mérito, depois de analisar detidamente os autos, em especial o laudo pericial conferenciado pelo perito nomeado pelo juiz condutor da causa, cheguei à mesma conclusão do eminentíssimo Relator.

Referido laudo não deixa dúvidas de que o imóvel denominado L-401, localizado no Condomínio do Conjunto Nacional, tem capacidade para abrigar um restaurante, sem que a atividade coloque em risco as pessoas e a estrutura do Shopping Conjunto Nacional (fl. 570).

No que concerne à adequação do empreendimento do réu às normas condominiais, inclusive quanto à regular destinação, o acórdão recorrido também se manifestou explicitamente:

DA DESTINAÇÃO DO IMÓVEL EM ASSEMBLÉIA CONDOMINIAL

Argui o autor/apelante que a perícia desconsiderou o documento da Assembléia Geral do Condomínio que vedou a destinação das unidades para a atividade de restaurante.

Entendo, todavia, não haver qualquer irregularidade do laudo pericial ao não apreciar o documento juntado pelo autor/apelante à fl. 352, já que as disposições ali constantes não se aplicam ao imóvel em litígio, isso porque as vedações de realização de determinadas atividades constantes na Convenção de Condomínio de fl. 352 referem-se a lojas do *"terceiro pavimento"*, contudo, o imóvel em discussão está situado no quarto pavimento, de acordo com a sua matrícula no Registro de Imóveis (fl. 43).

Dessa forma, sem razão o autor/apelante neste ponto.

DA ÁREA COMUM DO CONDOMÍNIO

O autor/apelante alega que a sentença desconsiderou ser de propriedade do Condomínio do Conjunto Nacional a área comum contígua à sala L-401, devendo-se cassar a decisão para que novo laudo seja elaborado, calculando-se a sobrecarga apenas sobre a área privativa do imóvel, de 103,00 m².

De fato, a área privativa do imóvel L-401 é de 103,023 m², conforme disposto em sua matrícula. Ocorre que o imóvel ora analisado possui uma situação peculiar em relação ao condomínio, pois está localizado em uma parte separada do prédio, sendo que a sua área privativa e as suas imediações são acessadas conjuntamente e estão isoladas das demais lojas do *shopping*, enquanto estas divi-

dem corredores e elevadores, o que não ocorre no imóvel *in casu*. Por isso, devido à sua especificidade, aliada ao uso pelo réu/apelado da área privativa conjuntamente com as imediações, o laudo pericial calculou a sobrecarga em relação a toda a área de 777,00 m² (fl. 370), o que não induz à invalidade de suas avaliações, pois a perícia foi requerida em relação à área total, e não à privativa, não podendo o autor/apelante querer modificar em sede recursal o objeto da perícia.

Assim, apesar de a perícia ter considerado a área total, sem avaliar exclusivamente a área privativa de propriedade do réu/apelado, não há vício na conclusão pericial, que se ateve aos quesitos elencados pelo juiz e pelas partes, não tendo o autor/apelante, quando especificou os seus quesitos à fls. 321/322, arguido pontualmente sobre a capacidade de a área privativa suportar um restaurante, razão pela qual não pode agora, em sede recursal, alegar a nulidade de uma perícia por não ter considerado um fato que nem mesmo ele aduziu. Acrescente-se que, possivelmente, tal questionamento não foi aventado em razão de ambas as partes terem inferido que o réu/apelado usaria a totalidade da área para a instalação de seu empreendimento, sendo certo que a discussão sobre a propriedade e a utilização da área não privativa nas imediações da sala L-401 não é objeto desta lide.

Não merece acolhimento o recurso neste tocante (fls. 566-567).

Com efeito, percebe-se que o acórdão ostenta fundamentação robusta, explicitando as premissas fáticas adotadas pelos julgadores e as consequências jurídicas daí extraídas. O seu teor resulta de exercício lógico, revelando-se evidente a pertinência entre os fundamentos e a conclusão, entre os pedidos e a decisão, razão por que não se há falar em ausência de fundamentação ou de julgamento *citra petita*.

2.2. Quanto ao mais, é bem de ver que as conclusões a que chegou o acórdão recorrido, especialmente no que concerne à segurança do empreendimento e à ausência de infração a disposições condominiais, decorreram da análise soberana da prova e, por isso, não podem ser revistas por esta Corte sem o reexame do acervo fático-probatório, circunstância que atrai a incidências das Súmulas 5 e 7 do STJ.

2.3. Assim, quanto ao recurso interposto pelo Condomínio do Shopping Conjunto Nacional, dele se conhece parcialmente e, na extensão, nega-se-lhe provimento.

3. Quanto ao recurso especial interposto por Mozariém Gomes do Nascimento, o ponto controvértido é a possibilidade de o autor, em razão da revogação de tutela antecipada, responder pelos danos causados ao réu, independentemente de pedido nesse sentido.

O restaurante de propriedade do autor permaneceu interditado por aproximadamente 1 (um) ano, em razão da antecipação de tutela concedida com suporte em laudo apresentado pelo Condomínio do

Shopping e que foi, posteriormente, infirmado por outro, confeccionado por perito nomeado pelo Juízo sentenciante. Por isso, a decisão liminar foi revogada por sentença meritória de improcedência.

Já na decisão antecipatória, advertiu o magistrado de piso “que o autor em caso de insucesso da demanda, dever[ia] indenizar o réu por todos seus danos materiais e morais, especialmente em razão da melhor época de venda para qualquer comerciante e, sabidamente, a interdição do empreendimento irá causar prejuízos de todas as ordens” (fls. 100-101).

Na sentença de improcedência, o Juízo condenou o autor a ressarcir o réu pelos danos experimentados, os quais deveriam ser liquidados posteriormente.

Nesse sentido, confira-se o seguinte trecho da sentença:

Desta feita, deverá o autor indenizar o réu pelos prejuízos materiais e morais pelos danos processuais causados ao réu, tais como o valor mensal da locação do imóvel que ficou fechado, pelo valor comercial, além dos prejuízos efetivos acarretados, tais como a rescisão de contrato de trabalho com os pagamentos devidos (multa rescisória, férias proporcionais, aviso prévio e outros eventuais pagamentos que teve de suportar), e os prejuízos com a perda de estoque, mercadorias e despesas com o consumo de energia, água, taxas de condomínio, impostos, taxas e fornecedores, eis que o autor obstou o funcionamento do empreendimento explorado

pelo réu, como determina o artigo 611 (*rectius*, 811) do CPC, que se aplica subsidiariamente ao presente feito.

Deverá indenizar também pelos danos morais, como dito supra, eis que não é crível que o autor utilizando-se de afirmações falsas, eis que tinha conhecimento das falsidades apresentadas, cause tamanho prejuízo para terceiro (réu), e, certamente repercutiu em sua imagem, reputação e em sua honra, pois não é crível que uma pessoa que explore um comércio sofra os dissabores vividos pelo réu em razão de uma ordem judicial como a proferida e acredita que tais fatos possam ficar sem indenização (fls. 482).

Em grau de apelação, todavia, esse ponto foi reformado, uma vez que entendeu o Tribunal *a quo* não ser cabível a condenação de ofício pelo magistrado sentenciante, sem que houvesse pedido nesse sentido.

Afirmou o acórdão ora hostilizado que, não havendo reconvenção, nem demonstrada a má-fé do autor, descaberia a referida disposição de ofício.

Confira-se:

Observa-se que a condenação por danos materiais e morais não foi requerida pelo réu/apelado, tendo o juiz de piso fixado-a de ofício. A meu ver, o magistrado decidiu além dos limites da lide, sem que houvesse pedido do réu/apelado e sem que tenha se configurado qualquer situação que exigisse o pronunciamento de ofício do magistrado, até mesmo porque

não se verificou, pela análise dos autos, que o autor/apelante tivesse agido com má-fé ou culpa, ou que houvesse configuração de ato ilícito.

O autor/apelante, ao requer a antecipação de tutela, estava apenas exercendo o seu direito de ação, tanto que trouxe aos autos elementos capazes de convencer o magistrado que, vislumbrando a presença dos requisitos previstos no artigo 273 do CPC, deferiu a tutela antecipada e determinou a interdição do restaurante, que ocorreu tão somente após a ordem judicial. Repise-se que esta ordem judicial foi fundamentada, não havendo que se falar em responsabilidade do autor/apelante por interrupção das atividades empresariais do réu/apelado, que decorreu exclusivamente de medida judicial.

Além da interdição do restaurante ter sido autorizada por ordem judicial, nos autos não ficou demonstrado que o autor/apelante tenha agido com má-fé ou culpa, ou que tenha praticado fato ilícito, capazes de ensejar a responsabilidade por danos. Isso porque, quando do ajuizamento da ação, o autor/apelante não detinha condições de saber qual seria o resultado da lide, em razão de que os fatos trazidos aos autos eram bastante complexos e controvértidos, tendo cada uma das partes juntado laudos técnicos divergentes sobre a capacidade do imóvel, sendo que o laudo do autor/apelante atestou que não haveria condições de funcionamento de um restaurante no local, enquanto o réu/apelado sustentava exatamente o contrário.

Em razão das provas controvértidas, o juiz determinou a prova pericial, que foi devidamente acompanhada pelos assistentes técnicos indicados pelas partes. Assim, foi necessária a produção de conjunto probatório para se verificar a procedência ou improcedência do pedido inicial, não se sabendo, até o proferimento do julgamento, qual seria o resultado da lide. Dessa forma, tendo em vista que os fatos eram intrincados, que a interdição do restaurante decorreu de ordem judicial, e que o autor/apelante não agiu com má-fé ou culpa, entendo que não houve configuração, pelo menos na análise relativa aos pedidos deduzidos nesta ação, de responsabilidade do autor/apelante de indenizar o réu/apelado, mormente porque o réu/apelado não apresentou reconvenção nesse sentido, merecendo parcial provimento o recurso para afastar a condenação à indenização por danos materiais e morais (fls. 568-567).

