

ADVOGADO

ANO VIII - Nº 16 - MAI | 13

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: *2.100 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)

2ª Tesoureira

Daniele Cristina Alaniz Macedo (São Paulo)

1ª Secretaria

Lenymara Carvalho (Brasília)

2ª 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

Magdiel Jeus Gomes Araújo (João Pessoa)

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

*Doutor em Direito Econômico e Sociobambiental PUC/PR.
Mestre em Direito Ambiental - UEA/AM. Vice-presidente 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.*

Iliane Rosa Pagliarini

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

João Pedro Silvestrin

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

CONSELHO DELIBERATIVO

Membros Efetivos

Anna Claudia de Vasconcellos (Florianópolis)

Davi Duarte (Porto Alegre)

Fernando da Silva Abs Cruz (Porto Alegre)

Henrique Chagas (Presidente Prudente)

Luciano Caixeta Amâncio (Brasília)

Patrícia Raquel Caíres Jost Guadanhim (Londrina)

Renato Luiz Harmi Hino (Curitiba)

Membros Suplentes

Antônio Xavier de Moraes Primo (Recife)

Elton Nobre de Oliveira (Rio de Janeiro)

Justiniano Dias da Silva Júnior (Recife)

CONSELHO FISCAL

Membros Efetivos

Adonias Melo de Cordeiro (Fortaleza)

Edson Pereira da Silva (Brasília)

Jayme de Azevedo Lima (Curitiba)

Membros Suplentes

Melissa Santos Pinheiro Vassoler Silva (Porto Velho)

Sandro Endrigo de Azevedo Chiarotti (Ribeirão Preto)

■ SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 11

PARTE 1 – ARTIGOS

O princípio da boa-fé objetiva no Direito Civil

Débora Couto Cançado Santos..... 15

Questões sobre a pesquisa de ativos financeiros utilizando o sistema Bacen Jud

Gustavo Tanger Jardim 27

O empresário e a teoria subjetiva moderna

Shandor Portella Lourenço..... 43

Interpretação do artigo 384 da CLT e o tratamento igualitário entre homens e mulheres

Fernanda Valadares de Oliveira 59

Habitação de Interesse Social e Regularização

Fundiária: possibilidades e convergências dentro do atual marco institucional brasileiro

Bruna de Oliveira Maciel 69

Pedido administrativo e suspensão da prescrição na repetição de indébito

José Carlos Zanforlin..... 91

PARTE 2 – JURISPRUDÊNCIA

Superior Tribunal de Justiça

*Direito Processual Civil. Ação Civil Pública. Prescrição
quinquenal da execução individual. Prescrição
vintenária do processo de conhecimento transitada em
julgado. Inaplicabilidade ao processo de execução.
Recurso Especial Repetitivo. Art. 543-C do Código de
Processo Civil. Provimento do Recurso Especial
representativo de controvérsia. Tese consolidada 109*

Superior Tribunal de Justiça

*Civil e Processual Civil. Recurso Especial. Cédula de Crédito
Bancário com garantia de alienação fiduciária. Embargos
de declaração. Nulidade. Ausência. Taxa de Abertura de
Crédito (TAC). Taxa de Emissão de Carnê (TEC). Expressa
previsão contratual. Cobrança. Legitimidade..... 135*

Superior Tribunal de Justiça

Recurso Especial. Ação de reparação por danos materiais e compensação por danos morais. Assalto na via pública após saída de agência bancária. Saque de valor elevado.
Responsabilidade objetiva. Ausente..... 169

Superior Tribunal de Justiça

Recurso Especial. Ação de compensação por dano moral e reparação por dano material. Violação de dispositivo constitucional. Descabimento. Prequestionamento.
Ausência. Súmula 282/STF. Disparo de arma de fogo no interior de unidade lotérica. Caixa Econômica Federal.
Parte passiva ilegítima. Dissídio jurisprudencial. Cotejo analítico e similitude fática. Ausência..... 177

Superior Tribunal de Justiça

Processo Civil. Conflito positivo de competência. Justiça Cível e Justiça Federal. Ações declaratórias de validade e de invalidade de assembleia societária. Sentenças opostas convivendo no ordenamento jurídico. Participação da CEF no processo que tramita perante a Justiça Federal.
Indeferimento de sua intimação no Processo Cível.
Conflito reconhecido. Declaração de competência da Justiça Federal 183

Superior Tribunal de Justiça

Habeas Corpus impetrado em substituição ao recurso previsto no ordenamento jurídico. 1. Não cabimento. Modificação de entendimento jurisprudencial. Restrição do remédio constitucional. Medida imprescindível à sua otimização. Efetiva proteção ao direito de ir, vir e ficar. 2. Alteração jurisprudencial posterior à impetração do presente writ. Exame que visa privilegiar a ampla defesa e o devido processo legal. 3. Crime de uso de documento ideologicamente falso. Art. 304 c/c o art. 299, caput, do CP. Não descrição do especial fim de agir necessário a tipificar a falsidade ideológica. Mero cumprimento contratual. Ausência de justa causa. Art. 395, III, do CPP.
Ocorrência. 4. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para trancar a ação penal, confirmando-se a liminar deferida 197

Superior Tribunal de Justiça

<i>Recurso Especial. Recuperação Judicial. Contrato de cessão fiduciária de duplicatas. Incidência da exceção do Art. 49, § 3º da Lei 11.101/2005. Art. 66-B, § 3º da Lei 4.728/1965</i>	211
PARTE 3 – NORMAS EDITORIAIS DE PUBLICAÇÃO	229

■ APRESENTAÇÃO

Com esta edição, lançada em Florianópolis por ocasião da abertura do XIX Congresso Anual dos Advogados da CAIXA, completa-se o oitavo ano ininterrupto da publicação técnica, gestada e editada pela ADVOCEF.

A partir de um embrião de desejos e uma vontade firme de tornar visíveis e concretos o saber científico e a atuação contenciosa dos profissionais desta empresa pública, quis a Associação que os agrega difundir não apenas teses, mas um conceito.

O conceito perseguido pela Revista de Direito, graças ao voluntarioso e inesgotável trabalho dos que a prestigiam, tem atingido um crescente patamar de qualificação e também de vivo interesse acadêmico.

Em seu 16º exemplar, repetem-se algumas realidades cada vez mais presentes na trajetória da publicação: embora aberta a quaisquer interessados, vicejam trabalhos trazidos por atuais ou antigos integrantes dos quadros jurídicos da CAIXA.

Desta feita, esta composição vem ainda mais qualificada pela participação de advogado da EMGEA.

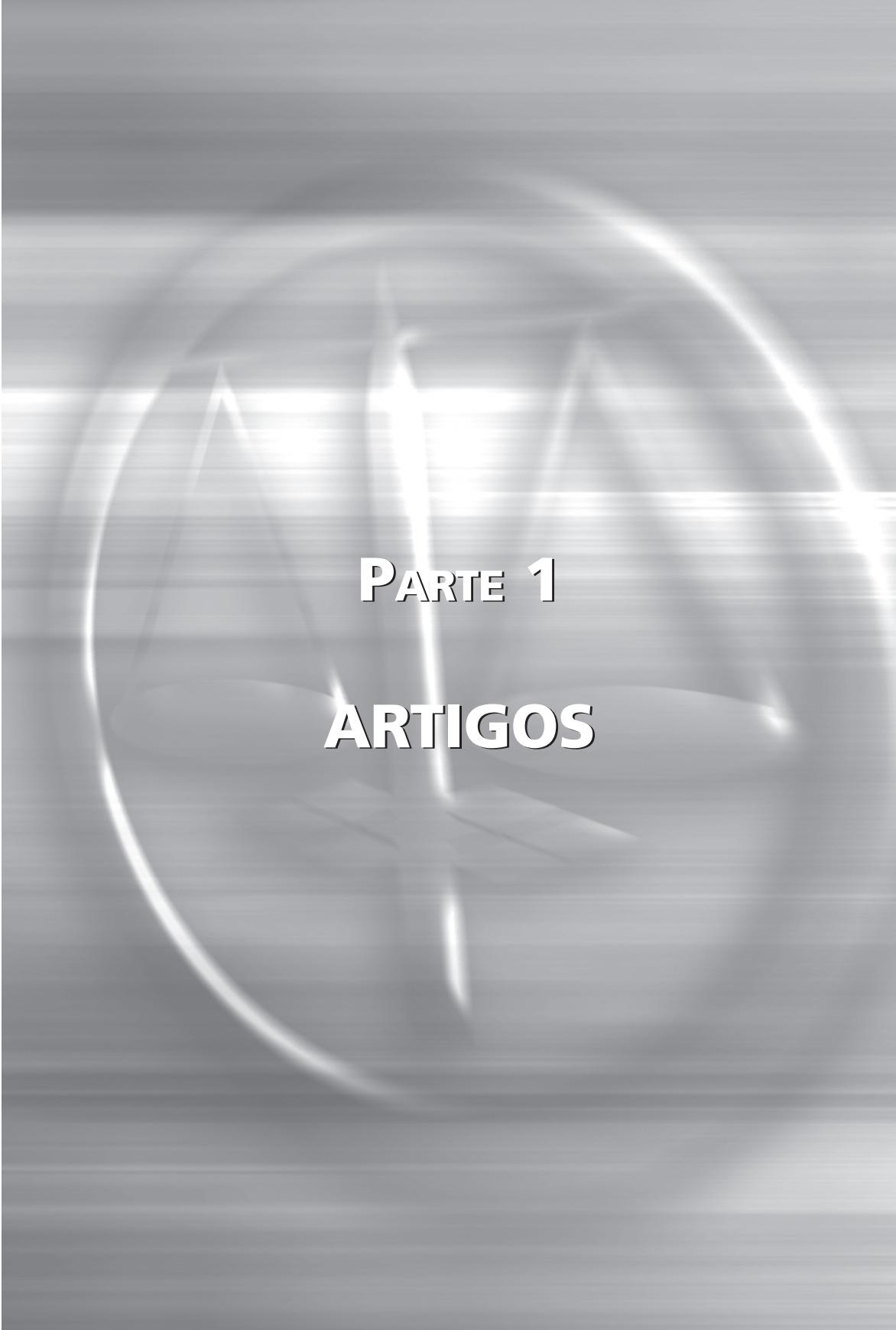
Tudo somado a jurisprudência cuidadosamente escolhida para tornar ainda mais presentes as decisões de interesse da advocacia da CAIXA, várias delas tendo contado com a participação direta dos seus advogados.

Uma ideia que nasce boa merece e precisa ser mantida e ampliada.

Continuemos todos, cada vez mais e intensamente, estudo-
do, produzindo e defendendo teses vencedoras, na Academia e
nos Tribunais.

Não faltarão páginas para trazer a lume tais boas práticas, em
favor do permanente crescimento e da informação qualificada e
atual.

Diretoria Executiva



A large, faint watermark-like text "Artigos" is visible in the background.

PARTE 1

ARTIGOS

O princípio da boa-fé objetiva no Direito Civil

Débora Couto Cançado Santos

Advogada da CAIXA em Minas Gerais
Especialista em Direito Tributário pela
Faculdade Milton Campos
Mestre em Direito Empresarial pela
Faculdade Milton Campos

RESUMO

O princípio da boa-fé objetiva é uma cláusula geral que permite, segundo o modelo de efeitos indiretos, a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. É um princípio que remonta à Roma antiga e que já existia no direito brasileiro muito antes da promulgação do Código de Defesa do Consumidor em 1990 e do Código Civil de 2002. Distingue-se da boa-fé subjetiva (ou boa-fé psicológica), suporte fático para aplicação de normas jurídicas. Atua como fonte de deveres de conduta, como cânones integrativo-interpretativo e como norma limitadora de exercício de direitos subjetivos, vedando comportamentos que ferem a confiança de uma das partes da relação obrigacional. Nesse sentido, citamos a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), a coibição de contraditoriedade de condutas com o fito de se beneficiar (*tu quoque*) e a paralisação do exercício de direitos subjetivos que pode levar à supressão e à resurreição de direitos (*supressio e surrectio*).

Palavras-chave: Boa-fé objetiva. Direito civil constitucional. Cláusulas gerais. Deveres anexos. Abuso de direito.

ABSTRACT

The principle of objective good faith is a general clause that permits, according to the indirect effect model, the application of fundamental rights in private relationships. It is a principle that emerged from antique Rome and that already exists in brazilian legal system before the Consumer's Protection Code (1990) and the Civil Code (2002). The objective good faith tells apart subjective good faith (or psychological good faith), which supports law application. It acts like a source of behavior rights, an integrative-interpretative method and a way to regulate the limits of subjective rights, prohibiting behaviors that threat the trust of one side of the obligational relationship. In this way, the prohibition

of the contradictory behavior (*venire contra factum proprium*), the inhibition of contradictory behavior with the purpose to take advantage (*tu quoque*) and the unuse of a subjective right that suppress that right and emerge a new one (*supressio and surrectio*).

Keywords: Objective Good Faith. Constitutional Civil Law. General Clauses. Attachment Duties. Abuse of Rights.

Introdução

Há no Brasil uma grande discussão sobre a constitucionalização do direito. Segundo Silva (2005), essa constitucionalização seria a irradiação dos efeitos das normas constitucionais aos outros ramos do direito e, sobretudo, a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

As cláusulas contratuais firmadas entre particulares no exercício de sua autonomia privada, a princípio, não violariam os direitos fundamentais, uma vez que estes só poderiam ser aplicados nas relações entre os cidadãos e o Estado. Todavia, discute-se hoje a possibilidade de interferência dos direitos fundamentais na autonomia privada. Essa interferência seria possível indiretamente, através das cláusulas gerais, principal elo entre os direitos fundamentais e o direito privado. As cláusulas gerais requerem um preenchimento valorativo, cujo conteúdo será definido por uma valoração do aplicador do direito.

A boa-fé objetiva, prevista nos artigos 187, 113 e 442 do Código Civil de 2002, é um exemplo de cláusula geral, funcionando como “porta de entrada” para a produção de efeitos dos direitos fundamentais no direito privado.

1 Origem do princípio da boa-fé

A origem do princípio da boa-fé remonta à Roma antiga. O princípio era utilizado pelos juízes para fundamentar decisões nos casos de omissão legislativa. Nessa época, a boa-fé tinha uma função visivelmente integrativa, conferindo aos julgadores a prerrogativa de suprir lacunas, decidindo de forma a atender aos anseios das partes. O conteúdo da boa-fé foi desenvolvido somente no final do século XX pela doutrina alemã, que traçou os contornos atuais da boa-fé objetiva no pensamento jurídico ocidental.

A estreia do princípio no direito nacional não é recente, remontando ao Código Comercial de 1850 e ao Código Civil de 1916. O artigo 131, 1º do Código Comercial dispunha que

sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: (1) a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras.

Nota-se, nesse dispositivo, a nítida função integrativa da boa-fé. O contrato deveria ser interpretado não em seu sentido literal, mas de acordo com as circunstâncias concretas que o caracterizam.

Demonstrando a existência implícita da boa-fé objetiva no Código Civil de 1916, afirma Tepedino (2006, p. 15):

A despeito da inexistência de preceito genérico que consagrasse o dever de agir com boa-fé no âmbito das relações contratuais em geral, a doutrina apontava a incidência da boa-fé em todo e qualquer contrato. Em obras dedicadas aos contratos, muitos autores definiam, mesmo no sistema anterior, a boa-fé como um princípio cardinal desta disciplina (Caio Mário da Silva Pereira, *Insti-tuições*, pp. 20-21; Orlando Gomes, *Contratos*, p. 42; Arnold Wald, *Obrigações e Contratos*, p. 194, dentre outros).

Embora presente há muitos anos no direito pátrio, foi com o Código de Defesa do Consumidor em 1990 e, mais tarde, com o Código Civil de 2002 que a boa-fé objetiva consolidou-se, passando a ser amplamente aplicada em todas as relações jurídicas contratuais.

2 Boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva

O princípio da boa-fé possui duas vertentes: uma subjetiva e outra objetiva. A boa-fé subjetiva está ligada ao estado psicológico das pessoas. É um estado de crença ou ignorância protegido pela norma jurídica. Consiste no desconhecimento de um vício em relação ao ato jurídico que se pratica ou à posse que se exerce. É o suporte fático para a aplicação de uma norma, o "estar" ou "agir" de boa-fé. Exemplos: terceiro de boa-fé, casamento putativo, aquisição da propriedade alheia mediante usucapião. Está prevista, entre outros, no art. 1.202 do CC/02: "é de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou obstáculo que impede a aquisição da coisa".

A boa-fé objetiva, por sua vez, representa um dever de conduta das partes, obrigando-as a se comportarem de acordo com os fins sociais e econômicos pretendidos no negócio. É fonte direta de direitos e deveres, devendo ser observada em todas as fases do

processo obrigacional. Está expressamente prevista nos artigos 113, 187 e 442 do Código Civil de 2002.

3 Funções da boa-fé

São tradicionalmente imputadas à boa-fé três distintas funções, quais sejam:

- a) Cânone hermenêutico-integrativo (art. 113 do CC/02);
- b) Norma de criação de deveres jurídicos que podem até mesmo preexistir à conclusão do contrato, bem como sobreviver à sua extinção (art. 422 do CC/02).
- c) Norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos, fonte normativa de restrições ao exercício de posições jurídicas (art. 187 do CC/02);

3.1 Função hermenêutico-integrativa

Segundo o artigo 113 do CC/02, “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Esse dispositivo, nos moldes do revogado art. 131, 1º do Código Comercial de 1850, prevê a utilização da boa-fé objetiva como regra de interpretação.

A função hermenêutico-integrativa da boa-fé visa ao preenchimento de lacunas e à flexibilização da vontade declarada no contrato. Pretende elidir qualquer intento de má-fé ou de descumprimento de deveres de lealdade entre os contratantes.

A boa-fé, como técnica de hermenêutica, deve ser utilizada com ponderação, de forma a não extrapolar a real vontade dos contratantes e do contrato. O juiz não pode permitir que, através da boa-fé, “o contrato, como regulação objetiva, dotada de um específico sentido, atinja finalidade oposta ou contrária àquela que, razoavelmente, à vista de seu escopo econômico-social, seria lícito esperar” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 429).

Ao magistrado, ante a boa-fé, caberá “tornar concreto o mandamento de respeito à recíproca confiança incumbente às partes contratantes, por forma a não permitir que o contrato atinja finalidade oposta ou divergente daquela para o qual foi criado” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 437).

3.2 Boa-fé como norma de criação de deveres jurídicos

Um dos artigos de maior ressonância do Código Civil de 2002 impõe aos contratantes o dever de agir com boa-fé quer na conclusão, quer na execução do contrato. Trata-se da consagração expressa do princípio segundo o qual as relações contratuais devem

pautar-se não apenas pela autonomia e liberdade das partes, mas igualmente pela lealdade e pela confiança.

Nesse sentido, dispõe o artigo 422 do Código Civil de 2002: "os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

Como norma de criação de deveres jurídicos, a boa-fé dá origem aos chamados "deveres laterais, anexos ou secundários" - que não se confundem com a obrigação principal. Podemos caracterizá-los, segundo afirma Cordeiro (2001, p. 604), como deveres de lealdade, proteção, esclarecimento ou informação.

Martins-Costa (1999, p. 439) traz uma lista de tais deveres, enumerando-os e exemplificando-os. São eles:

- a) Deveres de cuidado, previdência e segurança, como o dever do depositário de não apenas guardar a coisa, mas também de bem acondicionar o objeto deixado em depósito;
- b) Os deveres de aviso e esclarecimento, como o do advogado, de aconselhar o seu cliente acerca das melhores possibilidades de cada via judicial passível de escolha para a satisfação de seu desideratum; o do consultor financeiro de avisar a contraparte sobre os riscos que corre, ou o do médico, de esclarecer ao paciente sobre a relação custo-benefício do tratamento escolhido, ou dos efeitos colaterais do medicamento indicado, ou ainda, na fase pré-contratual, o do sujeito que entra em negociações, de avisar o futuro contratante sobre os fatos que podem ter relevo na formação da declaração negocial;
- c) Os deveres de informação, de exponencial relevância no âmbito das relações jurídicas de consumo, seja por expressa disposição legal (CDC, arts. 12, in fine, 14, 18, 20, 30 e 31, entre outros), seja em atenção ao mandamento da boa-fé objetiva;
- d) O dever de prestar contas, que incumbe aos gestores e mandatários, em sentido amplo;
- e) Os deveres de colaboração e cooperação, como o de colaborar para o correto adimplemento da prestação principal, ao qual se liga, pela negativa, o de não dificultar o pagamento, por parte do devedor;
- f) Os deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte, como o dever do proprietário de uma sala de espetáculos ou de um estabelecimento comercial de planejar arquitetonicamente o prédio, a fim de diminuir os riscos de acidentes;
- g) Os deveres de omissão e de segredo, como o dever de guardar sigilo sobre atos ou fatos dos quais se teve conhecimento em razão do contrato de negociações preliminares.

Trata-se, em suma, conforme já afirmado por Cordeiro (2001, p. 605), de deveres de lealdade, proteção e esclarecimento:

Os deveres acessórios de esclarecimento obrigam as partes a, na vigência do contrato que os une, informarem-se mutuamente de todos os aspectos atinentes ao vínculo, de ocorrência que, com ele, tenham certa relação e, ainda, de todos os efeitos que, da execução contratual, possam advir. [...] Os deveres acessórios de lealdade obrigam as partes a, na pendência contratual, absterem-se de comportamentos que possam falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por elas consignado.

Esses deveres não estão ligados diretamente ao cumprimento da obrigação principal. Eles servem como auxiliares para o desenvolvimento do vínculo obrigacional.

Como consequência, amplia-se o suporte fático do inadimplemento obrigacional, considerando-se violação ao contrato o descumprimento de deveres laterais, a dar lugar não apenas à pretensão resarcitória, mas, igualmente, àqueles outros remédios próprios ao inadimplemento: a possibilidade de recusar a prestação com base na exceção de contrato não cumprido e, no limite, a possibilidade de resolver o contrato (arts. 475 e 476 do CC).

3.3 Boa-fé como norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos

A boa-fé como norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos está prevista no art. 187 do CC/02: "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

No que toca a sua terceira função, o princípio da boa-fé combina-se com a teoria do abuso de direito para impor restrições ao exercício de direitos subjetivos. Nesse sentido, a boa-fé funciona como parâmetro de valoração do comportamento dos contratantes com a finalidade de proscrever aqueles exercícios considerados arbitrários e irregulares.

O princípio da boa-fé objetiva, em sua função limitadora ao exercício de direitos subjetivos, veda comportamentos que ferem a confiança de uma das partes da relação obrigacional.

Nesse sentido, a teoria dos atos próprios reconhece a existência de um dever por parte dos contratantes de adotar uma linha de conduta uniforme, proscrevendo a duplicidade de comportamen-

to, seja na hipótese em que o comportamento posterior se mostra incompatível com atitudes indevidamente tomadas anteriormente (*tu quoque*), seja na hipótese em que, embora ambos os comportamentos considerados isoladamente não apresentem qualquer irregularidade, consubstanciam quebra de confiança se tomados em conjunto (*venire contra factum proprium*) (NEGREIROS, 2006, p. 235).

Guardam identidade teleológica com os institutos supranomeados a *supressio* e a *surrectio*, que dizem respeito à “vedação a direitos por carência de seu exercício em certo tempo para além das hipóteses conhecidas da prescrição e da decadência” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 454).

Analisaremos cada um dos quatro institutos a seguir.

3.3.1 *Venire contra factum proprium*

A vedação de comportamento contraditório obsta que alguém possa contradizer o seu próprio comportamento após ter produzido, em outra pessoa, uma determinada expectativa. É, pois, a proibição da inesperada mudança de comportamento (vedação da incoerência), contradizendo uma conduta anterior adotada pela mesma pessoa, frustrando as expectativas de terceiros, ou seja, é a consagração de que ninguém pode se opor a fato a que ele próprio deu causa.

Segundo Cordeiro (2001, p. 742), “a locução *venire contra factum proprium* traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente. Esse exercício é tido, sem contestação por parte da doutrina que o conhece, como inadmissível”.

A presença do *venire contra factum proprium* na Ciência do Direito deve-se à monografia de Riezler, publicada no início do século XX (CORDEIRO, 2001, p. 742).

A regra do *venire* proscreve o comportamento contraditório que importe quebra de confiança, revertendo legítimas expectativas criadas na outra parte contratante. O instituto postula dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos e diferidos no tempo. O primeiro é, porém, contrariado pelo segundo. Só se considera como *venire contra factum proprium* a contradição direta entre a situação jurídica originada pelo *factum proprium* e o segundo comportamento do autor.

Encontram-se em nossa jurisprudência interessantes precedentes fazendo referência ao *venire*. O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, julgou recurso de um Poder Público Municipal que, após celebrar diversas promessas de compra e venda de lotes com-

ponentes de uma gleba de sua propriedade, pretendia anular todos os negócios ajustados, alegando que o parcelamento (que ele mesmo promoveu) não estava regularizado, pois faltava o imprescindível registro. Deliberou, então, o STJ:

Tendo o município celebrado contrato de promessa de compra e venda de lote localizado em imóvel de sua propriedade, descebe o pedido de anulação dos atos, se possível a regularização do loteamento que ele mesmo está promovendo... A teoria dos atos próprios impede que a administração pública retorno sobre os próprios passos, prejudicando os terceiros que confiaram na regularidade de seu procedimento (BRASIL, 1998).

Não resta dúvida de que, assim como a delimitação da própria boa-fé, os contornos de suas especializações, como é o caso do *venire*, serão aperfeiçoados através de um contínuo esforço doutrinário e, sobretudo, jurisprudencial, haja vista a influência decisiva que as circunstâncias concretas desempenham nessa matéria.

3.3.2 *Tu quoque*

"Tu quoque, Brutus, tu quoque, fili mili? É, no original, a indagação que se atribui a Júlio César, em 44 a.C., ao reconhecer entre aqueles que haviam conspirado para o seu assassinato, Marco Júnio Bruto, a quem considerava como filho. *Tu quoque* significa, literalmente, "até tu", "também tu", e é expressão universalmente consagrada como forma de designar espanto, surpresa, decepção com a atuação inconsciente de certa pessoa" (SCHREIBER, 2005).

A fórmula *tu quoque* traduz, com generalidade, o aflorar de uma regra pela qual a pessoa que viole uma norma jurídica não poderia, sem abuso, exercer a situação jurídica que esta mesma norma jurídica lhe tivesse atribuído. Está em jogo um vetor axiológico intuitivo, expresso em brocardos como *turpitudinem suam allegans non auditur* ou *equity must come with clean hands*. (CORDEIRO, 2001, p. 837).

Ocorre o *tu quoque* quando alguém viola uma determinada norma jurídica e, posteriormente, tenta tirar proveito da situação com o fito de se beneficiar. Nessa figura, portanto, encontra-se um acentuado aspecto de deslealdade, malícia, gerando a ruptura da confiança depositada por uma das partes no comportamento da outra, por conta dos critérios valorativos antes utilizados (FARIAS; ROSENVALD, 2007, p. 523).

Para Wieacker (1982, p. 67), a exceção de aquisição de direitos de má-fé tem o seu fundamento na conhecida regra de outro da

tradição ética: “Não faça aos outros aquilo que não quer que lhe façam”.

Há certa semelhança do *tu quoque* com o *venire contra factum proprium*. Segundo Negreiros (2003, p. 142), no *venire* ambos os comportamentos, isoladamente considerados, não apresentam qualquer irregularidade, senão quando tomados em conjunto pela quebra de confiança decorrente da contradição entre as condutas opostas. Já no *tu quoque* a contradição não reside nas duas condutas em si, mas na adoção indevida de uma primeira conduta que se mostra incompatível com o comportamento posterior. Isto é, há uma injustiça da valoração que o indivíduo confere ao seu ato e, posteriormente, ao ato alheio.

O *tu quoque* age simultaneamente sobre os princípios da boa-fé e da justiça contratual, pois pretende não só evitar que o contratante faltoso se beneficie de sua própria falta como também resguardar o equilíbrio entre as prestações. No campo do adimplemento das obrigações, guarda grande semelhança com a *exceptio non adimpleti contractus*, eis que ambos objetivam preservar a proporcionalidade, o sinalagma contratual, e não apenas a confiança (como no *venire contra factum proprium*) (FARIAS; ROSENVALD, 2007, p. 524).

O exemplo mais eloquente de aplicação da regra do *tu quoque* está previsto no art. 476 do Código Civil de 2002: “nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”. Assim, se a pessoa não cumprir sua obrigação no contrato, não poderá exigir o adimplemento da outra parte.

Exemplificando, vale invocar o aresto da Corte Portuguesa, tratando didaticamente do instituto (FARIAS; ROSENVALD, 2007, p. 524):

A pessoa que viole uma norma jurídica não poderá, sem abuso, exercer a situação jurídica que se essa mesma norma lhe tivesse atribuído (*tu quoque*) [...] Tendo o réu, ardilosamente, mantido em seu poder o documento enviado para assinatura pela firma que lhe vendera o veículo (há muito na sua posse), vindo depois a invocar a nulidade do contrato devido a falta de assinatura, ao ser-lhe exigido o pagamento, incorreu ele em abuso de direito naquela modalidade, não merecendo proteção a sua posição. (Supremo Tribunal de Justiça, processo 02B4734, rel. Nascimento Costa, j. 13/02/2003).

3.3.3 *Supressio/surrectio*

Derivadas do sistema jurídico alemão, a *supressio* (ou *Verwirkung*) e a *surrectio* (ou *Erwirkung*) são expressões cunhadas

no direito lusitano para designar o fenômeno jurídico da supressão de situações jurídicas específicas pelo decurso do tempo, obstante o exercício de direitos, sob pena de caracterização de abuso (FARIAS; ROSENVALD, 2007, p. 524).

Explica Cordeiro (2001, p. 797-798) a origem do termo *supressio*:

Pretende introduzir-se o termo *supressio* para exprimir a Verwirkung. Na doutrina portuguesa já foram utilizados, com esse efeito, os termos caducidade e exercício inadmissível do direito. Mas sem razão: caducidade é a extinção de uma posição jurídica por decurso de um prazo a que esteja sujeita e que, nada tendo a ver com a boa-fé, goza de regime explícito. Exercício inadmissível do direito é a expressão consagrada para, no domínio da doutrina da segunda codificação, designar o que em França se diz de 'abuso de direito', embora em termos mais amplos. [...] Para o progresso de uma Ciência, há que, a realidades autônomas, atribuir expressões próprias e a conceitos novos, nominações novas, sem confusão com factores já existentes. Fique, pois, aguardado melhor, uma tradução latina de Verwirkung, não comprometida: a *supressio*.

A *supressio* é o fenômeno da supressão de um direito subjetivo que perdeu a sua eficácia pelo decurso do tempo, não podendo ser mais exercido, sem abuso, por seu titular. A *surrectio*, por sua vez, refere-se ao fenômeno inverso. Configura o surgimento de uma situação de vantagem para alguém em razão do não exercício por outrem de um determinado direito. A *surrectio* representa a proteção da confiança do beneficiário com base no princípio da boa-fé.

Sobre a *surrectio*, ensina Cordeiro (2001, p. 821):

Perante um fenômeno *supressio*, o beneficiário pode encontrar-se numa de duas situações: ou, tendo-se livrado de uma adstrição antes existente, recuperou, nessa área, uma permissão genérica de actuação ou, tendo conquistado uma vantagem particular, adquiriu uma permissão específica de aproveitamento, ou seja, um direito subjetivo. A *surrectio* tem sido utilizada para a constituição *ex novo* de direitos subjetivos.

Podemos conceituar, assim, a *surrectio* como o surgimento de um direito subjetivo decorrente de reiterada omissão da outra parte.

A *supressio* aproxima-se do *venire contra factum proprium*, pois ambos atuam como fatores de preservação da confiança alheia. Contudo, constituem institutos distintos: enquanto no *venire* a confiança em determinado comportamento é delimitada no cotejo com

a conduta antecedente, na *suppressio* as expectativas são projetadas apenas pela injustificada inércia do titular por considerável decorso do tempo – que é variável conforme as circunstâncias –, somando-se a isso a existência de indícios objetivos de que o direito não mais seria exercido (FARIAS; ROSENVALD, 2007, p. 521).

Nas palavras de Rosenvald e Chaves (2007, p. 522):

Supressio e surrectio são dois lados de uma mesma moeda: naquela, ocorre a liberação do beneficiário; nessa, a aquisição de um direito subjetivo em razão do comportamento continuado. Em ambas preside a confiança, seja pela fé no não-exercício superveniente do direito da contraparte, seja pelo credo na excelência do seu próprio direito.

O que se protege na *suppressio* e na *surrectio* é a confiança, decorrente da boa-fé objetiva, nas relações jurídicas entre dois sujeitos. Busca-se o equilíbrio, a ponderação, que devem ser alcançados em cada caso concreto.

Conclusão

O princípio da boa-fé objetiva é uma cláusula geral, funcionando como “porta de entrada” para os direitos fundamentais nas relações entre particulares. Essa aplicação, contudo, exige cuidados, uma vez que a autonomia privada deverá ceder apenas em certas relações em que os direitos fundamentais estiverem em jogo.

Como cláusulas gerais, os artigos 113, 187 e 442 deverão ser complementados com valores juridicamente aceitos. O ponto central do problema refere-se a que valor deverá prevalecer no caso concreto: a decisão baseada na autonomia da vontade ou a proteção aos direitos fundamentais eventualmente restringidos.

Partindo do pressuposto de que a desigualdade material não interfere, necessariamente, na autenticidade das vontades, deve-se averiguar o grau real de autonomia que se verifica em cada caso concreto. Quanto maior essa autonomia, menor deverá ser a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Essa interpretação minimiza a utilização extremada do princípio da boa-fé objetiva, evitando a mitigação de outros princípios resguardados pelo ordenamento jurídico e a sua transformação em “uma espécie de aspirina jurídica pronta para remediar todos os males” (NEGREIROS, 2006, p. 252).

As cláusulas gerais não pretendem dar, previamente, respostas. Estas serão paulatinamente construídas pela jurisprudência. E justamente por essa razão a boa-fé objetiva deve ser cautelosamente aplicada.

Referências

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 141.879/SP. Recorrente: Município de Limeira. Recorrida: Adriana Aparecida Trento. Relator: ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, DF, 16 de março de 1998. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199700523888&dt_publi-cacao =22-06-1998&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 4 abr. 2013.
- CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil.** 2ª reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil – teoria geral.** 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado:** sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato:** Novos Paradigmas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório:** tutela da confiança e venire contra factum proprium. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heiloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código civil interpretado conforme a constituição da república.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006. vol. 2.
- WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena Fe.** 2. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1982.

Questões sobre a pesquisa de ativos financeiros utilizando o sistema Bacen Jud

Gustavo Tanger Jardim

Advogado da CAIXA no Rio Grande do Sul

Pós-graduado em Direito Civil pela UniRitter/RS

Especialista em Direito pela Università degli Studi di Sassari/Itália

Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera/UNIDERP

RESUMO

A rotina forense indica que imensas são as dificuldades do exequente na busca da satisfação do seu crédito. Procurando abreviar a duração do processo e prestar uma jurisdição efetiva aos cidadãos, surgiu a possibilidade de pesquisa de ativos financeiros em nome do devedor através do convênio firmado entre o Banco Central e o Poder Judiciário. Contudo, com a disseminação da utilização dessa ferramenta, surgiram diversas questões polêmicas que não encontraram solução na simples aplicação da lei, merecendo atenção dos Tribunais. Assim, o estudo não só permite uma visão geral sobre o tema como também visa privilegiar a análise crítica das impenhorabilidades previstas na lei adjetiva.

Palavras-chave: Execução Civil. Satisfação do Credor. Penhora on-line. Impenhorabilidade.

RIASSUNTO

La procedura segnala che le difficoltà sono vasta nella ricerca della soddisfazione del credito. Cercando di ridurre la durata del processo e di fornire ai cittadini una giurisdizione efficace è diventato possibile per la ricerca di attività finanziarie per conto del debitore attraverso un accordo tra la Banca Centrale e del sistema Giudiziario. Tuttavia, con la diffusione dell'uso di questo strumento diverse questioni controverse sono state sollevate che non ha trovato soluzione semplice in applicazione della legge, ha avuto l'attenzione dei giudici. Pertanto, questo articolo non solo offre una visione d'insieme sul tema, ma mira anche a concentrarsi sull'analisi critica di Crediti impignorabili.

Parole chiave: Esecuzione Forzata. La soddisfazione del diritto di credito. Pignoramento. Crediti impignorabili.

1 Pesquisa de ativos financeiros – Bacen Jud

A inserção da penhora on-line no seio do ordenamento processual civil frutificou dos excelentes resultados obtidos na seara trabalhista, o que culminou com a celebração de convênio de cooperação técnica entre o Superior Tribunal de Justiça e o Conselho da Justiça Federal com o Banco Central, permitindo que os juízes cadastrados acessassem as informações de ativos financeiros das partes. A possibilidade de utilização dessa consulta, além de dar uma resposta concreta aos cidadãos que esperam uma rápida resolução da lide, também foi extremamente saudada pelos credores que sempre estiveram alijados de mecanismos efetivos de busca de ativos financeiros em nome dos devedores.

Em que pese o teor da Súmula 417¹ do Superior Tribunal de Justiça asseverando que a penhora de dinheiro na ordem de nomeação de bens não tem caráter absoluto, a rotina forense indica que pesquisa de ativos financeiros dos executados deve ser considerada como uma das alternativas iniciais na execução civil.

Observando que o escopo principal da execução por quantia certa é penhorar, avaliar e expropriar bens em quantidade suficiente à satisfação do crédito, é inegável que a penhora em dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira ganha destaque, conforme prevê o art. 655, I do CPC.² Cabe lembrar que a recente reforma do processo de execução teve como norte abreviar o processo executivo, restringindo os históricos privilégios de que sempre gozaram os devedores. Nesse ponto, é importante frisar que o Superior Tribunal de Justiça entende que a determinação de penhora on-line³ não ofende o princípio da menor onerosidade da execução⁴ disposto no artigo 620 do Código de Processo Civil.⁵

¹ Súmula 417 do STJ: “Na execução civil, a penhora de dinheiro na ordem de nomeação de bens não tem caráter absoluto”.

² “Art. 655. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem: I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira [...].”

³ “Art. 655-A. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução.”

⁴ “PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO. PENHORA ON LINE. POSSIBILIDADE. MENOR ONEROSIDADE PARA O DEVEDOR. ARTS. 620 E 655 DO CPC. 1 - Conforme a pacífica jurisprudência desta Corte, a determinação de penhora on line não ofende a graduação prevista no art. 655 do CPC e nem o princípio da menor onerosidade da execução disposto no art. 620 do CPC. Precedentes. 2 - Agravo regimental desprovido” (BRASIL, 2008a).

⁵ “Art. 620. Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.”

Quando o executado não efetua espontaneamente o pagamento da dívida ao ser citado na execução de título extrajudicial ou após a intimação no caso do cumprimento de sentença, a possibilidade de utilização do sistema Bacen Jud⁶ apresenta vantagens expressivas em relação às outras medidas executórias iniciais.

Aliás, importante frisar que o próprio Superior Tribunal de Justiça⁷ reconhece que após a entrada em vigor da Lei nº 11.382/2006 o requerimento de penhora eletrônica não exige mais a comprovação de esgotamento de vias extrajudiciais de busca de bens a serem penhorados (BRASIL, 2012c). Já no caso do cumprimento de sentença, se o devedor não se beneficiar do prazo previsto no artigo 475-J do Código de Processo Civil para efetuar o pagamento da condenação sem a multa de dez por cento, a melhor alternativa não seria a sugestão legal de expedição de mandado de penhora e avaliação, mas o requerimento de consulta ao sistema Bacen Jud para bloquear os ativos financeiros existentes em nome do executado.

Na execução de título extrajudicial, caso o executado acabe citado para efetuar o pagamento da dívida e não o faça, o artigo 652 do Código de Processo Civil prevê que o oficial de justiça procederá de imediato à penhora de bens e a sua avaliação, lavrando-se o respectivo auto e de tais atos intimando, na mesma oportunidade, o executado. Na prática, essa medida é pouco adotada pelos oficiais de justiça, e os mandados de citação parcialmente cumpridos são simplesmente devolvidos ao processo para que o exequente se manifeste ou indique bens penhoráveis do devedor. Da mesma forma como ocorre no cumprimento de sentença, entende-se que a melhor alternativa para essa situação seria o requerimento de consulta ao sistema Bacen Jud para bloquear os ativos financeiros existentes em nome do executado. Obviamente que nos casos em que o exequente tenha conhecimento prévio de bens em nome do devedor poderá indicá-los, inclusive na própria inicial da execução, conforme o artigo 652, § 2º, do CPC.⁸

⁶ O Bacen Jud 2.0 é um instrumento de comunicação eletrônica entre o Poder Judiciário e as instituições financeiras bancárias, com intermediação, gestão técnica e serviço de suporte a cargo do Banco Central. Por meio dele, os magistrados protocolizam ordens judiciais de requisição de informações, bloqueio, desbloqueio e transferência de valores bloqueados, que serão transmitidas às instituições bancárias para cumprimento e resposta.

⁷ “3. Em relação à “penhora on line” de dinheiro, este Tribunal já tem posicionamento firmado em sede de recursos representativos da controvérsia pela sua legalidade, sendo desnecessário o exaurimento de diligências já que o dinheiro é o primeiro bem na ordem de preferências” (BRASIL, 2012b).

⁸ “Art. 652. [...] § 2º O credor poderá, na inicial da execução, indicar bens a serem penhorados (art. 655).

Após o deferimento da medida – conforme prevê o artigo 13 do Regulamento do Bacen Jud –, o magistrado emite ordem com o objetivo de bloquear até o limite das importâncias especificadas que serão cumpridas com observância dos saldos existentes em contas de depósitos à vista (contas-correntes), de investimento e de poupança, depósitos a prazo, aplicações financeiras e demais ativos sob a administração e/ou custódia da instituição participante.⁹

De acordo com o próprio regulamento, as instituições participantes ficam dispensadas de efetivar o bloqueio quando o saldo consolidado for igual ou inferior a R\$ 10,00 (dez reais).¹⁰ Contudo, o que acontece na prática é a realização pelo magistrado de um cálculo aritmético considerando a regra prevista no art. 659, § 2º, do CPC, dispendo que não se levará a efeito a penhora quando é evidente que o produto da execução dos bens encontrados será totalmente absorvido pelo pagamento das custas da execução. A ideia passa por verificar se o valor bloqueado seria insuficiente para cobrir os custos de operacionalização do ato processual¹¹, caso em que não seria razoável proceder ao bloqueio porque a medida não alcançaria a satisfação do crédito e aviltaria a dignidade do devedor.

Porém, uma vez realizado o bloqueio, não pode o julgador *ex officio* simplesmente liberar a quantia bloqueada com base no argumento de que ela seria irrisória em comparação ao *quantum debeatur*.¹² Em casos como este, o dever do magistrado é permitir a manifestação do credor sobre o valor bloqueado, considerando que a execução realiza-se no interesse do credor.

⁹ DAS ORDENS JUDICIAIS DE BLOQUEIO DE VALORES, Art. 13, § 1º: “Essas ordens judiciais atingem o saldo credor inicial, livre e disponível, apurado no dia útil seguinte ao que o arquivo de remessa for disponibilizado às instituições responsáveis, sem considerar créditos posteriores ao cumprimento da ordem e, nos depósitos à vista, quaisquer limites de crédito (cheque especial, crédito rotativo, conta garantida etc.”

¹⁰ Art. 13, § 7º do Regulamento do Bacen Jud 2.0.

¹¹ “PENHORA ON LINE – DESBLOQUEIO DE VALORES DO EXECUTADO VIA BACENJUD. QUANTIA IRRISÓRIA. DECISÃO MONOCRÁTICA. [...] 3. A decisão agravada foi bem clara quanto à fundamentação do julgado, destacando que o valor constante nas contas do executado era de R\$ 1.547,03 (mil quinhentos e quarenta e sete reais e três centavos), sendo certo que diante do valor irrisório deveria ser feito o desbloqueio dessa quantia. [...] 5. A matéria discutida nos presentes autos já foi apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça apontando que a regra do art. 659, § 2º, do CPC dispõe, “verbis”, que “não se levará a efeito a penhora, quando evidente que o produto da execução dos bens encontrados será totalmente absorvido pelo pagamento das custas da execução” tem como destinatário o credor exequente, para que não despenda fundos líquidos mais expressivos do que o crédito que se tem que receber” (BRASIL, 2011e).

¹² “PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA DE DINHEIRO POR MEIO DO BACEN JUD. QUANTIA IRRISÓRIA. LIBERAÇÃO EX OFFICIO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Frustra o escopo da Execução Fiscal reconsiderar, *ex officio*, a decisão que implicou

2 Situações peculiares à utilização do sistema Bacen Jud

2.1 Bacen Jud em conta conjunta

Considerando a riqueza casuística de eventos que decorrem do deferimento da pesquisa de ativos financeiros em nome do executado, é importante ressaltar a possibilidade de ocorrer o bloqueio de valores depositados em conta conjunta com terceiro estranho à lide. Diante desse quadro, o terceiro prejudicado pode intentar medida judicial com o escopo de proteger seu patrimônio, geralmente valendo-se dos embargos de terceiro previsto no artigo 1.046 do Código de Processo Civil.¹³

Contudo, existe entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que se tratando de conta-corrente conjunta a totalidade dos valores nela depositados, em princípio, pertence a ambos os correntistas, necessitando de provas robustas a comprovação de que tais valores pertencem a apenas um correntista.¹⁴

No caso, não é possível olvidar que o executado é cotitular da conta e existe a presunção de que os valores lá existentes também são de sua propriedade. Nesse contexto, considerando que o patrimônio do devedor deve estar sujeito à execução, não há como afastar a possibilidade de penhora dos valores depositados.

O Superior Tribunal de Justiça em recente julgado¹⁵ firmou que em casos de bloqueio de ativos financeiros em conta conjunta cada um dos correntistas é credor de todo o saldo depositado de forma

efetiva penhora de dinheiro, via Bacen Jud, com base no argumento de que a quantia constraíta é irrisória em comparação ao quantum debeatur. 2. Com efeito, tal decisum, ao deixar o juízo sem qualquer garantia, abandona a Fazenda Pública à própria sorte, na árdua e morosa aventura de localizar outros bens, além de recusar aplicação do princípio segundo o qual a execução realiza-se no interesse do credor (art. 612 do CPC). 3. Recurso Especial provido” (BRASIL, 2011c).

¹³ “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, seqüestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer lhe sejam manutenidos ou restituídos por meio de embargos.”

¹⁴ “PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - EMBARGOS DE TERCEIRO - DESBLOQUEIO DE ATIVOS FINANCEIROS (BACENJUD) - CONTA CORRENTE CONJUNTA - PENHORA: POSSIBILIDADE - VEROSSIMILHANÇA AUSENTE - AGRADO DE INSTRUMENTO NÃO PROVIDO. 1. A antecipação de tutela exige os requisitos concomitantes do art. 273 do CPC. 2. Tratando-se de conta corrente conjunta, a totalidade dos valores nela depositados, em princípio, pertencem a ambos os correntistas, necessitando de provas robustas a comprovação de que os valores lá depositados pertencem a apenas um correntista” (BRASIL, 2012f).

¹⁵ “EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA ON LINE. CONTA CORRENTE CONJUNTA. TERCEIRO NA EXECUÇÃO. IRRELEVÂNCIA. POSSIBILIDADE DE SE PENHORAR A TOTALIDADE DA CONTA CORRENTE” (BRASIL, 2011b).

solidária e, portanto, o valor depositado pode ser penhorado em garantia da execução, ainda que somente um dos correntistas seja responsável pelo débito. Disse o Tribunal que se o valor pertencesse somente a um dos correntistas não deveria estar depositado nesse tipo de conta, pois nela a importância perde o caráter de exclusividade. Concluiu que o terceiro que mantém dinheiro em conta-corrente conjunta admite tacitamente que tal importância responda pelo débito, pois a solidariedade estaria estabelecida pela própria vontade das partes no instante em que optam por essa modalidade de depósito bancário.

Ainda, quando o bloqueio dos ativos financeiros envolve casais, também é comum a alegação de que a metade dos valores disponíveis é parte do patrimônio do cônjuge que não está sendo executado. Cabe lembrar que se presume – até prova em contrário – que a dívida contraída por um beneficia o outro ou toda a família. Nesse sentido, Gonçalves (2011, p. 98) assevera que “o ônus da prova é do que pretende livrar sua meação, já que a presunção é do benefício comum”. Assim, deve ser considerado que existe a presunção de que a dívida deu-se em benefício da família, sendo ônus do cônjuge-meeiro provar o contrário.¹⁶

Outro caso que já mereceu análise no Tribunal da Cidadania é a situação do idoso que possui conta conjunta com o filho, com o escopo de obter auxílio para pagamentos de contas e evitar deslocamentos até a agência bancária. Esse seria outro caso em que a análise da titularidade dos valores estaria sujeita ao ônus da prova.¹⁷

Por derradeiro, o que salta aos olhos diante da riqueza de casos que são levados aos Tribunais é que o resultado positivo da penhora de ativos financeiros em nome do executado inaugura uma breve fase no processo de execução em que deve ser privile-

¹⁶ “EMBARGOS DE TERCEIRO. MEAÇÃO DA ESPOSA. IMÓVEL PENHORADO. FALTA DE PROVA QUANTO A SER O ÚNICO BEM RESIDENCIAL. DÍVIDA CONTRAÍDA PELO MARIDO. BENEFÍCIO DA FAMÍLIA. PRESUNÇÃO RELATIVA. ÔNUS DA PROVA. 1. O imóvel residencial é impenhorável se for a única moradia da família e é ônus de quem alega prova de tal situação. 2. Se a dívida decorre de empréstimo tomado pessoalmente pelo cônjuge-varão, a presunção é de que o empréstimo deu-se em benefício da família, sendo ônus da embargante provar o contrário. Precedente do STJ” (BRASIL, 2009).

¹⁷ “AGRADO REGIMENTAL. AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. PENHORA. CONTA BANCÁRIA CONJUNTA. METADE DOS VALORES DEPOSITADOS. REEXAME. SÚMULA N. 7-STJ. NÃO PROVIMENTO. 1. Concluindo o Tribunal a quo que não há prova de que o devedor mantinha a conta conjunta somente para auxiliar o co-correntista, seu genitor, mantendo a penhora da metade dos valores lá depositados, reexaminar a questão contra o óbice de que trata o enunciado n. 7, da Súmula. 2. Agrado regimental a que se nega provimento” (BRASIL, 2012a).

giado o contraditório sem esquecer a celeridade peculiar desse procedimento. Ou seja, realizado o bloqueio de valores em nome do executado, o magistrado que conduz o processo deve abrir vistas às partes para manifestação sobre o bloqueio, em que o exequente deverá requerer a penhora do numerário¹⁸ e o executado poderá alegar a impenhorabilidade integral ou parcial dos valores, conforme o caso. Reconhece a doutrina que “se o devedor quiser se insurgir contra a penhora *online* poderá fazê-lo posteriormente, ou seja, há efetivamente o implemento das garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa” (SILVA, 2008, p. 134).

Não é possível olvidar que, caso exista a alegação de impenhorabilidade dos valores por parte do devedor, o julgador deve abrir nova possibilidade de manifestação do exequente para que, diante do contraditório, seja possível concluir se o bloqueio ocorreu sobre valores pertencentes a terceiros ou se o dinheiro está protegido por alguma das hipóteses previstas no artigo 649 do CPC.¹⁹

2.2 Bacen Jud – renovação do pedido

Outra situação recorrente refere-se ao pedido de renovação da consulta através do convênio Bacen Jud. Não raro o exequente efetua requerimento de nova consulta de ativos financeiros em nome do executado ao verificar que já transcorreu grande lapso temporal desde a última verificação. O argumento é que nesse intervalo a situação econômica do executado pode ter sido consideravelmente alterada, e, consequentemente, a consulta poderá ser proveitosa para o deslinde do feito executivo.

Contudo, alguns julgadores indeferem o requerimento sob o argumento de que, se a tentativa anterior já fora infrutífera, seria improvável o êxito da segunda pesquisa. Diante desse quadro, o

¹⁸ “2. A penhora é o ato processual por meio do qual se individualizam os bens que irão satisfazer o crédito executado, sujeitando-os diretamente à expropriação” (BRASIL, 2011d).

¹⁹ “Art. 649. São absolutamente impenhoráveis: [...] IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepíos; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo; [...] VI - o seguro de vida; [...] IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social; X - até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, a quantia depositada em caderneira de poupança; XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos, nos termos da lei, por partido político.”

STJ firmou entendimento pela possibilidade de reiteração do pedido de penhora via sistema Bacen Jud, desde que observado o princípio da razoabilidade, a ser analisado caso a caso.²⁰ Ou seja, deve o exequente, ao formular novo pedido de consulta dos ativos financeiros do executado, fundamentá-lo através da razoabilidade a fim de evitar medidas desnecessárias, que apenas irão retardar o regular andamento do feito executivo.

Observe-se que, apesar de ser referido nas decisões judiciais sobre o tema, o grande lapso temporal decorrido entre uma consulta e outra não pode seguir como única fonte de fundamentação da renovação do pedido. Isso porque novos fatos que surgem no decorrer do processo executivo podem servir de substrato ao novo requerimento, como a realização de pesquisa de bens do devedor junto à Receita Federal. Imagine o caso em que no início da execução fora realizada pesquisa de ativos financeiros através do convênio Bacen Jud e esta restou infrutífera. No decorrer da execução verificou-se que o devedor possuía imóveis de elevado valor de mercado, fato que contrasta com alguém que não possui qualquer quantia em suas contas bancárias. Nesse contexto, independente das outras medidas cabíveis, é absolutamente razoável a renovação do pedido quando emergem sinais de riqueza incompatíveis com a pesquisa anterior.

Em exemplar julgamento, o ministro Luiz Fux lembrou que "a execução se opera em prol do exequente e visa a recolocar o credor no estágio de satisfatividade que se encontrava antes do inadimplemento" (BRASIL, 2008b). Assim, realiza-se a execução em prol da maior utilidade da execução para o credor, e, se a renovação do pedido de consulta de ativos financeiros do devedor é a melhor opção para o exequente, não existe motivo para o magistrado indeferi-la.

2.3 A questão controvertida das cooperativas de crédito

Em que pese a abrangência da pesquisa dos ativos financeiros através do sistema Bacen Jud nas contas vinculadas às instituições financeiras, o convênio entabulado entre o Poder Judiciário e o Banco Central não abrange os depósitos efetuados em cooperativas de crédito. Ou seja, os valores existentes em contas vinculadas

²⁰ "PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. [...] 3. Esta Corte já se pronunciou no sentido da possibilidade de reiteração do pedido de penhora via sistema BacenJud, desde que observado o princípio da razoabilidade a ser analisado caso a caso. Precedentes: REsp. n. 1.199.967/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 4.2.2011; REsp. n. 1.267.374 - PR, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 7.2.2012" (BRASIL, 2012e).

às cooperativas de crédito acabaram recebendo verdadeira imunidade à pesquisa e a eventual bloqueio a ser realizado pelo Poder Judiciário.

Apesar da notícia da existência de estudos técnicos para a ampliação do alcance da pesquisa efetuada pelo sistema Bacen Jud, o Banco Central reconhece que as contas mantidas pelas cooperativas de crédito que não estejam sob custódia ou administração de instituições financeiras não são atingidas por tal sistema.

A existência desta verdadeira “zona cinzenta” no sistema de busca de ativos financeiros acabou se transformando em grande incentivo para que os devedores transferissem suas contas para cooperativas de crédito com o escopo de resguardar seu patrimônio e frustrar o objetivo da execução .

Assim, a medida a ser adotada pelo exequente após verificar que pesquisa de ativos pelo meio eletrônico em nome do devedor foi infrutífera ou insuficiente seria formular requerimento de expedição de ofício ao Banco Central do Brasil para que este informe a existência de dinheiro depositado em nome dos executados em cooperativas de crédito no território nacional.

2.4 A (im)penhorabilidade da conta poupança até o limite de 40 salários mínimos

Para a maioria da Doutrina, o artigo 649 do Código de Processo Civil trata de casos em que está presente a impenhorabilidade absoluta. Ou seja, são bens que “por razão de ordem política, valorados pelo próprio legislador, não servem como garantia aos credores de um dado devedor, razão pela qual eles não podem ser retirados de seu patrimônio para pagamento de suas dívidas” (BUENO, 2008, p. 222).

No referido artigo está prevista a impenhorabilidade até o limite de 40 salários mínimos de quantia depositada em caderneta de poupança. Em sintonia com o texto legal, o Superior Tribunal de Justiça se pronunciou afirmando que o objetivo da impenhorabilidade de depósito em caderneta de poupança é garantir um mínimo existencial ao devedor, perseguindo a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana (BRASIL, 2012d).

Porém, em que pese a expressa determinação legal e o entendimento pretoriano, é cediço que o Direito não está subdividido em compartimentos estanques e incomunicáveis. Nenhuma norma é tão completa que se esgota em si mesma, exigindo do intérprete uma visão sistemática para que não sejam cometidas injustiças.

Nesse contexto, embora o artigo 649, X, do CPC traga a impenhorabilidade da quantia de até 40 salários mínimos para impedir que sejam penhorados os valores poupadados por anos para garantir previdência à família ou socorro alimentar, não é possível afirmar que essa impenhorabilidade seja absoluta (a natureza é absoluta, o efeito é que não é absoluto, tal como ocorre na impenhorabilidade da residência [absoluta] relativizada pela Lei nº 8.009/90), merecendo a questão análise individualizada. Obviamente que muitos devedores, em vez de pagar o que devem, depositam o respectivo valor em caderneta de poupança para burlar tal pagamento. Frente a essa hipótese, já se afirmou que demonstrada a postura de má-fé do devedor podem os Tribunais coibir a prática.²¹

Aliás, resta evidente que é dever do Judiciário não permitir que se extrapolem os limites de um direito em prejuízo do próximo. Lembra Pontes de Miranda (1995, p. 351) que “há limites aos direitos e há abusos sem traspassar limites”.

Assim, se o executado transfere seu dinheiro da conta-corrente para a caderneta de poupança buscando a proteção dos valores contra a impenhorabilidade, não há como prevalecer o limite assegurado na lei adjetiva porque estaríamos diante de uma burla ao pagamento. Lembra Stoco (2002, p. 59) que “impõe-se fazer uso adequado do arsenal legislativo existente e não dele prevalecer e utilizá-lo para fim ilícito ou pretensão subalterna”.

Observe-se que é extremamente simples configurar a descaracterização, bastando verificar a existência de movimentações diárias na conta poupança, como saques e depósitos, pagamento de contas ou faturas.

Dianite desse quadro, embora alguns julgados entendam que a norma em nenhum momento condiciona a impenhorabilidade, ela não concede ao executado um “cheque em branco” para que ele possa abusar do direito previsto na lei adjetiva, tampouco que a impenhorabilidade seja invocada pelo devedor sem a necessária boa-fé.

Por exemplo, uma das hipóteses para auferir a impenhorabilidade dos valores depositados em conta poupança seria verifi-

²¹ “2. Não se desconhecem as críticas, “de lege ferenda”, à postura tomada pelo legislador, de proteger um devedor que, em lugar de pagar suas dívidas, acumula capital em uma reserva financeira. Também não se desconsidera o fato de que tal norma possivelmente incentivaria os devedores a, em lugar de pagar o que devem, depositar o respectivo valor em caderneta de poupança para burlar o pagamento. Todavia, situações específicas, em que reste demonstrada postura de má-fé, podem comportar soluções também específicas, para coibição desse comportamento. Ausente a demonstração de má-fé, a impenhorabilidade deve ser determinada. 3. Recurso especial conhecido e provido” (BRASIL, 2012d).

car se foram depositados anteriormente à constituição da dívida, como ensina Redondo (2007, p. 16):

Para que a proteção legal de impenhorabilidade de caderneta de poupança não se transforme em incentivo ao inadimplemento, devem-se considerar impenhoráveis apenas as quantias que tenham sido depositadas na caderneta antes do momento da constituição da obrigação inadimplida. Ou seja, é necessário que o magistrado verifique a data dos depósitos na caderneta, para que sejam impenhoráveis apenas os valores depositados antes da obrigação inadimplida ter sido contraída.

