

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 821

(Ano IX)

(30/09/2017)

ISSN - 1984-0454



**Conteúdo  
Jurídico**  
[www.conteudojuridico.com.br](http://www.conteudojuridico.com.br)

BRASÍLIA - 2017

## Conselho Editorial

**VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF)** -  
Coordenador-Geral. Fundador do Conteúdo  
Jurídico. Mestre em Direito Penal Internacional  
Universidade de Granda/Espanha.

**MARCELO FERNANDO BORSIO (MG):** Pós-  
doutor em Direito da Seguridade Social pela  
Universidade Complutense de Madrid. Pós-  
Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ.  
de Milão. Doutor e Mestre em Direito  
Previdenciário pela Pontifícia Universidade  
Católica/SP.

**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA  
FILHO (MT):** Doutor em Direito Administrativo pela  
UFMG.

**RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina):** Doutor  
em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad  
del Museo Social Argentino - UMSA.

**MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ):** Mestre  
em Direito Público e Evolução Social u,  
Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

**KIYOSHI HARADA (SP):** Advogado em São Paulo  
(SP). Especialista em Direito Tributário e em  
Direito Financeiro pela FADUSP.

**SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO**  
(Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10  
anos de experiência. Especialista em Direito  
Processual Civil Internacional. Professor  
universitário.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SHN. Q. 02.  
Bl. F, Ed. *Executive Office Tower*. Sala 1308. Tel. 61-  
991773598

Contato: [editorial@conteudojuridico.com.br](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)  
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

## SUMÁRIO

### COLUNISTA DA SEMANA



28/09/2017 Rômulo de Andrade Moreira

» [No país das Resoluções e dos Enunciados, quem precisa de Lei?](#)

### ARTIGOS

29/09/2017 Rogério Faustino da Silva Júnior

» [A tutela antecipada e a tutela cautelar no novo Código de Processo Civil e suas implicações no Processo do Trabalho](#)

29/09/2017 Thiago Borges Mesquita de Lima

» [Minha experiência no exame da OAB](#)

28/09/2017 Luiz Alexandre Combat de Faria Tavares

» [O Novo CPC, o dever do Réu de indicação do legitimado passivo, sua aplicabilidade ao rito heroico e o regime de responsabilidade civil](#)

28/09/2017 Bruno Fonseca de Andrade

» [A sistemática das decisões interlocutórias "não agraváveis" e a previsão do art. 278, caput, do novo Código de Processo Civil](#)

28/09/2017 João Baptista Herkenhoff

» [Dia Nacional dos Deficientes](#)

27/09/2017 Bruno Fonseca de Andrade

» [Os Naming Rights e a eficácia externa da função social do contrato](#)

26/09/2017 Fernanda Gallo de Carvalho

» [A aplicação do princípio do equilíbrio contratual pelo Superior Tribunal de Justiça](#)

26/09/2017 Simone Lima Labres Ferreira

» [Castração Química: "Uma tentativa de coibir crimes sexuais praticados por homens"](#)

25/09/2017 Geraldo Uchôa de Amorim Júnior

» [Origens históricas da responsabilidade civil e consumerista](#)

25/09/2017 Luiz Alexandre Combat de Faria Tavares

» [O Novo CPC, a possibilidade de correção da autoridade coatora no Mandado de Segurança e a inadmissibilidade da "cilada processual"](#)

25/09/2017 Luiz Otávio Teixeira

» [Projeto de avaliação da qualidade dos leites produzidos no estado de Minas Gerais](#)

## **NO PAÍS DAS RESOLUÇÕES E DOS ENUNCIADOS, QUEM PRECISA DE LEI?**

### **RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA:**

Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor de Direito Processual Penal da UNIFACS. Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela UNIFACS.

Há alguns dias nós que atuamos na Justiça Criminal fomos “brindados” com mais algumas pérolas, muito comuns nos dias de hoje, quando pululam as absurdidades das mais variadas espécies, como se estivéssemos habitando um ecossistema às avessas, causador de um enorme desequilíbrio normativo.

No dia 08 de setembro foi publicada a Resolução nº. 18 do Conselho Nacional do Ministério Público, revogando uma anterior (Resolução nº. 13/2006), dispendo sobre a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público.[\[1\]](#)

No mesmo período, fomos “presenteados” com uma série de Enunciados oriunda do 1º. Fórum Nacional de Juízes Criminais – FONAJUC, realizado em Florianópolis.

A referida Resolução, a propósito de disciplinar a atividade investigatória do Ministério Público, contém uma plêiade (no sentido inverso da palavra) de normas inconstitucionais. Não que sejamos contrários à investigação criminal pelo Ministério Público – matéria, inclusive, já decidida pelo Supremo Tribunal Federal e que, a nosso ver, encontra autorização na Constituição Federal. A questão não é essa.

Gravíssimo é o fato de uma mera Resolução de natureza administrativa, expedida por um órgão – o Conselho Nacional do Ministério Público – sem a legitimidade legislativa (em sentido formal) e a popular, tratar de matéria de Direito Processual Penal. Não são normas meramente procedimentais, e ainda que fossem!

Aliás, o Capítulo VII da Resolução trata de um tal “*acordo de não-persecução penal*”, dando ao órgão do Ministério Público a possibilidade (pasmem!) de “*propor ao investigado acordo de não-persecução penal, desde que este confesse formal e detalhadamente a prática do delito e indique eventuais provas de seu cometimento.*”

Mandou-se, portanto, às favas o direito de não autoincriminação, consagrado na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (o Pacto de São José da Costa Rica) e a regra da obrigatoriedade da ação penal pública (art. 24 do Código de Processo Penal), que só encontra exceções na transação penal (art. 76 da Lei nº. 9.099/95), na delação premiada (art. 4º., § 4º., da Lei nº. 12.850/13) e no acordo de leniência (arts. 86 e 87 da Lei nº. 12.529/11). Ou seja, na lei!

Logo, o Conselho Nacional do Ministério Público ignorou solenemente, e a um só tempo, o princípio da legalidade e o art. 22, I, da Constituição Federal, arvorando-se legislador em matéria processual penal.

A propósito, analisando a possibilidade de se estabelecer um procedimento investigatório criminal no âmbito do Ministério Público, Ada Pellegrini Grinover, após questionar qual seria o instrumento normativo a ser observado, afirmou:

*“Somente a lei, é evidente. O princípio da reserva legal o impõe. E o § 5º do art. 128 da Constituição reforça o entendimento, quando estabelece que as atribuições do MP serão estabelecidas por lei, observe-se lei complementar. Servirá a esse objetivo a Lei Orgânica do Ministério Público – LOMP em vigor, que prevê algumas funções investigativas para o MP? Não. As referidas atribuições ligam-se ao exercício da ação civil pública, outra função institucional do MP, nos termos do art. 129, III, da Constituição. Só lei complementar, que atribuisse expressa e especificamente funções investigativas penais ao órgão ministerial, teria o condão de configurar o instrumento normativo idôneo para atribuir outras funções ao MP, não contempladas nos incs. I a VIII do art. 129, com*

*base na previsão residual do inc. IX. Surge, portanto, outra conclusão: sem a lei complementar acima referida, o MP não pode exercer funções investigativas penais. Por via de consequência, são flagrantemente inconstitucionais e desprovidos de eficácia os atos normativos editados no âmbito do MP, instituindo e regulando a investigação penal pelos membros do Parquet.”<sup>[2]</sup>*

Obviamente que o Conselho Nacional do Ministério Público não tem legitimidade para legislar em matéria processual, por óbvio! Cabe-lhe, tão-somente, nos termos do art. 130-A, § 2º., “*zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências.*”

Aliás, nem mesmo o seu Regimento Interno concede-lhe tal atribuição, limitando-se apenas a estabelecer o procedimento interno dos respectivos projetos de Resolução (art. 64-A). Trata-se, portanto, de uma indevida e inaceitável usurpação da competência legislativa da União.

Mais uma vez, veja-se a lição de Ada Pellegrini Grinover:

*“Sem a lei complementar acima referida, o Ministério Público não pode exercer funções investigativas penais. Por via de consequência, são flagrantemente inconstitucionais e desprovidas de eficácia os atos normativos editados no âmbito do MP, instituindo e regulando a investigação penal pelos membros do Parquet.” (p. 5).*

Quanto aos Enunciados do Fórum Nacional de Juízes Criminais – FONAJUC, os absurdos talvez sejam até em maior número. Há Enunciados cujo conteúdo é quase inacreditável. Uma verdadeira artilharia contra a lei, contra a Constituição Federal e, até mesmo, contra a jurisprudência dos Tribunais Superiores, como se se tratasse o FONAJUC de um órgão com poderes legislativos.<sup>[3]</sup>

A propósito de tais Enunciados, relevantes as observações de Lenio Luiz Streck:

*“ Já discuti com dois magistrados sobre o significado histórico-ideológico de um “enunciado”. E de como ‘elaborar enunciados representa a repriminção do velho positivismo da Begriffjurisprudence’ (jurisprudência dos conceitos), como sempre tão bem denunciou Castanheira Neves. O sonho de quem ‘gosta de enunciados’ é fazer pequenas pandectas, só que sem a responsabilidade de um Windscheid ou um Puchta. Ou alguém pensa que os alemães se reuniam em workshop para fazer seus “enunciados”? Além disso, nossos neopandectistas esquecem a distância histórica-temporal. Chamei inclusive Müller à colação (ler aqui) no debate. Enunciados são tentativas de dar respostas antes das perguntas. E, bingo. Como bem perguntou Habermas, quando de sua estada na Dacha, ‘é o Fonaje o nome de vosso Parlamento?’. Será que é? Para ilustrar, é só recordar a coluna da semana passada, em que discuti uma decisão do STJ. Cabe como uma luva aqui. E, já que sofro de LEER, pela primeira vez coloco o ler aqui duas vezes. Também é relevante que os conjuristas leiam o artigo de Dierle Nunes, Jéssica Galvão Chaves e Giselle Santos Couy. Mais: em comentário a essa coluna, o advogado Maxuel Moura contou que fez uma audiência em um JEC, juntou procuração específica para o filho da proprietária da empresa representar a pessoa jurídica em audiência, como permite o artigo 334, parágrafo 10, do CPC/2015. Todavia, foi surpreendido pela informação do magistrado de que, nos JECs, quando a pessoa jurídica é parte autora, deve ser representada somente pelo empresário individual ou pelo sócio dirigente, consoante enunciado 141, do Fonaje, aprovado antes do CPC/2015. O advogado arguiu nada mais, nada menos, do que... o CPC. E o juiz brandiu o enunciado do Fonaje.*

*Luta desigual, meu caro causídico. Perdeu. Enunciado 1º: juiz deve obedecer à lei que não ofende a Constituição. A propósito: que tal uma filtragem constitucional desses enunciados do Fonaje (e de outros feitos por aí)? Sugiro um: 'O juiz deve cumprir a lei que não ofenda a Constituição'. Seria uma espécie de 'enunciado fundamental'. Um 'Grund' enunciado. Que seria o fundamento de todos os demais enunciados. Uma norma fundamental dos enunciados (a Grundnorm dos enunciados). Parece-lhes bom?"*<sup>[4]</sup>

Pois é, do jeito que as coisas estão sendo feitas no Brasil e, sobretudo, aceitas passivamente, quaisquer dias desses não vamos mais precisar de leis; bastarão Enunciados, Resoluções e coisas que tais. Triste fim do Processo Penal brasileiro.

NOTAS:

[1] <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>

[2] GRINOVER, Ada Pellegrini, "Investigações pelo Ministério Público", São Paulo: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim, nº. 145, p. 4.

[3] <http://amaerj.org.br/wp-content/uploads/2017/08/FONAJUC-enunciados.pdf>

[4] STRECK, Lenio Luiz, Senso Incomum - Judiciário comete crime de obstrução hermenêutica com o CPC! <http://www.conjur.com.br/2016-jul-14/senso-incomum-judiciario-comete-crime-obstrucao-hermeneutica-cpc>, acessado em 19 de setembro de 2017.

## **A TUTELA ANTECIPADA E A TUTELA CAUTELAR NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SUAS IMPLICAÇÕES NO PROCESSO DO TRABALHO**

**ROGÉRIO FAUSTINO DA SILVA JÚNIOR:**  
Graduado no Curso de Bacharelado em Direito da  
Universidade Estácio de Sá - Campus Macapá.

**RESUMO:** Este trabalho possui por objetivo discorrer acerca das inovações que serão estabelecidas pela promulgação do Novo Código de Processo Civil, mais especificamente, no que diz respeito às mudanças relativas às tutelas antecipadas e às tutelas cautelares na seara do Processo do Trabalho. Sendo assim, a fim de concretizar tal intuito, serão analisadas as características e discussões jurídicas que envolvem o estudo de ambas as medidas, além de uma breve exposição a respeito da evolução legislativa que houve no âmbito dos referidos institutos, alcançando-se, por fim, a Lei nº 13.105, de 2015, que instituiu o novo diploma processual civil, discorrendo-se, ao final, acerca das implicações de tais mudanças no processo trabalhista. Em síntese, a nova legislação tratará de excluir as cautelares nominadas, bem como unificará os procedimentos das tutelas antecipadas e das cautelares, que a partir de então, serão legalmente inseridas dentro de um mesmo gênero, as tutelas de urgência, que figurarão ao lado de um segundo novo gênero, as tutelas de evidência.

**Palavras-chave:** Processo do Trabalho. Tutela Antecipada. Tutela Cautelar. Tutela de Urgência. Tutela de Evidência.

**SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1.CONSIDERAÇÕES SOBRE AS TUTELAS CAUTELARES E AS TUTELAS ANTECIPADAS; 1.1DA TUTELA CAUTELAR; 1.1.2 Conceito ; 1.1.3 Características; 1.1.4Poder geral de cautela; 1.1.5Requisitos; 1.1.6Classificação; 1.2DA TUTELA ANTECIPADA; 1.2.1Conceito; 1.2.2Características; 1.2.3Requisitos; 1.2.4Classificação ; 1.3SEMELHANÇAS E DISTINÇÕES ENTRE AS TUTELAS CAUTELARES E ANTECIPADAS; 1.4 BREVE ANÁLISE SOBRE A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DAS TUTELAS DE URGÊNCIA; 2. A TUTELA ANTECIPADA E A TUTELA CAUTELAR NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL; 2.1DA EXTINÇÃO DAS TUTELAS CAUTELARES NOMINADAS; 2.2DAS REITERAÇÕES EM RELAÇÃO AO CPC DE 1973; 2.3DA RESPONSABILIDADE CIVIL ORIUNDA DA**

CASSAÇÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA E EVIDÊNCIA; 2.4DOS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA; 2.5AS TUTELAS ANTECIPADAS EM CARÁTERANTECEDENTE; 2.6DAS TUTELAS CAUTELARES EM CARÁTER ANTECEDENTE; 2.7DAS TUTELAS DE EVIDÊNCIA; **3.A TUTELA ANTECIPADA E A TUTELA CAUTELAR NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SUAS IMPLICAÇÕES NO PROCESSO DO TRABALHO**; 3.1.1Breve introdução e contextualização; 3.1.2O conceito jurídico de lacuna; 3.1.3 A aplicação supletiva e subsidiária do Novo CPC ao Processo do Trabalho ; 3.2DAS CUSTAS PROCESSUAIS E DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA NA TUTELA PROVISÓRIA INCIDENTAL ; 3.3DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES; 3.4DA IMPUGNAÇÃO NO ÂMBITO DAS TUTELASPROVISÓRIAS; 3.5DA CAUÇÃO; 3.6DA TUTELA DE EVIDÊNCIA E SUA REPERCUSSÃO NO PROCESSO TRABALHISTA; **CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.**

---

## INTRODUÇÃO

O processo, em resumo, nada mais é do que um instrumento, uma ferramenta, que objetiva a concretização da atividade jurisdicional do Estado, propiciando, desse modo, a pacificação de conflitos entre os indivíduos.

Não obstante, com a crescente complexidade das relações sociais, dentre outros fatores, tal atividade estatal tornou-se cada vez menos célere. Diante dessa conjuntura, foram criadas as tutelas de urgência, evitando-se o desgaste ou perecimento do direito material do autor da demanda, em virtude da morosidade do Judiciário. Instituíram-se, assim, as tutelas cautelares e antecipadas, cada uma destas com seus requisitos específicos.

O Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), nesse sentido, tratará de unificar os procedimentos e requisitos de ambas as medidas de urgência, bem como de excluir as cautelares nominadas, buscando-se a simplicidade e a celeridade processual, além de conferir uma maior margem de liberdade à atuação do magistrado.

Ademais, o novel diploma separou as hipóteses que, a rigor, não caracterizam urgência como é o caso dos pedidos incontroversos e do abuso de direito de defesa, que, atualmente, ensejam a concessão da tutela antecipada, tradicionalmente considerada – para organizá-las sob um segundo gênero inovador (visto que o primeiro seria o das tutelas de urgência, que abarcariam a tutela antecipada e a tutela cautelar), qual seja, a tutela de evidência.

Nesse contexto, considerando a aplicação subsidiária do processo civil ao processo do trabalho, não há dúvidas de que as referidas mudanças gerarão transformações no âmbito da processualística laboral.

Sendo assim, a fim de melhor explicitar a respeito das futuras alterações, comparando-se o atual e o vindouro CPC, impende salientar acerca das características e bases teóricas relacionadas às tutelas cautelares e satisfativas, utilizando-se, ainda, de um breve estudo sobre a evolução legislativa atinente às tutelas de urgência, para que, ao fim, sejam examinadas as consequências de tais modificações na seara do processo trabalhista.

## **1. CONSIDERAÇÕES SOBRE AS TUTELAS CAUTELARES E AS TUTELAS ANTECIPADAS**

### **1.1 DA TUTELA CAUTELAR**

As tutelas de urgência são gênero do qual são espécies as tutelas antecipadas e as tutelas cautelares. Por razões de ordem sistemática, estas serão primeiramente estudadas, com o intuito de que, posteriormente, sejam confrontadas com as medidas satisfativas.

#### **1.1.2 Conceito**

Resumidamente, pode-se mencionar que a tutela cautelar constitui-se em uma medida judicial que almeja resguardar o direito material do autor, sem, contudo, satisfazê-lo, para que ao final da demanda tal direito possa ser efetivamente usufruído, evitando-se possíveis prejuízos em virtude do decurso do tempo.

Nesse diapasão, em relação ao processo cautelar do atual CPC, Marcus Vinicius Rios Gonçalves faz importantes observações:

O Código de Processo Civil classificou os processos em três grandes categorias, cada qual relacionada a um tipo de provimento: o de conhecimento, em que há uma crise de certeza, a ser solucionada por sentença que decida qual das partes tem razão; o de execução, que supõe uma crise de inadimplemento, em que o devedor não quer cumprir, voluntariamente, a obrigação, consubstanciada em título executivo, obrigando o juiz a determinar providências satisfativas; e o cautelar, que **pressupõe uma crise de segurança, em que se buscam providências que assegurem o resultado final do processo, afastando os riscos da demora. Essa a sua finalidade: afastar, por medidas preventivas, uma situação de ameaça aos demais resultados do processo.**<sup>[1]</sup>[Grifo nosso]

Quanto à distinção entre processo cautelar e medida cautelar, o mencionado processualista ressalta que:

Não há uniformidade quanto à nomenclatura, mas a expressão ‘medida cautelar’ é mais abrangente do que ‘processo cautelar’. Este pressupõe uma relação jurídica e um procedimento autônomos, próprios; aquela é expressão ampla, que abrange não só o processo cautelar, mas todas as providências ou determinações judiciais, que visem assegurar, resguardar ou proteger o provimento final, ainda que não façam parte de um processo autônomo.<sup>[2]</sup> [Grifo do autor]

De maneira sucinta, Alexandre Freitas Câmara conceitua a tutela cautelar como: “[...] o provimento judicial capaz de assegurar a efetividade de uma futura atuaçãojurisdicional”.<sup>[3]</sup>

Por sua vez, Humberto Theodoro Júnior define analiticamente tal instituto como sendo:

[...] providência concreta tomada pelo órgão judicial para eliminar uma situação de perigo para direito ou interesse de um litigante, mediante conservação do estado de fato ou de direito que envolve as partes, durante todo o tempo necessário para o desenvolvimento do processo principal. Isto é, durante todo o tempo necessário para o desenvolvimento para a definição do direito no processo de conhecimento ou para a realização coativa do direito do credor sobre o patrimônio do devedor, no processo de execução.<sup>[4]</sup>

Exemplificando-se, tendo por finalidade uma melhor compreensão do referido conceito, poder-se-ia citar situação na qual o devedor, no curso de um processo judicial de cobrança, passa a dilapidar o seu patrimônio, visando frustrar seu credor. Este, com a finalidade de salvaguardar o seu direito, requer ao juiz uma tutela cautelar de arresto, objetivando que, caso a decisão final da lide lhe seja favorável, seu crédito possa ser satisfeito.

Nesta hipótese, percebe-se que se o credor apenas aguardasse pelos trâmites convencionais do processo, para que, por meio da decisão final, recebesse o que lhe é devido, provavelmente tal pretensão não seria satisfeita.

Atesta-se, ainda, que a medida cautelar de arresto, por si só, não gera a satisfação do crédito, mas somente o protege, tornando possível um futuro adimplemento. Por este motivo, diz-se que as cautelares possuem natureza “não satisfativa”, característica esta que será explanada mais detalhadamente no tópico seguinte.

### **1.1.3 Características**

Apesar de a doutrina jurídica não ser unânime quanto à análise das características inerentes às tutelas cautelares, percebe-se que as diferentes particularidades elencadas pelos autores tendem, salvo raras exceções, a se equivaler. Nesse contexto, para fins didáticos, o presente trabalho

examinará tais características com base nas lições de Alexandre Freitas Câmara, a fim de que, a partir desse parâmetro, possam ser estudadas as distinções e pormenores doutrinários que forem pertinentes.

Para o supracitado autor, são particularidades das medidas cautelares as seguintes: instrumentalidade hipotética, temporariedade, revogabilidade, modificabilidade e fungibilidade.<sup>[5]</sup>

A instrumentalidade hipotética – ou acessoriedade, para outros autores, a exemplo de Marcus Vinicius Rios Gonçalves<sup>[6]</sup> – denota o fato de a medida cautelar possuir natureza secundária, acessória, servindo para assegurar o cumprimento do processo principal. Destarte, caso este seja extinto, a tutela cautelar perderá sua razão de existir, cessando-se. Nesse sentido, prevê o art. 796 do hodierno CPC: “O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente”.

Assim, ressalta Alexandre Câmara que: “[...] o processo cautelar tem sua instrumentalidade elevada ao quadrado, sendo chamado ‘instrumento do instrumento’”.<sup>[7]</sup>

Além disso, diz-se que é “hipotética”, porquanto, baseando-se nas explicações de Barbosa Moreira<sup>[8]</sup>, busca garantir a eventualidade de o requerente vir a ser o vencedor da demanda, e assim, garantir o cumprimento do direito que fora pleiteado. Nesse sentido, preleciona Freitas Câmara:

A medida cautelar é deferida com base num juízo de probabilidade, pois que cabe ao juiz que aprecia a pretensão de concessão da medida verificar se é provável a existência do direito material afirmado pelo demandante. Cabe, pois, ao juiz conceder a medida cautelar para a *hipótese* de, no processo principal, ser deferida a medida satisfativa do direito substancial. É por ser concedida como instrumento de tutela desta *hipótese* (a de o demandante ser vencedor no processo principal) que se afirma que a medida cautelar

se caracteriza pela *instrumentalidade hipotética*.<sup>[9]</sup> [Grifo do autor]

Desse modo, verifica-se que a tutela cautelar não antecipa, de forma alguma, o provimento final do processo principal, mas apenas o conserva. Trata-se de uma das principais distinções entre o instituto em apreço e a tutela antecipatória, que, por sua vez, possui por escopo antecipar, parcial ou integralmente, o pedido formulado pelo autor.

Temporariedade, Neste ponto reside o que talvez seja a maior controvérsia doutrinária, no que se refere às características das cautelares. Além de Alexandre Freitas Câmara, autores como Ovídio Baptista da Silva<sup>[10]</sup> também defendem a temporariedade da medida cautelar. Por outro lado, doutrinadores como Marcus Vinicius Rios Gonçalves<sup>[11]</sup>, Humberto Theodoro Júnior<sup>[12]</sup> e José Carlos Barbosa Moreira<sup>[13]</sup> defendem a provisoriedade das cautelares.

Quanto ao primeiro posicionamento, afirma-se que o conceito de provisoriedade não se confunde com o de temporariedade. Provisório é o que existe e continuará existindo até a ocorrência de um determinado evento posterior, que necessariamente substituirá o antecessor. De outra feita, considera-se temporário aquilo que, independentemente dos acontecimentos futuros, possui um tempo de existência limitado, ainda que não venha a ser substituído, posteriormente, por outro objeto ou situação.<sup>[14]</sup>

A fim de melhor delimitar ambos os conceitos, o jurista Alfredo de Araújo Lopes da Costa faz menção ao seguinte exemplo:

Os andaimes da construção são 'temporários'. Ficam penas até que se acabe o trabalho no exterior do prédio. São, porém, definitivos, no sentido de que nada virá substituí-los. Já, entretanto, a barraca onde o desbravador dos sertões acampa, até melhor habitação, não é apenas temporária, é provisória também. O provisório é sempre trocado por um definitivo.<sup>[15]</sup>

Seguindo a tese em comento, as tutelas cautelares seriam temporárias, já que não necessariamente seriam substituídas por outra medida.

Diferentemente, os defensores do segundo entendimento, de maneira geral, preceituam que, consoante já explicado, as cautelares não são um fim em si mesmas, dessa forma, são provisórias, haja vista que sua razão de existir é a de dar lugar a um provimento definitivo. Nessa esteira determina Rios Gonçalves:

Porque concedidas em cognição sumária e em caráter acessório, as cautelares não se tornam definitivas: as decisões cautelares não estão sujeitas à preclusão, nem a sentença à coisa julgada material. É de sua natureza que venham a ser substituídas, no momento oportuno, por outras definitivas, dadas em cognição exauriente.<sup>[16]</sup>

Entretanto, seja considerando-as como temporárias ou provisórias, é incontroverso que as tutelas cautelares são secundárias em relação aos pedidos formulados pelo autor da demanda, propiciando-se, posteriormente, a efetividade do direito eventualmente reconhecido.

**Revogabilidade**, o *caput* do art. 807 do atual Código de Processo Civil prevê que: “As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas”.

Partindo-se do pressuposto de que as cautelares são concedidas com fundamento em um juízo de probabilidade – já que é perfeitamente possível que a decisão final do processo seja desfavorável ao requerente da medida – o legislador conferiu liberdade ao magistrado para que, verificando a inconveniência da decisão proferida, revogue-a no momento que constatar ser necessário.

Nesse contexto, tendo em vista que as tutelas cautelares se assentam em dois requisitos – a probabilidade do direito alegado (também conhecida pela expressão *fumus boni iuris*) e o perigo de dano (ou *periculum in mora*) – Freitas Câmara ressalta que: “[...] o desaparecimento de qualquer dos dois levará à revogação da medida anteriormente concedida”. <sup>[17]</sup>

**Modificabilidade**, de acordo com disposto no supramencionado dispositivo legal, é permitido ao juiz optar pela modificação das cautelares concedidas. Por isso, Alexandre Câmara diz que os fundamentos da revogabilidade dão ensejo a outra possível consequência: a modificabilidade.[\[18\]](#)

Ainda nessa conjuntura, o aludido processualista destaca:

Além de poder ocorrer a qualquer tempo, e de decorrer dos mesmos fundamentos que autorizam a revogação (mudança da situação de fato ou de direito), a modificação da medida cautelar também pode ser decretada nos próprios autos do processo cautelar ou do processo principal (após o desfecho daquele), e não depende de requerimento das partes.[\[19\]](#)

**Fungibilidade**, Segundo a doutrina de Alexandre Freitas Câmara, dentre outros autores, a fungibilidade das cautelares traduz-se na possibilidade de o magistrado substituir tal medida pela prestação de caução, ou de outra garantia menos onerosa para o requerido. Constitui-se em característica alicerçada no art. 805 do atual CPC, conforme o qual:

Art. 805. A medida cautelar poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente.

Ainda nesse sentido, Câmara alega que, a despeito do vocábulo “poderá”, utilizado no dispositivo transcrito, trata-se de um poder-dever do juiz, e não uma faculdade. Assim, preenchidos os pressupostos da substituição – ou seja, uma garantia adequada e suficiente – o magistrado será obrigado a realizá-la.[\[20\]](#)

Contudo, convém expor que há autores, a exemplo de Baptista da Silva[\[21\]](#), que se posicionam de maneira contrária, aduzindo que o magistrado possui liberdade para se recusar a substituir a cautelar.

De outro modo, há juristas que encontram a fundamentação da fungibilidade não no art. 805 do CPC, mas no fato de poder ser concedida uma medida cautelar diferente da que foi requerida. É o que leciona Rios Gonçalves, fazendo alusão, ainda, à fungibilidade que há entre as cautelares e as tutelas antecipadas:

Característica fundamental das tutelas cautelares é que elas são fungíveis entre si. O juiz pode conceder uma tutela cautelar distinta da requerida, sem que sua decisão possa ser considerada *ultra* ou *extra petita*. [...] A fungibilidade das cautelares estendeu-se para as tutelas antecipadas. A Lei. 10.444/2002 acrescentou o § 7º ao art. 273: permite-se que o juiz conceda tutelas cautelares, quando tenham sido requeridas tutelas antecipadas e vice-versa (embora a lei não o diga expressamente).<sup>[22]</sup> [Grifo do autor]

Objetivando enriquecer o debate teórico em torno das cautelares, é pertinente expor que há juristas que elencam outras características, além das cinco delineadas por Alexandre Câmara.

Assim sendo, Marcus Vinícius<sup>[23]</sup> cita a sumariedade da cognição – que decorre da instrumentalidade hipotética e da temporariedade/provisoriedade, visto que, por ser algo secundário e de caráter urgente, não seria razoável que se exigisse a mesma cognição utilizada para se obter um provimento definitivo – e a inexistência de coisa julgada material – que também é consequência da instrumentalidade hipotética, já que a medida cautelar, que não é um fim em si mesma, não obsta à instauração de uma ação autônoma – como particularidades das tutelas cautelares.

De outra feita, Murillo Gutier<sup>[24]</sup> menciona a preventividade como uma das características. Salienta-se que este fator é desdobramento do próprio conceito de cautelar, já que esta tem por finalidade precípua afastar uma situação de perigo.

Verifica-se que, em regra, as demais particularidades referidas pela doutrina são reflexos das que já foram explanadas.

#### **1.1.4 Poder geral de cautela**

O poder geral de cautela (também denominado de poder cautelar geral, ou poder cautelar genérico<sup>[25]</sup>) está positivado no art. 798 do atual Código de Processo Civil, que assim dispõe:

Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Vislumbra-se, pois, que se está diante de instituto jurídico de suma importância, haja vista que, segundo Câmara:

“[...] decorre da óbvia impossibilidade de previsão abstrata de todas as situações de perigo para o processo que podem vir a ocorrer em concreto. Por tal razão, tem-se considerado necessário prever a possibilidade de o juiz conceder medidas outras que não apenas aquelas expressamente previstas pelas leis processuais”.<sup>[26]</sup>

Dessa forma, diante do caso concreto, poderá o magistrado fazer uso das medidas cautelares que achar conveniente, a despeito de tais situações não estarem entre as cautelares expressamente previstas nos arts. 813 a 889, do hodierno CPC. Por esta razão é que as tutelas originadas do art. 798 são intituladas pela doutrina como “cautelares inominadas”.

#### **1.1.5 Requisitos**

Consoante o que foi demonstrado, existem as cautelares que estão expressamente positivadas no atual diploma processual civil, bem como aquelas oriundas do poder geral de cautela do juiz, previsto no retrocitado art. 798. As primeiras – as cautelares nominadas – possuem requisitos

específicos, de acordo com a medida requisitada. Não obstante, há dois pressupostos comuns a todas as espécies de cautelares, sejam nominadas ou inominadas: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Um dos requisitos necessários à concessão das medidas cautelares é o *fumus boni iuris*, expressão latina que poderia ser traduzida por “fumaça do bom direito”. Como bem evidencia Freitas Câmara: “Trata-se de requisito reconhecido por toda a doutrina, nacional e alienígena, que se dedicou ao estudo do tema”.<sup>[27]</sup>

De acordo com o que já foi discorrido, atesta-se que as tutelas cautelares são instituídas por intermédio de uma cognição sumária, tendo em vista que, como se está diante de uma situação de urgência, não seria razoável exigir uma cognição exauriente, ou seja, um processo de conhecimento mais profundo. Nessa esteira, o magistrado deve-se satisfazer apenas com a aparência de que as afirmações do requerente são verossímeis, ou, conforme a expressão latina faz crer, apenas com a “fumaça” do direito alegado.

Todavia, não há consenso quanto ao exato significado de *fumus boni iuris*. Há autores que o definem como “plausibilidade do direito”<sup>[28]</sup>, outros entendem como a “aparência do bom direito”<sup>[29]</sup>, ou até mesmo “verossimilhança do direito”<sup>[30]</sup>. Por sua vez, Freitas Câmara, baseando-se nas lições de Sydney Sanches, conceitua a expressão como a “probabilidade da existência do direito invocado pelo autor”.<sup>[31]</sup>

Apesar da controvérsia, Alexandre Câmara observa que:

Todos estes conceitos, embora tenham sutis diferenças entre si, conduzem, todos, a uma mesma ideia: a de que a cognição a ser realizada no processo cautelar é sumária, não se exigindo, nesta sede, a certeza quanto à existência do direito substancial.<sup>[32]</sup>

O segundo requisito genérico das cautelares pode ser compreendido como “perigo na demora”. Nesse entendimento, Sanches define o pressuposto como “probabilidade de dano a uma das partes de futura ou

atual ação principal, resultante da demora no ajuizamento ou no processamento e julgamento desta”.[\[33\]](#)

Destarte, a probabilidade ou verossimilhança do direito invocado, por si só, não é o suficiente para ensejar a concessão da tutela. É necessário, além disso, que o requerente demonstre que o passar do tempo pode lhe resultar dano irreparável ou de difícil reparação.

Cabe, ainda, transcrever importante lição de Freitas Câmara no que tange às diferentes modalidades de perigo:

Há, assim, dois tipos de situação de perigo: a que gera risco de dano irreparável (ou de difícil reparação) para o direito substancial, e a que provoca risco de dano (também aqui irreparável ou de difícil reparação) para a efetividade do processo. No primeiro caso, adequada será a tutela antecipatória; no segundo, a tutela cautelar.[\[34\]](#)

#### 1.1.6 Classificação

Os juristas divergem bastante quanto às formas de se classificar as medidas cautelares.

Desse modo, serão expostas algumas das classificações mais recorrentes na doutrina.

Francesco Carnelutti[\[35\]](#) organiza as cautelares em três grupos: as medidas inibitórias, como o sequestro e a manutenção de posse (visto que, para este autor, as demandas possessórias também seriam cautelares); as restitutórias, como a reintegração de posse; e as antecipatórias, como a produção antecipada de provas.

De outra feita, Humberto Theodoro Júnior[\[36\]](#) preleciona acerca de três tipos de tutela cautelar: as que objetivam assegurar bens, que tem a finalidade de viabilizar a futura execução; as que almejam assegurar pessoas, como os alimentos provisórios; e as que visam assegurar provas, como a exibição.

Cumpra, ademais, dispor a classificação proposta pelo processualista Alexandre Câmara<sup>[37]</sup>, segundo o qual as cautelares podem ser organizadas consoante três critérios: quanto à tipicidade, quanto ao momento da postulação e quanto à finalidade

No que concerne à tipicidade, tais medidas podem ser: típicas, a exemplo do arresto, do sequestro e das demais positivadas nos arts. 813 a 889, do atual CPC; ou atípicas, que seriam as decorrentes do poder geral de cautela do juiz.

Distintamente, quanto ao momento da postulação, as tutelas podem ser: antecedentes, ou seja, formuladas antes do início do processo principal; e incidentes, quando pleiteadas no decorrer do processo principal.

Finalmente, no que diz respeito à finalidade, há três espécies de cautelares: as medidas de garantia da cognição, que buscam resguardar um futuro processo de conhecimento, como a produção antecipada de prova; as medidas de garantia da execução, que tem por escopo garantir a efetividade de um eventual processo executivo, como o arresto e o sequestro; e, por último, as medidas que consistem em caução, a exemplo da contracautela, estabelecida no trecho final do art. 804 do hodierno CPC.

## 1.2DA TUTELA ANTECIPADA

A segunda e derradeira espécie do gênero “tutelas de urgência” é a tutela antecipada.