3.1. Cumpre ressaltar que se trata de antecipação de tutela concedida com amparo no art. 273 do CPC, cujo § 3º assim preleciona:

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

A referência ao art. 588, revogado pela Lei n. 11.232/05, deve ser atualizada para que se aplique o art. 475-O, sobretudo os incisos I e II:

Art. 475-O. A execução provisória da sentença far-se-á, no

que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas: (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

I – corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido;
 II – fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento;

Ressalte-se também que a antecipação de tutela é espécie do gênero tutelas de urgência previsto no direito brasileiro, assim como a tutela cautelar, razão pela qual é tranquila, na doutrina, a aplicabilidade dos preceitos relativos a esta última (tutela cautelar) à antecipação de tutela (cf. por todos, MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de processo civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 259; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, p. 435).

Assim, no particular, em conjunto com o mencionado art. 475-O do CPC, aplica-se o art. 811, assim redigido:

Art. 811. Sem prejuízo do disposto no art. 16, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida:

I - se a sentença no processo principal lhe for desfavorável;

II - se, obtida liminarmente a medida no caso do art. 804 deste Código, não promover a citação do requerido dentro em 5 (cinco) dias;

III - se ocorrer a cessação da eficácia da medida, em qualquer dos casos previstos no art. 808, deste Código;

IV - se o juiz acolher, no procedimento cautelar, a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor (art. 810).

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos do procedimento cautelar.

O mencionado “microssistema” representado pelos arts. 273, § 3º, 475-O, incisos I e II, e art. 811 do CPC não exaure, todavia, a sistemática legal vocacionada à compensar o chamado dano processual, que encontra suporte também em diversos dispositivos do CPC, como nos arts. 16, 17, 18, 538, parágrafo único, 557, § 2º, e 601.

Porém, muito embora os mencionados dispositivos visem a combater o dano processual, a sistemática adotada para a tutela antecipada, tutela cautelar e a execução provisória inspira-se em princípios diversos daqueles que norteiam as demais disposições do Código, as quais buscam reprimir as condutas maliciosas e temerárias das partes no trato com o processo - o chamado *improbus litigator* (por todos, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A responsabilidade das partes pelo dano processual no direito brasileiro*. Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 24).

Se a demanda é ajuizada de forma maliciosa ou temerária pelo li-

tigante, ou se da mesma forma se comporta o litigante no trâmite do feito, para esse vício processual açãonam-se as reprimendas previstas nos arts. 16, 17 e 18 do CPC, além de outros congêneres, cuja justificação hospeda-se na existência de má-fé processual, do que resulta responsabilidade processual fundada na culpa.

Nesse caso, nem mesmo eventual procedência do pedido é capaz de elidir a reprovabilidade da conduta da parte no decorrer do processo.

3.2. Por sua vez, os danos causados a partir da execução de tutela antecipada (assim também a tutela cautelar e a execução provisória) são disciplinados pelo sistema processual vigente à revelia da indagação acerca da culpa da parte, ou se esta agiu de má-fé ou não.

Basta a existência do dano decorrente da pretensão deduzida em juízo para que sejam aplicados os arts. 273, § 3º, 475-O, incisos I e II, e art. 811. Cuida-se de responsabilidade processual objetiva, conforme apregoa, de forma remansosa, doutrina e jurisprudência.

É que, para efeito da responsabilidade de que tratam os mencionados artigos, não se deve confundir o pleito ilícito com pedido injusto.

A ilicitude da demanda - cuja análise passa certamente pelo direito público de ação - pode ser suavizada pela subjetiva convicção do autor acerca do aparente direito deduzido. Porém, o posterior reconhecimento da inexistência desse direito revela necessariamente a injustiça da demanda, e é essa

(injustiça), e não aquela (ilicitude), que é objeto das disposições previstas nos arts. 273, § 3º, 475-O, e 811 do CPC.

Nessa linha de raciocínio, confira-se o magistério do saudoso Galeno Lacerda, criticando as sistêmáticas adotadas no direito comparado, em que prevalece a exigência de culpa:

O erro maior da teoria subjetiva consiste em não compreender que o princípio da culpa não serve para solucionar o problema do dano produzido pelo processo, quando movido dentro da esfera do lícito jurídico. Se o dano é produzido no exercício da atividade lícita (como no uso da ação cautelar, ou da execução provisória), não há que pensar em nexo de causalidade culposa, e sim em nexo de causalidade objetiva, provinda do fato da sucumbência (LACERDA, Galeno. *Comentários ao código de processo civil. volume VIII*. Forense: Rio de Janeiro, 1998, p. 313).

Em boa verdade, como bem esclarece Galeno Lacerda, na esteira do magistério de Chiovenda, a justiça da fórmula objetivista, adotada no direito brasileiro, hospeda-se exatamente na circunstância de que para o interessado experimentar, a bem de sua comodidade e interesse, a execução de tutela antecipada, cautelar ou execução provisória, deve também suportar o incômodo de indenizar os danos causados, se decair do pedido futuramente - *ubi commoda ibi incommoda*. A responsabilidade, no caso, justifica-se pela livre ava-

liação dos riscos que podem advir do processo (*Idem. Ibidem*).

Na mesma direção, confira-se a lição de Pontes de Miranda:

A responsabilidade do art. 811 é de direito processual, e não de direito material. Não se trata de princípio de direito civil, que se haja colocado, heterotopicamente, no Código de Processo Civil, mas de regra jurídica de direito processual posta no lugar próprio.

No art. 811, parágrafo único, estatui que, no caso de responsabilidade do autor da ação cautelar, conforme os itens do art. 811, a indenização se liquida nos autos do procedimento cautelar. Quer dizer: não se precisa da propositura de ação de condenação, pois art. 811, que abstrai do pressuposto da má-fé (art. 16), já apontou os quatro fundamentos apresentados pelo prejudicado com a medida cautelar, e basta a liquidação. [...] O pedido de liquidação é nos próprios autos, com a simples invocação de qualquer dos fundamentos do art. 811. Se houve sentença desfavorável no processo principal, basta a certidão da sentença (*Comentários do código de processo civil. Tomo XII. Forense, 1976, p. 101*).

3.3. Com efeito, reputo que a obrigação de indenizar o dano causado ao adversário, pela execução de tutela antecipada posteriormente revogada, é consequência natural da improcedência do pedido, decorrência *ex lege* da sentença, e por isso independe de pronunciamento judicial, dispensando também, por lógica,

pedido da parte interessada. Independe, com mais razão, de pedido reconvencional ou de ação própria para o acertamento da responsabilidade da parte acerca do dano causado pela execução da medida.

Na verdade, se bem refletida a questão, toda sentença é apta a produzir seus efeitos principais (o de condenar, declarar, constituir, por exemplo), que decorrem da demanda e da pretensão apresentada pelo autor, e também efeitos secundários, que independem da vontade das partes ou do próprio juízo.

Em relação aos primeiros, há de se observar a congruência entre o pedido e a sentença, sem a qual haverá julgamento *extra, ultra ou citra petita*.

Ao passo que em relação aos segundos se mostra imprópria a averiguação acerca da observância dos pedidos e da causa de pedir.

São efeitos automáticos, produzidos por força de lei, como decorrência do efeito principal ou do simples fato de ter sido prolatada sentença, dispensando até mesmo, qualquer pedido expresso da parte ou pronunciamento do juízo acerca dos mesmos (PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao código de processo civil. vol. 6. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2000, p. 137*).

Apenas a título de exemplos desses efeitos secundários da sentença, vale lembrar a sentença condenatória como título de hipoteca judiciária (art. 466, CPC), e, no

direito penal, a aptidão de a sentença penal “tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime” (art. 91, inciso I, do CP).

Assim, não causa nenhum assombro o fato de a sentença de improcedência, quando revoga tutela antecipadamente concedida, constituir, como efeito secundário, título de certeza da obrigação de o autor indenizar o réu pelos danos eventualmente por este experimentados, cujo valor exato será posteriormente apurado em liquidação.

Em suma, a responsabilidade objetiva pelo dano processual causado por tutela antecipada posteriormente revogada decorre da inexistência do direito anteriormente acautelado, responsabilidade que independe de reconhecimento judicial prévio ou de pedido do lesado.

Reporto-me, uma vez mais, ao magistério de Galeno Lacerda:

A indenização será liquidada nos próprios autos do procedimento cautelar, reza o parágrafo único do art. 811. Como se trata de cautela jurisdicional, litigiosa, e como a responsabilidade objetiva do autor resulta diretamente da lei, não há necessidade de ação própria nem de pedido reconvencial para essa liquidação. Como acentua Dini, o pedido de resarcimento dos danos, no caso, não se deve considerar demanda reconvencial, porque não se trata de pedido baseado em título anterior ou estranho ao processo, mas de demanda que encontra seu título no próprio

processo, por força de lei. Daí, carecer de razão Marcos Afonso Borges, quando afirma que, “para que haja indenização, é necessário que a sentença que julgar improcedente o processo principal condene expressamente o requerente da cautela a efetuá-la. Se isso não ocorrer não se pode falar em responsabilidade, pois não existe título judicial que lhe sirva de suporte”.

Não. O título judicial exequendo é a sentença de *liquidação*, de natureza condenatória, resultante do pedido de liquidação formulado nos próprios autos do procedimento cautelar (*Op. cit.*, p. 318)

Sobre o mesmo tema, e com referência ao mestre dos pampas, arremata Ovídio A. Baptista da Silva:

Como mostra Galeno Lacerda (p. 440), diferentemente do que acontece com o Direito alemão, entre nós a indenização não necessita de ser pedida em ação autônoma ou através de demanda reconvencial, inserida no processo da ação principal. Daí sua conclusão, rigorosamente correta, de ser dispensável, e até mesmo impossível, que a sentença do processo principal contenha um capítulo condenando aquele que executa medida cautelar a indenizar perdas e danos, o que a Marcos Afonso Borges (*Comentários*, 32) pareceria indispensável, como pressuposto para a ação de liquidação (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 231-232).