Não se nega que, caso a pesquisa de ativos financeiros na conta poupança do executado fosse frutífera, a regra indicaria que a penhora de valores depositados até o limite de 40 salários mínimos seria inviável. Contudo, é necessária a análise do caso em concreto, verificando se os valores foram depositados posteriormente à constituição da dívida ou se há desvirtuamento da conta poupança. Não bastasse isso, pode ser verificado se a quantia bloqueada possui ou não natureza alimentar, descaracterizando o objetivo da preservação da conta poupança e a sua impenhorabilidade. Considerando a boa-fé que deve privilegiar as relações jurídicas, é evidente que a simples nomenclatura da conta não pode prevalecer sobre o conjunto fático-probatório verificado no caso concreto.

Por derradeiro, é imperioso ressaltar que, caso o executado possua mais de uma caderneta de poupança, "a impenhorabilidade no valor de até 40 salários mínimos somente será aplicável a uma delas, sendo possível a penhora integral das demais" (REDONDO, 2007, p. 117).

2.5 A (im)penhorabilidade dos valores depositados em conta-corrente destinada ao recebimento de salário

Preceitua o artigo 591 do Código de Processo Civil que o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei. Considerando a ressalva na parte final, desse artigo é que emergem as situações em que a lei adjetiva pontuou casos de impenhorabilidade de bens, seja por ordem jurídica ou humanitária. Como já referido linhas atrás, o artigo 649 do CPC enumera os bens absolutamente impenhoráveis, que, salvo melhor juízo, merecem ser olhados através das lentes da boa-fé e com atenção ao fato de que a reforma do processo de execução buscou restringir os privilégios dos devedores.

Em harmonia com a lei processual (art. 649, IV, do CPC), o Superior Tribunal de Justiça reconhece que a penhora de ativos financeiros efetuada sobre a conta salário deve ser levantada por se tratar de bem absolutamente impenhorável. Enfim, O Tribunal da Cidadania reconheceu que a impenhorabilidade absoluta de bens é norma cogente que contém princípio de ordem pública (BRASIL, 2010).

Em que pese a ênfase dada pelo Judiciário ao tema, é inegável que o artigo 649, IV, do CPC merece ser observado dentro do contexto fático que permeia o processo executivo, motivo pelo qual não é razoável absorvermos como verdadeiro dogma a questão da impenhorabilidade absoluta da conta salário. Isso porque, conforme já afirmou Redondo (2007, p. 94), “no caso de existirem outros valores depositados que não correspondam estritamente ao salário, apenas a quantia referente ao salário será impenhorável”. Assim, antes de extraímos conclusões apressadas sobre a impenhorabilidade dos valores depositados em conta salário, é imperioso verificar se o valor bloqueado não figura como um resquício de salário que perdeu seu caráter alimentar e entrou na esfera de disponibilidade do executado.

Da mesma forma, Theodoro Júnior (2009, p. 289) lembra que a impenhorabilidade do saldo bancário não é absoluta. Afirma o mestre:

A impenhorabilidade, mesmo quando o depósito bancário é constituído por verbas de natureza alimentícia, não é absoluta. Se o titular da conta a transforma num veículo de entesouramento, o que ocorre quando vultosas somas são mantidas durante longo tempo na conta-corrente, e, principalmente, quando se tornam objeto de investimento em cadernetas de poupança ou outras aplicações financeiras, deixa o saldo de corresponder a recursos necessários à subsistência pessoal e familiar do titular.

Com rara percepção sobre o tema, a ministra Nancy Andrighi trouxe em um julgado de sua relatoria que se o valor entrou na esfera de disponibilidade do devedor “sem que tenha sido consumido integralmente para o suprimento de necessidades básicas, vindo a compor uma reserva de capital, a verba perde seu caráter alimentar, tornando-se penhorável” (BRASIL, 2008c). Em vez de impenhorabilidade absoluta, a situação do saldo de salário entra numa categoria de impenhorabilidade processual relativa, que, sem esquecer os valores relacionados à dignidade da vida humana, “não os absolutiza, evitando criar uma camisa de força em favor do devedor” (SILVA, 2008, p. 102).

Em situações como a descrita no aresto é que ganha importância o contraditório após a pesquisa e eventual bloqueio de numerário via Bacen Jud. Em que pese o entendimento de Gonçalves (2011, p. 94) no sentido de que a “impenhorabilidade é matéria de ordem pública e verificando o juiz que a constrição atingiu bem sobre o qual não poderia ter recaído, deve determinar de ofício o seu cancelamento”, entende-se que não pode o magistrado agir dessa forma.

Isso porque o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu que o ônus de comprovar a indispensabilidade dos valores depositados em instituições financeiras é do executado, nos termos do art. 333, II, do CPC e dos §§ 1º e 2º do art. 655-A do CPC (BRASIL, 2011a). Ou seja, parte-se da presunção de que os valores depositados em conta salário possuem natureza alimentar e merecem o abrigo da impenhorabilidade. Contudo, após instaurado o contraditório e provado que a verba figura saldo de salário, transformando-se em verdadeiro veículo de entesouramento do devedor, não existe motivo bastante para vedar a sua penhora com base na regra geral prevista na lei adjetiva.

Conclusão

De maneira geral, é possível afirmar que a execução por quantia certa busca penhorar, avaliar e expropriar bens em quantidade suficiente à satisfação do crédito. Nesse contexto, a penhora em dinheiro ganha grande destaque ao abreviar a duração do processo, não só por reduzir a espera do credor como também por evitar o dispêndio com diligências que no final do processo serão suportadas pelo devedor. Assim, não é por acaso que a reforma do processo de execução deu grande destaque à realização de pesquisas de ativos financeiros em nome do devedor através do convênio firmado entre o Banco Central e o Poder Judiciário.

Com a utilização em larga escala dessa ferramenta, emergem diversas questões peculiares ao cotidiano forense, como o momento adequado para o requerimento da pesquisa, a possibilidade de renovação do pedido e a falta de abrangência da pesquisa às cooperativas de crédito.

Sobre a possibilidade de bloqueio da conta salário, embora exista norma legal reconhecendo a sua impenhorabilidade, é necessário delimitar os valores encontrados. Isso porque não é possível aceitar que o saldo do salário mantenha a natureza alimentar, uma vez que não mais corresponde à subsistência pessoal e familiar do executado.

No que tange à impenhorabilidade das cadernetas de poupança até o limite legal, é imperioso verificar se existe o desvirtuamento da conta ou a formação do capital após ser constituída a dívida. Em casos como esse, embora a jurisprudência dos Tribunais ainda guarde uma posição conservadora, a demonstração da situação fraudulenta permitirá abrandar o aparente rigor da lei adjetiva.

Por derradeiro, considerando que o Poder Judiciário deve privilegiar a ética da situação, analisando de forma singular cada fato que emerge no processo, a questão da impenhorabilidade legal deve ser apenas o ponto de partida da discussão, mas jamais deve ser utilizada para proteger os que agem de má-fé. Assim, não é demais ressaltar que cada situação merece atenção especial, privilegiando o contraditório, a boa-fé e os princípios que regem o processo executivo.

Referências

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil:** tutela jurisdicional executiva. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 935082/RJ. Agravante: Supervia Concessionária de Transporte Ferroviário S/A. Agravado: Marilza Fernandes. Relator: min. Fernando Gonçalves. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 03 mar. 2008a.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 115.536/SP. Agravante: W B D. Agravado: R M T o outro. Relatora: ministra Maria Isabel Gallotti. **DJe** 2 ago 2012a.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1341084/PR. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Elite Plotagem Ltda. Relator: min. Mauro Campbell Marques. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 dez. 2012b.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial nº 90.282/PR. Agravante: Armarinhos Paraná Santa Catarina Ltda. Agravado: Estado do Paraná. Relator: ministro Humberto Martins. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 out. 2012c.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1000261/RS. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Asun Comércio de Gêneros Alimentícios. Relator: ministro Luiz Fux. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 03 abr. 2008b.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1182820/RJ. Recorrente: Município do Rio de Janeiro. Recorrido: Jaime Alves da Silva. Relator: ministro Mauro Campbell Marques. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 04 mar. 2011a.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1189848/DF. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorri-

dos: Sulamita Sampaio e Everton Cândido de Oliveira. Relator: ministro Mauro Campbell Marques. **DJe** 05 nov 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1229329/SP. Recorrente : Simon Ruben Schwartzman. Recorrido: Fazenda do Estado de São Paulo. Relator: ministro Humberto Martins. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2011b.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1231123/SP. Recorrente: Algério Szul. Recorrido: Boa Esperança Comercial. Relator: ministra Nancy Andrichi. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 ago. 2012d.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1242852. Recorrente: CVM. Recorrido: Victor Hugo Marenzi. Relator: ministro Herman Benjamin. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 maio 2011c.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1254320/SP. Recorrente: Jerônimo Alexandre Filho. Recorrido: Cintos e Acessórios Armadilha. Relator: ministra Nancy Andrichi. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 dez. 2011d.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1323032/RJ. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Indústria e Comércio Luxo Ltda e outros. Relator: ministro Mauro Campbell Marques. **DJe** 14 ago. 2012e.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 25397/DF. Recorrente: Sebastião Hélio Honorato Lopes. Recorrido: Banco do Brasil. Relator: min. Nancy Andrichi. **DJe** 03 nov. 2008c.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Agravo de Instrumento nº 0033578-66.2012.4.01.0000/BA. Agravante: Almir Mendes de Carvalho Neto. Agravado: Fazenda Nacional. Relator: juiz federal Renato Martins Prates. Julgado em 06 ago. 2012f. Disponível em: <<http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>.

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Agravo de Instrumento nº 201102010047389. Agravante: União Federal/Fazenda Nacional. Agravado: Jacques Messeca. Relator: des. Renato Cesar Pessanha de Souza. Julgado em 04 out. 2011e. Disponível em: <<http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível nº 2006.72.99.002020-1/SC. Apelante: Salete Heusi Silva. Apelado: Caixa Econômica Federal. Relator: Sérgio Renato Tejada. Julgado em 11 nov. 2009. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 nov. 2009.

GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil:** execução e processo cautelar. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. t. 1.

REDONDO, Bruno Garcia. **Penhora.** São Paulo: Método, 2007.

SILVA, Jaqueline Mielke et al. **A nova execução de títulos executivos extrajudiciais:** as alterações da Lei 11.382/2006. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

STOCO, Rui. **Abuso de Direito e Má-fé processual.** São Paulo: RT, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo de execução e cumprimento da sentença.** 26. ed. São Paulo: Ed. Universitária, 2009.

O empresário e a teoria subjetiva moderna

Shandor Portella Lourenço

Procurador Federal

Ex-advogado da CAIXA

Mestre em Direito Empresarial

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto a compreensão das diversas teorias que consubstanciam o Direito Comercial, bem como analisar o empresário, principal figura desse renovado ramo jurídico. Para uma melhor contextualização do tema, promoveu-se o esboço histórico evolutivo das diversas teorias do Direito Comercial e, consequentemente, os elementos que caracterizam a figura do empresário. Examinou-se, ainda, os principais aspectos das construções teóricas e normativas acerca da unificação do Direito Privado após a adoção da teoria subjetiva moderna no Brasil. Concomitantemente, dedicou-se especial atenção ao estudo dos princípios axiológicos e valorativos que norteiam a atividade mercantil e, consequentemente, sua influência na compreensão do Direito Comercial contemporâneo.

Palavras-chave: Teorias do Direito Comercial. Empresário. Direito Privado. Empresa.

ABSTRACT

This paper focuses the understanding of the various theories that underpin trade laws and analyzes the entrepreneur, the main figure of this new area of law. For a better contextualization of the theme, we promoted the historical sketch of the various evolutionary theories of commercial law and, consequently, the elements that characterize the figure of the entrepreneur. We examined also the main aspects of theoretical and normative about the unification of Private Law after the adoption of modern subjective theory in Brazil. Concurrently, he devoted special attention to the study of evaluative and axiological principles that guide the business activity and hence its influence on contemporary understanding of commercial law.

Keywords: Theories of Commercial Law. Entrepreneur. Private Law. Company.

Introdução

A promulgação do Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406/02) representou importante marco histórico para o Direito Comercial no Brasil. A partir desse diploma normativo, sedimentou-se no ordenamento jurídico pátrio a teoria subjetiva moderna (teoria da empresa).

De outra parte, o tratamento legislativo comum do Direito Comercial e do Direito Civil também intensificou o antigo debate acerca da unificação do Direito Privado.

Além disso, a tradicional denominação desse ramo jurídico (Direito Comercial) passou a sofrer duras críticas, sendo abandonado por boa parte da doutrina que passou a adotar a nomenclatura Direito Empresarial, em atenção à indiscutível adoção da teoria da empresa pelo legislador brasileiro.

Nesse contexto, a análise e compreensão da figura do “empresário”, apesar de controvértidas, passaram a ser pressuposto fundamental para a correta interpretação e aplicação dos institutos dessa disciplina jurídica.

No intuito de debater esses novos institutos, o presente trabalho examina a evolução das diversas teorias do Direito Comercial, bem como analisa o empresário, principal figura desse renovado ramo jurídico.

Ressalte-se, por fim, que à margem da discussão sobre a melhor nomenclatura para o ramo objeto do nosso estudo, adotaremos indistintamente ao longo da nossa exposição ambas as denominações (Direito Comercial/ Direito Empresarial), já que estamos convictos de que essa opção não comprometerá os fins a que se destina o presente estudo.

1 Esboço histórico das teorias do Direito Comercial

Ao longo de sua história, o Direito Comercial foi orientado basicamente por três teorias: a teoria subjetiva, a teoria objetiva e a teoria subjetiva moderna. Interessante notar que, assim como ocorreu com essas teorias, a denominação do principal sujeito desse ramo jurídico também sofreu, ao longo dos tempos, diversas mutações.

Na época da vigência da teoria subjetiva, o empresário era chamado de “burguês”, habitante do burgo que era dado à atividade empresarial. Com a ascensão da teoria objetiva, abandonou-se a expressão “burguês” para adotar-se a expressão “comerciante”. Por fim, modernamente, com a vigência da teoria subjetiva moderna, também conhecida como “teoria da empresa”, esse sujeito passou a ser designado de “empresário”.

O Direito Comercial, por sua vez, surgiu na Idade Média. Na chamada baixa Idade Média, a Europa era toda dívida em feudos, o que era altamente contrário aos interesses da burguesia.

De fato, como é sabido, o empresário sempre foi avesso às fronteiras, já que esses limites são altamente inibitórios do comércio. Ao transpor fronteiras, muda-se a moeda, a prática comercial, a legislação e tudo isso impacta o comércio negativamente. Em razão disso, os burgueses passaram a financiar os exércitos reais para que os reis pudessem, através de uma força concentrada, unificar os estados europeus e, assim, impulsionar a dinâmica do comércio.

Perceba-se que, ainda hoje, temos alguns movimentos nesse mesmo sentido. A própria Comunidade Europeia e o MERCOSUL são exemplos do poder de unificação decorrente dos interesses econômicos.

Em contrapartida à ajuda dos burgueses à unificação dos estados europeus, a realeza editava com *status* de lei o regulamento das corporações de ofício. Note-se aqui, mais uma vez, que essa lógica ainda encontra ressonância na realidade moderna. Apenas a título de exemplo, citamos a situação dos bancos credores com garantia real que terão, no curso do processo falimentar, preferência no recebimento da dívida até mesmo se em concurso com crédito de natureza tributária. Essa regra foi deliberadamente ajustada na Lei de Falências – Lei nº 11.101/05 – para favorecer esse grupo econômico específico.

Duas características tinha o Direito Comercial na vigência da teoria subjetiva:

- a) Era um ramo que visava assegurar privilégios à classe burguesa;
- b) Mantinha o oligopólio no exercício da atividade profissional.

Naquela época, de nada adiantaria um determinado profissional saber fabricar sapatos. Para ser um sapateiro, esse indivíduo tinha, antes de iniciar profissionalmente sua atividade, que se matricular na corporação de ofício dos sapateiros na condição de aprendiz. Ingressando nessa corporação, o profissional galgava posições até conseguir uma autorização da Federação dos Sapateiros para exercer sua atividade. Por essa forma, a Federação oligopolizava o exercício das profissões.

A teoria subjetiva vigorou até o advento do Código de Napoleão, que superou essa teoria e introduziu a teoria objetiva, também conhecida como a “teoria dos atos de comércio”.

A teoria dos atos de comércio é uma invenção francesa e sua consolidação se deu, como visto, logo após a Revolução. Assim, para que fosse possível afastar a ideia dos privilégios de classe, foi

necessário superar a lógica que formou o Direito Comercial (teoria subjetiva – defesa dos privilégios de classe), pois esse paradigma, até então vigente, era contrário aos ideais revolucionários.

Por outro lado, sabia Napoleão que o Estado Democrático de Direito também dependia do apoio da burguesia. Percebeu o estadista francês, já naquela época, que são os burgueses que sempre sustentam o Estado, pois é o empresariado que propicia a criação de empregos, diminui a criminalidade e melhora tecnologicamente o país, desenvolvendo novos produtos e serviços. Por essa razão, adotou a teoria dos atos de comércio (teoria objetiva).

Segundo essa nova orientação, foi enumerada em lei uma série de atos considerados importantes para o Estado. E, para a teoria objetiva, aquele que praticasse atos de comércio gozaria dos benefícios da lei mercantil.

Desse modo, a lei mercantil também se destinou a assegurar privilégios não mais exclusivamente ao burguês, mas a qualquer um que praticasse os atos classificados como "atos de comércio".

Por meio da teoria objetiva, o Estado conservou privilégios a quem lhe interessava, só que de maneira indireta, pois passou a proteger a atividade, e não mais o sujeito da atividade.

A teoria dos atos de comércio, que até hoje se encontra em vigor na França, restou superada no Brasil com o advento do Código Civil de 2002. A nova lei civil efetivamente sedimentou a teoria subjetiva moderna no País.

Hoje em dia, não nos espanta mais a existência de determinados ramos do Direito cuja finalidade precípua é assegurar privilégios a uma determinada classe. Exemplo disso é o próprio Direito do Trabalho. Por esse motivo, o Código Civil abandonou o artificialismo da teoria objetiva e voltou o seu foco para a figura do empresário, como originalmente ocorria no Direito Comercial. Superou-se, entretanto, a característica do oligopólio, universalizando a atividade empresarial.

2 A figura do empresário

O Direito Empresarial não é um ramo despretensioso. Ele possui uma jurisprudência axiológica valorativa, ou seja, interpreta as leis mercantis de modo a otimizar a existência do seu objeto.

Cria-se nesse ramo jurídico um verdadeiro cabedal normativo protetor da figura do empresário (lei de falências, marcas e patentes etc), sempre gravitando em torno dessa figura.

Assim como o Direito do Trabalho é um ramo que tem por finalidade e objeto a proteção do empregado, o Direito Comercial

concentra seu enfoque no empresário. De nada adiantaria assegurar diversos direitos, se o ordenamento jurídico não definisse com exatidão o titular desses direitos.

Surge, assim, a partir do art. 966 do CC, os elementos caracterizadores do empresário. A mesma técnica legislativa empregada pela CLT em seus art. 2º e 3º, na compreensão dos elementos fático-jurídicos representantes do empregado, é utilizada pelo art. 966 do CC na definição da figura do empresário.

Os atributos que definem a figura do empresário são os seguintes:

a) Profissionalismo – pessoa natural ou jurídica que exerce com habitualidade, em nome próprio, uma atividade, extraíndo dela as condições necessárias para se estabelecer e desenvolver.

Os atos esporádicos de mercancia não caracterizam o profissionalismo. É a habitualidade que adjetivará o ato mercantil de modo a torná-lo hábil a caracterizar o empresário.

Da mesma forma, os atos praticados em nome de terceiros não caracterizam seu executor como empresário. Os empregados (prepostos) não serão empresários porque desenvolvem a atividade comercial em nome de terceiro (o empresário).

Por fim, é necessário deixar claro que as condições necessárias para se estabelecer e se desenvolver, inerentes ao conceito de profissionalismo, são condições de natureza econômica e financeira.

b) Atividade econômica – é aquilo que Borges (1991) chama de *animus lucrandi* (intenção de lucrar). O empresário visa ao lucro.

O elemento que é essencial à caracterização do empresário é a intenção de lucro, e não o lucro propriamente dito, pois, caso contrário, não seriam empresariais as sociedades que tivessem resultado negativo.

c) Organização – esse é o elemento mais polêmico na doutrina. Ainda não se chegou a um denominador comum sobre o que venha a ser organização.

De um lado, há autores como Coelho (2008), Borba (2003) e Negrão (2003) que defendem a ideia de que a organização seria a organização da mão de obra alheia. Seria a mais-valia do trabalho de terceiros. Nesse caso, se o indivíduo não tiver empregados, não será empresário. Coelho (2008, p. 20) chega a citar em sua obra que o camelô não seria empresário porque não contrata mão de obra. Curiosamente, páginas à frente, o mesmo autor cita a sacoleira como exemplo de atividade empresarial.

Verçosa (2004), por sua vez, defende que a organização nada tem a ver com a contratação de mão de obra. Seria, na verdade, a organização dos fatores da produção: capital, trabalho (não necessariamente de terceiros) e atividade.

d) A produção ou circulação de bens ou serviços.

Os serviços que anteriormente eram disciplinados pelo Direito Civil e caracterizavam as sociedades civis passaram a ser objeto do Direito Empresarial.

Essa produção ou circulação de bens ou serviços, como bem observa Ascarelli (1964), deve ser voltada para o mercado. Não pode ser para o mero deleite pessoal, ela tem de ser voltada para o mercado, ainda que nesse mercado haja um único tomador.

3 Dos excluídos do conceito de empresário: o parágrafo único do art. 966 do CC

É de se ressaltar, todavia, que há casos em que, malgrado o indivíduo preencha os quatro requisitos necessários à caracterização de empresário, não será classificado como tal. Referimo-nos ao parágrafo único do art. 966 do CC, *in verbis*:

Art. 966. [...]

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

O parágrafo único do art. 966 do CC deliberadamente exclui um determinado grupo de pessoas do conceito de empresário.

Esse dispositivo é muito rico em informações. Para interpretá-lo adequadamente, temos que compreender previamente a unificação do Direito Privado.

Como é sabido, há, hodiernamente, uma corrente que defende a unificação do Direito Privado, tendo o Direito Comercial e o Direito Civil uma disciplina comum, num ramo então denominado "Direito Privado".

O primeiro a propor tal solução foi Teixeira de Freitas. Toda-via, a pouca expressão do Brasil no cenário jurídico internacional tornou obscura a sua proposta.

Décadas depois, um italiano, Cesare Vivante, no alto da cátedra de uma aula magna proferida na Universidade de Bologna, defendeu a mesma ideia de Teixeira de Freitas, ou seja, a unificação do Direito Privado. Todos os argumentos favoráveis à unificação do Direito Privado foram opostos por um outro italiano: Alfredo Rocco. Não satisfeito, Vivante foi à tréplica na defesa de sua tese.

Contudo, em relação a um ponto específico da sua defesa, Vivante reconheceu um equívoco de sua teoria. Conforme Rocco havia arguido, há uma fundamental "diferença de estado de espírito" entre esses sujeitos a impedir o mesmo tratamento jurídico.

Vale dizer, há uma substancial diversidade de comportamento ético e moral entre o indivíduo comum e o empresário. Assim, sendo a ética empresarial diferente da ética do Direito Civil, seria inviável um mesmo tratamento normativo.

Conforme lecionam os autores mais clássicos, Mendonça (1937), Ferreira (1960), Borges (1991) e Requião (1993), o Direito Comercial orienta-se por cinco diretrizes: a) pelo princípio do egoísmo; b) pelo princípio do individualismo; c) pelo princípio da onerosidade; d) por ser um ramo, diferentemente do que ocorre no Direito Civil, em que a solidariedade no contrato presume-se para ampliar a margem de solvência da obrigação; e, finalmente, e) por ser um ramo cosmopolita.

Essas cinco características denotam o motivo pelo qual algumas pessoas são impedidas de serem empresárias, sem que essa restrição implique a constitucionalidade da restrição existente (art. 5, XIII, CF/88). A lógica de se impedir alguns indivíduos de serem empresários é a impossibilidade de eles absorverem a ética empresarial. Nesse sentido, jamais poderíamos admitir que juízes, promotores, militares, cléricos, entre outros, pudessem incorporar tais valores.

Compreender, portanto, os excluídos do conceito de empresário (parágrafo único do art. 966, CC) é saber da ética empresarial, pois é ela que orientou a redação desse dispositivo. O parágrafo único do art. 966 do CC criou uma presunção absoluta de que as pessoas ali mencionadas não teriam apreendido os valores inerentes à atividade comercial.

Por essa razão, aqueles que exercem profissão intelectual estão, pois, fora do conceito de empresário, pois a lei presume que essas pessoas não absorveram a ética empresarial.

Coelho (2008, p. 16), em divergência a esse entendimento, cita um exemplo referente a uma clínica médica que merece destaque:

Imagine o médico pediatra recém-formado, atendendo seus primeiros clientes no consultório. Já contrata pelo menos uma secretária, mas se encontra na condição geral dos profissionais intelectuais: não é empresário, mesmo que conte com o auxílio de colaboradores. Nesta fase, os pais buscam seus serviços em razão, basicamente, de sua competência como médico. Imagine, porém, que, passando o tempo, este profissional amplie o consultório, contratando, além de mais pessoal de apoio (secretária, atendente, copeira etc.), também enfermeiros e outros médicos. Não chama mais o local de atendimento de consultório, mas de *clínica*. Nesta fase de transição, os clientes ainda procuram aqueles serviços de medicina pediátrica, em razão da confiança que deposi-

tam no trabalho daquele médico, titular da clínica. Mas a clientela se amplia e já há, entre os pacientes, quem nunca foi atendido diretamente pelo titular, nem o conhece. Numa fase seguinte, cresce ainda aquela unidade de serviços. Não se chama mais clínica, e sim *hospital pediátrico*. Entre os muitos funcionários, além dos médicos, enfermeiros e atendentes, há contador, advogado, nutricionista, administrador hospitalar, seguranças, motoristas e outros. Ninguém mais procura os serviços ali oferecidos em razão do trabalho pessoal do médico que os organiza. Sua individualidade se perdeu na organização empresarial. Nesse momento, aquele profissional intelectual tornou-se elemento de empresa. Mesmo que continue clinicando, sua maior contribuição para a prestação dos serviços naquele hospital pediátrico é a de organizador dos fatores de produção. Foge, então, da condição geral dos profissionais intelectuais e deve ser considerado, juridicamente, empresário.

A crítica em relação ao exemplo do eminent professor paulista gira em torno do seguinte questionamento: como saberemos tecnicamente se a pessoa procurou a clínica em razão do médico ou da sua estrutura? A partir de quantos médicos seria a clínica considerada empresária?

Realmente, não há qualquer lógica técnica na distinção apontada. O próprio parágrafo único do art. 966 do CC deixa claro que os profissionais intelectuais, "ainda que com o concurso de auxiliares ou colaboradores", não serão empresários.

Malgrado essa inconsistência teórica, parece-nos que tem prevalecido na doutrina o posicionamento de Coelho (2008), já que nesse sentido é o Enunciado 194 aprovado na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, *in verbis*:

194 – Art. 966: Os profissionais liberais não são considerados empresários, salvo se a organização dos fatores da produção for mais importante que a atividade pessoal desenvolvida.

Ressaltamos, por fim, que, se houver um ato intelectual e um ato empresarial, haverá a absorção do ato intelectual pelo ato empresarial. Isso explica porque, como regra, o hospital é empresário e a clínica médica não.

3.1 A ressalva contida no parágrafo único do art. 966 do CC

A redação dada ao parágrafo único do art. 966 do CC cria uma exceção dentro da exceção. Essa ressalva corresponde ao seguinte excerto do dispositivo: "salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa".

O primeiro ponto que devemos relembrar é que a empresa não se confunde com o empresário. Empresário é a pessoa natural ou jurídica que contenha as características previstas no art. 966 do CC e não esteja abarcada na exceção prevista no parágrafo único do dispositivo. Empresário é sujeito do direito, ao passo que a empresa é objeto do direito.

Segundo Borges (1991), a empresa corresponde ao somatório de três elementos (fatores da produção): capital, trabalho e atividade organizada para gerar lucro. Há outros autores, como Rocha Filho (1994), que afirmam que empresa seria sinônimo de atividade.

Para a compreensão da exceção contida no parágrafo único do art. 966 do CC, interessa-nos o segundo elemento dos fatores da produção: o trabalho. Se o trabalho intelectual estiver inserido na linha de produção (atividade meio, de suporte), e não na atividade fim, o explorador da atividade será empresário.

Alguns exemplos deixarão a questão mais clara: um cientista que esteja pesquisando a cura da AIDS. Suponhamos que esse cientista esteja desenvolvendo sua atividade numa universidade. Como esse trabalho intelectual pertence à área fim da universidade (produção de conhecimento científico), a atividade não será empresária. De outra parte, se esse profissional estiver trabalhando para uma indústria farmacêutica, resta indubitável que o trabalho do cientista é uma atividade meio da indústria, caracterizando, pois, atividade empresarial, conforme a ressalva contida no parágrafo único do art. 966 do CC.

Da mesma forma, o trabalho do autor em relação a uma editora de livros não descharacterizará a editora como empresária.

Nesse sentido, a ressalva contida no parágrafo único do art. 966 ficaria mais clara se redigida nos seguintes termos: "salvo se o exercício da profissão constituir atividade meio, e não atividade fim da empresa".

Ressalvamos, por oportuno, que, por força do parágrafo único do art. 982 do CC, toda cooperativa será sociedade simples, se não vejamos:

Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais.

Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.

Em conclusão, chamamos a atenção para uma curiosa regra contida no art. 971 do CC:

Art. 971. O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro.

Nesse dispositivo temos a situação ruralista. O ruralista terá um direito de opção: poderá livremente escolher registrar-se como empresário e submeter-se a todo o regramento próprio ou, não querendo, registrar-se como simples no Cartório de Pessoas Jurídicas.

4 A capacidade no direito empresarial

Este tema tem suscitado algumas dificuldades quanto à sua correta compreensão, já que é recorrente a confusão feita entre a pessoa responsável pela administração de uma sociedade e a própria sociedade.

Caso indagássemos ao grande público se Antônio Ermírio de Moraes, famoso administrador de um dos maiores grupos empresariais brasileiros, é empresário, certamente a maior parte das pessoas diria que sim. É de se ver, todavia, que essa resposta está tecnicamente equivocada, pois quem é empresário não é o administrador Antônio Ermírio de Moraes, mas sim a sociedade empresária (no caso, o Grupo Votorantim).

Nos termos do parágrafo 2 do art. 1.011 do CC¹, o administrador da sociedade empresária é mandatário, e não empresário. O administrador da sociedade empresária não se confunde com a pessoa jurídica. Sob esse aspecto, não podemos nos descuidar da terminologia jurídica adequada a tal classificação, pois é necessário distinguir entre a personalidade jurídica da sociedade e a do seu mandatário.

Da mesma forma, a sociedade empresária não se confunde com a pessoa do seu sócio. Este, conforme leciona Coelho (2008), é empreendedor, ao passo que a sociedade é empresária.

Ultrapassada essa questão, fica a dúvida sobre a possibilidade da caracterização do empresário individualmente considerado, na hipótese da chamada “firma individual”. Tal situação ocorrerá quando a pessoa natural que não participa de sociedade alguma, mas, usando de sua própria personalidade, atua com os adjetivos necessários à sua compreensão como empresário (art. 966, CC), não es-

¹ Art. 1.011: [...] § 2º Aplicam-se à atividade dos administradores, no que couber, as disposições concernentes ao mandato.

tando daí excluído (parágrafo único do art. 966, CC). O exemplo clássico de empresário individual é justamente o camelô.

Portanto, quando trabalhamos a capacidade no direito empresarial, temos que distinguir entre a capacidade para ser empresário (p. ex.: camelô) e a capacidade para ser sócio da sociedade empresária.

4.1 A capacidade para ser empresário

A capacidade para ser empresário é obtida aos 18 (dezoito) anos de idade, nos termos do art. 5, caput do CC.²

Nesse passo, o parágrafo único do art. 5 do CC, em seu inciso V, traz importante hipótese de suprimento de incapacidade relativa, vejamos:

Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

[...]

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

Essa hipótese de suprimento de incapacidade do menor entre 16 (dezesseis) e 18 (dezoito) anos surgiu em atenção ao Direito Empresarial, pois a lei presume, nessa hipótese, que o relativamente incapaz absorveu a ética empresarial.

Note-se que, ao constatar que o relativamente incapaz estabeleceu-se comercialmente com economia própria, a lei presume inexoravelmente que esse indivíduo está apto ao exercício regular da empresa.

Temos que atentar, de outra parte, para uma novidade veiculada pela lei de falência (Lei nº 11.101/05). É que a antiga lei falimentar proibia a falência do menor. Anteriormente, o menor poderia se estabelecer empresarialmente, teria suprida sua incapacidade, mas não poderia falir (era pedido juridicamente impossível, vale dizer, vedado pelo ordenamento jurídico).

Desde 9 de junho de 2005, data em que a Lei nº 11.101 entrou em vigor, é permitida a falência do menor, embora continue o mesmo inimputável para os crimes falimentares.

² Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Voltando à questão do suprimento da capacidade do menor, reafirmamos que, conforme o disposto no inciso V do parágrafo único do art. 5º do CC, caso o relativamente incapaz se estabeleça com economia própria, adquirirá capacidade plena. Mas o que ocorrerá se o menor herdar a sociedade empresária?

Trata-se do art. 974 do CC.³ Esse dispositivo responde duas perguntas que eram polêmicas na jurisprudência: a) pode o incapaz, através de seu representante legal, continuar a empresa antes exercida enquanto capaz (na hipótese de incapacidade superveniente)? b) pode o incapaz prosseguir a empresa antes exercida pelo autor da herança?

Em ambos os casos, a lei impõe uma condição: autorização judicial. Tanto no caso de incapacidade superveniente, quanto no caso de o incapaz herdar uma sociedade empresária, caberá ao juiz, ouvido o Ministério Público, avaliar a viabilidade da continuidade do negócio e decidir sobre a autorização respectiva.

No caso de decisão favorável à continuidade do negócio, o juiz mandará que sejam arrolados todos os bens que o incapaz possuir ao tempo da autorização e que não estejam sujeitos aos riscos da atividade empresarial.

O art. 974 do CC cria pela primeira vez no Direito Empresarial o que conhecemos como “patrimônio de afetamento”. Nesse caso, o indivíduo passará a ter dois patrimônios: o afetado, vinculado aos riscos da atividade empresarial e, portanto, passível de ser penhorado ou objeto de garantia do negócio, e, de outra parte, o desafetado, ou seja, o patrimônio que não poderá ser atingido para pagamento das obrigações decorrentes do negócio.

Na primeira hipótese, ou seja, na sucessão em firma individual, o dispositivo não possui muita serventia, pois todo o patrimônio do empresário individual responderá pelos riscos da atividade, exceto os absolutamente impenhoráveis, nos termos da lei civil. Nesse caso, o arrolamento de bens terá função meramente formal.

Já na hipótese de sucessão, o dispositivo ganha maior relevo, pois o patrimônio pertencente ao incapaz até o momento da su-

³ Art. 974. Poderá o incapaz, por meio de representante ou devidamente assistido, continuar a empresa antes exercida por ele enquanto capaz, por seus pais ou pelo autor de herança. § 1º Nos casos deste artigo, precederá autorização judicial, após exame das circunstâncias e dos riscos da empresa, bem como da conveniência em continuá-la, podendo a autorização ser revogada pelo juiz, ouvidos os pais, tutores ou representantes legais do menor ou do interdito, sem prejuízo dos direitos adquiridos por terceiros. § 2º Não ficam sujeitos ao resultado da empresa os bens que o incapaz já possuía, ao tempo da sucessão ou da interdição, desde que estranhos ao acervo daquela, devendo tais fatos constar do alvará que conceder a autorização.

cessão não responderá pelas obrigações decorrentes do exercício da empresa.

Nesse contexto, surge a dúvida se o patrimônio pertencente ao incapaz, no momento da sucessão, continuará a não responder pelos riscos da atividade empresarial no instante em que o incapaz adquirir a capacidade.

Pensamos que não. Vale dizer, no momento em que o menor, v.g., adquirir a maioridade civil aos 18 (dezoito) anos, poderá lacrar o estabelecimento e preservar seu patrimônio arrolado no momento da sucessão, ou poderá continuar o negócio, submetendo, a partir daí, todos os seus bens aos riscos do negócio. Essa exegese decorre da certeza de que o intuito da lei é proteger o menor, de modo que, não ostentando mais essa condição, nenhum privilégio recairá sobre o indivíduo agora plenamente capaz.

4.2 A capacidade para ser sócio de sociedade empresária

Conforme já dito anteriormente, não devemos confundir a personalidade jurídica do sócio da sociedade com o próprio empresário, que, nesse caso, será a sociedade, e não o sócio (empreendedor).

Superada essa questão, a primeira discussão subjacente ao tema diz respeito justamente à possibilidade de o incapaz ser ou não sócio de sociedade empresária.

Não há mais discussão sobre o tema. Em relação às sociedades anônimas, o incapaz, desde que representado ou assistido, sempre pode ser sócio de uma companhia.

Polêmica maior gravitava em torno das sociedades limitadas. Todavia, essa discussão também já está totalmente superada conforme jurisprudência do STF, inclusive anterior a 1988, e resolução do DNRC (Departamento Nacional do Registro do Comércio). O incapaz pode, pois, ser sócio de sociedade limitada, desde que atendidos dois requisitos: a) não poderá o incapaz ser administrador; b) o capital deverá estar totalmente integralizado.

Em relação à primeira condição, não pairam quaisquer dúvidas, posto que, se não é dado ao incapaz administrar o seu próprio patrimônio, o que se dirá em relação ao de terceiros.

O segundo requisito decorre do fato de os sócios de uma sociedade limitada serem solidariamente responsáveis pelo que faltar à integralização do capital. Desse modo, caso o capital não estivesse totalmente integralizado, estaria em risco o patrimônio do menor.

Outro dispositivo de notável relevância e grande polêmica é o art. 977, CC, *in verbis*:

Art. 977. Faculta-se aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros, desde que não tenham casado no regime da comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória.

Argumenta-se sobre a constitucionalidade desse dispositivo em face do art. 5, XVII da CF/88 (liberdade de associação), posto que teria criado exceção não contemplada pelo dispositivo constitucional. Ultrapassada, contudo, essa polêmica e adotando-se o posicionamento de que o dispositivo constitucional referente às associações não teria aplicabilidade em relação às sociedades, caberia-nos indagar qual seria a interpretação mais adequada do dispositivo.

Ora, dúvida não há de que o art. 977 do CC veicula uma exceção, cuja interpretação atrai, pois, o método restritivo e gramatical.

Nesse sentido, é de se observar que o artigo prescreve: “faculta-se aos cônjuges **contratar** sociedade”, sendo certo que há duas maneiras de se ajustar a vontade societária: pelo contrato social ou pelo estatuto social.

Como o art. 977 do CC refere-se a contrato, esse impedimento limitar-se-ia às sociedades contratuais, não se aplicando a referida vedação às sociedades estatutárias (sociedade anônima e sociedade em comandita por ações).

Note-se, outrossim, que o dispositivo faz menção a contratar sociedade “entre si ou com terceiros”. Uma leitura apressada do artigo poderia levar à interpretação absurda de que o impedimento se caracterizaria mesmo na hipótese de marido e mulher contratarem separadamente sociedade (sociedades distintas). Por essa razão, é oportuno dizer que a referida vedação só terá lugar quando marido e mulher contratarem a mesma sociedade, vale dizer, a expressão “contratarem entre si” corresponde à sociedade formada apenas entre os cônjuges e a sociedade “com terceiros” se daria na hipótese de haver, além do marido e da mulher, um terceiro sócio.

Ressalte-se, por fim, que a vedação constante do art. 977 do CC limita-se apenas a dois regimes de casamento: a comunhão universal ou separação universal.

A intenção do legislador ao vedar a contratação de sociedade aos sócios casados no regime de comunhão universal de bens é justamente prevenir a promiscuidade patrimonial entre a pessoa dos sócios e a própria sociedade.

A segunda proibição, referente ao regime da separação obrigatória de bens, não mais se justifica em razão do credor, já que a intenção é proteger terceiros no caso de o sócio falecer.

Conclusão

O Direito Comercial sofreu grandes transformações em sua base teórica. A superação da teoria objetiva (teoria dos atos de comércio) pela teoria subjetiva moderna (teoria da empresa) representou importante marco na doutrina comercialista.

Centrando o seu foco na figura do empresário, a renovada disciplina jurídica passa a ser alvo de profundos questionamentos notadamente quanto à correta concepção do seu sujeito.

Nesse sentido, parece-nos adequado conceituar o empresário como aquela pessoa natural ou jurídica que exerce profissionalmente em nome próprio atividade organizada que tenha por objetivo o lucro como fruto da produção ou circulação de bens ou serviços destinados ao mercado.

Necessário ressalvar, nesse passo, que, mesmo que o sujeito preencha os requisitos analiticamente previstos no art. 966 do CC, não será caracterizado como empresário se exercer atividade intelectual de natureza artística, literária ou científica, a menos que essa atividade esteja inserida na linha de produção como atividade de meio (elemento de empresa).

Uma vez classificado como empresário, passará o sujeito a ser plenamente regido por todos os institutos inerentes ao Direito Empresarial, o qual, conforme foi visto, é disciplinado por uma jurisprudência axiológica protetiva do seu sujeito e tendente a otimizar a existência do seu objeto.

Referências

- ASCARELLI, Tullio. **Iniciación al estudio del derecho mercantil**. Barcelona : Bosch, 1964.
- BORBA, José Edvaldo Tavares. **Direito Societário**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. 5. ed. 4. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FERREIRA, Waldemar Martins. **Tratado de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1960.
- MENDONÇA, José Xavier de Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937. v. 1.
- NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
- REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v.1.

ROCCO, Alfredo. Princípios de direito comercial. Campinas: LZN, 2003.

ROCHA FILHO, José Maria. **Curso de direito comercial**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. v. 1.

VERÇOSA, Aroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 1.

VIVANTE, Cesare. **Instituições de direito comercial**. 3. ed. Campinas: LZN, 2003.

Interpretação do artigo 384 da CLT e o tratamento igualitário entre homens e mulheres

Fernanda Valadares de Oliveira
Advogada da CAIXA no Rio de Janeiro
Pós-graduada em Direito Público

RESUMO

O texto tem o intuito de demonstrar a discussão sobre a legalidade do artigo 384 da CLT, que estabelece que em caso de prorrogação do horário normal será obrigatório um descanso de 15 minutos, para mulheres, antes do início do período extraordinário de trabalho. A divergência está justamente no fato de que o artigo somente se aplica à mulher, contrariando o que prega a Constituição Federal no artigo 5º, I, que diz que homens e mulheres são iguais perante a lei. O debate é recente e aguarda decisão do STF sobre a sua legalidade. No entanto, não podemos esquecer que não há razão objetiva para se considerar a jornada de trabalho da mulher mais sofrida do que a do homem, devendo, portanto, o artigo ser aplicado a ambos os sexos.

Palavras-chave: Igualdade. Homem. Mulher. Art. 384 da CLT.

ABSTRACT

The text aims to demonstrate the discussion on the legality of Article 384 of the Labor Code, which provides that in case of extension of normal time, will be a mandatory 15-minute rest, for women, before the start of the extraordinary work. The divergence is precisely in the fact that the article only applies to women, contrary to what preaches Federal Constitution in Article 5, I, that says men and women are equal before the law. The debate is recent and pending Supreme Court decision on its legality. However, we must not forget that there is no objective reason to consider the workload of women suffered more than the man, for this reason the article should therefore be applied to both sexes.

Keywords: Woman. Article 384 from CLT. Human. Equality.

O artigo 384 da CLT, presente nela desde a sua criação no ano de 1943, com o propósito de uma eventual proteção às mulheres, baseando-se numa ordem constitucional, por hora, já ultrapassa-

da, ao criar norma considerada, à época, inclusiva, acabou gerando uma norma, hoje, discriminatória?

Ao longo dos anos, luta-se pelo combate à desigualdade histórica existente entre homens e mulheres. Sabe-se que a edição da CLT foi uma grande conquista para o direito trabalhista, e, sendo assim, cabe ao direito assegurar a observância dos preceitos garantidores da não discriminação disseminada durante os anos e do direito à igualdade dos gêneros. No entanto, o direito é dinâmico, e sua hermenêutica deve seguir as mudanças ocorridas com o passar do tempo. No que tange à mulher, não se pode negar que a evolução da legislação tem se verificado no sentido da promoção da igualdade e do combate a esse tipo de discriminação.

Com isso, o intuito deste texto é demonstrar que o artigo 384 da CLT, visto nos dias atuais, discrimina uma diferença onde ela não mais existe. Pelo contrário, com o intuito de inclusão, o artigo pode voltar a segregar a contratação de mulheres no mercado de trabalho, já que na visão do empregador a existência de intervalo exclusivo às trabalhadoras, não extensivo aos empregados homens, pode representar um inconveniente e um gasto extra na contratação daquelas.

Desta forma, longe de beneficiar a quem deveria proteger, as mulheres, encerra um obstáculo, ainda que involuntário e de ordem legal, ao acesso igualitário ao mercado de trabalho. Uma norma que se pensou originariamente como inclusiva poder-se-ia tornar discriminatória.

O debate é atual e ainda pende de solução pelo STF, que julgará nos próximos dias o RE 658312/SC, o qual definirá se o artigo 384 é constitucional ou não.

Até que a questão se resolva, vários são os posicionamentos e decisões sobre o assunto. Faremos, assim, um breve relato do que vem sendo decidido no âmbito dos tribunais trabalhistas e de quais as opiniões em relação ao referido artigo.

Desta forma, o artigo 384 da CLT preceitua em seu texto, exclusivamente para a mulher, o direito ao intervalo de quinze minutos antes do início da jornada extraordinária, conforme se infere através da leitura do dispositivo legal inserido no capítulo que trata da proteção do trabalho da mulher: "Art. 384. Em caso de prorrogação do horário normal, será obrigatório um descanso de 15 (quinze) minutos, antes do início do período extraordinário de trabalho".

Assim, deixando o empregador de conceder à mulher o intervalo de 15 (quinze) minutos entre a jornada normal e a extraordinária, a teor do art. 384 da CLT, impõe-se o pagamento do tempo correspondente, considerado incluído no total das horas extras efetuadas, e, portanto, com acréscimo de 50%.

De outro lado, fazendo uma interpretação restritiva do art. 384, sua violação compreenderia, apenas, infração de ordem administrativa. Não se podendo olvidar que as normas que impõem sanção são assim interpretadas, de forma restritiva, e nesse contexto o legislador não previu sanção alguma em caso de sua inobservância, descabe, portanto, uma interpretação extensiva aos ditames do citado artigo, para, por exemplo, deferimento do eventual intervalo como horas extras, e como consequência o pagamento da hora com acréscimo de 50%.

Deixando o fato de a sanção ser ou não aplicada, o certo é que os arts. 5º, I, e 7º, XXX, da CRFB-88, são claros ao especificar que, primeiro, homens e mulheres são iguais perante a lei e, segundo, não será permitido se fazer discriminações profissionais no que tange ao gênero.

Mas até que ponto o tratamento desigual é justo e necessário, e não apenas um benefício em detrimento de uma situação? Até que ponto o art. 384 da CLT é necessário, e não somente um benefício?

Em verdade, quando o ordenamento moderno (CRFB-88) quis dar tratamento diferenciado à mulher, ele o fez com base em critérios objetivos, longe de concepções subjetivas, étnicas, culturais e morais (*sic*), de uma ordem constitucional ultrapassada. Ademais, é preciso lembrar que o protecionismo exacerbado ao trabalho da mulher é injustificável na sociedade atual, em que homens e mulheres têm redefinidos os seus papéis, sendo ambos responsáveis, tanto pelo sustento financeiro do lar, como pela gestão do ambiente familiar privado. Nesse sentido, Alice Monteiro de Barros:

[...] filio-me à corrente segundo a qual a legislação protecionista não se justifica no Brasil de hoje, tendo suas raízes, também, em noções tradicionais acerca do papel da mulher na sociedade. Os motivos que a inspiraram são muito conservadores e evidentemente que poderão ser causa de discriminação no mercado de trabalho. À medida em que se acatam estas leis, ditas benignas, nem sempre na prática, revertem-se em benefício da mulher. Ao contrário, poderão agravar a concentração de mulheres em guetos profissionais, de baixa remuneração, expondo o contingente de trabalhadoras a condições de subemprego e inferioridade (BARROS, 1992-1993, p. 152).

O que se discute em relação ao artigo 384 é a legalidade do dispositivo de proteção do trabalho da mulher à luz do Princípio Isonômico escrito no artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal, que expressamente estabelece que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição".

Muito se debate na doutrina e jurisprudência acerca da constitucionalidade do art. 384 da CLT, uma vez que a interpretação desse dispositivo encerraria o tratamento diferenciado em relação a ambos os sexos, o que, por óbvio, é expressamente vedado constitucionalmente.

Na doutrina de Sergio Pinto Martins, o ilustre jurista pondera que:

O preceito em comentário conflita com o inciso I do artigo 5º da Constituição, em que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Não há tal descanso para o homem. Quanto à mulher, tal preceito mostra-se discriminatório, pois o empregador pode preferir a contratação de homens, em vez de mulheres, para o caso de prorrogação do horário normal, pois não precisará conceder o intervalo de 15 minutos para prorrogar a jornada de trabalho da mulher (MARTINS, 2001, p. 69).

Nesse mesmo sentido posicionou-se Alice Monteiro de Barros:

Considerando que é um dever do estudioso do direito contribuir para o desenvolvimento de uma normativa que esteja em harmonia com a realidade social, propomos a revogação expressa do artigo 376 da CLT, por traduzir um obstáculo legal que impede o acesso igualitário da mulher no mercado de trabalho. Em consequência, deverá também ser revogado o artigo 384 da CLT, que prevê descanso especial para a mulher, na hipótese de prorrogação de jornada. Ambos os dispositivos conflitam com os artigos 5º, I, e artigo 7º, XXX, da Constituição Federal (BARROS, 1995, p. 479).

Na jurisprudência, o Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, em acórdão de lavra do eminentíssimo juiz Dirceu Pinto Júnior, posicionou-se no seguinte sentido:

quanto à não concessão do intervalo previsto no artigo 384 da CLT, entendo que, por não importar em acréscimo de jornada, configura mera infração administrativa. Além do mais, o dispositivo trata de proteção do trabalho da mulher, o qual se encontra revogado em face das disposições constitucionais que asseguram igualdade de direitos e deveres entre homem e mulher. A meu juízo, impossível a manutenção de qualquer norma de proteção, salvo aquelas que se referem a condições especiais da condição da mulher, como a maternidade e o deslocamento de peso. Ante o exposto, reforço o julgado para excluir a condenação ao pagamento de 15 minutos extraordinários e reflexos baseados no artigo 384 da CLT (BRASIL, 1999, p. 241).

Ainda sobre essa questão, mas com pensamento diverso, Celso Ribeiro Bastos ensina que:

homens e mulheres não são, em diversos sentidos, iguais, sem que com isso se queira afirmar a primazia de um sobre o outro. O que cumpre notar é que, por serem diferentes, em alguns momentos haverão forçosamente de possuir direitos adequados a estas desigualdades (BASTOS; MARTINS, 1998-1999, p. 18).

E prossegue:

Embora seja sabido que depende muito da cultura de cada país o reconhecer o que é próprio a cada um dos sexos, o fato é que o direito há de respeitar estas distinções que, embora de base eminentemente cultural, não deixam de ter como suporte uma diferenciação na própria caracterização de cada um dos sexos (BASTOS; MARTINS, 1998-1999, p. 21).

Sobre o tema, a opinião de Celso Antônio Bandeira de Mello:

por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu fórmula fácil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo igualdade, assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias, assim proveitosas que detrimentosas para os atingidos (MELLO, 1993, p. 18).

A jurisprudência das diversas Cortes Trabalhistas Obreiras também já se manifestou pela constitucionalidade do art. 384 da CLT, senão veja-se:

INTERVALO PRECEITUADO NO ARTIGO 384 DA CLT - CONSTITUCIONALIDADE E VIGÊNCIA - NÃO CONCESSÃO - O princípio da isonomia visa a impedir que diferenças arbitrárias encontrem amparo em nosso sistema jurídico, e não cumpre seu objetivo quando é interpretado em termos absolutos, servindo de fundamento para tratamento igual àqueles que são desiguais. Desta forma, considerando a inquestionável diferença física existente entre homem e mulher, o artigo 384 da CLT foi recepcionado pela atual ordem constitucional, não se havendo falar que sua aplicação viola o artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal. Assim, vigente o referido dispositivo, sua inobservância, deixando o empregador de conceder à mulher o intervalo de 15 (quinze) minutos entre a jornada normal e a extraordinária, im-

põe-se penalizá-lo com o pagamento do tempo correspondente, com acréscimo de 50%. Recurso conhecido a que se dá parcial provimento. (TRT 23^a R. - RO 00643.2002.021.23.00-9 - Cuiabá - Rel^a Juíza Maria Berenice - DJMT 25.02.2003 - p. 24)

BRASIL TELECOM S/A - INTERVALO DO ARTIGO 384 DA CLT - O artigo 384 da CLT, que prevê, para a mulher, o direito a intervalo de quinze minutos antes do início da jornada extraordinária, transmuda-se, constatada a sua inobservância, em direito ao pagamento do tempo correspondente como extra. Não se cogita de ofensa ao princípio da igualdade (art. 5º, I, da CF), decorrendo o tratamento diferenciado, no caso, da condição desigual da mulher, relativamente à sua higidez física. (TRT 9^a R. - RO 01356-2001 - (26479-2001) - 2^a T. - Rel. Juiz Luiz Eduardo Gunther - J. 10.07.2001) (Ementas no mesmo sentido) JCLT.457 JCLT.457.1 JCLT.384 JCLT.10 JCLT.448 JCF.37 JCF.5 JCF.5.I.

No mesmo sentido, já se posicionou a Superior Corte Obreira (TST), quando do julgamento do recurso de revista interposto nos autos do processo de nº 12600/2003-008-09-00.3, oriundo do TRT da 9^º Região (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, www.tst.gov.br).

Nesse julgamento, segundo o ministro Levenhagen, embora a Constituição afirme que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, "é forçoso reconhecer que elas se distinguem dos homens, sobretudo em relação às condições de trabalho, pela sua peculiar identidade biosocial". O relator acrescentou que foi em razão das condições que distinguem ambos os sexos que o legislador concedeu às mulheres, no artigo 384 da CLT, um intervalo de 15 minutos antes do início do período de extrajornada.

De acordo com o eminentíssimo ministro, o sentido protetivo da norma da CLT é claro e não afronta o dispositivo constitucional da isonomia entre homens e mulheres.

Levenhagen registrou ainda que para realmente se seguir o Princípio Constitucional da Isonomia seria preciso estender aos homens o mesmo direito reconhecido às mulheres, e não usá-lo com fundamento para extinguir ou negar o direito previsto no artigo 384 da CLT. Para o ministro, o Princípio da Isonomia se expressa também "no tratamento desigual dos desiguais na medida das respectivas desigualdades".

A Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, no julgamento do Recurso de Revista nº TST-RR-345600-96.2005.5.12.0046, declarou a constitucionalidade do artigo 384 da Consolidação das Leis do Trabalho, que prevê um intervalo de 15 minutos para as funcionárias mulheres entre a jornada normal de trabalho e a extraordinária, conhecido como intervalo intrajornada, por quanto

tal artigo teria sido recepcionado pela atual Carta Federal, sendo este o entendimento atual do Tribunal Superior do Trabalho quando do exame do Recurso de Revista nº 1.540/2005-046-12-00.5, ocorrido em 17 de novembro de 2008, conforme a ementa do incidente de constitucionalidade:

MULHER - INTERVALO DE 15 MINUTOS ANTES DE LABOR EM SOBREJORNADA - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 384 DA CLT EM FACE DO ART. 5º, I, DA CF. 1. O art. 384 da CLT impõe intervalo de 15 minutos antes de se começar a prestação de horas extras pela trabalhadora mulher. Pretende-se sua não-recepção pela Constituição Federal, dada a plena igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres decantada pela Carta Política de 1988 (art. 5º, I), como conquista feminina no campo jurídico. 2. A igualdade jurídica e intelectual entre homens e mulheres não afasta a natural diferenciação fisiológica e psicológica dos sexos, não escapando ao senso comum a patente diferença de compleição física entre homens e mulheres. Analisando o art. 384 da CLT em seu contexto, verifica-se que se trata de norma legal inserida no capítulo que cuida da proteção do trabalho da mulher e que, versando sobre intervalo intrajornada, possui natureza de norma afeta à medicina e segurança do trabalho, infensa à negociação coletiva, dada a sua indisponibilidade (cfr. Orientação Jurisprudencial 342 da SBDI-1 do TST). 3. O maior desgaste natural da mulher trabalhadora não foi desconsiderado pelo Constituinte de 1988, que garantiu diferentes condições para a obtenção da aposentadoria, com menos idade e tempo de contribuição previdenciária para as mulheres (CF, art. 201, § 7º, I e II). A própria diferenciação temporal da licença-maternidade e paternidade (CF, art. 7º, XVIII e XIX; ADCT, art. 10, § 1º) deixa claro que o desgaste físico efetivo é da maternidade. A praxe generalizada, ademais, é a de se postergar o gozo da licença-maternidade para depois do parto, o que leva a mulher, nos meses finais da gestação, a um desgaste físico cada vez maior, o que justifica o tratamento diferenciado em termos de jornada de trabalho e período de descanso. 4. Não é demais lembrar que as mulheres que trabalham fora do lar estão sujeitas a dupla jornada de trabalho, pois ainda realizam as atividades domésticas quando retornam à casa. Por mais que se dividam as tarefas domésticas entre o casal, o peso maior da administração da casa e da educação dos filhos acaba recaindo sobre a mulher. 5. Nesse diapasão, levando-se em consideração a máxima albergada pelo princípio da isonomia, de tratar desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades, ao ônus da dupla missão, familiar e profissional, que desempenha a mulher trabalhadora corresponde o bônus da jubilação antecipada e da concessão de vanta-

gens específicas, em função de suas circunstâncias próprias, como é o caso do intervalo de 15 minutos antes de iniciar uma jornada extraordinária, sendo de se rejeitar a pretensa constitucionalidade do art. 384 da CLT. Incidente de constitucionalidade em recurso de revista rejeitado. (Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, TST-IIN-RR-1.540/2005-046,2-00.5, DJ de 13/2/2009).

Trazendo o debate para o mundo dos fatos, e da realidade vivenciada no dia a dia dos trabalhadores, e aproveitando que a questão ainda pende de decisão pelo STF, não seria o caso de pensarmos que o intervalo do art. 384 da CLT poderia ser devido em qualquer caso de prorrogação do serviço de qualquer trabalhador, seja ele homem ou mulher?

De fato, e isso ninguém discute, homens e mulheres são diferentes. Seja física, seja psicologicamente. O fato é que devemos aplicar, de forma efetivamente objetiva, o princípio que diz que devemos tratar os iguais de formas iguais na medida em que se desigualam.

O final desse princípio, na medida em que se desigualam, é muito expressivo, e passo aqui a analisá-lo.

Quando a CLT, com o objetivo de preservar a saúde, a segurança e a higidez física dos trabalhadores, editou a jornada de trabalho, limitando-a em oito horas diárias ou 44 horas semanais, quis fazer entender que ultrapassado esse tempo, seja para o homem seja para a mulher, o trabalho se torna desgastante, afetando, portanto, a saúde do trabalhador.

Não é por acaso que existe horário de intervalo intrajornada, e que este necessariamente deve ser cumprido, para que o ser humano tenha condições físicas e psíquicas de continuar seu serviço.

A pergunta é: se existe limite de jornada para ambos os sexos, com intervalo intrajornada igual para ambos os gêneros, por que somente a mulher terá direito a 15 minutos de descanso caso necessite fazer hora extra? Não estaria esse artigo indo de encontro com a jornada de trabalho em relação ao homem?

Qual a razão para a jornada de trabalho da mulher ser considerada mais sofrida e necessitar de mais descanso do que a do homem? O sexo?

A força de trabalho de homens e mulheres é a mesma. Se assim não fosse, não teríamos mulheres nos mais altos escalões de comando de nossa pátria. A circunstância em questão não justifica tratamento diferenciado dos homens. Não é o caso, por exemplo, de situações previstas na própria Constituição Federal, como a gravidez, que, segundo o voto da juíza Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa, da 2^a Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 15^a Região, nos autos do processo 02529-2002-044-15-00-0:

[...] se justifica, porque há uma situação determinante para essa distinção, e não afronta o princípio da igualdade, que permite, justamente, tratar os desiguais com desigualdade, para que, assim, eles se equiparem.