A seguir, serão delineadas as principais considerações teóricas acerca do instituto em comento.

### 1.2.1Conceito

Conforme já foi adiantado no presente estudo, as tutelas antecipatórias, como a própria terminologia sugere, dizem respeito à concessão, parcial ou integral, do(s) pedido(s) formulado pelo autor, sem que este, para tanto, tenha que aguardar até a decisão final da lide.

Cumpra, ademais, destacar conceito formulado pela doutrina de Fredie Didier, Sarno Braga e Rafael Oliveira:

*A tutela antecipada é a decisão provisória (urgente, sumária, temporária e precária) que satisfaz, total ou parcialmente, imediatamente o direito material deduzido. É a antecipação da eficácia da decisão final; é a concessão imediata de efeitos da tutela jurisdicional final. É, pois, satisfativa.*<sup>[38]</sup>

Por tais motivos é que por vezes a doutrina, a fim de fazer um contraponto com as cautelares, refere-se às tutelas antecipadas como “tutelas satisfativas”. Não obstante, é pertinente salientar que os provimentos de caráter definitivo – por exemplo, uma sentença que transitou em julgado – também são tutelas satisfativas, diferenciando-se das antecipatórias em razão de aquelas ocorrerem por meio de cognição exauriente.

Nessa esteira, é igualmente salutar expor o que preceitua Marcus Vinicius Rios Gonçalves: “Haverá antecipação de tutela, que se caracteriza pela natureza satisfativa, de mérito, com a concessão, no todo ou em parte, daquilo que foi pedido”.<sup>[39]</sup>

Sendo assim, a fim de melhor ilustrar tal conceito, exemplifica Gonçalves:

Imagine-se pessoa portadora de doença grave que necessite ser internada com urgência e não consiga obter autorização de seu plano de saúde. [...] No caso da internação, o autor postulará que a ré seja condenada a arcar com os custos e despesas de seu tratamento médico. Em princípio, a ré seria condenada a fazê-lo somente na sentença. [...] O juiz concede o provimento condenatório – ainda que em caráter provisório – antes do momento em que normalmente o faria (mas o processo precisa prosseguir, porque tal provimento precisa ser substituído por um de cunho definitivo). A medida concedida pelo juiz já satisfaz a

pretensão do autor: concede, total ou parcialmente, aquilo que foi pretendido pelo autor, ainda que em caráter provisório.<sup>[40]</sup>

### **1.2.2 Características**

Tendo em vista os conceitos estudados, sobrelevam-se três principais características das tutelas antecipadas: a provisoriedade, a sumariedade e a natureza satisfativa.

Por provisoriedade, compreende-se que as tutelas antecipatórias necessariamente serão substituídas por um provimento definitivo, mesmo que este objetive somente ratificá-las.

Por outro lado, a sumariedade denota o fato de as referidas medidas serem obtidas por intermédio de uma cognição sumária. Por este motivo, inclusive, é que estas tutelas não possuem caráter definitivo.

Por fim, conforme delineado anteriormente, as tutelas antecipadas são satisfativas, ou seja, antecipam, ainda que parcialmente, o pedido pleiteado pelo autor. Constitui-se em uma das principais distinções em relação às cautelares, que apenas asseguram a eventual efetividade do direito material invocado, mas sem satisfazê-lo.

### **1.2.3 Requisitos**

O art. 273 do atual CPC estabelece:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. [Grifo nosso]

Desse modo, atesta-se que, para fins de concessão da tutela antecipada, devem ser cumpridos os pressupostos gerais, quais sejam, a

existência de prova inequívoca e a verossimilhança das alegações, bem como, o preenchimento de um dos dois seguintes requisitos: o fundado receio de dano irreparável/difícil reparação; ou então, o abuso do direito de defesa/manifesto propósito protelatório do réu.

Impende salientar, ainda, que para a concessão de quaisquer tutelas antecipadas deve-se respeitar o disposto no art. 273, §2º do hodierno CPC, segundo o qual: “Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”.

Constitui-se, pois, em pressuposto de ordem negativa, que busca evitar provimento que, baseando-se em cognição meramente sumária, gera uma situação notoriamente insustentável e irreparável para a parte.

Assim, para fins didáticos, os requisitos positivos serão discorridos com base na divisão proposta por Fredie Didier, que os organizou em pressupostos gerais (*caput* do art. 273, CPC) e pressupostos alternativos (incisos I e II do art. 273).[\[41\]](#)

No que concerne à prova inequívoca, esta se traduz no elemento probatório que, apesar de não refletir uma probabilidade altíssima, quase certa, da plausibilidade do direito alegado, é o suficiente para conduzir o magistrado a um juízo de verossimilhança.

Nesse diapasão, leciona Didier:

Prova inequívoca não é prova irrefutável, senão conduziria a uma tutela satisfativa definitiva (fundada em cognição exauriente) e, não, provisória. A exigência não pode ser tomada no sentido de ‘prova segura’, ‘inarredável’, capaz de induzir a certeza sobre os fatos alegados, sob pena de esvaziar completamente o conteúdo das tutelas antecipadas, que só poderia, ser deferidas, desse modo, após toda a instrução processual, após uma cognição profunda.[\[42\]](#)[Grifo do autor]

De outro modo, quanto à verossimilhança das alegações, esta se refere ao fato de as pretensões aduzidas pelo autor mostrarem-se plausíveis, de acordo com um juízo de probabilidade exercido pelo juiz. Além do mais, conforme aduz o processualista baiano, baseando-se nas lições de Athos Gusmão Carneiro:

É imprescindível acrescentar que a verossimilhança refere-se não só à matéria de fato, como também à plausibilidade da subsunção dos fatos à norma invocada, conduzindo aos efeitos pretendidos. O magistrado precisa avaliar se há probabilidade de ter acontecido o que foi narrado e quais as chances de êxito do demandante.<sup>[43]</sup>

Entretanto, destaca-se que tal verossimilhança, apesar de ser requisito intimamente relacionado à prova inequívoca, não se confunde com este, visto que ambos constituem-se em pressupostos autônomos. Destarte, ressalva a doutrina que: “[...] prova inequívoca não conduz necessariamente a juízo de verossimilhança e ao acolhimento do pedido; e o juízo de verossimilhança não decorre necessariamente de prova inequívoca”.<sup>[44]</sup>

Didier, desse modo, conclui: “[...] nem sempre a verossimilhança advirá de prova. Poderá assentar-se, por exemplo, em fatos incontroversos ou notórios, ou decorrentes de uma coisa julgada anterior, que serve com fundamento da pretensão [...]”.<sup>[45]</sup>

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni:

Dano de difícil reparação é aquele que provavelmente não será revertido, seja porque as condições financeiras do réu autorizam supor que não será compensado ou restabelecido, por sua própria natureza, é complexa sua individualização ou quantificação precisa – ex.: dano decorrente de desvio de clientela.<sup>[46]</sup>

É possível, pois, compreender que o risco em questão não pode ser de um dano de consequências irrisórias. Afinal, consoante Carneiro: “Haverá dano quando a permanência do *status quo*, enquanto se sucedem os atos processuais, seja de molde a acarretar ao autor *prejuízos de média ou grande intensidade* [...] a direito seu [...]”.<sup>[47]</sup> [Grifo do autor]

Distintamente, o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu denotam significados diferentes. O primeiro concerne aos atos abusivos praticados no bojo do processo, enquanto que este diz respeito às condutas exercidas fora do âmbito processual, a exemplo de uma simulação de doença.<sup>[48]</sup>

Trata-se de requisito peculiar, já que os demais – incluindo, ainda, os referentes as cautelares – são relativos a situações de urgência. Na presente hipótese, o magistrado poderá conceder a tutela antecipada ainda que não se esteja diante de uma situação de perigo, desde que se constate que a parte contrária estaria agindo de modo a conturbar o curso do processo.

É oportuno mencionar que a aludida situação não é direito exclusivo do autor, visto que: “[...] embora o legislador mencione ‘réu’ no texto do inciso II do art. 273, o comportamento temerário, que autoriza a concessão da tutela antecipada, pode ser de qualquer das partes. [...] também o réu pode requerer a tutela antecipada”.<sup>[49]</sup>

E assim exemplifica a doutrina de Didier:

O réu pode requerer a antecipação dos efeitos da tutela quando for reconvinte e denunciante; quando formular pedido contraposto ou ação declaratória incidental; ou quando a ação for dúplice, hipótese em que a sua simples defesa já se constitui o exercício de sua pretensão [...].<sup>[50]</sup>

#### 1.2.4 Classificação

Atesta-se que, em razão de as cautelares no Brasil, historicamente, terem recebido maior atenção por parte da doutrina, as classificações desta

tutela de urgência são muito mais complexas do que as utilizadas no tocante às antecipações de tutela – o que, inclusive, se deve à existência das cautelares nominadas.

Nessa esteira, a doutrina basicamente se limita a classificá-las em duas espécies, utilizando-se, neste estudo, a nomenclatura sugerida por Didier: antecipação assecuratória e antecipação punitiva.<sup>[51]</sup>

As tutelas antecipadas assecuratórias são as mais recorrentes, fundamentadas no art. 273, I, do hodierno CPC. Fazem alusão a situações que envolvem urgência, e sendo assim, caso não atendidas, haverá o risco de dano irreparável ou de difícil reparação à parte.

De outra maneira, as antecipações punitivas possuem fulcro no art. 273, II, CPC, e objetivam sancionar a parte que abusa de seu direito de defesa, ou age de maneira manifestamente protelatória.

Compreende-se que, a despeito de as tutelas antecipadas serem espécie do gênero tutelas de urgência, nem todas as antecipações serão relativas a situações de perigo, havendo a possibilidade de serem concedidas a fim de desestimular conduta desleal da parte.

### 1.3 SEMELHANÇAS E DISTINÇÕES ENTRE AS TUTELAS CAUTELARES E ANTECIPADAS

As tutelas antecipatórias e as cautelares, apesar de possuírem determinadas características análogas, são dois institutos independentes que gozam de finalidades distintas.

As medidas cautelares têm por escopo, sempre, afastar uma situação de perigo, o que não necessariamente ocorre no âmbito das antecipatórias, já que estas podem ser utilizadas para inibir a parte que atua de maneira temerária.

Não há como negar que ambas são concedidas por intermédio de cognição sumária, não exauriente. Todavia, são detentoras de objetivos absolutamente distintos.

As tutelas cautelares buscam somente assegurar o direito material da parte, mas sem satisfazê-lo, distintamente das antecipatórias, que visam adiantar o próprio provimento final, seja parcial ou integralmente. A fim de melhor compreender tais diferenças, convém explicitar pertinente alegoria doutrinária, de autoria do professor Pedro Caymmi e descrita por Didier:

[...] se duas pessoas brigam por um pedaço de carne, e uma delas pede ao magistrado que o ponha na *geladeira*, para que o vencedor possa usufruir do alimento ao final do processo, é requerer uma providência cautelar (assegura para efetivar no futuro); e o pedido for para a extração de um ‘bife’, para propiciar alimentação imediata, estar-se-á diante de uma tutela antecipada.<sup>[52]</sup>

Além disso, ambas se distinguem em virtude dos seus respectivos pressupostos. Enquanto que as cautelares requerem apenas o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, as antecipatórias necessitam de prova inequívoca e de verossimilhança das alegações, cumuladas, ainda, com o perigo de dano ou com o ato abusivo da parte contrária – que poderá ser o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório.

#### 1.4 BREVE ANÁLISE SOBRE A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

Destaca-se, desde já, que a doutrina tradicionalmente já menciona a respeito do gênero tutela de urgência, que abrange tanto as cautelares quanto as antecipatórias.

No entanto, com a promulgação do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), tal categoria será positivada, lembrando que esta figurará ao lado de outra inovação legislativa, qual seja, a tutela de evidência. Desse modo, faz-se oportuno tecer breves estudos sobre o retrospecto das tutelas de urgência na legislação pátria, que em breve, presenciará a reformulação do atual diploma processual civil.

Segundo aduz Ovídio Baptista<sup>[53]</sup>, o Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-Lei nº 1.608/39), apesar de prever a situação da cautelar

inominada, raras vezes tal medida foi utilizada. Assim, apenas com a promulgação do atual CPC é que esse cenário pôde ser fortemente modificado, afinal:

A contribuição oferecida pelo próprio Código de Processo Civil de 1973 para a expansão da tutela de urgência (cautelar ou não) tem duas causas principais: a primeira delas foi desejada pelo legislador e está representada pela importância e dignidade que o Código emprestou ao processo cautelar, destacando-o para formar um livro especial, com cerca de cem artigos, contra os apenas treze existentes no Código anterior. A segunda razão para o crescimento extraordinário da tutela de urgência, em nosso direito atual, deve-se igualmente a essa mesma opção do legislador, mas decorre de uma premissa ideológica sobre a qual ele não teve consciência muito nítida.<sup>[54]</sup>

Sucedo que, ao contrário, do que acontecia no Código anterior – que se mantivera fiel a uma tradição multissecular do direito luso-brasileiro –, o legislador de 73 introduziu em nosso direito o instituto conhecido como ‘processo de conhecimento’, com sua vocação genérica para o procedimento ordinário, como o objetivo principal de retirar dele todas as formas e manifestações de atividade jurisdicional executivas, que passaram a integrar, em livro especial, o processo de execução, no qual o código unificou todos os meios admitidos pelo legislador como executórios.

Sob a égide do hodierno diploma processual civil, denota-se que com a promulgação da Lei nº 8.952, datada de 13 de dezembro de 1994, houve significativa transformação no ordenamento processual pátrio, porquanto se criou a tutela antecipada genérica, constante no atual art. 273, CPC. Porém, ressalva Rios Gonçalves:

Isso não significa que as tutelas antecipadas fossem desconhecidas em nosso ordenamento. Algumas ações, de procedimento especial, eram dotadas de liminar, cuja natureza era antecipatória. Dois

exemplos podem demonstrá-lo: as liminares nas ações possessórias de força nova e nas ações de alimentos de procedimento especial. Em ambos, o juiz estava autorizado

a conceder liminares, nas quais antecipava o provimento final: nas possessórias, concedia *ab initio* a reintegração, manutenção de posse ou o interdito; e nos alimentos, por liminar, concedia os alimentos provisórios, antecipando em proveito do autor aqueles que só seriam concedidos na sentença.<sup>[55]</sup> [Grifo do autor]

Ainda nesse contexto, ressalta-se que em razão das tutelas antecipadas, antes de dezembro de 1994, estarem restritas a determinadas situações, com o tempo passou-se a conceder, com fundamento no poder geral de cautela do juiz (art. 798, CPC), antecipatórias “disfarçadas” de medidas cautelares, alcunhadas pela doutrina e jurisprudência de “cautelares satisfativas”. Tal postura, apesar de recorrente, era alvo de críticas, conforme observa Adroaldo Fabrício:

Pelo que nos diz respeito, falar-se de cautelar satisfativa é tão desarrazoado e inaceitável quanto a ideia de *gelo quente*. Ou bem se fica com o substantivo ou com o adjetivo; ou se trata de cautela e não satisfaz, ou a medida é satisfativa e não pertence ao universo das cautelares.<sup>[56]</sup> [Grifo do autor]

Diante desse cenário, o legislador pátrio viu-se inclinado a adotar alguma providência capaz de sanar a controvérsia. A título de ilustração dessa desordem jurídica, alguns tribunais chegaram a adotar formalmente algumas nomenclaturas como “cautelares de sustação de protesto”, de notório caráter satisfativo.<sup>[57]</sup>

Nessa conjuntura, promulgou-se a mencionada Lei nº 8.952/1994, que previu o que passou a ser chamado de “poder geral de antecipação”<sup>[58]</sup>, ao alterar a redação do art. 273, CPC.

Posteriormente, a Lei nº 10.444, de 2002, acrescentou o § 7º ao aludido art. 273, o que permitiu a fungibilidade entre as tutelas antecipadas e as cautelares, consoante se atesta:

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Atualmente, encontra-se em tramitação no Congresso Nacional o Projeto do Novo Código de Processo Civil, que objetiva, dentre outros intentos, simplificar os procedimentos relativos às tutelas de urgência, almejando garantir o acesso a uma tutela jurisdicional mais efetiva.

## **2. A TUTELA ANTECIPADA E A TUTELA CAUTELAR NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Em 30 de setembro de 2009, por meio do Ato nº 379/2009 do então presidente do Senado Federal, José Sarney, instituiu-se uma comissão de juristas, que foi presidida pelo atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux. Tal comissão incumbiu-se de apresentar o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, tendo, desse modo, originado o Projeto de Lei do Senado nº 166/2010, que após discussões e alterações foi remetido à Câmara dos Deputados, local onde tramitou sob a numeração 8.046/2010, tendo, ao fim, originado a Lei nº 13.105, promulgada em 16 de março de 2015.

Nesse contexto, a Lei nº 13.105/2015, que estabeleceu o Novo CPC, prevê dispositivos inovadores em relação ao atual Código, no que diz respeito às tutelas de urgência e de evidência, conforme seus arts. 294 a 311 – referentes ao Livro V (“DA TUTELA PROVISÓRIA”), havendo a seguinte subdivisão: Título I – Disposições Gerais (arts. 294 a 299); Título II – Da Tutela de Urgência, Capítulo I – Disposições Gerais (arts. 300 a 302), Capítulo II – Do Procedimento da Tutela Antecipada Requerida em Caráter Antecedente (arts. 303 e 304) e Capítulo III – Do Procedimento da Tutela

Cautelar Requerida em Caráter Antecedente (arts. 305 a 310); e Título III – Da Tutela de Evidência (art. 311).

O NCPC estabeleceu expressamente a existência de um grande gênero denominado “tutela provisória”, o qual se subdivide em dois subgêneros, quais sejam, as tutelas de urgência (que abrangem tanto as antecipatórias quanto as cautelares) e as tutelas de evidência (que são tutelas antecipadas a serem concedidas nas hipóteses especificadas pelo Novo Código).

Assim sendo, analisar-se-ão as disposições concernentes às tutelas de urgência e de evidência, fazendo um comparativo entre o atual e o vindouro CPC, além de realizar as considerações e críticas que forem pertinentes.

## 2.1 DA EXTINÇÃO DAS TUTELAS CAUTELARES NOMINADAS

Consoante já disposto neste estudo, uma das inovações da Lei nº 13.105/2015 é a supressão das cautelares nominadas, havendo, assim, a prevalência do poder geral de cautela do juiz.

Nesse sentido, o NCPC, em seus arts. 297, *caput* e 301, restringe-se a apenas citar algumas espécies de cautelares, sem, contudo, delimitar suas respectivas regras específicas, como ocorre no atual CPC, senão vejamos:

Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

(...)

Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguaração do direito.

Não obstante, isto não significa que, na prática, o arresto e o sequestro, por exemplo, deixarão de existir. Ocorrerá que o magistrado terá ampla liberdade para gerenciar e instituir uma cautelar de sequestro, arresto, dentre outras, não subsistindo o que determina o CPC atualmente, que

apenas confere tal discricionariedade fora das hipóteses das cautelares nominadas. Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero criticam a mudança, exprimindo que: “Teria sido ideal, todavia, que o Projeto tivesse mantido certas tutelas cautelares em espécie – o arresto, o sequestro, as cauções, a busca e apreensão e o arrolamento de bens”.[\[59\]](#)

Nesse contexto, ressalva José Sampaio Júnior:

Em que pese também concordamos [sic] com a crítica de que o melhor seria ter sido mantido as cautelares nominadas mais utilizadas, não há problema algum que as mesmas sejam concedidas dentro do poder geral de cautela, ressalvadas as particularidades de cada caso.[\[60\]](#)

## 2.2 DAS REITERAÇÕES EM RELAÇÃO AO CPC DE 1973

O primeiro artigo que trata das tutelas de urgência – art. 294 do novo Código – praticamente repete o disposto nos arts. 273 e 796, do atual CPC (que tratam da possibilidade da concessão antes ou durante o processo), com a diferença de não mais tratar de ambas as tutelas separadamente, mas como espécies do gênero “tutela de urgência”, conforme já mencionado.

Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

Semelhantemente, os arts. 296, *caput*; 297, § único; 298; 299; 300, §§ 1º e 2º; e 300, § 3º, todos do NCPC, basicamente reiteraram os dispositivos atinentes aos arts. 273, § 4º; 273, § 3º; 800; 273, § 1º; 804; 273, § 2º, CPC, respectivamente, havendo apenas a seguinte mudança: as redações irão se referir expressamente a ambas as tutelas de urgência, e não somente às cautelares, como ocorre atualmente. Há apenas uma ressalva, quanto ao

art. 300, § 1º, NCPC, que é a possibilidade de dispensa da caução no caso de hipossuficiência econômica do requerente.

Por sua vez, o art. 308 do NCPC repete a essência contida na redação do art. 806 do atual Código, tratando, ambos os dispositivos, acerca das cautelares a serem concedidas em caráter antecedente.

Distintamente, cabe salientar que os arts. 306, 307, 309 e 310 do Novo Diploma reiterarão o que dispõe os arts. 802, 803, 808 e 810 do hodierno CPC, com o diferencial que aqueles abordarão a respeito das cautelares de natureza antecedente, enquanto que estes dizem respeito às cautelares genericamente consideradas.

Atesta-se, contudo, que apesar de não haver a exata correspondência do art. 1.015, I, NCPC (“Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: tutelas provisórias; [...]”), com algum dispositivo do hodierno diploma processual civil, destaca-se que é pacífico que, em regra, utilize-se o agravo de instrumento para combater as decisões concernentes às tutelas antecipadas e cautelares, por força do art. 522, *caput*, CPC.

### 2.3DA RESPONSABILIDADE CIVIL ORIUNDA DA CASSAÇÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA E EVIDÊNCIA

A despeito de o art. 302 do Novo Código ter se baseado no art. 811, CPC, analogamente ao que foi demonstrado acima, tendo o NCPC, a rigor, somente estendido tais disposições a ambas as tutelas, e não mais unicamente às cautelares, faz-se necessário discorrer importantes considerações sobre a natureza jurídica da responsabilidade civil decorrente da cessação das tutelas de urgência, que a partir do Novo CPC, sofrerá uma notável alteração.

Antes de adentrar o cerne da discussão, convém transcrever importante conceito de Maria Helena Diniz, segundo a qual, a responsabilidade civil é:

[...] a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiro, em razão de ato por ela mesma praticado, por

pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.[\[61\]](#)

Desse modo, em virtude da ocorrência de um prejuízo injustificável a outrem, seja de ordem patrimonial ou moral, deverá o agente responsável reparar o dano. Nesse diapasão, a responsabilidade civil, conforme o fundamento adotado para sua aplicação, poderá ser subjetiva ou objetiva.[\[62\]](#)

A responsabilidade civil subjetiva se diferencia da objetiva na medida em que aquela necessita da comprovação de dolo ou culpa (negligência, imprudência ou imperícia), enquanto que esta independe do elemento culpa, sendo necessário somente que se ateste o dano e o nexo de causalidade entre tal prejuízo e a conduta do agente.[\[63\]](#)

Além disso, há outro fator distintivo entre ambas as modalidades, que se trata da licitude da conduta, consoante leciona Diniz:

*Na responsabilidade subjetiva* o ilícito é seu fato gerador, de modo que o imputado, por ter-se afastado do conceito de *bônus pater familias*, deverá ressarcir o prejuízo, se se provar que houve dolo ou culpa na ação.

[...]

*Na responsabilidade objetiva*, a atividade que gerou dano é lícita, mas causou perigo a outrem, de modo que aquele que a exerce, por ter a obrigação de velar para que dela não resulte dano, terá o dever ressarcitório, pelo simples implemento do nexo causal.[\[64\]](#) [Grifo do autor]

Nesse sentido, Fagundes preceitua:

[...] o fato gerador da responsabilidade subjetiva é a ocorrência de um ato ilícito cumulada com a produção do dano, enquanto para a configuração da responsabilidade objetiva basta a incidência na conduta lícita prevista em lei, desde que, por óbvio, esta conduta cause prejuízo a outrem. É bom que se ressalte que, em

ambos os casos, exige-se o nexo de causalidade entre a conduta lesiva e o prejuízo dela decorrente.<sup>[65]</sup>

Munido de tais informações, analisar-se-á o dispositivo processual vindouro:

Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:

I- a sentença lhe for desfavorável?

II- obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias?

III- ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal?

IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.

Verifica-se que, no que tange à necessidade de comprovação de dolo ou culpa, não há como se aferir se está diante de um caso de responsabilidade objetiva ou subjetiva. Para tanto, será preciso averiguar a licitude que envolve a referida previsão legal.

Cristiane Fagundes, observando o art. 811, CPC (que basicamente foi transcrito para o art. 302, NCPC, reitera-se), conclui:

Especificamente no caso do vigente art. 811, CPC, verifica-se que o requerente da medida cautelar age, ainda que de forma provisória, inteiramente respaldado pelo Poder Judiciário. O magistrado, quando concede uma medida cautelar, autoriza que tal medida seja

efetivada, fazendo com que sua ordem seja cumprida. Logo, o requerente não está cometendo qualquer ato ilícito ou em desacordo ao ordenamento jurídico brasileiro. Ao contrário, está respaldado em uma decisão judicial que ampara por completo os atos invasivos perpetrados na esfera jurídica da parte contrário. [...] Trata-se, portanto, de responsabilidade civil de cunho notoriamente objetivo, mesmo que ausente qualquer disposição expressa neste sentido, no art. 811, CPC.[\[66\]](#)

Desse modo, por intermédio deste raciocínio, não será necessária a comprovação de culpa ou dolo a fim de que se pleiteie a reparação civil oriunda da cessação da tutela de urgência, bastando que a parte incorra em umas das hipóteses aludidas no art. 302, CPC/2015. Ainda quanto à responsabilidade objetiva, ratifica Luiz Guilherme Marinoni que o vindouro dispositivo: “[...] mantém o regime de responsabilidade objetiva daquele que obtém tutela de cognição sumária e eventualmente causa dano à parte contrária. Trata-se de dispositivo correlato ao art. 811 do Código vigente”.[\[67\]](#)

Por tais fundamentos, parcela da doutrina compreende que o Novo CPC tratará de admitir a responsabilidade civil objetiva para ambas as tutelas de urgência, e não somente às cautelares – visto que não há qualquer previsão legal no sentido de se impor uma responsabilidade pela cassação de uma antecipatória; destarte, partindo-se da premissa de que a responsabilidade civil só advém de expressa previsão legal, a modalidade objetiva, atualmente, só seria referente às cautelares.

Ressalta-se, por fim, que o trecho “independentemente da reparação por dano processual”, diz respeito à modalidade de dano processual prevista atualmente nos arts. 16 a 18, CPC.[\[68\]](#)

**2.4 DOS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA** Estabelece o *caput* do art. 300 e seu §1º, NCPC:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a **probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.**

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la. [Grifo nosso]

Não obstante o supracitado parágrafo primeiro tenha sido, na maior parte, oriundo da redação do art. 804 – com a ressalva da parte considerada economicamente hipossuficiente – é

o *caput* do dispositivo em tela que representa uma das maiores inovações do Novo CPC: a uniformização dos requisitos para concessão das tutelas de urgência.

Conforme já discutido, o atual CPC denota que as tutelas cautelares e antecipadas deverão, obviamente, obedecer a determinados pressupostos. No entanto, cada uma delas possui requisitos distintos. Com a entrada em vigor do novo diploma, basta que sejam preenchidos as duas exigências seguintes, independentemente se o objetivo é uma tutela cautelar ou uma antecipatória: a plausibilidade do direito e o risco de dano irreparável ou de difícil reparação. Requisitos estes que não mais são do que os próprios *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, já amplamente analisados neste estudo.

Atesta-se que a unificação dos requisitos legais constitui-se em importante ferramenta em prol de uma maior acessibilidade do jurisdicionado à satisfação do direito material invocado, consoante preleciona Fagundes:

Assim, unificar procedimentos soa como uma apropriada solução para que, sob o argumento de não estarem presentes os requisitos específicos para aplicação da medida requerida, não se denegue uma tutela de urgência

efetivamente necessária visando a que não pereça o direito material pretendido.<sup>[69]</sup>

## 2.5 AS TUTELAS ANTECIPADAS EM CARÁTER ANTECEDENTE

Por força do § único do art. 294 do NCPC, a antecipação dos efeitos da tutela poderá ser concedida no curso do processo ou de forma antecedente, sendo esta última possibilidade explicitada nos arts. 303 e 304 do Novo Código.

A principal inovação encontra-se no fato de que ao requerente será lícito, de maneira sucinta, pleitear a tutela antecipatória, sendo que, caso esta seja concedida, o autor fará jus a um prazo para que possa renovar o pedido, de modo a confirmar o pedido de tutela final, consoante se observa:

Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Concedida a tutela antecipada a que se refere o *caput* deste artigo:

I– o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar;

II– o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334;

III– não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.

§ 2º Não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito.

§ 3º O aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais.

§ 4º Na petição inicial a que se refere o *caput* deste artigo, o autor terá de indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final.

§ 5º O autor indicará na petição inicial, ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no *caput* deste artigo.

§ 6º Caso entenda que não há elementos para a concessão de tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito.

Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

§ 1º No caso previsto no *caput*, o processo será extinto.

§ 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do *caput*.

§ 3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º.

§ 4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.

§ 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se

após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º.

§ 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo.

Trata-se de hipótese que objetivará evitar o perecimento do direito em razão do decurso do tempo, principalmente nas situações de alta complexidade, nas quais o requerente poderia dispendir tempo excessivo quando da elaboração da petição inicial.

## 2.6 DAS TUTELAS CAUTELARES EM CARÁTER ANTECEDENTE

As cautelares a serem concedidas de modo antecedente (ou seja, antes do ajuizamento da demanda principal) estão dispostas nos arts. 305 a 310 do Novo Código de Processo Civil.

Nota-se que uma das maiores novidades diz respeito, quando da elaboração da petição inicial, à dispensa da indicação das provas que serão produzidas (art. 305 *caput*, NCPC), o que até então se exige no atual CPC, por força de seu art. 801, inciso V.

Conforme já aduzido, os demais dispositivos (arts. 306 a 310, NCPC), em suma, repetem a essência do que já prevê o atual CPC, inclusive, tendo reiterado a maior parte dos prazos processuais.

A fim de promover maior elucidação, citam-se os dispositivos vindouros em questão:

Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Parágrafo único. Caso entenda que o pedido a que se refere o *caput* tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303.

Art. 306. O réu será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir.

Art. 307. Não sendo contestado o pedido, os fatos alegados pelo autor presumir-se-ão aceitos pelo réu como ocorridos, caso em que o juiz decidirá dentro de 5 (cinco) dias.

Parágrafo único. Contestado o pedido no prazo legal, observar-se-á o procedimento comum.

Art. 308. Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais.

§ 1º O pedido principal pode ser formulado conjuntamente com o pedido de tutela cautelar.

§ 2º A causa de pedir poderá ser aditada no momento de formulação do pedido principal.

§ 3º Apresentado o pedido principal, as partes serão intimadas para a audiência de conciliação ou de mediação, na forma do art. 334, por seus advogados ou pessoalmente, sem necessidade de nova citação do réu.

§ 4º Não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.

Art. 309. Cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, se: I – o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal;

I– não for efetivada dentro de 30 (trinta) dias;

II– o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito.

Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a eficácia da tutela cautelar, é vedado à parte renovar o pedido, salvo sob novofundamento.

Art. 310. O indeferimento da tutela cautelar não obsta a que a parte formule o pedido principal, nem influi no julgamento desse, salvo se o motivo do indeferimento for o reconhecimento de decadência ou de prescrição.

## 2.7 DAS TUTELAS DE EVIDÊNCIA

Outra grande inovação do Novo CPC é a previsão do gênero tutela de evidência, ao lado da já comentada tutela de urgência, consoante se constata de seu art. 311:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I- ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II- as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

II- se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV- a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito

do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

As tutelas de evidência, por conseguinte, nada mais são do que as próprias tutelas antecipadas desprovidas do requisito “risco de dano irreparável ou de difícil reparação”.<sup>[70]</sup> <sup>[70]</sup> Nesse aspecto, não é o suficiente a mera concretização de um dos incisos do supracitado dispositivo legal, pois, conjuntamente, deve haver a plausibilidade do direito. É o que leciona Eduardo Costa:

Ademais, para conceder-se a tutela de evidência, não basta que qualquer um dos incs. do art. 278 [atual art. 311 do NCPC] esteja concretizado. É também necessário que haja ‘elementos que evidenciem a plausibilidade do direito’. É o que se pode extrair da leitura conjugada do *caput* do art. 276 [atual art. 300 do NCPC] e do *caput* do art. 278. Afinal de contas, o direito do autor não se *evidencia* pelo mero fato de haver um abuso do direito de defesa: o réu com razão pode praticar atos de má-fé processual; todavia, se houve ‘plausibilidade do direito + abuso do direito de defesa’, a existência da pretensão de direito material, alegada em juízo pelo autor, salta do plano da simples *verossimilhança* para o plano da *certeza*.<sup>[71]</sup> [Grifo do autor]

E assim conclui o autor:

Por conseguinte, a tutela de evidência, tal como lançada no texto do Projeto, tem três pressupostos: (1) a existência de requerimento expresso do autor + (2) a presença de elementos que evidenciem a plausibilidade do direito + (3) a concretização de qualquer uma das hipóteses descritas nos incs. do art. 278.<sup>[72]</sup>

Passa-se ao exame de cada um dos incisos.

O inciso I possui redação semelhante à do inciso II do art. 273 do hodierno CPC. Destarte, cabe reiterar que a má-fé processual de uma parte, por si só, não evidencia a razão ou a pertinência do direito invocado pela outra. O que ocorre, neste caso, é que a plausibilidade do direito do requerente torna-se, por força de lei, tão exacerbada que alcança um caráter de evidência.

O inciso II faz menção às tutelas de evidência que dizem respeito a matérias unicamente de direito. Nesse contexto, ressalta o supramencionado jurista:

Premido pela necessidade de conceder rapidamente a tutela jurisdicional, o juiz nem sempre dispõe de tempo para refletir a contento sobre as questões jurídicas que lhe são levadas ao conhecimento (muitas delas intrincadas e a exigir pesquisa e detida reflexão). Nesses casos, o precedente opera como elemento de convencimento confiável, pois reflete decisão proferida por um órgão colegiado, que, presumivelmente, teve melhores condições de analisar caso semelhante.

O inciso IV assevera que a tutela de evidência poderá ser concedida na hipótese em que, exposta uma prova documental irrefutável, o réu não consiga opor prova inequívoca.

Da mesma forma que o inciso supramencionado, verifica-se que o inciso III também confere prevalência à prova documental, ao instituir que, nas hipóteses de pedido reipersecutório, poderá ser decretada a ordem de entrega da coisa, sob cominação de multa.

### **3.A TUTELA ANTECIPADA E A TUTELA CAUTELAR NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SUAS IMPLICAÇÕES NO PROCESSO DO TRABALHO**

### 3.1 SOBRE A APLICAÇÃO SUPLETIVA E SUBSIDIÁRIA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL AO PROCESSO DO TRABALHO

#### 3.1.1 Breve introdução e contextualização

A Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 769, assim estabelece: “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”.

Cabe ressaltar que, quando a parte final do citado dispositivo legal menciona a respeito da incompatibilidade das normas “deste Título”, tal título refere-se ao Título X, da CLT, o qual é denominado “Do Processo Judiciário do Trabalho”. Ou seja, para que haja a aplicação das normas atinentes ao processo comum no âmbito do processo trabalhista, é necessário, além da omissão, que não haja uma notória incompatibilidade com as normas do Direito Processual do Trabalho, afinal, considerando que este ramo do Direito possui suas regras e princípios que lhe são específicos, não seria razoável que se permitisse uma desenfreada aplicação do Direito Processual Comum em detrimento dos dispositivos legais precípuos ao processo trabalhista, retirando deste sua autonomia didática e científica em relação às demais disciplinas jurídicas.

A respeito do contexto histórico em que foi realizada a redação do art. 769 da CLT, comenta Carlos Henrique Bezerra Leite:

O processo do trabalho surgiu da necessidade de se efetivar um sistema de acesso à Justiça do Trabalho que fosse, a um só tempo, simples, rápido e de baixo custo para os seus atores sociais. Daí a necessidade de uma cláusula de contenção das normas do processo civil, o qual somente seria aplicado subsidiariamente em duas situações: existência de lacuna no sistema processual trabalhista e compatibilidade da norma a ser transplantada com os seus princípios peculiares (CLT, art. 769). Afinal, quando o art. 769 da CLT foi editado (1943), o “direito processual comum”, que poderia ser

utilizado como “fonte subsidiária” do processo do trabalho, era o Código de Processo Civil de 1939<sup>[73]</sup>.