Dispensando má-fé, ação própria ou reconvenção, cito os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL - MEDIDA CAUTELAR - INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - INTERPRETAÇÃO DO ART. 811, DO CPC - SOCIEDADE DE FATO - INEXISTENCIA - SUMULA 07/STJ.
 I - Consoante a melhor doutrina, "o código estabelece, expressamente, que responda pelos prejuízos que causar a parte que, de má-fé, ou não, promove medida cautelar. Basta o prejuízo, se ocorrente qualquer das espécies do art. 811, I e V, do CPC e, nesse tipo de responsabilidade objetiva processual, o pedido de liquidação é formulado nos próprios autos, com simples invocação de qualquer dos fundamentos do art. 811 do CPC.

[...]

(REsp 127.498/RJ, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/05/1997, DJ 22/09/1997, p. 46462)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EQUIPAMENTOS INTRODUZIDOS NO TERRITÓRIO NACIONAL DE MODO IRREGULAR. APLICAÇÃO DE PENA DE PERDIMENTO DE BENS. PROCEDIMENTO CAUTELAR. DEPÓSITO. AÇÃO PRINCIPAL. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE. ART. 811 DO CPC. VIOLAÇÃO NÃO-VERIFICADA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Da leitura do art. 811, I, do CPC, observa-se que, no procedimento cautelar, independentemente da existência de dolo ou culpa, a requerente deverá ressarcir os danos advindos à parte requerida em razão da

execução da medida, na hipótese de a sentença prolatada no processo principal ser-lhe desfavorável. O parágrafo único do citado dispositivo consigna que a indenização devida será liquidada nos autos do procedimento cautelar.

[...]

(REsp 744.380/MG, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/11/2008, DJe 03/12/2008)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO. CESSAÇÃO DOS EFEITOS DA LIMINAR CONCEDIDA E EXTINÇÃO DO FEITO EM RAZÃO DA NÃO PROPOSITURA DA AÇÃO PRINCIPAL NO PRAZO LEGAL. LIQUIDAÇÃO DA INDENIZAÇÃO NOS PRÓPRIOS AUTOS. CPC, ART. 811, PARÁGRAFO ÚNICO. POSSIBILIDADE.
 1.- Em conformidade com o parágrafo único do artigo 811 do Código de Processo Civil, pode o Requerido, mesmo após o trânsito em julgado da sentença de extinção, formular nos próprios autos do procedimento cautelar pedido de liquidação dos prejuízos causados pela execução da medida.

2.- Recurso Especial provido.

(REsp 802.735/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/12/2009, DJe 11/12/2009)

Nesse último precedente, o eminente relator, Ministro Sidnei Beneti, fundamentou a conclusão na mesma direção ora proposta:

5.- Como se vê, o Acórdão recorrido não vislumbra a possibilidade de liquidação nos própri-

os autos da cautelar em razão do seu trânsito em julgado e de "ausência de carga sancionadora que pudesse realmente ser liquidada".

[...]

8.- A interpretação emprestada ao dispositivo legal pelo Acórdão recorrido esvazia seu conteúdo, tornando-o inócuo. E o texto legal é expresso no sentido de que "a indenização será liquidada nos autos do procedimento cautelar" (CPC, art. 811, parágrafo único).

No presente feito, a cessação dos efeitos da medida deferida coincidiu com a extinção da cautelar, desse modo, a responsabilidade da Autora somente emergiu nesse momento. Na realidade, é o que comumente ocorre nesses casos.

Assim, limitar a possibilidade de liquidação nos próprios autos ao trânsito em julgado e condicioná-la à existência de condenação nesse sentido inviabiliza sua aplicação.

Na verdade, o objetivo da norma em tela é a celeridade e a economia do processo, com a possibilidade de liquidação dos danos sofridos pela execução da cautelar frustrada nos próprios autos.

E, como bem demonstrado pela Recorrente, a obrigação de indenizar decorre da extinção da medida cautelar e a sentença da liquidação formulada no bojo dos autos concederá ao Requerente o título de conteúdo condenatório.

No Supremo Tribunal Federal também há antigo precedente:

ARTIGO 811, I, DO CPC. SUA APLICAÇÃO. A RESPONSABILIDADE

PREVISTA NO ART-811, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E DE NATUREZA PROCESSUAL, FUNDA-SE NO FATO DA EXECUÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR E NA CASSAÇÃO DELA PELA SENTENÇA FINAL PROFERIDA NO PROCESSO PRINCIPAL. INDEPENDE DA PROVA DE MA-FÉ E DE RECONVENÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

(RE 100624, Relator(a): Min. SOARES MUÑOZ, Primeira Turma, julgado em 04/10/1983, DJ 21-10-1983 PP-16307 EMENT VOL-01313-02 PP-00462 RTJ VOL-00109-02 PP-00785)

3.4. Retomando o raciocínio para o caso concreto, há de ser reformado o acórdão recorrido, que afastou a responsabilidade do autor, Condomínio do Shopping Conjunto Nacional de Brasília, pelos danos experimentados pelo réu, decorrentes da interdição açodada de seu estabelecimento comercial durante quase 1 (um) ano.

Ressalte-se, finalmente, que não me impressiona a assertiva contida no acórdão recorrido, segundo a qual o autor não responderia pelos danos porque, por ocasião do ajuizamento da ação, ele "não detinha condições de saber qual seria o resultado da lide, em razão de que os fatos trazidos aos autos eram bastante complexos e controvértidos, tendo cada uma das partes juntado laudos técnicos divergentes sobre a capacidade do imóvel".

A prosperar essa tese, com a devida vênia, quanto mais complexa a causa, tanto mais razão terá o

autor para pleitear a antecipação de tutela de forma leviana, com base na conhecida e odiosa “loteria judicial”.

Ora, a par da já mencionada dispensabilidade do elemento subjetivo, a complexidade da causa, que exigia ampla dilatação probatória, não exime a responsabilidade do autor pelo dano processual. Ao contrário, nesse caso, a antecipação de tutela se evidenciava como providência ainda mais arriscada, circunstância que aconselhava uma conduta de redobrada cautela por parte do autor, com a exata ponderação entre os riscos e a comodidade da obtenção antecipada do pedido deduzido.

Ao final, não se sagrando vitorioso o autor, mostra-se mesmo de rigor o reconhecimento de sua responsabilidade objetiva pelos danos suportados pela parte adversa, os quais poderão ser simplesmente liquidados nos presentes autos, por arbitramento, conforme comando legal previsto nos arts. 475-O, inciso II, c/c art. 273, § 3º, do CPC.

3.5. Finalmente, apenas a título de esclarecimento, cumpre ressaltar que a conclusão ora encaminhada não se aplica, de forma automática, a eventuais questionamentos acerca da responsabilidade civil do Estado ou mesmo do magistrado que deferiu a multicitada tutela antecipada.

Certamente, caso queira o autor voltar-se contra o Estado deverá procurar a via própria, manejando ação autônoma que obedecerá a princípios específicos, como o da responsabilidade subjetiva por ato judicial.

Como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal em diversas oportunidades, “o princípio da responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos do Poder Judiciário, salvo os casos expressamente declarados em lei” (RE 219.117, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 03/08/1999, DJ 29-10-1999).

No mencionado precedente, dentre vários outros citados, o eminente relator citou a doutrina majoritária trilhada por Hely Lopes Meirelles, nos seguintes termos:

Para os atos administrativos, já vimos que regra constitucional é a responsabilidade objetiva da Administração. Mas, quanto aos atos legislativos e judiciais, a Fazenda Pública só responde mediante comprovação de culpa manifesta na sua expedição, de maneira ilegítima e lesiva. Essa distinção resulta do próprio texto constitucional que só se refere aos agentes administrativos (servidores), sem aludir aos agentes políticos (parlamentares e magistrados), que não são servidores da Administração Pública, mas sim membros de Poderes do Estado.

Continua Sua Excelência a afirmar que:

[...] a independência de que devem gozar os juízes e as garantias que precisam ter, para julgar sem receio, estariam irremediavelmente postas em xeque se eles houvessem de ressarcir os danos provenientes de seus erros. E mais: ficariam os juízes permanentemente expostos ao descontentamento

da parte vencida e o foro se transformaria no repositório de ações civis contra eles. Para corrigir sentença errada bastam recursos; o prejuízo por ela causado é consequência natural da falibilidade humana; essa possibilidade de erro é fato da Natureza, não é ato do juiz.

Nesse diapasão, não há que se cogitar de total irresponsabilidade dos órgãos judiciais, esses poderão no exercício de suas funções serem responsabilizados por erros que vierem a realizar, entretanto, essas hipóteses autolimitadoras da soberania desse Poder deverão ser expressas em lei. Atualmente estão regradas, principalmente, no art. 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal (regulamentado pelo artigo 630 do Código de Processo Penal), além do artigo 133 do Código de Processo Civil, este no entanto, como frisa o recorrente, define a responsabilidade subjetiva do magistrado, exigindo deste modo do jurisdicionado a comprovação do dolo ou culpa do órgão judiciário responsável pela ação ou omissão que eventualmente lhe acarretou o dano [...].

Na mesma linha, confira-se o seguinte precedente:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. PRISÃO EM FLAGRANTE. ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS. ART. 5º, LXXV, 2ª PARTE. ATOS JURISDICIONAIS. FATOS E PROVAS. SÚMULA STF 279. 1. Embargos de declaração recebi-

dos como agravo regimental, consoante iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2. O Supremo Tribunal já assentou que, salvo os casos expressamente previstos em lei, a responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos de juízes. 3. Prisão em flagrante não se confunde com erro judiciário a ensejar reparação nos termos da 2ª parte do inciso LXXV do art. 5º da Constituição Federal. 4. Incidência da Súmula STF 279 para concluir de modo diverso da instância de origem. 5. Inexistência de argumento capaz de infirmar o entendimento adotado pela decisão agravada. Precedentes. 6. Agravo regimental improvido (RE 553637 ED, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 04/08/2009).