A meu ver, gênero é um critério muito amplo, que não trata os diferentes de forma desigual. E se o método homem e mulher é por demais fraco, que não explica o porquê de haver uma exceção de horário de jornada em relação a horas extras, por que ainda está presente na CLT?

Volto a insistir, não estou defendendo que o artigo deve ser excluído da CLT, pelo contrário. Acredito que o descanso de 15 minutos deveria ser estendido em qualquer caso de prorrogação, já que a própria CLT já determinou qual o horário diário saudável que o ser humano pode fazer. Caso contrário, voltaríamos aos antepassados e lembraríamos do tempo da escravidão, em que nenhum direito trabalhista existia.

A jornada trabalhista foi um grande avanço e uma imensa conquista para os trabalhadores e seres humanos em geral. Através do direito conquistado, estamos respeitando os princípios da Constituição Federal que pregam, além de tudo, uma vida digna e saudável.

Desta forma, estender a jornada, mesmo que seja pelo tempo permitido legalmente, requer dedicação extra de ambos os sexos de trabalhadores. E, se vamos elastecer a jornada, nada mais justo do que conceder novo intervalo intrajornada.

Sendo assim, o art. 384 CLT seria a chance perfeita para a doutrina trabalhista continuar evoluindo e, em vez de considerá-lo inconstitucional, ou específico para a trabalhadora mulher, ampliar sua abrangência para também conceder o tempo de descanso para o trabalhador homem que deseje realizar horas extras.

Nessa esteira de ideias, a jurisprudência, sensível a tal posição, assim se manifestou:

TRABALHO DA MULHER. O artigo 384, da CLT, dispondo ser obrigatório um descanso de 15 minutos antes do período extraordinário do trabalho da mulher, foi recepcionado pela Nova Carta Constitucional, expandindo seus efeitos também sobre o trabalho do homem. É que o artigo em comento deve ser resolvido em favor do trabalhador, pois o objetivo da norma constitucional, longe de mitigar direitos, visa à ampliação dos mínimos existentes, sendo válida a ilação de que, ante o ditado do art. 5º, I, da Carta Política de 1988, homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações (TRT-PR-RO 2.659/01. Rel. Juiz Roberto Dala Barba. AC. 29.654/01. DJ/PR 19.10.01).

Conclusão

Portanto, à vista do que se expôs, em interpretação sistemática e analógica, tem-se que o preceito contido no art. 384 da CLT deve ser interpretado com o texto dos outros artigos da CLT no sentido de que o intervalo de 15 minutos para descanso entre a jornada normal e extraordinária seja devido em todos os casos de prorrogação de serviço de qualquer trabalhador, tanto para a proteção do trabalho da mulher como para a do homem, com vistas ao bem-estar físico e psíquico do empregado.

Concluindo, essa seria a melhor solução, já que direitos conquistados não devem ser mitigados; pelo contrário, devem estar ao alcance de todos. No entanto, reforço que o tema ainda está pendente de debate no STF, cujo julgamento sobre a constitucionalidade ou não do art. 384 da CLT aguardamos.

Referências

- BARROS, Alice Monteiro de. **A Mulher e o Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1995.
- BARROS, Alice Monteiro de. Protecionismo Legal e os Efeitos no Mercado de Trabalho da Mulher. **Revista do TRT da 3ª Região**, Belo Horizonte, 23 (52), julho 92/junho 93.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1988-1989.
- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Proc. TRT-PR-RO 15.798/98, Acórdão 4ª T. 16.250/99, julgado em 26 de maio de 1999. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 24, n. 1, janeiro a junho de 1999.
- MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

Habitação de Interesse Social e Regularização Fundiária: possibilidades e convergências dentro do atual marco institucional brasileiro

Bruna de Oliveira Maciel¹

*Advogada da Caixa em Pernambuco
Mestre em Direitos Humanos pelo Centro
de Ciências Jurídicas da UFPE*

RESUMO

O presente artigo busca apontar eventuais pontos de convergência entre o arcabouço institucional das políticas habitacionais atualmente promovidas pelo Governo Federal no fomento da habitação de interesse social e as diretrizes constitucionais sobre regularização fundiária, já regularizadas por leis de abrangência nacional.

Palavras-chave: Regularização fundiária. Habitação de interesse social. Políticas habitacionais. Legislação.

ABSTRACT

This article seeks to identify possible points of convergence between the institutional framework of housing policies currently promoted by the Federal Government in the field of affordable housing, and the already existing constitutional guidelines on land regularization and its regulation by laws nationwide.

Keywords: Land regularization. Social Housing. Housing policies. Legislation.

Ao tratar da intervenção do Governo Federal no fomento da chamada habitação de interesse social, sob a perspectiva institucional e jurídica, estamos cientes de que o espaço das cidades, assim como as intervenções urbanísticas sobre o mesmo,

¹ Trabalho submetido para fins de avaliação na Disciplina de Teoria do Planejamento Urbano, do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Urbano da UFPE, ministrada pelos professores Suely Maria Ribeiro Leal e Flávio Antônio Miranda da Souza, no 1º semestre de 2012.

não é objeto de estudos neutros. Como bem enfatizado por Henri Lefebvre, sendo o espaço um produto social e, portanto, político, suas análises passam necessariamente por uma crítica política, cujo viés pode ser esquerdista ou direitista. Na análise do sociólogo:

A crítica de direita é, grosso modo, uma crítica da burocracia, das intervenções estatistas, na medida em que tais intervenções perturbam a iniciativa “privada”, ou seja, os capitais. Do mesmo modo, a crítica de esquerda é uma crítica da burocracia e da intervenção estatista, na medida em que esta intervenção não considera, ou considera mal, os usadores, a prática social, quer dizer a prática urbana (LEFEBVRE, 2008, p.64).

Posta essa premissa epistemológica, vale alertar que, no âmbito reduzido deste artigo, não se tem por objetivo a consolidação de um posicionamento crítico sobre as políticas habitacionais urbanas atualmente fomentadas pela União, sob a perspectiva de seus resultados como políticas públicas. Para tanto, far-se-ia necessária extensa pesquisa de dados e literatura, incabíveis neste meio. O que se pretende por ora é tão somente elaborar um retrato do arcabouço institucional atualmente vigente no âmbito federal, no sentido de aproximar da legalidade jurídica a realidade habitacional em nossas cidades, muitas vezes já legitimada por sua história de ocupação.

Na história legislativa de nosso país, desde muito cedo, o atributo da legalidade na ocupação da terra esteve vinculado a sua aquisição através da compra. Em 1850, através da Lei nº 601, que se tornou conhecida como Lei de Terras, o imperador D. Pedro II, em vias de proceder com a abolição da escravatura, proibiu a aquisição de terras por outro título que não o de compra. Ao mesmo tempo, legalizou as concessões já feitas pelo Governo Colonial, a exemplo das sesmarias. É bem verdade que, em teoria, essa mesma lei, em seu art. 5º, reconheceu a possibilidade de se legitimar “as posses mansas e pacíficas, adquiridas por ocupação primária, ou havidas do primeiro ocupante, que se acharem cultivadas, ou com princípio de cultura, e morada, habitual do respectivo posseiro, ou de quem o represente” (BRASIL, 1850). Para obter os títulos dos terrenos, os posseiros se achavam obrigados a registrá-los, mediante o pagamento de taxas, junto às repartições públicas, sem o que não poderiam hipotecá-los ou aliená-los de qualquer modo. O Estado, desde então, chancelou o valor mercantil da terra, ainda que numa sociedade essencialmente agrária.

Desde esse primeiro marco legal, a modernização e industrialização da sociedade brasileira alteraram sensivelmente a configuração

habitacional de nosso país. Segundo o Censo 2010, realizado pelo IBGE, 84% dos brasileiros viviam em áreas urbanas, sendo que a predominância da vida nas cidades já ocorre desde a década de 70.²

Essa alteração no perfil econômico e demográfico do país ocorreu sem que tenha havido mudanças significativas no padrão de legitimidade/legalidade nos regimes de posse e propriedade de terras. No âmbito urbano, as distorções se agravam em virtude da escassez de espaços integrantes da centralidade urbana.

Isso quer dizer que são limitados os espaços ao redor dos centros de (re)produção de riqueza das cidades, em geral, associados à oferta de serviços. Inclusive, a oferta de serviços públicos básicos para garantir a habitabilidade de qualquer residência, tais como saneamento básico, abastecimento de água e luz e acesso a transporte público, também costuma ser restrita aos espaços onde prevalecem as atividades que trazem ganhos econômicos à cidade. Diante desse quadro, a população economicamente apta a integrar o comércio imobiliário formal/legal prioriza propostas de verticalização de moradias para permanecer habitando em bairros “centrais”, enquanto a população que se encontra à margem da economia formal – e, portanto, sem possibilidade de consumir produtos imobiliários urbanos – passa a se concentrar, de forma precária e ilegal, nos espaços periféricos da cidade, ainda não reclamados pelos titulares legais do direito de propriedade, sejam eles particulares ou os próprios poderes públicos.

Esse quadro de contradições sociais trazidas com a urbanização não é exclusivo de nosso país, ou mesmo dos chamados países em desenvolvimento. Há quarenta anos, analisando o caso da França, onde se considerava existir uma das mais completas redes de assistência ao cidadão pelo Estado do Bem-Estar Social (*welfare state*), o sociólogo Henri Lefebvre, comentando sobre o distanciamento dos trabalhadores dos centros urbanos, concluía que o crescimento da economia nas cidades não veio acompanhado de um desenvolvimento social, mas de uma deterioração da vida urbana:

Estamos diante de uma verdadeira contradição. Eu a chamo de uma *contradição do espaço*. De um lado a classe dominante e o Estado reforçam a cidade como centro de poder e de decisão política, do outro, a dominação dessa classe e de seu Estado faz a cidade explodir. Foi pensando nos habitantes dos subúrbios, na segregação, no isolamento, que falei, num livro, do “direito à cidade”. Não se trata de um direito no sentido jurídico do termo, mas de um direito semelhante aos que se

² Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1766>. Acesso em: 27 jun. 2012.

encontram estipulados na célebre Declaração dos Direitos do Homem, constitutiva da democracia (LEFEBVRE, 2008, p.149, grifo do autor)

Nos moldes preconizados por Lefebvre, o direito à moradia adequada é reconhecido pelas organizações internacionais de direitos humanos, a exemplo da ONU, como precondição ao usufruto de vários outros direitos humanos, tais como trabalho, saúde, segurança social, voto, privacidade ou educação. Sua menção ocorre em inúmeros tratados e convenções desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Atualmente, o Programa das Nações Unidas para Habitação (UN-Habitat) distingue o direito de propriedade da terra do direito a uma moradia adequada. Em suas cartilhas, o UN-Habitat elenca alguns atributos fundamentais que devem estar presentes para que um abrigo possa ser considerado como moradia adequada: proteção legal contra ameaças de remoção; disponibilidade de serviços e infraestrutura; acessibilidade de custo; abrigo adequado; acessibilidade; localização adequada; e, por fim, adequação cultural.³ Ocorre que a adesão dos países aos tratados internacionais que protegem o direito à moradia, e sua incorporação à ordem institucional interna, está no âmbito de discricionariedade de cada Estado nacional.

Pois bem. No caso brasileiro, a Constituição de 1988, já promulgada sob a égide de uma sociedade urbana, conferiu ao Município autonomia como entidade político-administrativa, inovando na dinâmica de poderes da Federação Republicana. Por outro lado, seguindo sua vocação social, a Carta reconheceu a necessidade de elaboração de uma política urbana nacional e reforçou a submissão do direito de propriedade a sua função social. Já o direito à moradia ganhou expressa menção como direito social, através de emenda constitucional nº 26, no ano de 2000.

Apesar do respaldo dessa estrutura institucional, e dos crescentes reclamos sociais por uma atuação governamental específica sobre os problemas das cidades, que concentram grande parte das mazelas sociais do país, foi somente após mais de vinte anos da vigência da Constituição que uma lei federal veio estabelecer diretrizes gerais para execução da política urbana prevista nos artigos 182 e 183 da “Carta Cidadã”. Dispondo-se a nortear a ação dos Municípios, a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, denominada Estatuto da Cidade, sobre a qual passaremos a discorrer adiante, reconheceu expressamente as funções sociais da cidade e da propriedade urbana.

³ The Right to Adequate Housing – Fact Sheet nº 21. UN-Habitat. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS21_rev_1_Housing_en.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2012.

Posteriormente, no ano de 2003, foi criado o Ministério das Cidades no âmbito do Governo Federal, com a proposta de estruturar políticas públicas nas quais o uso e ocupação do solo urbano fossem tratados de forma conjunta com os problemas de habitação, saneamento e mobilidade de que padecem os moradores das cidades. A ideia seria coordenar a ação dos demais entes federativos (Estados e Municípios) no que diz respeito aos financiamentos da habitação e da infraestrutura urbana, atendo-se às prioridades definidas nos planos urbanísticos municipais, nos quais deveria ser viabilizada a participação democrática da população.

O discurso institucional do ministério, reproduzido em seu sítio eletrônico, é que, através da atuação desse órgão, o Governo Federal pretende respaldar o protagonismo dos Municípios no planejamento e gestão urbanos, limitando-se a União a definir as diretrizes gerais de uma Política Nacional de Desenvolvimento Urbano. Essa nova política passaria a subordinar a destinação dos financiamentos públicos de habitação e infraestrutura, deixados a cargo dos bancos públicos desde o regime militar – Banco Nacional de Habitação, sucedido pela Caixa Econômica Federal. Sob controle do Conselho Monetário Nacional, os bancos públicos geriram desde 1964 o Sistema Financeiro de Habitação (SFH), que, apesar de permitir a captação de expressivos recursos subsidiados junto ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e ao Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (SBPE), não teve êxito significativo em beneficiar a população abaixo da faixa de renda média ou dialogar com os responsáveis pela gestão urbana nos âmbitos local e nacional.⁴

No ano de 2004 foi aprovada, no âmbito do ministério e de seu órgão de consulta popular (Conselho das Cidades), a Política Nacional de Habitação (PNH) (BRASIL, 2010), que previa como um de seus instrumentos de implementação a criação de um Sistema Nacional de Habitação (SNH). Desde sua concepção, o SNH baseou-se na premissa de que o enfrentamento da questão da moradia nas cidades exigiria não apenas o envolvimento dos três níveis de governo, mas necessitaria definir as regras de gestão da articulação financeira entre agentes públicos e privados, tanto que foi formulado contendo dois subsistemas: o de Habitação de Interesse Social e o de Habitação de Mercado.

Essa lógica binária, distinguindo recursos onerosos e não onerosos, pretende aprimorar a divisão existente no SFH, que, originalmente, propunha-se a destinar os recursos do FGTS aos financiamentos de baixa renda e os do SBPE à população com parâmetros

⁴ Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br/index.php/o-ministerio>>. Acesso em: 28 jun. 2012.

de renda mais altos. Todavia, não há como negar que a ideia subjacente continua sendo reduzir a participação do poder público no atendimento à classe média, através da captação de recursos no mercado de capitais, para que seja possível concentrar os recursos não onerosos do governo no subsistema de Habitação de Interesse Social. A fonte de financiamento desse sistema, além dos recursos advindos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), do Fundo de Arrendamento Residencial (FAR), do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) e do Fundo de Desenvolvimento Social (FDS), seria o novo Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (FNHIS), que veio a ser efetivamente criado em 16 de junho de 2005, pela Lei nº 11.124.

De acordo com sua lei de criação, o FNHIS, destinado a implementar políticas habitacionais direcionadas à população de menor renda, além de poder incorporar outros fundos sociais que venham a ser extintos, também está apto a receber aportes diretos do Orçamento Geral da União (OGU), receitas decorrentes da alienação dos imóveis da União (se não destinadas ao Tesouro Nacional), contribuições e doações de pessoas físicas ou jurídicas, entidades e organismos de cooperação nacionais ou internacionais, e mesmo recursos provenientes de empréstimos externos e internos para programas de habitação. Interessante notar que, no mesmo ano de promulgação da lei de criação do FNHIS, o Brasil firmou empréstimo na ordem de 500 milhões de dólares junto ao Banco Mundial para investimentos em habitação popular.

Vale esclarecer que seus recursos estão prioritariamente destinados à aplicação por intermédio dos Estados, Distrito Federal e Municípios, os quais, apresentando seus próprios Planos Habitacionais de Interesse Social, deverão oferecer contrapartida – seja em recursos financeiros, bens imóveis urbanos ou serviços – ao promover programas habitacionais que contemplem, de maneira geral, aquisição, construção, conclusão, melhoria, reforma, locação social e arrendamento de unidades habitacionais em áreas urbanas e rurais. Todavia, também é reconhecido o papel de agente promotor a entidades privadas sem fins lucrativos, cujos objetivos sociais se identifiquem com os do Fundo. Por fim, vale ressaltar que a própria lei prevê que os recursos do FNHIS poderão ser usados para complementar a capacidade de pagamento do beneficiário para o acesso à moradia, não apenas na aquisição do imóvel, mas para qualquer outra forma de pagamento pelo direito de acesso à habitação, a exemplo de aluguéis e arrendamentos.

Voltando à Política Nacional de Habitação, aprovada em 2005, observamos que a mesma contempla especificamente a necessidade de complementaridade entre **ações corretivas** de regulariza-

ção fundiária, urbanização e inserção social dos assentamentos precários e **ações preventivas**, voltadas para a ampliação e universalização do acesso à terra urbanizada e a novas unidades habitacionais adequadas. Se por um lado há uma exortação à consolidação de uma política fundiária por meio dos instrumentos urbanísticos previstos no Estatuto da Cidade, bem como das Leis de Parcelamento do Solo e de demarcação de Zonas Especiais de Interesse Social, mediante financiamento público, por outro, fala-se em ampliação da produção habitacional para aumentar o estoque de novas moradias de custo compatível com a capacidade de pagamento da população de baixa renda, de forma compartilhada com o setor privado.

Apesar da distinção proposta pelo Ministério das Cidades entre o sistema de Habitação de Interesse Social e o de Habitação de Mercado, a depender da faixa de renda da população a ser contemplada, baseada também na origem dos recursos empregados – públicos ou privados –, a habitação de interesse social não deixou de se inserir no mercado. As estimativas sobre os números de déficit habitacional do país atraíram a atenção do mercado imobiliário, já que as necessidades de moradia, apontadas por diversos estudos, dificilmente seriam supridas apenas com medidas de regularização fundiária. O fato é que a opção de reconhecer/legalizar a ocupação histórica já consolidada dos espaços urbanos certamente exigiria um nível bastante superior de investimentos públicos, posto que o apoio à requalificação dos imóveis precários não poderia ser desvinculado do fornecimento de infraestrutura ao entorno, tampouco se realizaria sem a regularização jurídica da posse ou da propriedade, a exigir interlocução com as administrações municipais e judiciárias.

Diante desse contexto, o modelo de subsídio público à capacidade de pagamento da população de baixa renda para compra de novos imóveis foi o caminho efetivamente privilegiado pelo Governo Federal no enfrentamento da questão do déficit habitacional, através da criação do Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV) pela Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009. O Programa tem por finalidade, descrita em lei, criar mecanismos de incentivo à produção e à aquisição de novas unidades habitacionais, à requalificação de imóveis urbanos e à produção ou reforma de habitações rurais, para famílias com renda mensal de até R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) – respeitando-se um limite máximo para o valor venal do imóvel, que atualmente é de R\$ 170.000,00 (cento e setenta mil reais). Trata-se de um modelo que privilegia o fomento ao mercado imobiliário formal, de modo que o atendimento às necessidades de moradia adequada da população de baixa renda sirva também ao in-

cremento de um setor específico da economia nacional: a construção civil. O detalhe interessante é que a mesma lei que criou o PMCMV, em sua segunda parte, tratou também da regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas, parte esta que vem merecendo uma atenção bastante reduzida dos gestores públicos.

O Programa Minha Casa Minha Vida não excluiu qualquer das linhas de recurso já disponibilizadas pelo Governo para a construção de moradias para a baixa renda, quais sejam: FAT, FDS, FAR, FGTS, OGU e FNHIS. Na verdade, significou um incremento de recursos no FAR e no FDS, de modo que esses fundos possam arcar com subvenção econômica ao beneficiário final, no ato da contratação de financiamento habitacional feito com recursos do FGTS. A subvenção econômica ao beneficiário pode ser um desconto no financiamento, concedido para famílias com renda familiar mensal de até R\$ 3.100,00 (três mil e cem reais), e poderá ser cumulativa com subsídios concedidos pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios. Aqui não é necessário que o imóvel adquirido tenha sido construído mediante financiamento com recursos públicos, mas é preciso que tenha sido concluído após a vigência da lei, sem nunca ter sido habitado ou vendido. Aí está o grande incentivo à indústria da construção civil.

Já as famílias com renda mensal de até R\$ 1.600,00 (um mil e seiscentos reais) deverão ser beneficiadas por empreendimentos construídos ou requalificados com recursos do FAR e do FDS cujo valor da unidade não seja superior a R\$ 65.000,00, exigindo-se do adquirente participação financeira sob forma de prestações mensais bastante reduzidas. Além disso, o pagamento pode ser dispensado quando as operações forem vinculadas a intervenções de urbanização de assentamentos precários, saneamento integrado, manejo de águas pluviais e prevenção de deslizamento de encostas financiadas por meio de operações de crédito do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) ao setor público, em que seja necessário reassentamento, remanejamento ou substituição de unidades habitacionais.

Nessa modalidade, supõe-se a atuação dos programas habitacionais estaduais ou municipais, mediante o uso de recursos do FAR (BRASIL, 2011b). Inclusive existe prioridade de destinação de recursos para projetos nos quais Municípios e Estados doem terrenos ou apliquem medidas de desoneração tributária para as construções destinadas à habitação de interesse social, ou que sirvam para implementação pelos Municípios dos instrumentos do Estatuto da Cidade que se prestam à ocupação de áreas urbanas ociosas. Sempre que participarem do PMCMV, Estados, Distrito Federal e

Municípios ficarão responsáveis pela seleção de beneficiários (dentro dos parâmetros do programa, podendo conselhos locais de habitação acrescentar outros critérios) e pela execução de trabalho técnico social após a ocupação, abordando temas como organização comunitária, educação sanitária e ambiental e geração de trabalho e renda e assumindo o compromisso de promover a instalação de equipamentos e serviços relacionados à educação, à saúde, ao lazer e ao transporte público.

É certo que dentro do Sistema de Habitação de Interesse Social existe também um espaço institucional para a atuação da sociedade civil, dedicado à promoção da moradia popular, e não apenas dos governos. Já no ano de 1993, o Fundo de Desenvolvimento Social (FDS) foi criado pela Lei nº 8.677, para o financiamento de projetos nas áreas de habitação popular, bem como de saneamento, infraestrutura e equipamentos comunitários, desde que vinculados aos programas de habitação. Ocorre que a utilização de seus recursos não está destinada a entidades públicas de qualquer natureza. Seu fim específico é fomentar projetos de iniciativa de pessoas físicas e de empresas ou entidades do setor privado no setor da habitação popular.

Assim, dentro do Programa Minha Casa Minha Vida, os recursos do FDS, e também os do FNHIS, se prestam a financiar intervenções habitacionais coletivas por meio de cooperativas ou entidades civis associativas sem fins lucrativos. Essas entidades, quando devidamente habilitadas, passam a ter a atribuição de organizar e apoiar as famílias no desenvolvimento de cada uma das etapas dos projetos voltados para a solução dos seus problemas habitacionais. Diante de tal responsabilidade, o Ministério das Cidades estipulou uma série de requisitos para o cadastramento das entidades da sociedade civil aptas a desempenhar esse papel na execução do programa.

Para tanto, a Portaria nº 105 do Ministério das Cidades, de 2 de março 2012, exige que as entidades privadas sem fins lucrativos estejam legalmente constituídas por no mínimo três anos e que seus estatutos sociais contemplem a função de agente promotor de habitação de interesse social ou a atuação como prestador de serviços de assistência técnica/trabalho social. Existe também a fase da habilitação técnica, quando se faz necessário comprovar alguma experiência prévia na promoção da habitação de interesse social. A depender do acúmulo de experiências, é atribuída uma pontuação, que permite à entidade ampliar o número de unidades residenciais sob sua responsabilidade, de cinquenta até seiscentas, simultaneamente. Contam como pontuação as seguintes formas de atuação comprovadas:

- Experiência em processo de autogestão ou gestão habitacional/regularização fundiária de interesse social;
- Experiência de processo de articulação de empreendimentos habitacionais em parcerias públicas ou privadas;
- Experiência em desenvolvimento de projetos de habitação de interesse social;
- Capacitação de seus associados nas áreas da gestão participativa de empreendimentos habitacionais, programas e políticas públicas de habitação e regularização fundiária;
- Desenvolvimento de atividades de mobilização dos seus associados;
- Difusão de informações referentes à área de atuação e de direitos à moradia;
- Representação da entidade nos conselhos municipais/estaduais e/ou conferências e congressos municipais/estaduais de políticas públicas de desenvolvimento urbano (cidades, habitação, transporte, saneamento ou política urbana), na gestão atual ou em gestões passadas;
- Representação da entidade no Conselho Nacional das Cidades, na gestão atual ou em gestões passadas;
- Participação de membro(s) da entidade como delegado(s) em Conferências Estaduais ou Nacionais das Cidades.

Atualmente existem 544 entidades cadastradas no Ministério das Cidades habilitadas a receber e gerir recursos dos programas de Habitação de Interesse Social. Para evitar tráfico de influências na gestão dos recursos, os componentes da diretoria executiva da entidade, seus cônjuges/companheiros e parentes de primeiro grau não podem ser membros dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, das Instituições Financeiras Oficiais Federais, do Ministério Público, das esferas federal, estadual ou municipal ou do Tribunal de Contas da União, nem servidores públicos vinculados ao Conselho Gestor do FNHIS ou ao Conselho Curador do FDS ou Ministério das Cidades.⁵

Da leitura atenta dos requisitos elencados na portaria do Ministério das Cidades para a atuação de entidades da sociedade civil na promoção da habitação popular, pode-se verificar que a habilitação técnica exigida pressupõe uma atuação prévia e consolidada na articulação de demandas habitacionais. O reconhecimento de parcerias prévias com as esferas governamentais não significa que em nenhum momento os poderes públicos tenham atuado para convocar ou capacitar os particulares na gestão dos recursos públi-

⁵ Dados disponíveis em: <http://cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNH/ArquivosPDF/Entidades_Habilitadas_PHPE_MCMV_2009-2010.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2012.

cos reivindicados. Supõe que as entidades tenham caminhado com as próprias pernas para chegar ao nível de articulação que mereça a confiança do Estado.

De fato, as entidades que têm logrado êxito em acessar a burocracia estatal para obtenção de recursos públicos costumam ter um longo histórico de reivindicações políticas. Em geral, a construção de suas demandas passa não apenas pelo acesso a moradia, mas pela busca de reconhecimento da legitimidade da ocupação histórica de suas comunidades dos centros urbanos. Essa ocupação muitas vezes está consolidada em áreas centrais da cidade, que agora chamam atenção do mercado imobiliário, à medida que se tornam escassos terrenos nas áreas tradicionalmente valorizadas, mas cresce ainda a demanda disposta a pagar altos valores para se livrar dos entraves da mobilidade urbana. É nesse sentido que Lefebvre fala numa conexão entre espaço e tempo nas sociedades urbanas capitalistas:

A esse espaço, cujas “propriedades” situam-se na articulação da forma e do conteúdo, corresponde um tempo que tem as mesmas “propriedades”. O tempo, bem supremo, mercadoria suprema, se vende e se compra: tempo de trabalho, tempo de consumo, de lazer, de percurso etc. Ele se organiza em função do trabalho produtivo e da reprodução das relações de produção na cotidianidade. O tempo “perdido” não é para todo mundo, pois é preciso pagar caro por ele. O pretenso “tempo livre” é apenas o tempo separado e mantido como tal nos quadros gerais. Quanto ao tempo imposto, aquele dos transportes e das formalidades, já se sabe como ele se vincula de maneira deslocada ao tempo do trabalho (LEFEBVRE, 2008, p. 50).

Em nossa ótica, a efetivação dos instrumentos de regularização fundiária da terra urbana seria o primeiro passo para permitir que os cidadãos figurem como protagonistas nos embates pela ocupação dos espaços centrais da cidade, na medida em que lhes daria possibilidade de resistir às investidas do capital especulativo imobiliário e se utilizar do capital estratégico que possuem por ocupar historicamente esses espaços.

Partindo dessa premissa, é interessante analisar se programas governamentais com foco genérico em redução do déficit habitacional, como o Minha Casa Minha Vida, ao menos em teoria, podem propiciar também o atendimento às diretrizes constitucionais de função social do desenvolvimento urbano. Para tanto, devem incentivar que Estados e Municípios, através das medidas de regularização fundiária, progressivamente facultadas pelas leis federais, ampliem sua atuação nas ações de regularização da posse

para fins de moradia, de modo a atingirem a meta constitucional de redução do uso especulativo do solo.

A grande dificuldade jurídica enfrentada pelos Municípios anteriormente a essa lei federal é que, apesar de a Constituição Federal já haver estipulado que o Plano Diretor Municipal é o instrumento básico do ordenamento territorial urbano – devendo definir qual deve ser o uso e as características de ocupação de cada porção do território municipal para que todos os imóveis cumpram sua função social –, não existia uma autorização legislativa para que os Planos Diretores contrariasse as regras gerais sobre urbanização já estipuladas nas leis federais. É que em nosso sistema federativo a competência de legislar sobre Direito Urbanístico é corrente. Isso significa uma forma de cooperação entre os entes federativos – União, Estados e Municípios – na qual a política urbana deve ser desenvolvida pelos Municípios, respeitando as normas gerais para o desenvolvimento urbano editadas pela União, cabendo aos Estados apenas legislarem sobre a criação e regulamentação de regiões metropolitanas.

Antes da edição do Estatuto da Cidade, a única norma federal que regia o uso e a ocupação do solo urbano era a lei federal nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, que tratava, basicamente, de normas para a criação, registro e comercialização de lotes de terra, seja com modificação ou abertura de novas vias de circulação e de logradouros públicos (loteamento), seja pela simples divisão de terras que possibilitasse o aproveitamento do acesso já existente (desmembramento). Na época da edição dessa lei, os problemas decorrentes do exponencial crescimento das populações urbanas ainda não chamavam atenção das esferas governamentais ou mesmo da sociedade civil. Vale lembrar que nesse período é difícil até imaginar a possibilidade de interlocução da sociedade civil com os governos para formular demandas sociais, já que se vivia sob regime de ditadura militar, no qual todos os movimentos populares eram considerados subversivos e passíveis de repressão.

Dado esse contexto, a produção legislativa dificilmente contemplaria a realidade da população ou serviria de instrumento de transformação da ordem social. Assim, no texto da Lei de Parcelamento do Solo Urbano, está determinado que os lotes regulares terão que possuir área mínima de 125m² (cento e vinte e cinco metros quadrados) e frente mínima de 5 (cinco) metros, salvo quando o loteamento se destinar a urbanização específica ou edificação de conjuntos habitacionais de interesse social previamente aprovados pelos órgãos públicos competentes. É óbvio que a dinâmica espontânea de ocupação das cidades, decorrente dos processos migratórios e do próprio crescimento demográfico, não

foi acomodada pela atuação governamental em projetos de urbanização específica ou edificação de conjuntos habitacionais de interesse social, de modo que essa lei, ainda hoje vigente, passou a representar nada mais que palavras sem qualquer sentido concreto. Alguns estudiosos como Alfonsin (2007) estimam que uma média de 50% das famílias moradoras dos territórios urbanos brasileiros moram irregularmente, se incluídas aquelas habitações que não se enquadram em algum padrão urbanístico ou formalidade jurídica inerente à transferência de propriedade de imóveis.

Apenas em 1999, a Lei de Parcelamento do Solo Urbano veio a ser modificada para reconhecer uma prática legislativa municipal que se espalhou por várias cidades. Trata-se da edição de leis municipais declarando determinadas Zonas Habitacionais como sendo de Interesse Social, a fim de possibilitar sua regularização fundiária, ainda que fora dos padrões da legislação federal.

A edição dessas leis foi fruto de pressão de grupos de reivindicações locais pelo reconhecimento da legalidade de suas ocupações. Recife foi uma das cidades pioneiras desse tipo de legislação. Já no ano de 1980, 27 favelas foram reconhecidas como áreas especiais através de decreto municipal. Em 1983, a Lei de Uso e Ocupação do Solo dividiu a cidade em cinco tipos de Zonas: Residenciais, Industriais, Verdes, Múltiplas, Institucionais e Especiais – estas últimas subdivididas em Zonas Especiais de Preservação e Zonas Especiais de Interesse Social, as ZEIS. A partir de então, os movimentos populares, organizados sob a bandeira do Movimento Popular do Recife, e a Comissão de Justiça e Paz da Arquidiocese de Olinda e Recife apresentaram um projeto de lei intitulado “Plano de Regularização das Zonas Especiais de Interesse Social” (Prezeis), lutando anos para que o Executivo e o Legislativo encampassem as reivindicações populares ali contidas. No espírito de gestão democrática que precedia os anseios concretizados na Constituição de 1988, a Lei do Prezeis em Recife, de nº 14.947, foi aprovada em março de 1987, tendo sido revisada em 1995, consolidando a existência de 66 ZEIS na cidade do Recife (CENDHEC, 2005).

Quando a lei federal de Parcelamento do Solo Urbano veio a ser modificada, foi para incluir parâmetros mínimos de infraestrutura urbana que deveriam estar presentes para que pudesse haver esse tipo de declaração: vias de circulação; escoamento das águas pluviais; rede para o abastecimento de água potável; e soluções para o esgotamento sanitário e para a energia elétrica domiciliar. Também nessa oportunidade, destacou-se o papel do plano diretor, consignando-se que a legislação municipal definirá, para cada zona em que se divida o território do Município, os usos permitidos e os

índices urbanísticos de parcelamento e ocupação do solo, que incluirão, obrigatoriamente, as áreas mínimas e máximas de lotes e os coeficientes máximos de aproveitamento.

Ocorre que tais modificações ainda não seriam suficientes para alterar a própria dinâmica jurídica referente à legalidade da propriedade e da posse nos espaços urbanos de forma a concretizar as disposições constitucionais sobre a ocupação das cidades. Esse foi o papel do Estatuto da Cidade, veiculado pela Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, que trouxe uma série de inovações jurídicas para alterar as relações de legalidade na ocupação do solo urbano. Dentre as diretrizes da política urbana que vem detalhar, o Estatuto ressalta o objetivo de 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. Aqui, a instituição de zonas especiais de interesse social é apontada como um instrumento jurídico e político para o alcance desse objetivo.

Além das ZEIS, que autorizam a legalização da ocupação do solo urbano, mesmo que em desconformidade com as normas de parcelamento do solo urbano, vejamos o exemplo de alguns instrumentos jurídicos trazidos a nossa ordem institucional pelo Estatuto da Cidade, para permitir a legalização dos títulos de uso e ocupação do solo pelos seus moradores. A princípio, é interessante observar que as soluções encontradas pelo Estatuto da Cidade para tornar legais as ocupações informais foram distintas, a depender da natureza das áreas ocupadas: públicas ou particulares. Foi necessário introduzir inovações legislativas sem romper com os institutos já consagrados.

No direito brasileiro, tradicionalmente, uma das formas de se adquirir a propriedade dos bens imóveis, sem que se trate de um negócio envolvendo o proprietário anterior, é mediante a declaração de usucapião pelo Judiciário. Trata-se do reconhecimento de efeitos jurídicos decorrentes do exercício contínuo da posse sobre o imóvel, com o “espírito de dono” (o que é chamado no jargão jurídico de *animus dominii*).

Essa figura jurídica já existia no Código Civil de 1916, mas seus requisitos eram de difícil atendimento e comprovação perante o Poder Judiciário (dez anos de posse incontestável, com justo título e boa-fé/vinte anos se não comprovados os dois últimos requisitos), de modo que a declaração de usucapião pelo Judiciário manteve-se bastante restrita. A Constituição Federal de 1988 já havia modificado o instituto, assimilando os reclamos de inúmeros movimen-

tos pela reforma urbana, quando consagrou em seu art.183 que “Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural”, mas ressalvou expressamente que os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião, havendo no mesmo artigo uma menção à concessão de uso.

Por sua vez, o Estatuto da Cidade deu um passo a mais no caminho da regularização fundiária das cidades, ao criar a figura da usucapião especial coletiva de imóvel urbano, para contemplar os casos em que não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor. A medida veio ao encontro da inegável realidade da habitação coletiva precarizada nos grandes centros urbanos. Em 2010, o IBGE constatou que 6% da população do país ocupava ilegalmente propriedade alheia e residia coletivamente (mais de cinquenta unidades habitacionais) fora dos padrões de urbanização vigente. São os chamados “aglomerados subnormais”, que se compõem de barracos, casas ou outras moradias consideradas carentes, reunidos em favelas, invasões, grotas, baixadas, comunidades ou vilas. Vinte regiões metropolitanas concentravam 88,6% desses domicílios.⁶ Não há dúvida de que as populações que habitam favelas e invasões são aquelas que mais necessitam de intervenções do poder público, e até então não havia uma solução jurídica para legalizar esse tipo de ocupação.

De acordo com o que passou a estipular o Estatuto da Cidade, essas áreas poderão ser usucapidas coletivamente, mesmo que ultrapassem duzentos e cinquenta metros quadrados, sendo que cada família será titular de uma fração ideal do terreno, que não poderá, naturalmente, ultrapassar o limite de tamanho da usucapião individual. As famílias ocupantes terão os mesmos direitos de propriedade daquelas que vivem em condomínio, só sendo admitida separação das propriedades no caso de uma urbanização posterior, mediante deliberação de, no mínimo, dois terços dos condôminos. Outra inovação é que se deu legitimidade à associação de moradores para representar os ocupantes perante a justiça na ação de usucapião, desde que expressamente autorizada por eles. Por fim, vale lembrar que o art. 4º do Estatuto da Cidade prevê que, para implementar a política urbana, os poderes públicos devem promover assistência técnica e jurídica gratuita para comunidades e grupos sociais menos favorecidos e que o processo judi-

⁶ Dados disponíveis em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/aglomerados_subnormais/default_aglomerados_subnormais.shtml>. Acesso em: 28 jun. 2012.

cial siga um trâmite sumário, o que dificilmente se observa na prática, mesmo após onze anos de vigência da lei.

No caso dos imóveis públicos ocupados, não podendo haver declaração de usucapião por força da Constituição, o Estatuto da Cidade, na forma como foi originalmente votado, tratou da Concessão de Uso Especial para fins de Moradia, incidente sobre imóveis públicos, nas mesmas hipóteses em que incide a usucapião urbana. Embora os artigos que regulam ao instituto tenham sido vetados pela Presidência da República, a situação foi sanada com a edição da Medida Provisória 2.220, ainda no ano de 2001. O direito à concessão de uso especial para fins de moradia sobre imóveis públicos será reconhecido pela própria administração – e, quando negado, pelo Judiciário – mediante as mesmas situações de fato que autorizam a declaração da usucapião urbana, inclusive em sua forma coletiva. Embora não haja propriamente uma mudança na propriedade do bem, a concessão fica registrada na matrícula do imóvel e só pode ser revogada pelo poder público na hipótese de o imóvel deixar de ser usado como única moradia da família, diferentemente da figura da Concessão de Direito Real de Uso, já presente no direito administrativo brasileiro, cuja revogação estava sujeita à conveniência da administração.

Como dito anteriormente, a Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, que, em seu primeiro capítulo, instituiu o Programa Minha Casa Minha Vida, trata em seu capítulo terceiro da Regularização Fundiária de Assentamentos Urbanos. A própria lei começa por definir que

A regularização fundiária consiste no 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.

Apesar de manter a competência legislativa do Município para dispor sobre os procedimentos de regularização fundiária em seu território e também para aprovar os projetos urbanísticos apresentados, a lei inclui no rol dos legitimados aos atos necessários a sua promoção não apenas União e Estados. Ficam autorizados também seus beneficiários diretos a atuar de forma individual ou coletiva, através de 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.

O foco da lei é viabilizar a regularização fundiária de assentamentos irregulares ocupados predominantemente por população de baixa renda, caso em que a regularização é adjetivada como sendo “de interesse social”. Essa hipótese será possível não apenas para imóveis situados em ZEIS, mas também em áreas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios declaradas de interesse para implantação de projetos de regularização fundiária de interesse social; e naqueles casos em que a área esteja ocupada, de forma mansa e pacífica, há, pelo menos, 5 (cinco) anos.

A ideia é que o poder público qualifique e reconheça a natureza e o tempo das posses exercidas pela população de baixa renda, sobre imóveis públicos ou privados, definindo seus limites, área, localização e confrontantes, através de procedimento que a lei chamou de demarcação urbanística. Vale ressaltar que a demarcação urbanística só poderá se ultimar com registro em cartório, se não houver oposição dos proprietários dos terrenos alcançados, que serão notificados pessoalmente ou por edital. Essa averbação do auto de demarcação é o primeiro passo para posterior registro do parcelamento, decorrente do plano de urbanização aprovado para a área, o qual não está submetido aos requisitos da Lei de Parcelamento do Solo Urbano. Somente após esse registro o poder público concederá título de legitimação de posse aos ocupantes cadastrados.

Esse título de reconhecimento, com a identificação do ocupante e do tempo e natureza da posse, não tem o poder de alterar prontamente a propriedade do bem, já que o registro de parcelamento decorrente de regularização fundiária não implica por si só a mudança da propriedade dos terrenos demarcados. Porém introduz-se aqui a possibilidade de reconhecimento de usucapião sem recurso ao Judiciário. Fica expressamente estipulado que o detentor do título de legitimação de posse, após 5 (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, nos termos do art. 183 da Constituição Federal.

As inovações jurídicas trazidas pela Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, centradas em projetos de regularização fundiária de interesse social, se efetivamente aproveitadas pelos Municípios, lhes conferem novo protagonismo no enfrentamento dos problemas urbanos, se comparadas ao modelo das ZEIS, já que lhes conferem a possibilidade de tratar de maneira englobada as questões de urbanização, parcelamento do solo e posse de imóveis, de forma adaptada às ocupações urbanas já consolidadas.

Em que medida essas inovações legislativas, no tocante à regularização fundiária de habitações comunitárias irregulares/ile-

gais, estão sendo incorporadas às políticas públicas habitacionais promovidas pela União, a exemplo do Programa Minha Casa Minha Vida? Como dito anteriormente, o PMCMV possui uma modalidade denominada Entidades, através da qual seria possível que entidades da sociedade civil habilitadas junto ao Ministério das Cidades obtivessem recursos do FNHIS e do FDS não apenas para construção de novas unidades, mas também para requalificação das habitações histericamente ocupadas pelas comunidades que representam.

Apesar de não se exigir, nessa modalidade do programa, a participação dos Municípios, sua anuência aos processos de regularização da titularidade da terra e de ocupação do solo é condição indispensável para que os financiamentos concedidos sob forma coletiva possam ser obtidos. Isso porque dificilmente as entidades disporão de terrenos obtidos pelos processos formais de aquisição no mercado imobiliário, devidamente enquadrados na legislação de uso e ocupação do solo. A necessidade de chancela do Município fica clara na redação da Instrução Normativa nº 34, de 28 de setembro de 2011, do Ministério das Cidades, quando regula os casos de financiamento que não envolvem a aquisição de terrenos:

Construção em terreno próprio ou de terceiros –
Com duas hipóteses:

- a)** Construção em terreno próprio do beneficiário, com financiamento de material de construção, obras e serviços de edificação, que resultem em unidades habitacionais.
- b)** Financiamento de material de construção, obras e serviços de edificação da unidade habitacional em terreno de terceiros, em processo de desapropriação ou nas diversas modalidades de titulações previstas no Estatuto das Cidades, certificado por instrumento público ou sentença judicial, bem como construção em terreno de propriedade do poder público ou da Entidade Organizadora, dentre outras situações, com o compromisso futuro de fracionamento (BRASIL, 2011a, grifos nossos).

Bem se vê que a situação da coletividade da posse é inconveniente do ponto de vista do agente financeiro. A figura da entidade está presente apenas para viabilizar a gestão dos recursos destinados a uma coletividade, durante a intervenção para construção ou reforma. O objetivo final é que cada beneficiário assuma individualmente a responsabilidade por sua parte na dívida, através de um contrato de financiamento. Considerando que as principais formas de garantia de crédito atualmente existentes nos finan-

mentos habitacionais (hipoteca e alienação fiduciária) são aquelas que garantem ao credor a propriedade do bem no caso de inadimplência, a propriedade indivisa praticamente inviabiliza eventual retomada do bem e recolocação no mercado.

Considerando os riscos de conceder créditos para serem utilizados em propriedade de terceiros, passíveis de retomada através de medidas judiciais, a norma do Programa exige declaração do poder público ou do Judiciário quando os processos de regularização ainda estiverem em curso. Nos casos de imóveis de propriedade do poder público, a legalidade da posse pode ser declarada por inúmeros meios: Concessão de Direito Real de Uso; Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia; doação ou promessa de doação quando esteja imitido na posse por processo de desapropriação. Sendo os imóveis de propriedade particular, o poder público já tem a possibilidade legal de conceder títulos de legitimação de posse após processo de demarcação urbanística ao qual não tenha se oposto o proprietário. Com relação à usucapião urbana, exige-se auto de imissão de posse do Judiciário. Mas para todos os casos, não havendo conformidade com a Lei de Uso e Ocupação do Solo, o Município deve aprovar legislação municipal para declarar a área como ZEIS, ou aprovar projetos de regularização fundiária de interesse social, nos termos da Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009.

Na verdade, a maior dificuldade operacional observada na liberação de recursos do PMCMV, quando não se pretende a aquisição de novos imóveis regulares, é uma inadequação entre a finalidade dos financiamentos destinados à habitação de interesse social e os instrumentos de garantia de crédito imobiliário tradicionalmente utilizados pelo Sistema Financeiro de Habitação. Para suprir essa impossibilidade de utilização de garantias do crédito relacionadas à propriedade do imóvel, passou-se a admitir, em casos excepcionais, a figura da responsabilidade solidária. Nessa modalidade de garantia, os beneficiários devem se organizar em pares de dois devedores, passando um a se responsabilizar pela dívida do outro, caso aquele se torne inadimplente. Essa solução pretende reduzir o risco de crédito da instituição financeira, repassando-o à própria comunidade.

Outro aspecto que veio minimizar o risco das instituições financeiras com relação à eventual perda de renda dos beneficiários é que a mesma lei que criou o PMCMV criou vinculado ao mesmo um Fundo Garantidor, denominado FGHAB, lastreado com recursos da União, o qual garante aos agentes financeiros o pagamento de prestação mensal de qualquer financiamento habitacional concedido no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação em caso de

desemprego e redução temporária da capacidade de pagamento do mutuário, bem como assume o saldo devedor nos casos de morte ou invalidez permanente do titular, para famílias com renda mensal de até R\$ 4.650,00.

Conclusão

Apesar de inúmeras dificuldades de ordem burocrática no acesso aos recursos federais destinados à habitação de interesse social, quando se trata de regularização fundiária de habitações de baixa renda já consolidadas, demonstramos que existem atualmente, em nossa ordem jurídica, inúmeros instrumentos legais para viabilizar a legalização da posse histórica, de modo a possibilitar a captação de recursos públicos. Ocorre que, sendo os Municípios os responsáveis por regulamentar a ocupação do solo e criar instrumentos legais/administrativos que flexibilizem as imposições da legislação federal, a criação de uma linha de crédito destinada à sociedade civil organizada torna-se inócuia sem a atuação da gestão da administração municipal no reconhecimento à história de ocupação das cidades. Infelizmente essa é a realidade política vivenciada na maioria das cidades, que crescem e se modificam de acordo com os interesses da indústria da construção, que disputa com a população de baixa renda os benefícios destinados pela União à habitação de interesse social.

Referências

- ALFONSIN, Betânia. O Significado do Estatuto da Cidade para os processos de regularização fundiária no Brasil. In: ROLNIK, Raquel et al. **Regularização fundiária sustentável – conceitos e diretrizes**. Brasília: Ministério das Cidades, 2007. p. 69-98.
- BRASIL. **Lei nº 601**, de 18 de setembro de 1850. Dispõe sobre as terras devolutas do Império. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0601-1850.htm>. Acesso em: 27 jun. 2012.
- _____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0601-1850.htm>. Acesso em: 27 jun. 2012.
- 03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 27 jun. 2012.
- BRASIL. MINISTÉRIO DAS CIDADES. **Política Nacional de Habitação**. Cadernos MCidades. Brasília: Ministério das Cidades, 2010. Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNH/ArquivosPDF/4PoliticaNacionalHabitação.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2012.
- _____. **Instrução Normativa nº 34**, de 28 de setembro de 2011a. Regulamenta a Resolução nº 182, de 18/08/2011, do Conselho Curador do Fundo de Desenvolvimento Social – CCFDS, que cria o Programa Minha

Casa, Minha Vida - Entidades - MCMV-E, com a utilização dos recursos da União previstos no inciso II do art. 2º da Lei nº 11.977, de 07 de julho de 2009. Disponível em: <http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNH/ArquivosPDF/Portarias/Portaria_Habitacao_n_105_02.03.2012.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2012.

_____. **Portaria nº 465**, de 03 de outubro de 2011b. Dispõe sobre as diretrizes gerais para aquisição e alienação de imóveis por meio da transferência de recursos ao Fundo de Arrendamento Residencial -FAR, no âmbito do Programa Nacional de Habitação Urbana – PNHU, integrante do Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV. Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br/images/>>

[stories/ArquivosSNH/ArquivosPDF/Portarias/Portaria_465_FAR_CONSOLIDADA_2012_07_06.pdf](http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNH/ArquivosPDF/Portarias/Portaria_465_FAR_CONSOLIDADA_2012_07_06.pdf)>. Acesso em: 28 jun. 2012.

CENDHEC - Centro Dom Helder Câmara de Estudos e Ação Social. **PREZEIS EM REVISTA**. Coleção Cadernos CENDHEC – Vol. 18. Recife, 2005.

LEFEBVRE, Henri. **Espaço e Política**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

UN-HABITAT. **The Right to Adequate Housing** – Fact Sheet nº 21. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS21_rev_1_Housing_en.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2012.

Pedido administrativo e suspensão da prescrição na repetição de indébito

José Carlos Zanforlin
Advogado da EMGEA no Distrito Federal

RESUMO

O presente trabalho pretende investigar o efeito de pedido administrativo de devolução do valor de tributo pago a maior. A Primeira Seção do STJ tem reiteradamente entendido que o simples pedido administrativo de compensação tributária não é motivo apto para interromper o prazo prescricional. Este trabalho não considera letra morta o artigo 169 do Código Tributário Nacional e, por este estar em plena vigência, a "decisão administrativa que denegar a restituição" obviamente pressupõe pedido administrativo de restituição. Em sendo assim, o pedido administrativo suspende, sem dúvida, o curso da prescrição, que começará a correr da data da decisão administrativa denegatória da restituição do indébito.

Palavras-chave: Tributário. Pedido administrativo. Restituição. Suspensão do prazo prescricional.

ABSTRACT

This study investigates the effect of application of administrative refund of tax overpaid. The First Section of the Supreme Court of Justice has held that mere administrative request compensation tax is not apt reason to interrupt the limitation period. This work considers the full force of Article 169 of the Internal Revenue Code to conclude that "administrative decision denying restitution" requires administrative request for refund. That being so, the administrative order suspending undoubtedly the course of the prescription, which begin on the date of the decision of the administrative denial of refund overpayment.

Keywords: Tax. Administrative request. Refund. Equitable tolling.

I Objetivo

1. O pagamento indevido de tributo gera para o obrigado tributário, nos termos do art. 165 do CTN¹, direito à restituição to-

¹ "Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

tal ou parcial do valor pago a mais, consoante hipóteses descritas nos incisos I a III daquele dispositivo. Esse **direito de restituição é, na verdade, direito de pleitear a restituição**, e não, como se poderia apressadamente interpretar do art. 165, direito do obrigado à prestação de devolução do fisco sem correspondente requerimento dessa prestação.

2. Essa aparente obviedade se justifica e se explica pelo disposto no art. 168, instituidor do prazo prescricional de cinco anos para exercício do ato de requerer devolução do indébito; nos termos da lei, direito de pleitear restituição.² O termo inicial desse prazo se conta (i) da data da extinção do crédito tributário e (ii) da data de decisão administrativa definitiva ou da data de trânsito em julgado de decisão judicial desconstitutiva (em sentido amplo) de decisão condenatória do obrigado tributário. Em outras palavras, o direito de restituição somente corresponde à obrigação de restituir se o detentor do direito de restituição exercer esse direito.

3. O objetivo do trabalho é investigar o efeito de pedido administrativo de devolução do valor de tributo pago a maior, pois essa hipótese não se inclui nas situações descritas no art. 168. E, não se incluindo, logicamente não há que falar em suspensão do curso da prescrição baseada nesse dispositivo. Os reiterados pronunciamentos da Primeira Seção do STJ (o simples pedido administrativo de compensação tributária não é motivo apto para interromper o prazo prescricional) não parecem levar em consideração o disposto no art. 169 do CTN nem o art. 4º do Decreto 20.910/32, como se verá adiante. Este trabalho não considera letra morta³ aquele art. 169 (seu “falecimento” só aproveita ao fisco) e, por

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.”

² “Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I - nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário;

II - na hipótese do inciso III, do artigo 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória.”

³ “A jurisprudência, porém, tem considerado ser prescindível a formulação de pedido na via administrativa. E, como consequência disso, aplica-se o prazo de cinco anos previsto no art. 168 à propositura da ação de restituição do indébito, que então assume natureza de prazo prescricional. Ainda como decorrência da desnecessidade de requerimento administrativo, entende-se que ‘o prazo

este não haver sido revogado, a “decisão administrativa que denegar a restituição” obviamente pressupõe pedido administrativo de restituição. Em sendo assim, o pedido administrativo suspende, sem dúvida, o curso da prescrição, que começará a correr da data da decisão administrativa denegatória da restituição do indébito.

II Fundamento constitucional do pedido administrativo

4. O requerimento administrativo para devolução do que foi pago a maior ou indevidamente é claro exercício de petição para defesa de direito. Ao pedido corresponde ou pelo menos deve corresponder temporânea decisão administrativa, concessiva ou negativa da restituição. Essa correspondência transcende o direito tributário e insere-se nos direitos e garantias fundamentais, de acordo com o art. 5º, XXXIV, “a”, da Constituição⁴ ⁵. Entretanto, apesar desse relevo constitucional, é consabido o pouco caso da administração no fornecimento de resposta, qualquer resposta, que defira ou indefira pleito do administrado (principalmente quando o direito milita em prol do obrigado tributário). A falta de resposta afronta o dispositivo constitucional referido; sua demora descumpre o art. 5º, LXXVIII da Constituição (duração razoável do processo).⁶

5. Buscou-se corrigir essa prática pela fixação de prazo para que a administração fazendária proferisse decisão administrativa e, assim, não fizesse tábula rasa do direito assegurado ao cidadão naqueles dispositivos constitucionais. O art. 24 da Lei nº 11.457/07 fixou o prazo máximo de 360 dias para que fosse proferida decisão administrativa a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do obrigado ao pagamento de tributo. Desse

prescricional, para fins de restituição de indébito de tributo indevidamente recolhido, não se interrompe e/ou suspende em face de pedido formulado na esfera administrativa [...]’ (STJ, 1ª T, AgRg no Ag 629.184/MG, Rel. Min. José Delgado, j. em 3/5/2005, DJ de 13/6/2005, p. 173) [...]. A prescrição para se pleitear a restituição do indébito, em juízo, é contada nos termos do art. 168 do CTN, tendo o art. 169 sido transformado em letra morta” (SEGUNDO, 2006).

⁴ “XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”.

⁵ “O direito ao processo administrativo fiscal está assegurado pelo dispositivo que, expressamente, diz ser a todos assegurado, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos poderes públicos, em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder” (MACHADO, disponível em: <<http://www.hugomachado.adv.br/artigos/aqpat.html>>).

⁶ “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

dispositivo constavam dois parágrafos, que foram vetados por proposta dos ministérios da Fazenda e da Justiça. Abaixo, em nota de pé de página, se transcreve o teor desses parágrafos.⁷

6. Especialmente o § 2º vetado era o dispositivo que diferenciava, no caso, a norma jurídica (dotada de sanção) de norma moral – dar bom dia ou boa noite – sancionável esta unicamente por desprezo do grupo social. Esse § 2º instituía, como penalidade, a presunção de ser favorável ao obrigado tributário o resultado de diligências administrativas requisitadas (por ele ou pelo fisco) se não concluídas no prazo da lei.

7. A redação do § 2º não é muito clara e parece confundir suspensão com interrupção quanto aos efeitos desses fenômenos; é que se tratando de interrupção o prazo “recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper”, conforme consta do parágrafo único do art. 202 do Código Civil. Ora, recomeçar é correr de novo o prazo de 360 dias, e não se paralisar por 120 dias, como no texto do § 2º. Paralisação é não curso do prazo, o que significa suspensão de prazo.

8. Isso não obstante, constata-se que as razões do voto são de pouca sustentação e visam unicamente a retirar natureza de norma jurídica do conteúdo daquele § 2º (ou seja, o voto desnatura a norma jurídica e desrespeita a Constituição):

Por seu lado, deve-se lembrar que, no julgamento de processo administrativo, a diligência pode ser solicitada tanto pelo contribuinte como pelo julgador para firmar sua convicção. Assim, a determinação de que os resultados de diligência serão presumidos favoráveis ao contribuinte em não sendo essa realizada no prazo de cento e vinte dias é passível de induzir comportamento não desejável por parte do contribuinte, o que poderá fazer com que o órgão julgador deixe de deferir ou até de solicitar diligência, em razão das consequências de sua não realização. Ao final, o prejudicado poderá ser o próprio contribuinte, pois o julga-

⁷ Lei nº 11.457/07, art. 24: “É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte”.

“§ 1º O prazo do caput deste artigo poderá ser prorrogado uma única vez, desde que motivadamente, pelo prazo máximo de 180 (cento oitenta) dias, por despacho fundamentado no qual seja, pormenorizadamente, analisada a situação específica do contribuinte e, motivadamente,

§ 2º Haverá interrupção do prazo, pelo período máximo de 120 (cento e vinte) dias, quando necessária à produção de diligências administrativas, que deverá ser realizada no máximo em igual prazo, sob pena de seus resultados serem presumidos favoráveis ao contribuinte.”

mento poderá ser levado a efeito sem os esclarecimentos necessários à adequada apreciação da matéria (trecho das razões do veto).

Em grave presunção negativa, o voto admite alguma vileza de caráter no “contribuinte” (“comportamento não desejável” é expressão eufemística para vileza) que venha a requerer diligências que não se completem no prazo para se aproveitar da presunção de lhe serem favoráveis os resultados! Ou seja, esse “contribuinte”, na concepção do voto, além de “comportamento não desejável”, também possui capacidade premonitória: requer a diligência porque já sabe que ela não se completará no prazo e, por presunção legal, o resultado lhe será favorável! Mesmo que a diligência fosse requerida pelo fisco, para infirmar afirmação do obrigado, ainda assim, a presunção seria em favor deste, pois provaria o contrário do que buscava o fisco (a isso também teria de prever o obrigado “em comportamento não desejável”). E apresenta falha argumentativa relativamente ao período de tempo, pois a diligência pode ter sido solicitada no curso do prazo inicial de 360 dias, e, por isso, pode completar-se em prazo maior do que 120 dias; a prorrogação por mais 120 dias (interrupção por 120 dias, no texto da lei) não se dá somente APÓS requerimento da diligência, mas por causa do requerimento e pela proximidade do esgotamento do prazo de 360 dias. Assim, a diligência pode cumprir-se em prazo bem maior do que 120 dias, o que pode possibilitar sua conclusão no prazo da lei. Assim, só por essa razão, o voto não subsiste e seu objetivo velado é deixar livre o fisco para atuar sem limite de prazo, pois lei sem sanção da conduta oposta à prescrita não é norma jurídica.

9. Constatase, desse modo, a renitência do fisco em enquadrar-se, de modo isonômico, ao sistema de direito positivo (como se não bastasse outros dispositivos ab-rogatórios da isonomia: verba honorária insignificante quando vencida a fazenda; verba honorária fixada no percentual máximo, se vencido o executado; prazos especiais para a fazenda em juízo; formação de título executivo mediante emissão de uma única vontade, por exemplo). Tão graves quanto a ausência de resposta são as consequências que se querem havidas e ocorridas, pela tão só demora na resposta, na esfera de direitos do obrigado tributário.