Não obstante, o atual Código de Processo Civil, de 1973, possui um caráter nitidamente formal e custoso, o que frequentemente prejudica a celeridade da prestação jurisdicional. Sendo assim, a partir de então, cada vez mais o art. 769 da CLT tratou de impedir a aplicação das normas decorrentes do CPC/73, ante a incompatibilidade de determinados dispositivos seus em relação à sistemática do processo trabalhista, principalmente no que diz respeito a um possível prejuízo da busca pela celeridade processual.

Nesse sentido preleciona Bezerra Leite:

Pois, bem. Em 1973, entrou em vigor o Novo Código de Processo Civil brasileiro, o qual representou a chamada fase da autonomia científica do direito processual civil pátrio, enaltecendo o conceitualismo e o formalismo processuais, o que implicou, na prática laboral, a necessidade de se dar ênfase à cláusula de contenção (CLT, art. 769) da aplicação subsidiária das normas processuais civilistas nos sítios do processo do trabalho. O CPC de 1973, além de moroso, paternalista (para o devedor) e custoso (para o autor), sempre se preocupou mais com as tutelas protetivas do patrimônio do que com as dos direitos sociais (e de personalidade), gerando, assim, um clima generalizado de desrespeito aos direitos humanos, especialmente em relação às pessoas mais pobres que não conseguem suportar a morosidade do processo sem prejuízo do sustento próprio e dos respectivos familiares. Surge, então, a necessidade de se criarem novos institutos e mecanismos que tenham por escopo a efetividade na prestação jurisdicional na seara civil.<sup>[74]</sup>

Portanto, constata-se que, antes de se cogitar a aplicação de qualquer norma do processo comum na seara do processo trabalhista, há que se verificar a lacuna normativa deste ramo jurídico.

Não obstante, ressalta-se que o conceito de lacuna possui significado controvertido, podendo ser compreendido segundo diversas acepções, as quais serão pormenorizadamente explicitadas a seguir.

### **3.1.2O conceito jurídico de lacuna**

Com base nas lições de Maria Helena Diniz<sup>[75]</sup>, o conceito de lacuna (ou omissão) desdobra-se em três principais acepções, a saber: normativa, ontológica e axiológica.

Por lacuna normativa, entende-se que esta se trata da ausência de norma jurídica acerca de um determinado tema. Neste caso, há completa omissão por parte do legislador, que não previu quaisquer regras capazes de regular uma dada situação.

Por sua vez, a omissão ontológica ocorre nas hipóteses em que, apesar de a norma existir, esta não se encontra mais em conformidade com a realidade social, tornando-se obsoleta em relação à dinâmica dos fatos em sociedade.

Distintamente, a lacuna axiológica constitui-se em ausência de uma norma justa. Ou seja, existe uma previsão legal que, caso seja aplicada, acarretará uma manifesta injustiça.

Destarte, verifica-se que a compreensão das três supracitadas acepções de omissão serão úteis na aplicação do NCPC ao processo do trabalho, notadamente no que diz respeito às lacunas ontológicas e axiológicas.

Nesse diapasão, pormenoriza Danilo Gaspar:

Noutro sentido, a aplicação supletiva permitiria o que, atualmente, se busca fazer através das figuras das omissões ontológicas e axiológicas. Isso porque, para

de admitir, por exemplo, a aplicação da penalidade prevista no art. 475-J do atual CPC ao processo do trabalho, parte-se da premissa de que existem três tipos de omissão: omissão normativa (vazio legislativo sobre o instituto); omissão ontológica (a lei existe, mas não mais corresponde à realidade social. A norma estaria, assim, desatualizada, não apresentando mais compatibilidade com os fatos sociais e com o desenvolvimento técnico) e; omissão axiológica (a lei existe, mas não é uma norma justa para solução do caso concreto. A norma processual acaba por levar a uma solução injusta ou insatisfatória). Dessa forma, como a CLT possui um capítulo próprio sobre execução (Capítulo V), em que pese não haja omissão normativa (vazio legislativo) que justifique a aplicação de normas processuais civis sobre o tema (artigo 475-J, do atual CPC, por exemplo), omissões ontológicas e axiológicas da norma processual trabalhista justificariam a aplicação do referido preceito do CPC, posição, contudo, rejeitada pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (RR 1576-32.2011.5.08.0119 / RR 1590-22..2011.5.08.0117 / RR 193700-96.2009.5.15.0093).[\[76\]](#)

Neste momento, mostra-se oportuno exprimir a respeito das distinções entre as expressões “supletiva” e “subsidiária” quanto à aplicação do CPC/15.

### **3.1.3 A aplicação supletiva e subsidiária do Novo CPC ao Processo do Trabalho**

Assim preconiza o art. 15 do Novo Código de Processo Civil: “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, **trabalhistas** ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas **supletiva e subsidiariamente**”. (Grifo nosso)

Em um primeiro momento, poder-se-ia raciocinar que as expressões “supletivo” e “subsidiário” seriam sinônimas, não havendo, portanto, qualquer distinção semântica entre ambas.

Não obstante, no âmbito jurídico, tais termos possuem distinções bastante relevantes. Embora os fenômenos da supletividade e da subsidiariedade ocorram igualmente nos casos de omissão da norma principal (neste caso, a CLT), aquela será aplicada nas hipóteses de omissão parcial, a fim de complementar o diploma primordial; ao passo que o efeito subsidiário é ocasionado nas situações de omissão integral ou absoluta.

A título de exemplo, cita-se a tutela antecipada no processo do trabalho. Nesse sentido, verifica-se que não há qualquer menção deste instituto na CLT, motivo pelo qual seria necessária uma aplicação subsidiária do CPC ao processo laboral, ante a omissão absoluta por parte do diploma trabalhista.

Por outro lado, veja-se a situação referente aos casos de cabimento dos embargos à execução disciplinados na Consolidação. O art. 884, § 1º da CLT preconiza:

Art. 884 - Garantida a execução ou penhorados os bens, terá o executado 5 (cinco) dias para apresentar embargos, cabendo igual prazo ao exequente para impugnação.

§ 1º - A matéria de defesa será restrita às alegações de cumprimento da decisão ou do acordo, quitação ou prescrição da dívida.

(...)

No entanto, faz-se interessante ressaltar que o próprio CPC vigente (de 1973) prevê outras hipóteses que vão além dessas acima mencionadas, conforme se observa em seu art. 745:

Art. 745. Nos embargos, poderá o executado alegar:

I - nulidade da execução, por não ser executivo o título apresentado; II - penhora incorreta ou avaliação errônea;

II- excesso de execução ou cumulação indevida de execuções;

III- retenção por benfeitorias necessárias ou úteis, nos casos de título para entrega de coisa certa (art. 621);

IV- qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento.

Desse modo, nota-se que, quanto ao cabimento dos embargos à execução no processo trabalhista, é possível que haja a aplicação supletiva do CPC, porquanto a CLT, a despeito de possuir regramento próprio a respeito do tema, poderá ser complementada pelas regras do processo civil, considerando que neste caso se estaria diante de uma omissão parcial do diploma laboral.

Nesse sentido, reforçam os exemplos da doutrina de Edilton Meireles:

O primeiro exemplo que pode ser lembrado é o das hipóteses de impedimento e suspeição das testemunhas. A CLT, em seu art. 829, laconicamente, estabelece que “a testemunha que for parente até o terceiro grau civil, amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes, não prestará compromisso, e seu depoimento valerá como simples informação”. (...) A partir de tal norma, não se pode, então, afirmar que a CLT (“o complexo normativo”) seja omissa a respeito desse tema. (...) Daí, então, podemos afirmar que, neste caso, a regra do CPC que trata dos impedimentos e suspeições das testemunhas visa a complementar o que já está disciplinado na CLT. Ao que dispõe a CLT, soma-se a **regra supletiva**. Da mesma forma: a CLT não contém regra sobre as testemunhas incapazes de depor. Logo, aqui estamos diante de uma lacuna

existente no sistema normativo, já que falta a disciplina legal no processo do trabalho a este respeito. Aplica-se, então, neste caso, a **regra subsidiária** diante da lacuna absoluta sobre essa questão de incapacidade da testemunha.[\[77\]](#) (Grifo nosso)

Por fim, cabe explicitar que não há consenso na doutrina acerca de uma possível revogação do art. 769 da CLT em razão do vindouro art. 15 do NCPC. O que se questiona é: a partir da vigência do novo diploma processual, a simples omissão (seja parcial ou integral) do texto consolidado seria o suficiente para autorizar a aplicação subsidiária/supletiva do NCPC? Ou ainda seria necessária, para aplicação do processo comum, que se continue a observar as demais normas e princípios do processo trabalhista, em atendimento ao citado art. 769 da CLT?

Defendendo a revogação do art. 769 da CLT pelo art. 15 do NCPC, Meireles leciona:

Isso porque o art. 9º da LC n. 95/98 estabelece, enquanto regra dirigida ao legislador, é que este, ao dispor sobre uma matéria que redundará na revogação de outra, seja expresso, enumerando as leis ou disposições que serão revogadas. Contudo, quando diante da omissão do legislador em não apontar expressamente esses dispositivos, tal não afasta a incidência da regra da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/42), que dispõe que “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior” (§ 1º do art. 2º), lembrando que o art. 15 do CPC/15 é norma tão especial quanto ao do art. 769 da CLT.[\[78\]](#)

Por sua vez, Danilo Gonçalves Gaspar, em sentido contrário, assim aduz:

(...) afinal o artigo 15 do novo CPC não possui o condão de revogar o artigo 769 da CLT. Assim, ao prever a aplicação supletiva e subsidiária do novo CPC ao processo do trabalho, não se elimina a necessidade de compatibilização da norma com o processo do trabalho, tal qual previsto na CLT. Portanto, a aplicação subsidiária das disposições do novo CPC ao processo do trabalho continuam exigindo a satisfação de dois requisitos, quais sejam: omissão da norma processual trabalhista e compatibilidade entre o dispositivo processual civil e o processo do trabalho.[\[79\]](#)

### 3.2 DAS CUSTAS PROCESSUAIS E DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA NA TUTELA PROVISÓRIA INCIDENTAL

Consoante já explicitado neste trabalho, no âmbito do Novo CPC, as tutelas provisórias são parte de um gênero, do qual derivam duas espécies: as tutelas de urgência e as tutelas de evidência; bem como, pontuou-se que as tutelas provisórias poderão ser requeridas em caráter preparatório (antes do ajuizamento da ação principal) ou incidental (no curso da ação primordial).

Além disso, discorreu-se, também, que nos termos do art. 295 do NCPC, “A tutela provisória requerida em caráter incidental independe do pagamento de custas”.

Neste tópico, faz-se pertinente pontuar que o referido dispositivo não possui destaque para o processo trabalhista, tendo em vista que a CLT preceitua que o pagamento das custas processuais ocorrerá apenas ao final, ou quando da interposição do recurso, dentro do seu respectivo prazo legal.

É o que estabelece o art. 789, §1º, CLT:

Art. 789. (...)

(...)

§1º As custas serão paga pelo vencido, após o trânsito em julgado da decisão. No caso de recurso, as

custas serão pagas e comprovado o recolhimento dentro do prazo recursal.

(...)

No que tange à competência originária para apreciar as tutelas provisórias, igualmente não haverá modificações na seara processual trabalhista, visto que o art. 299 do NCPC (“A tutela provisória será requerida no juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal”) reiterou o elencado no art. 800 do atual CPC (“As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal”).

Nesse mesmo sentido, o parágrafo único do art. 299 do Novo CPC (“Ressalvada disposição especial, na ação de competência originária de tribunal e nos recursos a tutela provisória serpa requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito”) repetiu o regramento contido no parágrafo único do art. 800 do CPC de 1973, ao expressar que “Interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal”.

Portanto, conclui-se que o processo trabalhista, quanto à competência para apreciação das tutelas provisórias, continuará a ser disciplinado pelas diretrizes dispostas no atual CPC, que serão repetidas no Código Processual vindouro.

### 3.3DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES

Segundo o art. 298 do NCPC, “Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso”.

Trata-se de regra que se encontra em perfeita consonância com o estabelecido no art. 93, IX, CF, que impõe a obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais, sob pena de nulidade.

Nesse contexto, reforça Gaspar:

Importante destacar que o novo CPC traz uma expressão importante no sentido de que o juiz justificará as razões de seu convencimento de modo claro e preciso, certamente como forma de evitar que o Juiz defira uma tutela provisória dizendo tão somente que “presentes os requisitos do artigo (...) defiro (...)”. Caberá, assim, ao Juiz, ao deferir, modificar ou revogar a tutela provisória, ser claro e específico, demonstrando a presença de cada um dos requisitos e elementos fundantes de sua decisão. [\[80\]](#)

Aqui, cabe tecer duas considerações.

Primeiramente, é interessante observar que, embora já exista previsão semelhante no parágrafo 1º do art. 273 do atual CPC (“Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento”), o novo CPC mostrou-se louvável na redação do citado art. 298, pois impõe que as razões do convencimento do magistrado serão claras e precisas não apenas em se tratando de tutelas antecipadas, mas também quando da prolação de uma medida cautelar.

Além disso, o disposto no art. 298 do NCPC também foi salutar, na medida que permitirá que a clareza quando da prolação de uma medida provisória seja observada no processo do trabalho, pois a CLT tão somente obriga que haja a fundamentação da decisão, nada impondo acerca da obrigatoriedade de haver precisão na exposição das razões de convencimento do juiz, porquanto assim é o que literalmente preconiza o *caput* do art. 832 da CLT: “Da decisão deverão constar o nome das partes, o resumo do pedido e da defesa, a apreciação das provas, os fundamentos da decisão e a respectiva conclusão”.

### 3.4DA IMPUGNAÇÃO NO ÂMBITO DAS TUTELAS PROVISÓRIAS

Assim estabelece o art. 1.015, inciso I, do Novo CPC: “Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I – tutelas provisórias; (...)”.

Todavia, o enunciado supracitado não possui aplicabilidade ao processo do trabalho, visto que a CLT possui dispositivo específico sobre o tema, segundo o qual, em regra, as decisões interlocutórias são irrecorríveis de imediato, consoante preceitua o §1º do artigo 893 da Consolidação: “Os incidentes do processo são resolvidos pelo próprio Juízo ou Tribunal, admitindo-se a apreciação do merecimento das decisões interlocutórias somente em recursos da decisão definitiva”.

É de bom tom salientar que tal regra possui exceções, conforme disciplina a Súmula nº 214 do TST:

**Súmula 214. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. IRRECORRIBILIDADE.**

Na Justiça do Trabalho, nos termos do art. 893, § 1º, da CLT, as decisões interlocutórias não ensejam recurso imediato, **salvo nas hipóteses de decisão: a) de Tribunal Regional do Trabalho contrária à Súmula ou Orientação Jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho; b) suscetível de impugnação mediante recurso para o mesmo Tribunal; c) que acolhe exceção de incompetência territorial, com a remessa dos autos para Tribunal Regional distinto daquele a que se vincula o juízo excepcionado, consoante o disposto no art. 799, § 2º, da CLT.** (Grifo nosso)

Desse modo, nas hipóteses de concessão de tutela antecipada antes da prolação da sentença, deverá ser impetrado mandado de segurança, sendo que, caso a antecipação de tutela se dê juntamente com a sentença, haverá de ser interposto recurso ordinário. É o que preconiza a Súmula nº 414 do TST:

**Súmula 414. MANDADO DE SEGURANÇA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA (OU LIMINAR) CONCEDIDA ANTES OU NA SENTENÇA.**

**I– A antecipação da tutela concedida na sentença não comporta impugnação pela via do**

**mandado de segurança, por ser impugnável mediante recurso ordinário. A ação cautelar é o meio próprio para se obter efeito suspensivo a recurso.**

**II– No caso da tutela antecipada (ou liminar) ser concedida antes da sentença, cabe a impetração do mandado de segurança, em face de inexistência de recurso próprio.**

III– A superveniência da sentença, nos autos originários, faz perder o objeto do mandado de segurança que impugnava a concessão da tutela antecipada (ou liminar). (Grifo nosso)

Salienta-se ainda que, conforme posicionamento insculpido na Súmula nº 418 do TST: “A concessão de liminar ou a homologação de acordo constituem faculdade do juiz, inexistindo direito líquido e certo tutelável pela via do mandado de segurança”.

Assim, preleciona Gaspar que: “Neste último caso, caberia à parte buscar a reconsideração da decisão do Juiz a partir de uma mera petição”[\[81\]](#)

### 3.5DA CAUÇÃO

Prevê o art. 300, §1º do NCPC que:

§1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

Convém ressaltar que os arts. 804 e 805 do atual CPC possuem disposição análoga, conforme se depreende de sua leitura:

Art. 804. É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer.

Art. 805. A medida cautelar poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente.

Dessa forma, percebe-se que a grande inovação do NCPC encontra-se na possibilidade de dispensa da caução na hipótese de hipossuficiência econômica do requerente.

Sendo assim, a novidade tende a ser bastante útil às circunstâncias e realidades que permeiam o Processo do Trabalho, visto que, na maior parte das ocasiões, suas lides envolvem relações de emprego, as quais frequentemente são protagonizadas por cidadãos que gozam de condições financeiras mais humildes, não podendo, por conseguinte, arcar com eventual prestação de caução.

Nesse diapasão, destaca Gonçalves Gaspar:

Assim, como, sobretudo nos conflitos decorrentes da relação de emprego, o trabalhador ostenta uma posição de hipossuficiência frente ao empregador, na grande maioria dos casos, a exigência da referida caução pode prejudicar a concessão da tutela antecipada pretendida, em razão da impossibilidade econômica do empregado ou desempregado oferecê-la.<sup>[82]</sup>

### 3.6DA TUTELA DE EVIDÊNCIA E SUA REPERCUSSÃO NO PROCESSO TRABALHISTA

Reitera-se o disposto no art. 311 do Novo Código de Processo Civil:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I- ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II- as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casosrepetitivos ou em súmula vinculante;

III- se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação demulta

IV- a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

Conforme já explicitado neste trabalho, a hipótese elencada no inciso I já se encontra prevista no CPC de 1973, mais especificamente em seu art. 273, inciso II. A inovação está em relação ao uso do termo “parte” pelo Código vindouro, ao invés de “réu”, como fez o atual diploma. Nesse sentido, o autor poderá vir a ser sancionado caso aja com abuso de direito, ou até mesmo no caso de seu manifesto propósito protelatório (situação que poderia ocorrer, por exemplo, após o deferimento de uma antecipação de tutela a favor do autor).

Quanto ao inciso II, nota-se que este se encontra em harmonia com a recente mudança legislativa promovida no âmbito da CLT. Nesse diapasão, a Lei nº 13.015/2014 modificou o sistema recursal trabalhista, de modo a incluir a sistemática concernente aos julgamentos dos recursos especiais e

extraordinários repetitivos no tocante à apreciação dos recursos de revista, conforme o art. 896-B da CLT.

O inciso III, consoante expõe Danilo Gaspar: “(...) certamente não será de habitual aplicação no processo trabalhista, mas será possível em face do inciso I do artigo 114 da CRFB/88, cabendo nos casos nos quais uma parte reivindica a posse ou a propriedade sobre uma coisa”.[\[83\]](#)

Por derradeiro, quanto à última hipótese, Gaspar leciona que: “(...) contempla uma situação importante, na qual se busca reduzir os efeitos do tempo do processo, diante da inexistência de fatos extintivos, impeditivos ou modificativos do direito do autor capazes de gerar uma dúvida razoável”.[\[84\]](#)

Destarte, considerando que a peculiar celeridade de que goza o processo do trabalho, não há como questionar que o inciso IV tratará de conferir maior rapidez e efetividade na seara laboral, o que inclusive se coaduna com o princípio da duração razoável do processo, insculpido no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

## CONCLUSÃO

Ante o exposto, compreende-se que, apesar de possíveis críticas quanto aos novos dispositivos atinentes às tutelas de urgência e evidência, o Novo Código de Processo Civil possui a salutar intenção de simplificar os procedimentos processuais.

Sendo assim, o profissional do Direito deve almejar a efetividade processual em detrimento das exacerbadas filigranas jurídicas. Afinal, há que se atentar que em meio a debates que, certas vezes, mostram-se puramente abstratos e exagerados, existem problemas concretos a serem resolvidos. Nesse sentido, ressalta Fagundes:

O direito do jurisdicionado não pode ficar vulnerável a armadilhas jurídicas advindas de **discussões jurídicas que se olvidam de que há problemas reais para serem resolvidos pelo instrumento que é o processo**.[\[85\]](#) [Grifo nosso]

O processo não é um fim em si mesmo. Logo, conclui-se que, seja em prol da crítica ou do elogio acerca dos dispositivos vindouros, deve-se buscar a garantia de uma maior eficiência e acessibilidade aos jurisdicionados, que são a razão de ser do processo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo Studio sistemático dei provvedimenti cautelari**. v. 9. Nápoles: Morano, 1983.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. v. 3. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARNEIRO, Athus Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. **Derecho y Proceso**, trad. esp. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1971.

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. **Medidas Preventivas**. Belo Horizonte: Bernardo Álvares Editora, 1958.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. "TUTELA DE EVIDÊNCIA NO PROJETO DO NOVO CPC – UMA ANÁLISE DOS SEUS PRESSUPOSTOS". **O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC**. Fernando Rossi, Glauco Gumerato Ramos, Jefferson Carús Guedes, Lúcio Delfino, Luiz Eduardo Ribeiro Mourão (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. Salvador: Jus Podivm, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 14. ed. São Paulo: Saraiva. 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. v. 7. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares”. **Estudos de Direito Processual em Memória de Luiz Machado Guimarães**. José Carlos Barbosa Moreira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 1999.

FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares. “ESTUDO COMPARADO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DA CASSAÇÃO DE TUTELAS DE

URGÊNCIA NO CPC ATUAL E NO PROJETO DO CPC”. **O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC**. Fernando Rossi, Glauco Gumerato Ramos, Jefferson Carús Guedes, Lúcio Delfino, Luiz Eduardo Ribeiro Mourão (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FLACH, Daisson. “A estabilidade e controle das decisões fundadas em verossimilhança: elementos para uma oportuna reescrita”. **Tutela de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva**. Donaldo Armelin (coord.). São Paulo: Saraiva, 2010.

GASPAR, Danilo Gonçalves. “NOÇÕES CONCEITUAIS SOBRE A TUTELA PROVISÓRIA NO NOVO CPC E SUAS IMPLICAÇÕES NO PROCESSO DO

TRABALHO”. **O Novo Código de Processo Civil e seus Reflexos no Processo do Trabalho**. Elisson Miessa (coord.). Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**. v. 3. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUTIER, Murilo Sapia. **TEORIA DO PROCESSO CAUTELAR: características e classificações doutrinárias**. Disponível em: <<http://murillogutier.com.br/wp-content/uploads/2011/05/TEORIA-DO-PROCESSO-CAUTELAR-CARACTER%3%8DSTICAS-E-CLASSIFICA%3%87%3%95ES-DO-TRIN%3%81RIAS-Murillo-Sapia-Gutier.pdf>>. Acesso em: 20 maio. 2017.

LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 8. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 8. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELES, Edilton. "O NOVO CPC E SUA APLICAÇÃO SUPLETIVA E SUBSIDIÁRIA NO PROCESSO DO TRABALHO". **O Novo Código de Processo Civil e seus Reflexos no Processo do Trabalho**. Elisson Miessa (coord.). Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

MENDES, Pedro Puttini. Projeto do novo Código de Processo Civil: tutela de urgência e tutela da evidência. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3332, 15 ago. 2012 . Disponível em: . Acesso em: 30 agosto. 2017.

MORAIS, Maria Lúcia Baptista. "AS TUTELAS DE URGÊNCIA E AS DE EVIDÊNCIA – ESPECIFICIDADES E EFEITOS". **O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC**. Fernando Rossi, Glauco Gumerato Ramos, Jefferson Carús Guedes, Lúcio Delfino, Luiz Eduardo Ribeiro Mourão (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. "TUTELAS DE URGÊNCIA NO ANTEPROJETO DO NOVO CPC". **O PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: Estudos em homenagem ao Professor José de Albuquerque Rocha**. Fredie Didier Jr, José Henrique Mouta, Rodrigo Klippel (coord.). Salvador: Jus Podivm, 2011.

SANCHES, Sydney. **Poder Cautelar Geral do Juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil: processo cautelar**. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

NOTAS:

[1] GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**. v. 3. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 241.

[2] Ibid., p. 247.

[3] CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. v. 3. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 17.

[4] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 362-363.

[5] CÂMARA, op. cit., p. 22.

[6] GONÇALVES, op. cit., p. 253.

[7] CÂMARA, op. cit., p. 9.

[8] MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974. p. 237.

[9] CÂMARA, op. cit., p. 22.

[10] SILVA, Ovídio Baptista da. **Do Processo Cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 78-83.

[11] GONÇALVES, op. cit., p. 256

[12] THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 363-364.

[13] MOREIRA, op. cit., p. 234-235.

[14] CÂMARA, op. cit., p. 24.

[15] COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. **Medidas Preventivas**. Belo Horizonte: Bernardo Álvares Editora, 1958. p. 16.

[16] GONÇALVES, op. cit., p. 256.

[17] CÂMARA, op. cit., p. 27 apud LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 8. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 222.

[18] CÂMARA, loc. cit.

[19] Ibid., p. 27-28.

[20] Ibid., p. 29.

[21] SILVA, op. cit., p. 183.

[22] GONÇALVES, op. cit., p. 259-260.

[23] Ibid., p. 255-258.

[24] GUTIER, Murilo Sapia. TEORIA DO PROCESSO CAUTELAR: características e classificações doutrinárias. Disponível em: <<http://murillogutier.com.br/wp-content/uploads/2011/05/TEORIA-DO-PROCESSO-CAUTELAR-CARACTER%C3%8DSTICAS-E-CLASSIFICA%C3%87%C3%95ES-DOUTRIN%C3%81RIAS-Murillo-Sapia-Gutier.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2017.

[25] CÂMARA, op. cit., p. 47.

[26] Ibid., p. 47.

[27] Ibid., p. 35.

[28] SILVA, op. cit., p. 70.

[29] LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 8. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 90.

[30] CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo Studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. v. 9. Nápoles: Morano, 1983. p. 201

[31] CÂMARA, op. cit., p. 36 apud SANCHES, Sydney. **Poder Cautelar Geral do Juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 43.

- [32] CÂMARA, loc. cit.
- [33] SANCHES, op. cit., p. 43.
- [34] CÂMARA, op. cit., p. 38.
- [35] CARNELUTTI, Francesco. **Derecho y Proceso**, trad. esp. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1971. p. 419/423
- [36] THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 366/368.
- [37] CÂMARA, op. cit., p. 21.
- [38] DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. Salvador: Jus Podivm, 2007. p. 515
- [39] GONÇALVES, op. cit., p. 243.
- [40] GONÇALVES, loc. cit.
- [41] DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 545
- [42] Ibid., p. 538.
- [43] Ibid., p. 541 apud CARNEIRO, Athus Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 28.
- [44] DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, loc. cit. apud CARNEIRO, loc. cit.
- [45] DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, loc. cit.
- [46] MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 185-186.
- [47] CARNEIRO, op. cit., p. 32.
- [48] DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit. p. 549 apud ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 77.
- [49] Ibid., p. 548.
- [50] Ibid., p. 552-553.
- [51] Ibid., p. 545-546.

[52] Ibid., p. 515.

[53] SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil: processo cautelar**. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 21.

[54] Ibid., p. 22.

[55] GONÇALVES, op. cit. 245.

[56] FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares”. **Estudos de Direito Processual em Memória de Luiz Machado Guimarães**. José Carlos Barbosa Moreira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 23.

[57] DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit. p. 519.

[58] Ibid., p. 520.

[59] MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 106.

[60] SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. “TUTELAS DE URGÊNCIA NO ANTEPROJETO DO NOVO CPC”. **O PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: Estudos em homenagem ao Professor José de Albuquerque Rocha**. Fredie Didier Jr, José Henrique Mouta, Rodrigo Klippel (coord.). Salvador: Jus Podivm, 2011. p. 238.

[61] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. v. 7. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 36.

[62] FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares. “ESTUDO COMPARADO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DA CASSAÇÃO DE TUTELAS DE URGÊNCIA NO CPC ATUAL E NO PROJETO DO CPC”. **O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC**. Fernando Rossi, Glauco Gumerato Ramos, Jefferson Carús Guedes, Lúcio Delfino, Luiz Eduardo Ribeiro Mourão (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 66.

[63] FAGUNDES, in loc. cit.

[64] DINIZ, op. cit., p. 52-53.

[65] FAGUNDES, op. cit. p. 67.

[66] Ibid., p. 77

[67] MARINONI; MITIDIERO, op. cit. p. 110.

[68]FAGUNDES, op. cit. p. 79-80.

[69]Ibid., p. 73

[70]MENDES, Pedro Puttini. Projeto do novo Código de Processo Civil: tutela de urgência e tutela da evidência. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3332, 15 ago. 2012 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22413>>. Acesso em: 30 agosto. 2017.

[71]COSTA, Eduardo José da Fonseca. “TUTELA DE EVIDÊNCIA NO PROJETO DO NOVO CPC – UMA ANÁLISE DOS SEUS PRESSUPOSTOS”. **O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC**. Fernando Rossi, Glauco Gumerato Ramos, Jefferson Carús Guedes, Lúcio Delfino, Luiz Eduardo Ribeiro Mourão (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 171-172

[72] COSTA, loc. cit.

[73] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 102.

[74]Ibid., p. 102 e 103.

[75]DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 14. ed. São Paulo: Saraiva. 2001. p. 437.

[76]GASPAR, Danilo Gonçalves. “NOÇÕES CONCEITUAIS SOBRE A TUTELA PROVISÓRIA NO NOVO CPC E SUAS IMPLICAÇÕES NO PROCESSO DO TRABALHO”. **O Novo Código de Processo Civil e seus Reflexos no Processo do Trabalho**. Elisson Miessa (coord.). Salvador: Editora Juspodivm, 2015. p. 387.

[77]MEIRELES, Edilton. “O NOVO CPC E SUA APLICAÇÃO SUPLETIVA E SUBSIDIÁRIA NO PROCESSO DO TRABALHO”. **O Novo Código de Processo Civil e seus Reflexos no Processo do Trabalho**. Elisson Miessa (coord.). Salvador: Editora Juspodivm, 2015. p. 40-41.

[78]Ibid., p. 45.

[79]GASPAR, op. cit., p. 386.

[80]Ibid., p. 394.

[81]Ibid., p. 396.

[82]Ibid., p. 398.

[83] Ibid., p. 404.

[84] GASPAR, loc. cit.

[85] FAGUNDES, op. cit. p. 73.

## MINHA EXPERIÊNCIA NO EXAME DA OAB

### **THIAGO BORGES MESQUITA DE LIMA:**

Bacharel em Direito pelo Instituto Cuiabá de Ensino e Cultura. Conciliador e Advogado;

Ingressei na faculdade de Direito no ano de 2010. Procurei dedicar-me aos estudos desde o início, pois sabia que ao final do curso teria de enfrentar uma prova cujos índices de reprovação eram altíssimos. [1]

Quando eu estava no 9º semestre, fiz inscrição para o XIII Exame da OAB. Passei na primeira fase, tendo acertado 54 (cinquenta e quatro) das 80 (oitenta) questões da prova objetiva. Na época, eu era estagiário do Ministério Público Federal em Mato Grosso. Já estava lá há aproximadamente um ano, e, portanto, já podia pedir os 30 (trinta) dias de recesso remunerado [2]. E assim eu o fiz. Nesses trinta dias intensifiquei os estudos em Direito Administrativo, matéria que eu havia escolhido para a segunda fase do exame.

Para minha preparação, adquirei umas aulas de Direito Administrativo direcionadas à segunda fase da Prova, comprei livros, um Vade Mecum geral (com todas as leis) e um Vade Mecum com leis específicas de direito administrativo. Acabei dedicando bastante tempo na leitura da doutrina e das leis. Li bastante as principais leis que tratam dos temas afetos ao Direito Administrativo: 1) agentes públicos - Lei nº 8.112/1990; 2) licitações e contratos administrativos – Lei nº 8666/1993; III) Improbidade administrativa – Lei nº 8.429/1992; IV) processo administrativo federal – Lei nº 9.784/1999 e V) a própria Constituição Federal. Treinei a redação das peças e das questões no meu computador. E acabei treinando bem pouco, pois achava que o estudo da doutrina e da legislação era mais importante do que o treinamento da peça prático-profissional e das questões dissertativas. Em outras palavras, eu achava que “se eu soubesse a matéria, conseguiria fazer a prova sem maiores problemas!”.

Na véspera da prova, durante o dia, fiz uma revisão e procurei descansar, mas confesso que a prova não saía da minha cabeça... À noite, ao ir me deitar, o sono não chegava... Eu estava deitado, mas totalmente sem sono. Fui tomado de uma ansiedade imensa. Vez ou outra eu pegava

o material de estudo para revisar, mas já estava cansado de estudar a matéria. O máximo que eu consegui foi cochilar umas três horas na madrugada.

No dia da prova da segunda fase, ao ler a questão da peça processual (era um recurso de apelação), tomei um susto com o seu tamanho. Porém, na primeira leitura que fiz eu achei um dos argumentos: era o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, o chamado princípio da inafastabilidade da jurisdição [3]. Anotei esse artigo da CF no rascunho e fui reler a questão e pesquisar nos Vade-Mécums os demais embasamentos legais. Tive um pouco de dificuldade para achar os demais argumentos. Mas, depois de quase duas horas da prova [4], encontrei alguns argumentos que eu entendia que seriam pertinentes para colocá-los na peça prático-profissional. Decidi começar a escrever a peça logo no caderno de texto definitivo. Nesse momento eu percebi que errei ao treinar a redação da prova no computador, pois minha letra não saiu muito boa, o que me obrigava a colocar um risco em algumas palavras e a escrever a correta ao lado [5]. Além disso, notei que eu estava meio sem noção do espaço físico [6] para fazer a peça, pois, ao treinar a redação no computador, não me preocupava em sintetizar as respostas e os argumentos, algo que era (e ainda é) necessário na prova da OAB. Para se ter uma ideia, há apenas cinco folhas no caderno de texto definitivo, e o candidato só pode usar o anverso, o que, as vezes, acaba sendo pouco. Terminada a peça, fui olhar as questões dissertativas (aquelas quatro), e, nessa hora lembrei que não coloquei o princípio da inafastabilidade jurisdicional entre os fundamentos da peça. Na hora bateu o desespero. Pensei em colocá-lo nas linhas que ainda restavam da última folha. Mas assim não o fiz por medo de piorar as coisas. Comecei a responder as quatro questões dissertativas, quando de repente o ar condicionado da sala em que eu estava foi desligado e a luz apagou-se. Tinha acabado de ocorrer uma queda de energia [7], que duraria mais ou menos de 40 minutos a 01 hora (Já faz algum tempo que fiz essa prova, e não me lembro do tempo exato). Mas a falta de luz não foi um empecilho pra mim, pois eu estava sentado próximo de uma das janelas da sala, o que me dava claridade suficiente para ler as questões. A essa altura da prova eu já estava bastante cansado, pois havia dormido muito pouco. Além disso, o fato de eu ter esquecido de colocar o argumento da inafastabilidade

jurisdicional na peça prático-profissional, aliado à agitação de alguns alunos com a queda de energia, me angustiou e me gerou um tremendo mal estar... Alguns candidatos começaram a indagar os fiscais de prova sobre a possibilidade de nos liberar e anular a prova. Enquanto isso, eu continuei, apesar de bastante cansado, respondendo as questões. Quando terminei, por volta das 16h45min, os fiscais avisaram que não iriam liberar os candidatos e que seria acrescida uma hora para se terminar a prova. Saí do local de prova péssimo, pois sabia que não tinha ido tão bem na peça e, além disso, um dos argumentos que eu sabia acabei não colocando. Nem preciso dizer que a ansiedade tomou conta de mim nos dias que antecederam o resultado preliminar – acho que isso acontece com a maioria dos examinandos! Mas eu estava bastante confiante de que a prova seria anulada, pois a Diretoria da OABMT havia pedido ao Conselho Federal da OAB a reaplicação do exame para os alunos que foram vítimas da queda de energia [8]. Porém, ao final, o pedido foi indeferido.