4. Diante do exposto, nego provimento ao recurso do Condomínio do Shopping Conjunto Nacional e dou provimento ao recurso de Mozariém Gomes do Nascimento.

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:

Após o voto do Relator, Ministro Luis Felipe Salomão, negando provimento ao recurso especial do Condomínio do Shopping Conjunto Nacional e dando provimento ao recurso de Mozariém Gomes do Nascimento, PEDIU VISTA antecipada do Sr. Ministro Marco Buzzi.

Aguardam os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira.

VOTO-VOGAL

EXMO. SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO: Sr. Presidente, também acompanho V. Exa. e o Sr. Ministro Marco Buzzi, lembrando aquele precedente de que fui Relator, quando imputamos responsabilidade à seguradora de plano de saúde pelo pagamento das despesas hospitalares decorrentes de antecipação de tutela. Este caso é semelhante.

Nego provimento ao recurso especial do Condomínio e dou provimento ao recurso de Mozariém Gomes do Nascimento.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO MARCO BUZZI:

Trata-se de recursos especiais, interpostos por CONDOMÍNIO DO SHOPPING CONJUNTO NACIONAL DE BRASÍLIA (CNB) e MOZARIÉM GOMES DO NASCIMENTO, no intuito de ver reformado o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, nos autos da ação inibitória c/c antecipação de tutela, proposta pelo primeiro em face do segundo.

O arresto atacado restou assim ementado:

APELAÇÃO. CONDOMÍNIO. DESTINAÇÃO DO IMÓVEL. ATIVIDADE. RESTAURANTE. ASSEMBLÉIA CONDOMINIAL. PROIBIÇÃO NÃO VERIFICADA. LAUDO PERICIAL. QUESITOS. CA-

PACIDADE DE SOBRECARGA. RESPONSABILIDADE. DANOS MATERIAIS E MORAIS. DOCUMENTO NOVO.

O artigo 397 do CPC permite a juntada de documentos novos quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados. Não se enquadrando no conceito de documento novo o juntado em sede de apelação, não é possível a sua apreciação.

Não há nulidade na perícia decorrente de ausência de manifestação sobre quesito que não foi aventado pela parte.

Não havendo proibição para a execução da atividade de restaurante no pavimento onde se situa o imóvel, e tratando-se de atividade lícita, pode ser exercida pelo réu.

Não pode o juiz, de ofício, impor condenação ao autor por danos materiais e morais decorrentes de ordem judicial exarada em antecipação de tutela que determinou a interdição de restaurante se o autor não agiu com má-fé ou culpa, ou praticou ato ilícito, mornamente quando o réu não apresentou reconvenção nesse sentido. (fl. 562, e-STJ)

Os embargos de declaração interpostos pelo condomínio restaram rejeitados (fls. 595-598, e-STJ), e aqueles do réu, parcialmente acolhidos (fls. 590-594, e-STJ).

Em suas razões (art. 105, III, "a", da CF), CONDOMÍNIO DO SHOPPING CONJUNTO NACIONAL DE BRASÍLIA (CNB) defende violação aos artigos 128, 460 e 535 do CPC, 3º, 9º e 19 da Lei 4591/64, 1228 e 1336, do CC. Sustenta, em síntese, a omissão do arresto Estadual, e

o desrespeito à convenção do condomínio, a qual não autoriza a instalação de restaurante na área litigiosa.

De sua vez, o réu MOZARIÉM GOMES DO NASCIMENTO defende, em suas razões recursais (art. 105, III, "a" e "c", da CF), além do dissídio jurisprudencial, a afronta aos artigos 273, § 3º, 475-O, I, e 811, I, todos do CPC. Para tanto, sustenta que a responsabilidade pelos danos causados em decorrência do deferimento da tutela antecipada, posteriormente revogada, é objetiva.

Após as contrarrazões e decisão de admissibilidade do recurso especial, os autos ascenderam a esta egrégia Corte de Justiça.

É o relatório.

Acompanho o eminentíssimo Relator.

O cerne da discussão que culminou no meu pedido de vista reside na viabilidade de o autor, em razão da revogação da tutela antecipada deferida *initio litis*, responder pelos danos causados ao réu, independentemente de pedido da parte adversa.

Com efeito, a interpretação sistemática dos artigos 273, § 3º, 475-O, I e II, e 811, todos do CPC, permite extrair do sistema processual civil a responsabilidade objetiva daquele que postula antecipação dos efeitos da tutela e, em decorrência de tal circunstância, causa danos ao réu que, ao final, sagra-se vencedor, por ser titular do direito material discutido na demanda.

Tal interpretação possui respaldo na doutrina processualista pátria, que, diante da similitude exis-

tente entre os institutos da tutela cautelar (art. 811 do CPC), e da antecipada de tutela (art. 273 do CPC) - espécies do gênero tutelas de urgência -, determina a aplicação da previsão constante do art. 811 do CPC, analogicamente, aos casos em que os prejuízos ao réu sejam oriundos do deferimento de tutela antecipada no curso da lide, independentemente de pedido do réu para que tal condenação seja efetivada na sentença, porquanto cuida-se de responsabilidade processual objetiva.

Sobre o assunto:

Responsabilidade. Revogada a antecipação de tutela, o demandante fica obrigado a responder pelos danos eventualmente causados ao demandado (arts. 273, § 3º, e 475-O, I, CPC). Trata-se de responsabilidade objetiva, independente de dolo ou culpa. Basta o fato objetivo da revogação aliado ao dano para responsabilização do demandante. (Marinoni, Luiz Guilherme. Código de processo civil anotado artigo por artigo. 3ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 276) Rejeitada a pretensão do autor, não parece possível sejam mantidos os efeitos decorrentes da antecipação da tutela. Essa providência foi tomada com base em cognição sumária, que apontou para a probabilidade do direito afirmado na inicial. Investigação mais profunda dos fatos revelou, todavia, o equívoco dessa conclusão, o que motivou a improcedência da pretensão. (...)

Se o beneficiário obtiver a tutela satisfativa referente à sanção e o resultado do processo lhe for

desfavorável, surgirá, em tese, o dever de indenizar a parte contrária, fundado na responsabilidade objetiva de quem se beneficia indevidamente com a tutela provisória (CPC, art. 811). Esta conclusão está fundada na premissa de que à tutela antecipada aplicam-se as regras da cautelar, tendo em vista tratar-se de espécies do mesmo gênero. (Bedaque, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: Tutelas sumárias e de urgência*. 5^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 431 e 434-435)

Ponto que não desperta maiores polêmicas em sede de doutrina e de jurisprudência é o de que a responsabilidade daquele que se beneficia da tutela antecipada é objetiva, a exemplo do que o art. 811 reserva, expressamente, para o beneficiário da "tutela cautelar". É o que, de resto, extrai-se do inciso I do art. 475-O, que, no particular, não aceita nenhuma das ressalvas feitas pelo § 3^a do art. 273. Por "responsabilidade objetiva" deve ser entendido que o beneficiário da tutela antecipada, pelo simples fato de o ser, deve responder, perante a parte contrária, pelos prejuízos que ela, de alguma forma, experimentar. Não se cogita, na espécie, de perquirir qualquer grau de culpabilidade do beneficiário. Basta seu favorecimento com a tutela antecipada. Trata-se, inequivocamente, de "tutela genérica", com finalidade indenizatória, a ser exercitada, em momento oportuno (quando a tutela antecipada deixar de ser eficaz), pela parte contrária.
(...)

Considerando que todos os elementos relativos à reparação do dano encontram-se nos autos do processo em que a tutela foi antecipada e cumprida, nada mais coerente, visando à otimização da prestação jurisdicional, que a parte que se sinta prejudicada possa valer-se daqueles mesmos autos para perseguir sua indenização, aplicando-se, ao caso, o disposto no inciso II do art. 475-O. não há nisso uma "nova ação" ou um "novo processo". A "ação" e o "processo" são os mesmos que já existem, alterando-se, apenas, a busca de uma diversa tutela jurisdicional diante dos fatos derivados da concessão e do cumprimento da tutela antecipada. (Bueno, Cássio Scarpinella. *Cursos Sistematizado de Direito Processual Civil*. v.4. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 85-86)

Com efeito, firmada a possibilidade de aplicação dos artigos 475-O e 811 do CPC ao instituto da antecipação de tutela, por força do disposto no art. 273, § 3º, do CPC, demonstra-se prescindível pedido expresso do réu - por meio de reconvenção ou mesmo ação autônoma - visando a indenização pelos prejuízos sofridos em decorrência de antecipação de tutela contra si deferida, e posteriormente revogada.

Isso porque, o art. 811 do CPC permite que tais prejuízos sejam apurados em liquidação de sentença, deflagrada pelo réu da ação, dispensando, inclusive, condenação expressa do autor a tal pagamento quando do julgamento de improcedência da demanda cautelar.

Nesse sentido, leciona o mestre Ovídio A. Baptista da Silva:

Como e onde, todavia, se irá averiguar e declarar a existência de tais prejuízos, senão da fase de liquidação dos danos, prevista pelo art. 811? Como mostra Galeno Lacerda, diferentemente do que acontece no Direito alemão, entre nós a indenização não necessita de ser pedida em ação autônoma ou através de demanda reconvencional, inserida no processo da ação principal. Daí sua conclusão, rigorosamente correta, de ser dispensável, e até mesmo impossível, que a sentença do processo principal contenha um capítulo condenando aquele que executara a medida cautelar a indenizar perdas e danos (...)