III Relevância dogmática do pedido administrativo

10. Constatase a relevância dogmática do pedido administrativo pela circunstância de que sua ocorrência produz efeitos e/ou constitui-se em marco temporal de alguma consequência jurídica,

por decorrência de previsão legal. Assim, no plano do CTN, o pedido administrativo para exercício de algum direito (reclamações, recursos, petições, defesas) tem a propriedade de suspender a exigibilidade do crédito tributário (art. 151, III); está igualmente pressuposto no prazo de 2 anos de prescrição da ação para anular decisão administrativa indeferitória de pedido de restituição (art. 169).

11. A bem de melhor demonstrar tal relevância, é necessário destacar-se a diferença de conteúdo entre o art. 168 e seus dois incisos e o art. 169, ambos do CTN, para efeito do cômputo do prazo prescricional do direito de pleitear a restituição/compensação. Os dois incisos do art. 168, referíveis aos três incisos do art. 165, não pressupõem que tenha havido prévio pedido de restituição. Logo, a ocorrência da prescrição ou sua suspensão dele independem. Já no art. 169, menção à decisão administrativa denegatória de restituição, sem dúvida pressupõe pedido anterior. Logo, não é absurdo raciocinar que (i) feito o pedido de restituição, (ii) prolatada a decisão denegatória, (iii) o período de tempo entre esses dois eventos está resguardado do curso da prescrição.

12. Reafirme-se que nesse interregno está pressuposta a suspensão do prazo para pleitear judicialmente a restituição por causa do pedido administrativo dessa mesma restituição. Essa pressuposição não decorre de analogia nem de interpretação extensiva de algum outro dispositivo do CTN estabelecedor de suspensão do direito de haver restituição de tributo por decorrência de pedido administrativo, mas de raciocínio dedutivo. Como tal, a suspensão do curso da prescrição já está contida no texto do art. 169, de onde ela foi deduzida.

13. Em paralelo, veja-se, por exemplo, o caso de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, prevista no art. 151, III, do CTN, por causa de, sinteticamente, pedido/requerimento administrativo. Observe-se que emprego da analogia entre a suspensão da prescrição pró-fisco pelo pedido administrativo – prevista nesse art. 151, III – e a pró-cidadão, no caso de pedido de restituição (art. 169), não abominaria o senso de justiça do *"debemus suum cuique tribuere"*, embora entendimento tradicional não admita, nesse caso, tratamento isonômico para preservação do direito do cidadão. Diz-se suspensão pró-fisco no caso do art. 151, III, porque, mais que garantir que o obrigado não seja executado pelo fisco, o dispositivo impede o curso da prescrição para constituição do crédito tributário. Todavia, como se viu, a suspensão do curso da prescrição, no plano do art. 169, pelo pedido de restituição, não decorre de analogia, mas de dedução da circunstância que dá início ao cômputo da prescrição da ação anulatória de decisão que nega a restituição

e, por consequência, a obtenção desta, que é a própria decisão denegatória. Assim, no tempo entre o pedido e a decisão não corre a prescrição – ela está suspensa.

14. O entendimento, ao que parece sem discordância, da Primeira Seção do STJ quanto ao início do prazo de prescrição da repetição de indébito de tributo sujeito a lançamento por homologação aplica o prescrito no art. 168, I do CTN. Segundo esse entendimento, a extinção do crédito tributário nesses casos se dá por aplicação do art. 156, VII do CTN (homologação ficta por decurso do prazo de revisão pelo fisco), combinado com o art. 150, §§ 1º e 4º, do CTN, e não na data do recolhimento a maior ou do pagamento indevido.⁸

15. Outra coisa, porém, é se houver pedido administrativo de repetição, feito no prazo de 5 anos em que se dá a homologação expressa ou ficta. Ou seja, hipótese não incluída no art. 168, I, pois aí não se cogita de haver sido feito pedido administrativo. Na visão deste trabalho, o caso passa a reger-se pelo art. 169. É que esse dispositivo prevê como termo inicial do cômputo do prazo prescricional justamente evento consequente do pedido administrativo de repetição: a denegação desse pedido. E, como dito anteriormente, o período de tempo entre o pedido e a denegação suspende o curso da prescrição.

16. Ainda no plano da dogmática atributiva de efeito de suspensão do prazo prescricional ao pedido administrativo, veja-se o art. 4º do Decreto nº 20.910/32:

Art. 4º Não corre a prescrição durante a demora que, no estudo, ao reconhecimento ou no pagamento da dívida, considerada líquida, tiverem as repartições ou funcionários encarregados de estudar e apurá-la.

Parágrafo único. A suspensão da prescrição, neste caso, verificar-se-á pela entrada do requerimento do titular do direito ou do credor nos livros ou protocolos das repartições públicas, com designação do dia, mês e ano.

⁸ REsp nº 675.767/AL, 1ª Turma, Min. Teori Zavaski: “2. Sobre o tema relacionado com a prescrição da ação de repetição de indébito tributário, a jurisprudência do STJ (1ª Seção) é no sentido de que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo de cinco anos, previsto no art. 168 do CTN, tem início, não na data do recolhimento do tributo indevido, e sim na data da homologação – expressa ou tácita - do lançamento. Segundo entende o Tribunal, para que o crédito se considere extinto, não basta o pagamento: é indispensável a homologação do lançamento, hipótese de extinção albergada pelo art. 156, VII, do CTN. Assim, somente a partir dessa homologação é que teria início o prazo previsto no art. 168, I.”

17. Observe-se que o Decreto 20.910/32 regula, precisamente, "as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal", conforme art. 1º desse Decreto. Cuidando da prescrição contra a Fazenda, e ainda que lhe estabeleça, pela fixação de prazo tão curto, inegável privilégio⁹, não descurou o legislador de 1932 – em plena ditadura Vargas – de preservar direitos do cidadão demandante contra esse mesmo Estado. Assim, prescreveu que o prazo prescricional não corria na hipótese referida naquele art. 4º transrito.

18. Tem-se, desses preceitos legais, inegável suporte jurídico para afirmar-se que o pedido administrativo de repetição de indébito suspende o prazo de prescrição do direito de ação. No art. 169 do CTN, tal conclusão se obtém por raciocínio dedutivo de seu texto, sem maior dificuldade; no art. 4º do Decreto 20.919/32, a conclusão de tratar-se de preceito dogmático fornece-a o vernáculo. A suspensão do curso da prescrição expressamente preceituada no art. 4º desse Dec. 20.910/32 prossegue intocada e plena de efeito pelo art. 169 do CTN. A única regra acrescida por este último dispositivo é a fixação de prazo para efetivação da prescrição e de seu termo inicial, APÓS ocorrência de ato jurídico que faz reiniciar o curso da prescrição: a decisão denegatória do pedido de repetição.

19. A conclusão aqui exposta não é peregrina. O Parecer AGU N° GQ – 97, proferido no processo nº 35.000.004161/95-82, aprovado em 16/01/1996, já acatava tese do Banco do Brasil contra o INSS de suspensão do curso da prescrição com base no art. 4º do Dec. 20.910/32 (itens 32, 33 e 34 do Parecer).¹⁰

⁹ “30. Da análise desses diplomas legais, percebe-se, sem qualquer dificuldade, que, na realidade, instituíram eles um privilégio em favor dos entes a que se referem. Digo privilégio porque, na opinião dos doutrinadores mais abalizados, acompanhada pelo INSS no item 18 de sua Contestação, a prescrição encontra fundamento na necessidade da certeza e estabilidade das relações jurídicas. Ora, a certeza e a estabilidade das relações jurídicas dizem respeito a todos os que se submetem à ordem jurídica, não havendo qualquer motivo para que, sob esse aspecto, se dê tratamento diverso a determinadas pessoas. Assim, parece-me claro que se trata de um privilégio, constituído em favor das pessoas mencionadas nos referidos diplomas legais.” Trecho do Parecer AGU N° GQ – 97, proferido no processo nº 35.000.004161/95-82, aprovado em 16/01/1996.

¹⁰ “32. Mas, justamente por haver constituído um privilégio em favor de determinadas pessoas, o Decreto nº 20.910, de 1932, estabeleceu, no art. 4º [...]. 33. Esse dispositivo, no meu entender, constitui caso especial de impedimento de fluência da prescrição, durante o período em que se discute a questão no campo administrativo. Ainda recentemente, o Superior Tribunal de Justiça teve oportunidade de examinar essa questão. Trata-se do Recurso Especial nº 13.794-0-GOIÁS, julgado,

20. Além de não ser peregrina, a conclusão aqui exposta tem base em jurisprudência do STJ: o Parecer em questão menciona em seu prol o REsp. nº 13.794-0/GO, relator Ministro Hélio Mosimann, julgado em 05/08/92, que examina demanda de particular contra o Estado de Goiás. Nesse recurso especial é vencida por unanimidade tese do recorrente (o Estado de Goiás) de ocorrência de prescrição do direito do recorrido, com base, justamente, no art. 4º do Dec. 20.910/32. O argumento exposto no voto faz suporte em parecer da Subprocuradoria-Geral da República, posto nos autos, cujo trecho final se transcreve aqui:

É tranquilo o entendimento, aliás apoiado em disposição legal expressa (art. 4º do Decreto nº 20.910/32), de que não corre a prescrição durante a demora no estudo e decisão de requerimento apresentado na esfera administrativa, de modo que, caracterizada tal hipótese (suspensão do prazo prescricional), o acórdão deu correta interpretação e aplicação às normas legais já mencionadas.

IV O entendimento contrário do STJ

21. Troianelli e Casanova (2010) examinam situação de obrigados tributários que requereram compensação de tributos devidos com valores indevidamente pagos, mas não lograram decisão administrativa favorável. Pior que isso, casos há em que o despacho nem sempre é peremptoriamente negativo, porém, sem rejeitar a existência do crédito, perquire a certeza ou liquidez do crédito apontado à compensação, o que faz perdurar tramitação administrativa do pleito.

22. Avulta efeito negativo dessa demora ante entendimento do STJ de que o pedido administrativo de compensação de créditos tributários não interrompe prazo prescricional para ajuizamento de

por unanimidade, em 5 de agosto de 1992. Embora tratando de matéria diversa da que ora se examina, em contenda entre particular e o Estado de Goiás, a decisão citada examinou, justamente, a aplicabilidade do transcrito art. 4º do Decreto nº 20.910, de 1932. 34. De fato, verifica-se do voto do eminentíssimo Relator, especialmente do transcrito trecho do parecer da Subprocuradoria-Geral da República, que se provara que a parte discutia, administrativamente, a questão, sem que essa pendência houvesse sido decidida, quando do ajuizamento da ação. No caso ora sob exame, alega o Banco do Brasil que, desde o início do problema, vem tentando solucionar a questão, na área administrativa, alegação essa que em nenhum momento foi contestada pelo INSS. Desse modo, é de entender-se que a alegação do Banco do Brasil é verdadeira, e, segundo me parece, é de admitir-se que as tratativas, no âmbito administrativo, impediram que corresse a prescrição, pela aplicação do mencionado art. 4º do Decreto nº 20.910, de 1932.”

repetição de indébito, visto não se prever a hipótese no art. 174, parágrafo único, I e IV, do CTN. Esse fundamento descobre-se no REsp nº 572.341-MG, julgado em 05/08/04, e no REsp nº 531.352-MG, julgado em 06/12/05, conforme é informado no trabalho referido. Os autores registram “fieira” de acórdãos afirmativos de que o pedido administrativo de compensação não suspende/interrompe o fluxo da prescrição da ação de repetição de indébito. Todos sem fundamento outro que menção a precedentes do STJ; os dois únicos encontrados que atendem o preceito do art. 93, IX, da Constituição (obrigação de fundamentação das decisões do Poder Judiciário) foram os acórdãos proferidos naqueles recursos especiais mencionados, e que parecem ser os prógonos desse entendimento.

23. Repita-se a fundamentação: o pedido administrativo não suspende o curso da prescrição da ação apropriada porque a previsão não consta do art. 174, parágrafo único, I e IV, do CTN. Em ambos os acórdãos, cujos trechos abaixo se transcrevem, o pedido administrativo é (des)qualificado como “mera formalização” no primeiro e “simples pedido” no segundo.

23.1 Nos exatos termos do voto proferido no REsp 572.341-MG:

Efetivamente, não foi consignado no decisório impugnado nenhuma evidência de que houve a citação pessoal do devedor, no caso, a Fazenda Pública, em data anterior à propositura da ação. Desse modo, para se constatar tal circunstância e, por conseguinte, entender que houve a interrupção do prazo prescricional e a consequente violação do art. 174, parágrafo único, I, do CTN, imperioso o reexame de elementos fáticos-probatórios [...]. Por sua vez, não constato a alegada ofensa ao art. 174, parágrafo único, IV, do CTN [...]. Ora, ao menos diante das informações constantes no voto condutor do decisório, não importou o pedido administrativo de compensação de créditos tributários manifestado pelo contribuinte no reconhecimento do débito pela devedora, no caso, a Fazenda Pública [...]. Concluo, assim, que a mera formalização de pedido de compensação de créditos tributários [...] não constitui circunstância suficiente para, nos termos do art. 174, parágrafo único, I e IV, do CTN, interromper o prazo prescricional para propositura de ação de repetição de indébito.

23.2 Por sua vez, em trecho do voto proferido no REsp nº 531.351-MG,vê-se: “É que o simples pedido administrativo de compensação tributária não é motivo suficiente para interromper o prazo prescricional, por não estar previsto nas hipóteses dos incisos do parágrafo único do art. 174 do CTN, os quais não admitem interpretação extensiva”.

24. O art. 174 invocado nesses acórdãos inscreve-se no Capítulo IV, Seção IV do CTN (Demais modalidades de extinção). Nesta, os artigos 170, 171 e 172 tratam, respectivamente, da compensação, da transação e da remissão. O art. 173 fixa o prazo de extinção do direito de a Fazenda constituir o crédito tributário e o art. 174, § único, descreve nos incisos I a IV os fatos interruptivos da prescrição do direito de constituição do crédito tributário pela Fazenda.

25. Assim, a afirmação do STJ, naqueles acórdãos, de que a hipótese de suspensão do prazo prescricional por efeito de pedido administrativo de restituição/compensação não se inclui nas disposições do art. 174, § único, I e IV, do CTN é verdadeira; porém, (i) não justifica a decisão de negar efeitos ao pedido administrativo, porque (ii) não tem pertinência com o dispositivo que pretende ou assume fundante da afirmação.

V A elaboração de leis. A Lei Complementar Nº 95/98

26. A descrição da inserção topológica do art. 174 do CTN, feita no item 24, objetiva não apenas localização temática de seu conteúdo, mas, e principalmente, destacá-lo de outros conjuntos temáticos regulados no CTN por causa de seus distintos conteúdos. Desse modo, o conjunto de fatos/atos jurídicos com propriedade (estabelecido no parágrafo único e incisos desse art. 174) de suspender curso da prescrição contém elementos relacionados unicamente com a ação para a cobrança do crédito tributário; e é titular desse direito de ação apenas a Fazenda. Logo, afrontaria classificação lógica a inserção de hipótese suspensiva de curso de prescrição referente a direito do obrigado tributário de haver restituição do indébito.

27. Certamente se da lei constasse dispositivo com esse teor, ele valeria e, sendo aplicado, seria eficaz; mas não estaria isenta de crítica sua inserção como mais um inciso do parágrafo único do art. 174 do CTN, em razão de sua impertinência lógica com o tópico do conjunto e por sua disparidade com os demais elementos desse conjunto.

28. Os argumentos acima decorrem de simples processo de classificação, cujo objetivo, sabido de todos, consiste em reunir coisas ou seres com características semelhantes e separar as que se distinguem. Da reunião dos semelhantes deduzem-se suas propriedades comuns. Ousa-se afirmar que sem classificação seria impossível o conhecimento humano no estádio em que se encontra atualmente.

29. Tendo isso em conta, foi promulgada a Lei Complementar nº 95, de 26/02/98, que dispõe sobre elaboração, redação, al-

teração e consolidação das leis, conforme previsto no art. 59, parágrafo único da Constituição (lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis). Se antes do advento dessa lei complementar os operários do direito, em sua atividade, exerciam a interpretação das normas jurídicas segundo noção pessoal que tivessem adquirido sobre classificação das matérias legais e das condutas por elas reguladas (conjuntos, elementos de um conjunto, intersecção de conjuntos, continência e exclusão), atualmente a tarefa é facilitada por didática disposição normativa.

30. O art. 11 dessa Lei dispõe, de fato, que as disposições normativas deverão ser redigidas com clareza, precisão e ordem lógica. Esse artigo divide-se em três incisos, dedicados a cada uma das recomendações postas no caput. Do inciso III, que trata da ordem lógica que devem observar as disposições legais, destacam-se as seguintes alíneas como regras de classificação:

- b) restringir o conteúdo de cada artigo da lei a um único assunto ou princípio;
- c) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no caput do artigo e as exceções à regra por este estabelecida;
- d) promover as discriminações e enumerações por meio dos incisos, alíneas e itens.

31. Relacionando agora as alíneas transcritas do art. 11 da LC 95/98 com o art. 174, parágrafo único e incisos do CTN, conclui-se: (i) o conteúdo do caput do artigo é restrito a um único assunto ou princípio (trata da prescrição da ação de cobrança do crédito tributário) – alínea “b”; (ii) o parágrafo expressa aspecto complementar da prescrição estabelecida no caput, pois informa que a prescrição fixada pode ser interrompida – alínea “c”; (iii) os incisos promovem a enumeração dos casos interruptivos da prescrição – alínea “d”. Logo, não se pode apresentar crítica à elaboração desse art. 174, seu parágrafo único e seus incisos, do CTN: há perfeito atendimento das recomendações postas no art. 11 da LC 95/98.

32. Boa técnica legislativa, entretanto, não haveria, conforme se disse no item 25, se constasse desse art. 714 e seu parágrafo único, digamos, um inciso V, dispositivo de que “o pedido administrativo de repetição de indébito ou de compensação suspende/interrompe a prescrição”. É que tal suposto inciso V não representaria enumeração dos casos referidos no parágrafo único do art. 174, e, pior, distingue-se inteiramente do tema tratado no caput. Portanto, a não existência desse suposto inciso V do parágrafo único do art. 174 é louvável técnica legislativa; e não é razão constitutiva de não reconhecimento judicial de suspensão da prescrição.

33. Ocorre que a boa técnica legislativa, nessa questão da suspensão da prescrição pelo pedido administrativo de repetição/compensação, já foi observada no CTN, bastando interpretação que não afaste a isonomia em prol de suposta superioridade jurídica do fisco.¹¹ Assim como o pedido referido implicitamente no art. 151, III, do CTN suspende a exigibilidade do crédito tributário; assim como a prescrição é igualmente interrompida nos casos descritos do parágrafo único do art. 174 do CTN, para que não prescreva a ação do fisco para cobrança de tributos; assim também o art. 169 estabelece a suspensão da prescrição da ação para anular decisão denegatória de pedido administrativo de restituição/compensação. Ora, quem pede a anulação da decisão administrativa, obviamente, requer do Judiciário outra decisão, em sentido contrário, concessiva da restituição/compensação. Essa conclusão decorre, como se viu, de raciocínio dedutivo do texto do art. 169 do CTN; além disso, é interpretação que dá concretude ao primado da isonomia, posta como valor maior pela Constituição logo em seu preâmbulo, “ao lado da justiça” (BORGES, 1999).

34. Esse não é o único argumento: o art. 4º do Dec. 20.910/32, de modo expresso e sem qualquer resquício de dúvida, afasta o curso da prescrição “durante a demora que, no estudo, ao reconhecimento ou no pagamento da dívida, considerada líquida, tiverem as repartições ou funcionários encarregados de estudar e apurá-la”. E que não venha o fisco, para negar aplicação a dispositivo tão claro e caro ao obrigado tributário, alegar que a dívida não seja “eventualmente” ilíquida! Os tribunais já desenvolveram conceitos bem didáticos sobre o que seja liquidez de uma obrigação, de um título, de modo que tais expedientes serão prontamente rechaçados pelo Judiciário, quem sabe com fixação de verba honorária proporcional ao desrespeito que esses argumentos representam.¹² À guisa de antecipada contra-argumentação, lembre-se que o texto é de 1932, época em que o Judiciário não contava com os meios tecnológicos para prestar aferição de montante matemático. Assim, fatores que poderiam

¹¹ Embora demonstração de viés autoritário, a superioridade decorrente de produção dogmática (como as exemplificadas no item 9 deste trabalho) é de obedecer-se enquanto vigente; o que não se pode é, a priori, admitir-se postura interpretativa que atribua ao Estado privilégio inexistente.

¹² “Finalmente, no tocante às obrigações pecuniárias, cumpre distinguir entre os títulos judicial e extrajudicial [...] Mas, quanto ao título extrajudicial, ele ou é líquido, e, portanto, título; ou não é líquido, e, por isso, escapa ao gabarito de título executivo” (ASSIS, 2012, p. 167). Assim, devolução de tributo pago indevidamente ou a maior sempre é dívida líquida.

dar como ilíquida certa dívida no passado atualmente se desfazem ao apertar de teclas de uma simples "calculadora HP", que já trazem fórmulas embutidas. Por isso, o oportuno e bem-vindo entendimento dos tribunais.

Conclusão

(i) O atual entendimento da Primeira Seção do STJ sobre a ineficácia do pedido de restituição/compensação administrativo para suspender o curso da prescrição do direito à restituição/compensação deriva, como se viu, de sintético argumento exposto nos recursos especiais 572.341-MG e 531.351-MG. Esse argumento consiste em não estar incluído o pedido administrativo nos casos descritos nos incisos do parágrafo único do art. 174 do CTN.

(ii) Contrapõe-se, neste trabalho, explicação segundo a qual a não inclusão da hipótese significa, precisamente, boa técnica legislativa, pois a matéria não se relaciona com o caput do art. 174. É o que se extrai do art. 11 da Lei Complementar nº 95/98. E mais, em boa técnica legislativa, o tema foi previsto dedutivamente no art. 169 do CTN – segundo o qual a prescrição da ação anulatória começa a correr após decisão denegatória da restituição/compensação. Logo, o reverso da anulação da decisão administrativa é decisão judicial de conteúdo oposto, ou seja, determinativa da restituição/compensação.

(iii) O art. 4º do Decreto nº 20.910/32, em vigor, determina o não curso da prescrição no período em que a administração levar em exame pedido administrativo formulado pelo administrado. É o que foi decidido no recurso especial nº 13.794-0/GO, julgado em 05/08/92, e defendido no Parecer AGU N° GQ – 97, proferido no processo nº 35.000.004161/95-82, aprovado em 16/01/1996.

Agradeço aos colegas Adelay Bonolo, pela revisão, indispensável crítica e oportunas discussões, e Nayara Guimarães Marcato, pela organização de bibliografia.

Referências

ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 14ª edição rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BORGES, José Souto Maior. Limites Constitucionais e Infraconstitucionais da Coisa Julgada Tributária. Contribuição social sobre o lucro. In: CAMPOS,

Dejalma de. (Coord.). **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, vol. 27. São Paulo: Editora Revisa dos Tribunais, 1999. pág. 170-194.

MACHADO, Hugo de Brito. **Algumas questões do processo administrativo tributário**. Não paginado. Disponível em: <<http://www.hugo-hmachado.com.br>>

machado.adv.br/artigos/aqpat.html>. Acesso em: 22 out. 2012.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. **Prescrição e Decadência em Matéria Tributária**. 2006. Não paginado. Disponível em: <<http://qiscombr.winconnection.net/hugosegundo/conteudo.asp?idpublicacao=32>>. Acesso em: 20 out. 2012.

TROIANELLI, Gabriel Lacerda; CASANOVA, Vivian. Declaração de compensação como causa interruptiva do Prazo Prescricional para Repetição do Indébito. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 182, pág. 7-20, nov. 2010.

PARTE 2

JURISPRUDÊNCIA

Superior Tribunal de Justiça

Recurso Repetitivo. Ação Civil Pública. Prescrição quinquenal da execução individual. Tese consolidada.¹

EMENTA OFICIAL

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PREScriÇÃO QUINQUENAL DA EXECUÇÃO INDIVIDUAL. PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA DO PROCESSO DE CONHECIMENTO TRANSITADA EM JULGADO. INAPLICABILIDADE AO PROCESSO DE EXECUÇÃO. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TESE CONSOLIDADA.

1. Para os efeitos do art. 543-C do Código de Processo Civil, foi fixada a seguinte tese: "No âmbito do Direito Privado, é de cinco anos o prazo prescricional para ajuizamento da execução individual em pedido de cumprimento de sentença proferida em Ação Civil Pública".

2. No caso concreto, a sentença exequenda transitou em julgado em 3.9.2002 (e-STJ fls. 28) e o pedido de cumprimento de sentença foi protocolado em 30.12.2009 (e-STJ fls. 43/45), quando já transcorrido o prazo de 5 (cinco) anos, estando, portanto, prescrita a pretensão executória.

3. Recurso Especial provido: a) consolidando-se a tese supra, no regime do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução 08/2008 do Superior Tribunal de Justiça; b) no caso concreto, julgando-se prescrita a execução em cumprimento de sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista antecipado da Sra. Ministra Nancy Andriighi inaugurando a divergência e negando provimento ao recurso especial, no que foi acompanhada pelos Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Marco Buzzi, e dos votos dos Srs. Ministros Raul Araújo Filho, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Ricardo Villas Bôas Cueva acompanhando o Sr. Ministro Relator e dando provimento ao recurso especial, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

¹ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1199073&sReg=201101014600&sData=20130404&formato=PDF> Acesso em: 05 abr. 2013.

Para os efeitos do art. 543-C, do CPC, foi fixada a seguinte tese: "No âmbito do Direito Privado, é de cinco anos o prazo prescricional para ajuizamento da execução individual em pedido de cumprimento de sentença proferida em Ação Civil Pública." Os Srs. Ministros Raul Araújo Filho, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com o Sr. Ministro Relator.

Vencidos os Srs. Ministros Nancy Andrichi (voto-vista), Paulo de Tarso Sanseverino e Marco Buzzi.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Brasília, 27 de fevereiro de 2013 (Data do Julgamento)

Ministro SIDNEI BENETI, Relator.

REsp 1.273.643 - PR (2011/0101460-0). DJe 04.04.2013.

RELATÓRIO

RELATOR: MINISTRO SIDNEI BENETI:

1. BANCO ITAÚ S/A interpõe Recurso Especial contra Acórdão proferido pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (Relator Juiz ROGÉRIO RIBAS), proferido em autos de Agravo de Instrumento, este interposto pelo recorrente contra a decisão que rejeitou de plano a exceção de prescrição e determinou o prosseguimento da execução de Sentença proferida em Ação Civil Pública, ajuizada pela APADECO em favor dos titulares de conta de poupança no Estado do Paraná.

O Acórdão recorrido está assim ementado (e-STJ fls. 319/320):

AGRAVO INTERNO (ART. 557, § 1º, CPC). DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR NEGANDO SEGUIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO POR IMPROCEDÊNCIA MANIFESTA E CONTRARIEDADE À JURISPRUDÊNCIA DA CORTE. IRRESIGNAÇÃO DO BANCO AGRAVANTE. EXECUÇÃO INDIVIDUAL DE SENTENÇA COLETIVA (AUTOS N. 38.765/98 DA 1ª VFP DE CURITIBA - APADECO X BANESTADO - RENDIMENTOS DE CADERNETA DE POUPANÇA). PREScriÇÃO INOCORRÊNCIA. PRAZO VINTENÁRIO APLICÁVEL TAMBÉM PARA AS EXECUÇÕES INDIVIDUAIS DA SENTENÇA COLETIVA. MATÉRIA ACOBERTADA PELA 'COISA JULGADA', VISTO QUE FOI DECIDIDA EXPRESSAMENTE NO ACÓRDÃO DA APelaÇÃO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTELIGÊNCIA, AINDA, DA SÚMULA 150-STF. INAPLICABILIDADE DA EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 469, INC. III, CPC, POIS A QUESTÃO NÃO FOI 'DECIDIDA INCIDENTALMENTE' NO PROCESSO DE CONHECIMENTO. MATÉRIA DE PREScriÇÃO QUE ATINE AO PRÓPRIO 'MERITUM CAUSAE'. NOVO ENTENDIMENTO DO STJ APLICANDO PRAZO QUINQUENAL QUE NÃO PREVALECE DIANTE DA COISA JULGADA, O MESMO OCORRENDO COM AS NOVAS NORMAS DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 (ART. 5º, XXXVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). PRAZO VINTENÁRIO NÃO DECORRIDO. PREScriÇÃO AFASTADA. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1 - No julgamento da Apelação n. 91.830-9, esta Corte confirmou a sentença proferida nos

autos n. 38.765/98 de ação civil pública da 1^a VFP da capital, e fixou que o prazo prescricional é de 20 anos na espécie, incidindo a ‘coisa julgada’ no que tange a tal matéria.

2 - Esse prazo de 20 anos também se aplica à execução individual da sentença coletiva, pois, nos termos da Súmula 150 do STF, “prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação”.

3 - Não é aplicável novo prazo prescricional (menor) trazido pelo CC de 2002, posto que a Constituição Federal é taxativa ao dispor no art. 5º, inciso XXXVI, que ‘a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada’.

4 - Também não tem lugar na espécie a exceção prevista no art. 469, III, do CPC, visto que a matéria de prescrição não foi ‘decidida incidentalmente’ no curso da ação civil pública; do contrário, trata-se de matéria atinente ao próprio ‘meritum cause’.

2. Embargos de Declaração interpostos pelo recorrente (e-STJ fls. 330/336) foram rejeitados (e-STJ fls. 341).

3. Nas razões de Recurso Especial (e-STJ fls. 348/372), alega o recorrente a existência de violação dos arts. 177 do Código Civil de 1916; 21 da Lei n. 4.717/65; 469, III, do Código de Processo Civil; e 206, § 3º, IV, e 2.028 do Código Civil vigente, sustentando, em síntese, que: a) na espécie não incide a prescrição vintenária, mas sim a prescrição quinquenal, própria do sistema das ações coletivas, razão pela qual seria esse o prazo

prescricional da pretensão executiva; b) eventual discussão do prazo prescricional no bojo da ação civil pública não impossibilita o reconhecimento da prescrição nas liquidações individuais, uma vez que a discussão havida na fase de conhecimento não pode abranger a fixação do prazo prescricional da liquidação individual da pretensão coletiva; e c) caso se entendesse aplicável o regime de prescrição do Código Civil, impunha-se a incidência dos prazos do novo Código, tendo em vista o trânsito em julgado da Sentença coletiva em 3.9.2002.

4. Contra-arrazoado (e-STJ fls. 386/396), o recurso foi inadmitido na origem (e-STJ fls. 422/429), sobrevindo a interposição de Agravo (AREsp 9.818/PR), o qual restou provido para incluir o feito em pauta para julgamento do Recurso Especial pelo Órgão Colegiado. Deferiu-se, ainda, a liminar requerida, com a sustação da Concessão de Alvarás de Levantamento em execuções individuais na Ação Civil Pública em causa (e-STJ fls. 1.520/1.524).

5. Contra essa Decisão foram interpostos, em 23.8.2011, Embargos de Declaração por CRISTIANI TOLEDO MARTINS ZORZI E OUTROS (e-STJ fls. 1.534/1.541), sustentando, em suma que a Decisão contrariou o disposto no art. 288 do Regimento Interno desta Corte e que não há interesse do Banco na liminar concedida no presente caso.

6. Em 24.8.2011, a Segunda Seção apreciando Questão de Ordem suscitada por este Relator, ratificou

a liminar anteriormente deferida no AREsp 9.818/PR e, com fundamento no art. 543-C, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei 11.672, de 8.5.2008, e na forma do art. 2º, §§ 1º e 2º, c.c. art. 7º, da Resolução STJ n. 8, de 7.8.2008, afetou o Recurso Especial como repetitivo (e-STJ fls. 1.556).

7. Em 25.8.2011, CRISTIANI TOLEDO MARTINS ZORZI E OUTROS desistiram dos Embargos de Declaração interpostos (e-STJ fls. 1.547).

8. Em 21.9.2011, foi proferida decisão afetando o processo à Segunda Seção do Tribunal, nos termos do que ficou decidido quando da apreciação da Questão de Ordem, e determinando a suspensão dos recursos que versem sobre a mesma controvérsia (Resolução STJ n. 8, de 8.5.2008, art. 2º, § 2º) (e-STJ fls. 1.566/1.569).

9. A ASSOCIAÇÃO DOS DIREITOS DOS CONSUMIDORES MUTUÁRIOS DA HABITAÇÃO, POUPADORES DA CADERNETA DE POUPANÇA, BENEFICIÁRIOS DO SISTEMA DE APOSENTADORIA E REVISÃO DO SISTEMA FINANCEIRO - PROCOPAR, apresentou petição, em 20.9.2011, requerendo sua admissão na condição de *amicus curiae* (e-STJ fls. 1.570/1.585).

10. Foram interpostos novos Embargos de Declaração, em 30.9.2011, desta vez pela APADECO - ASSOCIAÇÃO PARANAENSE DE DEFESA DO CONSUMIDOR (e-STJ fls. 1.592/1.627), requerendo, preliminarmente, o seu ingresso na causa na condição de *amicus curiae*. No mérito, alegou a embargante a existência de omissão na decisão embargada, na me-

dida em que deu provimento ao Agravo no Recurso Especial na hipótese em que o recurso deveria ser obstado pela ausência de impugnação ao fundamento constitucional do Acórdão recorrido (incidência da Súmula 126 desta Corte). Sustentou, ainda, que a escolha do presente Recurso como representativo de controvérsia decorreu de premissa equivocada, na medida em que transitou em julgado a decisão que reconheceu a prescrição vintenária na Ação Civil Pública objeto da execução, sendo necessária a preservação da coisa julgada. Alegou inexistir similitude fática entre o Acórdão recorrido e o Acórdão paradigma apontado pelo recorrente. Requereu, caso superadas as omissões alegadas, sejam os autos remetidos à Corte Especial, ante a competência corrente das 1ª e 2ª Seções deste Tribunal.

11. CRISTIANE TOLEDO MARTINS ZORZI E OUTROS apresentaram petição (e-STJ fls. 1.650/1.655) também requerendo seja o Recurso Especial submetido ao julgamento pela Corte Especial.

12. O IDEC - INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, por sua vez, peticionou requerendo seu ingresso nos autos na condição de *amicus curiae* (e-STJ fls. 1.744/1.763).

13. O BANCO ITAÚ S/A peticionou petição (e-STJ fls. 1.765/1.788) alegando a impertinência do pedido formulado pela recorrida de afetação do julgamento para a Corte Especial e a necessidade de provimento do Recurso Especial e fixação de entendimento no senti-

do de que é quinquenal o prazo prescricional para liquidação/execução individual da sentença coletiva.

14. ANTOUN YOSSEF MAKHOUL, parte estranha aos autos, requereu, por meio de petição (e-STJ fls. 1.860/1.871) seja determinada a suspensão do processamento do AgRg no AREsp n. 79.585/PR, Rel^a. Min^a. ISABEL GALLOTTI, que versa sobre a mesma matéria tratada nos presentes autos, *ou o encaminhamento da situação à Corte Especial para que esta discipline, evitando-se, assim, que o requerente seja submetido a decisão que uma vez transitada em julgado, lhe cause grosseira injustiça e tratamento desigual em face do entendimento do próprio Superior Tribunal de Justiça*.

15. Instado, o Ministério Público Federal, na pessoa do Dr. PEDRO HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO, ofereceu parecer (e-STJ fls. 1.876/1.893) afirmando não se opor à admissão no feito da APADECO, do PROCOPAR e do IDEC, sustentando o cabimento da afetação do processo à Corte Especial e opinando, no mérito, pela manutenção do Acórdão recorrido.

É o relatório.

VOTO

RELATOR: MINISTRO SIDNEI BENETI:

I. Dos Amicus Curiae

16. Esta Corte tem reiteradamente admitido o ingresso do *amicus curiae* nos feitos em que haja relevância da matéria e, em especial, nos submetidos ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, como no caso em tela, tendo em vista a pre-

visão expressa do § 4º desse dispositivo, *in verbis*: “*o relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia*”.

Nesse sentido, dispõe, ainda, o art. 3º da Resolução 8/2008 do Superior Tribunal de Justiça que:

Antes do julgamento do recurso, o Relator:

I – poderá solicitar informações aos tribunais estaduais ou federais a respeito da controvérsia e autorizar, ante a relevância da matéria, a manifestação escrita de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, a serem prestadas no prazo de quinze dias.

II – dará vista dos autos ao Ministério Público por quinze dias.

17. Extrai-se dos dispositivos legais transcritos que a autorização de intervenção de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia do Recurso Especial submetido ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil é uma faculdade atribuída ao órgão jurisdicional, por intermédio do Relator, e a atuação do *amicus curiae* no processo se restringe à manifestação, por escrito, antes do julgamento do Recurso Especial.

18. Fixados esses parâmetros, admite-se a atuação: 1) da ASSOCIAÇÃO DOS DIREITOS DOS CONSUMidores MUTUÁRIOS DA HABITAÇÃO, POUPADORES DA CADERNETA DE POUPANÇA, BENEFICIÁRIOS DO SISTEMA DE APOSEN-

TADORIA E REVISÃO DO SISTEMA FINANCEIRO - PROCOPAR; 2) da APADECO – ASSOCIAÇÃO PARANAENSE DE DEFESA DO CONSUMIDOR; e 3) do IDEC – INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, na condição de *amicus curiae*, por meio das manifestações já apresentadas nos autos.

II. Dos Recursos de Embargos de Declaração

19.- Homologa-se, para que produza seus jurídicos e legais efeitos, a desistência dos Embargos de Declaração (e-STJ fls. 1.547) interpostos por CRISTIANI TOLEDO MARTINS ZORZI (art. 501 do Código de Processo Civil c/c o art. 34, inciso IX, do Regimento Interno deste Tribunal).

20. Com relação aos Embargos de Declaração interposto pela APADECO (e-STJ fls. 1.592/1.627), cumpre consignar que a legitimidade ordinária para interpor recurso contra a Decisão que determina o processamento do Recurso Especial pelo rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, é apenas das partes envolvidas no feito.

No caso, a APADECO - ASSOCIAÇÃO PARANAENSE DE DEFESA DO CONSUMIDOR não é parte no processo, mas, apenas intervém, na qualidade de *amicus curiae*, podendo, pois, manifestar-se, mas não interpor para interpor recurso de Embargos de Declaração da decisão atacada.

21. De acordo com o entendimento assente da Egrégia Suprema Corte, aqueles que participam do processo na qualidade de *amicus curiae* não possuem legitimi-

midade para recorrer, exceto para impugnar a decisão que não admite a sua intervenção nos autos.

Confiram-se, a respeito, os seguintes precedentes:

1^a) AGRAVOS REGIMENTAIS NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS POR AMICUS CURIAE. NÃO-CONHECIMENTO DOS EMBARGOS POR AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE RECURSAL. PRETENSÃO, DA AUTORA DA ADI, DE CONHECIMENTO DOS EMBARGOS “COMO SE SEUS FOSSEM”. NÃO-CABIMENTO.

1. Agravo regimental interposto pelo Sindicato Nacional das Empresas distribuidoras de Gás Liquefeito de Petróleo - SINDIGÁS. O entendimento desta Corte é no sentido de que entidades que participam dos processos objetivos de controle de constitucionalidade na qualidade de *amicus curiae* não possuem, ainda que aportem aos autos informações relevantes ou dados técnicos, legitimidade para recorrer. Precedentes.

2. Agravo regimental interposto pela Confederação Nacional da Indústria contra decisão que não conheceu dos embargos declaratórios opostos pelo *amicus curiae*. Não-oposição de embargos de declaração pela requerente da ADI no prazo legal. É desprovida de fundamento legal a pretensão da requerente que, por via transversa, postula o acolhimento dos embargos de declaração opostos pelo *amicus curiae* “como se seus fossem”, com efeitos

infringentes, para revolver a discussão de mérito da ação direta.

3. Agravo regimental interposto pelo amicus curiae, Sindicato Nacional das Empresas Distribuidoras de Gás Liquefeito de Petróleo - SINDIGÁS, não conhecido. Agravo regimental da Confederação Nacional da Indústria - CNI a que se nega provimento.

(ADI 2359 ED-AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/2009, DJe-162 DIVULG 27-08-2009 PUBLIC 28-08-2009 EMENT VOL-02371-01 PP-00196 RSJADV set., 2009, p. 50-51);

2º) Embargos de declaração. Ação direta de inconstitucionalidade. Procedência total. Declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal.

1. Carece de legitimidade recursal quem não é parte na ação direta de inconstitucionalidade, mesmo quando, eventualmente, tenha sido admitido como amicus curiae.

2. Entendendo o colegiado haver fundamentos suficientes para declarar a inconstitucionalidade, não há como, em embargos de declaração, reformar o julgado para simplesmente dar interpretação conforme, na linha da pretensão da embargante.

3. Eventual reforma do acórdão embargado na via dos declaratórios somente é possível quando presente algum defeito material, elencado no art. 535 do Código de Processo Civil, cuja solução obrigue o reexame do tema. 4. Embargos de declaração do Sindicato dos Policiais Civis e Peniten-

ciários e Servidores da Secretaria de Justiça e Cidadania do Estado do Piauí não-conhecidos e declaratórios da Assembléia Legislativa do Estado do Piauí rejeitados.

(ADI 3582 ED, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2008, DJe-078 DIVULG 30-04-2008 PUBLIC 02-05-2008 EMENT VOL-02317-02 PP-00346 RTJ VOL-00204-02 PP-00669 LEXSTF v. 30, n. 356, 2008, p. 92-104);

3º) EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS POR AMICUS CURIAE. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE. INTERPRETAÇÃO DO § 2º DA LEI N. 9.868/99.

1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal é assente quanto ao não-cabimento de recursos interpostos por terceiros estranhos à relação processual nos processos objetivos de controle de constitucionalidade.

2. Exceção apenas para impugnar decisão de não-admissibilidade de sua intervenção nos autos.

3. Precedentes. 4. Embargos de declaração não conhecidos.

(ADI 3615 ED, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2008, DJe-074 DIVULG 24-04-2008 PUBLIC 25-04-2008 EMENT VOL-02316-03 PP-00463 RTJ VOL-00205-02 PP-00680 LEXSTF v. 30, n. 355, 2008, p. 93-102).

Neste Tribunal, a Primeira Seção também já se manifestou a respeito da matéria, no julgamento dos EDcl no AgRg no MS 12.459/DF,

Rel. MIN. CARLOS FERNANDO MATHIAS, concluindo, também, pela ausência de legitimidade recursal do *amicus curiae*.

Confira-se:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO SEGURANÇA. EXPOSIÇÃO DE TRABALHADORES AO AMIANTO. DECRETO N° 2.350/97. SUSPENSÃO DOS EFEITOS DE PORTARIA MINISTERIAL. INTERVENÇÃO DE TERCEIRO. LITISCONSORTE NECESSÁRIO. ASSISTENTE. "AMICUS CURIAE". OMISSÃO. OBSCURIDADE. CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. ART 535 DO CPC. IMPOSSIBILIDADE.

1. Os embargos de declaração não se revelam como meio adequado para o reexame de matéria decidida pelo órgão julgador, mormente quando se denota o objetivo de reformar o julgado em vista da não concordância com os fundamentos presentes na decisão recorrida.

2. A regra disposta no art. 535 do CPC é absolutamente clara sobre o cabimento de embargos declaratórios, e estes só tem aceitação para emprestar efeito modificativo à decisão em rariíssimas exceções.

3. A figura do *amicus curiae*, tão conhecida no direito norte-americano, chegou ao ordenamento positivo brasileiro por meio da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, inaugurando importante inovação

em nosso Direito.

4. O *amicus curiae* poderá atuar na esfera infraconstitucional, objetivando a uniformização de interpretação de lei federal.

5. O escopo da edição da norma legal viabilizadora da intervenção do "amicus curiae" é o de permitir ao julgador maiores elementos para a solução do conflito, que envolve, de regra, a defesa de matéria considerada de relevante interesse social.

6. Intervenção especial de terceiros no processo, para além das clássicas conhecidas, a presença do *amicus curiae* no feito não diz tanto respeito às causas ou aos interesses eventuais de partes em jogo em determinada lide, mas, sim, ao próprio exercício da cidadania e à preservação dos princípios e, muito particularmente, à ordem constitucional.

7. "[...] Entidades que participam na qualidade de *amicus curiae* dos processos objetivos de controle de constitucionalidade, não possuem legitimidade para recorrer, ainda que aportem aos autos informações relevantes ou dados técnicos." (STF, ADI-ED 2591 / DF, Rel. Ministro EROS GRAU, DJ 13-04-2007 PP-00083) 8. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgRg no MS 12.459/DF, Rel. MIN. CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/02/2008, DJe 24/03/2008).

III. Do Pedido de Afetação do Processo para a Corte Especial

22. Com relação ao pedido formulado pela recorrida e às

manifestações apresentadas pelo Ministério Público Federal e pela APADECO - ASSOCIAÇÃO PARA-NAENSE DE DEFESA DO CONSUMIDOR, no sentido de que o processo deve ser afetado para julgamento pela Corte Especial, tem-se que, muito embora a questão da prescrição da execução/liquidação individual de Sentença proferida em Ação Civil Pública possa, no tocante a alguns temas de direito público, apresentar interesse para as Turmas que compõem a Primeira Seção, no caso em exame a matéria de fundo, ligada a contratos típicos de Direito Privado, como as relações entre depositantes e bancos referentes a Cadernetas de poupança, é eminentemente de direito privado, de modo que o Recurso deve ser julgado pela Segunda Seção, resolvendo-se de vez a matéria, de cuja solução urgente depende o julgamento de elevado número de processos sobretestados nos Tribunais e Juízos de todo o País.

Assim, aliás, já ocorreu no julgamento do REsp n. 1.070.896/SC, julgado em 14/04/2010, DJe 04/08/2010, Relator o E. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, no qual se decidiu, nesta Segunda Seção pela definição do prazo prescricional aplicável às ações civis públicas que tratam dos expurgos inflacionários referentes aos Planos Bresser e Verão.

IV. Do Pedido de Suspensão do AgRg no AREsp n. 79.585/PR, Rel^a. Min^a. ISABEL GALLOTTI

23. Indefere-se o pedido formulado por ANTOUN YOSSEF MAKHOUL que pleiteou a suspensão do processamento do AgRg no AREsp n. 79.585/PR, Rel^a. Min^a. ISABEL GALLOTTI, visto que referido processo trata de litígio em questão individual relativa ao peticionário e não a este processo.

Em aludido processo será analisada a repercussão do presente julgamento advindo da C. 2^a Seção, julgamento esse de que, ademais, participa a E. Ministra Relatora do referido processo.

V. Da Admissibilidade do Recurso Especial Representativo da Controvérsia

24. O julgamento como Recurso Repetitivo (denominado Recurso Representativo de Controvérsia) deve realizar-se “quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito” (art. 543-C, do Cód. De Proc. Civil, com a redação da Lei 11.672).

É, sem dúvida, o caso dos autos, pois a matéria se espalha multitudinariamente por todo o país, sem embargo de casos anteriores haverem sido julgados em caráter individual, nada impede, e, em verdade, tudo aconselha a julgar-se de vez, na qualidade de Recurso Repetitivo, a tese posta a exame, exatamente para que o julgamento consolide regência da matéria no tocante a numerosos processos individuais, em que idêntica matéria está submetida ao Poder Judiciário.

25. Em relação ao argumento deduzido pelos recorridos e *amici curiae*, de que, no caso específico

dos autos, existe fundamento constitucional não atacado por meio de recurso próprio o que, segundo alegam, atrairia à espécie o óbice da Súmula 126 desta Corte, deve-se ressaltar que a matéria é aqui tratada no âmbito exclusivamente infraconstitucional e que questões constitucionais eventualmente surgidas deverão ser submetidas ao C. Supremo Tribunal Federal, por intermédio de instrumentos processuais apropriados.

Anote-se que o julgamento infra-constitucional, em matéria multitudinária, é altamente deseável, porque, com ele, restará consolidada, neste Tribunal, o julgamento no âmbito da competência desta Corte, sintetizando-o, de modo que, se houver provocação do C. Supremo Tribunal Federal para matéria constitucional, poderá aquela C. Corte constatar até mesmo visualizar, dada a síntese do julgado com mais clareza, em um só Acórdão, o núcleo do julgamento infra-constitucional, evitando-se a dispersão da análise de múltiplas manifestações, muitas vezes divergentes, nos Tribunais de origem, ou, mesmo, nas Turmas desta Corte, quanto à matéria infra-constitucional.

Situação análoga, aliás, já ocorreu anteriormente, no tocante aos julgamentos deste Tribunal, relativamente as teses centrais decorrentes dos Planos Econômicos Bresser, Verão, Collor I e Collor II, consolidando-se as teses firmadas, no âmbito estritamente constitucional, por esta Corte, passando-se, depois a aguardar o julgamento da matéria constitucional pelo C. Su-

premo Tribunal Federal (REspS nºs 1.107.201/DF e 1.147.595/RS) - oferecendo-se, como se disse, a síntese da maior clareza, a respeito do entendimento infraconstitucional, na competência desta Corte, à consideração da Corte Suprema, no enfoque, por esta, da matéria constitucional.

Ademais, no âmbito dos Recursos Repetitivos, os rigores de admissibilidade devem ser mitigados, diante da relevância da definição da tese central, a fim de que se cumpra o que a lei determina, ou seja, que o Tribunal julgue de vez, com celeridade e consistência, as macro-lides multitudinárias, que se espraiam em milhares de processos, cujo andamento individual, repetindo interminavelmente o julgamento da mesma questão milhares de vezes, leva ao verdadeiro estrangulamento dos órgãos jurisdicionais, em prejuízo da totalidade dos jurisdicionados, entre os quais os próprios litigantes em situação idêntica quanto à lide central.

VI. Da Prescrição das execuções/liquidações individuais

26.- No tocante à matéria de fundo, referente à prescrição, entendeu o Tribunal de origem que o prazo prescricional de 20 anos, fixado no julgamento da Apelação n. 91.830-9, interposta nos autos da Ação Civil Pública, objeto da presente execução, também deve ser aplicado à execução individual da sentença coletiva, pois, nos termos da Súmula 150 do STF, “prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação”.

De acordo com o Acórdão recorrido, a decisão que fixou o prazo prescricional vintenário na ação principal estaria acobertada pelo chamado manto da coisa julgada, não podendo referido prazo ser alterado nas execuções individuais em cumprimento de sentença coletiva.

27. A orientação jurisprudencial sobre o tema jurídico em análise já veio se firmando nesta Corte, de modo que, a rigor, tem-se verdadeiro julgamento de consolidação de tese, visto que os argumentos ora deduzidos já foram, diversas vezes, examinados no âmbito da Terceira e da Quarta Turma deste Tribunal, em decisões colegiadas e unipessoais.

De fato, primeiramente decidiu a Segunda Seção desta Corte que o prazo para o ajuizamento da ação civil pública é de 5 anos, nos termos do disposto no art. 21 da Lei n. 4.717/65 (Lei da Ação Popular).

Nesse sentido, destaca-se o seguinte julgado da 2^a Seção, que constitui verdadeiro *leading case* para a matéria:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DECORRENTE DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMO- GÊNEOS. POUPANÇA. COBRANÇA DOS EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. PLANOS BRESSER E VERÃO. PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL.

1. A Ação Civil Pública e a Ação Popular compõem um microsistema de tutela dos direitos difusos, por isso que, não havendo previsão de prazo prescricional para a propositura da

Ação Civil Pública, recomenda-se a aplicação, por analogia, do prazo quinquenal previsto no art. 21 da Lei n. 4.717/65.

2. Embora o direito subjetivo objeto da presente ação civil pública se identifique com aquele contido em inúmeras ações individuais que discutem a cobrança de expurgos inflacionários referentes aos Planos Bresser e Verão, são, na verdade, ações independentes, não implicando a extinção da ação civil pública, que busca a concretização de um direito subjetivo coletivizado, a extinção das demais pretensões individuais com origem comum, as quais não possuem os mesmos prazos de prescrição.

3. Em outro ângulo, considerando-se que as pretensões coletivas sequer existiam à época dos fatos, pois em 1987 e 1989 não havia a possibilidade de ajuizamento da ação civil pública decorrente de direitos individuais homogêneos, tutela coletiva consagrada com o advento, em 1990, do CDC, incabível atribuir às ações civis públicas o prazo prescricional vintenário previsto no art. 177 do CC/16.

4. Ainda que o art. 7º do CDC preveja a abertura do microsistema para outras normas que dispõem sobre a defesa dos direitos dos consumidores, a regra existente fora do sistema, que tem caráter meramente geral e vai de encontro ao regido especificamente na legislação consumista, não afasta o prazo prescricional estabelecido no art. 27 do CDC.

5. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1070896/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/04/2010, DJe 04/08/2010).

28. A seguir, partindo dessa premissa, a Quarta Turma deste Tribunal, no julgamento do REsp n. 1.276.376/PR, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, DJ de 1.2.2012, por unanimidade, entendeu que o mesmo prazo prescricional, de 5 (cinco) anos, deve ser aplicado para o ajuizamento da execução individual da Sentença proferida em Ação Civil Pública, conforme orientação da Súmula 150 da Suprema Corte, entendimento este que também vem sendo adotado pela Terceira Turma deste Superior Tribunal.

Isso porque a regra abstrata de direito adotada na fase de conhecimento para fixar o prazo de prescrição não faz coisa julgada em relação ao prazo prescricional a ser fixado na execução do julgado, que deve ser estabelecido em conformidade com a orientação jurisprudencial superveniente ao trânsito em julgado da Sentença exequenda.

Nesse sentido seguem-se precedentes de ambas as Turmas da C. Segunda Seção do Tribunal, competente para as matérias de direito privado:

1^a) DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO INDIVIDUAL DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO COLETIVA. APADECO X CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. EXPURGOS. PLANOS ECONÔMICOS. PRAZO DE PREScriÇÃO.
1. A sentença não é nascedouro de direito material novo, não

opera a chamada “novação necessária”, mas é apenas marco interruptivo de uma prescrição cuja pretensão já foi exercitada pelo titular. Essa a razão da máxima contida na Súmula n. 150/STF: “Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação”. Não porque nasce uma nova e particular pretensão de execução, mas porque a pretensão da “ação” teve o prazo de prescrição interrompido e reiniciado pelo “último ato do processo”.

2. As ações coletivas fazem parte de um arcabouço normativo vocacionado a promover a facilitação da defesa do consumidor em juízo e o acesso pleno aos órgãos judiciais (art. 6º, incisos VII e VIII, CDC), sempre em mente o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, CDC), por isso que o instrumento próprio de facilitação de defesa e de acesso do consumidor não pode voltar-se contra o destinatário da proteção, prejudicando sua situação jurídica.

3. Assim, o prazo para o consumidor ajuizar ação individual de conhecimento - a partir da qual lhe poderá ser aberta a via da execução - independe do ajuizamento da ação coletiva, e não é por esta prejudicado, regendo-se por regras próprias e vinculadas ao tipo de cada pretensão deduzida.

4. Porém, cuidando-se de execução individual de sentença proferida em ação coletiva, o beneficiário se insere em microssistema diverso e com regras pertinentes, sendo imperiosa a observância do prazo próprio das ações coletivas, que é quinquenal, nos termos do

precedente firmado no REsp. n. 1.070.896/SC, aplicando-se a Súmula n. 150/STF.

5. Assim, no caso concreto, o beneficiário da ação coletiva teria o prazo de 5 (cinco) anos para o ajuizamento da execução individual, contados a partir do trânsito em julgado da sentença coletiva, e o prazo de 20 (vinte) anos para o ajuizamento da ação de conhecimento individual, contados dos respectivos pagamentos a menor das correções monetárias em razão dos planos econômicos.

6. Recurso especial provido.

(REsp 1275215/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/09/2011, DJe 01/02/2012);

2º) PROCESSO CIVIL. AGRAVO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO INDIVIDUAL DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRAZO PRESCRICIONAL. CINCO ANOS.

- A suspensão determinada pelo art. 543-C do CPC aos processos que cuidam de matéria repetitiva orienta-se às causas que ainda não ascenderam aos tribunais superiores. Precedentes.

- O prazo quinquenal estabelecido na Lei nº 4.717/65 (Lei da Ação Popular) aplica-se à ação civil pública e também à respectiva execução (Súmula n. 150/STF).

- Não há que se falar em ofensa à coisa julgada formada no processo de conhecimento, quando a prescrição reconhecida na fase de execução é superveniente à sentença coletiva transitada em julgado. Assim, não há coisa julgada em relação ao que sucedeu após a

sentença, vale dizer, a inação do beneficiado pela coisa julgada ao longo do prazo de prescrição para a execução da sentença coletiva (5 anos). A regra abstrata de direito que fixa o prazo de prescrição, adotada na fase de conhecimento, em desconformidade com a jurisprudência atual do STJ, não faz coisa julgada para reger o prazo da prescrição da execução.

- Agravo não provido.

(AgRg no AREsp 93.945/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 28/05/2012);

3º)AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO INDIVIDUAL DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRESCRIÇÃO.

1.- A Segunda Seção deste Tribunal, pacificou o entendimento de que o prazo para o ajuizamento da ação civil pública é de 5 anos, nos termos do disposto no art. 21 da Lei n. 4.717/65 (Lei da Ação Popular).

2.- Segundo essa linha de entendimento, bem como a orientação da Súmula 150 do Supremo Tribunal Federal, as Turmas que compõem a Segunda Seção desta Corte adotam o entendimento de que o mesmo prazo prescricional, de 5 (cinco) anos, deve ser aplicado para o ajuizamento da execução individual da Sentença proferida em Ação Civil Pública, mesmo na hipótese em que, na ação de conhecimento, já transitada em julgado, tenha sido reconhecida a prescrição vintenária.

3.- Nesse sentido todos os julgamentos monocráticos proferidos, mantidos, por unanimida-

de em ambas as Turmas, nos Agravos Regimentais interpostos (cf. AgRg no AREsp 93.945/PR, Rel^a Min^a NANCY ANDRIGHI, j. 22.5.2012, e AgRg no AREsp 94.922/PR, Rel. Min. MARCO BUZZI, j. 20.3.2012), afastada a necessidade de suspensão dos julgamentos nesta Corte para aguardar julgamento de Recurso Repetitivo, destinado, este, a produzir efeitos quanto aos processos que permanecem suspensos na origem.

4.- Agravo Regimental improviso.

(AgRg no AREsp 113.967/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 22/06/2012);

4^a) AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - EXECUÇÃO INDIVIDUAL DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO COLETIVA - APADECO - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS COM REFLEXO EM CADERNETA DE POUpança - PLANOS ECONÔMICOS - PREScrição QUINQUENAL - PRECEDENTE DA TURMA - RECURSO DESPROVIDO.

I - A suspensão determinada pelo art. 543-C do CPC aos processos que cuidam de matéria repetitiva orienta-se às causas que ainda não ascenderam aos tribunais superiores. Precedentes.

II - Nas execuções individuais, o prazo prescricional é o quinquenal, próprio das ações coletivas, contado a partir do trânsito em julgado da sentença proferida em ação civil pública, nos termos do precedente firmado no julgamento dos recursos especiais 1.275.215/RS e 1.276.376/PR, Dje 1º.2.2012.

III - Mantida a decisão que considerou prescrita a pretensão executiva.

IV. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 132.712/PR, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 21/08/2012, DJe 28/08/2012);

5^{a)}) PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APADECO. CUMPRIMENTO INDIVIDUAL DE SENTENÇA. PREScrição QUINQUENAL. PRECEDENTES. QUESTÃO PACIFICADA NO ÂMBITO DESTA CORTE SUPERIOR.

1. O prazo quinquenal estabelecido na Lei nº 4.717/65 (Lei da Ação Popular) aplica-se à ação civil pública e também à respectiva execução (Súmula n. 150/STF). Precedentes.

2. Não há que se falar em ofensa à coisa julgada formada no processo de conhecimento, quando a prescrição reconhecida na fase de execução é superveniente à sentença coletiva transitada em julgado. Assim, não há coisa julgada em relação ao que sucedeu após a sentença, vale dizer, a inação do beneficiado pela coisa julgada ao longo do prazo de prescrição para a execução da sentença coletiva (5 anos). A regra abstrata de direito que fixa o prazo de prescrição, adotada na fase de conhecimento, em desconformidade com a jurisprudência atual do STJ, não faz coisa julgada para reger o prazo da prescrição da execução.