Quando o resultado da prova saiu, a notícia não foi das melhores: tirei 4.45 pontos. Fiquei péssimo. Fiquei mais péssimo ainda quando vi que o argumento “princípio da inafastabilidade” valia 1 (um) ponto. [9]

Interpus recurso de algumas questões dissertativas e de alguns argumentos da peça. Quando saiu o resultado, consegui 0.60 (sessenta décimos), aumentando a minha nota para 5.05 (cinco pontos e cinco décimos). Daí a minha revolta aumentou, pois se eu não tivesse me esquecido de colocar aquele argumento, que valia um ponto, eu teria passado no Exame, pois atingiria 6.05 (seis pontos e cinco décimos) – nossa suficiente para aprovação. [10]

Com o resultado definitivo, não havia mais nada a fazer a não ser me preparar para a repescagem. Havia a opção de mudar de matéria, mas resolvi continuar com Direito Administrativo. Eu estava com uma boa bagagem teórica da matéria e só faltava “aparar algumas arestas” na minha preparação que o meu nome apareceria no rol dos aprovados do XIV Exame de Ordem.

Para minha preparação, adquiri um curso preparatório com aulas telepresenciais. O curso tinha, em seu site, um documento em PDF

semelhante à folha de textos definitivos da segunda fase da prova. Imprimi uma boa quantidade deles e passei a resolver as provas anteriores, além de fazer as peças que o próprio Cursinho sugeria. Claro, continuei lendo as principais leis administrativistas nacionais e os livros de doutrina que escolhi no exame anterior, mas eu passei a dedicar mais tempo para o treinamento das peças e das questões.

Mais ou menos uns vinte dias antes da prova, o Cursinho fez um simulado presencial. Quando saiu o resultado, notei que eu havia obtido uma boa nota. Tive a certeza de que eu estava no caminho certo.

Pois bem. Na véspera da prova, durante o dia, descansei bastante. Mas não vou mentir, de vez em quando eu dava uma revisada - de leve - na matéria... Eu estava bem confiante, pois já sabia como era a prova e tinha ido bem em simulados que tinha feito. À noite, consegui dormir bem. É claro, não vou dizer que fiquei totalmente calmo e tranquilo, mas consegui manter o controle e descansar para a prova.

Chegou o dia. Ao abrir o caderno de prova, notei que a peça era um mandado de segurança e a tese era sobre licitação. Os argumentos estavam na Lei nº 8.666. Tinha uma questão de licitação também em uma das quatro dissertativas. [11] Eu estava, digamos assim, bem afiado na Lei 8666. Ao final, saí confiante do local da prova. Quando saiu o resultado, a notícia foi Excelente: tirei 6.85 pontos. Meu nome estava na lista dos aprovados no XIV Exame de Ordem.

Aí foi só FELICIDADE! A melhor coisa do mundo é você fazer o download do edital, dar um "control + f", digitar o seu nome, apertar a tecla enter e ver seu nome na lista dos aprovados!

Nessa hora você percebe o quanto valeu a pena aquelas horas dedicadas ao estudo da doutrina, da legislação e ao treinamento da resolução das questões dissertativas e elaboração da peça prático-profissional.

Eu tinha passado no Exame de Ordem, mas ainda estava no 10º semestre do Curso de Direito. Descansei uns dias e depois fui dedicar-me ao término do meu TCC.

Havia algum tempo que eu pretendia contar o caminho que percorri para ser aprovado na Prova da OAB. Mas só agora (junho de 2017) resolvi “buscar” as minhas memórias desse período, organizar a sequência dos fatos, bem como rever os arquivos em que guardo o espelho das provas que fiz no XIII e no XIV Exames e os print screen dos resultados delas, que estão guardados em um pen drive. [12] Meu objetivo neste texto é mostrar os meus erros e acertos, e, com isso, ajudar os estudantes e bacharéis em Direito que estão enfrentando (ou enfrentarão) a prova.

Breve diagnóstico da minha reprovação na 2ª fase do XIII Exame. Após a minha aprovação no XIV Exame, fiz uma comparação entre a estratégia que adotei neste e no exame anterior. No XIII Exame, eu dediquei bastante tempo ao estudo da doutrina e da legislação e treinei a redação da peça prático-profissional e das questões dissertativas no computador. E treinei bem pouco a redação. No XIV Exame eu continuei estudando a doutrina e legislação afetas ao Direito Administrativo, mas dediquei mais tempo para treinar os exercícios e a peça profissional. E treinei tanto a peça quanto os exercícios em folhas semelhantes às das provas da OAB.

No XIII Exame cometi dois erros básicos: 1) simulação ou treinamento da prova no computador; 2) pouco treinamento da prova prático-profissional e das questões dissertativas.

A prova da OAB, nas duas fases, é feita no papel (e não no computador). Logo, o treinamento da peça e das questões dissertativas deve ser feito utilizando papel; aliás, recomenda-se que o candidato imprima as folhas usadas nos exames anteriores. [13]

O treinamento da peça no computador não dá ao candidato a verdadeira dimensão do espaço que é disponibilizado na folha de texto definitivo, algo que é extremamente importante para organizar os argumentos exigidos pelo examinador. E o pouco treinamento da peça deixa o candidato sem a exata noção do tempo necessário para resolver a peça e

as quatro questões dissertativas. É preciso organizar muito bem o tempo. E essa organização só se obtém com bastante treinamento.

A lição que eu tiro disso tudo é: conhecer a matéria (no meu caso, Direito Administrativo) é tão importante quanto saber usar esse conhecimento nas condições (prova em folha de papel; reduzido espaço para a peça profissional - cinco folhas, sendo que apenas o anverso pode ser usado; e tempo da prova) que o examinador (OAB-FGV) lhe oferecerá!

Não posso deixar de mencionar também o meu acerto em toda essa trajetória, que foi não ter trocado de matéria quando fui para a repescagem. Como eu tinha uma boa “bagagem teórica” de Direito Administrativo, entendi que não seria uma boa estratégia mudar de matéria. Se eu assim o fizesse, teria de “começar do zero”, o que poderia resultar em outra reprovação.

Enfim, esta foi a trajetória que percorri (com erros e acertos) para ser aprovado no Exame da OAB.

Espero que o amigo leitor que ainda não colou grau no curso de Direito, ou que esteja se preparando para a Prova da OAB, reflita sobre os erros que cometi, e não os repita.

Boa sorte e bons estudos aos candidatos que estão passando por essa fase da vida!

*Tenho certeza que, se vocês acreditarem em Deus, estudarem bastante e treinarem a resolução de exercícios, verão seus nomes escritos no rol de aprovados!!*

#### NOTAS:

[1] De acordo com o *Exame de Ordem em Números, Vol. II, Out./2014, pág. 41*, elaborado pela FGV Projetos e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, entre o II e o XIII Exames Unificados da OAB inscreveram-se para a prova 1.340.560 (um milhão e trezentos e quarenta mil e quinhentos e sessenta) candidatos, e, desse total, apenas 17,5% foram aprovados na segunda fase da prova.

Disponível em <http://www.oab.org.br/arquivos/exame-de-ordem-em-numeros-II.pdf> (acesso em 16.06.2017).

[2] A Lei do Estágio – Lei nº 11.788/2008 – denominou as férias dos estagiários de *recesso remunerado* (art. 13, *caput* e parágrafo 1º).

[3] Uma das questões que se deveria trabalhar no *recurso de apelação* era o fato de que o Juízo de primeira instância havia acatado o argumento esposado na contestação de que “*o autor não esgotara as instâncias administrativas antes de socorrer-se do Poder Judiciário*”.

Para ler o enunciado da questão da peça prático-profissional de Direito Administrativo do XIII Exame da OAB, clique no link: [http://www.oabrj.org.br/arquivos/files/-Exame/Banco%20de%20provas/XIII Exame/XIII caderno dir adm.pdf](http://www.oabrj.org.br/arquivos/files/-Exame/Banco%20de%20provas/XIII%20Exame/XIII%20caderno%20dir%20adm.pdf)

[4] A prova tinha (e ainda tem) duração de cinco horas, com início às 12h e previsão para terminar às 17h.

[5] Ao escrever uma palavra errada na prova, o examinando deverá colocar apenas um traço (uma linha) sobre ela, e escrever a palavra correta ao lado. Não pode o candidato fazer rasuras ou borrões na prova, sob pena de ser eliminado.

[6] A expressão *espaço físico* aqui referida diz respeito ao *ambiente* em que a redação foi redigida: no *computador*, quando eu me preparava para a prova, e na *folha de papel* (“caderno de textos definitivos”), quando fiz a prova.

[7] Ver, no **MidiaJur**, notícia veiculada em 03.06.2014, com a seguinte manchete: “**Apagão na Unirondon teria prejudicado estudantes**”.

Link: [http://midiajur.tnx.com.br/conteudo.php?pageNum\\_Pagina=1&sid=251&cid=15019&totalRows\\_Pagina=1823](http://midiajur.tnx.com.br/conteudo.php?pageNum_Pagina=1&sid=251&cid=15019&totalRows_Pagina=1823) (acesso em 16.06.2017).

[8] Ver a notícia veiculada em 06.04.2014, no *site* da Ordem dos Advogados do Brasil em Mato Grosso, com o seguinte título: “**OAB/MT pede reaplicação da prova de segunda fase do XIII Exame de**

**Ordem**”<http://www.oabmt.org.br/Noticia/Noticia.aspx?id=9879> (acesso em 16.06.2017).

[9] Quanto ao argumento para o fato de não ter havido o *esgotamento das instâncias administrativas antes de o Autor socorrer-se do Poder Judiciário*, constou no *espelho de correção* a informação de que os pontos seriam dados da seguinte forma: “*Fundamentação para a pretensão de reforma da decisão: 1. Inafastabilidade do controle jurisdicional (0.90), conforme o disposto no art. 5º, inciso XXXV, da CRFB/88 (0.10); Obs.: a simples menção do dispositivo legal não pontua.*”

[10] Considera-se aprovado na segunda fase da prova da OAB o candidato que obtiver nota 6 (seis).

[11] Para ler a prova de Direito Administrativo do XIV Exame da OAB, clique no link: [http://www.oabrj.org.br/arquivos/files/-Exame/Banco%20de%20provas/XIV\\_Exame/2\\_prova\\_direito\\_administrativo.pdf](http://www.oabrj.org.br/arquivos/files/-Exame/Banco%20de%20provas/XIV_Exame/2_prova_direito_administrativo.pdf)

[12] O OAB Nacional digitaliza as provas feitas pelos examinandos, e as disponibiliza em seu *site*, no campo destinado ao *exame de ordem*, depois de alguns dias da realização da prova. Na época, fiz questão de baixar as provas dos XIII e XIV Exames. E guardo esses documentos até hoje em um *pen drive*. Guardo ainda os cadernos de rascunho dessas provas. Faço questão de enfatizar essas informações porque, no momento em que escrevo o presente texto (junho de 2017) já está em execução o XXIII Exame da OAB e já se passaram mais de três anos da data em que fiz a primeira fase da prova da OAB (abril de 2014). Esse grande lapso temporal poderia gerar desconfiança no leitor quanto a informações bem específicas que coloquei no texto, como, por exemplo, a nota que obtive nos exames, daí fiz questão de registrar que ainda tenho os *print screen* dos resultados e os PDF’s das provas.

[13] Para a primeira fase do Exame da OAB, constituída de uma prova com oitenta questões objetivas, tal recomendação pode ser dispensada. Eu mesmo resolvi muitas questões objetivas dos Exames



anteriores ao que fiz por meio do *site* jurídico JurisWay (<https://www.jurisway.org.br/>), e logrei êxito logo na primeira prova.

## O NOVO CPC, O DEVER DO RÉU DE INDICAÇÃO DO LEGITIMADO PASSIVO, SUA APLICABILIDADE AO RITO HEROICO E O REGIME DE RESPONSABILIDADE CIVIL

**LUIZ ALEXANDRE COMBAT DE FARIA TAVARES:**  
Graduado em Direito pela UFMG, Especialista em Direito Público, ex-procurador do Estado de São Paulo, Procurador do Estado de Mato Grosso.

**Resumo:** O NCPC, com vistas à simplificação procedimental, extinguiu diversos incidentes e criou técnicas endoprocessuais de saneamento do processo, para concretização do princípio da primazia da resolução de mérito. Uma delas é a imposição de dever ao Réu que alega sua ilegitimidade de indicar, caso tenha o conhecimento, quem entende ocupar o polo passivo da relação jurídica de direito material em discussão. O dever é imposto por analogia à autoridade coatora que figure no mandado de segurança. Aquele que se omite neste dever, responderá objetivamente por danos causados ao autor ou impetrante. Quem dele se desincumbe, responderá tão só pelo abuso do direito de defesa.

**Palavras-chave:** Novo Código de Processo Civil. Dever de indicação do legitimado passivo. Artigo 339. Mandado de Segurança. Responsabilidade Civil.

**SUMÁRIO:** 1. INTROITO CONTEXTUALIZADOR; 2. O DEVER DO RÉU DE INDICAR O LEGITIMADO PASSIVO; 2.1 *HÁ COMPATIBILIDADE ENTRE O DEVER DE INFORMAR O LEGITIMADO PASSIVO E A INDICAÇÃO DA AUTORIDADE COATORA NO RITO DO MANDADO DE SEGURANÇA?*; 2.2 *PELA OMISSÃO, O RÉU RESPONDE OBJETIVAMENTE.*; 2.3 *PELA INCORREÇÃO, O RÉU RESPONDERÁ SE COMPROVADO ABUSO DE DIREITO.*; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

---

### 1. Introito contextualizador

O Código de Processo Civil de 2015 - NCPC, extinguindo a figura da nomeação à autoria, trouxe a novel possibilidade de o autor corrigir voluntariamente o polo passivo no procedimento ordinário, caso o Réu

alegue na contestação ser parte ilegítima ou não ser o responsável pelo prejuízo invocado. Eis o texto legal:

Art. 338. Alegando o réu, na contestação, ser parte ilegítima ou não ser o responsável pelo prejuízo invocado, o juiz facultará ao autor, em 15 (quinze) dias, a alteração da petição inicial para substituição do réu.

Parágrafo único. Realizada a substituição, o autor reembolsará as despesas e pagará os honorários ao procurador do réu excluído, que serão fixados entre três e cinco por cento do valor da causa ou, sendo este irrisório, nos termos do [art. 85, § 8º](#).

Ainda, o NCPC, indo além, impôs ao Réu verdadeiro dever de indicar o correto legitimado passivo, quando alegue sua ilegitimidade e tenha conhecimento de quem ocupe o polo passivo da relação jurídica de direito material. Senão vejamos:

Art. 339. Quando alegar sua ilegitimidade, incumbe ao réu indicar o sujeito passivo da relação jurídica discutida sempre que tiver conhecimento, sob pena de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação.

§ 1º O autor, ao aceitar a indicação, procederá, no prazo de 15 (quinze) dias, à alteração da petição inicial para a substituição do réu, observando-se, ainda, o parágrafo único do [art. 338](#).

§ 2º No prazo de 15 (quinze) dias, o autor pode optar por alterar a petição inicial para incluir, como litisconsorte passivo, o sujeito indicado pelo réu.

Interpretando os dispositivos, o Fórum Permanente de Processualistas Civis- FPPC entendeu que seriam plenamente aplicáveis ao rito do mandado de segurança, a despeito de haver incompatibilidades entre as técnicas acima transcritas e o rito do mandado de segurança. Eis o enunciado do FPPC:

511. (art. 338, caput; art. 339; Lei n. 12.016/2009)  
- A técnica processual prevista nos arts. 338 e 339 pode ser usada, no que couber, para possibilitar a correção da autoridade coatora, bem como da pessoa jurídica, no processo de mandado de segurança. (Grupo: Impacto do novo CPC e os processos da Fazenda Pública)

Diante deste novo quadro normativo, já se analisou em artigo anterior a possibilidade de aplicação do preceito contido art. 338 do NCPC ao rito do Mandado de Segurança, especialmente no que tange à indicação da autoridade coatora.

Neste artigo estudaremos a compatibilidade do art. 339 do NCPC ao rito heroico, como um todo.

## **2. O dever do Réu de indicar o legitimado passivo**

No introito contextualizador já se indicou que a norma contido no artigo 339 do CPC impõe verdadeiro dever ao Réu.

Muito completo o texto do ministro do Supremo Tribunal Federal aposentado, Eros Roberto Grau, sobre a distinção entre dever, obrigação e ônus.

Para ele, ônus “é um vínculo imposto à vontade do sujeito em razão do seu próprio interesse. Nisto se distingue do dever — e da obrigação — que consubstancia vínculo imposto àquela mesma vontade, porém no interesse de outrem. Por isso que o não-cumprimento do ônus não acarreta, para o sujeito, sanção jurídica, mas tão-somente uma certa desvantagem econômica: a não obtenção da vantagem, a não satisfação do interesse ou a não realização do direito pretendido. Já o não-cumprimento do dever — ou da obrigação — acarreta sanção jurídica para o sujeito. Neste último caso, o interesse a cuja tutela aproveita o cumprimento do dever é alheio à pessoa do sujeito a ele vinculado; no primeiro caso, o interesse a que respeita a vinculação pelo ônus é do próprio sujeito vinculado.”

Obrigação, para o jurista, “consubstancia um vínculo em razão do qual um a pessoa (devedor) deve a outra (credor) o cumprimento de um a certa prestação. A obrigação consubstancia um direito relativo, na medida em que o crédito que dela decorre apenas pode ser exigido, pela pessoa ou pluralidade de pessoas dele titular, contra a pessoa ou pluralidade de pessoas na situação de devedor. Aí a distinção fundamental entre obrigação e direito real: este pode ser exigido erga omnes. De outra parte, diz-se também constituir, a obrigação, um direito pessoal, conquanto que, descumprido o dever de prestação, a sua execução forçada ou providência que a substitua só é exigível por iniciativa do credor; de toda sorte, é certo que o devedor tem, perante o credor, um dever sancionado pelo Direito.”

Na sequência, faz precisa distinção entre dever e obrigação, concluindo que esta é espécie daquele, considerando a relatividade personalista da obrigação: “obrigação — tomado o vocábulo em sentido estrito — supõe uma situação de dever, em que se coloca o devedor. Não obstante, é certo que o conceito de dever transcende o âmbito do direito das obrigações: há deveres jurídicos que não compreendem obrigação de nenhuma espécie. Assim, v.g., com, relação ao dever, de todos, de abstenção da prática de condutas definidas como crimes.”

O que define o gênero dever, portanto, é a compulsoriedade imposta pela norma à conduta ou abstenção, que é tutelada através de sanção jurídica. Leia-se a lição do professor: “dever jurídico consubstancia precisamente uma vinculação ou limitação imposta à vontade de quem por ele alcançado. Definido como tal pelo ordenamento jurídico, o dever há de ser compulsoriamente cumprido, sob pena de sanção jurídica — o seu não atendimento configura comportamento ilícito.”

Desta análise, pode-se depreender que a conduta “indicar o sujeito passivo da relação jurídica discutida” previsto no art. 339 do NCPC não é ônus do Réu, pois, caso ele não faça a indicação, mesmo tendo conhecimento, ele estará cometendo ato ilícito processual, sancionado pela norma com a responsabilidade de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação.

Cumpra, portanto, analisar se o dever jurídico imposto pela norma é de cunho obrigacional ou se consubstancia em dever em sentido estrito.

Conforme se viu, a obrigação é relacional, envolve uma prestação de pagar, dar ou fazer entre sujeitos bem definidos no polo ativo e passivo. O dever em sentido estrito geralmente envolve um fazer ou não fazer cujo beneficiário não é bem definido ou é a coletividade, como v.g, o dever de afetar o imóvel urbano à sua função social, ou o dever de não poluir.

O fazer em estudo, qual seja, indicar o sujeito passivo da relação de direito material, pode ser compreendido tanto como uma obrigação legal, cujos sujeitos ativos seriam o Autor da demanda e o Estado-Juiz, como um dever em sentido estrito, se se expande sua ratio legis ao interesse da coletividade por um processo civil pautado pela boa-fé objetiva e pelo princípio da primazia da resolução do mérito da lide.

Aqui, entendemos que a norma visa tutelar, não o interesse do Autor em demandar contra o legitimado correto, mas sim o interesse difuso na resolução efetiva dos conflitos e do processo pautado pela boa-fé.

Isso porque, é imperioso lembrar, que a delimitação subjetiva da lide é submetida ao princípio dispositivo, competindo unicamente ao demandante escolher contra quem quer demandar. Tanto é assim que o Autor pode livremente aceitar ou não a indicação do Réu.

Em outras palavras, a melhor exegese do dispositivo, considerando-o dentro do sistema processual, nos permite erigir a conclusão de que sua razão de ser é o interesse difuso da coletividade, de que a tutela jurisdicional tenha efetividade, e não o interesse individual do autor, de demandar contra a pessoa correta.

Posto isso, conclui-se que a indicação do legitimado passivo pelo réu que alega sua ilegitimidade consubstancia-se em dever jurídico que lhe é imposto, sob pena de sanção legalmente prevista.

### *2.1 Há compatibilidade entre o dever de informar o legitimado passivo e a indicação da autoridade coatora no rito do mandado de segurança?*

A questão que se propõe é a seguinte, mais detalhadamente: na hipótese de a autoridade coatora indicada pelo Impetrante declarar-se incompetente para o desfazimento do ato ilegal e não indicar a autoridade competente, apesar de ter essa informação, responderá ela pelas despesas processuais e prejuízos causados ao Impetrante?

Tudo indica que o art. 339 do NCPC é aplicável, por analogia, à situação.

A uma, pela incidência direta do dever de cooperação que se estende para todos os sujeitos do processo (art. 6º NCPC: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”)

O STF confirma que a exigência de comportamento de acordo com a boa-fé atinge *todos* os sujeitos processuais, e não apenas as partes: “Nesse sentido, tal princípio possui um âmbito de proteção alargado, que exige o *fair trial* não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo o aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgão, públicos e privados, que exercem, direta ou indiretamente, funções qualificadas constitucionalmente como essenciais à Justiça.” (STF, 2ª T., RE n. 464.963-2-GO, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 14.02.2006, publicado no DJ de 30.06.2006.)

A duas, pela submissão do agente público, ou aquele que faz sua vez, ao princípio da legalidade. A norma que lhe impõe referido dever possui cogência na sua esfera jurídica funcional, e sua violação permite, inclusive a responsabilização administrativa pela omissão.

A três, em função da inexistência de incompatibilidades entre o rito do mandado de segurança e o dever imposto ao Réu pelo artigo 339 do NCPC. Pelo contrário, e como abordado no item 2, a autoridade pública, até em proporção superior ao administrado, deve perseguir o interesse público difuso pela obtenção de um resultado útil e efetivo na tutela jurisdicional, sempre que, de qualquer modo, participe de um processo.

Omitindo-se, portanto, a autoridade indicada a em seu dever de informar a pessoa legitimada para o desfazimento do ato impugnado no remédio heroico, responderá ela pelos prejuízos que, porventura, sua omissão cause ao Impetrante.

### *2.2 Pela omissão, o réu responde objetivamente.*

O artigo 339 do NCPD, como visto impõe um dever específico ao Réu da relação jurídica processual. Dessa forma, aquele que ocupa o polo passivo da relação, sempre que tiver conhecimento, deve informar aquele que considera o correto sujeito passivo da relação jurídica de direito material.

A redação do preceito é clara: não o fazendo, responderá pelas despesas e prejuízos causados ao autor. Não se perquire aqui o elemento subjetivo da omissão do Réu, eis que se trata de regra de conduta que é corolário direto do dever de portar-se conforme a boa-fé objetiva.

O professor Fredie Didier elucida a temática da aplicação do princípio da boa-fé objetiva no âmbito processual. Leiamos: “Os sujeitos do processo devem comportar-se de acordo com a boa-fé, que, nesse caso, deve ser entendida como uma norma de conduta (boa-fé objetiva). (...) Não se pode confundir o princípio (norma) da boa-fé com a exigência de boa-fé (elemento subjetivo) para a configuração de alguns atos ilícitos processuais, como o manifesto propósito protelatório, apto a permitir a antecipação dos efeitos da tutela prevista no inciso II do art. 273 do CPC. A “boa-fé subjetiva” é elemento do suporte fático de alguns fatos jurídicos; é fato, portanto. A boa-fé objetiva é uma norma de conduta: impõe e proíbe condutas, além de criar situações jurídicas ativas e passivas.”

O ilustre doutrinador arremata: “Uma das situações jurídicas criadas a partir do princípio da boa-fé objetiva é o dever de cooperação entre os sujeitos do processo. A importância deste dever é, atualmente, tão grande, que convém separar o seu estudo, dando-lhe um item próprio, que é o seguinte: o princípio da cooperação. (...) De acordo com a sistematização procedida pela doutrina alemã, são quatro os casos de aplicação da boa fé ao processo: a) proibição de consubstanciar dolosamente posições processuais, ou seja, proibição de má-fé processual subjetiva; b) a proibição

de venire contra factum proprium; c) a proibição de abuso de poderes processuais; d) Verwirkung (supressio: perda de poderes processuais em razão do seu não-exercício por tempo suficiente para incutir no outro sujeito a confiança legítima de que esse poder não mais seria exercido.”

Pode-se dizer que as arrestas da incidência da boa-fé objetiva foram significativamente ampliadas pelo NCPC, que, para além dos quatro deveres de abstenção acima descritos por Didier, trouxe imposições de condutas ativas, como é o caso do dever de cooperar com o Autor na identificação do correto sujeito passivo da relação jurídica de direito material.

A norma contida no art. 339 do NCPC estabelece, portanto, uma relação direta entre a sanção (pagar pelos prejuízos) e a omissão que considera injusta (não indicar o sujeito passivo, mesmo tendo conhecimento), haja vista que tão só consubstanciado no plano fenomênico o antecedente da norma, considera-se violado o dever de cooperação entre os participantes do processo, e surge a obrigação de indenizar.

*2.3 Pela incorreção, o Réu responderá se comprovado abuso de direito.*

Outra questão relevante a ser analisada diante do dever imposto ao Réu, é sua responsabilidade diante da indicação errônea do suposto legitimado passivo.

O réu, ou a autoridade coatora, alegando ser parte ilegítima para figurar na ação, e, ciente de seu dever de colaboração, indica pessoa que entende ser o verdadeiro legitimado. Nesta situação, o autor pode ou não aceitar a indicação, substituindo o polo passivo ou incluir o indicado como litisconsorte passivo do Réu originário. É o que dispõe os parágrafos 1º e 2º do art. 339 do NCPC:

Art. 339 (...)

§ 1º O autor, ao aceitar a indicação, procederá, no prazo de 15 (quinze) dias, à alteração da petição inicial para a substituição do réu, observando-se, ainda, o parágrafo único do [art. 338](#).

§ 2º No prazo de 15 (quinze) dias, o autor pode optar por alterar a petição inicial para incluir, como litisconsorte passivo, o sujeito indicado pelo réu.

Diante desta faculdade que se abre ao autor, cogita-se da situação em que o autor aceite a indicação e substitua o Réu. Em momento seguinte, nada impede que o juízo venha a considerar o novo ocupante do polo passivo da ação parte ilegítima da relação jurídica de direito material, como salientado no artigo “O Novo CPC, a possibilidade de correção da autoridade coatora no Mandado de Segurança e a inadmissibilidade da “cilada processual””

Diante deste quadro, e considerando que o autor tenha sofrido prejuízo pelo fato de ter aceitado a indicação errônea, pergunta-se: responderá o Réu originário pelo dano causado ao autor? Caso positivo, de forma objetiva ou subjetiva?

De início, não parece haver sombra de dúvidas que aquele que procede com dolo, indicando pessoa sabidamente ilegítima, de forma a induzir conscientemente o autor a litigar em erro, comete ato ilícito e responderá pelos danos sofridos pelo autor. Trata-se, manifestamente, de abuso do direito de defesa processual, ex vi do art. 187 do Código Civil:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Interessante mesmo é averiguar se poderia o Réu originário responder por culpa na indicação que lhe é imposta no art. 339 do NCP, especialmente diante de seu legítimo direito de defesa processual.

Pode o Réu responder por ter indicado de forma negligente terceira pessoa como parte legítima? Como aferir se a indicação fora feita de forma imprudente? O que dizer então da possibilidade de configuração de uma indicação imperita?

A nosso ver, ao dever de indicação do legitimado passivo deve sempre ser interpretado com vistas no legítimo exercício do direito de defesa processual, que é fator excludente da ilicitude, ex vi do artigo 188, I, do Código Civil. Afinal, o papel do Réu no processo não é o exercício de advocacia em favor do Autor, mas sim opor-se à pretensão do Autor, se lhe convier.

Em outras palavras, o dever de colaboração não suprime o caráter adversarial que o processo tem aptidão para assumir, apenas qualifica-o para o que poderíamos denominar fair play processual.

Pela aceitação de uma indicação leviana do Réu, poderá responder, aí sim, o patrono do autor, caso se demonstre que procedeu com imperícia no exercício da advocacia.

Em síntese, temos que o Réu, na situação proposta, responderá apenas pelo abuso do direito de defesa processual.

### **Conclusão**

O art. 339 do NCPC impõe verdadeiro dever jurídico ao Réu que alega sua ilegitimidade, eis que lhe imputa sanção caso não o cumpra, com vistas a tutelar o interesse público difuso na tutela jurisdicional efetiva. O dever é, com mais razão, extensível à autoridade coatora, que poderá responder funcionalmente inclusive, no caso de seu descumprimento. Por fim o Réu, responde objetivamente pela indevida omissão em seu dever, e por dolo, no caso de indicação errônea do legitimado passivo.

### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.**

BRASIL. Lei 10.406/2002. Disponível em  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)> Acesso em 26 de setembro de 2017

BRASIL. Lei 12.016/2009. Disponível em  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-010/2009/lei/l12016.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-010/2009/lei/l12016.htm)>  
Acesso em 26 de setembro de 2017

BRASIL. Lei 13.105/2015. Disponível em  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-018/2015/lei/l13105.htm)>  
Acesso em 26 de setembro de 2017

BRASIL. STF– Supremo Tribunal Federal. Disponível em: . Acesso em  
25 de setembro de 2017

Didier, Fredie. Editorial 45. Disponível em > acesso em 25 de setembro  
de 2017

GRAU, Eros Roberto. Notas sobre a distinção entre obrigação, dever e  
ônus. RFDUSP. São Paulo, v.77, pp.177-183, 1982, p. 182.

TAVARES, Luiz Alexandre Combat de Faria. *O Novo CPC, a  
possibilidade de correção da autoridade coatora no Mandado de Segurança  
e a inadmissibilidade da "cilada processual"*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF:  
25 set. 2017. Disponível em: . Acesso em: 26 set. 2017

## A SISTEMÁTICA DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS "NÃO AGRAVÁVEIS" E A PREVISÃO DO ART. 278, CAPUT, DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

**BRUNO FONSECA DE ANDRADE:** Advogado. Pós-graduado em LLM LITIGATION - Novos Desafios dos contenciosos pela Fundação Getúlio Vargas - FGV-Direito, em 2010. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-Rio, dezembro de 2007.

**Resumo:** A extinção do agravo retido, com o Novo Código de Processo Civil, retirou um ônus processual do recorrente que, na ótica deste artigo, não pode ser reinserido pelo intérprete. O presente artigo analisa, então, a conciliação entre os dispositivos dos artigos 1.009, §1º, e 278, *caput*, do NCPC/2015.

**Palavras chave:** Apelação. Decisões interlocutórias não agraváveis. Nulidade. Preclusão.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. O “protesto contra nulidades” (art. 278, *caput*, CPC/2015); 3. Da sistemática das decisões interlocutórias não agraváveis; 4. A aparente incompatibilidade entre os artigos 1.009, par. 1º, e 278, *caput*, do CPC/2015; 5. Conclusão; 6. Referências.

### 1. Introdução

Uma das novidades do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) foi a restrição à possibilidade de recurso de agravo imediato, em contraposição à sua previsão no anterior Código de Processo Civil de 1973, no qual era cabível contra toda e qualquer decisão interlocutória. Há, agora, um rol de decisões agraváveis (art. 1.015 do CPC/2015).

A figura do agravo retido, prevista no Código de Processo Civil de 1973, foi extirpada na atual sistemática recursal. Bastará, portanto, suscitar a questão como “preliminar” em eventual recurso de apelação, ao contrário da anterior sistemática na qual era imprescindível a interposição de agravo retido e, após, a ratificação no recurso de apelação (art. 523 do CPC/1973).

O problema que se vislumbra, no entanto, é a ausência de previsão legal, na sistemática recursal, de eventual “protesto” prévio contra a decisão, em contraposição à previsão legal do art. 278, *caput*, do CPC/2015, suscetível a causar insegurança jurídica. É esse o objeto de análise do presente artigo jurídico.

#### 2. O “protesto contra nulidades” (art. 278, *caput*, CPC/2015)

Em trabalho sobre o instituto da preclusão, o professor Roberto Victor Pereira Ribeiro esclarece que: “*a preclusão deve ser vislumbrada a partir de dois prismas: Um com natureza subjetiva e aponta para a perda de uma*

*faculdade processual e outro com natureza objetiva apontando para a impossibilidade de retorno ou da prática de um ato processual já ultrapassado” [1].*

O ilustre professor traz, ainda, em sua obra, a citação já famosa do eminente Humberto Theodoro Júnior para conceituar e explicar o instituto, *in verbis*:

“o processo deve ser dividido numa série de fases ou momentos, formando compartimentos estanques, entre os quais se reparte o exercício das atividades tanto das partes, como do juiz. [...] dessa forma, cada fase prepara a seguinte e, uma vez passada à posterior, não é mais dado retornar à anterior. Assim, o processo caminha sempre para a frente, rumo à solução do mérito, sem dar ensejo a manobras de má fé de litigantes inescrupulosos ou maliciosos [...] pelo princípio da eventualidade ou da preclusão, cada faculdade processual deve ser exercitada dentro da fase adequada, sob pena de perder a oportunidade de praticar o ato respectivo.” (RIBEIRO, Roberto Victor Pereira. *Preclusão processual e suas nuances*. Artigo jurídico publicado no site Jus Brasil e acessado em 19.9.2017 no seguinte link: <https://profrobertovictor.jusbrasil.com.br/artigos/121943030/preclusao-processual-e-suas-nuances>)

Ou seja, não existe processo sem o instituto da preclusão. A marcha processual pressupõe a definição de questões prévias, sob pena de eternizar o litígio.

Nesse contexto, o legislador foi preciso ao prever, expressamente, no artigo 278, *caput*, do CPC/2015 que “a nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão”.

A intenção é evitar a famosa “nulidade de algibeira”, termo conhecido como a tentativa da parte de se manter silente a respeito de uma nulidade para o fim de suscitá-la em ocasião posterior, trazendo prejuízo à marcha processual e à celeridade (STJ, Terceira Turma, RESP 1372802 / RJ, julgado em 11.3.2014).

### **3. Da sistemática das decisões interlocutórias não agraváveis**

A sistemática recursal sofreu consideráveis alterações legislativas com o CPC/2015. A restrição às hipóteses de recorribilidade, trazendo um rol taxativo, é uma das mais notáveis. A extirpação do agravo retido é outra novidade considerável. Há, portanto, um número considerável de decisões que passaram a ser consideradas como “não agraváveis”.

Como sempre, o professor Fredie Didier elucida o tema das decisões “*não agraváveis*” com precisão, *verbis*:

“O CPC-2015 eliminou a figura do agravo retido e estabeleceu um rol de decisões sujeitas a agravo de instrumento. Somente são agraváveis as decisões nos casos expressamente previstos em lei. As decisões não agraváveis devem ser atacadas na apelação. (...) Na fase de conhecimento, as decisões agraváveis são sujeitas à preclusão, caso não se interponha o recurso. Aquelas não agraváveis, por sua vez, não se sujeitam à imediata preclusão. Não é, porém, correto dizer que elas não precluem. Elas são impugnadas na apelação (ou nas contrarrazões de apelação, como se verá), sob pena de preclusão. Quando o §1º do art. 1.009 diz que estas decisões não precluem, o que está a afirmar é que não cabe agravo de instrumento contra elas. Sua impugnação há de ser feita na apelação (ou nas contrarrazões); se não for feita neste momento, haverá, evidentemente, preclusão” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal/* Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha – volume 3, 14ª edição reformada – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 193)

O professor Daniel Assumpção também destaca a recorribilidade das decisões não agraváveis, bem como critica a restrição excessiva das hipóteses de cabimento de agravo de instrumento, *verbis*:

“As decisões interlocutórias que não puderem ser impugnadas pelo recurso de agravo de instrumento não se tornam irrecorríveis, o que representaria nítida ofensa ao princípio do devido processo legal. Essas decisões não precluem, devendo ser impugnadas em preliminar de apelação ou nas contrarrazões desse recurso, nos termos do art. 1.009, §1º, do Novo CPC. Há decisões interlocutórias de suma importância no procedimento que não serão recorríveis por agravo de instrumento: decisão que determina a emenda da petição inicial; decisão sobre a competência absoluta ou relativa; decisões sobre prova, salvo na hipótese de exibição de coisa ou documento (art. 1.015, VI, do Novo CPC) e na redistribuição do ônus probatório (art. 1.015, XI, do Novo CPC); decisão que indefere o negócio jurídico processual proposto pelas partes; decisão que quebra o sigilo bancário da parte etc. Seja como for, aguarda-se a popularização do mandado de segurança, que passará a ser adotado onde atualmente se

utiliza do agravo quando este tornar-se incabível. Corre-se um sério risco de se trocar seis por meia dúzia, e, o que é ainda pior, desvirtuar a nobre função do mandado de segurança. E uma eventual reação dos tribunais não admitindo mandado de segurança, nesse caso, será uma aberrante ofensa ao previsto no art. 5º, II, da Lei 12.016/2009” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Leis 13.105/2015 e 13.256/2016*. 3ª edição revista, ampliada e atualizada, Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2016, pp. 623 e 626)

De fato, à toda evidência, o dispositivo legal do art. 1.009, §1º, do Novo CPC aparenta ser cristalino quanto ao momento de impugnação pelo recorrente:

Art. 1.009. Da sentença cabe apelação.