Sendo assim, então a sentença de liquidação do art. 811, parágrafo único, não pode ser tratada como se fora uma ordinária ação de liquidação de sentença condenatória que, no caso, por definição ainda não houve. Tem-se de condeber o art. 811 como um efeito anexo da sentença desfavorável proferida no processo principal, que se traduz na outorga da pretensão à liquidação de danos, cuja existência se há de provar na própria demanda de liquidação. (Do processo Cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 233-234)

Na mesma linha, retira-se da jurisprudência desta Corte de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL - MEDIDA CAUTELAR - INDENIZAÇÃO -

RESPONSABILIDADE OBJETIVA - INTERPRETAÇÃO DO ART. 811, DO CPC - SOCIEDADE DE FATO - INEXISTÊNCIA - SUMULA 07/ STJ. I - CONSOANTE A MELHOR DOUTRINA, "O CÓDIGO ESTABELECE, EXPRESSAMENTE, QUE RESPONDA PELOS PREJUÍZOS QUE CAUSAR A PARTE QUE, DE MA-FÉ, OU NÃO, PROMOVE MEDIDA CAUTELAR. BASTA O PREJUÍZO, SE OCORRENTE QUALQUER DAS ESPÉCIES DO ART. 811, I E V, DO CPC E, NESSE TIPO DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA PROCESSUAL, O PEDIDO DE LIQUIDAÇÃO E FORMULADO NOS PRÓPRIOS AUTOS, COM SIMPLES INVOCAÇÃO DE QUALQUER DOS FUNDAMENTOS DO ART. 811 DO CPC. II - SOCIEDADE DE FATO NÃO COMPROVADA. (SUMULA 07/ STJ).

III - RECURSO DO ESPÓLIO-RÉU PROVIDO E RECURSO DA AUTORA IMPROVIDO. (REsp 127498/RJ, Rel. Min. WALDEMAR ZVEITER, 3ª Turma, j. em 20/05/1997)

Tal raciocínio, como visto acima, deve ser aplicado aos casos de revogação de tutela antecipada, porquanto se a legislação sequer exige a condenação expressa para que a parte adversa pleiteie a liquidação de sentença, na qual demonstrará os prejuízos mediante a instauração do contraditório, não é crível que se vede a condenação, *ex officio*, pelo magistrado, e a consequente apuração do *quantum* em fase liquidatória.

É o caso dos autos, porquanto o magistrado singular, ao promover a revogação da antecipação dos efeitos da tutela no bojo da sentença, condenou o autor a ressarcir os

prejuízos suportados pelo réu, resultantes de tal medida, determinando que as quantias fossem apuradas em liquidação de sentença.

Do exposto, acompanho o judicioso voto do eminente Relator, para negar provimento ao recurso do autor, e prover aquele interposto pelo réu.

É o 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:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Marco Buzzi, acompanhando o relator, e os votos dos Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira, no mesmo sentido, a Quarta Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial do Condomínio do Shopping Conjunto Nacional e deu provimento ao recurso de Mozariém Gomes do Nascimento.

Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Superior Tribunal de Justiça

Reclamação. Apresentação de extratos pela instituição financeira. Multa diária. Juizado especial. Descabimento.¹

DECISÃO

Trata-se de reclamação, com pedido de liminar, ajuizada pelo Banco Santander Brasil S/A em face de acórdão do Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Estado de São Paulo, assim ementado (e-STJ Fl. 121):

Obrigação de Fazer. Apresentação de extrato de conta corrente pela instituição financeira. Interesse de agir presente. Não apresentação administrativa. Existência da lide diante da resistência da recorrente da pretensão do recorrido, de ter os extratos. Sentença mantida pelos próprios fundamentos Recuso improvido.

Alega o reclamante, em síntese, que a cominação de multa diária fixada no caso em apreço afrontaria o disposto no enunciado n. 372 da Súmula do STJ (“Na ação de exibição de documentos, não cabe a aplicação de multa cominatória”).

Na decisão de fls. 256/259 (e-STJ), foi parcialmente deferida a liminar com a suspensão do acórdão reclamado até o julgamento final desta reclamação.

Assim delimitada a controvérsia, passo a decidir.

Cumpre, inicialmente, ressaltar que a Corte Especial, apreciando questão de ordem levantada na Rcl 3.752/GO, em razão do decidido nos EDcl no RE 571.572/BA (STF, Rel. Ministra Ellen Gracie), admitiu a possibilidade do ajuizamento de reclamação perante o STJ, objetivando, assim, adequar as decisões proferidas pelas Turmas Recursais dos Juizados Estaduais à súmula ou jurisprudência dominante nesta Corte.

A mencionada espécie de reclamação foi disciplinada pela Resolução 12/2009. Ela não se confunde com uma terceira instância para julgamento da causa, e tem âmbito de abrangência necessariamente mais limitado do que o do recurso especial, incabível nos processos oriundos dos Juizados Especiais. Trata-se de instrumento destinado, em caráter excepcionalíssimo, a evitar a consolidação de interpretação do direito substantivo federal ordinário divergente da jurisprudência pacificada pelo STJ.

A 2ª Seção, no julgamento das Reclamações 3.812/ES e 6.721/MT, interpretando a citada resolução, decidiu que a jurisprudência do STJ

¹ Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoesmonocraticas/frame.asp?url=/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=24849055&formato=PDF>>. Acesso em: 25 out. 2012.

a ser considerada para efeito do cabimento da reclamação é apenas a relativa a direito material, consolidada em súmulas ou teses adotadas no julgamento de recursos repetitivos (CPC, art. 543-C). Não se admitirá, desse modo, a propositura de reclamações somente com base em precedentes tomados no julgamento de recursos especiais. Questões processuais típicas da legislação específica resolvidas pelos Juizados não são passíveis de reclamação, dado que o processo, nos juizados especiais, orienta-se pelos princípios da Lei 9.099/95. Fora desses critérios foi ressalvada somente a possibilidade de revisão de decisões aberrantes.

A partir dessas premissas, observo que, efetivamente, no caso em apreço, se configura a divergência alegada com o entendimento consolidado na Súmula 372 do STJ. A propósito:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RECEBIMENTO DE CHEQUE SEM FUNDOS. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO DO ENDEREÇO DO EMITENTE. DESCABIMENTO. AÇÃO DE EXIBIÇÃO EM FACE DO BANCO PARA QUE A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA EXIBA O DOCUMENTO DE CADASTRO DO EMITENTE DO CHEQUE. POSSIBILIDADE. MULTA COMINATÓRIA. INVIABILIDADE.

1. A atividade bancária, dada sua relevância econômico-societal, sofre intervenção direta e indireta do Estado, consoante manifesto interesse público que a envolve, submetendo-se à Lei 4.595/64 e a normatização do

Conselho Monetário Nacional e Banco Central.

2. O acórdão recorrido consignou que a cártyula de cheque foi devolvida pelo denominado “motivo 11”, o que, nos termos do artigo 4º da Circular 2.989/2000, da Diretoria colegiada do Banco Central, vigente à época dos fatos, impunha à instituição financeira que prestasse informação acerca do endereço do emitente.

3. Tendo em vista que os artigos 339 a 341 do Código de Processo Civil impõem a terceiros o dever de colaboração com o Judiciário, o fornecimento de informações de natureza cadastral aos credores da obrigação cambial é feito em benefício do direito fundamental de ação, da função social do contrato, do sistema de crédito e da economia, da adequada utilização do cheque, que contribui para o aperfeiçoamento do sistema financeiro, da proteção do credor de boa-fé e da solução rápida dos conflitos, não podendo o Banco acobertar o devedor.

4. Como é cediço, a sentença proferida na ação de exibição, proposta em face de terceiro, tem caráter mandamental, não cabendo a imposição de astreintes, mas pode ser fixado prazo para que o requerido exiba o documento vindicado, sob pena de ser determinada a expedição de mandado de busca e apreensão. É bem por isso que orienta a Súmula 372/STJ que, na ação de exibição de documentos, não cabe a aplicação de multa cominatória.

5. Recurso especial parcialmente provido para afastar a multa cominatória.

(REsp 1159087/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/04/2012, DJe 15/05/2012)

AGRADO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL. IMPOSIÇÃO DE MULTA COMINATÓRIA. DESCABIMENTO. SÚMULA 372/STJ. BUSCA E APREENSÃO.

1. Nos termos da súmula 372/STJ, "na ação de exibição de documentos, não cabe a aplicação de multa cominatória."

2. A medida coercitiva cabível na hipótese de não cumprimento da decisão judicial que determina a exibição de documentos é a busca e apreensão, nos moldes do artigo 362 do Código de Processo Civil.

3. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(AgRg nos EDcl no REsp 1142802/PR, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 05/03/2012)

Em face do exposto, julgo procedente o pedido da presente reclamação para afastar a multa diária imposta.

Oficie-se ao Presidente do Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Estado de São Paulo, ora reclamado, acerca da presente decisão.

Publique-se. Intime-se.

Brasília (DF), 28 de setembro de 2012.

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI

Relatora

Rcl 7.571 - DJe 05.10.2012.

Tribunal Superior do Trabalho

Recurso de revista. Desvirtuamento do contrato de estágio. Sociedade de economia mista. Impossibilidade de reconhecimento de vínculo de emprego. Efeitos. Súmula Nº 363 do TST.¹

ACÓRDÃO

RECURSO DE REVISTA. DESVIRTUAMENTO DO CONTRATO DE ESTÁGIO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE VÍNCULO DE EMPREGO. EFEITOS. SÚMULA Nº 363 DO TST.