3. Agravo regimental parcialmente provido apenas para reconhecer o benefício da gratuidade da

justiça deferido ainda em primeira instância.

(AgRg no AREsp 76.604/PR, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 15/03/2012, DJe 22/03/2012);

6º) AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO CONTRA DECISÃO DE INADMISSÃO DO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXECUÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL. SUSPENSÃO DO JULGAMENTO DO FEITO PARA AGUARDAR DECISÃO FINAL EM RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRIA. NÃO CABIMENTO. APLICAÇÃO DO ART. 557 DO CPC. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. DESNECESSIDADE DO TRÂNSITO EM JULGADO DO ACÓRDÃO QUE FIRMOU O ENTENDIMENTO NESTA CORTE A RESPEITO DA MATÉRIA. SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO COLETIVA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL DA PRETENSÃO EXECUTIVA. OFENSA À COISA JULGADA. INEXISTÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PEDIDO DE MINORAÇÃO. MATÉRIA DE PROVA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. A determinação de suspensão dos recursos cuja matéria se encontra afetada para julgamento pela sistemática prevista no art. 543-C do Código de Processo Civil e na Resolução nº 8, de 7 de agosto de 2008, desta Corte, dirige-se aos Tribunais locais, não abrangendo os apelos especiais já encaminhados a este Tribunal, máxime quando houver jurisprudência pacífica do STJ em torno das questões versadas nos recursos destaca-

dos como representativos da controvérsia.

2. A decisão agravada, ancorada em precedentes da Segunda Seção (REsp 1.070.896/SC) e da Quarta Turma (REsp 1.275.215/RS e REsp 1.283.273/PR), adotou orientação que reflete a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, não havendo falar em inobservância da regra prevista no artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil.

3. Não se faz necessário tenha ocorrido o trânsito em julgado do acórdão proferido no precedente que traçou o entendimento uniformizador no qual se lastreou a decisão do relator.

4. Perfilhando a orientação traçada pela Segunda Seção no julgamento do Recurso Especial 1.070.896/SC, Relator o em. Ministro Luis Felipe Salomão, DJe de 4/8/2010, no qual ficou assentada a tese de que é quinquenal o prazo prescricional para o ajuizamento de ação civil pública, precedentes desta Corte consolidaram a compreensão de que o mesmo prazo prescricional de cinco anos deve ser aplicado em relação à execução individual da sentença proferida na ação coletiva.

5. “Não há falar em ofensa à coisa julgada formada no processo de conhecimento, porque a prescrição que ora se reconhece é superveniente à sentença coletiva transitada em julgado, com base na interpretação do direito federal hoje consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, na linha da qual o prazo para prescrição da ação coletiva é diverso daquele prazo que se aplica às ações individuais” (REsp 1.283.273/PR,

Quarta Turma, Rel. Min. Isabel Gallotti, DJe de 1º/2/2012).

6. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça delineia que, em regra, é inadmissível o exame do valor fixado a título de honorários advocatícios, em sede de recurso especial, tendo em vista que tal providência depende da reavaliação do contexto fático-probatório inserto nos autos, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.

7. O óbice da referida súmula pode ser afastado em situações excepcionais, notadamente quando for verificada a exorbitância ou o caráter irrisório da importância arbitrada, e quando a Corte de origem não traz nenhum fundamento apto a justificar a estipulação da referida quantia, em flagrante ofensa aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e a normas processuais que disciplinam a sua fixação. Todavia, essa excepcionalidade não ocorreu na hipótese em análise.

8. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 123.999/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 27/03/2012, DJe 30/04/2012)

29. Firmou-se, como se vê, o prazo prescricional de 5 (cinco) anos para o ajuizamento da execução individual em cumprimento de sentença proferida em Ação Civil Pública, inclusive na hipótese em que, na ação de conhecimento, já transitada em julgado, tenha sido reconhecida a prescrição vintenária.

VII. Do Julgamento do Recurso Representativo

30. No caso em análise, a Sentença exequenda transitou em jul-

gado em 3.9.2002 (e-STJ fls. 28) e os recorridos apresentaram o pedido de cumprimento de Sentença somente em 30.12.2009 (e-STJ fls. 43/45), quando já transcorrido o prazo de 5 (cinco) anos, estando portanto prescrita a pretensão executória.

31. Ante o exposto:

a) Para os fins de julgamento de Recurso Representativo de Controvérsia (CPC, art. 543-C, com a redação dada pela Lei 11.418, de 19.12.2006) declara-se consolidada a tese seguinte:

No âmbito do Direito Privado, é de cinco anos o prazo prescricional para ajuizamento da execução individual em pedido de cumprimento de sentença proferida em Ação Civil Pública.

b) Julgando-se o caso concreto, dá-se provimento ao Recurso Especial para o seguinte:

Declarar prescrita a ação e extinto o processo (CPC, art. 269, IV), atribuindo aos autores, ora recorridos, a responsabilidade por custas e despesas processuais e honorários advocatícios, fixados, estes, por equidade, com fundamento no art. 20, § 4º, do Cód. de Proc. Civil, em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a serem rateados, em partes iguais, entre todos os autores.

32. Publicado o Acórdão, expedam-se ofícios, transmitindo cópia do presente julgamento a todos os E. Presidentes dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, para que se proceda nos termos do

543-C, §§ 7º, I e II, e 8º, do Cód. de Proc. Civil, com a redação da Lei n. 11.672, de 8.5.2008.

Ministro SIDNEI BENETI, Relator.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Relator fixando a tese repetitiva tal como indicada em seu voto e, no caso concreto, dando provimento ao recurso especial, pediu VISTA antecipada a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Aguardam os Srs. Ministros Raul Araújo, Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Buzzi.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

VOTO-VISTA

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI:

Cuida-se de recurso especial interposto pelo BANCO ITAÚ S.A., com fundamento no art. 105, III, "a", da CF/88, contra acórdão proferido pelo TJ/PR.

Ação: de execução individual de sentença proferida no âmbito de ação civil pública.

Exceção de prescrição: oposta pelo recorrente, suscitando a incidência de prazo prescricional de 05 anos.

Decisão interlocutória: rejeitou a exceção de prescrição e de-

terminou o prosseguimento da execução, dando azo à interposição de agravo de instrumento pelo recorrente.

Acórdão: o TJ/PR negou provimento ao agravo de instrumento, reconhecendo que o prazo prescricional de 20 anos reconhecido judicialmente para o ajuizamento da ação de conhecimento também se aplica à execução individual da sentença coletiva, nos termos do enunciado nº 150 da Súmula/STF.

Embargos de declaração: interpostos pelo recorrente, foram rejeitados pelo TJ/PR.

Recurso Especial: alega violação dos arts. 177 do CC/16; 206, § 3º, IV, e 2.028 do CC/02; 21 da Lei nº 4.717/65; e 469, III, do CPC.

Exame de Admissibilidade: o TJ/PR negou seguimento ao recurso especial, dando azo à interposição do AREsp 9.818/PR, conhecido para determinar o julgamento do recurso principal.

Afetação como repetitivo: tendo em vista a existência de uma multiplicidade de processos versando sobre o mesmo tema, o processo foi afetado para julgamento pela 2ª Seção como representativo de controvérsia repetitiva, nos termos do art. 543-C do CPC.

Parecer do MPF: o i. Subprocurador-Geral da República Dr. Pedro Hugo Gueiros Bernardes Filho manifestou-se preliminarmente pela afetação do processo à Corte Especial e, no mérito, pela manutenção do acórdão recorrido.

Voto do Relator: dá provimento ao recurso especial, fixando a tese de que é de 05 anos o prazo prescricional para ajuizamento da

execução individual em pedido de cumprimento de sentença proferida em ação civil pública, inclusive em caso de trânsito em julgado de julgamento que declarou a prescrição vintenária da ação do processo de conhecimento.

Revisados os fatos, decido.

Cinge-se a lide a determinar o prazo prescricional para ajuizamento de execução individual de sentença proferida em ação civil pública, presente a peculiaridade de ter sido judicialmente reconhecido prazo de 20 anos para propositura da ação coletiva.

O tema não é novo e vem sendo seguidamente enfrentado por todos os Ministros integrantes desta 2^a Seção, dada a existência de milhares de execuções versando sobre a mesma matéria, a grande maioria delas, aliás, derivadas da mesma sentença coletiva, proferida no âmbito da ação civil pública nº 98.0016021-3, ajuizada pela APADECO em benefício dos poupadore do Estado do Paraná, circunstância que justificou a afetação deste processo como representativo de controvérsia repetitiva.

Embora, como ressaltado pelo i. Min. Relator, as decisões até aqui proferidas indiquem uma tendência de consolidação do entendimento desta Corte no sentido de que o prazo prescricional para execução individual da sentença coletiva seria quinquenal, é possível encontrar alguns julgados – relativos a situações análogas – em que houve posicionamento diverso.

Nesse sentido, destaca-se o AgRg no REsp 1.113.844/RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe de 09.08.2012 e o REsp 995.995/DF, 3^a Turma, minha relatoria, DJe de 16.11.2010, nos quais, analisando a lacuna da Lei nº 7.347/85 quanto à prescrição da ação, concluiu-se pela aplicação do prazo do Código Civil.

Não bastasse isso, há de se considerar que estamos em sede de julgamento realizado à luz do art. 543-C do CPC, cujo resultado irá definir uma orientação definitiva e sumular do STJ sobre o tema.

Dessa forma, por se tratar de oportunidade derradeira para debates, é imperioso que se faça uma reflexão detida e cautelosa, diria eu até crítica sobre os precedentes até aqui produzidos, alcançando-se o máximo de certeza sobre o que está prestes a ser definido, que terá reflexo patrimonial para milhares de pessoas.

Em situações como a presente não podemos ser movidos por um espírito conformista, postura passiva e até certo ponto cômoda de simplesmente se ater ao entendimento dominante, e sim por um ímpeto questionador, no anseio de encontrar solução que se mostre a mais justa e equilibrada, sempre cientes de que somos responsáveis pela uniformização da jurisprudência em matéria infraconstitucional.

A própria Corte Especial compartilha desse entendimento, tendo, no julgamento do REsp 1.102.467/RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, DJe de 29.08.2012, consignado a “possibilidade de se discutir novamente, pelo procedi-

mento dos recursos repetitivos, a matéria já pacificada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça”.

I. Delimitação da controvérsia.

Conforme destacado pelo i. Min. Relator, os diversos julgados existentes sobre o tema, inclusive de minha relatoria, partem de dois paradigmas centrais: os REsp 1.070.896/SC, 2^a Seção, DJe de 04.08.2010; e 1.276.376/PR, 4^a Turma, DJe de 01.02.2012, ambos relatados pelo i. Min. Luis Felipe Salomão.

No REsp 1.070.896/SC, concluiu-se pela aplicação analógica do prazo prescricional de 05 anos do art. 21 da Lei nº 4.717/65 às ações civis públicas.

No REsp 1.276.376/PR, tendo por objeto a mesma sentença coletiva derivada da ação civil pública nº 98.0016021-3, partiu-se da premissa fixada no precedente anterior para aplicar à execução individual o prazo prescricional de 05 anos, sob a alegação de que a regra abstrata de direito adotada na fase de conhecimento para determinar o prazo de prescrição não faria coisa julgada em relação ao prazo prescricional a ser fixado para a execução da respectiva sentença.

Em suma, portanto, não obstante o reconhecimento incidental do prazo vintenário para ajuizamento da ação civil pública nº 98.0016021-3, o STJ declarou que as execuções individuais da respectiva sentença devem ser propostas no prazo de 05 anos, tendo em vista a existência de orientação

jurisprudencial superveniente nesse sentido.

Não obstante tenha inicialmente me filiado a esse entendimento, já há algum tempo venho refletindo sobre essa questão, tendo concluído pela necessidade de revisão dessa jurisprudência, não apenas pelas suas consequências econômico-sociais para os diversos poupadores do Estado do Paraná, mas sobretudo pelos seus reflexos para a política judiciária nacional.

II. O prazo prescricional para ajuizamento de ações coletivas para a tutela de direitos individuais homogêneos.

Ao julgar o AgRg nos EREsp 78.173/PR, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 24.04.2012, a Corte Especial realizou interessante debate sobre o tema, do qual tive a oportunidade de participar e que serviu de motivação para essa revisão do meu posicionamento.

Naquela ocasião, o i. Min. Teori Albino Zavascki, profundo conhecedor da matéria, sendo inclusive autor de livro sobre o tema (*Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: RT, 2011) externou não apenas a sua discordância com a solução dada ao REsp 1.070.896/SC, mas a sua preocupação com os raciocínios então desenvolvidos. Tomei a liberdade de solicitar à Coordenadoria da Corte Especial as notas taquigráficas daquele julgamento, pelo que transcrevo a seguir as considerações do i. Min. Teori:

(...) Acho que se fez uma grande confusão.

Para a ação civil pública, o prazo [prescricional] é de 05 anos como é da ação popular, mas ação civil pública é uma denominação genérica que engloba muita coisa. Especificamente, a lei que prevê o prazo de cinco anos para a ação civil pública é para direitos transindividuais. A ação civil pública, que na verdade a lei chama de ação civil coletiva e se refere a direitos individuais homogêneos, ela se refere a outra espécie de direitos; são direitos subjetivos individuais, que podem ser tutelados individualmente.

O que acontece? Quando se trata de tutelar direitos subjetivos individuais, que têm um prazo diferente de cinco anos, não podemos, a pretexto de tutelá-los coletivamente, criar uma situação pior para quem é tutelado. Salvo melhor juízo, foi isso o que aconteceu lá [no julgamento do REsp 1.070.896/SC]. São poupançadores que entraram com ação contra o banco que tinha, na época vinte anos, e que a ação civil pública, pela decisão aí, disse que é cinco anos. A pretexto de tutelar, tirou quinze anos de prescrição, por isso está surgiendo esse fenômeno que a Sra. Ministra Nancy Andrichi está colocando.

Realmente, a defesa de direitos coletivos não se confunde com a defesa coletiva de direitos. Os direitos subjetivos individuais, uma vez tutelados coletivamente, não podem receber o mesmo tratamento dispensado a direitos de natureza transindividual, notadamente quando isso acarretar prejuízos em

relação às vantagens que o interessado teria na defesa autônoma dos seus direitos.

Diferentemente dos direitos coletivos – transindividuais e indivisíveis – os direitos individuais homogêneos são os mesmos direitos comuns ou afins previstos no art. 46 do CPC, cuja defesa coletiva se legitima apenas do ponto de vista **instrumental**, objetivando conferir maior efetividade à prestação jurisdicional.

Nesse aspecto, o i. Min. Herman Benjamin observa que os direitos homogêneos são, “por via exclusivamente pragmática, transformados em estruturas moleculares, não como fruto de sua indivisibilidade inerente ou natural (interesses e direitos públicos e difusos) ou da organização ou da existência de uma relação jurídica base (interesses coletivos *stricto sensu*), mas por razões de facilitação de acesso à justiça, pela priorização da eficiência e da economia processuais”.

Assim, se a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos se justifica unicamente por motivos instrumentais, portanto sem a modificação do direito subjetivo individual de cada interessado, não se pode admitir que a suposta facilitação do acesso à justiça venha a ter efeito inverso (e perverso), impondo desvantagens a esses interessados.

É exatamente por isso que não convence a alegação de que o prazo prescricional do Código Civil seria inaplicável porque, à época dos fatos (1989), não havia a possibilidade de ajuizamento da ação civil pública decorrente de direitos

individuais homogêneos, consagra-
da apenas com o advento do CDC.

Ora, o CDC apenas criou uma nova modalidade de tutela coletiva, visando justamente a facilitar a defesa de direitos individuais homogêneos, de sorte que, como corolário lógico, a utilização dessa nova via processual jamais poderá induzir redução do prazo prescricional do direito material envolvido. Ademais, o surgimento de uma nova regra de direito processual não tem o condão de influenciar as regras de direito material.

Nessa ordem de ideias, não há como aceitar que um direito, que exercido individualmente tem um prazo prescricional de 20 anos, ao ser tutelado coletivamente sofra drástica redução e passe a prescrever em apenas 05 anos.

Evidentemente, não foi esse o intuito do legislador, tampouco pode ser o resultado alcançado pelo intérprete na exegese da sistematização de defesa coletiva de direitos individuais homogêneos.

Ainda que ação civil pública e ação popular formem um microssistema de tutela de direitos difusos, seus objetivos são bastante distintos, sendo muito mais razoável que, no processo de diálogo de fontes buscado pelo REsp 1.070.896/SC, se opte pela aplicação subsidiária do Código Civil, que rege o próprio direito material da controvérsia objeto da ação civil pública nº 98.0016021-3.

De forma semelhante, a regra do art. 7º do CDC atrai com muito mais vigor a incidência analógica do prazo do art. 177 do CC/16 (art. 205 do CC/02) – que, repise-se, rege

o próprio direito material em discussão na ação – do que do prazo do art. 27 do CDC, que se refere exclusivamente a fato do produto ou serviço, ou seja, um defeito de segurança do produto ou serviço, do que não se cogita na espécie.

Não se ignora, por fim, a ressalva feita no julgamento do REsp 1.275.215/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 01.02.2012, de que um prazo de 20 anos para o cumprimento da sentença resultaria num prazo total de 40 anos entre a lesão de direito individual e o requerimento de execução, considerado muito alto.

Todavia, há de se ter em mente que esse prazo decorre da aplicação do CC/16, cujos prazos foram estabelecidos há praticamente 100 anos, numa época em que a realidade era outra, em especial no que se refere aos meios de comunicação, então quase que restritos à via postal. A evolução tecnológica aproximou e integrou as pessoas em âmbito mundial, permitindo, entre outras coisas, a redução dos prazos prescricionais, medida já adotada pelo legislador no CC/02.

Dessarte, não podemos nos impressionar com um suposto prazo de 40 anos entre o dano e o seu efetivo resarcimento, não apenas porque ele está incidindo sobre um direito violado há mais de 30 anos (época em que não tínhamos a Internet e os celulares e mesmo a utilização de fax era bastante restrita), mas sobretudo porque esse prazo sequer será aplicável a situações futuras, doravante regidas pelo CC/02.

Por outro lado, essa interpretação distorcida das regras de defesa coletiva de direitos tem consequências igualmente perniciosas para o nosso sistema de política judiciária, desestimulando, potencialmente, a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos.

Foi justamente essa circunstância que motivou minha intervenção no julgamento do mencionado AgRg nos EREsp 78.173/PR: a partir do momento em que os interessados constatam que o prazo para execução da sentença coletiva está prescrito, a tendência natural será dar continuidade às suas ações individuais, situação que certamente contribuirá para o assoberbamento do Poder Judiciário, com a retomada de milhares de processos até então suspensos (e cujo caminho natural seria a perda de objeto).

Em outras palavras, a se confirmar o entendimento do voto condutor, o STJ estará incentivando a substituição do julgamento de uma única ação coletiva pelo julgamento de milhares de ações individuais.

Note-se que esses reflexos não se limitam aos processos da APADECO, mas potencialmente a todos aqueles em que um direito individual homogêneo venha a ser coletivamente tutelado.

Em síntese, o resultado do presente julgamento ameaça a efetividade da tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, atentando inclusive contra os princípios constitucionais da economia processual e da razoável duração do processo.

III. A aplicabilidade do enunciado nº 150 da Súmula/STF.

De outro giro, julgo importante tecer algumas considerações acerca da incidência do enunciado nº 150 da Súmula/STF às ações coletivas.

Ainda que, para argumentar, se pudesse admitir a aplicação analógica do prazo prescricional de 05 anos do art. 21 da Lei nº 4.717/65 ou do art. 27 do CDC às ações civis públicas – conforme novo entendimento definido a partir do julgamento do REsp 1.070.896/SC – de qualquer maneira haveria de se respeitar, na execução da respectiva sentença, o prazo prescricional do direito material em discussão, melhor dizendo, o prazo prescricional da ação individual cabível para tutela da mesma pretensão de direito material, e não o prazo fixado para ajuizamento da ação civil pública.

Afinal, como admitir um prazo processual (para execução da sentença) diferente (e, pior do que isso, inferior) do prazo de direito material assegurado ao próprio exequente na fase de conhecimento para a defesa individual de sua pretensão?

Acrescente-se, por oportuno, que a relação jurídica derivada da execução da sentença coletiva é absolutamente autônoma da ação civil pública que lhe dá origem. Nesse sentido, aliás, a conclusão alcançada no REsp 1.091.044/PR, 3^a Turma, minha relatoria, DJe de 24.11.2011, tendo por objeto justamente a ação civil pública nº 98.0016021-3, de que “a execução

individual de sentença coletiva não pode ser considerada mera fase do processo anterior, por quanto uma nova relação jurídica processual se estabelece” (No mesmo sentido: REsp 1.070.940/PR, 3ª Turma, minha relatoria, DJe de 25.11.2011).

Ademais, como visto, a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos se justifica unicamente por motivos instrumentais, portanto sem a modificação do direito subjetivo individual de cada interessado, que deve ser garantido por ocasião da execução da sentença advinda da ação civil pública.

Diante disso, tendo em vista: (i) a autonomia da relação jurídica executiva frente à relação jurídica formada na ação de conhecimento coletiva da qual deriva a sentença exequenda; e (ii) que a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos se justifica unicamente por motivos instrumentais, sem modificação do direito subjetivo individual de cada interessado; conclui-se inexoravelmente pela aplicabilidade apenas imprópria do enunciado nº 150 da Súmula/STF às execuções individuais de sentenças proferidas em ações coletivas.

Afirma-se a aplicabilidade **imprópria** do referido enunciado sumular, pois o que se exige é que a execução observe o mesmo prazo de prescrição da ação individual de que cada interessado para defesa de seu direito, e não da ação que tutela coletivamente esse mesmo direito e da qual deriva a sentença exequenda.

IV. Conclusão.

Assim, por qualquer ângulo que se analise a questão, conclui-se que, ao titular de direito individual homogêneo tutelado coletivamente deve ser assegurado, para a execução individual da respectiva sentença, o mesmo prazo prescricional da ação individual cabível para defesa autônoma da pretensão de direito material.

(i) Da tese jurídica repetitiva.

Fica, pois, para efeitos de julgamento de recurso afetado como representativo de controvérsia repetitiva, nos termos do art. 543-C do CPC, consolidado o entendimento de que, ao titular de direito individual homogêneo tutelado coletivamente fica assegurado, para a execução individual da respectiva sentença, o mesmo prazo prescricional da ação individual cabível para defesa autônoma da pretensão de direito material.

(ii) Da hipótese específica dos autos.

Na espécie há decisão incidental transitada em julgado no âmbito do processo de conhecimento, reconhecendo o prazo prescricional de 20 anos para exercício da pretensão de direito material.

Dessa forma, igual prazo deve ser aplicado para a execução da sentença derivada da ação coletiva.

Quando muito, poder-se-ia admitir a redução do prazo prescricional para 10 anos, tendo em vista o advento do CC/02, com a consequente aplicação das regras dos seus arts. 205 e 2.028.

Em qualquer caso, considerando que a sentença proferida na ação civil pública transitou em julgado em 03.09.2002 e que os recorridos apresentaram o pedido de cumprimento de sentença em 30.12.2009, temos um intervalo de menos de 08 anos, portanto não fulminado pela prescrição.

Forte nessas razões, peço as mais elevadas vêniás para divergir do voto do i. Min. Relator, negado provimento ao recurso especial.

VOTO-VOGAL

EXMO. SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO: Sr. Presidente, quero cumprimentar a eminente Ministra Nancy Andrichi pelo majestoso voto que traz à nossa apreciação. Porém, entendo que o prazo prescricional previsto no Código Civil de 1916, que constituía um microssistema de feição mais individualista e hoje superado, porque já não dialogava bem com a Constituição Federal, não deve ser ainda agora por nós relacionado com os prazos aplicáveis ao sistema de ações coletivas. Para este novo sistema, de ordem mais consante com a atualidade, estabelecemos o entendimento consolidado de que o prazo seria quinquenal, ou seja, mais curto, de cinco anos.

Por essa razão, pedindo vênia à eminente Ministra Nancy Andrichi, acompanho o eminente Relator.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO (Relator):

Sr. Presidente, com a vênia do eminente Relator, acompanho integralmente a divergência inaugurada pela Ministra Nancy Andrichi.

VOTO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI: Sr. Presidente, peço vênia para acompanhar o eminente Relator.

Compreendo a preocupaçãoposta no voto da eminente Ministra Nancy Andrichi, mas observo que não estamos prejudicando em nada o direito do consumidor de, durante vinte anos, entrar com sua ação individual.

O voto da Ministra Nancy Andrichi bem reconhece que aqueles que não tiverem exercido a pretensão de executar a sentença na ação coletiva em cinco anos podem dar andamento às suas ações individuais, caso elas tenham sido ajuzadas no prazo vintenário. Só não está amparada a situação daqueles que deixaram exaurir os vinte anos sem entrar com uma ação individual e, além disso, deixaram exaurir os cinco anos sem executar a sentença coletiva.

Observo que é grande a diferença entre ações individuais e ações coletivas e, certamente, foi por isso que esta Seção, já há mais tempo, entendeu de aplicar esse prazo de cinco anos às ações coletivas, mesmo quando elas defendam direitos individuais, que não é a sua vocação primeira; sua vocação primeira foi defender direitos difusos e coletivos propriamente ditos.

Quando se entra com uma ação individual, o autor tem o ônus de

demonstrar, em sua inicial, pelo menos que existe uma relação jurídica.

O STJ já decidiu que o consumidor, na ação individual, não precisa juntar todos os extratos de sua caderneta de poupança ao longo do período que irá ser considerado na fase de liquidação e execução. Mas também já decidiu o STJ, em caráter repetitivo, que é ônus do autor juntar, pelo menos, a prova de que havia uma relação jurídica entre ele e a instituição financeira na época do expurgo buscado na inicial.

Para isso, ele teve vinte anos para entrar com uma ação provando que havia relação jurídica e que houve lesão de direito naquele período.

Já na ação coletiva, dadas as características do processo coletivo, não há, na fase de conhecimento, a prova da existência de relação jurídica entre cada substituído e o réu, ou seja, no processo coletivo, na fase de conhecimento, consegue-se uma sentença quase tão abstrata quanto a lei. Dita-se apenas uma regra de direito específica para aquele tipo de lesão de direito alegado, mas, na fase de conhecimento, não há a individualização sequer dos beneficiários da sentença, daqueles que tinham conta na época e que, portanto, vão ser beneficiados pela liquidação.

Toda a fase de juntada de prova, de cognição mesmo quanto à existência da própria relação jurídica, fica postergada para a fase de execução e liquidação. E é por isso que entendo acertado o voto do

Ministro Salomão, quando afirma que esse entendimento de reconhecer o prazo de vinte anos para executar essas sentenças coletivas equivaleria, na prática, a um prazo de quarenta anos para que o consumidor fosse buscar na Justiça o seu direito.

Com essas considerações, peço a máxima vénia à divergência e acompanho o voto do Relator, dando provimento ao recurso especial.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA: Sr. Presidente, com a devida vénia da Ministra NANCY ANDRIGHI, que, como sempre, nos oferece um voto primoroso e instigante, acompanho o Sr. Ministro Relator, pelos fundamentos contidos em seu voto, com os acréscimos oferecidos pelos Ministros RAUL ARAÚJO e ISABEL GALLOTTI.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista antecipado da Sra. Ministra Nancy Andrichi inaugurando a divergência e negando provimento ao recurso especial, no que foi acompanhada pelos Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Marco Buzzi, e dos votos dos Srs. Ministros Raul Araújo Filho, Maria Isabel Gallotti,

Antonio Carlos Ferreira e Ricardo Villas Bôas Cueva acompanhando o Sr. Ministro Relator e dando provimento ao recurso especial, a Seção, por maioria, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os efeitos do art. 543-C, do CPC, foi fixada a seguinte tese: "No âmbito do Direito Privado, é de cinco anos o prazo prescricional para ajuizamento da execução in-

dividual em pedido de cumprimento de sentença proferida em Ação Civil Pública."

Os Srs. Ministros Raul Araújo Filho, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com o Sr. Ministro Relator.

Vencidos os Srs. Ministros Nancy Andrighi (voto-vista), Paulo de Tarso Sanseverino e Marco Buzzi.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Superior Tribunal de Justiça

Taxa de Abertura de Crédito (TAC). Taxa de Emissão de Carnê (TEC). Expressa previsão contratual. Cobrança. Legitimidade.¹

EMENTA OFICIAL

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NULIDADE. AUSÊNCIA. TAXA DE ABERTURA DE CRÉDITO (TAC). TAXA DE EMISSÃO DE CARNÊ (TEC). EXPRESA PREVISÃO CONTRATUAL. COBRANÇA. LEGITIMIDADE.

1. Não viola a norma de regência dos embargos de declaração o acórdão que apenas decide a lide contrariamente aos interesses da parte.

2. As normas regulamentares editadas pela autoridade monetária facultam às instituições financeiras, mediante cláusula contratual expressa, a cobrança administrativa de taxas e tarifas para a prestação de serviços bancários não isentos.

3. As tarifas de abertura de crédito (TAC) emissão de carnê (TEC), por não estarem encartadas nas vedações previstas na legislação regente (Resoluções 2.303/1996 e 3.518/2007 do CMN), e ostentarem natureza de remuneração pelo serviço prestado pela instituição financeira ao consu-

midor, quando efetivamente contratadas, consubstanciam cobranças legítimas, sendo certo que somente com a demonstração cabal de vantagem exagerada por parte do agente financeiro é que podem ser consideradas ilegais e abusivas, o que não ocorreu no caso presente

(REsp 1.246.622/RS, Rel. Ministro LUIZ FELIPE SALOMÃO, unânime, DJe de 16.11.2011)

4. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Massami Uyeda acompanhando a Sra. Ministra Relatora e conhecendo do recurso e lhe dando provimento, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Raul Araújo e Marco Buzzi, a Segunda Seção, por maioria, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora, vencidos os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Nancy Andrichi, que negavam provimento ao recurso especial. Os Srs. Ministros Massami Uyeda (voto-vista),

¹ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1143039&sReg=201101849259&sData=20121105&formato=PDF>. Acesso em: 05 abr. 2013.

Marco Buzzi, Luis Felipe Salomão e Raul Araújo votaram com a Sra. Ministra Relatora nesta assentada. Votaram em sessões anteriores, com a Relatora, os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira e Ricardo Villas Bôas Cueva.

Votaram vencidos os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Nancy Andrichi.

Brasília/DF, 10 de outubro de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI, Relatora.

REsp 1.270.174 - RS (2011/0184925-9). DJe 05.11.2012.

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI: - Uldemary Sosa Blota ajuizou ação em face do Banco Volkswagen com o objetivo de revisar contrato de financiamento com garantia de alienação fiduciária, formalizado mediante cédula de crédito bancário.

O Juízo da 3^a Vara Cível de Santa Vitória do Palmar, RS, julgou parcialmente procedentes os pedidos.

O TJRS deu parcial provimento à apelação da instituição financeira apenas para revogar a tutela antecipatória impeditiva da inscrição em cadastro de inadimplentes e para permitir a capitalização dos juros em periodicidade mensal, havendo na mesma oportunidade declarado a nulidade da cobrança de tarifa e/ou taxa com várias denominações, por força da aplicação dos arts. 46 e 51, IV, do CDC. O acórdão possui a seguinte ementa (fl. 230):

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. PRELIMINAR. REVOCAÇÃO DAS ANTECIPAÇÕES DE TUTELA. Inexistente abusividade a justificar a revisão contratual, é impositiva a revogação da antecipação de tutela, no tocante à vedação da inscrição do nome da parte autora em órgãos de proteção ao crédito e da posse do bem objeto do contrato. Precedente do STJ. CAPITALIZAÇÃO. A capitalização de juros é permitida na forma pactuada nos contratos de cédula de crédito bancário, de acordo com a Lei nº 10.931/2004. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. É impossível a cobrança de comissão de permanência cumulada com outros encargos moratórios (juros moratórios, multa e correção monetária). Limitação à taxa de juros remuneratórios aplicável ao contrato. Precedentes do STJ. TARIFA/TAXA PARA COBRANÇA DE DESPESAS ADMINISTRATIVAS PELA CONCESSÃO DO FINANCIAMENTO. A tarifa/taxa para cobrança de despesas administrativas pela concessão do financiamento é nula de pleno direito, por ofensa aos arts. 46, primeira parte, e 51, inc. IV, do CDC. FORMA DE COBRANÇA DO IOF. A cobrança do tributo diluído nas prestações do financiamento se afigura como condição iníqua e desvantajosa ao consumidor (CDC, art. 51, IV). REPETIÇÃO DO INDÉBITO. Admite-se a repetição do indébito de valores pagos em virtude de cláusulas ilegais, em razão do princípio que veda o enriquecimento injustificado do credor.

COMPENSAÇÃO DE VALORES. É possível a compensação de valores quando se trata de ação revisional, depois de liquidada a sentença. MORA. Não evidenciadas ilegalidades/abusividades em encargos exigidos no período da normalidade contratual, configurada está a mora. RESP. 1.061.530. Preliminar acolhida. Apelação parcialmente provida.”

Nos embargos de declaração, entre outros temas, o banco sustenta que a exigência de pagamento da “TAC” está autorizada pelas Resoluções 2.303/1996, 2.747/2000, 2.878/2001 e 2.892/2001, editadas com base no arts. 4º, VI e IX, e 9º da Lei 4.595/1964, e se harmoniza com o CDC, pois não constitui abusividade, já que o custo da operação pode ou não ser inserido na taxa de juros remuneratórios. O recurso foi rejeitado às fls. 247/251.

O especial, interposto com base no art. 105, III, “a” e “c”, da Constituição Federal, aponta negativa de vigência dos arts. 535, I e II, do CPC, 4º, VI, 9º e 10 da Lei 4.595/1964, e violação dos arts. 6º, III, e 51, IV, do CDC.

Preliminarmente, inquia nulidade ao julgado por não enfrentar os pontos omissos abordados nos embargos de declaração.

No mérito, afirma que as tarifas de abertura de crédito (TAC) e de emissão de boleto bancário (TEC) são decorrentes da prestação do serviço e visam à cobertura dos custos da instituição financeira, cuja cobrança não é vedada pelas Resoluções 2.303/1996 e 2.747/2000, editadas pelo Conselho Monetária

Nacional, a quem compete privativamente, em nome da União, regulamentar o Sistema Financeiro Nacional (CMN) com base na Lei 4.595/1964.

Adiciona que as Resoluções 2.878, art. 3º, VII, e 2.892/2001 são compatíveis com o CDC, pois atendem o princípio da clara informação, com ampla divulgação, retirando qualquer eiva de nulidade, e disciplinam o reembolso destas despesas pelos correntistas e mutuários, conjuntamente ou não com a taxa de juros remuneratórios. Argumenta que o custo do empréstimo pode ser inserido totalmente na taxa de juros ou em encargos acessórios do contrato, conforme opte a instituição emprestada. Aduz que não há princípio jurídico que obrigue o fornecedor a concentrar o custo de qualquer operação na prestação principal, proibindo-lhe a diluição em prestações acessórias. Muito pelo contrário, pode-se argumentar que as referidas taxas vão ao encontro dos princípios norteadores do CDC (art. 6º, III), pois discriminam claramente os encargos contratuais.”

Não foram apresentadas contrarrazões (fl. 268).

Decisão presidencial de admissibilidade do especial às fls. 270/273.

É o relatório.

VOTO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI (Relatora): - Cuida-se de ação revisional de cédula de cré-

dito bancário com garantia de alienação fiduciária, na qual foi declarada a nulidade da cobrança das tarifas de abertura de crédito e de emissão de boleto bancário.

Preliminarmente, em relação à suposta ofensa ao art. 535, I e II, do CPC, verifico que inexiste omissão ou ausência de fundamentação na apreciação das questões suscitadas, senão julgamento contrário à pretensão da parte, o que não se confunde com nulidade.

Com efeito, não se exige do julgador a análise de todos os argumentos das partes a fim de expressar o seu convencimento. O pronunciamento acerca dos fatos controvertidos, a que está o magistrado obrigado, encontra-se objetivamente fixado nas razões do acórdão recorrido.

No mérito, sobre a legalidade da cláusula que estabelece a cobrança da taxa/tarifa para cobrança de despesas administrativas, seja de abertura de crédito (TAC) ou de emissão de carnê (TEC), o acórdão recorrido assim dispôs (fl. 233):

"Deve ser reconhecida, também, a nulidade da cobrança de tarifa e/ou taxa com várias denominações, para fins de reembolsar a parte demandada das despesas administrativas que teve a concessão do financiamento, eis que, primeiramente, ofende o art. 46, primeira parte, do CDC ('Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ...'), assim como o art. 51,

inc. IV, do CDC ('São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: ... IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exacerbada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade').

É que o contrato não explica a razão da cobrança desta tarifa e/ou taxa, pois nele apenas consta o seu valor, e também porque transfere o custo administrativo da operação financeira ao financiado, colocando-o em desvantagem exacerbada."

Por outro lado, os arts. 4º, VI, e 9º da Lei 4.595/1964 têm a seguinte redação:

"Art. 4º Compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República:
(...)

VI - Disciplinar o crédito em todas as suas modalidades e as operações creditícias em todas as suas formas, inclusive aceites, avais e prestações de quaisquer garantias por parte das instituições financeiras;
(...)

Art. 9º Compete ao Banco Central da República do Brasil cumprir e fazer cumprir as disposições que lhe são atribuídas pela legislação em vigor e as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional."

Com base nesta autorização legal, o CMN, por intermédio do BACEN, editou diversas regulamentações sobre a remuneração pelos

serviços bancários, entre as quais são dignas de destaque as seguintes:

A Resolução 2.303, 25.7.1996, disciplinava "...a cobrança de tarifas pela prestação de serviços por parte das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil" (revogada pela Resolução 3.518).

A Resolução 2.747, de 28.6.2000, que alterou "...normas relativas à abertura e ao encerramento de contas de depósitos, a tarifas e ao cheque".

A Resolução 2.878, de 26.7.2001, que dispôs "...sobre procedimentos a serem observados pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil na contratação de operações e na prestação de serviços aos clientes e ao público em geral".

A Resolução 2.892, de 27.9.2001, que alterou "... A Resolução 2.878, de 2001, que dispõe sobre procedimentos a serem observados pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil na contratação de operações e na prestação de serviços aos clientes e ao público em geral", havendo especificado que:

"Art. 2º Ficam as instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil obrigadas a exigir de seus clientes e usuários confirmação clara e objetiva quanto a aceitação do produto ou serviço oferecido ou colocado a sua disposição, não

podendo considerar o silêncio dos mesmos como sinal de concordância."

A Resolução 3.518, de 6.12.2007, que "Disciplina a cobrança de tarifas pela prestação de serviços por parte das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil", reza:

"Art. 3º Os serviços prioritários para pessoas físicas, assim considerados aqueles relacionados às contas de depósito, transferências de recursos, operações de crédito e cadastro, serão definidos pelo Banco Central do Brasil, que estabelecerá a padronização de nomes de canais de entrega, a identificação por siglas e a descrição dos respectivos fatos geradores."

A Resolução 3.919, de 25.11.2010, que alterou e consolidou "...as normas sobre cobrança de tarifas pela prestação de serviços por parte das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil e dá outras providências", sobre o tema, dispôs:

"Art. 1º A cobrança de remuneração pela prestação de serviços por parte das instituições financeiras e demais instituições autorizadas pelo Banco Central do Brasil, conceituada como tarifa para fins desta resolução, deve estar prevista no contrato firmado entre a instituição e o cliente ou ter sido o respectivo serviço previamente autorizado ou solicitado pelo cliente ou usuário."

Conclui-se, portanto, que a posição assumida pelo acórdão recorrido contraria o entendimento dessa Corte, no sentido de que, havendo pactuação expressa, “em relação à cobrança das tarifas de abertura de crédito, emissão de boleto bancário e IOF financiado, há que ser demonstrada de forma objetiva e cabal a vantagem exagerada extraída por parte do recorrente que redundaria no desequilíbrio da relação jurídica, e por conseguinte, na ilegalidade da sua cobrança”, o que não ocorreu no caso dos autos. Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO BANCÁRIO. AÇÃO REVISIONAL. JUROS REMUNERATÓRIOS. LIMITAÇÃO AFASTADA. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. LICITUDE DA COBRANÇA. CUMULAÇÃO VEDADA. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. PACTUAÇÃO EXPRESSA. NECESSIDADE. DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA. PRESSUPOSTO NÃO-EVIDENCIADO. INSCRIÇÃO DO DEVEDOR NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. LEGITIMIDADE.

1. A alteração da taxa de juros remuneratórios pactuada em mútuo bancário e a vedação à cobrança da taxa de abertura de crédito, à tarifa de cobrança por boleto bancário e ao IOC financiado dependem, respectivamente, da demonstração cabal de sua abusividade em relação à taxa média do mercado e da comprovação do desequilíbrio contratual.

2. Nos contratos bancários firmados posteriormente à entrada em vigor da MP n. 1.963-17/

2000, reeditada sob o n. 2.170-36/2001, é lícita a capitalização mensal dos juros, desde que expressamente prevista no ajuste.

3. É admitida a cobrança da comissão de permanência durante o período de inadimplemento contratual, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Bacen.

4. Não evidenciada a abusividade das cláusulas contratuais, não há por que cogitar do afastamento da mora do devedor.

5. A simples discussão judicial da dívida não é suficiente para obstar a negativação do nome do devedor nos cadastros de inadimplentes.

6. Agravo regimental desprovido.”

(4ª Turma, AgRg no REsp 1.003.911/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, unânime, DJe de 11.2.2010, grifei)

“DIREITO BANCÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO. JUROS REMUNERATÓRIOS. TAXA PREVISTA NO CONTRATO RECONHECIDAMENTE ABUSIVA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SÚMULA 7 DO STJ. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS. AUSSÊNCIA DE EXPRESSA PACTUAÇÃO CONTRATUAL. SÚMULAS 5 E 7/STJ. TARIFA PARA ABERTURA DE CRÉDITO E PARA EMISÃO DE CARNÊ. LEGITIMIDADE. ABUSIVIDADE NÃO DEMONSTRADA. DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA. COBRANÇA DE ACRÉSCIMOS INDEVIDOS. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. Inexiste violação ao art. 535 do CPC quando o Tribunal de ori-

gem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma suficiente sobre a questão posta nos autos, sendo certo que o magistrado não está obrigado a rebater um a um os argumentos trazidos pela parte caso os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

2. A Segunda Seção, por ocasião do julgamento do REsp 1.061.530/RS, submetido ao rito previsto no art. 543-C do CPC, Relatora Ministra Nancy Andriighi, DJe 10.3.2009, consolidou o seguinte entendimento quanto aos juros remuneratórios: a) as instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), Súmula 596/STF; b) a estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade; c) são inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 combinado com o art. 406 do CC/02; d) é admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada - art. 51, §1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada ante as peculiaridades do julgamento em concreto.

3. O Tribunal a quo, com ampla cognição fático-probatória, considerou notadamente demonstrada a abusividade da taxa de juros remuneratórios pactuada no contrato em re-

lação à taxa média do mercado. Incidência da Súmula 7 do STJ.

4. A capitalização de juros não se encontra expressamente pactuada, não podendo, por conseguinte, ser cobrada pela instituição financeira. A inversão do julgado demandaria a análise dos termos do contrato, o que é vedado nesta esfera recursal extraordinária em virtude do óbice contido nas Súmulas 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça.

5. As tarifas de abertura de crédito (TAC) e emissão de carnê (TEC), por não estarem encartadas nas vedações previstas na legislação regente (Resoluções 2.303/1996 e 3.518/2007 do CMN), e ostentarem natureza de remuneração pelo serviço prestado pela instituição financeira ao consumidor, quando efetivamente contratadas, consubstanciam cobranças legítimas, sendo certo que somente com a demonstração cabal de vantagem exagerada por parte do agente financeiro é que podem ser consideradas ilegais e abusivas, o que não ocorreu no caso presente.

6. A cobrança de acréscimos indevidos a título de juros remuneratórios abusivos e de capitalização dos juros tem o condão de descaracterizar a mora do devedor. Precedentes.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e nesta extensão, parcialmente provido, sem alteração nos ônus sucumbenciais fixados pelo Tribunal de origem.

(4ª Turma, REsp 1.246.622/RS, Rel. Ministro LUIZ FELIPE

SALOMÃO, unânime, DJe de 16.11.2011, grifei)

"PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL – AGRAVO REGIMENTAL - CONTRATO - MÚTUO - SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO (SFH) - DECISÃO EXTRA PETITA - INOCORRÊNCIA - TAXA DE COBRANÇA E ADMINISTRAÇÃO (TAC) - ABUSIVIDADE NÃO DEMONSTRADA – PREVISÃO CONTRATUAL - DESPROVIMENTO.

1 - Não há que se falar em decisão extra petita, porquanto o mérito do recurso especial interposto pela instituição financeira sequer foi analisado, face à sua manifesta intempestividade.

2 - Ademais, com relação à alegada abusividade da Taxa de Cobrança e Administração - TAC, o ora agravante não trouxe elementos comprobatórios desta assertiva. Sendo assim, 'inexistindo meios de apurar a suposta abusividade, torna-se impossível ao Poder Judiciário proceder à revisão do contrato para alterar ou excluir tais cobranças. Ademais, consoante averiguado pelo Colegiado de origem, essa taxa 'está prevista no contrato, incluindo-se nos acessórios que compõem o encargo mensal (fls. 55)'.'.

3 - Agravo regimental desprovido."

(4ª Turma, AgRg no REsp 747.555/RS, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, unânime, DJU de 20.11.2006, grifei)

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. ENCARGOS MORATÓRIOS. CUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PROVA DE ERRO.

DESNECESSIDADE. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. ENCARGOS DA NORMALIDADE. COBRANÇA LEGÍTIMA. MORA DEBENDI. CARACTERIZAÇÃO. TAC. COBRANÇA. POSSIBILIDADE. DISPOSIÇÃO EX OFFICIO. AFASTAMENTO.

1. 'Nos contratos de mútuo bancário, os encargos moratórios imputados ao mutuário inadimplente estão concentrados na chamada comissão de permanência, assim entendida a soma dos juros remuneratórios à taxa média de mercado, nunca superiores àquela contratada, dos juros moratórios e da multa contratual, quando contratados; nenhuma outra verba pode ser cobrada em razão da mora. Recurso especial não conhecido' (REsp 863887/RS, Rel. Min. ARI PARGENDLER, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/03/2007, DJe 21/11/2008)

2. Possível a repetição de indébito sempre que constatada a cobrança indevida de algum encargo contratual, mostrando-se desnecessária prova de erro no pagamento, porquanto suficiente à justificação da incidência dos institutos, o repúdio ao enriquecimento sem causa.

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, se os encargos da normalidade exigidos pela instituição financeira não são abusivos, entende-se que a inadimplência não pode ser atribuída ao credor, razão pela qual há de se entender configurada a 'mora debendi'.

4. 'A alteração da taxa de juros remuneratórios pactuada em mútuo bancário e a vedação à cobrança das taxas denominadas TAC e TEC dependem da demonstração cabal de sua

abusividade em relação à taxa média do mercado e da comprovação do desequilíbrio contratual' (AgRg no REsp 1061477/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 01/07/2010)'

5. 'Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas' (Súmula 381/STJ).

6. Agravo regimental parcialmente provido.'

(3ª Turma, AgRg no REsp 897.659/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, unânime, DJe de 9.11.2010)

A mesma orientação tem sido adotada em decisões singulares, como se observa, entre outras, no REsp 1.269.226/RS (Rel. Ministro Sidnei Beneti, DJe de 30.3.2012), REsp 1.272.084/RS (Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJe de 26.3.2012), REsp 1.305.361/RS (Rel. Ministro Massami Uyeda, DJe de 26.3.2012), REsp 1.071.290/RN (Rel. Ministro Antônio Carlos Ferreira, DJe de 29.11.2011) e AREsp 1.736/RS (Rel. Ministro Marco Buzzi, DJe de 10.4.2012).

Anote que o acórdão recorrido reconheceu a pactuação expressa das tarifas questionadas, com a menção de seu valor no contrato. Não afirmou estivessem sendo exigidas em desacordo com a regulamentação expedida pelo CMN/BACEN e nem que o valor acordado fosse abusivo. Sendo assim, aplicou o art. 51, inciso IV, do CDC à situação que a ele não se subsume, violando, portanto, o referido dispositivo legal.

Por fim, entendo que assiste razão ao recorrente quando alega que a cobrança pelos diversos tipos de serviços bancários sob a forma de tarifas devidamente divulgadas e pactuadas com o correntista, desde que em conformidade com a regulamentação do CMN/BACEN, atende mais ao princípio da clara informação ao consumidor do que sua cobrança embutida na taxa de juros remuneratórios. As tarifas são pagas apenas pelo consumidor que pactuar cada um dos serviços prestados pelo banco. Já se o custo dos serviços bancários devesse integrar obrigatoriamente a taxa de juros remuneratórios, todos os tomadores de empréstimo pagariam pela generalidade dos serviços, independentemente de utilização. Assim, a discriminação dos encargos contratuais em nada onera o consumidor; ao contrário atende ao princípio da transparência e da informação.

Em face do exposto, dou provimento ao recurso especial, para restabelecer a cobrança das taxas/tarifas de despesas administrativas para abertura de crédito (TAC) e de emissão de carnê (TEC). Mantida a sucumbência fixada no acórdão recorrido.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto da Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti conhecendo

do recurso especial e lhe dando provimento, pediu VISTA antecipadamente o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Aguardam os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Massami Uyeda e Raul Araújo.

Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Nancy Andrigi e Luis Felipe Salomão.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO:

Eminentes Colegas.

Pedi vista dos autos na sessão de 25 de abril, para nova reflexão acerca do tema.

Vinha partilhando da posição adotada por todos os integrantes da Segunda Seção, lastreados em acórdão da relatoria do eminente Ministro João Otávio de Noronha, no sentido de que a cobrança das taxas denominadas TAC e TEC é legítima, considerando que sua vedação depende da demonstração cabal de sua abusividade no caso concreto:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO BANCÁRIO. AÇÃO REVISIONAL. DISPOSIÇÕES ANALISADAS DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. JUROS REMUNERATÓRIOS. TAXAS. ABERTURA DE CRÉDITO. EMISSÃO DE CARNÊ. DESEQUILÍBRIO CONTRATUAL. INEXISTENTE. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. LICITUDE DA COBRANÇA. CUMULAÇÃO VEDADA. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. 1. Não cabe ao Tribunal de origem revisar de ofício cláusu-

las contratuais tidas por abusivas em face do Código de Defesa do Consumidor. 2. A alteração da taxa de juros remuneratórios pactuada em mútuo bancário e a vedação à cobrança das taxas denominadas TAC e TEC dependem da demonstração cabal de sua abusividade em relação à taxa média do mercado e da comprovação do desequilíbrio contratual. 3. É admitida a cobrança da comissão de permanência durante o período de inadimplemento contratual, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Bacen, limitada à taxa do contrato, não podendo ser cumulada com a correção monetária, com os juros remuneratórios e moratórios, nem com a multa contratual. 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1061477/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 01/07/2010)

Nesse mesmo sentido, tem-se pautado inúmeros precedentes das duas turmas da Segunda Seção desta Corte: Ag 1.332.507/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, DJe 23/11/2011; REsp 1.301.337/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, DJe 17/04/2012; REsp 1.278.902/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, DJe 16/04/2012; AREsp 143.285/MG, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, DJe 13/04/2012; REsp 1.255.981/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe 10/04/2012; REsp 1.306.972/RS, Rel. MARIA ISABEL GALLOTTI, DJe 02/04/2012; REsp 1.301.907/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, DJe 17/04/2012; AREsp

1.736/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, DJe 10/04/2012.

Contudo, voltando a refletir acerca desse posicionamento, tenho que ele deve ser revisto, para que se reconheça que a cobrança desses encargos é abusiva, sendo incompatível com o princípio da boa-fé objetiva que norteia as relações de consumo.

A cobrança da taxa de abertura de crédito (TAC) encontrava-se respaldada, até 30 de maio de 2008, na Resolução n.º 2.878/01 do Conselho Monetário Nacional, que se limitava a determinar a transparência na cobrança de “remunerações, taxas, tarifas, comissões, multas e quaisquer outras cobranças decorrentes de contratos de abertura de crédito, de cheque especial e de prestação de serviços em geral”.

A Resolução n.º 3.518/07 do CMN, por sua vez, não previu a taxa de abertura de crédito dentre as tarifas cuja cobrança é permitida às instituições financeiras, tendo, porém, previsto o cadastro do cliente como serviço prioritário e, portanto, passível de cobrança.

Assim, no lugar da taxa de abertura de crédito, passou-se a cobrar taxa de cadastro ou tarifa cadastral.

De todo modo, seja qual for o nome que se dê à tarifa em questão, o fato é que sua cobrança se destina apenas a cobrir os custos administrativos da pesquisa prévia à aprovação do crédito solicitado.

As instituições financeiras, antes de conceder empréstimos e financiamentos, devem tomar as medidas necessárias à averiguação

da capacidade financeira do seu cliente para reduzir o risco de inadimplência.

Embora seja imprescindível essa cautela, tanto para a atividade da instituição financeira em particular como para a economia como um todo, é inegável que ela não pode ser considerada um serviço prestado ao consumidor, mas à própria instituição de crédito.

Como é cediço, a contraprestação pela concessão do crédito é o pagamento de juros remuneratórios incidentes sobre o valor disponibilizado.

O cadastro e a investigação acerca da existência de eventual restrição ao nome do consumidor em órgãos de proteção ao crédito se revertem apenas em benefício da própria financeira e não configuram serviço autônomo prestado ao cliente.

Não há, assim, razão plausível para sua cobrança. O mesmo ocorre com a taxa de emissão de carnê (TEC), cuja cobrança pelas instituições financeiras estava fundada no art. 1º, inciso III, da Resolução n.º 3.518/07 do Conselho Monetário Nacional, que dispunha:

III - não se caracteriza como tarifa o resarcimento de despesas decorrentes de prestação de serviços por terceiros, podendo seu valor ser cobrado desde que devidamente explicitado no contrato de operação de crédito ou de arrendamento mercantil.

O próprio CMN, no entanto, por meio da Resolução n.º 3.693/09 editada exclusivamente com este

fim, buscou esclarecer que o referido dispositivo não autorizava a cobrança da TEC, conforme se infere do § 2º, acrescentado à Resolução 3.518/07:

§ 2º Não se admite o resarcimento, na forma prevista no inciso III do § 1º, de despesas de emissão de boletos de cobrança, carnês e assemelhados.

Infere-se, pois, que a cobrança deste encargo, por ser evidentemente abusiva, foi proibida, em março de 2009, pelo próprio órgão responsável por regulamentar a remuneração pelos serviços bancários.

Assim, ambas as taxas administrativas em questão se prestam tão-somente a ressarcir a instituição financeira pelas despesas ocasionadas pelo contrato, não implicando qualquer benefício direto ao consumidor.

É bem verdade que, tratando-se de relação firmada no âmbito do Direito Privado, não haveria, em princípio, óbice à previsão contratual de tarifas destinadas exclusivamente a cobrir os custos administrativos de uma das partes contratantes.

Poder-se-ia dizer, até mesmo, que a remuneração contratualmente prevista sempre se destina, em certo aspecto, a saldar o valor despendido em razão do contrato, sendo que apenas uma parcela da remuneração representa efetivamente o lucro da parte contratante.

Vigora, no direito privado, o **princípio da autonomia privada** sobre o qual já tive a oportunidade

dade de discorrer em sede doutrinária (*Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 33):

A autonomia privada, embora modernamente tenha cedido espaço para outros princípios (como o da boa-fé), apresenta-se, ainda, como a pedra angular do sistema de direito privado. Esse princípio sintetiza o poder reconhecido pela ordem jurídica aos particulares para dispor acerca dos seus interesses, notadamente os econômicos (autonomia negocial), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos.

O princípio da autonomia privada, porém, tem sua aplicação bastante limitada em contratos de consumo, em razão da vulnerabilidade do consumidor no mercado massificado, presumida pelo art. 4º do CDC, que autoriza a existência de normas de proteção destinadas a garantir o equilíbrio entre as partes contratantes.

Ademais, a autonomia privada mostra-se ainda mais limitada em contratos de adesão, como o presente, em que, por não ter o aderente a possibilidade de negociar as cláusulas contratuais, não pode ser obrigado se não lhe tiver sido dada oportunidade de tomar prévio conhecimento do conteúdo do contrato ou se as cláusulas foram redigidas de modo a dificultar sua compreensão, nos termos do art. 46 do CDC.

Estabelecidas essas premissas, entendo que as taxas em questão não podem ser cobradas, por vio-

lar o princípio da boa-fé e por afrontar os deveres anexos de transparência e de informação, de observância cogente nas relações de consumo.

A cobrança da taxa de abertura de crédito ou da tarifa cadastral (TAC) e da taxa de emissão de carnê (TEC), além de não corresponder a um serviço autônomo prestado em benefício do consumidor, aumenta sensivelmente a prestação a que ele se obriga, sem que, no entanto, lhe seja dada transparência.

De fato, a essas taxas administrativas não é dado o devido destaque pelas instituições financeiras, que, em regra, não informam seu custo nas próprias mídias utilizadas para divulgação de seus produtos.

No mais das vezes, apenas há a previsão das tarifas no próprio instrumento do contrato, ao qual o consumidor adere sem saber o motivo da cobrança e sem ter sido previamente informado acerca do valor que é acrescido automaticamente ao seu débito.

Ademais, a experiência comum autoriza dizer que, ao buscar crédito no mercado de consumo, o consumidor utiliza sempre, como parâmetro de comparação para escolha da instituição financeira com quem contratar, a taxa de juros remuneratórios praticada, e não as taxas administrativas.

Note-se que, na hipótese dos autos, enquanto o crédito disponibilizado ao recorrente foi de R\$ 22.000,00, a TAC correspondeu a R\$ 500,00 e a TEC, a R\$ 3,30 por boleto emitido (fls. 33-34 e-STJ).

Considerando que foram previstas 48 prestações para pagamento do valor financiado (fl. 36), tem-se que, ao final, a TEC perfez o total de, no mínimo, R\$ 158,40.

As taxas administrativas, assim, representaram um aumento de R\$ 658,40 ao crédito disponibilizado, montante que representa quase o valor de uma das parcelas a que o devedor se obrigou mensalmente e sobre o qual incidiram todos os demais encargos.

Assim, a meu ver, a fragmentação desnecessária do preço a ser pago pelo consumidor, longe de contribuir para a transparência da relação contratual, acaba por lhe dificultar o acesso às informações de que necessita.

Ora, se a tarifa de abertura de crédito ou tarifa de cadastro (TAC) e a taxa de emissão de carnê (TEC) não ensejam benefício direto ao consumidor, não há outra razão para sua cobrança em separado que não a de mascarar uma taxa de juros mais elevada.

Note-se que as taxas administrativas em questão são cobradas indiscriminadamente em todas as operações de financiamento, não podendo o consumidor optar por contratá-las ou não, até mesmo porque, como já afirmado, elas não ensejam a prestação de serviço acessório do qual se poderia utilizar.

Acerca do princípio da boa-fé, reporto-me à clássica lição de **Cláudia Lima Marques** (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5.^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 216):

Como ensinam os doutrinadores europeus, fides significa o hábito de firmeza e de coerência de quem sabe honrar os compromissos assumidos; significa, mais além do compromisso expresso, a “fidelidade” e coerência no cumprimento da expectativa alheia independentemente da palavra que haja sido dada, ou do acordo que tenha sido concluído, representando, sob este aspecto, a atitude de lealdade, de fidelidade, de cuidado que se costuma observar e que é legitimamente esperada nas relações entre homens honrados, no respeitoso cumprimento das expectativas reciprocamente confiadas. É o compromisso expresso ou implícito de “fidelidade” e “cooperação” nas relações contratuais, é uma visão mais ampla, menos textual do vínculo, é a concepção leal do vínculo, das expectativas que desperta (confiança).

Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação “refletida”, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento o objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.

As cláusulas que prevêem as taxas em questão, portanto, se mostram flagrantemente abusivas, por descumprimento dos deveres anexos de transparência e de informação.

Por oportuno, cito trecho da obra de **Bruno Miragem** (*Curso de Direito do Consumidor*. 2.ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 226-243):

O instrumento técnico de maior importância em matéria de proteção contratual do consumidor consagrado pelo CDC é a possibilidade de controle do conteúdo do contrato e o regime de nulidade das cláusulas contratuais consideradas abusivas.