§ 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.

A questão que se coloca, no entanto, é: seria possível a parte apenas alegar uma nulidade da decisão em sede de apelação?

#### **4. A aparente incompatibilidade entre os artigos 1.009, par. 1º, e 278, caput, do CPC/2015**

O professor Fredie Didier enfatiza, com veemência, a existência de um único ato em relação às decisões não agraváveis:

“No regime do agravo retido do CPC-1973, a parte praticava dois atos: (a) recorria (agravava), logo após a decisão interlocutória (oralmente, quando a decisão havia sido proferida em audiência de instrução e julgamento, ou por escrito, nos demais casos); (b) ratificava o agravo retido, na apelação ou nas contrarrazões. Como no sistema do CPC-2015 não cabe o agravo retido, não há razão para a prática de dois atos; a parte simplesmente recorre. Este recurso será veiculado pela apelação ou pelas contrarrazões de apelação. É disto que cuida o § 1º do art. 1.009 do CPC: apelação contra decisão interlocutória não agravável. Não se pode examinar este dispositivo como se estivéssemos no sistema do CPC-1973, em que existia o agravo retido, que tinha de ser ratificado na apelação ou nas contrarrazões de apelação. O sistema é outro. Agora, a

apelação também serve para impugnar decisões interlocutórias; não todas, apenas as não agraváveis” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal/* Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha – volume 3, 14ª edição reformada – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 194

Ou seja, caberia apenas suscitar em sede de recurso de apelação o inconformismo com a “decisão não agravável”. A questão é: poderia o recorrente suscitar uma nulidade apenas em sede de apelação, sem que tenha havido qualquer manifestação anterior? E a aplicação do art. 278, caput, do CPC?

À época da tramitação do projeto de lei, os autores [Dierle Nunes e Lúcio Delfino](#) já previam o problema, sob o aspecto de ser permitir a famosa “nulidade de algibeira”. Confira-se:

“(…) Outro equívoco do sistema do Senado, em sua primeira passada por lá, era o de se criar dois regramentos preclusivos para as interlocutórias, de modo que algumas decisões seriam passíveis de recurso imediato e outras poderiam ser atacadas somente após a sentença. A redação proposta para o parágrafo único do artigo 963 do projeto de Novo CPC dispunha que “as questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo, têm de ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões”, extinguindo, assim, o agravo retido. Com efeito, as decisões interlocutórias não precluiriam, salvo quando impugnáveis por agravo de instrumento. Ao não existir mais a impugnação por agravo retido, as matérias decididas incidentalmente, por não precluírem, poderiam ser rediscutidas e reexaminadas por ocasião do julgamento da apelação. Tal opção não passou incólume da pesquisa já comentada. Caso fosse aprovado o texto proposto, pondo fim parcial às preclusões, haveria uma abrupta ruptura com o sistema processual civil até então aplicado pela comunidade jurídica. Tal ruptura paradigmática, contudo, é de duvidosa utilidade para se alcançar os fins pretendidos com uma reforma da legislação processual. Pontue-se, ainda, que tal mudança iria contra a premissa participativa/cooperativa do projeto que induz, entre seus efeitos, a responsabilização de todos os sujeitos processuais por suas escolhas e, nestes termos, a omissão

da parte em se contrapor a uma decisão interlocutória que a prejudicasse, no momento próprio, seria passível de ser corrigida e/ou ressuscitada tempos após a prolação do provimento, na apelação, chancelando sua atecnica ou, mesmo, sua má fé. Seriam abertas as portas para manobras como a da nominada “nulidade de algibeira” na qual a parte se manteria silente para alegar vício no futuro, quando lhe aprouvesse. Como decidiu o STJ “essa estratégia de permanecer silente, reservando a nulidade para ser alegada em um momento posterior, já foi rechaçada por esta Turma, tendo recebido a denominação de ‘nulidade de algibeira’, conforme se verifica aresto abaixo transcrito, litteris: [...] Sem que haja prejuízo processual, não há nulidade na intimação realizada em nome de advogado que recebeu poderes apenas como estagiário. Deficiência na intimação não pode ser guardada como nulidade de algibeira, a ser utilizada quando interessar à parte supostamente prejudicada.” (...) A redução das hipóteses de seu cabimento ou mesmo a retirada do protesto, poderão cancelar futuros comportamento de má-fé e odiosas idas e vindas processuais, com ataque frontal à garantia constitucional da duração razoável do processo”. (NUNES, Dierly; DELFINO, Lúcio. *Agravo previsto no novo CPC poderá criar idas e vindas processuais*. Artigo jurídico publicado em 8.8.2014 no site Consultor Jurídico e acessado em 19.9.2017 pelo seguinte link: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-08/agravo-previsto-cpc-criara-idas-vindas-processuais>)

Como cediço, o dispositivo legal foi aprovado, na redação do art. 1.009, par. § 1º, do CPC. Para evitar a nulidade de algibeira, e preservar os princípios da boa-fé processual e da cooperação (arts. 5º e 6º do CPC/2015), seria possível exigir que, à época da nulidade por decisão não agravável, a parte prejudicada apresente “protesto” nos autos comprovando sua insurgência?

Os autores Fábio de Possídio Egashira e Gilberto Canhadas Filho abordaram, já em setembro de 2015, essa preocupação em artigo jurídico. Mencionam o aparente conflito de normas e destacam a cautela a ser adotada, *in verbis*:

“(...) O NCPC estabelece no § 1º do artigo 1.009 que as questões não resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar o agravo de instrumento (artigo 1.015), não são cobertas pela preclusão e deverão ser suscitadas em preliminar de recurso de apelação.

Por outro lado, vale observar a regra estampada no artigo 278 do CPC estabelece: “A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.” Como se vê, há um aparente conflito de normas processuais. Diante dessa peculiar situação, se a decisão interlocutória a ser atacada via recurso de apelação implicar em alguma nulidade, talvez a melhor postura seja adotar a cautela de alegar tal nulidade nos autos na primeira oportunidade, evitando qualquer preclusão. Do contrário, problemas poderão surgir em relação ao instituto da preclusão.

Na verdade, a extinção o agravo retido, que é um excelente instrumento do CPC/1973, inclusive para as partes se organizarem deduzindo suas irresignações e evitarem as preclusões de determinadas situações, poderá gerar um série de nulidades com o NCPC, as quais apenas serão analisadas no recurso de apelação, quando vários atos processuais já foram praticados, o que certamente comprometerá a celeridade processual e caminhará no sentido inverso da simplificação do procedimento” (EGASHIRA, Fábio de Possídio. FILHO, Gilberto Canhadas. *RECURSO DE APELAÇÃO. APONTAMENTOS NO NCPC*. Artigo jurídico publicado em setembro de 2015 no site [www.trigueirofontes.com.br](http://www.trigueirofontes.com.br) e acessado em 20.9.2017 no seguinte link: <http://www.trigueirofontes.com.br/artigo.php?idArtigo=2424>)

Com efeito, sob a ótica dos aludidos autores, a interpretação mais cautelosa exigiria a adoção do “protesto” ou manifestação já na primeira oportunidade que a parte se pronunciasse nos autos, a fim de evitar preclusão.

Por outro lado, ressalvada a questão da cautela, a posição aqui defendida é de que não se poderia exigir da parte prejudicada a necessidade do “protesto” do art. 278, CPC. Isso porque o dispositivo do art. 1.009, par. § 1º, do CPC é claro ao exigir a insurgência apenas em sede de apelação. Há, portanto, um silêncio eloquente na norma, que não pode ser interpretado como a necessidade de insurgência à época do ato, ainda que se trate de nulidade. Neste caso, a interpretação não pode ser realizada de forma a prejudicar a boa-fé do recorrente. De fato, não se pode criar um ônus processual inexistente na lei.

Poderia o legislador ter sido claro ao exigir o “protesto”, sob de se constar a preclusão quando do julgamento do recurso. Ou mesmo ter previsto norma sancionatória para a parte que guarda para momento processual posterior a alegação da nulidade, em norma semelhante à prevista à parte ré ilegítima que não indica o sujeito passivo quando tem conhecimento do mesmo (art. 339,

CPC/2015), a qual deve “*arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação*”.

Mas, frise-se, o legislador assim não o fez!

Em verdade, a interpretação que deve ser feita, na visão deste autor, é no sentido de que a primeira oportunidade para atacar a nulidade deve ser considerada como o recurso de apelação. Afinal, é o momento previsto na lei em que há efetiva possibilidade de reforma da decisão. Qualquer interpretação contrária abalaria a segurança jurídica. Até porque, a definição concreta, caso a caso, do que seja ou não nulidade não é uma tarefa tão simples quanto aparente ser. E se a lei não é clara ao prever ônus ao recorrente, não pode o intérprete fazê-lo. *In casu*, deve-se privilegiar a segurança jurídica.

## 5. Conclusão

Num panorama geral, o Novo Código de Processo Civil representa uma clara evolução, sendo mais técnico do que a codificação anterior. Ainda que algumas inovações sejam objeto de crítica da doutrina, não há como se negar que vários pontos atenderam aos anseios dos operadores do direito.

Nesse contexto, a extinção do agravo retido é salutar, na medida em que não exige do recorrente a realização de dois atos: interposição do recurso e ratificação em sede de apelação. Há apenas a necessidade de questionamento perante a apelação, em sede preliminar.

O que não se pode admitir, com a devida *venia*, é que se interprete a inovação com os olhares na codificação anterior. Neste caso, não é razoável exigir, como condição de admissibilidade do questionamento das decisões não agraváveis, que a parte tenha que previamente suscitar a nulidade. Afinal, a interpretação leva a crer que a primeira oportunidade será, de fato, o momento da interposição do recurso de apelação. Com a devida *venia*, repita-se, não cabe ao intérprete criar ônus processual onde a lei não previu.

## 6. Referências

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal/ Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha – volume 3, 14ª edição reformada – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.*

DIDIER JR., Fredie. ARAÚJO, José Henrique Mota. CUNHA, Leonardo Carneiro da. RODRIGUES, Marco Antônio. (Coordenadores). *Fazenda Pública*. In: Coleção Repercussões do Novo CPC, v.3; coordenador geral, Fredie Didier Jr. 2ª edição, revista, ampliada e atualizada, Salvador: Juspodvm, 2016.

EGASHIRA, Fábio de Possídio. FILHO, Gilberto Canhadas. *RECURSO DE APELAÇÃO. APONTAMENTOS NO NCPC*. Artigo jurídico publicado em setembro de 2015 no site [www.trigueirofontes.com.br](http://www.trigueirofontes.com.br) e acessado em 20.9.2017 no seguinte link: <http://www.trigueirofontes.com.br/artigo.php?idArtigo=2424>

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Leis 13.105/2015 e 13.256/2016*. 3ª edição revista, ampliada e atualizada, Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2016.

NUNES, Dierly; DELFINO, Lúcio. *Agravo previsto no novo CPC poderá criar idas e vindas processuais*. Artigo jurídico publicado em 8.8.2014 no site Consultor Jurídico e acessado em 19.9.2017 pelo seguinte link: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-08/agravo-previsto-cpc-criara-idas-vindas-processuais>

RIBEIRO, Roberto Victor Pereira. *Preclusão processual e suas nuances*. Artigo jurídico publicado no site Jus Brasil e acessado em 19.9.2017 no seguinte link: <https://profrobertovictor.jusbrasil.com.br/artigos/121943030/preclusao-processual-e-suas-nuances>

NOTA:

[1] RIBEIRO, Roberto Victor Pereira. *Preclusão processual e suas nuances*. Artigo jurídico publicado no site Jus Brasil e acessado em 19.9.2017 no seguinte link: <https://profrobertovictor.jusbrasil.com.br/artigos/121943030/preclusao-processual-e-suas-nuances>

## **DIA NACIONAL DOS DEFICIENTES**

**JOÃO BAPTISTA HERKENHOFF:**  
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Livre-Docente da Universidade Federal do Espírito Santo. Pós-doutoramentos na Universidade de Wisconsin, Estados Unidos da América, e na Universidade de Rouen, França. Professor do Mestrado em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. Juiz de Direito aposentado. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros. Membro do Instituto dos Advogados do Espírito Santo. Membro da Associação de Juristas pela Integração da América Latina. Membro da Associação "Juízes para a Democracia". Membro da Associação Internacional de Direito Penal (França). Autor de 39 livros e trabalhos publicados ou apresentados no Exterior, comunicações em congressos, palestras, intervenções em debates, trabalhos inseridos em obras coletivas, na França, nos Estados Unidos, no Canadá, no México, na Nicarágua, na Argentina.

Vinte e um de setembro é o Dia Nacional de Luta das Pessoas com Deficiência.

Começo este artigo homenageando um deficiente físico que é um símbolo. Trata-se de Cláudio Vereza que reside no Espírito Santo, mas cuja luta é conhecida em todo o Brasil.

Cláudio foi o oposto daquela personagem que a Bíblia descreve e que personifica o petulante. O relato evangélico fala do fariseu que batia no peito gabando-se - "Senhor, Senhor, não sou igual os publicanos".

Cláudio jamais exaltou a si mesmo. Pelo contrário, foi sempre humilde. A cadeira de rodas foi o maior símbolo de sua grandeza.

Cláudio testemunhou a Fé através da vida, da luta em prol dos deficientes, do compromisso com o bem público, da ética em todos os

campos de presença e atuação. Cláudio realizou o que podemos qualificar de explicitação política da Fé.

Quase todas as pessoas são portadoras de algum tipo de deficiência. Perfeito, completo somente Deus é.

Por orgulho e vaidade alguns pretendem afirmar-se como isentos de qualquer espécie de menos valia. Pobres coitados! Não são inteligentes, não enxergam a verdade.

As deficiências mais frequentes são as que se seguem.

Deficiência visual. – É classificada de acordo com a intensidade: leve, moderada, profunda, severa e total (perda completa da visão). A deficiência visual leve ou moderada alcança a quase totalidade das pessoas. A rigor, não são abrangidas quando se usa a expressão deficientes visuais.

Deficiência motora. – É a que dificulta a locomoção. As pessoas que são portadoras desta limitação caminham com dificuldade, não conseguem ou quase não conseguem subir escadas, estão sujeitas a quedas com muita mais frequência do que os indivíduos que não têm esta limitação. Podem necessitar de muletas que são objetos utilizados como apoio, projetadas com o propósito de auxiliar um deficiente a caminhar quando uma das extremidades inferiores requer suporte adicional durante o deslocamento. Algumas muletas podem ser ajustadas em tamanho e flexibilidade segundo as necessidades do utilizador. No caso de se utilizar apenas uma, deve ser usada no lado contrário do membro lesionado. Há também aquelas projetadas especificamente para crianças. Houve um grande progresso tecnológico na fabricação desse adjutório. É indispensável que os Municípios, que estão mais próximos do problema concreto, produzam leis e fiscalizem os espaços urbanos, de modo que nunca sejam esquecidas as necessidades dos portadores de deficiência.

Os deficientes têm avançado na capacidade de organização e de luta. Encontros nacionais têm sido realizados com participação cada vez maior. Não apenas os deficientes têm batalhado por seus direitos. Também cidadãos que não carregam, nem registram em pessoas da própria família, qualquer deficiência, têm apoiado as pelegas travadas.

A educação do deficiente, o aproveitamento de seus dotes, para compensar eventuais imperfeições, é preocupação que deve caracterizar uma sociedade que pretenda guiar-se pela Ética. Só povos que se encontram num estado de completa insensibilidade moral abandonam a educação dos deficientes.

## OS NAMING RIGHTS E A EFICÁCIA EXTERNA DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

**BRUNO FONSECA DE ANDRADE:** Advogado. Pós-graduado em LLM LITIGATION - Novos Desafios dos contenciosos pela Fundação Getúlio Vargas - FGV-Direito, em 2010. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-Rio, dezembro de 2007.

**Resumo:** O presente artigo jurídico pretende suscitar a possibilidade da aplicação da eficácia externa do princípio da função social do contrato ao problema enfrentado, no Brasil, por patrocinadores interessados em celebrar contrato de *naming rights* para inserir sua marca em estádios de futebol ou eventos esportivos.

**Palavras chave:** *Naming Rights*. Contratos Empresariais. Princípio da função social do contrato. Eficácia Externa.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. *Naming Rights* e as dificuldades de sua expansão no Brasil; 3. O entrave da mídia; 4. A Eficácia Externa do Princípio da Função Social do Contrato e a possibilidade de sua aplicação no âmbito dos *naming rights*; 5. Conclusão.

---

### 1. Introdução

A capacidade que os norte-americanos possuem de visualizar oportunidades e desenvolver negócios é impressionante. Não à toa, os EUA são considerados como a terra das oportunidades. No âmbito dos esportes, essa capacidade se faz presente com mais notoriedade. O *Super Bowl*, a final do futebol americano, é considerado um dos maiores eventos esportivos do Mundo, sendo que o tempo comercial é destacado como o mais caro da televisão mundial.

Um dos destaques atuais é a colaboração entre empresas e entidades desportivas. A grande maioria dos estádios homologados para os jogos do campeonato da *NFL* lucram com nomes patrocinados, como se verá adiante. A situação é salutar por, em última instância, promover massivos investimentos privados na área desportiva.

No Brasil, o fenômeno do *naming rights* ainda se mostra incipiente. Especialistas apontam que as empresas encontram diversos entraves para a consecução e plena satisfação dos negócios.

Este artigo pretende abordar, portanto, sob a ótica jurídica, um dos pontos de entrave da negociação de *naming rights* no Brasil, que consiste na ausência de menção da marca nas transmissões esportivas.

## **2. Naming Rights e as dificuldades de sua expansão no Brasil**

Uma definição simples e objetiva dos *naming rights* é apontada por Bruno Dalarossa Amatuzzi: “*naming rights, que não têm nenhuma tradução simples para o português, podem ser entendidos como o direito de conferir um nome a algo, seja um local, um evento, ou uma equipe desportiva. A aquisição desse direito está geralmente atrelada à intenção de se difundir uma determinada marca, utilizando-a como parte do nome que será, então, conferido ao local, ao evento ou ao time*” [1].

Nos EUA, o patrocínio com *naming rights* nos estádios esportivos é bastante difundido. Na NFL, a liga de Futebol Americano, “*dos 31 estádios homologados para jogos, apenas cinco não lucram com nomes patrocinados, realidade semelhante à registrada em ligas de outros esportes, como basquete e beisebol*” [2].

As empresas se beneficiam com a visibilidade da marca, bem como com a expansão das possibilidades negociais. Enquanto que, para os clubes, “*trata-se de muito dinheiro em caixa, capaz de ajudar qualquer dirigente a formar equipes competitivas*” [3].

No Brasil, o grande exemplo de *naming rights* em estádios de futebol é a nova Arena do Palmeiras (Allianz Parque).

Segundo especialistas [4], a sua pouca utilização no país se deve a alguns fatores que afastam os investidores. Dentre eles, consta a “*falta de profissionalização do esporte e da falta de consciência no Brasil do tamanho do PIB que o esporte pode gerar*”, a ausência de estádios como “*locais multiuso*”, o receio de vincular o nome da empresa aos recentes escândalos de corrupção no futebol e, ainda, o fato de a rede de televisão detentora dos direitos de transmissão do Campeonato Brasileiro “*não mencionar as marcas durante as partidas*”, sendo este último o ponto a ser analisado no presente artigo.

### 3. O entrave da mídia

A Rede Globo de Televisão, que é a empresa líder de audiência e detentora dos direitos das principais competições esportivas no país, não costuma mencionar em suas transmissões as marcas de *naming rights* dos estádios de futebol, como é de conhecimento público e notório.

Clarisse Setyon, professora do MBA de gestão de esporte da ESPM, menciona, em entrevista concedida à Folha de São Paulo, que “*essa espécie de boicote da Globo é prejudicial a todos*”. A reportagem destaca, ainda, que “*a Band, que transmite os jogos do Brasileiro em parceria com a Globo, menciona os patrocinadores*” [5].

Segundo reportagem do jornal Estadão, “*se o modelo é novo para clubes e investidores, também é para a mídia, que vive de anunciantes e costuma ignorar o nome desses parceiros por entender que está fazendo propaganda de graça. Pior: em algumas ocasiões, vê concorrência entre o nome da arena e o de algum anunciante oficial*” [6].

A seguradora Allianz Parque detém o direito ao *naming rights* do Estádio do Palmeiras, sendo que, “*dos Clubes da Série A brasileira com estádios próprios, apenas o Palmeiras, quarta maior torcida do Brasil, Segundo o Datafolha, recebe algo pela permissão do batismo de seu estádio, por meio da atual proprietária de sua arena, a WTorre*” [7].

Ressalte-se o fato curioso de que, nas redes sociais, alguns torcedores do Palmeiras passaram a Rede Globo de Televisão de RGT, em protesto à ausência de menção ao nome do Estádio do time [8].

### 4. A Eficácia Externa do Princípio da Função Social do Contrato e a possibilidade de sua aplicação no âmbito dos *naming rights*

Alguns veículos de mídia adotam, como diretriz, a regra de não pronunciar os nomes dos patrocinadores de estádios, eventos esportivos ou mesmo de times esportivos patrocinados, como mencionado.

Para o presente estudo de caso, presume-se que essa diretriz seja estipulada em cláusulas contratuais previstas nos contratos de transmissão entre as empresas jornalísticas e os clubes de desporto.

Nesse contexto, seria uma previsão contratual que traria efeito negativo ao patrocinador que se utiliza do *naming rights*, uma vez que este terá prejuízo sobre uma parte substancial dos ganhos com a difusão da marca.

A princípio, essa previsão contratual encontraria amparo nos princípios autonomia da vontade contratual e do *pacta sunt servanda*.

No entanto, o objetivo do presente artigo é analisar e refletir sobre a possibilidade de incidência do princípio da função social do contrato, em sua eficácia externa, de forma a suplantar o obstáculo da ausência intencionada de menção ao nome dos patrocinadores exploradores de *naming rights* nos eventos desportivos.

Afinal, o artigo 421 do Código Civil de 2002 prevê, expressamente, que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Primeiramente, é importante destacar que, em obras doutrinárias, há diversas concepções a respeito da aplicação do princípio da função social do contrato. Um artigo jurídico dos autores Arnaud Marie Pie Belloir e André Trapani Costa Possignolo constata, com clareza, a existência de diversas concepções doutrinárias sobre o “conteúdo e aplicação do princípio”, *in verbis*:

“(...) o estudo da função social do contrato evidencia várias concepções doutrinárias sobre o princípio, sem que uma se destaque como majoritária ou que se estabeleça consenso mínimo quanto ao conteúdo e aplicação do princípio. Desse modo, a função social do contrato, princípio norteador da atividade negocial e de inegável relevância jurídica, parece apenas destinada a ser objeto de especulações doutrinárias, sem impacto prático imediato na área contratual” (BELLOIR, Arnaud Marie Pie; POSSIGNOLO, André Trapani Costa. Ensaio de classificação das teorias sobre a função social do contrato. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, vol. 11, p. 37-56, jan./mar. 2017, visualizado em 18.09.2017 no link: <https://www.ibdcivil.org.br/rbdc.php?ip=123&titulo=VOLUM>

E%2011%20|%20Jan-  
Mar%202017&category\_id=171&arquivo=)

De fato, o estudo apontado pelos autores mencionados classifica e aponta, ao menos, três concepções diversas a respeito do princípio da função social do contrato: a) “função social como limite à liberdade de contratar”; b) “Redefinição do conceito de contrato pela função social”; c) “Mitigação da relatividade dos efeitos do contrato”; d) “A causa do contrato”. A esse respeito, confirmam-se extratos da descrição das concepções realizadas pelos autores:

#### **“1 Função social como limite à liberdade de contratar**

A corrente mais clássica sobre a função social reconhece que essa moderniza o contrato de forma que esse não serve exclusivamente para atender aos interesses das partes, ou seja, desafia-se a lógica clássica de que os contratantes, por estarem no exercício da autonomia da vontade, tudo podem fazer e de que os contratos, por serem livremente firmados, são, necessariamente, justos.<sup>2</sup> Entretanto, essa concepção contempla conteúdo restrito e espaço de atuação limitado ao princípio como modo de não o utilizar como fundamento universal que resulte em intervenção judicial que restringiria desmesuradamente a autonomia dos contratantes. Defende-se que o contrato é fenômeno fático e econômico que a lei somente reveste de forma jurídica e impõe-lhe limites. Em razão disso, a função social não pode ignorar a função econômica do contrato, pois a maior vantagem social do contrato é servir à circulação de riquezas com segurança.<sup>3</sup> Assim, a função social do contrato não anula os princípios clássicos da força obrigatória dos contratos, da liberdade contratual e do efeito relativo do contrato.<sup>4</sup>

(...)

#### **2 Redefinição do conceito de contrato pela função social**

De modo diametralmente oposto à classificação apresentada, essa teoria defende que a função social do contrato não pretende compatibilizar os institutos de Direito Privado às restrições de ordem pública, mas é elemento integrante do conceito de contrato e, portanto, visa a redesenhar o conteúdo desses à luz da Constituição.<sup>10</sup> Essa corrente parte de uma interpretação civil-constitucional que condena a regulamentação pormenorizada das relações jurídicas e a imutabilidade que isso traz aos institutos, defende a força normativa dos princípios civis e, especialmente, dos princípios constitucionais e coloca que estes devem incidir diretamente nas relações privadas.<sup>11</sup>

(...) Em síntese, a teoria afirma que a tutela da liberdade contratual depende do atendimento à função social, a qual “impõe aos contratantes a obrigação de perseguir, ao lado de seus interesses privados, interesses extracontratuais socialmente relevantes, assim considerados pelo legislador constitucional”. Desse modo, o contrato “passa a consubstanciar instrumento para a concretização das finalidades constitucionais”.<sup>15</sup> Logo, a função social apresenta-se, nessa concepção, mais como meta que deve ser perseguida pelos contratantes que como limite à liberdade.

Assim, a teoria defende que o poder dos contratantes é definido pela função que o contrato desempenha na sociedade, função essa relevante na verificação da legitimidade de cláusulas contratuais que, mesmo lícitas, lesem diretamente interesses externos ao contrato (por exemplo: cláusula de sigilo, exclusividade, proibição de concorrência). Ademais, a proteção aos interesses privados passa a justificar-se não mais em si mesma, mas pela função que esses desempenham na promoção dos interesses sociais. Dessa maneira, o contrato tutela o interesse dos contratantes e da coletividade.<sup>16</sup>

Dentre as concepções estudadas, a da redefinição do conceito de contrato pela função social, ao contrário das três que se seguem, é a que defende maior modificação do conteúdo tradicional da teoria dos contratos, o que não significa dizer que o exclui.

### **3 Mitigação da relatividade dos efeitos do contrato**

Segundo essa corrente, o contrato não pode mais ser visto como relevante somente para os interesses das partes e, portanto, sem importância ao meio social que uma vez que esse não afeta apenas os interesses individuais, mas alcança toda a sociedade. Por esse motivo, o contrato não se limita aos efeitos em relações às partes, mas preocupa-se com os efeitos a terceiros.<sup>17</sup>

Diante disso, defende-se que a função social se contrapõe ao princípio do efeito relativo do contrato,<sup>18</sup> mitigando-o.<sup>19</sup> Tendo em vista que os contratos, geralmente, trazem consequências práticas a terceiros e seus efeitos refletem no meio social, a função social surge para gerar deveres acessórios aos contratantes em face da sociedade e vice-versa. Apesar de a eficácia do contrato, em relação às obrigações contratuais, continuar relativa – ninguém se torna credor ou devedor por contrato do qual não participou –, sua oponibilidade torna-se absoluta, uma vez que os terceiros se tornam sujeitos ativos e passivos de deveres extracontratuais.<sup>20</sup>

Com isso, os contratantes ainda gozam de autonomia para contratar. Entretanto, essa autonomia é limitada por deveres anexos em dimensão interna, atuante na relação dos contratantes entre si, e externa, atuante na relação dos contratantes com terceiros.<sup>21</sup>

### **4 A causa do contrato**

(...) a causa em concreto, pela qual atua o princípio da função social, é verificada em contratos efetivamente firmados e qualificados. A partir de sua análise, é possível

negar tutela jurídica a contratos caso sua causa concreta (a razão jurídica de ser do contrato, o conjunto de seus efeitos essenciais) seja indesejada pela consciência social ou inadmissível pelo ordenamento jurídico.

Dessa forma, o contrato não mais é protegido apenas por emanar da vontade, mas, além dos interesses das partes, deve representar um interesse prático em consonância com o interesse geral. A função concreta, portanto, concerne à eficácia concreta do contrato, a qual é diferente conforme as especificidades fáticas e jurídicas de cada relação contratual.

Nesses termos, a causa no sentido abstrato (elementos essenciais do tipo legal) será sempre presente na configuração do contrato em concreto. Por outro lado, nos casos excepcionais em que falta causa, em sentido concreto, o negócio torna-se insuscetível à tutela jurídica por não poder desempenhar sua função.<sup>34</sup> Por exemplo, falta a causa concreta em contrato de seguro em que não exista risco a ser coberto ou na compra de coisa própria.

(...)Portanto, conclui-se que, para essa concepção, a limitação pela função (causa concreta) do negócio jurídico permite uma melhor compreensão do princípio da função social do contrato, pois, ao determinar que a liberdade de contratar deve ser exercida em razão da função social do contrato, o artigo 421 do Código Civil opõe a autonomia privada à utilidade social do contrato, de modo que a liberdade contratual não se justifica pela vontade, “mas em razão da função social que o negócio está destinado a cumprir”. Do mesmo modo, os limites à liberdade contratual não se afiguram na autonomia privada, mas nas normas gerais do Código Civil, ou seja, nas normas específicas dos tipos contratuais e nos valores da sociedade e da Constituição, que são utilizados para determinar se a causa concreta do contrato é apta a lhe assegurar tutela jurídica.” (BELLOIR, Arnaud Marie Pie; POSSIGNOLO, André

Trapani Costa. Ensaio de classificação das teorias sobre a função social do contrato. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, vol. 11, p. 37-56, jan./mar. 2017, visualizado em 18.09.2017 no link: [https://www.ibdcivil.org.br/rbdc.php?ip=123&titulo=VOLUME%2011%20|%20Jan-Mar%202017&category\\_id=171&arquivo=\)](https://www.ibdcivil.org.br/rbdc.php?ip=123&titulo=VOLUME%2011%20|%20Jan-Mar%202017&category_id=171&arquivo=)

Para a análise no presente artigo, utiliza-se da concepção da “*mitigação da relatividade dos efeitos do contrato*”, que, além de ser intermediária, aparenta ser a mais difundida. Aliás, à toda evidência, o professor Flávio Tartuce se utiliza, em seu Manual de Direito Civil, dessa concepção para tratar do princípio, *in verbis*:

“Conceitua-se o regramento em questão como sendo um princípio de ordem pública – art. 2.035, parágrafo único, do Código Civil -, pelo qual o contrato deve ser, necessariamente, interpretado e visualizado de acordo com o contexto da sociedade.

A palavra função social deve ser visualizada com o sentido de finalidade coletiva, sendo efeito do princípio em questão a mitigação ou relativização da força obrigatória das convenções (*pacta sunt servanda*). Nesse contexto, o contrato não pode ser mais visto como uma bolha, que isola as partes do meio social. Simbolicamente, a função social funciona como uma agulha, que fura a bolha, trazendo uma interpretação social dos pactos. Não se deve interpretar os contratos somente de acordo com aquilo que foi assinado pelas partes, mas sim levando-se em conta a realidade social que os circunda. Na realidade, à luz da personalização e constitucionalização do Direito Civil, pode-se afirmar que a real função do contrato não é a segurança jurídica, mas sim atender os interesses da pessoa humana. Aprimorando o estudo do tema, faz-se necessária a transcrição do art. 421 do Código Civil de 2002, dispositivo que inaugura o tratamento do tema na atual codificação privada: “A liberdade de contratar será exercida em razão e

nos limites da função social”. (TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único/Flávio Tartuce. 3ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro; Forense; São Paulo; MÉTODO, 2013, p. 540)

A respeito da eficácia externa, que é classificada pelos autores Arnaud Marie Pie Belloir e André Trapani Costa Possignolo como integrante dessa concepção de “mitigação da relatividade dos efeitos do contrato”, o professor Flávio Tartuce esclarece com sua habitual objetividade, *in verbis*:

“(…) Eficácia externa da função social do contrato – reconhecida pelo Enunciado n. 21 CJF/STJ, da I Jornada de Direito Civil. Há dois aspectos principais: b1) Proteção dos direitos difusos e coletivos – conforme consta do sempre citado Enunciado n. 23 do CJF/STJ, não podendo o contrato prejudicá-los. Por isso, sustenta-se doutrinariamente a função socioambiental do contrato. b2) Tutela externa do crédito – possibilidade do contrato gerar efeitos perante terceiros ou de condutas de terceiros repercutirem no contrato. Como exemplo, pode ser citada a norma do art. 608 do CC, segundo a qual aquele que aliciar pessoas obrigadas por contrato escrito a prestart serviços a outrem, pagará a este o correspondente a dois anos da prestação de serviços. Há, assim, a responsabilidade do terceiro aliciador, ou terceiro cúmplice, que desrespeita a existência do contrato aliciando uma das partes. O dispositivo serve como luva para responsabilizar uma cervejaria, frente a outra, pelo fato de ter aliciado o famoso pagodeiro, que tinha contrato de prestação de serviços publicitários com a primeira cervejaria”. (TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único/Flávio Tartuce. 3ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro; Forense; São Paulo; MÉTODO, 2013, p. 545)

A eficácia externa da função social apresenta, no entanto, duas perspectivas, que, como esclarecem os aludidos autores, são “as ações dos terceiros que afetam os contratantes e as ações dos contratantes que afetam

terceiros” [9]. Para o presente artigo, interessa a segunda perspectiva, bem destacada pelos autores, *verbis*:

“O campo externo da função social é o que, efetivamente, reestrutura a eficácia relativa (inter partes) do contrato.<sup>25</sup> Essa acepção divide-se em duas perspectivas bem delimitadas: as ações dos terceiros que afetam os contratantes e as ações dos contratantes que afetam terceiros. (...) A segunda perspectiva preocupa-se com contratos que, embora paritários e justos às partes, ofendam interesses alheios a essas. Para isso, a função social impõe aos contratantes o dever de não criar situações jurídicas que afrontem interesses metaindividuais ou interesses individuais de terceiros,<sup>29</sup> como os contratos cuja obrigação agrida o meio ambiente ou o patrimônio cultural (interesses difusos); os direitos do consumidor e a livre concorrência (interesses sociais ou individuais homogêneos, a depender do caso) ou contratos que tragam dano a direitos de um ou mais indivíduos (direitos individuais), por exemplo, deteriorando sua propriedade ou lesando sua integridade física ou moral” (BELLOIR, Arnaud Marie Pie; POSSIGNOLO, André Trapani Costa. Ensaio de classificação das teorias sobre a função social do contrato. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, vol. 11, p. 37-56, jan./mar. 2017, visualizado em 18.09.2017 no link: [https://www.ibdcivil.org.br/rbdc.php?ip=123&titulo=VOLUME%2011%20|%20Jan-Mar%202017&category\\_id=171&arquivo=\)](https://www.ibdcivil.org.br/rbdc.php?ip=123&titulo=VOLUME%2011%20|%20Jan-Mar%202017&category_id=171&arquivo=)

Por certo, a incidência do princípio da função social do contrato na seara dos contratos empresariais ainda encontra forte resistência da doutrina empresarial, amparada pelo maior *status* que a autonomia privada encontra no âmbito do Direito Empresarial.