O Tribunal Regional confirmou a sentença quanto à conclusão que houve desvirtuamento do contrato de estágio, sem o reconhecimento da existência da relação de emprego, em face do disposto no inciso II do art. 37 da Constituição Federal, e ao deferimento das diferenças salariais havidas entre o valor percebido e o valor do piso da categoria. Nos termos da Súmula nº 363 do TST, em hipótese de contrato nulo, somente são assegurados a contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e os valores referentes aos depósitos de FGTS. A jurisprudência desta Corte, aplicando o entendimento contido na Súmula nº 363, especificamente quanto às hipóteses de desvirtuamento do contrato de estágio, está firmada no sentido de

que a contraprestação pactuada é o valor da bolsa mensal paga mediante convênio com a instituição de ensino. Nesse contexto, constata-se que, no acórdão recorrido, restaram extrapolados os limites consubstanciados na Súmula nº 363 desta Corte.

Recurso de revista conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-142140-68.2006.5.12.0008 (Convertido de Agravo de Instrumento de mesmo número), em que é Recorrente BANCO DO BRASIL S.A. e Recorrido JAISSON SCHONS.

Contra a decisão em que se denegou seguimento ao recurso de revista, o reclamado interpõe agravo de instrumento.

Não foram apresentadas a contraminuta ao agravo de instrumento e as contrarrazões ao recurso de revista.

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, em face do disposto no art. 83, § 2º, II, do Regimento Interno do TST.

É o relatório.

RR-142140-68.2006.5.12.0008 – DEJT 28.09.2012.

¹ Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR%20%20142140-68.2006.5.12.0008&base=acordao&numProclnt=406741&anoProclnt=2008&dataPublicacao=28/09/2012%2007:00:00&query=>>

VOTO

AGRADO DE INSTRUMENTO CONHECIMENTO

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade pertinentes à tempestividade (fls. 03 e 177) e à representação processual (fls. 23 e 25), e encontrando-se devidamente instruído, com o traslado das peças essenciais previstas no art. 897, § 5º, I e II, da CLT e no item III da Instrução Normativa nº 16/99 do TST, CONHEÇO do agravo de instrumento.

2. MÉRITO

DESvirtuamento do contrato de estágio. Sociedade de economia mista. Impossibilidade de reconhecimento de vínculo de emprego. Efeitos. Súmula nº 363 do TST.

Ante o recurso de revista interposto pelo reclamado às fls. 159-167, merece ser provido o agravo de instrumento para processamento do recurso de revista, em face de configuração de contrariedade à Súmula nº 363 desta Corte.

Do exposto, configurada a hipótese prevista no art. 896, a, da CLT, DOU PROVIMENTO ao agravo de instrumento para determinar o julgamento do recurso de revista, observado o procedimento estabelecido na Resolução Administrativa nº 928/2003 do Tribunal Superior do Trabalho.

RECURSO DE REVISTA

CONHECIMENTO

Satisfeitos os requisitos extrínsecos de admissibilidade, pertinentes à tempestividade (fls.

157 e 159), à regularidade de representação (fls. 169 e 171) e ao preparo (fls. 109, 111 e 173). Preenchidos os pressupostos genéricos de admissibilidade, passa-se ao exame dos específicos do recurso de revista.

DESvirtuamento do contrato de estágio. Sociedade de economia mista. Impossibilidade de reconhecimento de vínculo de emprego. Efeitos. Súmula nº 363 do TST

O Tribunal Regional negou provimento ao recurso ordinário interposto pelo reclamado, confirmando a sentença quanto à conclusão que houve desvirtuamento do contrato de estágio, sem o reconhecimento do vínculo de emprego, em face do disposto no inciso II do art. 37 da Constituição Federal, e ao deferimento das diferenças salariais havidas entre o valor percebido e o valor do piso da categoria. Manifestou-se nos seguintes termos (fls. 153-154), *verbis*:

Com efeito, a prova dos autos deixou evidente que o autor desenvolvia funções bancárias, prestando serviços na central de auto-atendimento.

Tal como assinalado na sentença revisada, entendo que:

Resta evidente que a intenção maior da espécie de contratação em análise foi afastar a incidência das normas trabalhistas, pois, *data venia*, é impossível se admitir um estágio com duração de dois anos para aprendizado de trabalho junto ao auto-atendimento, separação de documentos e abertura de contas.

Sem desmerecer as funções acima, é óbvio que em nada, ou

quase nada, acrescentam ao plano curricular, não se justificando o período de dois anos utilizado pelo banco.

Assim, entendo desconfigurado o contrato de estágio, uma vez que não atendidos os requisitos legais capazes de afastar a relação de emprego.

Verificado o desvirtuamento dos propósitos da Lei nº 6.494/97, tem-se por consequência o reconhecimento da relação empregatícia entre as partes.

No entanto, dada a natureza jurídica do banco-reu, resta inviável a formação do vínculo laboral, sem que tenha havido atendimento ao requisito constitucional da submissão a concurso público.

E de ser aplicado, portanto, o regramento sumular do TST (Súmula 363), sendo devidas ao autor apenas as diferenças salariais já deferidas na sentença.

O Reclamado, em suas razões de revista, indica contrariedade à Súmula nº 363 do TST e violação dos arts. 4º da Lei nº 6.494/77 e 37, II, § 2º, da Constituição Federal. Argumenta que o reconhecimento do direito às diferenças salariais entre o valor pago e o valor do piso da categoria se contrapõe ao preconizado na Súmula nº 363 desta Corte, destacando que esta define que o pagamento a ser assegurado restringe-se à contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, tendo como base o salário mínimo e não o piso da categoria. Sustenta que a retribuição pactuada em relação a estagiário restringe-se ao valor da “bolsa”. Requer a exclusão da con-

denação imposta, em razão do efetivo pagamento do pactuado ou a limitação do direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, tomando-se como base o salário mínimo.

A questão cinge-se aos efeitos decorrentes do reconhecimento do desvirtuamento do contrato de estágio, o qual levaria ao reconhecimento do vínculo de emprego, que foi afastado em face da exigência de concurso público, contida no art. 37, II, da Constituição Federal, aplicável em razão do reclamado tratar-se de sociedade de economia mista.

Nos termos da Súmula nº 363 do TST, em hipótese de contrato nulo, somente são assegurados a contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e os valores referentes aos depósitos de FGTS.

Cabe ressaltar, ainda, que a jurisprudência desta Corte, aplicando o entendimento contido na Súmula nº 363 desta Corte, especificamente quanto às hipóteses de desvirtuamento do contrato de estágio, está firmada no sentido de que a contraprestação pactuada é o valor da bolsa mensal paga mediante o convênio com a instituição de ensino.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

DES VIRTUAMENTO DO CONTRATO DE ESTÁGIO. DIFERENÇAS SALARIAIS. CONTRATO NULO. SÚMULA N° 363 DESTA CORTE SUPERIOR. 1. É insuscetível de revisão, em sede extraordinária,

a decisão proferida pelo Tribunal Regional à luz da prova carreada aos autos. Somente com o revolvimento do substrato fático-probatório dos autos seria possível afastar a premissa sobre a qual se erigiu a conclusão consagrada pela Corte de origem, no sentido de ter-se comprovado o desvirtuamento do contrato de estágio. Incidência da Súmula n.º 126 do Tribunal Superior do Trabalho.

2. A contratação de servidor público, após a promulgação da Constituição da República de 1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo artigo 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário-mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS (Súmula n.º 363 do TST).

2. Na hipótese dos autos em que se verificou o desvirtuamento do contrato de estágio, a contraprestação pactuada diz respeito à bolsa-auxílio estágio e não à remuneração prevista para a categoria dos bancários.

3. Recurso de revista parcialmente conhecido e provido. (...)

(RR-124800-11.2008.5.04.0511, Relator Ministro Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, Data de Publicação: 30/09/2011)

EMBARGOS EM EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI N° 11.496/2007. ESTÁGIO. NULIDADE DO CONTRATO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. NECESSIDADE DE CONCURSO PÚBLICO. EFEITOS. Esta Corte Superior tem reiteradamente decidido pela

declaração de nulidade dos contratos de trabalho celebrados com ente da Administração Pública sem a prévia aprovação em concurso público, aplicando à hipótese o disposto no art. 37, II e § 2º, da Constituição Federal de 1988, de modo a assegurar ao trabalhador tão-somente o pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o salário-mínimo/hora e os valores referentes aos depósitos do FGTS. Esse posicionamento foi confirmado com a nova redação da Súmula nº 363 do TST. Assim, o não-reconhecimento de vínculo de emprego do Banco com o estagiário, em face de nulidade contratual, determina o afastamento das verbas salariais, em face do que dispõe o art. 37, inciso II, § 2º, da Constituição da República, diante da ausência de prévia aprovação em concurso público. Destarte, deve ser limitada a condenação tão-somente ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS, conforme consta do verbete, sendo que o equivalente à contraprestação pactuada, no caso do estagiário, é a bolsa mensal paga mediante convênio com a instituição.

Recurso de embargos conhecido e provido. (RR-739635-96.2001.5.04.5555, Relator Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 21/08/2009)

Dessa forma, o Tribunal *a quo*, ao manter ao deferimento das diferenças salariais havidas entre o

valor percebido e o valor do piso da categoria, extrapolou os limites consubstanciados na Súmula nº 363 desta Corte.

Portanto, CONHEÇO do recurso de revista, por contrariedade à Súmula nº 363 desta Corte.

MÉRITO

DESVIRTUAMENTO DO CONTRATO DE ESTÁGIO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE VÍNCULO DE EMPREGO. EFEITOS. SÚMULA N° 363 DO TST.

Conhecido o recurso por contrariedade à Súmula nº 363, seu provimento é medida que se impõe, a fim de adequar a decisão recorrida à jurisprudência uniforme desta Corte.