A noção de cláusulas abusivas é ampla. Seus elementos principais, contudo, verificam-se na definição simples e rica de **Jean Calais-Auloy** ao afirmar que “é abusiva a cláusula que, pré-redigida pela parte mais forte, cria um desequilíbrio significativo em detrimento da parte mais fraca”. O significado do que se deva entender por desequilíbrio significativo, no direito europeu, segundo o grande jurista francês foi estabelecido pela Diretiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com consumidores.

(...)

Em qualquer caso, não é demais referir que a identificação das cláusulas abusivas, a partir dos critérios e parâmetros estabelecidos no CDC, se dará – para além da relação exemplificativa prevista no artigo 51 – pelo exame judicial in concreto dos contratos de consumo, buscando verificar hipóteses de estipulação de vantagens exageradas em favor do fornecedor.

Enfim, deve-se reconhecer a abusividade das cláusulas estipuladas unilateralmente em contrato de adesão com previsão de cobrança da tarifa de abertura de crédito ou tarifa cadastral (TAC) e de taxa de emissão de carnê (TEC), com fundamento no art. 51, IV, do CDC, sendo, pois, nulas de pleno direito.

Ante o exposto, rogando vénia à eminente Relatora, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

RATIFICAÇÃO DE VOTO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI: Tendo em vista o substancioso voto divergente do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, permito-me tecer as seguintes considerações.

Inicialmente, observo que tratam os autos de ação revisional de contrato de financiamento de veículo, com garantia de alienação fiduciária, representado por cédula de crédito bancário emitida em 9.11.2006. Diante de renegociação com o cliente, foi emitida nova cédula em 2008.

Não está em questão, portanto, a disciplina normativa inaugurada com a edição, pelo CMN, da Resolução 3.693/09, a partir da qual deixou a taxa de emissão de carnê (TEC, justificada pela facilidade de pagar por meio de ficha de compensação) de ser considerada resarcimento de despesas decorrentes da prestação de serviços por terceiros, ao qual se referia o art. 1º, inciso III, da Resolução 3.518/07 do CMN, sendo abolida a sua cobrança.

Até 30.4.2008, as tarifas bancárias eram disciplinadas pela Resolução 2.303/96, a qual adotava um sistema misto. Era vedada a cobrança de serviços considerados essenciais (fornecimento de cartão magnético ou, alternativamente, a critério do cliente, um talonário de cheques com 20 folhas; fornecimento de um extrato mensal, entre outros especificados no art. 1º da mencionada resolução); era estabelecido limite para outros e ficava à livre iniciativa e à concorrência a definição de outras hipóteses de cobrança, dependendo ela, todavia, da “afixação de quadro nas dependências das instituições (...) em local visível ao público, contendo a relação dos serviços tarifados e respectivos valores; a periodicidade da cobrança, quando for o caso; informação de que os valores das tarifas foram estabelecidos pela própria instituição”. A cobrança de nova tarifa e o aumento do valor da existente deviam ser informados ao público com, no mínimo 30 dias de antecedência (art. 2º).

Em abril de 2008, a Resolução 2.303/96 foi substituída pela Resolução 3.518/2007, a qual determinou que a cobrança de tarifas deve estar prevista no contrato firmado entre a instituição e o cliente ou ter sido o serviço previamente autorizado ou solicitado pelo usuário (art. 1º). Foram os serviços prestados a pessoas físicas classificados em essenciais, prioritários, especiais e diferenciados (art. 1º, parágrafo único, II). O BACEN/CMN vedou a cobrança de tarifas apenas sobre os serviços enumerados como es-

senciais (art. 2º), sendo admitida a cobrança de tarifa pela prestação dos demais serviços, sempre desde que pactuada e, no caso dos serviços prioritários, em conformidade com regras de padronização a serem definidas pelo Banco Central (arts. 1º e 3º).

Desde 1.3.2011 está em vigor a Resolução 3.919/10, que consolidou e alterou as normas sobre cobrança de tarifas pela prestação de serviços por parte das instituições financeiras.

Não havia, portanto, na época em que celebrado o contrato cuja revisão se pretende regra legal ou infralegal alguma que impedissem a pactuação das tarifas em questão. Havia previsão contratual expressa, mencionando o contrato o respectivo valor, o que é incontrovertido, admitido pelo acórdão recorrido (fl. 233).

Este julgou a cobrança violadora do CDC apenas por entender não informadas com clareza as tarifas ao consumidor, colocando-o em desvantagem exagerada, embora não tenham sido em ponto algum do acórdão afirmados exorbitantes ou destoantes da média do mercado os valores cobrados a este título e nem tão pouco considerados em desacordo com a regulamentação do Banco Central.

O Ministro Paulo de Tarso Sanseverino entende que, seja qual for o nome que se dê à tarifa em questão, o fato é que se destina apenas a cobrir custos administrativos do banco, no caso da TAC, a pesquisa prévia à aprovação do crédito solicitado. Reconhece que é

imprescindível a pesquisa pelas instituições financeiras da capacidade financeira do seu cliente para reduzir o risco de inadimplência. Admite mesmo que tal cautela é necessária, tanto para a atividade da instituição financeira em particular como para a economia como um todo.

Mas, por outro lado, entende que esta pesquisa não pode ser considerada um serviço autônomo prestado ao consumidor, de modo a justificar a cobrança de tarifa. A pesquisa atenderia aos interesses da instituição financeira e não do consumidor e, portanto, não deveria ser dele cobrada sob a forma de tarifa, mas embutida na taxa de juros. Considera notório que o consumidor escolhe a instituição da qual tomará o empréstimo levando em consideração apenas a taxa de juros, violando, ao seu sentir, o princípio da transparência a cobrança de outras tarifas destinadas a repor os custos administrativos da concessão do financiamento.

Este é o ponto, data máxima vénia, da minha divergência.

Penso que todos os encargos contratuais devem estar claramente previstos no contrato. Os valores cobrados no contrato bancário de adesão devem ser compatíveis com o mercado e claramente divulgados. Não viola o CDC sejam explicitados no contrato bancário o valor dos custos administrativos do contrato de conta-corrente, do contrato de financiamento, entre outros; o valor de cada serviço extra prestado ao consumidor (como emissão de talões de cheques superiores ao mínimo estabelecido

pelo BACEN, cartões excedentes, segunda via de extratos, pesquisa de cadastro etc), ao lado do valor da taxa de juros efetiva. Quanto mais detalhada a informação constante do contrato, mais transparente será o contrato, maior a possibilidade de o consumidor verificar a taxa de juros real.

Na linha da preocupação manifestada pelo Ministro Sanseverino, a Resolução 3.517/2007 do CNM, posterior ao financiamento, determina conste do contrato o Custo Efetivo Total (CET), no qual está embutida a taxa de juros, as tarifas, tributos, seguros e as despesas administrativas contratadas.

Assim, após a Resolução 3.517/2007, além da taxa de juros efetiva e dos demais encargos (inclusive as tarifas), deve constar do contrato o CET, parâmetro seguro para a comparação dos custos do financiamento almejado nas diferentes instituições financeiras, pelo consumidor atento aos encargos que irá assumir.

A expressa e discriminada menção no contrato de todos os custos nele compreendidos – ao invés de serem embutidos na taxa de juros – possibilita melhor conhecimento e margem de negociação pelo consumidor.

Hoje já é possível, em algumas instituições bancárias, deixar de pagar tarifa para abertura de crédito (tarifa de cadastro ou qualquer outra tarifa com o mesmo objetivo), fornecendo o cliente ao banco todas as certidões negativas e demais pesquisas necessárias à aferição de sua capacidade econômica. Outros custos administra-

vos, como a vistoria de veículos, podem ser objeto de entendimentos prévios entre as partes, ou pactuados no contrato, dele constando expressamente o seu custo. Embutir todos os custos administrativos do financiamento na taxa de juros – cuja finalidade é remunerar o capital emprestado e não, por exemplo, fazer pesquisa de capacidade financeira ou vistoria de carros financiados o objeto de *leasing* – não atende ao princípio da transparência e da boa-fé objetiva.

Engessar a liberdade contratual de especificar a composição dos encargos do financiamento no contrato não acarretará a redução da taxa de juros real vigente na economia. Se os bancos forem proibidos de pactuar os custos administrativos ao lado da taxa de juros, ficará, a meu sentir, prejudicado o princípio da transparência, porque esses mesmos custos incrementarão da taxa de juros, como reconhece o próprio voto divergente.

Por fim, tendo em conta as lúcidas ponderações do Ministro Ricardo Cueva, anoto que eventual deficiência no ambiente de concorrência inerente ao mercado, porventura observada na prática, entre instituições financeiras, justifica a atuação segura de órgãos públicos, especialmente o Banco Central e o Conselho Monetário Nacional, mas não do Poder Judiciário na análise individual de alguns casos trazidos à sua apreciação.

O Poder Judiciário não tem a visão de conjunto macro-econômica das autoridades monetárias. Sua

atuação em casos isolados, infirmando regras contratuais compatíveis com a regulamentação do BACEN e não destoantes das práticas e valores de mercado, implicaria, data maxima vénia, ofensa aos princípios do *pacta sunt servanda*, da autonomia da vontade e prejuízo manifesto à segurança jurídica, ensejando o aumento do risco e dos juros para a generalidade dos consumidores e não de sua diminuição.

Em face do exposto, reafirmo o meu voto, dando provimento ao recurso especial.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA: Sr. Presidente, as taxas e tarifas bancárias são divulgadas com antecedência, estimulam a concorrência e permitem o controle pelos órgãos de fiscalização dos bancos e a correção de eventuais abusos pelo Judiciário.

Não tenho dúvida de que, se elas não estiverem previstas claramente no contrato, certamente estarão adicionadas ao custo da operação, nos juros. Não é porque o mercado é mau; é porque é racional.

Portanto, com a devida vénia do Sr. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, em que pese seu primoroso voto, acompanho a Sra. Ministra Relatora.

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 do Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino negando provimento ao recurso especial e o voto do Sr. Ministro Antônio Carlos Ferreira acompanhando a Sra. Ministra Relatora e dando provimento ao recurso especial, pediu VISTA o Sr. Ministro Villas Bôas Cueva.

Aguardam os Srs. Ministros Marco Buzzi, Nancy Andrichi, Massami Uyeda, Luis Felipe Salomão e Raul Araújo.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA: Diante da complexidade da matéria debatida, pedi vista dos autos para uma melhor reflexão.

Trata-se de recurso especial interposto pelo BANCO VOLKSWAGEN S.A., com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Noticiam os autos que, em 9.2.2010, ULDEMARY SOSA BLOTA propôs ação contra o ora recorrente, objetivando a revisão de contrato de financiamento com garantia de alienação fiduciária celebrado com a instituição financeira, em 9.11.2006, para a aquisição de um automóvel.

O juízo de primeiro grau julgou parcialmente procedente o pedido, determinando, ao que interessa para a presente discussão, o afas-

tamento da cobrança “de despesas administrativas para a concessão do crédito, notadamente a TEC, a TAC e/ou semelhantes” (e-STJ fl. 182).

Inconformado, o banco réu interpôs recurso de apelação (e-STJ fls. 188-209).

A Décima Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul deu parcial provimento ao recurso de apelação, em arresto assim ementado:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA.

PRELIMINAR. REVOGAÇÃO DAS ANTECIPAÇÕES DE TUTELA. Inexistente abusividade a justificar a revisão contratual, é impositiva a revogação da antecipação de tutela, no tocante à vedação da inscrição do nome da parte autora em órgãos de proteção ao crédito e da posse do bem objeto do contrato.

Precedente do STJ.

CAPITALIZAÇÃO. A capitalização de juros é permitida na forma pactuada nos contratos de cédula de crédito bancário, de acordo com a Lei nº 10.931/2004.

COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. É impossível a cobrança de comissão de permanência cumulada com outros encargos moratórios (juros moratórios, multa e correção monetária). Limitação à taxa de juros remuneratórios aplicável ao contrato. Precedentes do STJ.

TARIFA/TAXA PARA COBRANÇA DE DESPESAS ADMINISTRATIVAS PELA CONCESSÃO DO FINANCIAMENTO. A tarifa/taxa

para cobrança de despesas administrativas pela concessão do financiamento é nula de pleno direito, por ofensa aos arts. 46, primeira parte, e 51, inc. IV, do CDC.

FORMA DE COBRANÇA DO IOF. A cobrança do tributo diluído nas prestações do financiamento se afigura como condição iníqua e desvantajosa ao consumidor (CDC, art. 51, IV).

REPETIÇÃO DO INDÉBITO. Admite-se a repetição do indébito de valores pagos em virtude de cláusulas ilegais, em razão do princípio que veda o enriquecimento injustificado do credor.

COMPENSAÇÃO DE VALORES. É possível a compensação de valores quando se trata de ação revisional, depois de liquidada a sentença.

MORA. Não evidenciadas ilegalidades/abusividades em encargos exigidos no período da normalidade contratual, configurada está a mora. REsp. 1.061.530. Preliminar acolhida.

Apelação parcialmente provida” (e-STJ fl. 229).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (e-STJ fls. 248-251).

Daí a interposição do presente recurso especial (e-STJ fls. 255-259), invocando, além de dissídio jurisprudencial, violação dos artigos 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil e 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor.

O recorrente defende, de início, a ocorrência de negativa de prestação jurisdicional no julgamento dos embargos declaratórios.

Em sequência, insurge-se contra a solução conferida à lide pelas instâncias ordinárias, argumentando:

(a) "As taxas e tarifas decorrem da prestação de serviços e custos da instituição financeira, inexistindo vedação à cobrança das citadas tarifas nas Resoluções nºs 2.303/96 e 2.747/00 do Conselho Monetário Nacional, editadas na forma do disposto no Art. 4º, IX, da Lei nº 4.595/64" (e-STJ fl. 257);

(b) "(...) foram publicadas as Resoluções do Conselho Monetário Nacional nº 2.878/01 e nº 2.892/01 que em total adequação ao Código de Defesa do Consumidor (CDC) instituíram cláusulas contratuais relacionadas à exigência de tarifas, taxas e reembolso de despesas estabelecendo que as instituições financeiras devem evidenciá-las de modo claro, conforme o artigo 3º, inciso VII, da Resolução nº 2.878/01, do CMN: (...)" (e-STJ fls. 257-258);

(c) "(...) não há que se falar em abusividade ou desvantagem ao consumidor. Isto porque o custo do empréstimo pode ser inserido totalmente na taxa de juros ou em encargos acessórios do contrato, conforme opte a instituição emprestada. Não há princípio jurídico que obrigue qualquer fornecedor em concentrar o custo de qualquer operação na prestação principal, proibindo-lhe a diluição em prestações acessórias" (e-STJ fl. 258);

(d) "(...) pode-se argumentar que as referidas taxas vão ao encontro dos princípios norteadores do CDC

(art. 6º, III), pois discriminam claramente os encargos contratuais" (e-STJ fl. 258); e

(e) "(...) todas as taxas e tarifas cobradas são amplamente divulgadas, por meio de tabelas, nas agências do requerido, ficando a disposição do público, de forma clara e acessível, não podendo, agora, ser alegado desconhecimento por parte do autor" (e-STJ fl. 258).

Decorrido sem manifestação o prazo para as contrarrazões (e-STJ fl. 268), e admitido o recurso na origem (e-STJ fls. 270-273), subiram os autos a esta colenda Corte.

A Quarta Turma deliberou pela afetação do julgado para apreciação da Segunda Seção.

Levado o feito a julgamento pela egrégia Segunda Seção, em 25.4.2012, após a prolação do voto da ilustre relatora, Ministra Maria Isabel Gallotti, conhecendo do recurso especial e dando-lhe provimento, pediu vista antecipada o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Prosseguindo no julgamento, na sessão do dia 9.5.2012, após os votos do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, negando provimento ao recurso especial, e do Ministro Antônio Carlos Ferreira, acompanhando a Ministra Relatora, pediu vista dos autos.

É o relatório.

Cinge-se a controvérsia a perquirir-se, nos termos do art. 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, devem ser consideradas abusivas a tarifa de abertura de crédito (TAC) e a tarifa de emissão de carnê bancário (TEC).

De início, registre-se que o contrato celebrado entre as partes data de 9 de novembro de 2006, de modo que deve ser analisado à luz da regulamentação vigente à época.

Entretanto, para uma compreensão mais ampla da matéria, faz-

se necessário trazer à colação um breve histórico do panorama decorrente do poder regulamentar do Banco Central do Brasil relativo à cobrança, pelas instituições financeiras, de tarifas sobre serviços:

Norma	Cotejo	
Resolução nº 2.303, de 25 de julho de 1996 (vigente à época do contrato analisado nos autos).	Artigo 1º: Discrimina os serviços cuja cobrança estava expressamente vedada; Artigo 2º: Determina a publicidade das tarifas, sem especificá-las.	(i) Vedava expressamente a prestação dos serviços mencionados, dentre os quais não constam os serviços de abertura de cadastro e emissão de carnê; e (ii) Determinava como obrigatoriedade a fixação, em suas dependências, da "relação dos serviços tarifados e respectivos valores", da "periodicidade da cobrança, quando for o caso", e da "informação de que os valores das tarifas foram estabelecidos pela própria instituição".
Resolução nº 2.878, de 26 de julho de 2001.	Artigos 1º, I; 3º, IV e VII; 5º, parágrafo único, I e II; 6º; 8º, I: Determinam a publicidade das tarifas, sem especificá-las.	Introduziu o imperativo da transparência na cobrança das taxas e tarifas bancárias, ainda que de forma genérica, porquanto não especificava tais tarifas e quais os serviços estariam sujeitos à cobrança.
Resolução nº 3.518, de 6 de dezembro de 2007.	Artigo 2º: serviços "essenciais"; Artigos 3º, 5º e 6º: serviços "prioritários, especiais e diferenciados".	(i) Segmentou os serviços prestados a pessoas físicas em 4 (quatro) categorias: "essenciais, prioritários, especiais e diferenciados"; (ii) Vedava a cobrança de tarifa pelos produtos discriminados como "essenciais"; (iii) Admitia a tarifação de serviços "prioritários, especiais e diferenciados".
Resolução nº 3.693, de 26 de março de 2009 (que dá nova redação ao artigo 1º da Resolução nº 3.518, de 6 de dezembro de 2007).	Artigo 1º, § 1º, III, e § 2º: proíbe despesas sobre a "emissão de boletos de cobrança, carnês e assemelhados".	(i) Faz menção expressa à emissão de boletos e carnês bancários; (ii) Descreve o que é "ressarcimento de serviço prestado por terceiros"; (iii) Veda a emissão de boletos de cobrança, carnês e assemelhados.

Norma	Cotejo
Resolução nº 3.919, de 25 de novembro de 2010.	Artigo 1º, § 2º, II: proíbe cobrança sobre a "emissão de boletos de cobrança, carnês e assemelhados"; Artigo 3º, I: Discrimina o cadastro e classifica sua tarifa como serviço prioritário. (i) Veda a cobrança, na forma de tarifas ou resarcimento de despesas, "em decorrência da emissão de boletos ou faturas de cobrança, carnê e assemelhados". (ii) Faz menção expressa e autoriza a cobrança da tarifa de cadastro; na forma estabelecida em sua Tabela I. (iii) Não fixa o valor da tarifa.

Da regulação do Sistema Financeiro Nacional

Embora imperfeita, é forçoso reconhecer que a regulação incidente sobre o sistema financeiro é bastante densa e significativa. Não é por outro motivo que a literatura especializada aponta que “[a] economia moderna pressupõe um sistema financeiro sólido e estável. Sem bancos fortes, a dinâmica capitalista perde um de seus principais mecanismos de calibração. (...). Sem que se compreenda a importância da autonomia do sistema jurídico para o bom funcionamento dos sistemas político e econômico, dificilmente o direito terá condições de oferecer, aos demais sistemas, as prestações que a democracia e a economia de mercado dele esperam.” (“Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro, vários autores, Ed. Max Liminad, 2002, pág. 9).

Nessa linha, a Lei nº 4.595/64, que regula o sistema financeiro nacional, determina que compete ao Conselho Monetário Nacional limitar, sempre que necessário, as taxas de juros, descontos comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços

bancários ou financeiros, e ao Banco Central do Brasil, cumprir e fazer cumprir as disposições que lhe são atribuídas pela legislação em vigor e as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional (artigos 4, IX, e 9º).

Assim, para o caso concreto, a análise histórica dos normativos expedidos pela autoridade monetária competente em matéria de regulação financeira indica uma evolução notável tratamento das tarifas de abertura de crédito e de emissão de boleto bancário (TAC e TEC).

Em um primeiro momento, observa-se que não havia disposições discriminadas, expressas e claras, sobre quais eram as tarifas cobradas pelos bancos decorrentes da prestação de seus serviços ao consumidor final.

Até 30 de abril de 2008 (data da entrada em vigor da Resolução CMN nº 3.518/2007), vigoravam sobre o tema as Resoluções CMN nº 2.303/1996, nº 2.343/1996, nº 2.747/2000 e nº 2.878/2001, que não elencavam no rol de cobranças vedadas as tarifas de abertura de crédito e a de emissão de boleto bancário.

A título ilustrativo, anote-se que era vedada a cobrança dos seguintes serviços: fornecimento de cartão magnético; substituição de cartão magnético; expedição de documentos destinados à liberação de garantias; devolução de cheques; manutenção de contas de depósitos de poupança, à ordem do Poder Judiciário, e fornecimento de um extrato mensal contendo toda a movimentação do mês (artigo 1º da Resolução nº 2.303/1996).

Mesmo a Resolução CMN nº 3.518/2007, que alterou a disciplina da cobrança de serviços pelas instituições financeiras, não vedava expressamente as referidas tarifas de abertura de crédito e de emissão de boleto bancário. Determinava, contudo, em seu artigo 1º, que “[a] cobrança de tarifas pela prestação de serviços por parte das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil deve estar prevista no contrato firmado entre a instituição financeira e o cliente ou ter sido o respectivo serviço previamente autorizado ou solicitado pelo cliente ou pelo usuário”.

Somente em 2009 (com o advento da Resolução nº 3.693, de 26 de março de 2009, que deu nova redação ao artigo 1º da Resolução nº 3.518, de 6 de dezembro de 2007) é que se nota um significativo avanço regulamentar e institucional por parte das autoridades monetárias em busca de maior transparência, segurança jurídica e acesso à informação no mercado de serviços bancários, porquanto tal regulamento men-

ciona expressamente a emissão de boletos ou carnês e veda a sua cobrança.

Por esse motivo é que a jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que, desde que previstas no contrato, tais tarifas são, em regra, legais, ficando a eventual declaração de sua invalidade vinculada à demonstração, de forma objetiva e cabal, da vantagem exagerada a ensejar um desequilíbrio na relação jurídica a ser verificado caso a caso.

Atualmente, por força das Resoluções nºs 3.693/2009 e 3.919/2010, continua vigente a proibição pela cobrança das despesas de emissão de boletos (TEC). Quanto à TAC, a regulamentação passou a admitir expressamente sua cobrança (Resolução nº 3.919/2010), sob denominação diversa, classificando-a como “serviço prioritário de cadastro”, cujo fato gerador está expressamente discriminado na Tabela I, anexa à resolução, e que assim dispõe:

“1.1. CADASTRO: Realização de pesquisa em serviços de proteção ao crédito, base de dados e informações cadastrais, e tratamento de dados e informações necessários ao início de relacionamento decorrente da abertura de conta de depósitos à vista ou de poupança ou contratação de operação de crédito ou de arrendamento mercantil, não podendo ser cobrada cumulativamente”.

Do recurso especial em análise

Segundo a nova leitura feita pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, as tarifas em comen-

to, além de não importarem em serviço autônomo oferecido ao cliente, prestar-se-iam tão somente a resarcir a instituição financeira pelas despesas ocasionadas pelo contrato, não implicando nenhum benefício direto ao consumidor.

Partindo desse pressuposto - de que tanto a tarifa de abertura de crédito (TAC) quanto a tarifa de emissão de carnê (TEC) são destinadas a cobrir custos administrativos do contrato em benefício exclusivo da instituição financeira -, concluiu o em. Ministro que não haveria como negar a infringência ao artigo 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual:

"São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...)

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a eqüidade;"

Além disso, ainda segundo o voto divergente, o princípio da autonomia privada deveria sofrer limitações, a fim de coibir abusos, mormente em se tratando de relações jurídicas entre partes assimétricas, materializadas mediante contratos de adesão.

Com a devida vénia da divergência, tenho que o art. 51, IV, do CDC não admite interpretação tão ampla.

Inicialmente, entendo que a pesquisa prévia à aprovação de cré-

dito não reverte em benefício exclusivo da instituição financeira. Ao contrário, trata-se de providência que opera em prol da higidez e da estabilidade de todo o sistema financeiro. Nessa linha, tendo em vista o ambiente de assimetria de informação no mercado de tomadores de crédito (isto é, não se sabe de antemão quem são os bons e os maus pagadores), a pesquisa, a manutenção de cadastros e o monitoramento do crédito são elementos essenciais da atividade de intermediação financeira, sem os quais ela tenderia a desaparecer:

"(...) Especificamente argumenta-se que assimetrias informacionais reduzem o mercado relevante para operações de crédito, de tal forma que a heterogeneidade na distribuição de clientes ao longo do mercado cria nichos de atuação onde os bancos podem se proteger da concorrência e ter uma política de preços distinta dos demais. (...)"

O principal mecanismo que conduz a este resultado é a necessidade de monitoramento das operações de crédito. Esta característica intrínseca ao setor financeiro (...), entendida em sentido amplo, desde a coleta de informações anterior à concessão do crédito até o acompanhamento da operação propriamente dito, pode ser fonte de algum poder de monopólio se, por sua posição estratégica no mercado, uma instituição executar a tarefa com custos mais baixos que seus concorrentes.

(...)

Avaliações de crédito, principalmente para firmas pequenas, frequentemente envolvem informações imprecisas e difíceis de transmitir, coletadas em um amplo espectro de dimensões.” (Elizabeth Farina e Caio Ferreira, “Concorrência e Performance no Setor Bancário em um Mercado Heterogêneo”, Revista Economia, Dezembro de 2005, págs. 158/159 e 186)

Ademais, a mera estipulação de tais tarifas nos contratos bancários não pode e não deve ser considerada, por si só, como um ato ilícito. Conforme se verifica no quadro histórico antes traçado, não havia regulamentação que a proibisse, de modo que sua previsão contratual não poderia ser automaticamente imputada como abusiva, nem mesmo numa interpretação extensiva do artigo 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor.

Não se nega, obviamente, a possibilidade de que abusos contra o consumidor sejam cometidos quando da cobrança de tarifas. Entretanto, o abuso deve ser demonstrado no caso concreto, mediante análise detida das diversas variáveis que compõem o que se pode chamar do “custo do serviço bancário” e em suas consequências (positivas e negativas) tanto para o mercado como para o consumidor.

O mercado de serviços financeiros é, no mundo inteiro, fortemente regulado. O Brasil não é exceção. Tal nível de regulação financeira é justificado pelas particula-

ridades do segmento, sobretudo o fato de que ele se funda na confiança, de que dele dependem os demais setores da economia e de que sua instabilidade tem repercussões macroeconômicas de grande magnitude. Por isso mesmo, o princípio da autonomia da vontade sofre restrição bastante significativa, não sendo correto afirmar que, em matéria bancária, vale o que as partes quiserem livremente contratar. Os contratantes devem, necessariamente, observar as normas regulamentares como balizas para suas transações. Assim é que disposições regulamentares incidem sobre a maior parte das contratações financeiras.

É inegável, portanto, que, quanto mais transparentes, públicas, discriminadas e divulgadas as tarifas bancárias, tanto melhor para o cliente e para a instituição.

Nesse sentido, já se observou que o Conselho Monetário Nacional tem evoluído consideravelmente na regulação da cobrança de tarifas bancárias. Os sucessivos regulamentos vêm sendo editados sempre no sentido de emprestar maior transparência, publicidade e acesso à informação, o que pode resultar em aumento de bem-estar do consumidor, que pode mais facilmente comparar os custos vinculados aos serviços que pretende contratar. Essas características da regulamentação das tarifas, a seu turno, não deixam de constituir estímulo à concorrência interbancária, que se manifesta, por exemplo, na nítida diferenciação das tarifas de cadastro cobradas por diversas instituições financeiras.

Além disso, "evidências empíricas mostram que os banco brasileiros, como em geral de todo o mundo, usufruem de algum poder de mercado, mas não operam na forma de monopólio ou cartel (Nakane 2002). Além disso, o comportamento entre eles é bastante disperso com alguns bancos cobrando sistematicamente spreads mais elevados que os demais (Nakane e Koyama 2002). Como aparentemente não são características micro econômicas intrínsecas aos bancos as responsáveis por esta diferença de comportamento (Afanasieff et alii 2002), talvez a resposta esteja no mercado onde as instituições atuam." (Elizabeth Farina e Caio Ferreira, "Concorrência e Performance no Setor Bancário em um Mercado Heterogêneo", Revista Economia, Dezembro de 2005, pág. 158).

Acrescente-se, por fim, que, em alguns estados da Federação, como em São Paulo, já se percebe maior nível de proteção do consumidor bancário, formalizado mediante Termos de Ajustamento de Conduta, nos quais, por exemplo, é isento da tarifa de cadastro o consumidor sempre que optar por efetuar, ele próprio, às suas expensas, a pesquisa e o levantamento das informações de documentos necessários à comprovação da regularidade cadastral.

Em vista de todo o exposto, esclarecidas no que interessa ao presente caso as dúvidas que me levaram a pedir vista, nomeadamente, a não ocorrência de omisão regulatória e a existência de algum grau de concorrência bancária, acompanho integralmente a

eminente Ministra Relatora para dar provimento ao recurso especial, destacando, por relevante, que à época da contratação aqui analisada, não havia proibição expressa quanto à cobrança da tarifa de emissão de carnê (TEC), conforme a legislação atualmente em vigor.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto-vista do Sr. Ministro Villas Bôas Cueva acompanhando o voto da Sra. Ministra Relatora para conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, pediu VISTA antecipadamente a Sra. Ministra Nancy Andrichi.

Aguardam os Srs. Ministros Marco Buzzi, Massami Uyeda, Luis Felipe Salomão e Raul Araújo.

VOTO-VISTA

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI:

Trata-se de recurso especial interposto por BANCO VOLKSWAGEN S/A objetivando impugnar acórdão exarado pelo TJ/RS no julgamento de recurso de apelação.

Ação: de revisão de contrato c/c consignação em pagamento e repetição de indébito, com pedido de antecipação de tutela, auxiliada por ULDEMARY SOSA BLOTA em face do recorrente. Na inicial, o autor alega que firmou contrato de financiamento para aquisição

ção de um automóvel, com cláusula de alienação fiduciária em garantia. Sustenta onerosidade excessiva do pacto original e aduz que, não obstante tenha procurado a instituição financeira para renegociar o contrato, também a renegociação apresentou condições abusivas, impossibilitando o inadimplemento. Insurgiu-se contra juros remuneratórios, capitalização, multa contratual, juros moratórios, comissão de permanência, tarifa de emissão de boleto bancário, taxa de abertura de crédito e demais despesas do financiamento, além da cobrança do IOF. Pleiteia, ao fim, a revisão geral do pacto.

Sentença: julgou parcialmente procedente o pedido. ficaram mantidas a taxa de juros remuneratório e a capitalização mensal. A multa contratual foi fixada em 2% sobre o valor da parcela em atraso, a comissão de permanência foi afastada, a mora foi reputada inexistente, admitiu-se a compensação entre valores pagos e a receber, vedou-se a cobrança de IOF e se afastou, por fim, as taxas TEC e TAC cobradas.

A sentença foi impugnada mediante recurso de apelação interposto pelo BANCO.

Acórdão: deu parcial provimento ao recurso, nos termos da ementa já transcrita nos votos dos ilustres Ministros que me antecederam. Em suma, o TJ/RS (i) manteve a capitalização de juros; (ii) permitiu a cobrança da comissão exclusivamente durante o período de inadimplência, à taxa média de mercado, limitada ao percentual

fixado no contrato e sem cumulação com a correção monetária, os juros remuneratórios e moratórios, ou multa; (iii) afastou a cobrança de todos os encargos inacumuláveis com a comissão de permanência; (iv) declarou a nulidade “da cobrança de tarifa e/ou taxa com várias denominações, para fins de reembolsar a parte demandada das despesas administrativas que teve para a concessão do financiamento; (v) afastou a cobrança de IOF; (vi) admitiu a repetição do indébito de forma simples, inclusive mediante compensação; (vii) afastou a mora.

Embargos de declaração: interpostos pelo BANCO, foram rejeitados.

Recurso especial: interposto pelo BANCO com fundamento nas alíneas ‘a’ e ‘c’ do permissivo constitucional. Alega-se violação dos arts. 535, I e II do CPC, bem como do art. 51, IV do CDC. Conquanto o recurso tenha sido formalmente fundamentado pela alínea ‘c’ do permissivo constitucional, nenhum precedente é arrolado pelo BANCO para cotejo.

Admissibilidade: o recurso foi admitido na origem.

Votos precedentes: após afetar o julgamento deste recurso para a segunda seção, a i. Min. Relatora proferiu substancioso voto dando provimento ao recurso especial, para o fim de declarar a validade da cobrança da Tarifa de Abertura de Crédito (TAC) e da Tarifa de Emissão de Boleto Bancário (TEC) que haviam sido afastadas pelo TJ/RS, seguindo os precedentes estabelecidos por ocasião do julgamento de diversos precedentes desta

Corte, a saber: AgRg no REsp 1.003.911/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 11/2/2010; REsp 1.246.622/RS, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4ª Turma, DJe de 16/11/2011; AgRg no REsp 747.555/RS, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ de 20/11/2006; REsp 863.887/RS, Rel. Min. Ari Pargendler, 2ª Seção, DJe de 21/11/2008; e AgRg no REsp 897.659/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 9/11/2010, entre outros.

Após pedido de vista, o i. Min. Paulo de Tarso Sanseverino inaugurou a divergência, ponderando que a cobrança de referidas taxas seria abusiva, por diversos motivos: (i) a cobrança de Tarifa de Abertura de Crédito (ou Tarifa Cadastral) não consubstancia serviço prestado ao consumidor, mas instrumento à disposição do Banco para a proteção de seu crédito; (ii) a Taxa de Emissão do Carnê (TEC), cuja cobrança parecia ser legitimada pela Resolução 3.518/07 do Banco Central, foi vedada posteriormente pela Resolução 3.693/09, de maneira expressa; (iii) o princípio da autonomia privada tem aplicação limitada em contratos de consumo, em razão da vulnerabilidade do consumidor no mercado massificado, de modo que é preciso proteger a parte hipossuficiente nas relações contratuais, notadamente quando se trata de contratos de adesão; (iv) a cobrança dessas taxas violaria o princípio da boa-fé objetiva, já que não dificultando o acesso à plena informação; (v) as taxas induziriam o consumidor em erro, à medida que ele, comparando os juros, poderia

concluir pela conveniência de contrair determinado empréstimo sem saber que, ao final, seu dispêndio financeiro seria maior.

Votaram ainda com a relatora os ii. Min. Antônio Carlos Ferreira e Ricardo Villas Bôas Cueva.

Pedi vista antecipada para melhor apreciação da controvérsia.

Revisados os fatos, decido.

Conquanto a i. Min. Relatora e o i. Min. Villas Bôas Cueva tenham desenvolvido uma bem lançada linha argumentativa, inclusive elaborando enriquecedor quadro demonstrativo do panorama regulamentar elaborado pelo Banco Central relativo à cobrança, pelas instituições financeiras, de tarifas de serviços, entendo cabível fazer algumas ponderações adicionais acerca do assunto, especialmente tendo em vista as também substanciais observações lançadas pelo i. Min. Paulo de Tarso Sanseverino em seu voto divergente.

A primeira questão que salta aos olhos na análise do processo em julgamento, com todas as vênias à i. Min. Relatora, é a de que o acórdão recorrido, analisando o contrato de financiamento que deu origem à lide, reconheceu a abusividade da cláusula contratual que estabeleceu a cobrança das Taxas de Abertura de Crédito (TAC) e de Emissão de Carnê (TEC). Assim, ao menos em princípio, a revisão dessa parcela do acórdão esbarria no óbice do Enunciado 5 da Súmula/STJ.

O óbice sumular vem sendo contornado, nesta Corte, mediante a observação de que o reconheci-

mento da ilegalidade da cobrança de taxa de abertura de crédito ou de emissão de boletos bancários dependem de “*demonstração cabal de sua abusividade*”. Há inúmeros precedentes nesse sentido, inclusive citados no voto da i. Min. Relatora.

Contudo, o fundamento pelo qual o TJ/RS afastou referida cobrança não foi apenas o da abusividade da cláusula, mas também o de que “*o contrato não explica a razão da cobrança desta tarifa e/ou taxa, pois nela apenas consta o seu valor*”. Ou seja, o TJ/RS reputou que a instituição financeira inadimpliu seu dever de *transparência e de informação* quanto aos termos e fundamentos do contrato aqui discutido. Esse dever tem posição de destaque no ordenamento jurídico, decorrendo não apenas das disposições do CDC (art. 4º, *caput* e inc. IV, 6º, III, 31, entre tantos outros), como também das inúmeras Resoluções do Conselho Monetário Nacional indicadas no recurso especial e nos votos precedentes, o que dá a medida de sua importância.

Se o acórdão recorrido entendeu inadimplido esse dever, com base na interpretação que deu do instrumento contratual, a revisão, nesta sede, é impossível, salvo se esta Corte, reapreciando as condições de fato que permeiam a lide, contrarie a afirmação contida no acórdão recorrido e exponha os motivos pelos quais o dever de informação foi adimplido. Isso, com todas as vêniás, não é possível fazer.

Mas esse não é o único fundamento do acórdão recorrido. Além da violação do direito à informação, TJ/RS também reputou que a cobrança das taxas seria *abusiva*. Neste ponto, o julgado transita na área já abordada por inúmeros precedentes desta Corte, de modo que faria sentido, em princípio, exigir que a abusividade fosse *cabalmente demonstrada*, mediante o cotejo com a média cobrada pelas demais instituições financeiras em operações da mesma espécie.

No entanto, reputo importante observar que, conquanto a jurisprudência desta Corte já tenha reputado que a transferência deste custo ao consumidor não pode, por si só, justificar a revisão da cláusula, é intrigante o fato de que o próprio *Conselho Monetário Nacional*, posteriormente, veio a editar a Resolução nº 3.693/2009, do Banco Central, vedando a cobrança de taxa sobre “emissão de boletos de cobrança, carnês e assemelhados”. Ora, ainda que essa resolução somente tenha eficácia para vincular as instituições financeiras após 26 de março de 2009, é inegável o fato de que a própria autoridade reguladora do mercado financeiro *veio, ao final, a reconhecer a abusividade dessa cobrança*.

Se essa abusividade foi reconhecida pela própria autoridade reguladora para o período posterior à Resolução 3.693/2009, vedando-se de maneira cabal sua cobrança, por que não poderia o judiciário, analisando as normas contidas no CDC, dar a mesma interpretação também com relação à respectiva cobrança nos contratos mais antigos?

Não se está, com isso, fazendo retroagir os efeitos da Resolução nova, mas apenas tomando-a como cânones *interpretativo* para as relações jurídicas anteriores à sua vigência. Neste ponto, é necessário ressaltar que a norma que regula a elaboração de todos esses contratos, em última análise, não é a Resolução 3.693 do Banco Central, mas o Código de Defesa do Consumidor, com suas disposições de caráter aberto, carentes de complementos de interpretação. A Resolução, ao reconhecer a abusividade de uma taxa para contratos assinados a partir de sua vigência, apenas revela uma abusividade que, em última análise, sempre esteve presente, mesmo porque as resoluções do CMN, como ato administrativo secundário, somente podem conter o que já estaria previamente autorizado pela Lei.

Assim, não basta, novamente com todas as vêniás aos ilustres Ministros que divergem deste raciocínio, dizer que “somente em 2009 (...) é que se nota um significativo avanço regulamentar e institucional por parte das autoridades monetárias em busca de maior transparência, segurança jurídica e acesso à informação no mercado de serviços bancários”. Se a vedação à referida cobrança é um significativo avanço, se é uma medida que privilegia a transparência e a segurança jurídica, a medida pode e deve ser reputada como contida na previsão do art. 51, IV, do CDC, independentemente de qualquer ato administrativo posterior.

E se a taxa de emissão de carnês (TEC), é abusiva pelos motivos descritos acima, o mesmo destino deve ter a taxa de abertura de crédito (TAC), uma vez que tanto uma, como outra, *consubstanciam cobranças impostas ao consumidor, sem um serviço a ele prestado como contrapartida*. As taxas destinam-se, em verdade, a cobrir custos da

Instituição Financeira com o empréstimo. Assiste, portanto, integral razão ao ilustre Min. Paulo de Tarso Sanseverino em suas observações nesse sentido.

Como derradeiro argumento, é preciso ressaltar que todo o raciocínio no sentido da validade da cobrança das taxas aqui discutidas se apoia na interpretação que deve ser dada às inúmeras Resoluções do Conselho Monetário Nacional que regulam a matéria. Contudo, o suposto desrespeito às normas contidas nessas resoluções não comporta controle pela via do Recurso Especial, à medida que tais atos normativos não se enquadram no conceito de *lei federal* estabelecido pelo art. 105, III, da CF. Assim, a interpretação que o acórdão recorrido deu para esses atos normativos não é passível de revisão.

Forte nessas razões, alinho-me às bem lançadas razões contidas no voto divergente do i. Min. Paulo de Tarso Sanseverino.

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 Nancy Andrichi acompanhando a divergência inaugurada pelo Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino em sessão anterior e negando provimento ao recurso especial, pediu VISTA o Sr. Ministro Massami Uyeda.

Aguardam os Srs. Ministros Marco Buzzi, Luis Felipe Salomão e Raul Araújo.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

Incialmente, anota-se que o feito foi levado a julgamento pela egrégia Segunda Seção, ocasião em que a ilustre Relatora, Ministra Maria Isabel Galltotti, prolatou seu voto no sentido de conferir provimento ao recurso especial, para o efeito de restabelecer a cobrança das taxas/tarifas de despesas administrativas para abertura de crédito (TAC) e de emissão de carnê (TEC), no que que foi acompanhada, nas sessões subsequentes, pelos Srs. Ministros Antônio Carlos Ferreira e Villas Bôas Cueva.

O Ministro Paulo de Tarso Sanseverino abriu a divergência, para negar provimento ao recurso especial, no que foi acompanhado pela Ministra Nancy Andrichi. Nessa oportunidade, pediu-se vista para melhor análise dos autos.

O desfecho conferido pela eminente Relatora, Ministra Maria Isabel Galltotti, ao recurso especial interposto por BANCO VOLKSWAGEN S/A, pelo seu provimento, revela-se, na compreen-

são deste Ministro, adequado ao caso dos autos.

A celeuma instaurada no presente recurso especial centra-se em saber se a cobrança das taxas/tarifas de abertura de crédito (TAC) e de emissão de carnê (TEC) encerra ou não abusividade, sob o enfoque do Código de Defesa do Consumidor. Discute-se, assim, se a cobrança das referidas tarifas são destinadas a cobrir despesas administrativas da instituição financeira, o que colocaria consumidor em situação de desvantagem exagerada. Debe-te-se, também, se a previsão contratual da cobrança das referidas tarifas, com a menção do respectivo valor, atende, ou não, suficientemente o direito de informação do consumidor.

Conforme bem ponderando nos judiciosos votos que precederam este Ministro, inexiste, na espécie, ofensa ao artigo 535, inciso II, do Código de Processo Civil, pois todas as questões suscitadas pela ora recorrente foram solucionadas à luz da fundamentação que pareceu adequada ao caso concreto. É entendimento assente que o órgão judicial, para expressar sua convicção, não precisa mencionar todos os argumentos levantados pelas partes, mas, tão-somente, explicitar os motivos que entendeu serem suficientes à composição do litígio.

Constata-se, *in casu*, que as Instâncias ordinárias, ao concluírem pela abusividade das Tarifas de Emissão de Carnê (TEC) e de Abertura de Crédito (TAC), teceram fundamentação suficiente, condizente, ressalte-se, com a matéria a elas

submetidas. Assim, revela-se insubsistente a alegação de que o Tribunal de origem incorreu em negativa de prestação jurisdicional.

No mérito, de forma sucinta, as Instâncias ordinárias reputaram abusiva a cobrança de tais tarifas ao fundamento de que esta não representaria qualquer contraprestação ao consumidor, destinando-se, tão-somente, ao custeio de despesas administrativas que deveriam ficar a cargo da própria instituição financeira. O Tribunal de origem, ainda, considerou que a pactuação das referidas tarifas no contrato *sub judice*, a despeito de apontar os respectivos custos, não se desincumbiu de bem informar o consumidor.

Na verdade, as Instâncias ordinárias, ao assim decidir, divergiram do posicionamento até então adotado por esta a. Corte no sentido de que a proibição da cobrança das taxas denominadas TAC e TEC depende, pontualmente, da demonstração cabal de sua abusividade em relação à taxa média do mercado e da comprovação do desequilíbrio contratual.

Nesse jaez, a cobrança das supracitadas tarifas, isoladamente considerada, não encerra qualquer abusividade.

Por oportuno, é de se reiterar os precedentes desta a. Corte, precisamente mencionados no voto da Ministra Relatora: Resp 1.003.911/RS, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Dje 11.02.2010; Resp 1.246.622/RS, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, Dje 16.11.2011; Resp 1.269.226/RS, Relator Ministro Sidnei Beneti, DJ. 30.3.2012 [decisão monocrática]; Resp 1.305.361/

RS, Relator Ministro Massami Uyeda, DJ. 26.3.2012 [decisão monocrática], dentre outras.

Pedindo-se vênia ao Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, que abriu a divergência, tem-se que o atual posicionamento perfilhado por esta a. Corte confere à questão tratamento correto.

Efetivamente, o Conselho Monetário Nacional, a quem, nos termos do artigo 4º, VI, da Lei n. 4.595/1964, “*compete disciplinar o crédito em todas as suas modalidades e as operações creditícias em todas as suas formas*”, por intermédio do Banco Central do Brasil (artigo 9º da Lei n. 4.595/64), não editou qualquer ato normativo que impusesse a proibição de cobrança das tarifas decorrentes da abertura de crédito e de emissão de carnê.

Conforme bem esclareceu a Ministra Relatora, quando da ratificação de seu voto, a Resolução n. 3.518/2007, então em vigor quando da contratação *sub judice*, expressamente autorizava a cobrança de tarifa pela prestação de serviços bancários, exceto no que diz respeito aos chamados serviços essenciais (especificados no artigo 1º da mencionada Resolução), exigindo-se, tão-somente, expressa contratação nesse sentido.

Assim, tem-se não se revelar possível, simplesmente, com esteio na Lei consumerista, reputar abusivo todo e qualquer comportamento contratual que supostamente seja contrário ao interesse do consumidor, notadamente se o proceder encontra respaldo na lei de regência (ou por ela não é vedado), emitida justamente pelo Órgão a quem,

efetivamente, compete regular as operações de crédito.

Na espécie, restou incontroverso nos autos que a cobrança das tarifas de abertura de crédito e de emissão de carnê restou expressamente prevista no contrato estabelecido entre as partes, havendo, como seria de rigor, indicação dos respectivos valores. Circunstância, é certo, que atende, detidamente, ao direito de informação do consumidor previsto na Legislação consumerista, que, inclusive, exige o delineamento pormenorizado dos valores cobrados quando da concessão de crédito, nos termos do artigo 52, *in verbis*:

[...]

Art. 52. No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre:

- I - preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional;
- II - montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros;
- III - acréscimos legalmente previstos;
- IV - número e periodicidade das prestações;
- V - soma total a pagar, com e sem financiamento.

Nesse jaez, não se pode deixar, inclusive, de assinalar que a vedação da cobrança das referidas tarifas, supostamente em benefício do consumidor, teria, em última análise, o condão de justamente frustrar o direito à informação do

consumidor, na medida em que tais valores seriam indevidamente diluídos na taxa de juros, subtraindo, por conseguinte, do consumidor o conhecimento do efetivo custo dos serviços bancários adquiridos, o que, é certo, repercute no poder de escolha do consumidor sobre a instituição financeira a ser contratada.

Tampouco se reconhece a abusividade da cobrança das tarifas de emissão de carnê e de abertura de crédito, fundada no argumento de que tal exação destinasse-se ao custeio de despesas administrativas do próprio banco, não representando, assim, qualquer contraprestação ao consumidor. Compreende-se, diversamente, que a pesquisa prévia à aprovação do crédito solicitado, assim como a emissão e envio de carnê são custos que compõem o serviço de concessão de crédito ou financiamento contratado, os quais, se cobrados dentro dos preços praticados pelo mercado, não encerram qualquer abusividade.

Assim, pedindo-se vénia, uma vez mais, ao Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, que abriu a divergência, assim como à Ministra Nancy Andrigi, que o acompanhou, adere-se integralmente ao voto da Relatora, Ministra Maria Isabel Galltotti, no sentido de conferir provimento ao recurso especial, para o efeito de restabelecer a cobrança das taxas/tarifas de despesas administrativas para abertura de crédito (TAC) e de emissão de carnê (TEC).

É o voto.

MINISTRO MASSAMI UYEDA.

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 do Sr. Ministro Massami Uyeda acompanhando a Sra. Ministra Relatora e conhecendo do recurso e lhe dando provimento, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Raul Araújo e Marco Buzzi, a Seção, por maioria, conheceu do recurso especial e lhe deu

provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora, vencidos os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Nancy Andrichi, que negavam provimento ao recurso especial.

Os Srs. Ministros Massami Uyeda (voto-vista), Marco Buzzi, Luis Felipe Salomão e Raul Araújo votaram com a Sra. Ministra Relatora nesta assentada. Votaram em sessões anteriores, com a Relatora, os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira e Ricardo Villas Bôas Cueva. Votaram vencidos os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Nancy Andrichi.

Superior Tribunal de Justiça

Ação de reparação por danos materiais e compensação por danos morais. Assalto na via pública após saída de agência bancária. Ausência de Responsabilidade objetiva.¹

EMENTA OFICIAL

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ASSALTO NA VIA PÚBLICA APÓS SAÍDA DE AGÊNCIA BANCÁRIA. SAQUE DE VALOR ELEVADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. AUSENTE.

1. Autora pleiteia reparação por danos materiais e compensação por danos morais em decorrência de assalto sofrido, na via pública, após saída de agência bancária.

2. Ausente a ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos.

3. Na hipótese, não houve qualquer demonstração de falha na segurança interna da agência bancária que propiciasse a atuação dos criminosos fora das suas dependências. Ausência, portanto, de vício na prestação de serviços.

4. O ilícito ocorreu na via pública, sendo do Estado, e não da instituição financeira, o dever de garantir a segurança dos cidadãos e de evitar a atuação dos criminosos.

5. O risco inerente à atividade exercida pela instituição financeira não a torna responsável pelo assalto sofrido pela autora, fora das suas dependências.

6. A análise da existência do dissídio é inviável, porque não foram cumpridos os requisitos dos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ.

7. Negado provimento ao recurso especial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora. Dr(a). DANIEL CARVALHO M DE ANDRADE, pela parte RECORRENTE: ROSALINA DO ROSÁRIO SOARES E SILVA FERREIRA.

¹ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1202733&sReg=201100821734&sData=20130204&formato=PDF>. Acesso em: 05 abr. 2013.

Brasília (DF), 11 de dezembro de 2012 (Data do Julgamento).

MINISTRA NANCY ANDRIGHI,
Relatora.

REsp Nº 1.284.962 - MG (2011/0082173-4). DJe 04.02.2013.

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relatora):

Cuida-se de Recurso Especial interposto por ROSALINA DO ROSÁRIO SOARES E SILVA FERREIRA, com base no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJ/MG).

Ação: de reparação por danos materiais e compensação por danos morais, proposta por ROSALINA DO ROSÁRIO SOARES E SILVA FERREIRA em face de BANCO BRADESCO S.A., com fundamento no assalto que sofreu logo na saída da agência bancária do réu, após o desconto de cheque no valor de R\$9.000,00.

Contestação: o BANCO BRADESCO S.A. aduziu, em síntese, que não teve responsabilidade pelo evento, tendo em vista que ocorreu fora da agência bancária, sendo do Estado o dever de zelar pela segurança dos cidadãos. Assim, estariam ausentes o ato ilícito e o nexo de causalidade. Além disso, não teria havido comprovação dos danos materiais e morais a ensejar a indenização pretendida.

Sentença: julgou improcedente o pedido, haja vista que o assalto ocorreu fora da agência bancária do réu, sendo do Estado a res-

ponsabilidade pela segurança dos cidadãos nas vias e logradouros públicos. Além disso, mesmo sob a ótica do CDC, a ocorrência do fato exclusivo de terceiro, exclui o nexo de causalidade e, consequentemente, o dever de indenizar. A autora interpôs apelação, aduzindo que o frágil sistema de segurança proporcionado pelo réu, à época, ter-lhe-ia exposto à ação dos criminosos.

Acórdão: negou provimento ao recurso de apelação de ROSALINA DO ROSÁRIO SOARES E SILVA FERREIRA (fls. 346/352):

EMENTA: DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR – REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS – ASSALTO AO USUÁRIO NA SAÍDA DE AGÊNCIA BANCÁRIA – DEFICIÊNCIA DO SERVIÇO DE VIGILÂNCIA – NEXO CAUSAL NÃO EVIDENCIADO – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO – DESFECHO REGULAR. – O dever de vigilância, incumbido às instituições financeiras, está adstrito aos locais em que presta suas atividades, não importando falha na prestação de serviços delito ocorrido fora das suas dependências, especialmente quando não evidenciado tenha o assaltante obtido informações acerca da movimentação ocorrida no interior da agência.

Embargos de Declaração: interpostos pela autora (fls. 355/361), foram rejeitados pelo TJ/MG (fls. 363/366).

Recurso especial: interposto com base nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional (fls. 369/

406), sustenta violação dos seguintes dispositivos legais:

(i) art. 535, II, do CPC, pois o Tribunal de origem, apesar da interposição de embargos de declaração, não teria se manifestado expressamente sobre questões relevantes ao deslinde da controvérsia, especialmente sobre o dispositivo no art. 1º da Lei 7.102/83;

(ii) art. 14 do CDC, com fundamento na responsabilidade objetiva do fornecedor pelo defeito na prestação de serviços e risco do empreendimento;

(iii) art. 1º da Lei 7.102/83, porque “o v. acórdão fustigado deixou de aplicar a legislação de competência dos Bancos ao caso concreto” (e-STJ fl. 732).

O dissídio jurisprudencial, por sua vez, estaria configurado entre o acórdão recorrido e o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na Apelação Cível n.º 2009.001.49066, no qual teria sido reconhecida a responsabilidade objetiva do Banco por roubo perpetrado fora das suas dependências.

Exame de admissibilidade: o recurso foi inadmitido na origem pelo TJ/MG (fls. 446/447). Foi interposto recurso de agravo da decisão denegatória por ROSALINA DO ROSÁRIO SOARES E SILVA FERREIRA, ao qual dei provimento para determinar sua conversão em recurso especial (fls. 529). É o relatório.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relatora):

Cinge-se a controvérsia a verificar se há responsabilidade do Banco recorrido pelo assalto sofrido por sua correntista, na via pública, após retirada de altos valores em espécie.

I – Da ofensa ao art. 535, II, do CPC

Os embargos de declaração são instrumento processual excepcional e destinam-se a sanar eventual obscuridade, contradição ou omisão existente no acórdão recorrido. Não se prestam à nova análise do processo ou à modificação da decisão proferida.

Compulsando os autos, verifica-se que TJ/MG apreciou de forma fundamentada as questões pertinentes para a resolução da controvérsia, ainda que tenha dado interpretação contrária aos anseios do recorrente, situação que não serve de alicerce para a interposição de embargos de declaração.

Com efeito, apesar de não ter expressamente mencionado o dispositivo legal invocado pela recorrente, o acórdão recorrido afastou a responsabilidade da instituição financeira, haja vista a ausência do nexo de causalidade, bem como o fato de que “a prova colhida nos autos revela que o delito ocorreu fora do estabelecimento bancário, não se evidenciando do feito, ainda que sugerido pela apelante, tenha o assaltante obtido informações acerca da movimentação ocorrida no interior da agência” (fl. 349).

Conforme entendimento firmado nesta Corte:

não está o magistrado obrigado a rebater um a um os argumentos trazidos pela parte, citando todos os dispositivos legais que esta entende pertinentes para o deslinde da controvérsia. A negativa de prestação jurisdicional nos aclaratórios só ocorre se persistir a omissão no pronunciamento acerca de questão que deveria ter sido decidida e não o foi", o que não corresponde à hipótese dos autos. (AgRg no AG, nº 670.523/RS, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, DJ. 26.09.2005; AgRg no AG 527.272/RJ, JORGE SCARTEZZINI, DJU de 22.08.2005).

Ausente, portanto, a suposta infringência ao art. 535 do CPC.

II – Da Fundamentação deficiente

No que se refere à alegada violação do art. 1º da Lei 7.102/83, encontra-se deficientemente fundamentado o recurso especial, não tendo o recorrente mencionado como teria sido violado pelo TJ/MG.

A deficiência na fundamentação impede a perfeita compreensão da controvérsia, o que enseja o não conhecimento do recurso, nos termos da Súmula 284/STF.

Ademais, ainda que superado referido óbice, verifica-se que a análise da suposta violação do art. 1º da Lei 7.102/83 implicaria o reexame das peculiaridades fáticas do caso, o que é vedado em sede de recurso especial.

Com efeito, a análise do sistema de segurança adotado pelo Banco no interior da agência, à época dos fatos, bem como a verificação da existência de parecer

favorável à sua aprovação, elaborado pelo Ministério da Justiça, na forma da Lei 7.102/83, implica reexame dos fatos e das provas carreadas aos autos, incidindo, na hipótese, a Súmula 7/STJ.

III – Da ausência de responsabilidade objetiva do Banco (violação do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor).

O acórdão recorrido, embora tenha tratado da responsabilidade objetiva dos estabelecimentos bancários em virtude do defeito na prestação dos serviços, nos termos do art. 14 do CDC, afastou a sua caracterização na hipótese, haja vista que o assalto, do qual foi vítima a recorrente, ocorreu fora da agência bancária do recorrido, na via pública.

O Tribunal de origem, ao analisar soberanamente a prova dos autos, observou, outrossim, que não restou comprovada qualquer falha no sistema de segurança do recorrido, a ponto de ser considerada como "causa determinante para a ocorrência do sinistro noticiado" (fl. 349).

A recorrente, por sua vez, alega, em síntese, que o Banco deve responder objetivamente pelos danos que sofreu em razão do assalto porque houve vício de prestação de serviços e, além disso, a instituição financeira deve responder pelo risco de seu empreendimento.

Essa Corte reconhece amplamente a responsabilidade objetiva dos bancos pelos assaltos ocorridos no interior de suas agências, em razão do risco inerente à ativid-

de bancária. Nesse sentido, cite-se, exemplificativamente: REsp nº 694.153/PE, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 5/9/2005; REsp nº 488.310/RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 22/3/2004; REsp nº 599.546/RS, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ de 12/3/2007; AgRg no Ag 962962 / SP; Rel. Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF 1ª Região), DJe de 24.11.2008; AgRg no Ag 997929 / BA, Rel. Maria Isabel Gallotti, DJe de 28.04.2011.

Com efeito, por envolver a guarda e movimentação de altos valores em dinheiro, a atividade bancária contém um risco inerente. E a responsabilidade pela segurança dentro das agências, nos termos da Lei 7.102/83, é imputada à própria instituição financeira, que poderá promovê-la com pessoal próprio, desde que treinado, ou mediante terceirização. Mas, de uma forma ou de outra, é sempre do Banco a responsabilidade final por garantir segurança aos cidadãos que se encontram *no interior das agências*. Nesse sentido, o REsp 951.514/SP, de minha relatoria, DJ 31.10.2007.

A responsabilidade da instituição financeira, portanto, tendo em conta o risco da atividade que desenvolve, é objetiva. Nas palavras de Aguiar Dias:

No caso de dano causado ao correntista do serviço bancário, a responsabilidade civil pode ser cobrada aos bancos tanto sob a invocação dos princípios subjetivos da culpa provada, como com base no princípio do risco profissional empresarial. (Da

Responsabilidade Civil, 11ª Ed., p. 488).