Com efeito, esse argumento pode ser considerado como obstáculo à aplicação da eficácia interna da função social dos contratos. Afinal, na lição de Flávio Tartuce, a eficácia interna da função social tem os seguintes aspectos

principais: a) “*proteção dos vulneráveis contratuais*”; b) “*vedação da onerosidade excessiva ou desequilíbrio contratual (efeito gangorra)*”; c) “*proteção da dignidade humana e dos direitos da personalidade no contrato*”; d) “*nulidade de cláusulas antissociais, tidas como abusivas*”; e) “*tendência da conservação contratual, sendo a extinção do contrato, a última medida a ser tomada*” [10].

Entretanto, na visão do autor deste artigo jurídico, não é apto a oferecer resistência à aplicação da eficácia externa do princípio da função social. Ora, para que ocorra prejuízo a terceiros, mostra-se irrelevante a autonomia privada entre os contratantes.

Nesse contexto, vislumbra-se a possibilidade de se considerar a eficácia externa da função social dos contratos celebrados entre empresas de comunicações, como os canais de televisão, e as entidades desportivas para transmissão de jogos de esportes profissionais.

Isso porque eventual cláusula contratual que preveja a ausência de menção do meio de comunicação ao nome da patrocinadora exploradora do *namings rights* de um estádio de futebol, por exemplo, ainda que regularmente válida entre contratantes, afeta o direito dos terceiros – no caso, o terceiro explorador do *namings rights* –, uma vez que impede a principal utilidade do contrato dessa natureza: a difusão da marca. O grande prejuízo ao terceiro, que costuma investir quantia considerável em contratos dessa natureza, é inevitável.

De fato, a abrangência do princípio da função social do contrato, especialmente na sua eficácia externa, não deve se restringir aos contratos civis. A natureza dos contratos empresariais não se mostra incompatível com o instituto.

Ressalte-se que o Enunciado 21 do CJF/STJ, ao mencionar que “*nos contratos empresariais, o dirigismo contratual deve ser mitigado, tendo em vista a simetria natural das relações interempresariais*”, reconhece, a contrário *sensu*, a aplicação da função social do contrato sobre os contratos empresariais. Ademais, não se pode afirmar que o instituto não abarque interesses individuais econômicos de terceiros.

Não obstante, o fato é que a medida prejudica, em última instância, a própria sociedade, uma vez que tem como consequência um evidente desestímulo às empresas no investimento em atividades desportivas no Brasil.

O objetivo do presente artigo, portanto, é justamente suscitar o questionamento quanto à possibilidade jurídica de se utilizar o princípio da função social do contrato, em sua eficácia externa, no intuito de exigir dos meios de comunicação que cesse o chamado “boicote” à menção dos nomes das empresas exploradoras de *namings rights*.

## 5. Conclusão

O princípio da função social do contrato ainda é tratado com certa insegurança, seja no que concerne ao próprio conceito, à sua aplicação ou à sua abrangência. Há diversas concepções doutrinárias a esse respeito.

O presente artigo jurídico pretende suscitar a possibilidade de sua aplicação em relação a um problema enfrentado por patrocinadores interessados em celebrar contrato de *namings rights* para inserir sua marca em estádios de futebol ou eventos esportivos, prática que nos Estados Unidos da América é comum.

A linha adotada por este artigo defende a possibilidade de aplicação da eficácia externa do princípio da função social a estas relações jurídicas por considerá-la aplicável aos contratos empresariais, ainda que para proteger interesses meramente econômicos de terceiros.

No presente estudo de caso, há, repita-se, um prejuízo indireto à sociedade, ante o desestímulo das empresas no que tange ao investimento na área de esportes, o que, na opinião deste autor, reforça a possibilidade da aplicação do princípio da função social do contrato na hipótese narrada. Trata-se de mera proposição reflexiva, que não tem o intuito de esgotar o tema.

## REFERÊNCIAS

BELLOIR, Arnaud Marie Pie; POSSIGNOLO, André Trapani Costa. Ensaio de classificação das teorias sobre a função social do contrato. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, vol. 11, p. 37-56, jan./mar. 2017, acessado em 18.09.2017 no link: [https://www.ibdcivil.org.br/rbdc.php?ip=123&titulo=VOLUME%2011%20|%20Jan-Mar%202017&category\\_id=171&arquivo=](https://www.ibdcivil.org.br/rbdc.php?ip=123&titulo=VOLUME%2011%20|%20Jan-Mar%202017&category_id=171&arquivo=).

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único/Flávio Tartuce. 3ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro; Forense; São Paulo; MÉTODO, 2013.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc, “A função social dos contratos empresariais e o Judiciário”, artigo jurídico datado de 25.11.2011 e acessado em 18.09.2017 no site [www.migalhas.com](http://www.migalhas.com), com o seguinte link: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI145625,61044-A+funcao+social+dos+contratos+empresariais+e+o+Judiciario>.

FERNANDES, Bernardo Teixeira Lima, “A função social dos contratos e sua incidência nos contratos empresariais”, artigo jurídico publicado em 08/2013 e acessado em 18.09.2017 no site [www.jus.com.br](http://www.jus.com.br), com o seguinte link: <https://jus.com.br/artigos/25112/a-funcao-social-dos-contratos-e-sua-incidencia-nos-contratos-empresariais>

REPORTAGEM de Diego Iwata Lima intitulada “Raridade no Brasil, ‘naming rights’ batiza 26 dos 31 estádios da NFL” e publicada no site da Folha de São Paulo em 4.2.2016 e acessada em 18.09.2017 pelo seguinte link: <http://www1.folha.uol.com.br/esporte/2016/02/1736872-raridade-no-brasil-naming-rights-batiza-26-dos-31-estadios-da-nfl.shtml>

REPORTAGEM de Renan Fernandes intitulada “Naming right ainda engatinha no Brasil” e publicada no site do Estadão – O Estado de São Paulo em 14.12.2015 e acessada em 18.09.2017 pelo seguinte link: <http://esportes.estadao.com.br/noticias/futebol,naming-right-ainda-engatinha-no-brasil,1810977>

#### NOTAS:

[1] AMATUZZI, Bruno Dalarossa. Publicado em 19.4.2015 no site [www.migalhas.com.br](http://www.migalhas.com.br) e acessado em 18.9.2017 no seguinte link: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI11616,41046-Os+naming+rights+e+sua+utilizacao+em+estadios>

[2] Reportagem de Diego Iwata Lima publicada no site da Folha de São Paulo em 4.2.2016 e acessada em 18.09.2017 pelo seguinte link: <http://www1.folha.uol.com.br/esporte/2016/02/1736872-raridade-no-brasil-naming-rights-batiza-26-dos-31-estadios-da-nfl.shtml>

[3] Reportagem de Renan Fernandes publicada no site do Estadão – O Estado de São Paulo em 14.12.2015 e acessada em 18.09.2017 pelo seguinte link: <http://esportes.estadao.com.br/noticias/futebol,naming-right-ainda-engatinha-no-brasil,1810977>.

Vide trecho da reportagem:

“Para os clubes, trata-se de muito dinheiro em caixa, capaz de ajudar qualquer dirigente a formar equipes competitivas. Para as empresas, o acordo também é bom e pode ser explorado de diversas maneiras, como explica o Grupo Petrópolis, dono da cervejaria Itaipava, que dá nome para dois estádios no Brasil: Arena Fonte Nova e Arena Pernambuco, além do Paulistão. “O acordo nos dá direito a uma série de ativações internas e uso do espaço, como camarote, lounge e arquibancada. Dessa maneira, também utilizamos o espaço para relacionamento com públicos de interesse da empresa e da marca”, explica dirigentes da empresa, que, no fim de 2012, fechou um acordo para pagar anualmente R\$ 10 milhões até 2022 para a exploração no nome das arenas. “A estratégia foi boa para a introdução da marca no Nordeste, região em que inauguramos recentemente duas fábricas, em Alagoinhas (BA) e Itapissuma (PE), e que passamos por esse processo de lançamento da marca Itaipava”, informa a assessoria de imprensa da Petrópolis. Tudo vira negócio”.

[4] Reportagem de Diego Iwata Lima publicada no site da Folha de São Paulo em 4.2.2016 e acessada em 18.09.2017 pelo seguinte link: <http://www1.folha.uol.com.br/esporte/2016/02/1736872-raridade-no-brasil-naming-rights-batiza-26-dos-31-estadios-da-nfl.shtml>

[5] Reportagem de Diego Iwata Lima publicada no site da Folha de São Paulo em 4.2.2016 e acessada em 18.09.2017 pelo seguinte link: <http://www1.folha.uol.com.br/esporte/2016/02/1736872-raridade-no-brasil-naming-rights-batiza-26-dos-31-estadios-da-nfl.shtml>

[6] Reportagem de Renan Fernandes publicada no site do Estadão – O Estado de São Paulo em 14.12.2015 e acessada em 18.09.2017 pelo seguinte link: <http://esportes.estadao.com.br/noticias/futebol,naming-right-ainda-engatinha-no-brasil,1810977>

[7] Reportagem de Diego Iwata Lima publicada no site da Folha de São Paulo em 4.2.2016 e acessada em 18.09.2017 pelo seguinte link: <http://www1.folha.uol.com.br/esporte/2016/02/1736872-raridade-no-brasil-naming-rights-batiza-26-dos-31-estadios-da-nfl.shtml>

[8] Reportagem de Diego Iwata Lima publicada no site da Folha de São Paulo em 4.2.2016 e acessada em 18.09.2017 pelo seguinte link: <http://www1.folha.uol.com.br/esporte/2016/02/1736872-raridade-no-brasil-naming-rights-batiza-26-dos-31-estadios-da-nfl.shtml>

[9] BELLOIR, Arnaud Marie Pie; POSSIGNOLO, André Trapani Costa. Ensaio de classificação das teorias sobre a função social do contrato. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, vol. 11, p. 37-56, jan./mar. 2017, visualizado em 18.09.2017 no link: [https://www.ibdcivil.org.br/rbdc.php?ip=123&titulo=VOLUME%2011%20|%20Jan-Mar%202017&category\\_id=171&arquivo=](https://www.ibdcivil.org.br/rbdc.php?ip=123&titulo=VOLUME%2011%20|%20Jan-Mar%202017&category_id=171&arquivo=)

[10] TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único/Flávio Tartuce. 3ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro; Forense; São Paulo; MÉTODO, 2013, p. 541/544

## A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**FERNANDA GALLO DE CARVALHO:** advogada do escritório Loeser e Portela Advogados.

**RESUMO:** O trabalho pretende realizar uma análise jurisprudencial comparativa da aplicação do princípio do equilíbrio contratual em relação aos contratos empresariais e aos contratos de consumo, com foco nas decisões proferidas pelo STJ. O pretendido estudo buscará apresentar as semelhanças e diferenças no conceito de “equilíbrio” a depender da natureza da relação contratual em foco, bem como a base e fundamento legais das decisões que evocam a aplicação do princípio do equilíbrio contratual. Ademais, a análise das decisões observará a possibilidade de aplicação, seja dos conceitos, seja das próprias disposições do Código de Defesa do Consumidor aos contratos empresariais com o afastamento da teoria finalística e do conceito subjetivo de consumidor, bem como da aplicação de princípios e conceitos próprios do Direito Empresarial às relações de consumo.

**Palavras-chave:** princípio do equilíbrio contratual; teoria da imprevisão; teoria da onerosidade excessiva; teoria da base objetiva do negócio jurídico; contrato empresarial; contrato de consumo; jurisprudência.

**ABSTRACT:** This work intends to carry out a comparative jurisprudential analysis of the application of the principle of contractual equilibrium in relation to business contracts and consumer contracts, focusing on the decisions rendered by STJ. In view of the above, this work intends to present similarities and differences in the concept of "equilibrium" depending on the nature of the involved contractual relationship, as well as the legal basis of the decisions that evokes the application of the principle of contractual equilibrium. In addition, the analysis of the decisions shall observe the possibility of applying either the concepts or the provisions of the Consumer Defense Code to business contracts, as well as the application of principles and concepts of business law to consumer relations.

**Keywords:** principle of contractual equilibrium; principle of unpredictability; excessive burden theory; theory of the objective basis of the legal business; business contract; consumer agreement; jurisprudence.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. O Princípio do Equilíbrio Contratual no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. 2. Análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 2.1. REsp 256.456, relator Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 22.03.2001. 2.2. REsp 858.785, relatora Min. Nancy Andrighi, julgado em 08.06.2010. 2.3. REsp 437.660, relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 08.04.2003. 2.4. REsp 1.321.614, relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 16.12.2014. 2.5. REsp 8.473, relator Min. Athos Carneiro, julgado em 24.11.1991. 2.6. REsp 73.370, relator Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 21.11.1995. 2.7. REsp 32.488, relator Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 07.11.1994 e REsp 48.581-9, relator Min. Costa Leite, julgado em 07.06.1994. 2.8. REsp 300.129, relator Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 04.09.2001.  
CONCLUSÃO REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

---

## INTRODUÇÃO

A possibilidade de revisão judicial dos contratos relativiza o princípio do *pacta sunt servanda*, do qual decorre que aquilo que foi estipulado pelas partes tem força de lei, vinculando e obrigando as partes ao cumprimento do contratos nos seus estritos termos.

Ocorre que o dinamismo que permeia as relações comerciais nos dias atuais não se coaduna com a ideia de um contrato estanque e imutável. Deve-se ter em conta, no entanto, que, em respeito ao princípio da segurança jurídica (o qual é imprescindível para a garantia da própria justiça), a revisão somente terá lugar quando cumpridos determinados requisitos.

A observância destes requisitos exige o conhecimento tanto do Código Civil como do Código de Defesa do Consumidor, os quais abordam de forma diversa a prática da revisão judicial dos contratos.

Em relação aos contratos empresariais, a aplicação do princípio do equilíbrio contratual fundamenta-se na teoria da imprevisão e na teoria da onerosidade excessiva, a qual exige a demonstração de mudanças supervenientes das circunstâncias iniciais vigentes à época da realização do negócio, oriundas de evento imprevisível (teoria da imprevisão) e de evento imprevisível e extraordinário (teoria da onerosidade excessiva), que comprometam o valor da prestação, demandando tutela jurisdicional específica, tendo em vista, em especial, o disposto nos arts. 317, 478 e 479 do Código Civil (“CC”).

Nesse passo, constitui pressuposto da aplicação das referidas teorias, a teor dos arts. 317 e 478 do CC, como se pode extrair de suas próprias denominações, a existência de um fato imprevisível em contrato de execução diferida ou continuada, que imponha consequências indesejáveis e onerosas para um dos contratantes.

Por outro lado, o art. 51, §1º do Código de Defesa do Consumidor apresenta a ideia de “vantagem exagerada” a implicar a revisão do contrato em busca da restauração do equilíbrio contratual, focando, portanto, no desequilíbrio de forças entre as partes integrantes do contrato disciplinado por este diploma legal.

A análise das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça que envolvem a possibilidade ou não de se rever determinado contrato busca, além da identificação dos requisitos que devem ser atendidos para que tal pedido proceda, a verificação da adoção pelo Superior Tribunal de Justiça de entendimento que se alinhe com a função social do contrato, da qual decorre o princípio da conservação contratual, e, portanto, evite decisões que impliquem a extinção do contrato.

Não houve recorte temporal e para a pesquisa desses acórdãos foram utilizadas as seguintes palavras-chave: “revisão contratual”; “equilíbrio contratual”; “teoria da imprevisão”; e “onerosidade excessiva”.

Ademais, buscou-se agregar ao trabalho as decisões que impactaram na aplicação do princípio do equilíbrio contratual pelo judiciário em virtude dos seguintes acontecimentos históricos (os quais foram devidamente aclarados ao longo do presente trabalho): (i) abandono do câmbio fixo e

desvalorização do real; (ii) fracasso do Plano Cruzado e o aumento da inflação; e (iii) “ferrugem asiática” e o impacto no mercado de soja.

## **1. O Princípio do Equilíbrio Contratual no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil**

O sistema jurídico atual não tolera a intangibilidade absoluta da vontade das partes, tendo em vista que a negociação inicialmente avençada pode vir a tornar-se instrumento para um contratante almejar lucro exagerado com o conseqüente sacrifício da outra parte, em virtude da alteração das circunstâncias que serviram de pressuposto para formação do contrato.

A teoria da imprevisão foi primeiramente adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, que ergueu o princípio do equilíbrio contratual a princípio da relação de consumo, ao prever, em seu art. 6º, inciso V, ser direito do consumidor “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”.

No Código de Defesa do Consumidor, o princípio do equilíbrio contratual visa a proteção da parte mais fraca da relação contratual consumerista, colocando em situação de equilíbrio pessoas social e economicamente distintas, de forma que a revisão será cabível por simples ocorrência de onerosidade excessiva.

Vê-se, portanto, que Código de Defesa do Consumidor adotou a teoria da base objetiva do negócio jurídico que implica a revisão por simples onerosidade excessiva, ou seja, basta que o fato seja novo e capaz de gerar o desequilíbrio contratual, independentemente da sua previsibilidade.

No âmbito dos contratos empresariais, o Código Civil, em seus arts. 317 e 478 a 480, passou a disciplinar a revisão e a resolução por onerosidade excessiva sempre que houver ocorrido modificação profunda e imprevisível nas condições contemporâneas a execução do contrato e que gerem onerosidade excessiva para um dos contratantes e lucro desarrazoado para o outro.

Não basta, portanto, o risco que se compreende na previsibilidade humana, pois, como bem pontua Caio Mário Pereira da Silva “todo contrato é previsão, e em todo contrato há margem de oscilação do ganho e da perda, em termos que permitem lucro ou prejuízo. Ao direito não podem afetar estas vicissitudes, desde que constringidas as margens do lícito”<sup>[1]</sup>.

Neste sentido, o pedido de revisão ou resolução do contrato empresarial será pertinente sempre que preenchidos os seguintes requisitos:

- a) vigência de um contrato comutativo de execução continuada;
- b) alteração radical, extraordinária e imprevisível das condições econômicas no momento da execução do contrato;
- c) onerosidade excessiva para um dos contratantes e benefício exagerado para o outro.

## **2. Análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**

### **2.1. REsp 256.456, relator Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 22.03.2001.**

Cargill Citrus Ltda. é uma empresa brasileira integrante do grupo econômico norte-americano Cargill, gigante no comércio internacional de alimentos, que atuou, até 2004, no mercado de sucos de laranja no Brasil, através da realização de parcerias com cooperativas e produtores de laranja.

Francisco Ruiz Neto é um produtor rural individual de laranjas que firmou contrato de compra e venda com a Cargill Citrus Ltda., cujo objeto era a venda de laranjas da safra 90/91.

Entre outras cláusulas, o contrato firmado entre as partes estabeleceu que o preço da laranja seria determinado de acordo com as cotações do suco industrializado, em dólares norte-americanos, na bolsa de valores de Nova Iorque<sup>[2]</sup>. Este método de determinação de preço foi introduzido na prática comercial brasileira a partir da safra de 86/87, em substituição a então usual determinação de preço fixo por caixa de laranja<sup>[3]</sup>.

O novo método de definição de preço considerava, além das cotações do suco no mercado internacional, expresso pela bolsa de Nova Iorque, a (i) remuneração da produção industrial e de comercialização (RPC) (despesas

internas e externas, como colheita, frete, tarifas portuárias etc.) e (ii) Taxa de Rendimento da fruta (número de caixas de laranja necessárias para a produção de uma tonelada de suco concentrado)[4].

Durante a década de 90, o setor citrícola brasileiro experimentou um aumento da produção nacional de laranjas e um crescimento da oferta mundial do produto em decorrência da recuperação das plantações norte-americanas que foram atingidas pelas constantes geadas ocorridas na década de 80. Tais fatores concorreram para uma queda das cotações do suco concentrado na Bolsa de Nova Iorque e também dos preços da laranja no mercado interno[5].

A queda dos preços acarretou diretamente uma redução da rentabilidade dos produtores rurais.

Diante da crise e a conseqüente baixa do resultado final da venda de suco, Francisco Ruiz Neto se viu obrigado a restituir à Cargill a diferença entre o valor final da venda de suco e o preço estipulado da caixa de laranja. O inadimplemento de referida obrigação por Francisco Ruiz Neto resultou no ajuizamento de ação de cobrança pela Cargill Citrus Ltda. que, por sua vez, foi surpreendida com a propositura de ação anulatória pelo produtor rural, pleiteando a alteração ou resolução do contrato de compra e venda.

As ações foram reunidas para julgamento em conjunto. Em primeira instância, a ação de cobrança foi julgada improcedente e a ação anulatória foi julgada procedente para declarar abusivas as cláusulas que transferem praticamente todos os riscos e responsabilidades para o produtor rural:

*"...com relação ao contrato de compra e venda de laranja da safra 90/91, celebrado entre as partes, declarar nulas, por abusivas, as cláusulas na parte em que consignaram, quanto à apuração do preço final, que seriam considerados: tão somente a cotação do suco concentrado de laranja na bolsa de mercadorias de Nova York (4.1 e 4.3); como destino final apenas o Estado da Flórida (4.3); como de responsabilidade exclusiva do citricultor as despesas internas e externas*

*fixadas, de forma unilateral, na avença pela indústria (4.5, 5.1 e seu § único, 5.2 e 5.4). Como consequência, no respeitante às despesas externas, cada parte arcará com 50% do valor apurado, a esse título, na perícia, enquanto Cargill suportará, sozinha, as despesas internas. Por força dessas alterações, Cargill deverá pagar aos citricultores, pelas laranjas deles adquiridas na safra 90/91, o valor a ser calculado por arbitramento, acrescido de correção monetária e juros de mora desde 10 de julho de 1991."*<sup>[6]</sup>

Diante dessa decisão, Cargill Citrus Ltda. interpôs recurso de apelação, o qual foi acolhido para dar provimento a ação de cobrança movida por Cargill Citrus Ltda. e negar provimento a ação anulatória proposta por Francisco Ruiz Neto, sob os seguintes argumentos:

- O contrato de compra e venda é contrato aleatório que se assemelha aos contratos firmados anteriormente pelas partes, os quais foram cumpridos em sua integralidade;

- Ausência de vício de vontade ou manipulação de dados apresentados pela indústria citrícola e aplicação do princípio do *pacta sunt servanda*;

- O prejuízo experimentado pelo produtor rural integra a álea normal do contrato aleatório

- O contrato de compra e venda não pode ser considerado contrato de adesão, mas contrato tipo ou normativo, cujas cláusulas foram devidamente negociadas pelas partes<sup>[7]</sup>.

Tendo em vista as fundamentações diametralmente opostas, Francisco Ruiz Neto interpôs recurso especial. O Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o caso, concluiu pelo restabelecimento da decisão de primeiro grau, em razão de:

- Desequilíbrio econômico entre as partes, vez que os custos e riscos ficaram a cargo unicamente do produtor rural, enquanto o preço poderia ser fixado a exclusivo critério da Cargill Citrus Ltda.;

- Desrespeito ao princípio da boa-fé objetiva que impunha aos contratantes a repartição dos prejuízos que decorreram da substancial modificação das condições do mercado;

- Tratar-se o contrato de compra e venda de contrato de adesão, isto porque os elementos vontade e igualdade de forças ficaram definitivamente comprometidos em relação ao produtor rural frente ao poderio econômico da Cargill Citrus Ltda. que, em cartel com as demais indústrias de suco, detinham o domínio de mercado e, conseqüentemente, a força para impor condições desfavoráveis ao produtor rural[8].

## **2.2. REsp 858.785, relatora Min. Nancy Andrighi, julgado em 08.06.2010.**

A empresa Comércio e Indústrias Brasileiras Coimbra S.A. e Cleosmar Marques Prado firmaram contrato de compra e venda de 60 toneladas de soja da safra 2003/2004. As partes contratantes optaram por firmar o preço quando da celebração do contrato, embora a entrega da soja tenha sido programada para o prazo de um ano a partir da data de assinatura do contrato.

Ocorre que a soja da safra 2003/2004 foi atingida pela praga popularmente denominada “ferrugem asiática”, cujos danos podem acarretar perdas de até 90% da produtividade. A ferrugem asiática surgiu no Brasil ao final da safra de 2001[9]. Em 2002, a doença foi relatada nos Estados de Goiás, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e São Paulo, e na safra 2003/2004 ocorreu de forma generalizada, em quase todo o País, causando prejuízos consideráveis em várias regiões produtoras[10].

A contaminação da plantação pela ferrugem asiática acarreta não só a queda da produtividade, mas também um aumento no custo da produção, uma vez que o controle da praga exige a utilização de inseticidas e outros insumos cujos valores impactam o preço final da soja.

Em vista desses acontecimentos, o produtor rural ingressou com ação judicial pleiteando a resolução do contrato de compra e venda firmado com Comércio e Indústrias Brasileira Coimbra S.A., sob os argumento de que “o contrato não cumpriria a sua função social; que haveria ofensa ao princípio da boa-fé objetiva; e que, tendo em vista a caracterização de onerosidade excessiva, o contrato teria de ser resolvido ou adaptado o respectivo preço<sup>[11]</sup>”.

A sentença julgou improcedentes os pedidos do autor. O Tribunal de Justiça de Goiás, em segunda instância, reformou a sentença e deu provimento ao recurso, nos seguintes termos:

*"APELAÇÃO CÍVEL. ORDINÁRIA DE RESOLUÇÃO DE CONTRATO. TEORIA. NOVO CÓDIGO CIVIL. Hodiernamente a teoria contratual pactua-se não mais pela rigidez contratual pauta-se não mais pela rigidez do princípio pacta sunt servanda, mas sim, pelos princípios erigidos no Novo Código Civil, quais sejam, o da função social do contrato, o da boa-fé e o do equilíbrio econômico (arts. 421, 422, parágrafo único do art. 2.035) e na aplicação das Teorias da Imprevisão e da Lesão, arcabouço legal que permite ao Judiciário rever as cláusulas do contrato para restabelecer o equilíbrio sócio-econômico do pacto. Recurso conhecido e provido<sup>[12]</sup>".*

No entanto, após a análise do Superior Tribunal de Justiça, prevaleceu o entendimento de que não há que se falar em aplicação da Teoria da Imprevisão, vez que as perdas ocasionadas pela ferrugem asiática não podem ser consideradas fatos imprevisíveis ou extraordinários, cujas proporções de dano podem, ainda, ser objeto de controle pelo produtor rural, mediante aplicação de inseticidas e outros insumos agrícolas.

Pronunciou-se o STJ no REsp 858.785 - GO no sentido de que “nos contratos agrícolas de venda para entrega futura, o risco é inerente ao negócio. Nele não se cogita em imprevisão”, com base nos seguintes fundamentos:

- Trata-se de contrato comutativo;

- Possibilidade de fixação do preço em momento futuro e não no momento de celebração do contrato, de forma que seriam consideradas as oscilações do mercado da soja;

- Ausência de vício de consentimento. O contrato foi firmado entre partes economicamente equilibradas e possuidoras de conhecimentos técnicos e negociais suficientes para a celebração do contrato;

- A oscilação de preço de mercado da soja e a queda de produção são riscos normais que, portanto, devem ser considerados na fixação do preço.

No mesmo sentido: STJ - REsp 866414 – GO, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 20.06.2013; REsp 866414 – GO, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 20.11.2012; e REsp 945166 – GO, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 28.02.2012.

### **2.3. REsp 437.660, relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 08.04.2003.**

O arrendamento mercantil ou *leasing* encontra-se regulado pela Lei nº 6.099/1974, que classifica arrendamento mercantil como “o negócio jurídico realizado entre pessoa jurídica, na qualidade de arrendadora, e pessoa física ou jurídica, na qualidade de arrendatária, e que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos pela arrendadora, segundo especificações da arrendatária e para uso próprio desta”.

De acordo com Judith Martins Costa, o *leasing* é gênero que abrange diversas espécies de operações distintas entre si, como o leasing financeiro, o qual é reconhecido pela jurisprudência como um “negócio jurídico complexo<sup>[13]</sup>” que tem por objeto indireto bem móvel, adquirido pela instituição financeira por indicação e eleição do usuário ou arrendatário e para uso próprio deste último, que deve arcar com as contraprestações e demais pagamentos previstos no contrato<sup>[14]</sup>.

O leasing financeiro admite a indexação do preço em moeda estrangeira, desde que os bens arrendados sejam adquiridos com recursos provenientes do exterior, conforme inteligência do art. 38 do Regulamento anexo a Resolução Bacen nº 980/94 e art. 6º da Lei nº 8.880/94.

Os contratos de *leasing* que condicionavam a correção das prestações à variação cambial sofreram excessiva onerosidade com a crise de desvalorização do real a partir de janeiro de 1999, quando o Banco Central do Brasil abandonou o regime de câmbio fixo e passou a adotar o sistema de “câmbio flutuante”, em que a ausência de controle do governo permite a livre flutuação da moeda[15].

Várias foram as ações propostas reclamando a revisão dos contratos a fim de recompor o equilíbrio contratual, uma vez que as parcelas dos contratos de arrendamento mercantil firmados à época do controle sistemático do câmbio sofreram reajuste de aproximadamente 70%[16].

O REsp 437.660/SP de relatoria do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, que será utilizado como paradigma para fins de elucidação da conclusão jurisprudencial no presente trabalho, foi interposto pela arrendadora Fibra Leasing S.A. Arrendamento Mercantil em face de Odir Camargo Júnior pleiteando a reforma do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo que reformou a sentença improcedente para reconhecer a relação de consumo entre as partes e admitir a aplicabilidade do art. 6º, V, Código de Defesa do Consumidor que assegura ao consumidor o direito a “modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”.

Importante notar que o mencionado artigo não foi inspirado pela teoria da imprevisão. O sistema consumerista admite a revisão do contrato por simples onerosidade excessiva decorrente de fato superveniente. Tal posicionamento encontra guarida na teoria da base objetiva do negócio jurídico[17].

Diante desta decisão Fibra Leasing S.A. Arrendamento Mercantil interpôs recurso especial. A análise do Superior Tribunal de Justiça foi

minucioso ao tratar de todos os aspectos que envolvem a espécie do contrato objeto da discussão.

Neste sentido, ressaltou a legalidade da vinculação do preço à variação cambial e a incontestada aplicação do Código de Defesa do Consumidor à relação estabelecida entre arrendadora e arrendatário.

No entanto, o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira ressalta no acórdão de sua relatoria que os arrendatários, quando da celebração do contrato, puderam optar entre a utilização de capital nacional com parcelas mais elevadas, mas com correção monetária e juros prefixados, ou a contratação com base em recursos obtidos no exterior, com juros mais baixos, porém com o risco da variação cambial<sup>[18]</sup>.

O Relator ressalta que “a variação cambial é, em si, um parâmetro equitativo, haja vista que a sua oscilação é igual para ambas as partes. Imagine-se que, se ao invés de maxidesvalorização do real tivéssemos tido maxivalorização da nossa moeda, a proporção favorável ao consumidor teria se refletido na sua prestação da mesma forma que foi a desfavorável. Considere-se, ainda, que o equilíbrio contratual repousa na compensação do risco assumido pelos arrendantes com o menor custo financeiro do capital, a eles transferido”.

Considerando, portanto, (i) a autorização legal dada ao fornecedor para repassar os riscos da variação cambial ao consumidor, (ii) a possibilidade oferecida ao consumidor para optar por outro indexador; (iii) a obrigação da arrendadora ao pagamento em dólar, tendo em vista a captação de recursos no exterior; o STJ optou pela mitigação do art. 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor, para permitir que o ônus decorrente da onerosidade excessiva seja distribuído entre as partes.

No mesmo sentido: STJ - AgRg no REsp 947301 – SC, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 19.09.2013; EDcl no AgRg no REsp 417878 – RJ, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 27.11.2012; e AgRg no REsp 1260016 – SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 17.11.2011.

**2.4. REsp 1.321.614, relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 16.12.2014.**

A ação judicial versa sobre a possibilidade de revisão de contrato de financiamento, firmado em moeda estrangeira, para aquisição de equipamento médico, em decorrência de excessiva onerosidade advinda com a crise de desvalorização do real a partir de janeiro de 1999, cujo histórico já foi detalhado neste trabalho (ver REsp 437.660).

O contrato objeto da disputa foi firmado por General Eletric Company, empresa multinacional americana de serviços e de tecnologia, e Javier Figols Costa, médico ginecologista, para financiamento da aquisição de equipamento de ultrassom a ser utilizado pelo médico no exercício de sua atividade profissional.

Javier Figols Costa sustenta a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à relação firmada entre as partes da disputa e, portanto, a aplicação da teoria da base objetiva para revisão do contrato e correção dos efeitos da maxidesvalorização do real ocorrida em janeiro de 1999.

Na teoria da base objetiva do negócio jurídico não é necessário que o evento seja imprevisível, o que importa é apenas se o fato posterior alterou objetivamente as bases pelas quais as partes contrataram, alterando o ambiente econômico inicialmente presente<sup>[19]</sup>.

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça entendeu pela não-aplicabilidade do diploma consumerista, vez que optou pela adoção de uma concepção subjetiva de consumidor, classificado, como se insere da leitura do art. 2º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor<sup>[20]</sup>, como o não-profissional que coloca um fim na cadeia de produção.

O entendimento centrado na teoria subjetiva ou finalista foi firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Resp 541.867 – BA, de relatoria do Ministro Barros Monteiro, assim ementado:

**COMPETÊNCIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. UTILIZAÇÃO DE EQUIPAMENTO E DE SERVIÇOS DE CRÉDITO PRESTADO POR EMPRESA ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO. DESTINAÇÃO FINAL INEXISTENTE. – A aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa**

**natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade negocial, não se reputa como relação de consumo e, sim, como uma atividade de consumo intermediária.** *Recurso especial conhecido e provido para reconhecer a incompetência absoluta da Vara Especializada de Defesa do Consumidor, para decretar a nulidade dos atos praticados e, por conseguinte, para determinar a remessa do feito a uma das Varas Cíveis da Comarca. (REsp 541.867/BA, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro BARROS MONTEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/11/2004, DJ 16/05/2005, p. 227) – **grifos nossos***

Ora, muito embora o Superior Tribunal de Justiça tenha afastado a incidência do Código de Defesa do Consumidor, optou por aplicar a teoria do rompimento da base objetiva do negócio jurídico, afastando, portanto, a teoria da imprevisão adotada pelo Código Civil, em seu art. 478, *verbis*:

*“Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de **acontecimentos extraordinários e imprevisíveis**, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.”*

O Superior Tribunal de Justiça entendeu que “o rompimento posterior da base objetiva do negócio por força de fatos extraordinários supervenientes, especialmente nos contratos de longa duração, permite a revisão do pacto”, ainda que para relações não reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor.

Neste sentido, em consonância com a jurisprudência consolidada nas hipóteses da maxidesvalorização do real ocorrida em 1999, a ação revisional foi julgada parcialmente procedente para determinar que a correção

monetária do contrato ocorra pela metade da variação cambial contratada, repartindo-se, assim, os riscos entre as partes contratantes.

### **2.5. REsp 8.473, relator Min. Athos Carneiro, julgado em 245.11.1991.**

Muanis Imobiliária Ltda. e Augusto Valentim Filho firmaram contrato de promessa de compra e venda de unidade em empreendimento imobiliário, em junho de 1986, ou seja, 3 (três) meses após a implementação do “Plano Cruzado”, sob o comando de Dilson Funaro, então ministro da Fazenda.

O Plano Cruzado foi instituído com vistas ao reequilíbrio da economia e fundamentou-se justamente na extinção da correção monetária e no congelamento de preços<sup>[21]</sup>, medidas que mascaravam o real índice da inflação, de forma que os preços dos contratos de execução diferida ou continuada que não estipularam a incidência de correção monetária não correspondiam ao real valor da prestação ajustada pelas partes contratadas.

O contrato de promessa de compra e venda firmado por Muanis Imobiliária Ltda. e Augusto Valentim Filho, como outros tantos contratos celebrados à época, previa a contratação a preço fixo, com previsão apenas de juros de 12% da tabela Price<sup>[22]</sup>.

Ocorre que com o fracasso do Plano Cruzado a inflação disparou, conforme explicitado por Muanis Imobiliária Ltda. em recurso ordinário, *in verbis*:

*“A inflação, à época da celebração do contrato (junho de 1986) era de apenas 1% (um por cento) ao mês: o PLANO CRUZADO I, idealizado pelo Ministro DILSON FURNARO, havia alcançado pleno êxito.*

...

*A obra terminou em 1988, dois anos depois da contratação, com uma inflação de 676%... e um aumento do custo da construção imobiliária de 1.101,62%...*

*Assim, a prestação paga pela Recorrente, promitente-vendedora, custou-lhe 1.100% a mais, em comparação com o que deveria custar, se mantidas as condições existentes na data da celebração do contrato.*

*Por seu turno, a prestação assumida pelos Recorrentes, promitente-compradores, de natureza pecuniária manteve-se inalterada, com a mesma moeda da data de celebração do contrato, já aviltada e desvalorizada em quase 700% (setecentos por cento) de inflação.”*

Diante da retomada da inflação e conseqüente perda do valor do pacto celebrado, Muanis Imobiliária Ltda. ingressou com ação revisional das parcelas vencidas após a entrega das chaves que, no entanto, teve seu provimento negado em primeira e segunda instância sob o argumento de que a inflação não configura fato imprevisível e de que não foi comprovada a onerosidade excessiva e conseqüente inviabilidade do empreendimento imobiliário, afastada, portanto, a teoria da imprevisão.