Dou provimento ao recurso de revista para excluir a condenação ao pagamento das diferenças salariais, por consequência, julgar improcedente a reclamação trabalhista. Custas invertidas, das quais fica dispensado o reclamante, na forma da lei.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do agravo de instrumento e, no mérito, dar-lhe provimento para determinar o julgamento do recurso de revista. Acordam, ainda, por unanimidade, julgando o recurso de revista, na forma do art. 897, § 7º, da CLT, dele conhecer, por contrariedade à Súmula nº 363 desta Corte, e, no mérito, dar-lhe provimento para excluir a condenação ao pagamento das diferenças salariais, por consequência, julgar improcedente a reclamação trabalhista. Custas invertidas, das quais fica dispensado o reclamante, na forma da lei.

Brasília, 26 de setembro de 2012.

Firmado por assinatura digital
(Lei nº 11.419/2006)

Walmir Oliveira da Costa
Ministro Relator

Tribunal Regional Federal da 4^a Região

Ação de exibição de documentos incidental em ação de conhecimento sobre conta vinculada ao FGTS. Responsabilidade pela apresentação de extratos. CEF. Banco depositário.¹

EMENTA OFICIAL

AÇÃO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS INCIDENTAL EM AÇÃO DE CONHECIMENTO SOBRE CONTA VINCULADA AO FGTS. RESPONSABILIDADE PELA APRESENTAÇÃO DE EXTRATOS. CEF. BANCO DEPOSITÁRIO.

1. Há responsabilidade da CEF perante o depositário de apresentar os documentos relativos à sua conta.

2. A discussão aqui é da responsabilidade do banco depositário frente à CEF de fornecer esses documentos.

3. Nos termos do art. 14 do Decreto 59.820/66 (regulamento do FGTS), existia obrigação legal (com o respectivo dever) dos bancos depositários manterem a escrituração dos valores, inclusive fornecendo anualmente e sempre que solicitado os respectivos extratos de movimentação das contas vinculadas do FGTS que neles tinham sido depositadas e estavam guardadas

2. A centralização e transferência dos depósitos para a CEF não alterou o dever dos bancos depositários de guardarem essas informações. A entrega do "último" dos extratos pelos bancos depositários

para a CEF não os exime de continuarem com os registros guardados enquanto não prescritos.

3. Logo, em sede de ação incidental de exibição de documentos entre a CEF e o Banco depositário, é obrigação deste último fornecer documentos/extratos à CEF relativos às contas de FGTS.

4. Afirmado o dever legal de exibir os documentos, cabe perquirir o cumprimento da obrigação legal pelo banco depositário, e em caso de não-cumprimento, ponderar se é legítima a sua recusa à exibição daqueles documentos.

5. No caso dos autos, é ilegítima a recusa porque o banco depositário apresentou documento singular, que sequer se revestiu das formalidades apropriadas e nem está assinado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 4a. Turma do Tribunal Regional Federal da 4^a Região, por unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

¹ Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=5374218>. Acesso em: 25 out. 2012.

Porto Alegre, 24 de outubro de 2012.

Desembargador Federal CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR
Relator
TRF 4^a Região - APELAÇÃO CÍVEL
Nº 5001488-11.2010.404.7111/RS.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação contra sentença que julgou improcedente ação incidental de exibição de documentos proposta pela CEF contra o Unibanco e condenou a CEF ao pagamento de R\$ 1.000,00 a título de honorários advocatícios.

Aquela ação de exibição de documentos foi proposta incidentalmente em ação ordinária movida por titular de conta vinculada do FGTS contra a CEF, pretendendo nesta a condenação da CEF ao pagamento de diferenças que entende devidas e não-pagas quanto aos depósitos de FGTS decorrentes de contrato de trabalho mantido no período compreendido entre 30/03/1970 (data de opção pelo FGTS) e 15/07/1992 (data de afastamento).

Na ação de exibição de documentos, a CEF pretendia que o Unibanco (banco depositário durante o contrato de trabalho) apresentasse em juízo os extratos da conta vinculada do FGTS naquele período, permitindo assim que fossem encontrados os valores eventualmente devidos na ação ordinária.

Na sentença de improcedência, o juiz de origem aceitou a recusa do Unibanco em apresentar os extratos porque este apresentou pes-

quisa infrutífera quanto aos extratos e porque entendeu que o Unibanco não possui dever legal de exibi-los (art. 358, I, do CPC), na medida em que a responsabilidade exclusiva pela apresentação dos extratos é da CEF.

Apela a CEF, buscando a procedência da ação incidental (porque o Unibanco deveria guardar aqueles documentos pelo menos desde 1981, já que ainda não houve prescrição). Também pretende seja afastada sua condenação em honorários advocatícios (pelo princípio da causalidade).

Com contrarrazões, vieram os autos para julgamento.

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, reconheço que na relação existente entre CEF e titular da conta vinculada do FGTS, a responsabilidade pela apresentação dos extratos de contas de FGTS na ação de conhecimento é da CEF, mesmo quanto ao período anterior a 1992.

Esse entendimento é atualmente pacífico nos tribunais brasileiros, estando assentado que essa responsabilidade decorre de que a CEF, quando se tornou gestora do FGTS, com a edição da Lei 8.036/90, assumiu o controle das contas vinculadas e desde então passou a ser sua essa responsabilidade.

Entretanto, não é esta relação que está sendo discutida nesta ação incidental movida pela CEF contra aquele que na época dos depósitos discutidos era o banco depositário.

O que se discute nesta ação incidental de exibição de documentos é relação distinta daquela primeira, agora envolvendo a CEF (atual gestora do FGTS e que nela teve centralizados todos os depósitos por força da Lei 8.036/90) e aquela instituição financeira que na época dos depósitos era o banco depositário e tinha a obrigação legal de manter e fornecer os extratos.

A questão central a ser resolvida nesta ação incidental é saber se aquele que foi o banco depositário na época dos depósitos do FGTS continua com responsabilidade quanto à guarda dos documentos relativos às contas de FGTS quanto aos períodos ainda não-prescritos.

Ora, a questão deve ser dirimida a partir do exame das responsabilidades quanto à guarda e à exibição dos documentos, verificando-se inicialmente se há obrigação legal de exibição do documento pelo réu da ação incidental, se houve cumprimento desse dever, e se eventual recusa apresentada deve ser aceita.

Passo ao exame dessas questões, portanto.

Sobre a Obrigaçāo Legal

A primeira questão diz respeito a examinar se há ou não dever legal daquele que era o banco depositário das contas do FGTS para exibir agora os documentos que a CEF necessita para sua defesa e instrução do processo de conhecimento.

Antes da centralização das contas no FGTS (período justamente do contrato de trabalho discutido na ação ordinária), os depósitos do

FGTS poderiam ser feitos em contas vinculadas mantidas em outros bancos depositários que não a CEF, conforme consta do § único do artigo 2º da Lei 5.107/66, nestes termos:

“As contas bancárias vinculadas a que se refere este artigo serão abertas em estabelecimento bancário escolhido pelo empregador, dentre os para tanto autorizados pelo Banco Central do Brasil, em nome do empregado que houver optado pelo regime desta Lei, ou em nome da empresa, mas em conta individualizada, com relação ao empregado não optante”.

O respectivo Regulamento do FGTS vigente na época (Decreto 59.820/66) estabelecia a obrigação do banco depositário fornecer os extratos da movimentação do FGTS, conforme consta de seu artigo 14, com esta redação:

“Art. 14. Cabe aos Bancos Depositários, através das empresas, fornecer aos empregados optantes extrato anual de suas contas vinculadas, devendo, ainda, atender aos pedidos de informação que lhes sejam feitos pelos empregados, por intermédio do respectivo Sindicato, ou, na falta deste, diretamente pelos interessados”.

Portanto, existia obrigação legal (com o respectivo dever) dos bancos depositários manterem essa escrituração dos valores, inclusive fornecendo anualmente e sempre que solicitado os respectivos extratos de movimentação das contas vinculadas do FGTS que neles ti-

nham sido depositadas e estavam guardadas.

Por ocasião da centralização e transferência dos depósitos, nada foi alterado quanto a esse dever dos bancos depositários guardarem essas informações, havendo apenas determinação para que os depósitos fossem transferidos à CEF e que o banco depositário encaminhasse à CEF o “último extrato” das contas vinculadas, conforme estabelecido pelo artigo 24 do Decreto 99.864/90:

Art. 24. Por ocasião da centralização na CEF, caberá ao banco depositário emitir o último extrato das contas vinculadas sob sua responsabilidade, que deverá conter, inclusive, o registro dos valores transferidos e a discriminação dos depósitos efetuados na vigência do último contrato de trabalho

Ora, a obrigação do banco depositário naquela ocasião não era repassar todos os extratos dos depósitos anteriores das contas vinculadas, mas apenas o último daqueles extratos.

Então se não havia obrigação legal de que o banco depositário transferisse todas as informações para a CEF (mas apenas o último extrato), não se poderia concluir que a simples transferência e centralização das contas do FGTS para a CEF tivesse acabado com o dever que os bancos depositários tinham de manter os registros dos depósitos e das movimentações feitas nas contas vinculadas do FGTS no período em que essas contas estiveram depositadas e aos cuidados

desses bancos depositários, distintos da CEF.

Portanto, o banco depositário tinha na época (e não perdeu com a centralização e transferência dos depósitos) a obrigação legal de manter a escrituração das contas de FGTS e o consequente dever legal de exibir e fornecer esses extratos das contas vinculadas sob sua administração no período anterior à migração dessas à CEF.

Esse dever legal persiste enquanto não prescrita a obrigação (no mesmo prazo que prescreveria a possibilidade de reclamar quanto aos depósitos feitos naqueles períodos) ou enquanto não tivessem todas essas informações sido transferidas e centralizadas na CEF.

Repto que não houve transferência e centralização de todas as informações na CEF, apenas o banco depositário entregou o “último” dos extratos para a CEF por ocasião daquela centralização, o que não eximiu os bancos depositários de continuarem com esses registros guardados até que não fossem mais necessários (estivessem prescritos) ou tivessem sido entregues ao novo depositário dos depósitos e centralizador das contas de FGTS (a CEF).