Ademais, em se tratando de instituição financeira, os roubos às agências são eventos totalmente previsíveis e até esperados, não se podendo admitir as excludentes de responsabilidade caso fortuito ou força maior e culpa de terceiros (REsp n. 227.364/AL, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 11/06/2001; REsp 1.093.617/PE, 4ª Turma, Rel. João Otávio de Noronha, DJe 23.03.2009)

Além das hipóteses de assaltos ocorridos no interior das agências bancárias, esta Corte também já reconheceu a responsabilidade da instituição financeira por assalto ocorrido nas dependências de estacionamento oferecido aos seus clientes exatamente com o escopo de mais segurança. Assim, o REsp n. 503.208/SP, Relator Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma, DJe 23/6/2008; AgRg no REsp n.º 539.772/RS, Relator Min. Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ/BA), 3ª Turma, DJe 15/4/2009; REsp n.º 1.045.775/ES, Relator Min. Massami Uyeda, 3ª Turma, DJe 4/8/2009. Com efeito, o estacionamento pode ser considerado como uma extensão da própria agência.

Na hipótese, todavia, o assalto ocorreu fora das dependências da agência bancária, na via pública, ou, como consta da sentença, “no interior de uma loja de artigos religiosos localizada em uma galeria ao lado do banco” (fls. 281).

Embora a autora afirme que o Banco deve ser responsabilizado porque não proporcionou aos seus

correntistas a segurança necessária à efetivação de saques de valores elevados, permitindo a atuação dos criminosos (i) nas agências, mediante a observação da atividade dos clientes; e (ii) fora delas, praticando os roubos, como aquele de que foi vítima, não vislumbro a possibilidade de atribuir essa responsabilidade à instituição financeira na hipótese dos autos.

Inicialmente porque, de acordo com a análise fático-probatória feita pelo acórdão recorrido, não houve qualquer demonstração de falha na segurança interna da agência bancária que propiciasse a atuação dos criminosos após o saque efetuado pela autora. Foi afastada, portanto, a existência de vício na prestação de serviços.

Mas, principalmente porque o ilícito ocorreu na via pública, sendo do Estado, e não da instituição financeira, o dever de garantir a segurança dos cidadãos e de evitar a atuação dos criminosos.

Mencione-se, nesse sentido, acórdão proferido por esta Corte, em que foi afastada a responsabilidade do Banco por homicídio ocorrido nas proximidades de caixa eletrônico mantido pela instituição, mas fora das suas dependências - na via pública, portanto:

PROCESSO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. BANCO. ASSASSINATO OCORRIDO NA VIA PÚBLICA, APÓS SAQUE EM CAIXA ELETRÔNICO. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO ESTABELECIMENTO

BANCÁRIO. MATÉRIA DE FATO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 07 E 126 DO STJ.

I. O banco não é responsável pela morte de correntista ocorrida fora de suas instalações, na via pública, porquanto a segurança em tal local constitui obrigação do Estado.

II. Impossibilidade, em sede especial, de revisão da prova quanto ao local do sinistro, ante o óbice da Súmula n. 7 do STJ.

III. Recurso especial não conhecido. (REsp 402.870/SP, Rel. para acórdão Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ de 16.12.2003).

Diante do exposto, conclui-se que, na hipótese dos autos, o risco inerente à atividade exercida pela instituição financeira não a torna responsável pelo assalto sofrido pela autora, fora das suas dependências, ou seja, na via pública.

IV - Dissídio jurisprudencial

Entre os acórdãos trazidos à colação pela recorrente, não há o necessário cotejo analítico nem a comprovação da similitude fática, elementos indispensáveis à demonstração da divergência.

Com efeito, a simples transcrição da íntegra do acórdão trazido como paradigma, sem o efetivo cotejo analítico com o acórdão recorrido, impede a análise do dissídio.

Ademais, no acórdão trazido como paradigma, houve comprovação da existência de falhas na prestação dos serviços de segurança da instituição financeira, no momento da realização do saque

de elevada quantia pelo correntista, as quais propiciaram a atuação dos criminosos, em seguida, já fora das dependências do Banco. Diferentemente, no acórdão recorrido, essa falha não ficou demonstrada, estando ausente, portanto, a similitude fática.

Assim, a análise da existência do dissídio é inviável, porque não foram cumpridos os requisitos dos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ.

Forte nestas razões, NEGO PROVIMENTO ao recurso especial.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Superior Tribunal de Justiça

Ação de compensação por dano moral e reparação por dano material. Disparo de arma de fogo no interior de unidade lotérica. Caixa Econômica Federal. Parte passiva ilegítima.¹

EMENTA OFICIAL

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL E REPARAÇÃO POR DANO MATERIAL. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. DESCABIMENTO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 282/STF. DISPARO DE ARMA DE FOGO NO INTERIOR DE UNIDADE LOTÉRICA. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. PARTE PASSIVA ILEGÍTIMA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. COTEJO ANALÍTICO E SIMILITUDE FÁTICA. AUSÊNCIA.

1. A interposição de recurso especial não é cabível quando ocorre violação de dispositivo constitucional ou de qualquer ato normativo que não se enquadre no conceito de lei federal, conforme disposto no art. 105, III, "a" da CF/88.

2. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados impede o conhecimento do recurso especial.

3. A Lei n. 8.987/1995 - que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos - é expressa ao estabelecer que o permissionário deve desempenhar

a atividade que lhe é delegada por sua conta e risco.

4. As unidades lotéricas, quanto autorizadas a prestar determinados serviços bancários, não possuem natureza de instituição financeira, já que não realizam as atividades referidas na Lei 4.595/1964 (captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros).

5. A imposição legal de adoção de recursos de segurança específicos para proteção de estabelecimentos que constituam sedes de instituições financeiras, dispostos na Lei n. 7.102/1983, não alcança as unidades lotéricas.

6. A possibilidade de responsabilização subsidiária do delegante do serviço público, configurada em situações excepcionais, não autoriza o ajuizamento da ação indenizatória unicamente em face da recorrida.

7. O dissídio jurisprudencial deve ser comprovado mediante o cotejo analítico entre acórdãos que versem sobre situações fáticas idênticas.

8. Recurso especial não provido.

¹ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1213870&sReg=201200662770&sData=20130308&formato=PDF>. Acesso em: 05 abr. 2013.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Senhora Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora. Dr(a).

LENYMARA CARVALHO, pela parte RECORRIDA: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF.

Brasília (DF), 05 de março de 2013 (Data do Julgamento).

MINISTRA NANCY ANDRIGHI, Relatora.

REsp N° 1.317.472 - RJ (2012/0066277-0). DJe 08.03.2013.

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso especial interposto por IVAN CLÁUDIO MENESES DA SILVA, com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional.

Ação: de reparação por danos materiais e compensação por danos morais, ajuizada em face da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF.

Narra o recorrente que foi atingido por disparo de arma de fogo no interior de agência lotérica, em virtude de tentativa de roubo. Entende que estabelecimentos dessa natureza detêm o *status* de agentes da CEF, que está obrigada à pres-

tação de segurança aos consumidores.

Sentença: extinguiu a ação, na forma do art. 267, VI, do CPC, em virtude da ilegitimidade passiva da recorrida.

Acórdão: negou provimento à apelação interposta pelo recorrente.

Recurso especial: alega violação dos arts. 186 e 927, parágrafo único, do CC; 14 do CDC; 273 do CPC; e 5º, LIV e LV, da CF; além de dissídio jurisprudencial. Sustenta que, ao indeferir pedido de produção de provas, o acórdão recorrido violou os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Aduz que a recorrida é parte legítima para responder pelos danos ocorridos no interior de casas lotéricas, pois estas constituem "estabelecimentos conveniados" (e-STJ, fl. 142). Defende a tese de que a teoria do risco, incorporada no CC/2002, alberga sua pretensão. Afirma que "a CEF como empresa que permite a atividade das casas lotéricas, delas auferindo percentual de comissão, tem responsabilidade objetiva, nos casos de dano que venham a ocorrer em razão do risco da atividade normalmente desenvolvida" (e-STJ, fl. 143).

Decisão de admissibilidade: o TRF- 2ª Região admitiu o recurso especial e determinou a remessa dos autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

Cinge-se a controvérsia a determinar se a Caixa Econômica Fede-

ral é parte legítima para figurar no polo passivo de ação em que se postula reparação por danos materiais e compensação por danos morais em razão de ferimento provocado por disparo de arma de fogo ocorrido no interior de casa lotérica.

I- Da violação do art. 5º, LIV e LV, da CF.

A interposição de recurso especial não é cabível quando ocorre violação de dispositivos constitucionais ou de qualquer ato normativo que não se enquadre no conceito de lei federal, conforme disposto no art. 105, III, "a", da CF/88. Nesse sentido: AgRg nos EDcl no REsp 1.266.402/RS, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, DJe 20/06/2012, e AgRg no AREsp 136.371/PR, minha relatoria, Terceira Turma, DJe 31/08/2012.

II- Da ausência de prequestionamento.

Depreende-se que o acórdão recorrido não decidiu acerca dos arts. 14 do CDC e 273 do CPC, dispositivos legais indicados como violados pelo recorrente. Por isso, quanto às normas neles contidas, o julgamento do recurso especial é inadmissível. Aplica-se, neste caso, o enunciado n. 282 da Súmula/STF.

III- Da ilegitimidade passiva da CEF.

Na linha do entendimento doutrinário contemporâneo, a legitimidade *ad causam*, qualidade jurídica relativa às partes do processo, deve ser analisada diante da situação afirmada no instrumento da

demandada, revelando-se à luz da relação jurídica substancial deduzida (DIDIER JR., Freddie. *Curso de Direito Processual Civil*. 12ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2010, vol. 1, p. 204).

Na hipótese, constata-se que o recorrente, na petição inicial da presente ação, defende a tese de que a Caixa Econômica Federal deve responder pelos danos que lhe foram causados no interior de casa lotérica, pois, segundo ele, trata-se de estabelecimento equiparado à instituição financeira, sobretudo porque presta serviços bancários "em nome da CEF" (e-STJ, fl. 4).

Seguindo essa ordem de ideias, considera "impossível cogitar que os bancos populares venham oferecer tamanha brecha para as instituições financeiras burlarem a lei 7.102/83, que disciplina os requisitos de segurança para tais empresas" (e-STJ, fl. 4).

Em suma, o recorrente procura equiparar a unidade lotérica onde ocorreu o evento danoso a uma agência bancária, com o escopo de imputar à CEF a não observância das disposições legais que versam sobre os recursos de segurança obrigatórios às instituições financeiras, culminando com o reconhecimento de sua responsabilidade objetiva.

Nas razões deste recurso, assevera também que a natureza do vínculo jurídico (permissão de serviço público) estabelecido entre a recorrida e a unidade lotérica enseja a responsabilização civil daquela por danos experimentados por terceiros no interior des-

ses estabelecimentos. (e-STJ, fl. 142).

Ocorre que, de um lado, a partir da análise da Circular Caixa n. 539/2011 (itens 4 e 6) - que regulamenta as permissões lotéricas e delimita a atuação das respectivas unidades - pode-se inferir que estas, embora autorizadas a prestar determinados serviços bancários, não possuem natureza de instituição financeira, já que não realizam as atividades referidas na Lei 4.595/1964 (captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros).

Já a Lei n. 7.102/1983 - diploma que estabelece normas de segurança para estabelecimentos financeiros - restringe sua aplicabilidade aos seguintes entes: "bancos oficiais ou privados, caixas econômicas, sociedades de crédito, associações de poupança, suas agências, postos de atendimento, subagências e seções, assim como as cooperativas singulares de crédito e suas respectivas dependências" (art. 1º, § 1º).

Nesse contexto, exsurge da interpretação dos dispositivos precitados que a imposição legal de adoção de recursos de segurança específicos para proteção dos estabelecimentos que constituam sedes de instituições financeiras não alcança as unidades lotéricas.

Não se pode olvidar também que, consoante se extrai do teor do acórdão impugnado,

a cláusula vigésima-primeira, constante do termo aditivo ao termo de responsabilidade e compromisso para comercialização de loterias federais" dispõe que a unidade lotérica assume responsabilidade direta e exclusiva "por to-

dos e quaisquer ônus, riscos ou custos das atividades decorrentes da operação da unidade lotérica, arcando em consequência, com todos os encargos trabalhistas, fiscais, previdenciários e indenizações de qualquer espécie reivindicados por seus empregados ou terceiros prejudicados (e-STJ, fls. 126/127).

De outro lado, ao revés da tese defendida pelo recorrente, a Lei n. 8.987/1995 - que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos -, é expressa ao prever que o permissionário (no particular, a unidade lotérica) deve desempenhar a atividade que lhe é delegada "por sua conta e risco" (art. 2º, IV).

Em sentido idêntico, seu art. 25 impõe ao delegatário a responsabilidade "por todos os prejuízos causados [...] aos usuários ou a terceiros".

Quanto à matéria, oportuna se mostra a lição de DI PIETRO, segundo a qual, em hipóteses como a presente, "quem responde [pelos danos] é a própria concessionária ou permissionária do serviço concedido, já que é ela que está prestando o serviço público" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 92).

Nessa medida, claro está que a pessoa jurídica delegante do serviço não é responsável pela reparação de eventuais danos causados a terceiros no interior do estabelecimento do permissionário.

Ademais, eventual possibilidade de responsabilização subsidiária do concedente, verificada ape-

nas em situações excepcionais, não autoriza, por imperativo lógico decorrente da natureza de tal espécie de responsabilidade, o ajuizamento de demanda indenizatória unicamente em face dele.

A Segunda Turma desta Corte já teve oportunidade de se manifestar a respeito do tema, em hipótese análoga à presente - demanda movida exclusivamente contra o delegatário do serviço -, oportunidade em que ficou assentado que, "ainda que objetiva a responsabilidade da Administração, esta somente responde de forma subsidiária ao delegatário, sendo evidente a carência de ação por ilegitimidade passiva ad causam" (REsp 1.087.862/AM, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 19/05/2010).

Portanto, sob qualquer ângulo que se examine a questão, a conclusão resultante é a de que não há obrigação legal ou contratual imposta à CEF que conduza à sua responsabilização pelo dano causado ao recorrente no interior de unidade lotérica, ficando evidente que a presente ação foi proposta em face de parte ilegítima.

IV- Da divergência jurisprudencial.

Entre os acórdãos trazidos à colação, não há o necessário cotejo analítico nem a comprovação da similitude fática, elementos indispensáveis à demonstração da divergência. Assim, a análise da existência do dissídio é inviável, porque foram descumpridos os arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ.

Forte nessas razões, NEGOU PROVIMENTO ao recurso especial.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Senhora Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Superior Tribunal de Justiça

Conflito de competência. Justiças Cível e Federal. Sentenças opostas. Participação da CEF no processo que tramita perante a Justiça Federal. Competência da Justiça Federal.¹

EMENTA OFICIAL

PROCESSO CIVIL. CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA CÍVEL E JUSTIÇA FEDERAL. AÇÕES DECLARATÓRIAS DE VALIDADE E DE INVALIDADE DE ASSEMBLEIA SOCIETÁRIA. SENTENÇAS OPOSTAS CONVIVENDO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. PARTICIPAÇÃO DA CEF NO PROCESSO QUE TRAMITA PERANTE A JUSTIÇA FEDERAL. INDEFERIMENTO DE SUA INTIMAÇÃO NO PROCESSO CÍVEL. CONFLITO RECONHECIDO. DECLARAÇÃO DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. Nas ações têm por objeto a nulidade de uma assembleia societária, há viva discussão doutrinária acerca da *extensão subjetiva da coisa julgada* formada pela sentença. Há quem defende que nessas ações a coisa julgada estende-se a todos os sócios que teriam interesse, tanto na manutenção como na invalidação do ato, ainda que não tenham participado do processo; e há quem defende que não há extensão da coisa julgada, resolvendo-se toda

a celeuma mediante a aplicação da teoria, criada por LIEBMAN, que separa efeitos da sentença e imutabilidade da coisa julgada. Prevalece, neste segundo grupo, a ideia de que a coexistência de várias sentenças acerca do mesmo tema é possível, mas somente aquela proferida em último lugar deveria ser considerada válida.

2. A existência de viva discussão acerca do tema e a dificuldade de encaminhamento de uma solução justificam que se evite, na máxima medida possível, que tal situação se materialize.

3. Se o conflito positivo de competência se estabelecer por força de uma regra de conexão, ele não poderá ser conhecido se uma das sentenças foi proferida, ainda que sem trânsito em julgado, por força da Súmula 235/STJ. Mas se o conflito decorre de outra regra de competência absoluta, não há restrição a seu conhecimento após prolatada a sentença, desde que não haja trânsito em julgado (Súmula 59/STJ).

4. É inegável que a ação que tramite perante a Justiça Federal

¹ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1203347&sReg=201101511871&sData=20121219&formato=PDF>. Acesso em: 05 abr. 2013.

é mais abrangente que as ações que tramitam perante a Justiça Estadual, se não por força do objeto, ao menos no que diz respeito às partes litigantes. Se a CEF manifestou seu interesse em participar da ação que objetivava a declaração de invalidade da deliberação societária, tem-se como um imperativo lógico que essa empresa pública tenha interesse também nas ações que objetivavam a declaração de validade desse mesmo ato. Tanto num processo como em outro, os fundamentos de seu interesse são os mesmos.

5. Conflito conhecido e provido para o fim de estabelecimento da competência da Justiça Federal (e, consequentemente, do respectivo TRF) para todas as causas, devendo o juízo competente: (i) determinar a intimação da CEF para que manifeste interesse nos processos 2008.0034.9187-7 e 469861-17.2010.8.06.0001/0, ambos que originalmente tramitaram perante a 30^a Vara Cível da Comarca de Fortaleza; e, (ii) para que decida sobre o eventual aproveitamento dos atos praticados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da SEGUNDA Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Tribunal Regional Federal da 5^a Região para determinar a intimação da Caixa Econômica

Federal para que manifeste interesse nos processos e eventual aproveitamento dos atos processuais já praticados, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Raul Araújo, Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti, Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Buzzi votaram com a Sra. Ministra Relatora. Impedido o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.

Brasília (DF), 12 de dezembro de 2012(Data do Julgamento).

MINISTRO SIDNEI BENETI, Presidente.

MINISTRA NANCY ANDRIGHI, Relatora.

CC 117.987. DJe 19.12.2012.

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Trata-se de conflito de competência suscitado por ASSOCIAÇÃO CEARENSE DOS EMPRESÁRIOS DA CONSTRUÇÃO E LOTEADORES – ACECOL E OUTRO, estabelecido entre o juízo da 30^a Vara Cível de Fortaleza - CE e o Tribunal Regional Federal da 5^a Região.

Ações: O conflito positivo deriva de mais de uma ação, sendo duas delas com trâmite perante a Justiça Cível Estadual e uma pela Justiça Federal, todas tendo como objeto a declaração de validade de uma assembleia societária.

Primeira ação: declaratória ajuizada, perante a 30^a Vara Cível de Fortaleza, Ceará, pela ACECOL em face do Instituto de Orientação às Cooperativas do Estado do Cea-

rá, Piauí e Maranhão (INOCOOP-CPM). Pelo que se depreende da documentação acostada aos autos, a ACECOL objetivava a declaração judicial da validade da Assembleia-Geral realizada pelo INOCOOP em 2 de maio de 2008, na qual foi aprovado o novo Estatuto da entidade, bem como promoveu-se a eleição da diretoria.

A assembleia cuja declaração de validade é pretendida pela ACECOL adaptou o INOCOOP-COM às novas regras quanto ao funcionamento aos institutos de orientações a cooperativas vinculadas ao SFH. Segundo o autor, esses institutos, a partir da extinção do BNH e notadamente com o advento do CC/02, não estariam mais sujeitos a controle de nenhum órgão federal.

Em sua contestação, a INOCOOP confirmou a validade da Assembleia, apresentando documentos que o comprovariam, não contestando, portanto, em sentido material, a pretensão aduzida na inicial.

Primeira sentença: proferida em 13/11/2008 pelo juízo estadual, julgando procedente o pedido para o fim de “reconhecer que a convocação para a assembleia geral que aprovou os novos estatutos sociais e que elegeu a nova diretoria do (...) INOCOOP CPM, atendeu à solenidade prevista na hodierna legislação civil pátria” (fls. 37 a 39, e-STJ).

Tanto INOCOOP como ACECOL renunciaram ao prazo de que dispunham para interpor recurso.

Recurso de apelação: interposto por GLADSTONE SABOIA

AMORIM, na qualidade de antigo superintendente do INOCOOP-CPM. O motivo da interposição do recurso foi o de que, tendo ele sido destituído da diretoria do Instituto, teria interesse jurídico na questão.

O recurso não foi recebido pelo juízo de primeiro grau, mas GLADSTONE interpôs agravo de instrumento contra essa decisão que, provido, implicou o processamento de seu recurso. A sentença, portanto, não transitou em julgado até este momento, segundo as informações constantes do processo.

Segunda ação: pelo que se depreende dos documentos juntados aos autos, o Sr. GLADSTONE SABIA AMORIM também ajuizou uma ação, contudo perante a Justiça Federal, com o objetivo de declarar a invalidade da Assembleia. Portanto, seu objetivo seria obter uma sentença em sentido contrário à do Juízo Estadual. Nessa segunda ação, a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF admitiu ter interesse jurídico no feito, nele intervindo na qualidade de sucessora do extinto BNH.

Segunda sentença: julgou procedente o pedido (sem cópia nos autos), para o fim de declarar a *invalidade* da assembleia. Com isso, duas sentenças opostas passaram a existir no ordenamento, não obstante nenhuma delas tenha, até o momento, transitado em julgado.

Acórdão: o TRF da 5^a Região manteve a segunda sentença, no julgamento de recurso de apela-

ção, nos termos da seguinte ementa (fls. 45 a 46, e-STJ):

Processual Civil e Civil. Ação em que impugnada a realização de assembleia-geral do INOCOOP-COM. Intervenção regular da Caixa Econômica Federal assistente litisconsorcial. Competência da Justiça Federal. Inexistência de litispêndencia ou coisa julgada. Exercício amplo de defesa. Vícios na convocação e na efetivação da assembleia. Preliminares rejeitadas. Apelação improvida.

Embargos de declaração: interpostos, foram rejeitados (fls. 48 a 49, e-STJ).

Recurso especial: interposto pela ACECOL, impedindo, com isso, o trânsito em julgado do acórdão.

Terceira ação: também declaratória, ajuizada por FRANCISCO ALEXANDRE MIRANDA em face de RAPHAEL JESPERSEN DE ATHAYDE, SEVERO MARTINS DE ATHAYDE NETO, JOSÉ FELÍCIO DE OLIVEIRA e EDWIN BASTO DAMASCENO, perante a 30ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, objetivando novamente a declaração de *validade* da Assembleia-Geral aqui discutida.

Terceira sentença: após longa explanação, inclusive no que diz respeito à desnecessidade de intimação da CEF para que interviesse no processo, julgou procedente o pedido declaratório, para o fim de, “em preliminar (...) reconhecer a competência da Justiça Estadual (...) asseverando que a Caixa Econômica Federal não é su-

cessora do Banco Nacional da Habitação e não possui gerenciamento sobre os atos societários do INOCOOP - CPM” e, no mérito, para o fim de “declarar (...) a regularidade do funcionamento da associação regida pelos atual Estatuto Social e como ampara o Código Civil vigente, tendo como consequência, a regularidade dos atos jurídicos praticados pela atual diretoria afeitos ao gerenciamento da associação”.

O juízo também declarou “a regularidade dos contratos firmados após a Assembleia-Geral de 02.05.2008, advertindo que o presente *decisorium lites* é alargado aos demais membros do quadro societário”. Por fim, declarou a invalidade dos atos praticados à época em que “inexistia o Conselho de Administração e outros Conselhos, conjuntamente nas ocasiões em que se encontrava representada por um único dirigente, na forma como estipulava o antigo Estatuto Social” (fls. 59 a 68, e-STJ).

Com isso, três sentenças passaram a conviver sobre a mesma assembleia: duas, provenientes da Justiça Estadual, declarando-a válida. E uma, proveniente da Justiça Federal (e confirmada pelo TRF da 5ª Região) declarando-a inválida.

Conflito de competência: suscitado pela ACECOL, para solucionar o impasse.

Primeira decisão: o conflito foi inicialmente distribuído ao i. Min. Felix Fischer, Vice-Presidente, à época, no exercício da presidência. Apreciando-o, o i. Min.

entendeu por bem indeferir a medida liminar pleiteada (fls. 76 a 79, e-STJ).

Informações: prestadas, tanto pelo Juízo da 30ª Vara Cível (fls. 84 a 86, e-STJ), como pelo Juízo da 5ª Vara Federal (fls. 112 a 113, e-STJ).

Embargos de declaração: interpostos pela ACECOL, objetivando o esclarecimento da decisão que indeferira o pedido de medida liminar (fls. 97 a 102, e-STJ). Quando da apresentação desse recurso, o processo já havia sido distribuído à minha relatoria.

Decisão: rejeitei os embargos de declaração (fls. 107 a 107, -STJ) e determinei a remessa do processo ao MPF para parecer, de modo que ele pudesse ser trazido a julgamento colegiado.

Parecer do MPF: subscrito pelo i. Subprocurador-Geral da República, Dr. Hugo Gueiros Bernardes Filho, opina pela competência da Justiça Federal “para examinar a questão relativa ao interesse da Caixa Econômica Federal”.

É o relatório.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Cinge-se a lide a definir, primeiro, se há conflito de competência e, depois, conforme o caso, solucioná-lo, em hipótese na qual tanto a Justiça Comum Estadual como a Justiça Federal proferiram decisão, em sentido conflitante, acerca da validade de uma

assembleia de sociedade. É peculiaridade da espécie que o processo no qual se pronunciou a Justiça Federal a CEF manifestou interesse em dele participar. No processo que tramita perante a Justiça Cível, essa oportunidade não foi conferida à empresa pública. Também é importante ressaltar que os diversos processos não apresentam as mesmas partes, conquanto tenham por objeto a declaração de validade ou de invalidade do mesmo ato.

A matéria de fundo, que não será discutida nesta sede, diz respeito à alteração dos estatutos sociais de um Institutos de Orientação a Cooperativas Habitacionais (criados pelo Decr. 58.377/66 e regulados pela Res. 68/66), após a extinção do BNH. A ACECOL, sócia do INOCOOP-CPM, sustenta que é possível convocar assembleia para definição do novo estatuto e eleição da diretoria, independentemente de autorização de qualquer órgão público - BACEN, CMN ou CEF.

O sr. GLADSTONE SABOIA AMORIM, antigo diretor do Instituto, impugna a sua destituição do cargo, promovida na assembleia aqui discutida.

Diversos memoriais me foram encaminhados, pessoalmente ou para o e-mail de meu gabinete, sempre no sentido de demonstrar a razão de uma ou de outra parte quanto ao mérito da controvérsia, ou seja: quanto à possibilidade de convocação de assembleia sem a participação da CEF. Aqui, contudo, a discussão se resume à competência para jul-

gamento das causas, e este julgamento se limitará a decidir essa questão.

I – Observação preliminar: a necessidade de estabelecimento de pressupostos teóricos.

Em princípio, não seria possível vislumbrar qualquer conflito na hipótese dos autos. Não há, entre os processos que deram origem a este incidente, identidade de partes que justificasse a afirmação de que dois ou mais juízes tenham se declarado competentes para a *mesma causa*.

Contudo, neste processo é preciso que se atente para um detalhe fundamental: nas ações têm por objeto a nulidade de uma assembleia societária, há viva discussão doutrinária acerca da extensão subjetiva da coisa julgada formada pela sentença. Há quem defenda que nessas ações a coisa julgada estende-se a todos os sócios que teriam interesse, tanto na manutenção como na invalidação do ato, ainda que não tenham participado do processo. E há quem defenda que não há extensão da coisa julgada, resolvendo-se toda a celeuma mediante a aplicação da teoria, criada por LIEBMAN, que separa efeitos da sentença e imutabilidade da coisa julgada. Prevalece, neste segundo grupo, a ideia de que a coexistência de várias sentenças acerca do mesmo tema é possível, mas somente aquela proferida em último lugar deveria ser considerada válida.

Essa observação inicial é neces-

sária apenas para se ressaltar que, caso seja adotada a primeira das correntes de pensamento, naturalmente seria imperioso admitir a existência de conflito de competência, já que, havendo possibilidade de extensão da coisa julgada a terceiros, é de se considerar que esses terceiros, ao menos por força de uma substituição processual ficta, integram a relação jurídica processual em todas as ações ajuizadas. Se adotada a segunda corrente de pensamento, de que não há extensão da coisa julgada, o reconhecimento do conflito, com a reunião dos processos, somente poderia ser admitido caso se encontrasse algum outro fundamento teórico para tanto.

II – A análise das teorias acerca da eficácia da sentença e da coisa julgada, nas ações em que se discute a validade de uma deliberação tomada em assembleia.

A importância do debate acerca da extensão da coisa julgada nas ações aqui analisadas decorre de um imperativo lógico, presente de maneira muito clara neste processo. Tendo em vista o caráter multitudinário que pode ter a composição societária de uma empresa, não é razoável exigir-se a formação de litisconsórcio ativo ou passivo para todas as ações que discutam deliberações societárias (nem há lei que o determine, de maneira expressa). Assim, é possível que haja, concomitantemente, o ajuizamento de uma ou mais ações

declaratórias da validade de uma assembleia, e uma ou mais ações declaratórias da invalidade desse mesmo ato, dependendo de quantos sócios exerçam, individualmente, seu direito de ação. Disso decorre que é possível também que mais de uma sentença seja proferida sobre essa mesma questão, e que tais sentenças decidam a causa em sentido oposto.

É exatamente isso que ocorreu nos autos. A Justiça Federal declarou nula a assembleia que investiu a nova diretoria do INOCOOP-CPM, e a Justiça Estadual declarou-a válida. Essa circunstância torna a hipótese dos autos especialmente relevante: mantidas as sentenças contrapostas, seria impossível a terceiros saber quem, efetivamente, detém a representação da sociedade.

BARBOSA MOREIRA ("Coisa julgada: extensão subjetiva", em *Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1971), analisando o problema, pondera que ele não apresenta uma solução que acomode todos os interesses em conflito. O encaminhamento que menores entraves apresentaria seria o de decretar a possibilidade de extensão subjetiva dos efeitos da coisa julgada produzida no primeiro processo que tiver sido julgado, de modo que todos os demais interessados, ainda que não tivessem participado da relação jurídica processual, submeter-seiam à sorte desse primeiro julgamento. A coisa julgada, assim, produzir-se-ia perante todos.

A dificuldade dessa solução é clara: naturalmente, vincular ter-

ceiros que não participaram de uma relação jurídica processual ao resultado do processo implica restrição de seu direito de demanda ou de defesa, constitucionalmente garantidos (art. 5º, incs. XXXV e LIV). Tal restrição, notadamente sem uma lei que a fundamente, não seria admissível no sistema jurídico brasileiro.

Tendo isso em vista, uma segunda corrente de pensamento se formou, com algumas subdivisões. Os defensores dessa segunda corrente, baseados nas ideias de LIEBMAN, sustentam que a questão pode ser solucionada mediante a correta valoração da eficácia sentencial, nem necessidade de extensão da coisa julgada. Assim, para LIEBMAN:

Nas hipóteses em que dois sócios diferentes tivessem ajuizado uma ação declaratória de invalidade de deliberação societária, se a primeira ação ajuizada declarasse que a assembleia era inválida, haveria a perda de objeto da segunda ação; Se o pedido da primeira ação fosse julgado improcedente, contudo, a segunda ação prosseguiria até seu regular julgamento, tomando-se os fundamentos da primeira sentença em consideração no momento de se prolatar a segunda, mas sem vinculação do juízo; ou seja, o segundo juízo poderia replicar a primeira sentença, reputando válida a assembleia, ou julgar novamente o processo por novos fundamentos, declarando-a inválida.

Essa corrente apresentava uma fraqueza, rapidamente apontada

pela doutrina. Ela considerava apenas a hipótese de ajuizamento de duas ações declaratórias de *invalidade* de uma deliberação societária. Nas situações em que fossem ajuizadas, concomitantemente, uma ação declaratória de validade, e uma de invalidade de tal assembleia, LIEBMAN não teria apresentado uma solução satisfatória.

Tendo isso em vista, essa teoria foi aperfeiçoada pela doutrina subsequente, conforme aponta EUARDO TALAMINI (“Legitimidade, Interesse, Possibilidade Jurídica e Coisa Julgada nas Ações de Impugnação de Deliberações Societárias”, *in Processo Societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, págs. 101 a 155, esp. págs. 145 e ss). Entre as propostas apresentadas, destaca-se a de ADA PELLEGRINI GRINOVER, descrita da seguinte forma por TALAMINI:

“Diante da indivisibilidade do ato (...) a sentença produzirá efeito perante todos os sócios. Mas considera inviável adotar a solução proposta por BARBOSA MOREIRA, não só por lhe faltar respaldo em norma expressa, como também por não se afinar com os princípios constitucionais da defesa, contraditório e bilateralidade da ação e da execução. Assim, entende que o sócio que não participou do processo anterior pode pleitear e obter sentença no sentido oposto àquela já proferida – sem que se possa falar de coisa julgada em face dele. Sendo esse sócio bem sucedi-

do em seu intento, ocorrerá conflito entre duas sentenças em sentidos opostos. Prevalecerá a proferida por último: não apenas porque – segundo GRINOVER – no ‘conflito entre duas coisas julgadas’, a segunda deve prevalecer, mas sobretudo porque, não fosse assim, conferir aos demais sócios o direito de obter sentença em sentido oposto à primeiramente obtida seria inútil – e equivaleria a se lhes estender a coisa julgada gerada no processo alheio.”

Esse posicionamento, contudo, também é passível de questionamentos. Se, por um lado, não é justo que se estenda a coisa julgada formada no primeiro processo a pessoas que dele não participaram, também não é justo que se retire a eficácia de uma sentença favorável à parte, obtida no primeiro julgamento, pela mera propositura e julgamento de uma ação subsequente. Ainda que se determine a citação do autor da primeira demanda, essa possibilidade implicaria o exercício anômalo de uma ação rescisória, fora das hipóteses legais. Ontologicamente, não há diferença entre privilegiar a primeira ou a segunda coisa julgada. De um modo ou de outro, haverá lesão a direito.

Disso decorre que a polêmica é viva e suscita muitos desafios. Propor uma solução não é possível sem uma longa reflexão, de que resulte a atuação do Congresso Nacional, mediante a previsão, em lei, de regras especiais que disciplinem o tema.

Enquanto tal solução não é editada, contudo, é preciso encontrar um modo de compor os conflitos que, no dia a dia, apresentam-se ao intérprete da Lei. E, tendo em vista a sensibilidade com que o tema se apresenta, a única forma de compor esses conflitos é evitando, sempre que possível, a coexistência de sentenças contraditórias sobre um ato indivisível. Ou seja, o Poder Judiciário, ciente da dificuldade do tema, deverá atuar para conferir segurança jurídica a todos os que, na vida ordinária, pretendam estabelecer relações jurídica com a sociedade cuja deliberação assemblear é questionada.

III – O encaminhamento da matéria. As sentenças proferidas nos autos.

Para dar solução à matéria, a primeira observação a ser feita é a de que o Enunciado 59 da Súmula/STJ determina que não há conflito de competência na hipótese em que “já existe sentença com trânsito em julgado, proferida por um dos juízos conflitantes”. Na hipótese dos autos, há sentença proferida, tanto nas causas que tramitam perante a Justiça Estadual, como na causas que tramita perante a Justiça Federal. Porém, nenhuma delas transitou em julgado.

A orientação contida no Enunciado nº 235 da Súmula/STJ, por outro lado, em aparente contradição com o Enunciado 59, reza que “A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado”. Esta segunda

regra não estabelece o requisito do trânsito em julgado, de modo que o mero julgamento de uma das ações já bastaria para afastar a regra de modificação da competência territorial por conexão.

A harmonização dos dois enunciados sumulares já foi enfrentada por esta Segunda Seção. Por ocasião do julgamento do CC nº 118.183/MG (de minha relatoria, DJ de 17/11/2011), entre a Justiça do Trabalho e a Justiça Cível, tecí as seguintes considerações sobre a matéria:

O fato de ter sido proferida sentença pelo juízo trabalhista não impede, em princípio, a apreciação do conflito de competência. Com efeito, por ocasião do julgamento do CC 108.717/SP (de minha relatoria, 2ª Seção, DJe de 20/09/2010), esta Corte estabeleceu que a existência de sentença não transitada em julgado somente impediria a apreciação de um conflito de competência nas hipóteses em que esse conflito se baseasse em uma regra de conexão. Em situações nas quais a competência para o julgamento é absoluta, por outro lado, a suscitação do incidente somente é obstada pelo trânsito em julgado da sentença proferida, nos moldes da Súmula 59/STJ. Eis a ementa do julgado:

“PROCESSO CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. SENTENÇA SEM TRÂNSITO EM JULGADO. POSSIBILIDADE, EM PRINCÍPIO, DE CONHECIMENTO. SÚMULAS 59 E 235/STJ. AÇÕES ORIGINÁRIAS DISTIN-

TAS. INEXISTÊNCIA DE CONFLITO.

I . Se o conflito positivo de competência se estabelecer por força de uma regra de conexão, ele não poderá ser conhecido se uma das sentenças foi proferida, ainda que sem trânsito em julgado, por força da Súmula 235/STJ. Mas se o conflito decorre de outra regra de estabelecimento da competência, não há restrição a seu conhecimento após prolatada a sentença, desde que não haja trânsito em julgado (Súmula 59/STJ).

II . Em que pese a possibilidade, em princípio, de conhecimento do conflito não obstante uma das sentenças tenha sido proferida – já que ele não se fundamenta em uma regra de conexão – não há conflito positivo de competência se as ações que supostamente lhe deram origem discutem matérias distintas.

III . Conflito de competência não conhecido.

(CC nº 118.183/MG, de minha relatoria, DJ de 17/11/2011)

A regra, portanto, é que a sentença extingue a conexão, mas não prevalece nas hipóteses de incompetência absoluta.

Trazendo tais considerações à hipótese dos autos, é preciso observar, antes de mais nada, que a competência da Justiça Federal é absoluta. Portanto, a existência de sentenças decidindo as causas não leva à perda de objeto do conflito de competência.

Por outro lado, a regra do art. 109, I, da CF determina que a competência absoluta da Justiça Federal somente se dá nas hipóteses em que participe, no processo, “a União, entidade autárquica ou empresa pública”, na qualidade de “autoras, réis, assistentes ou oponentes”, exceto nas causas “de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho”.

Nos processos que tramitam perante a Justiça Estadual, nenhum ente público promoveu qualquer tipo de intervenção. Há informação nos autos de que a intimação da CEF foi solicitada pela parte, *mas indeferida pelo juízo cível sem remessa do processo à Justiça Federal*, em aparente ofensa à orientação contida no Enunciado 150 da Súmula/STJ. Seria, assim, possível determinar que essas causas fossem remetidas à Justiça Federal, ainda que a empresa pública não participasse do processo?

A resposta deve ser positiva. Não se pode cogitar de propor uma solução para esta causa sem considerar o imperativo lógico que está por trás de toda a doutrina produzida acerca do tema: a convivência de sentenças conflitantes sobre um mesmo ato indivisível, ainda que em processos dos quais não tenham participado as mesmas partes, representa enorme risco à estabilidade das relações jurídicas. A assembleia que elege a diretoria de uma sociedade é fundamental, não apenas para resguardar

os interesses da empresa, mas também de todos aqueles que com ela pretendem firmar qualquer contrato.

O potencial de lesão que a existência de decisões conflitantes encerra espalha-se, assim, a uma universalidade de pessoas. É preciso solucionar esse potencial conflito no nascedouro.

Não acredito que se possa afirmar, peremptoriamente, que a coisa julgada formada em um dos processos deva se estender a todos os demais. Tomar uma posição acerca dessa matéria é algo que, como já dito, demanda muita reflexão, ponderando-se todas as vantagens e desvantagens que ela pode trazer. Obrigar uma parte ao resultado de um processo de que não participou, especialmente se esse resultado for contrário a seu interesse, é algo muito sério. Por isso, se a coexistência de decisões conflitantes puder ser evitada, sem prejuízo ao exercício, pelas partes, de seu direito de petição e defesa, essa postura deve ser adotada de maneira prioritária .

Na situação dos autos, isso é possível, independentemente de se tomar uma posição acerca da viva controvérsia que paira sobre os limites subjetivos da coisa julgada em processos desta natureza. Este conflito de competência, ainda que apresente característica *sui generis* , deve ser conhecido.

É inegável que a ação que trâmite perante a Justiça Federal é mais abrangente que as ações que tramitam perante a Justiça Esta-

dual, se não por força do objeto, ao menos no que diz respeito às partes litigantes. Se a CEF manifestou seu interesse em participar da ação que objetivava a declaração de invalidade da deliberação societária, tem-se como um imperativo lógico que essa empresa pública tenha interesse também nas ações que objetivam a declaração de validade desse mesmo ato. Tanto num processo como em outro, os fundamentos de seu interesse são os mesmos.

Não se está, aqui, a analisar se é justificável ou não que a CEF intervenha. Essa matéria deve ser decidida pelo Juízo Federal, nos termos do Enunciado 150 da Súmula/STJ, em decisão submetida a controle nos termos da Lei Civil. Mas a reunião dos processos, com intimação da CEF para manifestar seu interesse, é imperativa. Essa reunião, naturalmente, só pode ocorrer perante a Justiça Federal.

IV – Consequências do reconhecimento do conflito

Estabelecida a necessidade de reunião dos processos, é preciso que se discorra também sobre as consequências dessa reunião.

Sabe-se que a competência da Justiça Federal é absoluta. Disso decorreria, num raciocínio apressado, que todos os atos praticados pelo Juízo Estadual, inclusive a sentença, seriam nulos. Contudo, esse raciocínio conteria um equívoco facilmente demonstrável.

A competência federal se estabeleceu porquanto a CEF in-

gressou, na ação ajuizada por GLADSTONE, não como parte, mas na *qualidade de assistente simples*, por força de interesse jurídico e econômico que alega ter na solução da lide. Em tais situações, em lugar de se declarar a invalidade dos atos praticados, deve incidir a regra do art. 50, parágrafo único, do CPC: o assistente colhe o processo no estado em que se encontra.

A aplicação dessa regra, contudo, poderia gerar um impasse. Por um lado, compete ordinariamente ao Tribunal de Justiça Estadual apreciar o recurso de apelação interposto contra uma sentença proferida pelo juiz estadual. O TRF não poderia revisá-la. Por outro lado, a declaração de nulidade das sentenças prolatadas levaria a um claro desperdício de atividade jurisdicional.

Esse impasse já foi enfrentado e resolvido no âmbito desta 2^a Seção, por ocasião do julgamento dos EDcl. nos EDcl. No REsp 1.091.393/SC. Naquela oportunidade, discutia-se a possibilidade de intervenção da CEF nos processos em que se discutisse seguro habitacional vinculado a apólices públicas, com potencial comprometimento do FCVS. Muitos desses processos já haviam sido sentenciados. Não obstante, a posição que prevaleceu, por mim defendida, é a de que, não obstante reconhecida a competência da Justiça Federal após o pedido de intervenção da CEF, não haveria justificativa para se decretar a nulidade dos atos decisórios, pelos seguintes argumentos:

Além disso, por se tratar de assistência simples, a CEF, nos termos do art. 50, parágrafo único, do CPC, receberá o processo no estado em que se encontrar no momento em que for efetivamente demonstrado o seu interesse jurídico, sem anulação dos atos praticados anteriormente.

Note-se, por oportuno, que a peculiaridade presente na espécie – de que o ingresso do assistente acarreta um deslocamento de competência – não autoriza que se excepcione a regra geral de aproveitamento de todos os atos praticados, sobretudo porque a interpretação lógico-integrativa do CPC evidencia que a sistemática de ingresso do assistente no processo foi pensada com base no postulado da perpetuação da competência.

Ao eleger a assistência como a única modalidade de intervenção de terceiro admissível a qualquer tempo e grau de jurisdição, o legislador fixou como contrapartida necessária e indissociável que o assistente receba o processo no estado em que esse se encontrar, não contemplando, pois, a hipótese de deslocamento da competência.

Nesse sentido a lição de Cândido Rangel Dinamarco, que ao analisar a assistência observa que, “podendo essa modalidade intervintiva ocorrer em qualquer fase do procedimento ou grau de jurisdição, nem por isso ficarão as partes sujeitas às incertezas ou retrocessos que ocorreriam se essa intervenção desconsiderasse preclusões e permitisse a realização de atos próprios a fa-

ses já superadas” (Instituições de Direito Processual Civil, vol. II, 6^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 386).

Em síntese, o aproveitamento dos atos praticados constitui elemento essencial da assistência, sem o qual o instituto potencialmente se transforma em fator de desequilíbrio e manipulação do processo.

Com efeito, excepcionar a regra geral de modo a impor a anulação indistinta dos atos praticados na Justiça Estadual, abriria perigoso precedente no sentido de possibilitar, nas hipóteses em que a aceitação da assistência implicar deslocamento de competência, que o assistente escolha o momento em que vai ingressar na lide e, com isso, determine a anulação de atos processuais conforme a sua conveniência.

A mesma solução deve ser transportada à hipótese dos autos. A competência para todos os processos aqui discutidos é da Justiça Federal, não obstante a sentença proferida. O julgamento dos respectivos recursos de apelação, portanto, se não tiver sido promovido até o momento (não há essa informação nos autos), deve ser remetido àquele Tribunal, que poderá manifestar uma decisão uniforme sobre toda a controvérsia.

Forte nessas razões, conheço do presente conflito e estabeleço a competência da Justiça Federal (e, consequentemente, do Tribunal Regional Federal da 5^a Região), para: (i) determinar a

intimação da CEF para que manifeste interesse nos processos 2008.0034.9187-7 e 469861-17.2010.8.06.0001/0, ambos que originalmente tramitaram perante a 30^a Vara Cível da Comarca de Fortaleza; e, (ii) para que decida sobre o eventual aproveitamento dos atos praticados.

Na hipótese de qualquer das partes entender necessário pleitear uma medida de urgência que estabeleça, de forma provisória, a validade ou invalidade da assembleia aqui discutida, tal medida deve ser requerida à Justiça Federal.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Seção, por unanimidade, concreceu do conflito e declarou competente o Tribunal Regional Federal da 5^a Região para determinar a intimação da Caixa Econômica Federal para que manifeste interesse nos processos e eventual aproveitamento dos atos processuais já praticados, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Raul Araújo, Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti, Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Buzzi votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Impedido o Sr. Ministro Antônio Carlos Ferreira.

Superior Tribunal de Justiça

Habeas Corpus. Crime de uso de documento ideologicamente falso. Mero cumprimento contratual. Ausência de justa causa. Ordem concedida de ofício para trancar a ação penal, confirmando-se a liminar deferida.¹

EMENTA OFICIAL

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. MEDIDA IMPRESCINDÍVEL À SUA OTIMIZAÇÃO. EFETIVA PROTEÇÃO AO DIREITO DE IR, VIR E FICAR. 2. ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL POSTERIOR À IMPETRAÇÃO DO PRESENTE *WIT*. EXAME QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 3. CRIME DE USO DE DOCUMENTO IDEOLOGICAMENTE FALSO. ART. 304 C/C O ART. 299, *CAPUT*, DO CP. NÃO DESCRIÇÃO DO ESPECIAL FIM DE AGIR NECESSÁRIO A TIPIFICAR A FALSIDADE IDEOLÓGICA. MERO CUMPRIMENTO CONTRATUAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ART. 395, III, DO CPP. OCORRÊNCIA. 4. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA TRANCAR A AÇÃO PENAL, CONFIRMANDO-SE A LIMINAR DEFERIDA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, já vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Louvando o entendimento de que o Direito é dinâmico, sendo que a definição do alcance de institutos previstos na Constituição Federal há de fazer-se de modo integrativo, de acordo com as mudanças de relevo que se verificam na tábua de valores sociais, esta Corte passou a entender ser necessário amoldar a abrangência do *habeas corpus* a um novo espírito, visando restabelecer a eficácia de remédio constitucional tão caro ao Estado Democrático de Direito. Precedentes.

2. Atento a essa evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar decisões no sentido de não mais admitir *habeas corpus* que tenha por

¹ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1193239&sReg=201100622880&sData=20121121&formato=PDF>. Acesso em: 05 abr. 2013.

objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, considerando que a modificação da jurisprudência firmou-se após a impetração do presente *habeas corpus*, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial, no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanada mediante a concessão de *habeas corpus* de ofício, evitando-se, assim, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

3. O tipo penal de falsidade ideológica exige, para sua caracterização, a descrição do especial fim de agir, consistente em prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, o que não se verifica quando demonstrado que a conduta praticada se tratou, em suma, de mero cumprimento de contrato de mandato previamente celebrado. Fica, portanto, inviabilizada a *persecutio criminis*, ante a ausência de justa causa para a ação penal, conforme disciplina o art. 395, III, do CPP.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, ratificando a liminar deferida, para trancar a Ação Penal nº 5002344-08.2010.404.7003, em trâmite na 1ª Vara Federal de Maringá/PR .

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tri-

bunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder *habeas corpus* de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de novembro de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator.

Habeas Corpus Nº 201.137 - PR (2011/0062288-0). DJe 21.11.2012.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Ary Lúcio Fontes, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal Federal da 4ª Região, que denegou a ordem em prévio *writ*, em acórdão ementado nos seguintes termos (fl. 417):

PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* . TRANCA-MENTO DA AÇÃO PENAL. DESCABIMENTO. O rancamento da ação penal exige certeza de ilegalidade da persecução criminal desenvolvida, não presente em imputação acusatória que especificamente indica a conduta do acusado de usar perante a Caixa Econômica Federal de procuração com dados

acrescidos após o falecimento do titular.

Pretende o impetrante, em síntese, o trancamento da ação penal, na qual foi o paciente denunciado pela prática, em tese, do delito tipificado no art. 304 c/c o art. 299, *caput*, ambos do Código Penal, por supostamente ter se utilizado de instrumento procuratório com inserção de dados falsos, para o levantamento de valor pago mediante precatório de natureza alimentícia, decorrente de demanda previdenciária, junto à Caixa Econômica Federal.

Sustenta, num primeiro momento, ter havido cerceamento de defesa em razão da ofensa ao art. 395, III, do Código de Processo Penal, pois o Juiz de primeiro grau “desvirtuou a nova sistemática trazida ao processo penal pelas leis de 2008, a partir das quais o juiz, ao receber preliminarmente a denúncia, deve abrir prazo para que o denunciado apresente sua defesa preliminar” (fl. 23).

Alega, ademais, ser atípica a conduta perpetrada pelo paciente, sob o argumento de que estão ausentes os elementos configuradores dos tipos penais dos arts. 299 e 304, ambos do Código Penal, assim como defende que os dados inseridos no instrumento procuratório não são falsos, sendo hígido e válido o documento utilizado pelo paciente para cumprir seu dever no patrocínio da causa previdenciária.

Assevera que “os poderes para ‘receber’ já estavam incluídos na

procuração original”, sendo que “a posterior inserção de dados bancários em seu texto observou apenas uma exigência burocrática, qual seja, a de que a procuração, para fins de levantamento de valores depositados, deveria conter a informação a respeito da conta bancária e agência da instituição financeira onde se encontrava o dinheiro, além do número do precatório requisitório e dos autos do processo a ele referente” (fl. 30).

Pede, liminarmente, a suspensão da ação penal até o julgamento final do *writ*. No mérito, pugna pelo trancamento da Ação Penal nº 5002344-08.2010.404.7003.

A liminar e o pedido de reconsideração foram indeferidos às fls. 431 e 451/452, pelo então Relator, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. As informações foram prestadas pela autoridade coatora às fls. 461/477 e o Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 481/487, pelo conhecimento parcial da ordem e, nesta parte, por sua denegação, nos seguintes termos:

**PENAL. HABEAS CORPUS .
USO DE DOCUMENTO FALSO.
TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.** 1. O paciente é acusado de acrescentar dados ideologicamente falsos em procuração apresentada à Caixa Econômica Federal para levantar quantia depositada em nome de seu cliente falecido. A denúncia narra que os dados e a data inserida na procuração são posteriores ao falecimento do outorgante. 2. O trancamento

da ação penal por falta de justa causa só é possível quando, sem exame aprofundado de provas, fica evidenciada a atipicidade da conduta, a ausência de indícios de autoria e de materialidade ou, ainda, quando for caso de extinção de punibilidade. 3. No caso, não ocorre qualquer destas hipóteses de trancamento da ação penal por ausência de justa causa. Os indícios de autoria e de materialidade estão evidenciados em Laudo Pericial que atesta a adulteração da procuração mediante a inserção de dados após o falecimento do outorgante da procuração. 3. A alegação de inobservância da norma processual penal de facultar defesa liminar não foi julgada pelo Tribunal de origem. Desse modo, é inviável o exame desta questão nesta Corte de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância. - Parecer pelo conhecimento pardal do *habeas corpus* e, nesta parte, peta denegação da ordem.

Posteriormente, os autos foram atribuídos à minha Relatoria, tendo, então, sido deferido o pedido de reconsideração, às fls. 542/546, para que ficasse suspensa a ação penal a que responde o paciente, até o julgamento final do *writ*.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

A liberdade de locomoção do indivíduo, independentemente dos transtornos dos procedimen-

tos, da gravidade dos fatos criminosos, há muito ocupa lugar de destaque na escala de valores tutelados pelo Direito, razão pela qual sempre mereceu especial tratamento nos ordenamentos jurídicos das sociedades civilizadas.

Lembremo-nos que a República Federativa brasileira assenta-se na dignidade da pessoa humana, e não há dignidade sem que haja proteção aos direitos fundamentais, tampouco há dignidade sem que o ordenamento jurídico estabeleça garantias que possibilitem aos indivíduos fazer valer, frente ao Estado, esses direitos.

Entre nós, com os parâmetros que lhe dá a Constituição Federal e o Código de Processo Penal, é reconhecida a garantia constitucional do *habeas corpus*, criado com o objetivo de evitar ou fazer cessar violência ou coação à liberdade de locomoção decorrente de ilegalidade ou abuso de poder.

O remédio constitucional do *habeas corpus* nasceu historicamente como uma necessidade de contenção do poder e do arbítrio do Estado. A Carta Magna de 1988 manteve a garantia constitucional, prevista, sabemos todos, desde a Constituição Republicana, destacando no inciso LXVIII do art. 5º que “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”. O Código de Processo Penal, no mesmo diapasão, dispõe no art. 647, que “dar-se-á *habeas corpus*

sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar”.

Enquanto não encontre eu, nos dispositivos mencionados acima, argumentos para elastecer o cabimento do remédio constitucional a questões que não envolvem diretamente o direito de ir, vir e ficar do indivíduo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, talvez como reflexo da redemocratização do país depois de mais de vinte anos de ditadura militar, na intenção de proteger o cidadão, foi ampliando, aos poucos, o cabimento do *habeas corpus* a fim de salvaguardar direitos que apenas indiretamente poderiam refletir na liberdade de locomoção.

No entanto, parece-me que se foi além da meta – proteção do direito fundamental à liberdade de locomoção –, quem sabe se não se tomou a nuvem por Juno; passou-se a admitir, fora das hipóteses de cabimento previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, a impetração de *habeas corpus* como meio ordinário de impugnação, ainda que ausente ameaça concreta e imediata ao direito de ir, ficar e vir, inviabilizando, consequentemente, a proteção judicial efetiva, tendo em vista que a duração indefinida do processo compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana, “na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais”. (MENDES, Gilmar Ferreira.

Curso de Direito Constitucional. 2^a Edição. São Paulo. Saraiva. 2008. p. 100.)

Desse modo, consolidou-se, por meio de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça a tendência de se atenuar as hipóteses de cabimento do remédio constitucional, destacando-se que o *habeas corpus* é antídoto de prescrição restrita, que se presta a reparar constrangimento ilegal evidente, incontroverso, indisfarçável e que, portanto, se mostra de plano comprovável e perceptível ao julgador. Logo, não se destina à correção de equívocos ou situações as quais, ainda que eventualmente existentes, demandam para sua identificação e correção o exame de matéria de fato ou da prova que sustentou o ato ou a decisão impugnada.

Mais que isso, observou a jurisprudência desta Corte ser o *habeas corpus* remédio constitucional voltado ao combate de constrangimento ilegal específico, de ato ou decisão que afete, potencial ou efetivamente, direito líquido e certo do cidadão, com reflexo direto em sua liberdade. Logo, não se presta à correção de decisão sujeita a recurso próprio, previsto no sistema processual penal, não sendo, pois, substituto de recursos ordinários, especial ou extraordinário.

Nesse contexto, peço, respeitosamente, licença à Ministra Maria Thereza de Assis Moura (AgRg no HC n.º 239.957/TO, DJe de 11/6/2012) e ao Ministro Gilson Dipp (HC n.º 201.483/SP, DJe de 27/10/2011) para valer-me das se-

quintes passagens de seus votos: (I) “O *habeas corpus* não é panacéia e não pode ser utilizado como um ‘super’ recurso, que não tem prazo nem requisitos específicos, devendo se conformar ao propósito para o qual foi historicamente instituído, é dizer, o de impedir ameaça ou violação ao direito de ir e vir”; (II) “É imperiosa a necessidade de racionalização do *habeas corpus*, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal, devendo ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção, inexistente na espécie”; (III) “Con quanto o uso do *habeas corpus* em substituição aos recursos cabíveis - ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo - crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização do *habeas-corpus*”.

O Supremo Tribunal Federal, atento a essa evolução hermenêutica, passou a adotar, recentemente, decisões no sentido de não mais admitir *habeas corpus* que tenha por objetivo substituir o recurso ordinário constitucional. A mudança

jurisprudencial consolidou-se no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, impetrado contra decisão que indeferiu diligências requeridas pela defesa. Na oportunidade, destacou o Ministro Relator:

O *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo qualquer previsão legal, enfraquece este último documento, tornando-o desnecessário no que, nos artigos 102, inciso II, alínea ‘a’, e 105, inciso II, alínea ‘a’, tem-se a previsão de recurso ordinário constitucional a ser manuseado, em tempo, para o Supremo, contra decisão proferida por tribunal superior indeferindo ordem, e para o Superior Tribunal de Justiça, contra ato de tribunal regional federal e de tribunal de justiça. O Direito é avesso a sobreposições e impetrar-se novo *habeas*, embora para julgamento por tribunal diverso, impugnando pronunciamento em idêntica medida implica inviabilizar, em detrimento de outras situações em que requerida, a jurisdição. Cumple implementar – visando restabelecer a eficácia dessa ação maior, a valia da Carta Federal no que prevê não o *habeas* substitutivo, mas o recurso ordinário – a correção de rumos. Consigno que, no tocante a *habeas* já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o

paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício. (STF, Primeira Turma, HC 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, j. em 7/8/2012).

Aos 21 de agosto de 2012, a Ministra Rosa Weber, no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 104.045/RJ, destacou que o meio recursal ordinariamente previsto para a análise de eventual ofensa à legislação federal relativa à dosimetria da pena é a apelação e, a depender do caso concreto, o recurso especial ou extraordinário:

HABEAS CORPUS . PROCESSO PENAL. HISTÓRICO. VULGARIZAÇÃO E DESVIRTUAMENTO. SEQUESTRO. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE.

1. O *habeas corpus* tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heróico. Contra a denegação de *habeas corpus* por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo *habeas corpus* em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte.

2. A dosimetria da pena submete-se a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete precipuamente o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção apenas de eventuais discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores.

3. Assim como a concorrência de vitorias negativas do art. 59 do Código Penal autoriza pena base bem acima da mínima legal, a existência de uma única, desde que de especial gravidade, também autoriza a exasperação da pena, a despeito de neutras as demais vitorias.

4. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está condicionada somente ao quantum da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, conforme remissão do art. 33, §3º, do mesmo diploma legal. Precedentes

5. Não se presta o *habeas corpus*, enquanto não permite ampla avaliação e valoração das provas, ao reexame do conjunto fático-probatório determinante da fixação das penas.

6. *Habeas corpus* rejeitado. (STF, Primeira Turma, HC n.º

104.045/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber, j. em 21/8/2012.)

Essa orientação foi aplicada, aos 22 de agosto de 2012, pelo Ministro Luiz Fux, que negou seguimento ao *Habeas Corpus* n.º 114.550/AC, tendo em vista a incompetência do Supremo Tribunal Federal para examinar *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário constitucional.