O Superior Tribunal de Justiça já havia firmado entendimento em sentido contrário no REsp 2.430, de relatoria do Ministro Sálvio de Figueiredo, em que ficou consignado que “a correção monetária não constituiu um plus, representando mera atualização da moeda aviltada pela inflação” e, portanto, “não há como negar sua aplicação, sob pena de enriquecimento sem causa, dados os elevados índices inflacionários”.

Muanis Imobiliária Ltda. interpôs recurso especial, o qual foi provido nos seguintes termos:

- A inflação é fenômeno econômico, independentemente de sua previsibilidade, capaz de alterar da base objetiva do negócio;

- Na data de celebração do contrato de promessa de compra e venda, “a expectativa geral, do povo como dos empresários com raras exceções, era a de que o fenômeno inflacionário estava contido ou, quando menos,

reduzido a proporções razoáveis, de molde a justificar a contratação de construções a preços fixos”;

- A correção monetária é medida de justiça, pois não implica aumento do preço do contrato, mas mera atualização.

No mesmo sentido: STJ – REsp 94692 – RJ, Rel. Min. Salvo de Figueiredo Teixeira, julgado em 25.06.1998; e REsp 135151 – RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 08.10.1997.

## **2.6. REsp 73.370, relator Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 21.11.1995.**

Benjamin Matias Fernandes Filho e Encol S.A. – Engenharia, Comércio e Indústria firmaram contrato de promessa de compra e venda de imóvel em data anterior a promulgação do Código de Defesa de Consumidor, em 1990.

Neste caso, está afastada, portanto, a aplicação do Código de Consumidor, conforme entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça:

*AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CDC. APLICAÇÃO RETROATIVA. IMPOSSIBILIDADE. OBRIGAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. RENOVAÇÃO DO CONTRATO NA VIGÊNCIA DO CDC. INCIDÊNCIA DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA.*

*1. O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) não é aplicável aos contratos celebrados antes da sua vigência.*

*(STJ – AgRg no AgRg nos EDcl no REsp 323519, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 28.08.2012)*

*PROCESSO CIVIL. PRINCÍPIO DA ADSTRIÇÃO. OBSERVÂNCIA. PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO DO CDC. FATO OCORRIDO ANTES DE SUA VIGÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE.*

1. *É necessária a observância do princípio da adstrição, que vincula o juiz, ao julgar a causa, não apenas ao pedido formulado pela parte, mas também à respectiva causa de pedir. Contudo, se uma decisão se sustenta por duplo fundamento, sendo o fundamento subsidiário conforme à causa de pedir da petição inicial, não há violação a esse princípio jurídico.*

2. **O CDC não é aplicável a eventos ocorridos anteriormente à sua promulgação**, de modo que não é possível defender a aplicação do prazo prescricional de cinco anos à reparação de lesões pretéritas, salvo em hipóteses excepcionais. Precedentes.

3. *Recurso especial improvido.*

(STJ - REsp 1249484 – MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 21.05.2012) – **grifos nossos**

Ocorre que a alta da inflação incidente no decorrer do contrato impactou a capacidade financeira do comprador de adimplir com o valor das prestações. Isso porque as décadas de 80 e 90 foram marcadas pelo aumento da taxa de desemprego, queda das exportações e investimentos estrangeiros no país, o drama da alta da inflação e o baixo crescimento do PIB[23].

Importante ressaltar que contrato de promessa de compra e venda firmado entre as partes continha cláusula penal que implicava na perda das quantias pagas pelo compromissário comprador.

Foi neste contexto que Benjamin Matias Fernandes Filho ajuizou ação contra Encol S.A. – Engenharia, Comércio e Indústria para “obter a restituição das importâncias pagas em decorrência de contrato de promessa de compra e venda de um apartamento, alegando sua impossibilidade de continuar pagando as prestações, atualizadas por índices superiores aos do seu salário[24]”.

As decisões de primeira e segunda instância foram pelo provimento do pedido do autor por aplicação da teoria da imprevisão, em razão da modificação superveniente da base objetiva do negócio jurídico.

A Encol S.A. – Engenharia, Comércio e Indústria interpôs recurso especial alegando que o acórdão divergiu da jurisprudência do STJ em relação à restituição integral das parcelas pagas.

O acórdão do REsp 73.370, de relatoria do Ministro Ruy Rosada de Aguiar, reafirmou a aplicação da teoria da imprevisão ao caso, muito embora disponha que “a inflação é um fato previsível, mas isso não impede que possa ser tomada como causa para a modificação ou extinção contratual, quando seus índices venham a desnaturar a obrigação, ou quando são adotados percentuais diversos para a atualização dos rendimentos do devedor e para as suas obrigações, inviabilizando os pagamentos”.

No entanto, referido acórdão deu parcial provimento ao recurso especial interposto pela vendedora para o fim de reduzir a condenação da Encol S.A. – Engenharia, Comércio e Indústria para devolução de 80% das parcelas pagas, sob o argumento de que embora válida a cláusula penal estipulada em contrato, cabe ao juiz, com base no art. 924 do Código Civil de 2016<sup>[25]</sup>, reduzi-la a patamar justo com vistas a evitar o enriquecimento sem causa de uma das partes.

No mesmo sentido: STJ - REsp 42.226 – SP, Rel. Min. Bueno de Souza, julgado em 17.02.1996; REsp 45.226 – RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, julgado em 09.08.1994; REsp 45.409-3 – SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, julgado em 30.09.1994; e REsp 51.019-8 – SP, Rel. Min. Barros Monteiro, julgado em 14.11.1994.

**2.7. REsp 32.488, relator Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 07.11.1994 e REsp 48.581-9, relator Min. Costa Leite, julgado em 07.06.1994.**

Alípio Candido de Lima propôs duas ações de consignação em pagamento em face de Banco Brasileiro de Descontos S.A. diante da recusa da instituição financeira em receber os débitos e parcelas vencidos decorrentes de cédulas de crédito rural pignoratícias emitidas durante a vigência do Plano Cruzado.

O Plano Cruzado, conforme exposto anteriormente neste trabalho (ver REsp 8.473), implicou a neutralização da inflação, associada ao congelamento de preços e salários[26]. Foi neste contexto econômico que foram emitidas as cédulas de crédito rural pignoratícias com previsão de correção monetária ao índice de 0,00%.

O fracasso do Plano Cruzado, o aumento desenfreado da inflação e o distanciamento do valor então acordado nas cédulas de crédito rural e o valor real do financiamento levaram o Banco Brasileiro de Descontos S.A. a recusar o pagamento ofertado pelo devedor Alípio Candido de Lima quando do vencimento dos títulos de crédito rural e a ingressar com ação de execução forçada visando o recebimento do débito corrigido monetariamente.

Em primeira instância, foram julgadas procedentes as ações de consignação em pagamento e extinta a ação de execução forçada. O Banco Brasileiro de Descontos S.A. recorreu destas decisões que, em segunda instância, foram reformadas para acolher os pedidos da instituição financeira sob o argumento de que a correção monetária “é mero instrumento de atualização da moeda desvalorizada pela inflação” e, portanto, deve incidir nos contratos ainda que pactuados sem a sua previsão.

Diante deste novo entendimento, o devedor interpôs recurso especial, o qual foi provido para restaurar a decisão de primeiro grau, sob os seguintes fundamentos[27]:

- Embora pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que é possível a atualização dos créditos rurais pelo índice de correção monetária desde que pactuada[28], a previsão do contrato da alíquota de 0,00% para correção monetária implica sua expressa exclusão;

- Ainda que a inflação consista fato superveniente que acarreta a necessidade de modificação do contrato, por alteração da base objetiva do negócio jurídico, não justifica a recusa da instituição financeira de receber o pagamento pelo devedor;

- A discussão sobre a necessidade do reestabelecimento do equilíbrio econômico do contrato deve ser objeto de ação revisional.

Importante ressaltar que, diante da mesma situação, ou seja, ação de consignação em pagamento de valores devidos em razão de cédulas de crédito rural com previsão de correção monetária a 0,00% firmado durante o Plano Cruzado, o Superior Tribunal de Justiça, no REsp 48.581-9 – MS[29], de relatoria do Ministro Costa Leite, decidiu que “a circunstância de no próprio campo da cédula, ou seja, no item 48, constar o percentual “zero” é plenamente justificável, porquanto celebrado o contrato na vigência do Plano Cruzados, não servindo, contrariamente ao que entendeu o acórdão recorrido, a arredar a incidência da correção monetária”.

**2.8. REsp 300.129, relator Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 04.09.2001.**

A Refinaria Nacional de Sal S.A. é empresa produtora de sal refinado, que iniciou suas atividades em 1951 e inovou o processo de fabricação nacional de sal pela utilização de equipamentos de evaporação forçada a vácuo[30], movidos por óleo do tipo A2[31] até dezembro de 1983, quando firmou protocolo de intenções com a Petrobrás – Petróleo Brasileiro S.A. para regular (i) a substituição do óleo tipo A2 por gás de refinaria e (ii) um sistema de equivalência térmica com o óleo substituído, pelo qual a Refinaria Nacional de Sal S.A. continuaria pagando o mesmo preço antes despendido com a utilização do óleo tipo A2[32].

Ainda de acordo com o relatório de autoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar no julgamento do REsp 300.129 – RJ, o protocolo de intenções foi ratificado em 1985 por contrato que vigeu até janeiro de 1998.

Com a promulgação das Emendas Constitucionais nº 5 e 9 de 1995, a competência para a exploração de serviços de gás canalizado passou para a esfera estatal, cabendo seu exercício a empresas públicas ou privadas, mediante concessão.

Em razão dessa mudança na competência para prestação do serviço público de gás canalizado de acordo com as necessidades coletivas, foi

firmado contrato de concessão entre o Estado do Rio de Janeiro e a concessionária Riogás S.A., em julho de 1997.

Diante desse novo cenário, a Riogás S.A. passou a fornecer o gás canalizado nos mesmos termos ajustados entre a Refinaria Nacional de Sal S.A. e a Petrobrás. No entanto, em janeiro de 1998, Riogás S.A. enviou para análise da Refinaria Nacional de Sal S.A. minuta de novo contrato que, entre outras disposições, estabelecia preço da tarifa de fornecimento de gás superior em 11,93% da tarifa até então praticada.

Em vista disso, a Refinaria Nacional de Sal S.A. ingressou com ação em face da Riogás S.A. visando a declaração de nulidade da previsão contratual de aumento do preço da tarifa de gás canalizado, inclusive pleiteando a aplicação do Código de Defesa do Consumidor à relação jurídica existente entre as partes.

Ação foi negada em primeira e segunda instâncias sob o fundamento de que se trata de nova relação jurídica entre a Refinaria Nacional de Sal S.A. e a concessionária, absolutamente desvinculado do contrato mantido com a Petrobrás e do critério de “equivalência térmica” para ajuste do preço.

O Tribunal de Justiça, em consonância com a teoria finalista<sup>[33]</sup>, afastou a incidência do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que, *verbis*:

*“Com efeito, utiliza-se a apelante do gás adquirido, como ela mesmo confessa, como fonte de energia para seu Parque Industrial, ou seja, para produzir o sal que mais tarde coloca no mercado.*

*Como assinalou com acerto o doutor magistrado do primeiro grau, utiliza-se a apelante do gás como insumo, na fabricação de seu produto final, daí não submeter-se a relação jurídica entre os litigantes ao disposto na Lei 8.078/90, que classifica de consumidor apenas aquele que se utiliza de produto ou serviço na condição de destinatário final.*

*Ora, se do gás se utiliza a apelante para produzir o sal, não parece que em relação a esse fornecimento possa ser considerado como seu destinatário final”.*

O Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o recurso especial interposto pela Refinaria Nacional de Sal S.A. entendeu que, muito embora não se possa falar em aplicação de regras do Código de Defesa do Consumidor, é possível a incidência de princípios do referido diploma legal e, portanto, do princípio que considera ilícita a unilateral quebra da base do negócio jurídico.

Apesar deste entendimento, o relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar entende pelo não conhecimento do recurso porque “*as instâncias ordinárias, embora tenham afastado a incidência até mesmo de princípios gerais que devem reger a espécie, examinaram a relação obrigacional em que estão envolvidas as partes desde 1983 e concluíram que não houve abuso de parte da fornecedora do gás*” e, portanto, conhecer o recurso implicaria nova interpretação das cláusulas contratuais, o que, por si só, não enseja recurso especial<sup>[34]</sup>.

## **CONCLUSÃO**

Da análise das decisões colacionadas no presente trabalho, nota-se que o princípio da força obrigatória dos contratos ou *pacta sunt servanda* vem, cada vez mais, tendo seu campo de incidência reduzido, abandonando seu caráter de regra para adquirir uma natureza de exceção, visto que a concepção estanque do contrato não se coaduna com a realidade jurídica e fática das relações contratuais travadas continuamente na sociedade capitalista e plural em que vivemos.

*Em relação aos contratos de consumo, o próprio Código de Defesa do Consumidor exige requisitos mais brandos a justificar a revisão dos contratos, bastando que tenha havido alteração da base objetiva do negócio jurídico. Mais relevantes que a análise destes requisitos portanto, é a análise do conceito de consumidor.*

*Conforme decisões aqui apontadas, nota-se uma prevalência pela concepção finalista de consumidor, segundo a qual consumidor é aquele que*

*coloca fim a cadeia de produção de determinado produto ou serviço, cuja retirada do mercado destina-se exclusivamente a seu uso ou de sua família.*

Assim, seja pela procedência, seja pela improcedência do pedido de revisão contratual, as decisões fundamentam-se, em sua maioria, nos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva.

Tais princípios serão observados com ainda mais rigor sempre que se tratar de contrato de adesão ou de contrato de consumo, tendo em vista o desequilíbrio de forças entre as partes contratantes, de forma a se evitar a imposição de deveres e obrigações a serem suportados por apenas uma das partes que, portanto, terá que arcar unilateralmente com os riscos do contrato.

Em atenção ao já citado princípio da função social do contrato, o Superior Tribunal de Justiça vem flexibilizando a exigência da imprevisibilidade do fato superveniente que justifique a revisão dos contratos empresariais, sempre que o fato, ainda que previsível, onere de tal forma uma das partes que torne impossível a continuidade da relação jurídica estabelecida pelo contrato.

*Da análise das decisões aqui colacionadas, nota-se uma tendência do judiciário pela revisão dos contratos de forma a garantir a ambas as partes o sucesso de suas pretensões e, portanto, o distanciamento da concepção de contrato como “amarra” e a adoção de uma visão de contrato como instrumento gerador de riqueza.*

Conclui-se, portanto, que, embora o Código Civil tenha adotado a Teoria da Imprevisão (Art. 478. *Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato*), ainda que não configurada a imprevisibilidade do fato superveniente, tal como ocorre no aumento posterior da inflação ou na desvalorização da moeda, o contrato empresarial admitirá a revisão com vistas à sua manutenção e à continuidade de geração de riqueza.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A economia brasileira nos anos 90 / organizadores Fábio Giambiagi, Maurício Mesquita Moreira. 1. ed. – Rio de Janeiro: BNDES, 1999. Disponível

em [https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/2972/1/1999\\_A%20economia%20brasileira%20nos%20anos%2090\\_P.pdf](https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/2972/1/1999_A%20economia%20brasileira%20nos%20anos%2090_P.pdf)

ALVES, Francisco José da Costa; e VIEIRA, Ana Claudia. A quebra do contrato-padrão e o acirramento dos conflitos no setor citrícola. Disponível em <http://www.iea.sp.gov.br/ftpiea/ie/1997/tec1-0897.pdf>

AMARO, Antonio Ambrósio; Maia, Maria Lúcia; e Noronha, José Ferreira de. O Contrato de Participação na Compra e Venda da Laranja no Estado de São Paulo. Disponível em <ftp://ftp.sp.gov.br/ftpiea/ASP9-0292.pdf>

AVERBUG, Marcello. Plano Cruzado: Crônica de uma Experiência. In: REVISTA DO BNDES, Rio de Janeiro, v. 12, n. 24, p 211-240, dez. 2005. Disponível em [http://www.bndespar.com.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes\\_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev2408.pdf](http://www.bndespar.com.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev2408.pdf)

Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais / Wanderley Fernandes, coordenador – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012 – Série Gvlaw. Vários autores

FERNANDES, Bruno Campos. Desenvolvimento histórico da citricultura. Unesp. Araraquara: 2010. Disponível em [http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/118999/fernandes\\_b\\_c\\_tcc\\_arafcl.pdf?sequence=1](http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/118999/fernandes_b_c_tcc_arafcl.pdf?sequence=1)

FURLAN, Alessandra Cristina; WATZKO, Marcos Marcelo; TORRES, Rafael Henrique. Lesão nos contratos = Lesion in contracts. Unopar científica : ciências jurídicas e empresariais, Londrina, v.4, n. 1/2, p. 19-25, mar./set. 2003. Disponível em: .

GARCIA, Leonardo de Medeiros. Direito do Consumidor: Lei 8.078/1990. São Paulo: 9 ed. Editora Jus Podivm, 2015

MARTINS-COSTA, Judith. Os contratos de leasing financeiro, a qualificação da parcela denominada Valor Residual Garantido – VRG e a sua dupla função: complementação de preço e garantia. In: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. Ano 13, n. 49, jul./set. 2010, p. 109-148.

MATTIETTO, Leonardo de Andrade. Os contratos na complexidade contemporânea e os novos princípios : boa-fé objetiva, função social e equilíbrio contratual . In: Direito imobiliário: escritos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira. São Paulo: Atlas, 2015, p. 97 – 123.

MELGARÉ, Plínio. A autonomia privada e a equivalência material do contrato: a lesão e a revisão contratual. In: O direito das obrigações na contemporaneidade: estudados em homenagem ao Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Porto Alegre: Livro do Advogado, 2014, p. 377 – 392.

NERY JUNIOR, Nelson. Código civil comentado / Nelson Ney Junior, Rosa Maria de Andrade Nery – 10. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NEVES, Karina Penna. Intervenção judicial nos contratos. In: Revista de direito bancário e do mercado de capitais, v. 17, n. 64, p. 249 – 281, abr./jun. 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2009.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Revisão Judicial dos Contratos: Autonomia da Vontade e Teoria da Imprevisão – 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2006.

TARTUCE, Flávio. DIREITO CIVIL, V.3: Teoria geral dos contratos e contratos em espécie – 3. ed. – São Paulo: Método, 2008.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. 6 ed., ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016

ZANETTI, Andrea Cristina. **Princípio do equilíbrio contratual**. Saraiva: **2012**. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/46469>.

**ZANETTI, Robson**. **Direitos consumidores e contratual**. BDJur, Brasília, DF, **14 out. 2008**. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/17892>

NOTAS:

[1] Pereira, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2009.

[2] STJ - REsp 256.456 – SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 22.03.2001

[3] Amaro, Antonio Ambrósio; Maia, Maria Lúcia; e Noronha, José Ferreira de. O Contrato de Participação na Compra e Venda da Laranja no Estado de São Paulo. Disponível em <ftp://ftp.sp.gov.br/ftpiea/ASP9-0292.pdf>

[4] Alves, Francisco José da Costa; e Vieira, Ana Claudia. A quebra do contrato-padrão e o acirramento dos conflitos no setor citrícola. Disponível em <http://www.iea.sp.gov.br/ftpiea/ie/1997/tec1-0897.pdf>

[5] Fernandes, Bruno Campos. Desenvolvimento histórico da citricultura. Unesp. Araraquara: 2010. Disponível em [http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/118999/fernandes\\_bc\\_tc\\_c\\_arafcl.pdf?sequence=1](http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/118999/fernandes_bc_tc_c_arafcl.pdf?sequence=1)

[6] STJ - REsp 256.456 – SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 22.03.2001

[7] TJSP – Ap 728.763-4, Rel. Des. Roque Mesquita, julgado em 18.08.1998

[8] STJ - REsp 256.456 – SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 22.03.2001

[9] <http://www.pioneersementes.com.br/blog/108/o-comportamento-da-ferrugem-asiatica-na-soja-ao-longo-dos-anos-dificuldades-de-controle-e-seus-custos>

[10] <http://www.agrolink.com.br/culturas/soja/ferrugem.aspx>

[11] STJ - REsp 858.785 – GO, Rel. Min. Nancy Andrighi, retificação de voto em 08.06.2010

[12] STJ - REsp 858.785 – GO, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 08.06.2010

[13] STJ EREsp 213.828, Min. Rel. Edson Vidigal, julgado em 07.05.2003.

[14] Martins-Costa, Judith. Os contratos de leasing financeiro, a qualificação da parcela denominada Valor Residual Garantido – VRG e a sua dupla função: complementação de preço e garantia. In: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. Ano 13, n. 49, jul./set. 2010, p. 109-148.

[15] Transcrição de discurso realizado na cerimônia de comemoração do 10º aniversário do regime de câmbio flutuante no Brasil. Disponível em <http://www.bcb.gov.br/Pec/ApPron/Apres/10AnosDeCambioFlutuantevf.pdf>

[16] TJSP – Ap nº 601164-00 /3, Rel. Des. Claret de Almeida, julgado em 23.05.2001

[17] Tartuce, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. 6 ed., ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016

[18] STJ – REsp 437.660-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 08.04.2003

[19] Garcia, Leonardo de Medeiros. Direito do Consumidor: Lei 8.078/1990. São Paulo: 9 ed. Editora Jus Podivm, 2015

[20] Art. 2º: Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final

[21] <http://www.apape.org.br/antigo/planos.htm>

[22] REsp 8473-RJ, Rel. Min. Athos Carneiro, julgado em 25.11.1991

[23] A economia brasileira nos anos 90 / organizadores Fábio Giambiagi, Maurício Mesquita Moreira. 1. ed. – Rio de Janeiro: BNDES, 1999. Disponível em [https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/2972/1/1999\\_A%20economia%20brasileira%20nos%20anos%2090\\_P.pdf](https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/2972/1/1999_A%20economia%20brasileira%20nos%20anos%2090_P.pdf)

[24] STJ – REsp 73.370 – AM, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 21.11.1995

[25] Art. 924. Quanto se cumprir em parte a obrigação, poderá o juiz reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora, ou de inadimplemento.

[26] Averbug, Marcello. Plano Cruzado: Crônica de uma Experiência. In: REVISTA DO BNDES, Rio de Janeiro, v. 12, n. 24, p 211-240, dez. 2005. Disponível em [http://www.bndespar.com.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes\\_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev2408.pdf](http://www.bndespar.com.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev2408.pdf)

[27] STJ – REsp 324.882 – GO, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 07.11.1994

[28] Súmula 16 do STJ: A legislação ordinária sobre crédito rural não veda a incidência da correção monetária

[29] Julgado em 07.06.1994

[30] <http://www.salcisne.com.br/empresa.php>

[31] A Portaria ANP nº 80 / 1999 relaciona tipos de óleos: A1, B1, A2 e B2. Os números 1 e 2 identificam a consistência do óleo pelo grau de viscosidade. O óleo tipo 2 possui maior resistência ao escoamento e precisa ser aquecido a uma temperatura mais alta do que o do tipo 1 para ser manuseado (escoado e transportado). As letras A e B indicam o teor máximo de enxofre permitido no óleo, ou seja, o tipo A possui um teor máximo de enxofre de 2,5 % em massa, enquanto o tipo B possui um teor máximo de 1,0 % em massa. Disponível em <http://www.br.com.br/wps/wcm/connect/925aab8043a7a31182598fecc2d0136c/addcleaner-manual.pdf?MOD=AJPERES>

[32] STJ – REsp 300.129 – RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 04.09.2001.

[33] *“A doutrina finalista (ou subjetiva), partindo do conceito econômico de consumidor, propõe que a expressão destinatário final seja restrita, fundamentando-se no fato de que somente o consumidor, parte mais vulnerável na relação contratual, merece a especial tutela. Assim, consumidor seria o não profissional, ou seja, aquele que adquire ou utiliza um produto para uso próprio ou de sua família. Em outras palavras, o destinatário final é o que retira o bem do mercado ao adquirir ou simplesmente utilizá-lo (destinatário final fático), é aquele que coloca um fim na cadeia de produção (destinatário final econômico), e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é o consumidor final, já que está transformando e utilizando o bem para oferecê-lo, por sua vez, ao*

*cliente, consumidor do produto ou serviço*". Garcia, Leonardo de Medeiros. Direito do Consumidor: Lei 8.078/1990. São Paulo: 9 ed. Editora Jus Podivm, 2015

[\[34\]](#) Sum. 5 – STJ: A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial

## **CASTRAÇÃO QUÍMICA: "UMA TENTATIVA DE COIBIR CRIMES SEXUAIS PRATICADOS POR HOMENS"**

**SIMONE LIMA LABRES FERREIRA:** Bacharelanda do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins.

**RENATO GODINHO** (Orientador): Doutor em Direito. Professor do Curso de Direito na Faculdade Católica do Tocantins.

**RESUMO:** O presente artigo científico visa discutir e elucidar alguns pontos acerca da castração química nos casos de crimes sexuais, um tema que tem gerado enorme questionamento no meio jurídico, dividindo doutrinadores e estudiosos da área, fazendo-se necessário uma maior reflexão do tema. Para tanto, fez-se uma pesquisa desde sua origem até os dias atuais, bem como as penas aplicadas antigamente e as vigentes no Código Penal brasileiro, além de demonstrar alguns posicionamentos de países que aderiram a prática de castração química para punir agressores de crimes sexuais. Fez-se ainda um estudo principiológico acerca do tema em examine, para averiguar se o mesmo fere ou não princípios expressos no ordenamento pátrio brasileiro, bem como as correntes favoráveis e não favoráveis a esta prática. Com o presente artigo, espera-se demonstrar que não basta simplesmente tratar o fator biológico do indivíduo, mais o indivíduo como um todo, ou seja, deve o Estado preocupar-se com o psicológico do criminoso sexual, que na maioria das vezes é o causador dos crimes sexuais e não o seu libido exagerado.

**Palavras-chave:** Castração química. Crime Sexual. Projeto de Lei.

**ABSTRACT:** The present scientific article aims to discuss and elucidate some points about chemical castration in cases of sexual crimes, a topic that has generated enormous questioning in the legal environment, dividing doctrines and scholars of the area, making a greater reflection on the subject necessary. In order to do so, a search was made from its origin to the present day, as well as the penalties applied previously and those in force in the Brazilian Penal Code, in addition to demonstrating some positions of countries that adhered to the practice of chemical castration to punish perpetrators of sexual crimes. A further study was carried out on the subject

under review, to determine whether or not it violates principles expressed in the Brazilian legal order, as well as the favorable and unfavorable currents to this practice. With the present article, it is expected to demonstrate that it is not enough to simply treat the biological factor of the individual, plus the individual as a whole, that is, the State should be concerned with the psychological of the sexual criminal, which is most often the Sex offender and not his exaggerated libido.

**Keywords:** Chemical castration. Sexual Crime. Bill of Rights.

---

## INTRODUÇÃO

O artigo em examine tem como finalidade discutir a castração química, seus efeitos e controvérsias, bem como, falar sobre os crimes sexuais e a atuação do Direito na reconstrução social.

A castração química caracteriza-se por seu caráter temporário, realizada por medicamentos hormonais, com a finalidade de tratar e curar o portador do desvio sexual, ou seja, o autor de crimes sexuais.

Vários países já aderiram à castração química como tentativa de reduzir os índices de reincidência em crimes sexuais, buscando, tratar e tornar criminosos sexuais aptos ao convívio social. Nesse contexto, surge o Projeto de Lei (PL) 5398/2013 apresentado pelo deputado federal Jair Messias Bolsonaro.

Deste modo, procurará o presente trabalho abordar todos os aspectos relativos à castração química, além dos crimes sexuais que tem feito vítimas nas mais diversas esferas sociais, provocando transtornos e danos muitas vezes irreparáveis.

O assunto tornou-se mais evidente diante de inúmeros casos de crimes sexuais registrados no Brasil e no mundo. Assim, a proposta do deputado federal Jair Bolsonaro apresenta-se como um bálsamo, pois busca prevenir a prática de tais crimes, bem como diminuir a reincidência dos mesmos.

Porém, a proposta esbarra em sérios óbices constitucionais, contrariando vários princípios que norteiam o ordenamento jurídico vigente.

A matéria é atual e importante, uma vez que, a castração química tem ganhado espaço no cenário mundial frente ao tratamento de criminosos sexuais, fazendo-se necessário um estudo acerca de sua possível eficácia e dos efeitos que tal medida poderia causar na sociedade.

Este artigo científico tem o intuito de explanar todos os requisitos do tema em examine, extraindo um resultado útil do conteúdo adquirido, que deixe um legado de valor intelectual. Além de promover a discussão do assunto de ampla importância para acadêmicos, docentes, servidores da justiça e demais membros da sociedade, objetivando uma reflexão que auxilie na busca pela solução da problemática referente aos crimes sexuais.

## **1 FASES DO DIREITO PENAL**

### **1.1 VINGANÇA PRIVADA**

Essa fase tem início com a origem do ser humano e perdura até o século XVIII. Desde o princípio, o homem busca os seus semelhantes para viver em comunidade e este acontecimento natural acaba por gerar conflitos, os quais, nesse período, eram mal administrados devido à falta de um sistema estruturado da própria sociedade, que não possuía princípios reguladores do convívio social, o indivíduo acabava por reagir a qualquer tipo de lesão ou dano, seja ele físico, moral ou psicológico. Essa reação se dava de maneira agressiva, na tentativa de fazer justiça com as próprias mãos.

Não havia qualquer igualdade entre o ato criminoso e o desejo de vingança. Havia um desejo exacerbado de aplicar ao agressor uma resposta ao mal que ele causou na mesma proporção ou, como em muitos casos, de maneira desproporcional ao dano causado.

O conflito entre as famílias, comunidades e tribos nessa época eram tão intensos que acarretaram no enfraquecimento ou quase na extinção das mesmas. Nessa mesma época, o pensamento humano evoluiu e o Estado passou a intervir de maneira firme e autoritária, dando surgimento não a leis,

mas a um moderador de pena, procurando assim não se gerar um dano superior ao causado a vítima.

## 1.2 VINGANÇA DIVINA

Com o crescente avanço da sociedade surgiu o período da vingança divina, período em que o Estado se confundia com a religião e em que o poder social era totalmente exercido em nome de Deus. O crime era visto como pecado e todo pecado atingia um certo Deus, sendo o único meio para atingir a purificação submeter-se à pena que era entendida e aceita como um castigo divino para a salvação da alma do infrator.

Vale ressaltar, que nessa época seguiam-se os princípios do código de Hamurabi, sendo comum o uso de penas cruéis, inclusive tortura. O dever de demonstrar sua fidelidade e obediência aos deuses da época fez com que a legislação penal da época determinasse penas para crimes de feitiçaria, sendo os feitiçeiros condenados à pena capital e caso o acusador que informou sobre as atividades de feitiçaria de um indivíduo não conseguisse provar o que havia delatado, o mesmo era punido com a perda de sua casa, com pena capital ou era atirado ao rio. Como pôde-se observar, na época o misticismo era muito forte e acabou por influenciar a legislação a determinar crimes cruéis para servir de exemplo e evitar que o mesmo fosse cometido por outra pessoa.

## 1.3 VINGANÇA PÚBLICA

Nesse período, as penas de caráter religioso sofreram um gigantesco enfraquecimento, provocado pelo fortalecimento do poder estatal. Surgiram as penas de caráter repressor, que tinham a finalidade de intimidar a sociedade para que os crimes fossem prevenidos e reprimidos. Foi uma época marcada por enforcamentos, apedrejamentos, sepultamentos em vida e humilhações públicas, segundo Maércio Falcão Duarte (1999, online).

Nesta época houve um grande crescimento populacional, além de serem criadas diversas comunidades, onde surgira à figura do líder ou chefe, que agia em nome do povo, sendo representante do povo e as penas que eram impostas e aplicadas pela Igreja, passaram a ser impostas e aplicadas

pelo poder estatal, ou seja, pela autoridade pública, que na época era o representante da comunidade.

O crescimento da população fez com que contendas entre os integrantes das comunidades viessem a surgir, fazendo-os viver num estado de guerra freqüente, fazendo com que o Estado buscasse maneiras de repressão, bem como formas de prevenir a criminalidade praticada na época. Por conta disso, a Igreja passou a ter menos importância quanto à aplicabilidade das penas, pois o Estado passou a caminhar com as próprias pernas. O Estado passou a identificar e punir as pessoas que cometiam delitos dentro da sociedade.

As primeiras punições, de caráter público aplicadas pelo Estado, sendo que o mesmo zelava pelos interesses da realeza, fora para o crime de perduelio, ou seja, era o crime de conspirar contra o Estado, traição, pois o Estado quase sempre posicionava-se beneficiando a realeza. Ademais, existia ainda na época o crime chamado de parricidium, que era um crime de homicídio cometido em um homem livre.

Com o transcorrer do tempo, o Estado foi desenvolvendo-se e novos princípios foram surgindo, fazendo com que o mesmo revisse suas práticas, pois as mesmas só o beneficiava. A sociedade foi evoluindo e isso trouxe uma obrigatoriedade para o Estado, fazendo com que o mesmo visasse de fato os interesses do povo, da sociedade em si e não apenas da realeza.

Mais tarde, surgiram as revoluções industriais e com elas ocorreu um grande êxodo rural, onde as pessoas do campo migravam para as cidades em busca de uma melhor qualidade de vida. Porém, este aumento desenfreado acarretou inúmeros desentendimentos, aumentando assim o número de delitos praticados nas cidades como homicídios, furtos, roubos, dentre outros. Esses fatos aconteceram de maneira generalizada mundo a fora, fazendo com que o Estado brasileiro tomasse medidas mais enérgicas quanto ao combate à criminalidade, criando assim a Constituição da República Federativa do Brasil, no ano de 1988 (CRFB/88), que veio com um propósito de revolucionar o direito aplicado até então.

Com o advento da CRFB/88, ocorreu a desvinculação do Estado com a Igreja, que até aquele momento exercia uma enorme influência nas

decisões tomadas pelo Estado, e assim o mesmo passou a ser um Estado Laico de Direito.

A CRFB/88 trouxe um ar de modernidade para o ordenamento jurídico brasileiro, pois a mesma trouxe consigo normas e princípios que melhor salvaguardavam os direitos dos cidadãos, tornando-os detentores de direitos fundamentais, devendo estes ser respeitados de maneira primordial. Ademais, estabelece a separação dos poderes Judiciário, Executivo e Legislativo, dentre outras inovações.

O caráter revolucionário que a CRFB/88 trouxe para o ordenamento pátrio brasileiro fora muito significativo, pois retirou aquele autoritarismo que impregnava o Estado e passou a criar e aplicar penas que resguardavam o princípio basilar de todo o ordenamento jurídico brasileiro, o da Dignidade da Pessoa Humana. Por conta disso, diversas penas foram vedadas pela Carta Magna brasileira como o banimento, o trabalho forçado, punições de caráter perpétuo, penas cruéis e pena de morte.

Assim, o Estado passou a exercer de fato seu papel perante a sociedade, punindo quem burlasse ou desrespeitasse as normas do convívio em sociedade, sendo o direito penal aplicado em conformidade com os princípios e normas constitucionais.

Pôde-se observar que, antes da CRFB/88, o Estado aplicava as punições de maneira arbitrária, observando apenas seus próprios interesses e com a promulgação da CRFB/88 o mesmo passou a respeitar diversas regras e princípios constantes na Carta Magna brasileira, ou seja, o Estado passou a observar as normas e os mandamentos previstos na constituição.

Ademais, com o advento da CRFB/88 o direito penal brasileiro deve-se ressaltar que o Estado passou por algumas modificações, fazendo-o garantir mais os valores sociais, bem como salvaguardar os direitos fundamentais que fundam a existência de uma sociedade, aderindo a métodos preventivos e repressivos de combate a criminalidade.

Deve-se fazer uma ressalva, na época da vingança o homem vivia atemorizado por conta da falta de segurança jurídica, podendo ser

observado um enorme avanço quanto à aplicabilidade das penas, que passaram a ser aplicadas pelo Estado e não mais por terceiros.

Essas foram às três fases que marcaram a história do direito penal, bem como, a origem do mesmo. Passado tais conceitos pode-se adentrar num estudo aprofundado a cerca da história da castração química e dos crimes sexuais.