Cumprimento da Obrigaçāo

Afirmado o dever legal de exibir os documentos, cabe perquirir se o banco depositário cumpriu sua obrigação legal quando instado pela ação de exibição de documentos a fazê-lo.

No presente caso, o Unibanco foi intimado a acostar os extratos do autor da ação principal, neste

procedimento baseado nos artigos 360 a 363 do CPC:

"quando o documento ou a coisa estiver em poder de terceiro, o juiz mandará citá-lo para responder no prazo de 10 dias" (artigo 360 do CPC).

Entretanto, em resposta, o banco depositário informou (EXTR2 do evento 18) que os extratos não foram encontrados.

Portanto, o dever legal do banco depositário não foi cumprido (não exibiu os documentos), apresentando escusa para assim ter agido.

Diante do não-cumprimento da obrigação, resta ponderar se é legítima a sua recusa à exibição daqueles documentos.

Escusabilidade da Recusa

Examinando o teor do documento que apresentou o banco depositário, constato que não foi suficientemente comprovado que a escusa era legítima.

Ao contrário, o banco depositário apresentou documento singular, que sequer se revestiu das formalidades apropriadas e nem está assinado. Nada menciona quanto às pesquisas que realizou nem apresenta evidências concretas de que não dispunha dos documentos, que tinha motivo justo para não mais dispor dos documentos, que transferiu os documentos integralmente para a CEF, que houve algum motivo de força maior que impediu que continuasse guardando os referidos documentos, como seria seu dever enquanto não prescrita a obrigação.

Portanto, aquela recusa do banco depositário em exibir os documentos não se mostra legítima nem justa, não cumprindo nem escusando o banco depositário quanto cumprimento de seu dever legal frente à CEF.

Convém salientar aqui que não se trata de discutir se a CEF deve ou não exibir os documentos na ação ordinária, que lhe move o titular da conta vinculada do FGTS. Não há dúvida, como já foi afirmado, que existe essa obrigação legal da CEF de prestar contas ao titular da conta vinculada do FGTS e fornecer os documentos necessários para apuração e liquidação dos valores decorrente de eventual condenação judicial em ação de resarcimento ajuizada pelo correntista.

Não é isso que está em jogo na ação incidental de exibição de documentos, onde se discute se o banco depositário deve ou não fornecer os documentos para a CEF. Ora, pelo que foi dito, existe obrigação legal do banco depositário fornecer esses documentos à CEF, sendo portanto o banco depositário parte passiva legítima para responder à ação incidental, sem que isso signifique que a CEF fica escusada ou dispensada de cumprir seu dever em relação ao titular da conta vinculada. Apenas se está reconhecendo que também o banco depositário tem esse dever, agora em relação à CEF, o que não significa - é bom deixar claro - que a CEF possa ser escusada ou furtar-se de apresentar a documentação devida na ação ordinária. O que a CEF pode fazer é também voltar-se con-

tra o banco depositário, mas sem que isso isente a ela (CEF) do que também lhe compete e é assente na jurisprudência.

Portanto, considero ilegítima a recusa apresentada pelo Unibanco.

Conclusão

Portanto, havendo o dever legal de exibir os documentos e não sendo justa nem escusável a recusa apresentada pelo banco depositário em fazê-lo, deve ser reformada a sentença de improcedência da ação incidental de exibição dos documentos.

A instituição financeira depositária deve diligenciar no sentido de obter os extratos do trabalhador, porque é prova necessária à eventual liquidação de sentença sobre os consectários na conta vinculada de FGTS, porque assegura o seu direito de ação e de defesa na ação principal, e porque é seu dever manter aquela documentação e prestar as informações solicitadas pela CEF ou pelos correntistas.

Saliento que, obviamente, isso não exime a CEF das suas obrigações diante do correntista titular da conta vinculada no FGTS.

Quanto aos honorários advocatícios, a sucumbência deve ser invertida, condenando-se o

Unibanco ao pagamento dos honorários advocatícios arbitrados, agora em favor da CEF.

Ante o exposto, voto por dar provimento à apelação da CEF para julgar procedente a ação incidental de exibição de documentos e determinar que o banco depositário exiba em juízo e forneça à CEF no prazo de 10 dias os documentos referidos na petição inicial, na forma e sob as penas dos artigos 360-363 do CPC.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que este processo foi incluído na Pauta do dia 16/10/2012, na seqüência 185, disponibilizada no DE de 03/10/2012, da qual foi intimado(a) o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, a DEFENSORIA PÚBLICA e as demais PROCURADORIAS FEDERAIS.

Certifico que o(a) 4^a TURMA, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, em sessão realizada nessa data, proferiu a seguinte decisão:

A TURMA, POR UNANIMIDADE, DECIDIU DAR PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Simone Deonilde Dartora
Secretária

PARTE 3

NORMAS EDITORIAIS

DE PUBLICAÇÃO

Normas Editoriais de Publicação

I - INFORMAÇÕES GERAIS

A Revista de Direito da ADVOCEF é uma publicação científica periódica da Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal. Publica artigos originais referentes à atuação profissional do advogado, à pesquisa, ao ensino ou à reflexão crítica sobre a produção de conhecimento na área do Direito.

Sua missão principal é contribuir para a formação profissional e acadêmica do advogado da Caixa e demais Operadores do Direito, bem como socializar o conhecimento técnico e científico produzido por aqueles que pesquisam e/ou atuam em todos os campos do conhecimento jurídico.

II – LINHA EDITORIAL

Os textos remetidos para publicação devem ser preferencialmente inéditos e abranger assuntos pertinentes ao Direito. Os trabalhos serão avaliados por um Conselho Editorial, sem a identificação dos autores e instituições (*blind review system*), o qual decidirá pela publicação do material enviado com base em critérios científicos, interesse institucional ou técnico e, ainda, atualidade de seu conteúdo.

Eventual adequação do conteúdo ao formato eletrônico poderá ser proposta, sem prejuízo da informação. Pequenas modificações no texto poderão ser feitas pelo Conselho Editorial, mas as modificações substanciais serão solicitadas aos autores. Será permitida a reprodução parcial dos artigos, desde que citada a fonte.

Ao remeter o texto para publicação, o Autor cede à ADVOCEF o direito de fazer uso do material enviado na Revista de Direito, no encarte "Juris Tantum" do Boletim Informativo Mensal e/ou em seu site na internet, a critério da associação.

A publicação em qualquer veículo de comunicação da ADVOCEF não é remunerada e o conteúdo é de responsabilidade do autor. Os originais, publicados ou não, não serão devolvidos.

III – TIPOS DE TEXTO

1. Artigos doutrinários – análise de temas e questões fundamentadas teoricamente, levando ao questionamento de modos de pensar e atuar existentes e a novas elaborações na área jurídica;

2. Relatos de experiência profissional e estudos de caso – relatos de experiência profissional ou estudos de caso de interesse para as diferentes áreas de atuação do advogado;

3. Comunicações – relatos breves de pesquisas ou trabalhos apresentados em reuniões científicas/eventos culturais;

IV - APRESENTAÇÃO DOS TRABALHOS

O texto, de até 30 laudas, deve ser enviado por e-mail à ADVOCEF, no formato Word, redigido em fonte Times New Roman, tamanho 12, com espaçamento entre linhas de 1,5 cm e margens de 2 cm (eventualmente, o conselho editorial poderá aprovar textos acima de 30 laudas, caso entenda ser de interesse da Revista a publicação na íntegra do material enviado).

O autor deve ainda enviar à ADVOCEF, por correio ou malote, devidamente preenchido e assinado, um termo de cessão de direitos autorais, elaborado a partir de formulário padrão disponibilizado em <http://www.advocef.org.br/_arquivos/40_1047_termocessao.doc>.

O arquivo do trabalho deve conter:

1. Folha de rosto com o nome do(s) autor(es) e: a) título em português; b) nome de cada autor, seguido da afiliação institucional e titulação acadêmica; c) endereço eletrônico para envio de correspondência.

2. Resumo em português – com no máximo 150 palavras e acompanhado de quatro palavras-chave. Palavras-chave são vocábulos representativos do conteúdo do documento que devem ser separados entre si por ponto e finalizados também por ponto.

2.1 Sumário indicando as principais partes ou seções do artigo.

2.2 Resumo bilíngue – Título, resumo e palavras-chave devem ser traduzidos para outro idioma, acompanhando os originais em português.

3. Notas de rodapé – As notas não bibliográficas devem ser reduzidas a um mínimo, ordenadas por algarismos 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

**O envio eletrônico do documento pelo e-mail pessoal do autor substitui a assinatura física da carta de encaminhamento.



Efetividade, tempo e isonomia dos direitos no contexto processual constitucional

Gryecos Attom Valente Loureiro e Camille Ferreira Missick Guimarães

O princípio da justiça formal na justificação das decisões jurídicas: considerações acerca da formação e aplicação dos precedentes jurisprudenciais sob a forma de direito sumular

Pedro Jorge Santana Pereira

O novo marco legal nacional da regularização fundiária: possibilidades e limitações da atuação do Poder Público

Pedro Araújo e Solange Gonçalves Dias

O perecimento dos saldos (e correspondentes direitos) dos depósitos populares efetuados no século passado

Marcos Vinícius de Andrade Ayres

A penhora de bem imóvel alienado fiduciariamente

Daniel Barbosa Lima Faria Corrêa de Souza

O princípio da igualdade e as limitações ao ingresso no Simples Nacional

Débora Couto Cançado Santos

Análise da viabilidade de cláusula coletiva autônoma no que tange ao estabelecimento de culpa recíproca e indenização de 20% como hipótese de saque do FGTS

Marcos Ulhoa Dani

Embargos de declaração no processo do trabalho. Objeto. Efeito Modificativo. Necessidade do contraditório

João Pedro Silvestrin