Recebeu a decisão os seguintes fundamentos:

A prevalência do entendimento de que o Supremo Tribunal Federal deve conhecer de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário constitucional contrasta com os meios de contenção de feitos, remota e recentemente implementados: Súmula Vinculante e Repercussão Geral, com o objetivo viabilizar o exercício pleno, pelo Supremo Tribunal Federal, da nobre função de guardião da Constituição da República. E nem se argumente com o que se convencionou chamar de jurisprudência defensiva. Não é disso que se trata, mas de necessária, imperiosa e urgente reviravolta de entendimento em prol da organicidade do direito, especificamente no que tange às competências originária e recursal do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar *habeas corpus* e o respectivo recurso ordinário, valendo acrescer que essa ação nobre não pode e nem deve ser banalizada a pretexto, em muitos casos, de pseudonulidades

processuais com reflexos no direito de ir e vir. (STF, Primeira Turma, HC n.º 114.550/AC, Relator o Ministro Luiz Fux, j. em 22/8/2012.)

Mesmo vencido no *leading case*, o Ministro Dias Toffoli rendeu-se ao entendimento firmado pela Primeira Turma da Corte Constitucional e, com fundamento na nova orientação, recusou trânsito a *habeas corpus* impetrado em substituição ao recurso ordinariamente previsto no art. 102, inciso II, alínea a, da Constituição Federal (STF, Primeira Turma, HC n.º 114.924/RJ, Relator o Ministro Dias Toffoli, j. em 29/8/2012).

Entendo que boa razão aqui têm os Ministros do Supremo Tribunal Federal quando restringem o cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. É que as vias recursais ordinárias passaram a ser atravessadas por incontáveis possibilidades de dedução de insurgências pela impetração do *writ*, cujas origens me parece terem sido esquecidas, sobrecregando os tribunais, desvirtuando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal. Calhou bem a mudança da orientação jurisprudencial, tanto que eu, de igual modo, dela passo a me valer com o objetivo de viabilizar o exercício pleno, pelo Superior Tribunal de Justiça, da nobre função de uniformizar a interpretação da legislação federal brasi-

leira.

Em suma, louvando-me no entendimento de que o Direito é dinâmico, sendo que a definição do alcance de institutos previstos na Constituição Federal há de fazer-se de modo integrativo, de acordo com as mudanças de relevo que se verificam na tábuia de valores sociais, tenho ser necessário amoldar a abrangência do *habeas corpus* a um novo espírito, visando restabelecer a eficácia de remédio constitucional tão caro ao Estado Democrático de Direito.

Contudo, em homenagem à garantia constitucional constante do art. 5º, inciso LXVIII, e considerando que a modificação da jurisprudência firmou-se após a impetração do presente *mandamus*, passo à análise das questões suscitadas na inicial no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanado mediante a concessão de *habeas corpus* de ofício, evitando-se, assim, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

No caso dos autos, sustenta o impetrante, em síntese, ser atípica a conduta atribuída ao paciente, razão pela qual deve ser trancada a ação penal.

Inicialmente, não se pode descurar que a extinção da ação penal por falta de justa causa ou por inépcia formal da denúncia situa-se no campo da excepcionalidade. Assim, a liquidez das alegações constitui requisito inafastável na apreciação de tais temas, somente cabível o *writ* nas hipóteses em que se demonstrar, à luz da evidência,

situações comprováveis de plano, suficientes ao prematuro encerramento da persecução penal.

Não se admite, por essa razão, na maior parte das vezes, a apreciação de alegações fundadas na ausência de dolo na conduta do agente ou de inexistência de indícios de autoria e materialidade em sede mandamental, pois tais constatações dependem, via de regra, da análise pormenorizada dos fatos, ensejando revolvimento de provas, o que é incompatível com o rito sumário do *mandamus*.

Para melhor delimitação da controvérsia, veja-se o que disse a inicial acusatória ao descrever a conduta criminosa imputada ao paciente (fls. 62/64):

Em 13 de abril de 2010, o denunciado Ary Lúcio Fontes fez uso de papel alterado, a que se refere o artigo 299 do Código Penal, eis que apresentou de forma livre e consciente, junto à Caixa Econômica Federal (PAB Justiça Federal) em Maringá/PR, o documento particular de Procuração (fl. 67) contendo dados ideologicamente falsos.

Os referidos dados ideologicamente falsos foram: aliás, inseridos pelo próprio denunciado que, entre os dias 7 e 12 de abril de 2010, preencheu, extemporaneamente e com o fito de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, a Procuração de fl. 67 com os seguintes dizeres: 'e ET EXTRA', 'Poderes também para junto à CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, fazer o levantamento em nome

do outorgante de todo o saldo existente na conta nº 093151221, agência 0652, decorrente do depósito do Precatório nº 2009.04.02.016600-2, nos autos nº 2003.70.03.014896-3, podendo receber e dar quitação' e a data '12 de abril de 2010.'

Tais dizeres são ideologicamente falsos pois o cliente do denunciado, o falecido Paulo Nardis Paladino, não firmou a Procuração outorgando poderes 'et extra' e, no caso, nem poderia, pois a data inserida na Procuração pelo denunciado é posterior ao falecimento de seu então cliente, cujo óbito deu-se em 1º de abril de 2009.

Por derradeiro, munido da Procuração em exame, o denunciado sacou junto à mencionada instituição bancária, a quantia de R\$ 207.024,33 (duzentos e sete mil e vinte e quatro reais e trinta e três centavos), relativa ao Precatório - Sem Alvará, expedido no processo originário nº 2003.70.03.014896-3 (fl. 49), repassando R\$ 103.512,00 (cento e três mil, quinhentos e doze reais), em cheque, para Celma Floriano (fl. 112), esposa do seu falecido cliente, a saber: Paulo Nardis Paladino, sendo que o valor retido correspondia ao pagamento de honorários advocatícios contratuais, no montante de 50% (cinquenta por cento), conforme contrato de honorários e prestação de serviços profissionais de fls. 100/101. A autoria e a materialidade do crime estão consubstanciadas no Documento denominado Procuração 'Ad Judicia' (fl. 67), Carta de Concessão de Pensão por Morte (fls. 60/61), Termos

de Declarações (fls. 71/72 e 105/106), Laudo de Exame Documentoscópico (fls. 141/144), Auto de Qualificação e Interrogatório (fls. 153/154) e demais documentos constantes dos autos.

Assim agindo, o denunciado Ary Lúcio Fontes perpetrhou o delito previsto no artigo 304 do Código Penal, incidindo na pena cominada ao artigo 299, *caput*, do Código Penal.

Eis o tipo dos artigos 299, *caput*, e 304, ambos do Código Penal:

Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular.

Art. 304 - Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302:

Pena - a cominada à falsificação ou à alteração.

Assim, verifico que, conquantinho tenha havido, por parte do paciente e como ele mesmo afirmou em seu interrogatório policial (fls. 140/141), a posterior inserção de dados em procuração, outorgada em tempo longínquo, para o fim específico de levantamen-

to de valores de precatório em nome de Paulo Nardis Paladino, sua ex-esposa, Celma Floriano, corroborou a tese da defesa de que houve acordo prévio e anuênciaria relativamente ao proceder do causídico, quando disse, perante a autoridade policial, que "quanto ao trabalho de Dr. Ary ficou satisfeita com o trabalho do mesmo, pois recebeu a metade do dinheiro que foi o que Paulo havia combinado com o Dr. Ary" (fl. 179).

Portanto, verifica-se que a confissão de inserção de dados novos em documento particular, emitido em data anterior, não importou, *in casu*, na alteração ou falsificação do que fora pactuado entre cliente e advogado quando da contratação dos serviços, o que afasta a caracterização do dolo específico do agente no sentido de "prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante". Dessarte, a conduta perpetrada pelo denunciado caracterizou, ao que tudo indica, mero cumprimento do contrato celebrado com o falecido cliente.

Com efeito, o tipo penal de falsidade ideológica exige para sua caracterização o elemento subjetivo do tipo, uma especial finalidade com a conduta praticada, que consiste em prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante. Portanto, o fato narrado e imputado ao paciente necessitaria, inegavelmente, de uma sistematização minimamente

plausível e razoável quanto ao especial fim de agir do tipo de falsidade ideológica, a fim de possibilitar a legítima *persecutio criminis*.

Ao ensejo, confira-se o seguinte precedente, noticiado no informativo nº 365 desta Corte Superior:

FALSIDADE IDEOLÓGICA. OFÍCIO JUDICIAL. Trata-se de recurso de *habeas corpus* contra o acórdão do Tribunal a quo que recusou o trancamento de ação penal iniciada pelo crime, em tese, de falsidade ideológica. O recorrente, segundo a peça acusatória, na qualidade de advogado de empresa, solicitou ao juiz da causa que oficiasse o Banco Central para localização do endereço dos réus e, indeferido o pedido, expediu ofício com o mesmo pedido, agora na forma de um ofício judicial, embora o tendo assinado com seu próprio nome. Para a Min. Relatora, não há justa causa para a ação penal. Aponta que o tipo do crime de falsidade ideológica tem elemento subjetivo específico, ou seja, a vontade de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar verdade sobre fato juridicamente relevante. Assim, se a conduta do agente ativo não conduz a qualquer desses três resultados, ela é um indiferente penal, como na hipótese. Entende, também, que o requerimento não pretendeu imitar a verdade, embora no cabeçalho conste a indicação do juízo. Como alega o recorrente, fê-lo para mostrar a quem deveria ser remetida a informação, tanto que ele

mesmo assinou o ofício. Observa, ainda, que, no uso da palavra “requisitar”, não teve o recorrente a intenção de imitar termos de um ofício expedido pelo juízo, tratando-se de mera impropriedade. A saudação final, com “protestos de estima e consideração”, é usual em correspondências oficiais e particulares. Outrossim, não é crível que alguém, ao cometer um ato ilícito escrito, com intenção dolosa, visando criar obrigação, prejudicar direito ou alterar a verdade, assine o expediente. Afirma não ter dúvidas de que existiu a intenção de o recorrente pedir pessoalmente a informação em seu nome, de não haver dolo. Além disso, o pedido, em si, não constitui propriamente um documento, tal como se exige para fins de configuração do crime de falsidade ideológica. Como também não interpreta o despacho do magistrado como uma autorização para que o recorrente formulasse e remetesse o ofício. Assim, demonstrada a atipicidade da conduta praticada pelo recorrente, a Turma deu provimento ao recurso para trancar a ação penal. RHC 19.710-SP, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), julgado em 28/8/2008.

No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS . FALSIDADE IDEOLÓGICA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ORDEM CONCEDIDA. 1. Prevê o art. 299 do Código Penal que, para a configuração do delito de falsida-

de ideológica, é essencial o dolo específico do agente no sentido de “de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante”. 2. No caso, em que o Paciente é acusado de indicar, em petição inicial, endereço inexistente em cidade que não reside – dado que pôde facilmente ser certificado pelo Oficial de Justiça – para justificar o ajuizamento de ação de indenização em Juizado Especial Cível em Comarca de sua suposta preferência, não resta demonstrada a relevância jurídica necessária à configuração do tipo penal em questão. 3. Certificada a inexistência do endereço, referida ação cível foi extinta sem resolução de mérito, tendo o Paciente sido condenado ao pagamento de multa e de indenização sobre o valor da causa, por litigância de má-fé. Só se pode falar, na hipótese, em prejuízos suportados pelo próprio Paciente, ocorridos em virtude de sua declaração equivocada. Evidente atipicidade da conduta. Ausência de justa causa para a persecução penal. 4. Ordem concedida. (HC 139.269/PB, Relatora a Ministra LAURITA VAZ, DJe 15/12/2009).

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS . FALSIDADE IDEOLÓGICA. JUSTA CAUSA. I - Na via do *writ*, é possível que se proceda à valoração da conduta que, inquestionavelmente, se apresenta delineada, deixando clara a inocorrência da ilicitude penal. Vedado é o cotejo de dados relevantes e controversos. II - Sendo evidente a inexistência

do fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, não há que se falar de falsidade ideológica. A eventual responsabilidade civil não se confunde com a responsabilidade penal. *Habeas corpus* concedido. (HC 31.997/SC, Relator o Ministro FELIX FISCHER, DJ 10/05/2004, p. 320).

Assim, não se verificando, da narrativa trazida na inicial acusatória, a especial finalidade com a conduta praticada, que consiste em prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, resta ausente o requisito da justa causa para o início da ação penal, razão pela qual deveria a inicial acusatória ter sido rejeitada, nos termos do que disciplina o art. 395, inciso III, do Código de Processo Penal, pois ausente o lastro probatório mínimo que deve embasar a acusação.

Ademais, não se vislumbrando a existência do especial fim de agir constante da norma penal insculpida no art. 299, **caput**, do Código Penal – falsidade ideológica -, porquanto devidamente esclarecido o simples cumprimento de prévio acordo entre advogado e cliente, não se pode falar, consequentemente, em uso de documento ideologicamente falso - art. 304 do Código Penal -, razão pela qual se mostra temerário o prosseguimento da ação penal. De fato, os dados foram inseridos justamente para o fiel e total cumprimento do contrato de mandato, anteriormente celebrado pelo

paciente e o contratante, de tudo resultando o repasse da verba de vida, levantada pelo agente, para a esposa do falecido mandatário.

Destaco, por fim, que não se está aqui, em *habeas corpus*, buscando a aferição de elementos subjetivos e complexos acerca da autoria da prática delitiva, providênciá essa sabidamente incompatível com a via estreita do *writ*, mas apenas, ante a incontroversa e flagrante ilegalidade verificada, constatando não haver adequação típica entre a conduta narrada e o tipo penal atribuído, o que remete de pronto à falta de justa causa para a persecução penal, tornando-se imperioso, portanto, o desfazimento do inequívoco constrangimento ilegal a que está submetido o paciente.

Ante o exposto, não conheço do *mandamus*. Concedo, no entanto, a ordem de ofício, ratificando a liminar deferida, para trancar a Ação Penal nº 5002344-08.2010.404.7003, em trâmite na 1ª Vara Federal de Maringá/PR.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu “Habeas Corpus” de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.”

Os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado

do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Superior Tribunal de Justiça

Recurso Especial. Recuperação Judicial. Contrato de cessão fiduciária de duplicatas. Incidência da exceção do Art. 49, § 3º da Lei 11.101/2005. Art. 66-B, § 3º da Lei 4.728/1965.¹

EMENTA OFICIAL

RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CONTRATO DE CESÃO FIDUCIÁRIA DE DUPLICATAS. INCIDÊNCIA DA EXCEÇÃO DO ART. 49, § 3º DA LEI 11.101/2005. ART. 66-B, § 3º DA LEI 4.728/1965.

1. Em face da regra do art. 49, § 3º da Lei nº 11.101/2005, não se submetem aos efeitos da recuperação judicial os créditos garantidos por cessão fiduciária.

2. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Luis Felipe Salomão, dando parcial provimento ao recurso especial, divergindo parcialmente da Relatora, e os votos dos Ministros Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Raul Araújo acompanhando o voto da Ministra Relatora, a Quarta Quarta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, com ressalvas do Ministro Luis Felipe Salomão. Os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Raul Araújo Filho votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília/DF, 05 de fevereiro de 2013 (Data do Julgamento).

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI, Relatora.

RESp 1.263.500 - ES (2011/0151185-8). DJe 12.04.2013.

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI: Cuida-se de recurso especial interposto com fundamento no art. 105, III, a e c da CF, por BANCO BRADESCO S/A contra acórdão proferido pela Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, cuja ementa assim dispõe:

RECUPERAÇÃO JUDICIAL - CONTRATO SUJEITO AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO - ABERTURA DE CRÉDITO GARANTIDA POR ALIENAÇÃO FIDUCIARIA DE DUPLICATAS - MULTA DIÁRIA - RAZOABILIDADE.

1. Via de regra, sujeitam-se à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos (art. 49, *caput*, da Lei 11.101/2005).

2. As exceções previstas em lei são a do banco que antecipou

¹ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1197402&sReg=201101511858&sData=20130412&formato=PDF>. Acesso em: 12 abr. 2013.

ao exportador recursos monetários com base em contrato de câmbio (art. 86, inciso II, da Lei 11.101/2005) e a do proprietário fiduciário, do arrendador mercantil e do proprietário vendedor, promitente vendedor ou vendedor com reserva de domínio, quando do respectivo contrato (alienação fiduciária em garantia, leasing, venda e compra, compromisso de compra e venda e compra ou venda com reserva de domínio) consta cláusula de irrevogabilidade ou irretroatibilidade (art. 49, §3º, da Lei 11.101/2005).

3. A cessão fiduciária que garante o contrato de abertura de crédito firmado entre as partes, prevista no § 3º do artigo 66-B, da Lei 4.728/65, transfere ao credor fiduciário a posse dos títulos, conferindo-lhe o direito de receber dos devedores os créditos cedidos e utilizá-los para garantir o adimplemento da dívida instituída com o cedente, em caso de inadimplência.

4. A cessão fiduciária de títulos não se assemelha à exceção prevista na lei de recuperação judicial no tocante ao proprietário fiduciário. Nesta o que se pretende é proteger o credor que aliena fiduciariamente determinado bem móvel ou imóvel para a empresa em recuperação, circunstância oposta ao que ocorre nos casos em que a empresa cede fiduciariamente os títulos ao banco.

5. O § 3º do artigo 49 da Lei 11.101/05 refere-se a bens móveis materiais, pois faz alusão expressa à impossibilidade de venda ou retirada dos bens do estabelecimento da empresa no período de suspensão pre-

visto no § 4º do art. 6º, da referida Lei, circunstância que não se aplica aos títulos de crédito, pois os créditos em geral são bens móveis imateriais.

6. A mera afirmação de que o valor a ser devolvido está equivocado não tem o condão de elidir o parecer técnico elaborado pelo Administrador Judicial.

7. Considerando a natureza da demanda, a necessidade de se imprimir agilidade e efetividade ao plano de recuperação homologado no Juízo de 1º Grau e a capacidade financeira do agravante, tenho que o valor arbitrado a título de astreinte, nesse momento, não transpõe os limites da razoabilidade.

8. Recurso conhecido e desprovido.

Em suas razões, o recorrente alega violação aos seguintes dispositivos legais: (i) art. 66-B da Lei nº 4.728/1965, arts. 82 e 83 do CC/2002 e art. 49, § 3º da Lei nº 11.101/2005, tendo em vista que, com a cessão fiduciária do crédito, o cessionário, ora recorrente, tornou-se proprietário fiduciário do respectivo título e, sendo o crédito considerado bem móvel, não estaria sujeito à recuperação judicial; (ii) art. 461, §§ 4º e 6º do CPC, uma vez que a multa cominatória estabelecida em 1º grau no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) "deveria ter sido substancialmente diminuída pelo Tribunal a quo, porquanto evidentemente desproporcional em relação ao valor da obrigação principal" (fl. 460 e-STJ).

Defende, ainda, a ocorrência de dissídio jurisprudencial com rela-

ção ao Agravo de Instrumento nº 585.273.4/7-00, julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Contrarrazões às fls. 476-489 (e-STJ), onde se alega que: (i) o recorrente reteve indevidamente o valor de R\$ 1.100.000,00 (um milhão e cem mil reais) de propriedade da empresa para não se sujeitar aos limites estabelecidos no plano de recuperação judicial, ultrapassando credores preferenciais devidamente habilitados; (ii) não há interesse de recorrer, pois a empresa recorrida efetuou, por determinação judicial, o levantamento do valor de R\$ 1.115.594,20 (um milhão, cento e quinze mil, quinhentos e noventa e quatro reais e vinte centavos), sendo que esse montante já foi integralmente utilizado no plano de recuperação judicial, sendo-lhe impossível, portanto, consigná-lo judicialmente ou restituí-lo ao recorrente; (iii) não houve prequestionamento do art. 461 do CPC (S. 282/STF e 211/STJ); (iv) incide ao caso a S. 7/STJ, uma vez que seria necessária a revisão de provas para verificar se o recorrente assumiu ou não a posição de proprietário fiduciário no contrato de abertura de crédito rotativo garantido por instrumento particular de constituição de garantia - cessão fiduciária; (v) no mérito, o recorrente não possui as qualidades de proprietário fiduciário de bem móvel a que alude o art. 49 da Lei nº 11.101/2005, pois as normas que imprimem exceção à regra geral devem ser interpretadas restritivamente, sendo o dispositivo regulado pelo art. 1.361 do CC/

2002 (propriedade resolúvel de coisa móvel infungível), o que não é o caso dos autos, em que o crédito possui natureza pignoratícia (art. 49, § 5º da Lei nº 11.101/2005).

O Ministério Pùblico Federal, por meio de parecer do Subprocurador-Geral da Repùblica Washington Bolívar Júnior, opinou pelo provimento do recurso especial (fls. 529-535).

É o relatório.

VOTO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI (Relatora): A Lei nº 11.101/2005 (LFR) estabelece que estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos (art. 49, *caput*).

Da regra geral excepciona a lei certos créditos, os quais, embora anteriores ao pedido de recuperação judicial, não se sujeitam aos seus efeitos. Eis os dispositivos da Lei nº 11.101/2005 relevantes para a solução da controvérsia:

“Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.
(...)

§ 3º. Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusulas de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu

crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

(...)

§ 5º Tratando-se de crédito garantido por penhor sobre título de crédito, direitos creditórios, aplicações financeira ou valores mobiliários, poderão ser substituídas ou renovadas as garantias liquidadas ou vencidas durante a recuperação judicial e, enquanto não renovadas ou substituídas, o valor eventualmente recebido em pagamento das garantias permanecerá em conta vinculada durante o período de suspensão de que trata o § 4º do art. 6º desta Lei.

A hipótese ora questionada diz respeito à cessão fiduciária de título de crédito, em garantia de contrato de abertura de crédito, realizada com base no art. 66-B, § 3º, da Lei 4.728/65, com a redação dada pela Lei 10.931/2004, assim redigido:

§ 3º. É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisa móveis, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é

atribuída ao credor, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada. (Incluído pela Lei 10.931, de 2004).

§ 4º No tocante tocante à cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou sobre títulos de crédito aplica-se, também, o disposto nos arts. 18 a 20 da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997. (Incluído pela Li 10.931, de 2004).

O “credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis” não se submete, pois, aos efeitos da recuperação judicial. Trata-se de expressa disposição legal.

Segundo o art. 83 do Código Civil de 2002, consideram-se móveis para os efeitos legais “os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações”.

Não se pretende e nem seria razoável sustentar que títulos de crédito não configurem “direitos pessoais de caráter patrimonial”, bens móveis, portanto.

Mencionando o § 3º do art. 49 da LFR o gênero - bens móveis – não haveria, data venia, porque especificar suas categorias arroladas nos arts. 82 e 83 do Código Civil, assim como não se fez necessá-

rio discriminar o sentido legal de “bens imóveis” CC, art.s 79 a 81).

A circunstância de o § 3º do art. 49 da LFR, em seguida à regra de que o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis “não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial”, estabelecer que “prevalecerão os direitos de propriedade sobre a **coisa** e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial”, não permite inferir que, não sendo o título de crédito “coisa corpórea”, à respectiva cessão fiduciária não se aplicaria a regra da exclusão do titular de direito fiduciário do regime de recuperação.

Com efeito, a explicitação contida na oração “prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa” tem como escopo deixar claro que, no caso de bens corpóreos, estes poderão ser retomados pelo credor para a execução da garantia, salvo em se tratando de bens de capital essenciais à atividade empresarial, hipótese em que a lei concede o prazo de cento e oitenta dias durante o qual é vedada a sua retirada do estabelecimento do devedor. Em se tratando de cessão fiduciária de crédito, bem móvel incorpóreo, não seria necessária a explicitação e nem a consequente ressalva, pois o art. 18 da Lei 9.514/97, aplicável à cessão fiduciária de títulos de crédito (66-B, § 4º, da Lei

4.728/65, com a redação dada pela Lei 10.931/2004, acima transcrito), dispõe que “o contrato de cessão fiduciária em garantia opera a transferência ao credor da titularidade dos créditos cedidos, até a liquidação da dívida garantida (...), seguindo-se o art. 19, o qual defere ao credor o direito de posse do título, a qual pode ser conservada e recuperada “inclusive contra o próprio cedente” (inciso I), bem como o direito de “receber diretamente dos devedores os créditos cedidos fiduciariamente” (inciso IV), outorgando-lhe ainda o uso de todas as ações e instrumentos, judiciais e extrajudiciais, para receber os créditos cedidos (inciso III).

Conclui-se, portanto, que a explicitação legal das garantias dos titulares de propriedade fiduciária de bens corpóreos (coisas) em nada diminui a garantia outorgada por lei aos titulares de cessão fiduciária de bens incorpóreos.

Anote, ainda, que parte expressiva da doutrina especializada e acordãos de alguns Tribunais de Justiça (Rio de Janeiro e Paraná) têm considerado aplicável à cessão fiduciária de crédito a disciplina do § 5º do art. 49 da LFR, relativa ao penhor sobre títulos de crédito.

Além de não se afeiçoar a cessão fiduciária à disciplina legal da garantia pignoratícia, em cujo conceito não se comprehende a transferência da titularidade do bem (critério legal definidor da generalidade dos tipos de garantia fiduciária), penso que tal solução, incompatível, data maxima vénia, com o texto legal, não seria pro-

veitosa à empresa recuperanda (a qual continuaria privada do uso dos recursos, mantidos em conta vinculada) e nem ao credor, destinatário do recebimento imediato dos valores nos termos da garantia contratada.

Nessa linha de entendimento, ressalta com precisão o parecer do Subprocurador-Geral da República Washington Bolívar Júnior que “mediante a cessão fiduciária de direitos creditórios, juntamente com a transferência da propriedade resolúvel de coisa móvel fungível (cédula de crédito bancário), o devedor, que na espécie é a empresa recuperanda, cede seus recebíveis a uma instituição financeira a qual recebe o pagamento diretamente do terceiro-devedor. Em suma, é uma forma de financiamento com plena garantia em que a propriedade é transferida para a órbita do domínio do credor para cumprimento da obrigação contraída.” (e-STJ fl. 534).

Ressalto, por fim, que, certamente, a disciplina legal do instituto da alienação fiduciária em garantia foi considerada pelo credor quando da contratação do financiamento. As bases econômicas do negócio jurídico teriam sido outras se diversa fosse a garantia, o que não pode ser desconsiderado sob pena de ofensa ao princípio da boa-fé objetiva, basilar do Código Civil.

Se, por um lado, a disciplina legal da cessão fiduciária de título de crédito coloca os bancos em situação extremamente privilegiada em relação aos demais credores, até mesmo aos titulares de garan-

tia real (cujo bem pode ser considerado indispensável à atividade empresarial), e dificulta a recuperação da empresa, por outro, não se pode desconsiderar que a forte expectativa de retorno do capital decorrente deste tipo de garantia permite a concessão de financiamentos com menor taxa de risco e, portanto, induz à diminuição do spread bancário, o que beneficia a atividade empresarial e o sistema financeiro nacional como um todo.

Em face da regra do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005, devem, pois, ser excluídos dos efeitos da recuperação judicial os créditos de titularidade do recorrente que possuem garantia de cessão fiduciária.

Em face do exposto, conheço e dou provimento ao recurso especial.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA: Sr. Presidente, louvo a intenção de V. Exa., no entanto a posição privilegiada do credor fiduciário é o que assegura as taxas de juros que são praticadas nessa modalidade de operação financeira e o que possibilita o acesso ao crédito a muitas empresas. Alterar essa posição de privilégio do credor trará, naturalmente, repercussões nos custos dessa operação. Não permitir a realização da garantia pelo credor, conforme previsão contratual, implica descharacterizar o instituto, tornando vulnerável a garantia. Entendo que a vontade do legislador foi, de fato, excluir

os créditos garantidos por cessão fiduciária dos efeitos da recuperação judicial.

Por isso, pedindo vênia a V. Exa., acompanho o voto da Sra. Ministra Relatora.

VOTO

O EXMO SR. MINISTRO MARCO BUZZI: Sr. Presidente, com todas as vêrias ao entendimento ideológico praticamente declinado por V. Exa., acompanho o voto da Sra. Ministra Relatora, porque são essas qualificadoras dessa modalidade de relação econômica nesses financiamentos, nesses modos aquisitivos de bem, que propiciam esses juros remuneratórios do capital emprestado pelo banco, primeiro, em índices menores e, em segundo lugar, em operações factíveis, porque, a partir do momento em que o mercado não der essas garantias, e que essas garantias sejam efetivamente realizadas, em quaisquer que forem as circunstâncias, porque foi feito um ato normativo, foi editada uma lei especificamente para esse fim, então teremos uma modificação, primeiro, nas taxas de juros praticadas e, segundo, na disposição, no ânimo do banqueiro de dispor dessa parte do capital para o consumidor, para todas essas empresas que se valem, e muito, no Brasil, desses expedientes de crédito.

Dianete dessas considerações, e não me comprometendo com a tese nos casos em que evidenciada a inviabilidade de recuperação judicial da empresa - situação que não se verifica no presente recur-

so, acompanho a eminente Relatora.

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO:

1. Nos autos da recuperação judicial de Indústria de Móveis Modelar Ltda., em trâmite na 2ª Vara Cível da Comarca de Linhares/ES, foi determinada a inclusão de crédito do Banco Bradesco S/A, no valor de R\$ 1.115.594,20 (um milhão, cento e quinze mil, quinhentos e noventa e quatro reais e vinte centavos), representado pelos contratos ns. 3626-64.052 e 3626-61.161, os quais estavam garantidos, pela recuperanda, por cessão fiduciária de duplicatas mercantis.

O credor impugnou o edital em que constava o referido crédito, aduzindo que os mencionados contratos não se sujeitariam à recuperação judicial, em razão do que prevê o art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005. A empresa recuperanda, por sua vez, pleiteou a devolução dos valores recebidos pelos credores (entre eles o Banco Bradesco S/A) durante a recuperação judicial resultantes do pagamento de débitos oriundos de contratos garantidos por cessão fiduciária de crédito.

O juízo de piso acolheu o pleito deduzido pela recuperanda, determinando o seguinte:

[...] a expedição de ofícios às instituições financeiras indicadas à fl. 3.300, a fim de que estas promovam a liberação, em favor da Recuperanda, dos montantes indevidamente recebidos,

no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, para a conta-corrente indicada à fl. 3.298, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), em caso de descumprimento, sem prejuízo da configuração de crime de desobediência e do ilícito penal tipificado no art. 172, da Lei n. 11.101/2005 (fl. 306).

O Banco Bradesco S/A interpôs agravo de instrumento pleiteando a não inclusão dos valores em questão no bojo da recuperação judicial, porquanto se trata de crédito fiduciário, excluído do rito especial recuperacional pelo art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/05. Aduziu que o direito creditório deve ser considerado como bem móvel, razão por que incide o mencionado dispositivo legal. Subsidiariamente, pugnou pela redução da multa cominatória, então fixada em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por dia de descumprimento da ordem judicial.

O TJES negou provimento ao agravo de instrumento nos termos da seguinte ementa:

RECUPERAÇÃO JUDICIAL - CONTRATO SUJEITO AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO - ABERTURA DE CREDITO GARANTIDA POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE DUPLICATAS - MULTA DIÁRIA - RAZOABILIDADE.

1. Via de regra, sujeitam-se à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos (art. 49, caput, da Lei 11.101/2005).

2. As exceções previstas em lei são a do banco que antecipou ao exportador recursos monetários com base em contrato

de câmbio (art. 86, inciso II, da Lei 11.101/2005) e a do proprietário fiduciário, do arrendador mercantil e do proprietário vendedor, promitente vendedor ou vendedor com reserva de domínio, quando do respectivo contrato (alienação fiduciária em garantia, leasing, venda e compra, compromisso de compra e venda e compra ou venda com reserva de domínio) consta cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade (art. 49, § 3º, da Lei 11.101/2005).

3. A cessão fiduciária que garante o contrato de abertura de crédito firmado entre as partes, prevista no § 3º do artigo 66-B, da Lei 4.728/65, transfere ao credor fiduciário a posse dos títulos, conferindo-lhe o direito de receber dos devedores os créditos cedidos e utilizá-los para garantir o adimplemento da dívida instituída com o cedente, em caso de inadimplência.

4. A cessão fiduciária de títulos não se assemelha à exceção prevista na lei de recuperação judicial no tocante ao proprietário fiduciário. Nesta o que se pretende é proteger o credor que aliena fiduciariamente determinado bem móvel, ou imóvel para a empresa em recuperação, circunstância oposta ao que ocorre nos casos em que a empresa cede fiduciariamente os títulos ao banco.

5. O § 3º do artigo 49 da Lei 11.101/05 refere-se a bens móveis materiais, pois faz alusão expressa à impossibilidade de venda ou retirada dos bens do estabelecimento da empresa no período de suspensão previsto no § 4º do art. 6º, da refe-

rida Lei, circunstância que não se aplica aos títulos de crédito, pois os créditos em geral são bens móveis imateriais.

6. A mera afirmação de que o valor a ser devolvido está equivocado não tem o condão de elidir o parecer técnico elaborado pelo Administrador Judicial.

7. Considerando a natureza da demanda, a necessidade de se imprimir agilidade e efetividade ao plano de recuperação homologado no Juízo de 1º Grau e a capacidade financeira do agravante, tenho que o valor arbitrado a título de astreinte, nesse momento, não transpõe os limites da razoabilidade.

8. Recurso conhecido e desprovido.

No recurso especial, o recorrente repetiu, em síntese, a tese antes apresentada nas instâncias ordinárias, no sentido de que o credor fiduciário não se sujeita à recuperação judicial nos termos do art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/05, insurgindo-se contra a determinação do Juízo de piso de que fossem devolvidos os valores recebidos a título de crédito cedido fiduciariamente pela empresa recuperanda. Subsidiariamente, pleiteou a redução das astreintes.

A eminente Relatora, Ministra Isabel Gallotti, conheceu do recurso e lhe deu provimento para que fossem “excluídos dos efeitos da recuperação judicial os créditos de titularidade do recorrente que possuem garantia de cessão fiduciária”, fazendo incidir o art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/05, nos sentido de que o “credor titular da

posição de proprietário fiduciário de bens móveis” não se submete à recuperação judicial.

Entendeu Sua Excelência que a referência a “bens móveis” contida no § 3º, do art. 49 da Lei, deve também abranger os móveis incorpóreos, como é o caso dos direitos creditórios pessoais (art. 83 do Código Civil de 2002).

Afastou também a incidência do § 5º, referente a penhor sobre títulos de crédito, traçando as diferenças entre a garantia pignoratícia e a fiduciária.

Na assentada do dia 6.12.2012, pedi vista dos autos para melhor exame do caso. Passo ao voto.

2. A matéria em exame é de extrema relevância, porquanto gravitam em torno dela dois interesses em conflito: o da sociedade em recuperação judicial e o do credor, instituição financeira, que recebeu títulos de crédito em garantia fiduciária de contrato de abertura de crédito.

Cumpre ressaltar, para logo, que, em se tratando de recuperação judicial, o interesse imediato de entrada de capital no caixa da empresa recuperanda, embora aparente o contrário, muitas vezes não significa a melhor solução para a manutenção da empresa, notadamente quando tal providência testilha com direitos de credores eleitos pelo sistema jurídico como de especial importância.

Isso porque, se as garantias conferidas aos credores, principalmente instituições financeiras, forem gradativamente minadas por decisões proferidas pelo Juízo da recuperação, é a própria socieda-

de em recuperação que poderá sofrer as consequências mais sérias, como, por exemplo, não conseguindo mais crédito junto ao sistema financeiro.

Por isso a importância de que as decisões proferidas no âmbito da recuperação judicial devem, sempre e sempre, ser precedidas de uma detida reflexão acerca de suas reais consequências, para que não se labore exatamente na contramão do propósito de preservação da empresa.

3. Por outro lado, em razão da importância do crédito bancário, seja para as empresas em normal situação financeira, seja para aquelas em recuperação judicial, é absolutamente justificável o especial tratamento conferido pelo legislador às instituições financeiras no âmbito do processo recuperacional - a chamada **"trava bancária"** na recuperação judicial.

Com efeito, até mesmo pela teleologia da exclusão de certos créditos do processo de recuperação, não tenho dúvida em afirmar que o credor garantido por cessão fiduciária de direitos creditórios enquadra-se na regra própria aplicável ao "credor titular da posição de proprietário fiduciário" a que se refere o art. 49, § 3º, da Lei, nos termos do que propugna o voto proferido pela Sra. Ministra Isabel Gallotti, permitindo a conclusão de que o credor garantido por cessão fiduciária de crédito também "não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais".

Assim, penso que é mesmo adequado se conferir uma interpretação larga às referências a bens "móvels" e "imóveis" e à "propriedade sobre a coisa" contidas na primeira parte do referido parágrafo 3º, para alcançar também os direitos creditórios, como prevê o art. 83 do Código Civil de 2002.

Nesse sentido, e na linha do voto proferido pela eminente Relatora, cito, por todos, a doutrina de Fábio Ulhoa Coelho, para quem o crédito fiduciário insere-se na categoria de bem móvel e, por isso mesmo, é abrangido pela chamada "trava bancária":

Alguns advogados de sociedades empresárias recuperandas procuram levantar a "trava bancária" do art. 49, § 3º, da LF, sob o argumento de que a cessão fiduciária de direitos creditórios não estaria abrangida pelo dispositivo porque este cuida da propriedade fiduciária de bens móveis ou imóveis. Esse argumento procurava sustentar que na noção de bens somente poderiam ser enquadradas as coisas corpóreas.

Não vinga a tentativa. Os direitos são, por lei, considerados espécies de bens móveis. Confira-se, a propósito, o art. 83, III, do CC. Nesse dispositivo, o legislador brasileiro consagrou uma categoria jurídica secular, a dos *bens móveis para efeitos legais*.

[...]

Se a lei quisesse eventualmente circunscrever a exclusão dos efeitos da recuperação judicial à titularidade fiduciária sobre bens corpóreos, teria se valido dessa categoria jurídica, ou

mesmo da expressão equivalente “coisa”.

Enquanto “bens” abrange todos os objetos suscetíveis de apropriação econômica, “coisa” restringe-se aos bens corpóreos (COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à lei de falência e de recuperação de empresas*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 194-195).

Porém, a mesma largueza interpretativa - sob pena de possível incongruência hermenêutica - é de ser conferida a todo o dispositivo, precisamente a sua parte final, que visa a equacionar os interesses do credor e da empresa em recuperação e restringe a satisfação do crédito - mesmo que não participante da recuperação -, quando tal providência puder comprometer o próprio funcionamento da empresa.

Para melhor compreensão, transcreve-se o art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/05:

Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

[...]

§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e pre-

valecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, **não se permitindo**, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, **a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial**.

Destarte, assim como os direitos creditórios transferidos por cessão fiduciária inserem-se na parte inicial do dispositivo (“bens móveis” e “propriedade sobre a coisa”), tais direitos também devem sofrer a restrição relativa à retirada de bens que garnecem o estabelecimento, sempre que “essenciais a sua atividade empresarial”, sejam eles “bens de capital” ou não.

Deveras, não é de boa técnica conferir interpretação ampliativa a “bens móveis” ou “propriedade sobre a coisa” e uma restritiva e literal a “bens de capital” no mesmo dispositivo legal.

4. Nessa linha de raciocínio, a solução da controvérsia, a meu juízo, não se resume unicamente em interpretar a expressão “bens móveis” contida no art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/05, para saber se o crédito resultante de cessão fiduciária de título submete-se aos efeitos da recuperação judicial ou não.

Na verdade, cumpre investigar qual o significado da exceção legal segundo a qual, “[t]ratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis [...], seu cré-

dito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais".

Nesse passo, parece mais adequado estabelecer que o alcance da exceção somente é perfeitamente compreendido com a leitura conjunta da parte final do § 3º do art. 49, segundo a qual, mesmo para os credores fiduciários, que têm seus direitos de propriedade preservados, não se permite, "durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial".

Com essa medida, creio que os diversos interesses que aparentemente conflitam no seio da recuperação ficam preservados.

Vale dizer, da leitura dos dispositivos legais e à luz dos princípios que regem o processo recuperacional, a exceção alusiva ao crédito fiduciário contida no art. 49, § 3º, da Lei significa que, muito embora o credor fiduciário não se submeta aos efeitos da recuperação e que lhe sejam resguardados os direitos de proprietário fiduciário, não está ele livre para simplesmente fazer valer sua garantia durante o prazo de suspensão das ações a que se refere o art. 6º, § 4º.

Mesmo no caso de créditos garantidos por alienação fiduciária, os atos de satisfação que importem providência expropriatória devem ser sindicáveis pelo Juízo da recuperação.

E isso por uma razão simples: não é o credor fiduciário que diz se o bem gravado com a garantia fiduciária é ou não essencial à manutenção da atividade empresarial e, portanto, indispensável à realização do Plano de Recuperação Judicial, mas sim o Juízo condutor do processo de recuperação.

Sobre o tema, a Segunda Seção se manifestou em mais de uma oportunidade.

A título de exemplo, lembro o Conflito de Competência 110.392/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/11/2010, em que se discutia a competência para ação de imissão na posse de imóvel gravado com garantia fiduciária, ajuizada em desfavor de empresa em recuperação judicial pelo credor fiduciário. O voto condutor do acórdão, proferido pelo Relator, esquadrihou com precisão a circunstância de que o proprietário fiduciário, embora não se submeta aos efeitos da recuperação, sujeita-se ao freio legal referente à satisfação do crédito mediante a realização da garantia.

Nessa linha, asseverou Sua Excelência, firme em lapidar magistério de Arnaldo Wald e Ivo Waisberg:

Em primeiro lugar, não se desconhece que o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bem imóvel não se submete aos efeitos da recuperação judicial, consoante disciplina o art. 49, § 3º, da Lei 11.101/05

[...].

É de se ver, porém, que esse tratamento diferenciado con-

cedido ao credor fiduciário não impede que seja limitado o direito de retomada do bem de sua propriedade, a prudente critério do Juízo da recuperação, consoante esclarecem Arnaldo Wald e Ivo Waisberg, ao comentar referido dispositivo legal, *verbis*:

"Por outro lado, pela importância econômica que a retirada de um bem ou equipamento pode significar, às vezes inviabilizando a continuidade da empresa, o legislador achou por bem, embora retirando o crédito dos efeitos da recuperação judicial, limitar o direito de retomada dos bens de propriedade desses credores em posse do devedor, para que este pudesse manter a atividade em curso. Assim, durante o prazo de suspensão das ações de 180 dias do § 4º do art. 6º, os bens objetos dos contratos mencionados no dispositivo não poderão ser retomados. Aprovado o plano, e se a continuidade da atividade econômica o exigir, o juiz poderá, fundamentadamente, dilatar o prazo, de forma limitada, para viabilizar a recuperação.

A proteção que se faz da manutenção da atividade produtiva busca viabilizar, pelo período de suspensão, a eficaz apresentação de um plano de recuperação sem que a empresa em crise seja impedida de retomar suas atividades, ou mesmo tenha de abandoná-las por completo antes da votação de seu plano de recuperação. Isso se torna particularmente clara se lembrarmos que o prazo

de suspensão estende-se por 30 dias além daquele legalmente previsto no § 1º do art. 56 para votação do plano de recuperação judicial. A exclusão de certos créditos dos efeitos da recuperação é louvável.

No entanto, daí não se pode supor que é ampla e absoluta a possibilidade do detentor de crédito oriundo dos negócios aqui descritos de fazer valer seus direitos na forma antes pactuada.

O inegável escopo esposado pela NLFR em seu art. 47, qual seja, o de sustentar o funcionamento da empresa em razão de sua reconhecida função social, deve ser levado em consideração na leitura do parágrafo em commento." (Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas, coordenadores: Osmar Brina Corrêa-Lima e Sérgio Mourão Corrêa Lima. Rio de Janeiro: Forense, 2009).

[...]

Isso não significa, porém, que o imóvel não deva ser entregue ao credor fiduciário, mas sim que, em atendimento ao princípio da preservação da empresa (art. 47 da Lei 11.101/05), pode o Juízo da Recuperação Judicial estabelecer prazos e condições para essa entrega, fixando remuneração justa para o credor enquanto o bem permanece na posse do devedor.

[...]

Assim, compete ao Juízo da 2ª Vara Cível de Itaquaquecetuba, onde tramita a recuperação judicial da indústria de alimentos OLI MA, levando em considera-

ção os aspectos destacados nessa decisão, equacionar os interesses em conflito, tomando em conta, de um lado, o direito do credor fiduciário e, do outro, o princípio da preservação da empresa, permitindo a manutenção da fonte produtora e dos empregos, caso isso se mostre viável.

Na mesma direção, confira-se também:

CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. LEI N. 11.101/05. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CRÉDITOS GARANTIDOS FIDUCIARIAMENTE. DISCUSÃO NA ORIGEM ACERCA DA HIGIDEZ DA GARANTIA SOBRE OS BENS FUNGÍVEIS E CONSUMÍVEIS QUE COMPÕE OS ESTOQUES DA EMPRESA (ÁLCOOL). CRÉDITOS QUE ESTÃO INCLUÍDOS NO PLANO DE RECUPERAÇÃO APROVADO. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO UNIVERSAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA JULGADO PROCEDENTE PARA DECLARAR COMPETENTE O JUÍZO DA 3ª VARA CÍVEL DA COMARCA DO RECIFE, SUSCITADO. (CC 105.315/PE, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/09/2010, DJe 05/10/2010)

5. De fato, convém lembrar que o Plano de Recuperação Judicial ostenta nítido caráter negocial e que, em não raras vezes, reduz direitos dos credores que a ele se sujeitam.

Por essa ótica, afirmar que o credor fiduciário não se subsume à recuperação judicial significa, primeiramente, que ele não pode ser compelido às tratativas do Plano, aos acordos a que chegou a Assembleia de credores. Por outro lado, dizer que sua propriedade fiduciária também é preservada significa não ser possível, em princípio, a utilização do bem dado em garantia para satisfazer créditos de terceiros incluídos no Plano.

Porém, a satisfação do próprio crédito fiduciário está limitada pelo imperativo maior de preservação da empresa, contido na parte final do § 3º do art. 49 e no *caput* do art. 47, de modo que é o Juízo da recuperação que vai ponderar, em cada caso, os interesses em conflito, o de preservar a empresa, mediante a retenção de bens essenciais ao seu funcionamento, e o de satisfação do crédito tido pela Lei como de especialíssima importância.

Em suma, o fato de o crédito fiduciário não se submeter à recuperação judicial não torna o credor livre para satisfazê-lo de imediato e ao seu talante. Preservam-se o valor do crédito e a garantia prestada, mas se veda a realização da garantia em prejuízo da recuperação.

Aliás, em boa verdade, com a recuperação judicial, todos os credores direta ou indiretamente são, de alguma forma, atingidos, mesmo aqueles que pela Lei não se sujeitam aos efeitos da medida, de modo que nenhum está totalmente livre para satisfazer seu crédito

contra uma empresa em recuperação como melhor lhe convier.

Assim como o credor fiduciário - que tem a liberdade de satisfação do crédito limitada -, o credor tributário, que também não é incluído no Plano de Recuperação Judicial, sofre, indiretamente, algumas limitações, uma vez que, embora as execuções fiscais tenham normal prosseguimento, a jurisprudência do STJ reiteradamente tem vedado a prática de atos expropriatórios tendentes à satisfação do crédito fazendário à revelia do Juízo da recuperação.

6. Com base nessas premissas jurídicas que se me afiguraram de extrema importância ao desate da controvérsia, volto à análise do caso concreto.

Em síntese, o ora recorrente, credor por cessão fiduciária de duplicatas, pretende o recebimento de seu crédito diretamente dos devedores, cuja obrigação fora assumida, originariamente, perante à empresa em recuperação, a qual lho transferiu mediante o instrumento previsto no art. 66-B, § 3º, da Lei n. 4.728/65.

Assim - e com a devida vênia de entendimento contrário -, percebe-se que a pretensão recursal tem a virtualidade de colocar o credor por cessão fiduciária em posição não alcançada por nenhum outro, esteja ou não submetido ao Plano de Recuperação, como é o caso do proprietário fiduciário de coisa móvel ou imóvel corpórea ou a Fazenda Pública. Estes últimos, como antes afirmado, mesmo não se sujeitando ao Plano de Recupe-

ração, estão submetidos a limitações referentes à satisfação do seu crédito, o que não aconteceria com o credor garantido por cessão fiduciária.

Vale dizer que a tese desenvolvida no recurso, a meu juízo, extrapola até mesmo a disposição do art. 49, § 3º, da Lei, porquanto retira do Juízo da recuperação a mínima possibilidade de ponderação entre a qualidade do crédito e a essencialidade dos valores à atividade empresarial; autoriza o credor a "liquidar extrajudicialmente" a garantia a seu nuto e à revelia da recuperação, o que pode esvaziar o patrimônio da empresa recuperanda e inviabilizar seu soerguimento; enfim, transforma o credor garantido por cessão fiduciária de títulos em um supercredor, ao qual nem o proprietário fiduciário de bem móvel corpóreo (art. 49, § 3º) nem a Fazenda Pública se emparelham.

Com efeito, a solução que se me afigura correta é a que harmoniza a situação da empresa em crise e as garantias do credor fiduciário, de modo que os valores recebíveis mediante o instrumento de cessão fiduciária não sejam simplesmente diluídos para o pagamento dos outros credores submetidos ao Plano, tampouco liquidados extrajudicialmente pelo credor fiduciário na satisfação do próprio crédito, sem a interferência judicial.

Assim, reconheço que o crédito garantido por cessão fiduciária de título não faz parte do Plano de Recuperação Judicial, mas sua liquidação deverá ser sindicada pelo

Juízo da recuperação, a partir da seguinte solução:

i) os valores deverão ser depositados em conta vinculada ao Juízo da recuperação, os quais não serão rateados para o pagamento dos demais credores submetidos ao Plano;

ii) o credor fiduciário deverá pleitear ao Juízo o levantamento dos valores, ocasião em que será decidida, de forma fundamentada, sua essencialidade ou não – no todo ou em parte - ao funcionamento da empresa;

iii) no caso de os valores depositados não se mostrarem essenciais ao funcionamento da empresa, deverá ser deferido o levantamento em benefício do credor fiduciário.

7. No caso concreto, o Juízo de piso afastou, por completo, a possibilidade de levantamento dos recebíveis, determinando a devolução do que já havia sido pago diretamente ao credor fiduciário.

A eminente Relatora deu provimento ao recurso da instituição financeira, determinando que o crédito não fosse incluído no Plano de Recuperação, sem nenhuma ressalva, providência que, segundo minha leitura, permite a liquidação extrajudicial da garantia pelo credor, sem interferência do Juízo da recuperação.

Portanto, peço vénia à cuidadosa Relatora para divergir parcialmente, porque também excluo do Plano de Recuperação o credor garantido por cessão fiduciária, mas entendo que deva haver a mencionada chancela judiciária para a realização do crédito pelo

Banco, assim como existe para o credor fiduciário com garantia em bens móveis e imóveis corpóreos e para a própria Fazenda Pública, ambos não participantes da recuperação.

Ressalto, finalmente, que a solução ora proposta não consubstancia, a meu juízo, alteração das bases nas quais foi celebrado o contrato. Certamente, os contratantes levaram em consideração as características da alienação fiduciária para, inclusive, estipular o preço do crédito.

8. Diante do exposto, rogando novas vénias à Relatora para dela divergir parcialmente, dou parcial provimento ao recurso especial para excluir do Plano de Recuperação Judicial o crédito garantido por cessão fiduciária de títulos - assim como o fez a douta Relatora -, mas determinar também o retorno dos autos à origem para que o Juízo da recuperação, fundamentadamente, avalie a essencialidade dos valores ao funcionamento da empresa, devendo, em caso negativo, ser deferido o levantamento em benefício do credor fiduciário.

Em razão da reforma parcial da decisão interlocutória proferida na origem, fica também afastada a multa cominatória.

É como voto.

RATIFICAÇÃO DE VOTO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI (RELATORA): Sr. Presidente, peço a palavra para reafirmar a integralidade do meu voto, especialmente no ponto em que

não faço, com a devida vênia, a ressalva feita por V. Exa. A interpretação que fiz da expressão “bens móveis” contida no § 3º do art. 49 da Lei de Recuperação foi baseada na literalidade do art. 83 do Código Civil, segundo o qual consideram-se móveis para os efeitos legais, “os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações”. Portanto, não penso tenha eu dado interpretação larga ou extensiva ao incluir título de crédito dentro do conceito legal de direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações. Por outro lado, quanto à parte final do referido dispositivo, a qual vedava a venda ou retirada do substabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais à sua atividade empresarial, penso que título de crédito é bem incorpóreo que não pode ser compreendido, sequer por interpretação extensiva, no conceito de “bem de capital”.

Em seguida, observei que, em se tratando de cessão fiduciária de direito de crédito, bem móvel incorpóreo, não é cabível essa ressalva final, pois o art. 18 da Lei nº 9.514, aplicável à cessão fiduciária de títulos de crédito, conforme a remissão da Lei nº 10.931, dispõe que o contrato de cessão fiduciária em garantia opera a transferência ao credor da titularidade dos créditos cedidos até a liquidação da dívida garantida - seguindo-se ao art. 19, o qual defere ao credor o direito de posse do título - a qual pode ser conservada e recuperada, inclusive contra o próprio cedente (inciso I), bem como o

direito de receber diretamente dos devedores os créditos cedidos fiduciariamente, outorgando-lhe ainda o uso de todas as ações e instrumentos judiciais ou extrajudiciais para receber os créditos cedidos, ou seja, na forma da lei que rege a cessão fiduciária de títulos de crédito, a própria posse do título cabe credor, que tem a prerrogativa de receber diretamente dos devedores os créditos cedidos até o limite da dívida garantida.

Portanto, nem haveria mesmo que se dizer que tais bens incorpóreos não poderiam ser retirados do estabelecimento do devedor, porquanto esses títulos, de regra, estão na posse do credor para que ele possa receber diretamente do devedor os créditos cedidos fiduciariamente.

Reconheço que a disciplina legal da cessão fiduciária de título de crédito coloca os bancos em situação extremamente privilegiada, como disse V. Exa., em relação aos demais credores, até mesmo aos titulares de garantia real, cujo bem pode ser considerado indispensável à atividade empresarial. Assim, se o bem dado em garantia é o local do estabelecimento principal do devedor, um equipamento, ou qualquer outro bem de capital necessário à atividade empresarial, aquele credor que sabe que a sua garantia é mais frágil porque, em caso de recuperação, não poderá ter acesso imediato a esse bem para revendê-lo e obter a satisfação do seu crédito.

Por um lado, isso põe o banco credor em uma situação extrema-

mente privilegiada e dificulta a recuperação da empresa, mas por outro, não se pode desconsiderar que a forte expectativa de retorno do capital decorrente desse tipo de garantia permite a concessão de financiamentos com menor taxa de risco e, portanto, favorece a diminuição do *spread* bancário, o que beneficia a atividade empresarial e o sistema financeiro nacional como um todo.

Por fim, embora não desconheça o intuito social do voto de V. Exa., de favorecer a recuperação judicial de empresas, entendo que seria grande a subjetividade na análise judicial preconizada acerca de ser aquela quantia em dinheiro necessária ou não ao processo de recuperação judicial. Recursos financeiros são sempre necessários, sobretudo para empresas em dificuldades, em processo de recuperação. Tenho que essa ressalva praticamente descaracterizaria esse tipo de garantia que se pretende bastante forte, de fato, mas que foi pactuada dentro dos termos autorizados em lei, deixando ao alvedrio do Juiz dizer, em cada caso, se o dinheiro será ou não necessário à recuperação da empresa, sendo que, a meu ver, dificilmente se poderá afirmar que não seja necessário à recuperação da empresa contar com mais recursos

financeiros. Mesmo que não se autorize o uso dos valores para pagamento dos demais credores, como ressalva o voto do Ministro Salomão, o certo é que não se destinaria ao credor titular da garantia. Penso que isso daria uma grande subjetividade, incerteza, a essa garantia que a lei quis objetiva.

Com a devida vénia, reafirmo o meu 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 Luis Felipe Salomão, dando parcial provimento ao recurso especial, divergindo parcialmente da Relatora, e os votos dos Ministros Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Raul Araújo acompanhando o voto da Ministra Relatora, a Quarta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, com ressalvas do Ministro Luis Felipe Salomão.

Os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Raul Araújo Filho votaram com a Sra. Ministra Relatora.

PARTE 3

NORMAS EDITORIAIS DE PUBLICAÇÃO

Normas Editoriais de Publicação

I - INFORMAÇÕES GERAIS

A Revista de Direito da ADVOCEF é uma publicação científica periódica da Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal. Publica artigos originais referentes à atuação profissional do advogado, à pesquisa, ao ensino ou à reflexão crítica sobre a produção de conhecimento na área do Direito.

Sua missão principal é contribuir para a formação profissional e acadêmica do advogado da Caixa e demais Operadores do Direito, bem como socializar o conhecimento técnico e científico produzido por aqueles que pesquisam e/ou atuam em todos os campos do conhecimento jurídico.

II – LINHA EDITORIAL

Os textos remetidos para publicação devem ser preferencialmente inéditos e abranger assuntos pertinentes ao Direito. Os trabalhos serão avaliados por um Conselho Editorial, sem a identificação dos autores e instituições (*blind review system*), o qual decidirá pela publicação do material enviado com base em critérios científicos, interesse institucional ou técnico e, ainda, atualidade de seu conteúdo.

Eventual adequação do conteúdo ao formato eletrônico poderá ser proposta, sem prejuízo da informação. Pequenas modificações no texto poderão ser feitas pelo Conselho Editorial, mas as modificações substanciais serão solicitadas aos autores. Será permitida a reprodução parcial dos artigos, desde que citada a fonte.

Ao remeter o texto para publicação, o Autor cede à ADVOCEF o direito de fazer uso do material enviado na Revista de Direito, no encarte “*Juris Tantum*” do Boletim Informativo Mensal e/ou em seu site na internet, a critério da associação.

A publicação em qualquer veículo de comunicação da ADVOCEF não é remunerada e o conteúdo é de responsabilidade do autor. Os originais, publicados ou não, não serão devolvidos.

III – TIPOS DE TEXTO

1. Artigos doutrinários – análise de temas e questões fundamentadas teoricamente, levando ao questionamento de modos de pensar e atuar existentes e a novas elaborações na área jurídica;

2. Relatos de experiência profissional e estudos de caso – relatos de experiência profissional ou estudos de caso de interesse para as diferentes áreas de atuação do advogado;

3. Comunicações – relatos breves de pesquisas ou trabalhos apresentados em reuniões científicas/eventos culturais;

IV - APRESENTAÇÃO DOS TRABALHOS

O texto, de até 30 laudas, deve ser enviado por e-mail à ADVOCEF, no formato Word, redigido em fonte Times New Roman, tamanho 12, com espaçamento entre linhas de 1,5 cm e margens de 2 cm (eventualmente, o conselho editorial poderá aprovar textos acima de 30 laudas, caso entenda ser de interesse da Revista a publicação na íntegra do material enviado).

O autor deve ainda enviar à ADVOCEF, por correio ou malote, devidamente preenchido e assinado, um termo de cessão de direitos autorais, elaborado a partir de formulário padrão disponibilizado em <http://www.advocef.org.br/_arquivos/40_1047_termocessao.doc>.

O arquivo do trabalho deve conter:

1. Folha de rosto com o nome do(s) autor(es) e: a) título em português; b) nome de cada autor, seguido da afiliação institucional e titulação acadêmica; c) endereço eletrônico para envio de correspondência.

2. Resumo em português – com no máximo 150 palavras e acompanhado de quatro palavras-chave. Palavras-chave são vocábulos representativos do conteúdo do documento que devem ser separados entre si por ponto e finalizados também por ponto.

2.1 Sumário indicando as principais partes ou seções do artigo.

2.2 Resumo bilíngue – Título, resumo e palavras-chave devem ser traduzidos para outro idioma, acompanhando os originais em português.

3. Notas de rodapé – As notas não bibliográficas devem ser reduzidas a um mínimo, ordenadas por algarismos arábicos e colocadas no rodapé da página, não podendo ser muito extensas.

4. As citações de autores devem ser feitas da seguinte forma:

a) Por meio do último sobrenome do autor, com apenas a primeira letra maiúscula, seguido, entre parênteses, do ano de publicação do trabalho e, para citações diretas, do número da página.

Quando o sobrenome do autor vier entre parênteses, deve ser escrito todo em letra maiúscula.

b) As obras e fontes citadas devem constar, obrigatoriamente, nas referências.

c) As citações diretas com mais de três linhas são consideradas citações longas e são transcritas em parágrafo distinto, começando a 4 cm da margem esquerda, sem deslocamento da primeira linha. O texto é apresentado sem aspas e 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.