#### 1.4 ASPECTOS HISTÓRICOS DOS CRIMES SEXUAIS

Os crimes sexuais desde as eras mitológicas eram cometidos. Os próprios deuses praticavam tais atos desprezíveis, como exemplo pode-se citar o caso onde Zeus seqüestra Europa e a leva para a ilha de Creta, estuprando-a e engravidando-a. Tais casos onde homens abusavam de mulheres eram vistos como algo normal. (KOLLONTAI 2016, online)

Por sua vez, casos de abusos sexuais contra homens geravam uma enorme revolta e repúdio, onde a sociedade clamava por uma punição. Como exemplo de casos de abusos cometidos contra homens tem-se o caso de Laio, onde sua punição foi aplicada com severidade atingindo não somente Laio, mais seus familiares também. (KOLLONTAI 2016, online)

O velho testamento, Êxodo 20:17 traz a mulher como bem material do homem. Tanto em Israel, quanto no Oriente Médio o estupro não era visto como crime, mais sim como adultério. Roma seguia essa mesma linha de pensamento.

No Brasil o estupro veio juntamente com a colonização portuguesa, onde os colonizadores estupravam mulheres indígenas. Em seguida, com a escravidão de homens e mulheres negros no Brasil, os grandes senhores de escravos estupravam as mulheres negras e quando desse ato advinha um filho o mesmo era submetido a escravidão ou era vendido. Ademais, visando lucros os senhores de escravos escolhiam um dentre os negros, com boa aparência física e saudável, para ser encarregado de estuprar as mulheres negras com o intuito de reproduzir e assim gerar mais lucros para seus proprietários. (KOLLONTAI 2016, online)

O Brasil, ainda hoje em alguns lugares, segue a linha de pensamento arcaica que muito se via antigamente. Para corroborar com tal entendimento, somente em 2009 foi publicada a lei nº 12.015 onde o estupro passou a ser um crime contra a dignidade e liberdade sexual da vítima.

Deve-se ter em mente que alguns crimes não possuem tipificação penal no ordenamento pátrio brasileiro como o caso de pedofilia, dificultando a aplicação de penas mais apropriadas para coibir tais crimes.

Neste contexto, a castração química se apresenta como uma possível solução para coibir a prática de crimes sexuais, bem como para forçar mesmo que timidamente os legisladores a legislar sobre práticas criminosas sem previsão legal, buscando a ressocialização do mesmo, tendo como objetivo que o criminoso sexual não volta a delinquir.

### 1.5 ASPECTOS HISTÓRICOS DA CASTRAÇÃO QUÍMICA

Como fora explanado em tópicos anteriores, os crimes sexuais sempre foram combatidos pela sociedade, desde os tempos mais remotos com imposição de penas e castigos rigorosos. Para uma melhor compreensão a cerca do histórico da castração química, se faz necessário um breve relato de como a mesma se originou.

Historicamente, pode-se recordar que a castração tem sua origem com a Lei de Talião, nos moldes da vingança privada, onde imperava a lei do velho testamento: olho por olho, dente por dente. Esta foi vivenciada por muito tempo em quase todo o mundo. O termo talião tem origem latina tálío+onis, significa castigo na mesma medida de culpa, conforme Leonardo Aguiar (2016, online). Pode-se encontrar vestígios da Lei de Talião no velho testamento como no texto de Êxodo 21:12,23 e 24 que diz: “Aquele que ferir mortalmente um homem, será morto. Mas, se houver danos, urge dar a vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé”.

O crime deveria atingir o criminoso na mesma proporção do dano que este havia causado. Sendo assim, aquele que cometesse um crime de natureza sexual sofria um dano igual ou pior ao que havia cometido. Surgiram vários tipos de penas, dentre elas, a castração física.

Há relatos de que a castração era utilizada também como meio de punição, para impor humilhações e castigos para os perdedores de guerras. Na primeira metade do século XX, foi utilizada tornando vários tipos de criminosos estéreis, com a única finalidade de “purificar a raça”. (AGUIAR 2007, online)

Na Idade Média, com o advento da Inquisição, a própria Igreja Católica passou a comandar todo o sistema que envolvia a Lei de Talião. Curiosamente, a castração não era utilizada somente como forma de punição, mas também por motivos religiosos, como no caso dos castrati, que precisavam ter uma voz mais aguda para cantarem hinos na igreja e, por isso, se submetiam a castração para alcançarem tal objetivo. (WIKIPÉDIA, Castrato 2016, online)

No Brasil, antes e depois de sua independência de Portugal, o sistema penal brasileiro tinha como base as ordenações Manuelinas, Filipinas e Afonsinas, as quais adotavam as seguintes punições: Mutilação através de corte de membros, penas de morte, prisão perpétua e açoite. Conforme assevera Archimedes José Melo Marques (2010, *online*):

O homem que praticasse determinados atos sexuais considerados imorais ou criminosos poderia ser condenado à castração, então conhecida por cação que podia ser concretizada de várias maneiras, contanto que com o castigo o agressor não tivesse mais possibilidade de voltar a delinquir devido a perda total do seu apetite sexual. (Marques 2010, *online*)

Com o avanço da sociedade, a Lei de Talião e outras penas cruéis desapareceram e as legislações passaram por uma reforma envolvendo várias correntes humanas, buscando sempre combater a violência urbana, bem como estabelecer o bem social.

As discussões a cerca da aplicação de uma pena diferenciada para os indivíduos que cometem crimes sexuais, como forma de solucionar tal problema e ressocializar o criminoso sexual, voltou à tona de maneira

presente com o surgimento da castração química, na década de 90, nos Estados Unidos. (MARTINS; SALOMÃO 2010, online)

Seguindo o exemplo dos Estados Unidos, vários outros países também já adotaram a castração química, dentre eles: Alemanha, Itália, Argentina, França, Espanha e Inglaterra.

No Brasil, no ano de 2002, o deputado Wigberto Tartuce (PPB-DF), apresentou o projeto de lei nº 7.021/02, que defendia a pena de castração química para aqueles que praticassem o crime de estupro. A proposta foi rejeitada por grande parte dos juristas. (GUERRA 2010, online)

Mais adiante, em 2007, o então Senador Gerson Camata (PMDB-ES) tentou inserir a castração química no ordenamento jurídico brasileiro através do PL 552/07, porém o mesmo fora considerado inconstitucional, conforme aduz Mara Elisa de Oliveira (2012, online).

Atualmente, discute-se acerca do projeto de Lei nº 5398/2013, de autoria do Deputado Federal Jair Bolsonaro, que propõem modificação no Código Penal (CP), acrescentando a castração química como meio de punição para criminosos sexuais. Tal proposta é objeto de estudo do presente artigo científico e tem provocado discussões, sendo alvo de polêmicas, causando divisão entre doutrinadores, juristas e legisladores.

O projeto do deputado federal Jair Bolsonaro é totalmente inspirado em exemplos estrangeiros, como no caso do Canadá, que já adota tal medida e tem obtido índices satisfatórios. Segundo relatos, após a aplicação do hormônio feminino a reincidência de criminosos sexuais tem uma diminuição significativa, caindo de 75% para 2%. (AGUIAR, 2007, online)

São inúmeras as controvérsias e dúvidas quanto à sua aplicabilidade e eficácia para solucionar a questão dos crimes sexuais, um grande problema vivenciado pela sociedade atual.

## **2 A CASTRAÇÃO QUÍMICA**

### **2.1 CONCEITUAÇÃO**

Castrar é cortar, lançar fora ou provocar a total inutilidade dos órgãos reprodutores, perdendo a mulher a função dos ovários e o homem a função dos testículos. Além disso, torna inviável a reprodução e a utilização dos órgãos sexuais (AGUIAR 2007, *online*). A castração acaba por desenvolver uma série de consequências, dentre elas a depressão, queda de cabelo, perda de massa muscular e etc. O dicionário da Língua Portuguesa Michaelis (*online*), afirma que castração é uma “ação ou operação de castrar”. Nesse mesmo sentido versa o significado do dicionário Aurélio:

Castrar: 1. Cortar ou destruir os órgãos reprodutores a; capar; 2. Impedir a proficiência ou eficiência de: Uma reforma ortográfica inoportuna castraria o ensino da língua. 3. Carcear, impedir ou reprimir o desenvolvimento de: 4. Privar a si próprio dos órgãos reprodutores. (Aurélio, 2011)

A castração possui duas vertentes, podendo ser física ou química. A física se caracteriza por ser irreversível, ou seja, o castrado fica permanentemente incapacitado de exercer suas funções sexuais, devido a retirada dos órgãos reprodutores. Já a castração química é uma forma temporária de castração, cujo tempo de duração se limita ao período do tratamento. É ocasionada pela aplicação de medicamentos e hormônios que reduzem a libido e, conseqüentemente, a ação da testosterona. A cerca disso leciona, Carla Guerra (2010):

O tratamento é a soma de um acompanhamento psiquiátrico com sessões de terapia e aplicação de medicamentos e hormônios que reduzem a ação da testosterona, controlam impulso sexual e melhoram o controle comportamental. É uma forma efêmera de castração originada por medicamentos que incidem na aplicação de hormônios femininos (O mais usado é o acetato de medroxiprogesterona) que diminuem drasticamente o nível de testosterona, salientando que os efeitos só se mantêm enquanto durar o tratamento. (GUERRA 2010, *online*)

A castração química também se caracteriza por ser uma medida preventiva e de correção, tendo como principal finalidade a ressocialização do condenado, fazendo cessar a reincidência em crimes sexuais. O procedimento é realizado por meio de medicamentos hormonais, como o depo-provera, uma progesterina que seria uma forma sintetizada do hormônio feminino progesterona e, tal uso, poderia provocar alguns efeitos colaterais como será explanado em tópicos posteriores.

A implantação da castração química como forma punitiva para criminosos sexuais apresenta-se como uma tentativa de solucionar o grande problema dos crimes sexuais e da ressocialização do condenado. Contudo, é necessário um profundo estudo a respeito de sua real eficácia, além dos efeitos que tal punição poderia ocasionar para o criminoso e para a sociedade.

## 2.2 DO PROJETO DE LEI Nº 5398/2013

Antes de abordar o conflito constitucional, é de suma importância conhecer o projeto que é objeto de estudo do presente artigo científico, para que não sejam formados pré-conceitos ou conclusões errôneas acerca do assunto.

O PL 5398/2013 de autoria do Deputado Federal Jair Bolsonaro trouxe algumas alterações no Código Penal (CP) brasileiro e na Lei 8072, de 25 de julho de 1990, que trata dos crimes hediondos, que serão explicados adiante.

O artigo 1º do PL proposta pelo Deputado Bolsonaro trouxe uma alteração no parágrafo único do artigo 83 do CP, acrescentando-o com o texto, ficando da seguinte maneira:

Art. 83. (...)

Parágrafo único. Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir

e, nos casos dos crimes previstos nos artigos 213 e 217-A, somente poderá ser concedido se o condenado já tiver concluído, com resultado satisfatório, tratamento químico voluntário para inibição do desejo sexual.

Esta alteração trouxe, pode-se dizer, uma obrigatoriedade para o livramento condicional nos casos dos artigos 213 e 217-A do CP. Apesar do legislador trazer no texto tratamento voluntário, diz acima que o livramento condicional nestes casos somente poderá ser concedido se o apenado se submeter voluntariamente ao tratamento, logo o mesmo não terá direito ao livramento se não o fizer.

O PL em seu artigo 2º alterou também o artigo 213 e seus §§ 1º e 2º, segue redação do referido artigo e seus parágrafos conforme a alteração:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 9 (nove) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 18 (dezoito) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 18 (dezoito) a 30 (trinta) anos.

Como foi possível observar, com o PL, em examine, o referido artigo teve suas penas aumentadas. Ademais, o PL, no seu artigo 3º, alterou o artigo 217-A, §§ 3º e 4º do CP, seguindo a mudança no artigo 213, ou seja, teve suas penas majoradas, conforme segue:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 22 (vinte e dois) anos.

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 15 (quinze) a 25 (vinte e cinco) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 18 (dezoito) a 30 (trinta) anos.

Por fim, a última alteração constante no artigo 4º do referido PL modifica o § 2º, do artigo 2º da Lei que trata dos crimes hediondos (Lei nº 8072/90), conforme segue:

Art. 2º. (...)

§ 2º. A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, e, se reincidente específico nos crimes previstos nos artigos 213 e 217-A, somente poderá ser concedida se o condenado já tiver concluído, com resultado satisfatório, tratamento químico voluntário para inibição do desejo sexual.

Como ficou evidenciado, esta última alteração, mais uma vez trouxe a necessidade do apenado submeter-se, de maneira voluntária, ao tratamento químico para inibir seu desejo sexual.

O Deputado Bolsonaro em sua justificativa para tal PL, fundou-se nas penas aplicadas nos países desenvolvidos contra indivíduos que cometem crimes sexuais. Ele afirma que existe uma grande mobilização mundial para combater os crimes sexuais, em especial os crimes de estupro e sua reincidência. Ao justificar o PL o Deputado Bolsonaro levanta uma questão, deixando em xeque se o direito individual do apenado deve se sobrepor ao direito da sociedade. Cita, ainda, que em alguns países onde a castração química é aplicada, em casos de crimes sexuais, sua reincidência caiu de 75% para 2%.

Os crimes contra a Dignidade sexual e, particularmente, aqueles praticados contra crianças e adolescentes, causam uma espécie de alvoroço na sociedade, trazendo consigo o desejo de punir e fazer justiça com as próprias mãos. Com isso, várias pessoas tendem a concordar com tal projeto. Porém, o mesmo esbarra em sérios óbices constitucionais, por tentar introduzir anomalias no sistema jurídico e não se harmonizar com um Estado racional de Direito.

Para uma melhor compreensão acerca do tema e do conflito constitucional que envolve a castração química, faz-se necessário discorrer brevemente sobre os direitos humanos e seu significado na sociedade.

### **2.2.1 Direitos Humanos**

Os Direitos Humanos são um conjunto de garantias e prerrogativas indissociáveis ao ser humano, tendo por finalidade proteger, funcionando como um escudo contra o arbítrio, excesso ou abuso do poder Estatal. São reservados a todos os seres humanos, bastando que seja um ser humano para ser titular dos Direitos Humanos Fundamentais. (WIKIPÉDIA, Direitos Humanos 2017, *online*)

Os direitos humanos dividem-se em direitos do homem, direitos fundamentais e direitos humanos. Os direitos do homem são a expressão voltada tipicamente ao direito natural, universal. Os chamados direitos fundamentais retratam as prerrogativas e direitos do homem, pautadas no direito interno. Já os Direitos Humanos são como um gênero, utilizados para as mesmas prerrogativas e direitos circunscritos no Direito interno, bem como no Direito Internacional Público, via os tratados internacionais. (MATHIAS 2006, *online*)

Renata Campetti Amaral (2010) entende direitos humanos como o conjunto de normas que os seres humanos possuem para o desenvolvimento de sua personalidade e estabelece mecanismos para a proteção de tais direitos. A respectiva autora ainda afirma que, as regras de Direito Internacional dos Direitos Humanos não estão submetidas à regra da reciprocidade, ou seja, um Estado não poderá desrespeitar os direitos humanos em face à não observância de outro país. Outra característica destacada pela renomada autora é que as sanções impostas pela

Organização das Nações Unidas (ONU), jamais poderão violar os direitos humanos, mesmo em casos de guerra, já que direitos humanos são imperativos.

Em 1969, o Pacto San Jose da Costa Rica buscou a consolidação entre os países americanos do respeito à justiça social e à liberdade, baseando-se nos direitos humanos essenciais, vindo a ser assinado pelo Brasil somente em 1992. (SANTIAGO 2011, *online*)

O tratado é composto por mais de 81 artigos, prescrevendo no artigo 5º o Direito à integridade pessoal, enfatizando o respeito à integridade física, psíquica e moral versando também acerca das penas de caráter cruel ou de tortura, proibindo a aplicabilidade da mesma.

## 2.3 O CONFLITO CONSTITUCIONAL

Os vários ramos do direito são caracterizados por suas inúmeras divergências. Tais conflitos precisam ser harmonizados a fim de que se encontre o ideal máximo do direito, que é a justiça. O Direito Penal tem como objetivo proteger os bens jurídicos mais importantes, como a vida o patrimônio a liberdade e a propriedade. Para tanto, sanciona aqueles que lesam ou ameaçam com lesão tais bens aplicando penas que também afetam bens essenciais, como no caso as penas privativas de liberdade.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) se atentou para estes problemas e estabeleceu princípios reguladores na tentativa de dirimir e amenizar esses conflitos. Nesse sentido, estabeleceu a vedação de penas cruéis e de caráter perpétuo no art. 5º, XLVII.

A grande discussão se dá em torno da controvérsia existente entre a castração química e os princípios que dão estrutura e coesão ao sistema jurídico brasileiro. Por isso tais princípios, devem ser estritamente obedecidos sob pena de todo o ordenamento jurídico ser corrompido.

Segue a baixo alguns dos princípios constitucionais que divergem com o projeto de Lei nº 5398/2013:

### 2.3.1 Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade humana aflorou no pós 2º Guerra Mundial, posto que até então, o ser humano era descartado, como animais para o abate, do mesmo modo que aconteceu no Holocausto ocorrido na Alemanha. Por esta razão, o mundo horrorizado resolveu por bem criar as Nações Unidas, cuja declaração falava em dignidade humana e a indispensabilidade do homem. Ressalta-se ainda, que a dignidade humana não é definida pelo direito, ou seja, não é a lei que irá dispor o que é dignidade, mas trata-se de um valor ético e moral, tendo como núcleo axiológico o Direito Constitucional. A mesma é pautada como um princípio fundamental, sendo que, em uma eventual colisão de normas, esta prevalecerá. (KUMAGAI; MARTA 2010, *online*)

A dignidade é o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional, dando a direção e o comando para toda interpretação do sistema jurídico brasileiro. Segundo Rizzatto Nunes (2009, p. 49), o conceito de dignidade vem “sendo elaborado no decorrer da história e chega ao século XXI repleto dela mesma como um valor supremo, construído pela própria razão jurídica”.

São Tomás de Aquino diz que é impossível encontrar uma definição para o conceito de dignidade da pessoa humana, afirmando que o termo dignidade é algo absoluto, pertencendo à essência do próprio ser humano. Nesta mesma linha de pensamento discorre Alexandre de Moraes (2010) dizendo que:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES 2010, p. 22)

Nesse sentido pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana é a premissa básica do jus naturalismo, fazendo com que o próprio ser humano repudie algumas condutas e tipos de comportamento que vão contra seus próprios princípios e ideais. Rizzatto (2009) afirma que o termo

dignidade aponta para, pelo menos, dois aspectos diferentes: aquele que é intrínseco ao próprio indivíduo pelo simples fato de nascer pessoa humana; e outro dirigido à vida das pessoas, ao convívio em sociedade e à possibilidade de que têm o ser humano de viver uma vida digna.

Na tentativa de encontrar a raiz da dignidade humana, Chaves Camargo (1994) diz que:

Toda pessoa humana, pela condição natural de ser, com sua inteligência e possibilidade de exercício de sua liberdade, se destaca na natureza e se diferencia do ser irracional. Estas características expressam um valor e fazem do homem não mais um mero existir, pois este domínio sobre a própria vida, sua superação é a raiz da dignidade humana. (CAMARGO 1994, p. 27-28)

Deste modo, pode-se afirmar num aspecto geral que a dignidade humana é um direito incontestável da pessoa, não podendo ser julgada por um único fator, mas sim por uma vasta combinação de aspectos morais, sociais, políticos, religiosos e muitos outros.

A CRFB/88 previu em seu artigo 1º, inciso III a dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundamentais. Esse princípio não é um direito concedido pelo ordenamento jurídico, mas um atributo inerente a todos os seres humanos, independentemente de sua origem, raça, sexo, cor ou quaisquer outros requisitos. Tal princípio estabelece um dever ou obrigação por parte do Estado para com a pessoa humana, de forma que o Estado deve proteger, respeitar e promover uma série de medidas que possibilite ao cidadão uma vida digna. (KUMAGAI; MARTA 2010, *online*)

Portanto, permitir a ocorrência de castração química no Brasil desrespeita efetivamente a dignidade humana contrariando a Carta Magna e retirando do condenado seu direito a uma vida digna.

### **2.3.2 A vedação de Penas de Caráter Cruel**

Não bastasse a afronta ao Princípio da Dignidade, a pena de castração química entra em conflito também com o inciso XLVII, do art. 5º da CRFB/88, que prevê a total proibição de penas cruéis no ordenamento jurídico brasileiro:

Art. 5º (...)

XLVII - Não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis.

Dentro do conceito de penas cruéis, deve estar compreendido o conceito de tortura e tratamentos desumanos ou degradantes, a cerca disso discorre Alexandre de Moraes (2006) em sua obra intitulada “Constituição do Brasil Interpretada”:

Dentro da noção de penas cruéis deve estar compreendido o conceito de tortura ou tratamentos desumanos ou degradantes, que são em seu significado jurídico noções graduadas de uma mesma escala que, em todos os seus ramos acarretam padecimentos físico ou psíquicos ilícitos e infligidos de modo vexatório para quem os sofre. O Estado não poderá prever em sua legislação ordinária a possibilidade aplicação de penas que, por sua própria natureza, acarretem sofrimentos intensos (penas inumanas) ou que provoquem humilhação. (MORAES 2006 p. 338)

Assim, na tentativa de fornecer um conceito claro e completo, A Convenção das Nações Unidas Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes, afirma em seu art. 1º, *in verbis*:

Art. 1º. O termo tortura designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as

dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram. (DECRETO Nº 40, de 15 de fevereiro de 1991)

Assim, pode-se afirmar que a pena deve ser executada nos limites da sua condenação. Dessa maneira, entende-se que pena cruel é aquela que supera o sofrimento inerente à própria pena. Já a pena privativa de liberdade, mesmo provocando intenso sofrimento ao condenado, não tem caráter cruel. Porém, qualquer aplicação de pena que cause ao indivíduo sofrimentos além da própria natureza da pena privativa de liberdade, é considerada cruel.

Nesse mesmo sentido, pode-se dizer que a castração química configura pena cruel e degradante, por ir além do sofrimento inerente à própria pena, trazendo diversos prejuízos para o condenado e gerando inúmeros efeitos colaterais, dentre eles: insônia, convulsões, depressão, tontura, dor de cabeça, nervosismo, sonolência, perda de cabelo, aumento de pêlos, cansaço, reações no local da injeção, febre, redução de tolerância a glicose, perda de cálcio e outros, conforme bula do remédio depo-provera, uma das drogas usadas na castração, encontrada no site [www.medicinanet.com.br](http://www.medicinanet.com.br).

Litza Mattos (2016) entende ser a castração química pena degradante, pois ela priva de dignidades, torna vil, estraga, deteriora aquele que é submetido a ela. É ainda cruel, pois é desumana, dolorosa e prejudicial para a vida daquele que a recebe como sanção pelo crime cometido.

### **2.3.3 Violação aos Direitos do Condenado**

O PL 5398/13, segundo o seu autor, não fere direitos do apenado, pois o tratamento só ocorrerá se o mesmo se dispuser de maneira voluntária. O PL, além de querer incrementar o CP com a castração química, visa a majoração das penas para crimes sexuais na busca de diminuir sua prática e reincidência.

Conforme o artigo 38 do CP, o preso conserva todos os seus direitos, exceto os que forem atingidos pela perda da liberdade, mantendo-se o respeito à sua integridade física e moral.

Constata-se que, embora o indivíduo esteja privado de sua liberdade, os seus direitos e garantias fundamentais continuam assegurados,

principalmente no que diz respeito à dignidade. Assim, a castração química contraria a CRFB/88, já que sua integridade física e moral são violadas.

O referido artigo 38 do CP, remete-se ao princípio da humanização das penas que, tem a finalidade de assegurar ao condenado um tratamento mais humano no que diz respeito à aplicação da lei penal, pois a pena, antes de tudo deve ter o objetivo de ressocializar o indivíduo. Por esse motivo, o ordenamento jurídico brasileiro proíbe qualquer tipo de pena que venha atentar contra a integridade física, psíquica e moral do condenado.

#### **2.3.4 Princípio da Individualização da Pena**

O referido projeto de Lei também entra em conflito com o princípio da individualização da pena, previsto no art. 5º, inciso XLVI da CF/88, pois promove a mesma punição para indivíduos com motivações distintas e com condições reprováveis diferenciadas. De acordo com o projeto, o mesmo indivíduo poderia ser punido mais de uma vez pelo mesmo fato, pois além da pena privativa de liberdade, o condenado seria coagido a aceitar outra pena, considerada cruel e degradante, ferindo a vedação do “bis in idem”, que proíbe a duplicidade de apenação.

Tal princípio encontra-se elencado nos dispositivos legais abaixo:

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

XLVI - a lei regulará a individualização da pena (...)  
(Constituição da República Federativa do Brasil de 1988)

Art. 8º O condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução. (Lei de Execução Penal)

Art. 34 - O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de

classificação para individualização da execução.  
(Código Penal)

A individualização da pena se dará em 3 (Três) fases, sendo elas: cominação que é a fase em que o legislador escolhe os tipos penais na esfera abstrata, fazendo uma valoração quanto aos bens a serem protegidos pelo direito penal, individualizando a pena de cada delito conforme sua relevância e gravidade; aplicação, o próprio nome já diz, é o momento da aplicação da lei pelo julgador. Nesta fase, assim que uma lei entra em vigor e algum indivíduo comete um delito que a viole, o mesmo será responsabilizado por sua conduta delitativa. Ademais, se o delito cometido for típico, ilícito e culpável, o magistrado deverá individualizar a pena fixando uma pena base, conforme disposto no artigo 68, do CP, é o chamado critério trifásico, e posteriormente será a hora de analisar os atenuantes e agravantes, além das causas de minoração ou majoração da pena; por fim a fase da execução onde o apenado é classificado conforme seus antecedentes criminais e sua personalidade, para nortear sua individualização na execução. (PAULA 2016, online)

Nesse contexto, observa-se que o projeto é incompatível com o texto constitucional o que torna sua aplicação no atual sistema brasileiro impossível. Geisiane Oliveira Martins e Rosa Maria Seba Salomão (2010) em seu artigo “A inconstitucionalidade da castração química face ao princípio da dignidade humana”, afirmam seu posicionamento de que agir de forma cruel com esses indivíduos seria o mesmo que punir ladrões amputando seus braços ou difamadores cortando as suas línguas, para em seguida lhes conceder suas liberdades. Ainda acrescenta ser lamentável que o texto normativo constitucional seja diversas vezes ignorado com medidas abusivas recheadas de violabilidade.

### **2.3.5 Princípio da Proporcionalidade**

O princípio da proporcionalidade deve ser compreendido como aquele que estabelece a real simetria entre o meio e o fim. Tal princípio pode-se compreender de modo mais claro através dos ensinamentos de Paulo Bonavides (2006) onde diz que:

Em nosso ordenamento constitucional não deve a proporcionalidade permanecer encoberta. Em se tratando de princípio vivo, elástico, prestante, protege ele o cidadão contra os excessos do Estado e serve de

escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais. De tal sorte que urge, quanto antes, extraí-lo da doutrina, da reflexão, dos próprios fundamentos da Constituição, em ordem a introduzi-lo, com todo o vigor, no uso jurisprudencial. (BONAVIDES 2006, p. 434)

Assim, entende-se que o poder judiciário deve evitar excessos que possam prejudicar a aplicabilidade da lei, agindo de forma moderada e racional, sempre prezando o bem-estar social e zelando para que os direitos que são inerentes à pessoa humana jamais sejam prejudicados.

Ademais, Cesare Beccaria (1999) acerca da proporcionalidade aduz que:

Não somente é interesse de todos que não se cometam delitos, como também que estes sejam mais raros proporcionalmente ao mal que causam à sociedade. Portanto, mais fortes devem ser os obstáculos que afastam os homens dos crimes, quando são contrários ao bem público e na medida dos impulsos que o levam a delinquir. Deve haver, pois, proporção entre os delitos e as penas. (BECCARIA 1999, p. 37)

Neste diapasão, Alberto Silva Franco (2007) entende que:

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um equilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de

estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade). (FRANCO 2007, p. 67)

Portanto, fica claro que qualquer ação do Poder Legislativo que tenha finalidade de tornar efetiva pena gritantemente superior ao ato criminoso do indivíduo, acaba por ferir o princípio da proporcionalidade. Nesse sentido, jamais poderia considerar a castração química proporcional, visto que pune o transgressor com penalidade superior à sanção imposta a muitos outros que cometeram atrocidades mais graves.

### **2.3.6 Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos**

O Brasil segue o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos desde o ano de 1992. O Decreto Nº 592, de 06 de julho de 1992 em seu art. 7º diz que, *in verbis*:

Art. 7º. Ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médias ou científicas.

Assim, o ordenamento pátrio brasileiro veda expressamente, qualquer tipo de experiência médica não devidamente testada, sobretudo com pessoa custodiada pelo Estado. Por isso, pode-se afirmar que antes de entrar em vigor como meio de punição, a castração química precisa ser testada para que se possa ter provas incontestáveis da sua eficácia.

### **2.4 ARGUMENTOS DESFAVORÁVEIS À CASTRAÇÃO QUÍMICA**

A castração química tem provocado um alvoroço, gerando polêmica e dividido opiniões em todo o mundo. No que tange às desvantagens da castração química, destacam-se os posicionamentos expostos nos parágrafos seguintes.

O tratamento da castração química parte do princípio de que a motivação que levaria o criminoso a cometer crimes de natureza sexual seria apenas o fator biológico, ou seja, a alta libido, ou a falta de controle do desejo sexual, ignorando a existência de outros fatores envolvidos, como por exemplo, o fator psicológico.

Por esse motivo, a solução do problema não seria completa, já que o crime sexual não consiste apenas no ato da penetração em si, pois pode

envolver carícias, contato com o pênis e até a manipulação sexual com objetos. Vale salientar que a prática do crime sexual pode também ser cometida por mulheres, assim como por homens castrados. Nesse mesmo sentido, afirma Vera Andrade (2003), ao exemplificar a motivação do estuprador:

A agressão é um motivo mais importante para o estuprador que a satisfação do prazer sexual, ou que o sexo, como a violência, é só uma forma de intimidar as mulheres [...] A maioria dos estupros ocorre dentro de um contexto de violência física em vez de paixão sexual [...] e que o estupro, em vez de ser principalmente uma expressão de desejo sexual, constitui, de fato, o uso da sexualidade para expressar questões de poder e ira. O estupro, então, é um ato pseudo-sexual, um padrão de comportamento sexual que se ocupa muito mais com status, agressão, controle e domínio do que com o prazer sexual ou a satisfação sexual. Ele é comportamento sexual a serviços de necessidades não sexuais. (ANDRADE, 2003, p. 95-96)

Outro problema sem resolução está no fato de que na maioria dos casos, a violência sexual ocorrem no próprio ambiente familiar (COSTA et al 2007, *online*). Dessa forma, a castração química funcionaria como tentativa de esconder a realidade, pois uma vez sendo o agressor um parente próximo, amigo, ou irmão, acabaria este impune da conduta negativa, tendo em vista o grau de afetividade entre a vítima e este.

Há quem defenda que a castração química não seria capaz de atingir sua finalidade, que é punir o condenado, evitar a reincidência e sanar o problema da violência sexual, já que as causas da delinquência sexual vão além da esfera punitiva.

Prevenir o crime não é só uma função penal, pois, evitar que o indivíduo volte a praticar ato criminoso é algo extremamente complexo. Não existe uma fórmula geral para a resolução dos crimes, pois cada um tem sua particularidade, o que torna necessário um tratamento específico para cada tipo de conduta.

O Ex-Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil do Estado de São Paulo (OAB/SP) Luiz Flávio Borges D'Urso, na época do PL apresentado pelo Senador Gerson Camata, afirmou que a castração química é uma punição cruel, desumana e contrária a CRFB/88, conforme pode-se observar na reportagem extraída do site da OAB/SP:

O Estado não vinga, faz justiça. O Estado não tem sentimentos, tem de ser isento para aplicar a pena e fazer justiça. O projeto da castração química traz uma pena que se desvia do eixo de privação da liberdade, pena que, em tese, implica em condição de crueldade, afronta a Constituição”, afirma o presidente da OAB SP. (Revista OAB/SP 2009, *online*)

Há ainda posicionamentos considerando a castração química um retrocesso à antiga Lei de Talião, seguida pelas sociedades mais remotas, através da qual, os crimes de maior reprovação e os que ocasionavam maior clamor social, eram punidos nos moldes da Lei de Talião.

Conclui-se que, aqueles que possuem parecer desfavorável, fundamentam-se na afirmativa de que a castração química violaria várias normas do ordenamento jurídico brasileiro, se atendo somente ao corpo do condenado, não propondo solução para o fator psicológico, regredindo a velha Lei de Talião, imputando ao condenado castigo semelhante ao mal cometido à vítima, fazendo vigorar a máxima “olho por olho, dente por dente”.

#### **2.4.1. Dos Efeitos Colaterais da Castração Química**

A castração química, como visto, ao longo deste artigo científico busca inibir os criminosos sexuais a praticarem tais crimes e os que já cometeram, busca que os mesmos não reincidam. Ademais, além de diminuir a produção de testosterona e eliminar o desejo sexual, a mesma acarreta, ainda, sérios problemas a saúde do apenado submetido ao tratamento de castração química.

Apesar de estudos apontarem que a reincidência de crimes sexuais em casos onde o agressor é submetido à castração química tenha diminuído

de 75% para 2%. Deve-se analisar outro fator que põe em cheque a aplicabilidade de tal medida, deve-se analisar os efeitos colaterais que os apenados sofrerão ao submeterem-se a tal tratamento como aumento de peso, trombose, depressão, cansaço crônico (fadiga), um aumento considerável da pressão arterial, hipoglicemia, dentre outros efeitos que ainda estão sendo analisados.

Márcio Pecego Heide (2007) ao falar de um dos medicamentos utilizados na castração química afirma que:

A castração com o Depro Provera não é, em tese, definitiva. O molestador tem que se apresentar sempre ao médico designado para continuar tomando as injeções no prazo indicado, sem as quais os testículos poderão, até mesmo aumentar a produção de testosterona acima dos níveis anteriormente verificados e causar uma alteração em sua libido de forma mais intensa do que a originalmente verificada. (HEIDE 2007, *online*)

Existem vários inibidores que podem ser utilizados na castração química além do Depro Provera, como o acetato de medroxiprogesterona (MPA). Larry Helm Spalding (1997) acerca da aplicação deste inibidor, entende que:

Quando usado nos homens, a MPA efetivamente inibe as ereções, ejaculações e reduz a frequência e intensidade dos pensamentos eróticos. Os efeitos incluem o aumento do apetite, ganho de peso de 15 a 20kg, fadiga, depressão, hiperglicemia, impotência, diminuição do volume ejaculatório, insônia, pesadelos, dispneia (dificuldade em respirar), ondas de calor e frio, perda de cabelo, náusea, cãibras nas pernas, irregular função da vesícula biliar, diverticulite, enxaqueca, hipogonadismo, flebite, aumento da pressão do sangue, hipertensão, trombozes (próximo a ataque cardíaco), diabetes, e encolhimento da

próstata e dos vasos seminais. (SPALDING 1997, *online*)

Ademais, a castração química pode, ainda, acarretar o aumento da pressão arterial a níveis gravíssimos, além da possibilidade de ocorrer o aumento das mamas (ginecomastia).

Estudos demonstraram que a redução do interesse sexual e das ereções, por conta da castração química são de caráter temporário, ou seja, são reversíveis, podendo o indivíduo voltar a produzir testosterona assim que houver a interrupção dos medicamentos ministrados na castração química. Porém, não se sabe ao certo se os efeitos colaterais, causados pelo tratamento, da castração química são de caráter temporários, ou seja, reversíveis, não tem-se a confirmação se com a interrupção do tratamento se os efeitos colaterais cessariam. (KRISHNAN 2016, *online*)

Deve-se ressaltar que, nos países onde o uso da castração química é adotado, sua aplicabilidade não possui um prazo de duração, o tratamento possui um prazo variável, pois o tratamento de castração química só terá sua interrupção autorizada mediante um relatório de um perito. Se o mesmo entender que a produção de testosterona dos indivíduos submetidos à castração química demonstrar uma tendência para a prática delitiva de um crime de cunho sexual, o tratamento químico para inibição dos hormônios deverá prosseguir.

Deve-se salientar que a utilização de maneira prolongada destes inibidores sexuais pode acarretar danos irreparáveis.

Neste diapasão, Tereza Rodrigues Vieira (2008) entende que:

A aplicação do acetato de medroxiprogesterona (MPA) em homens pode deixar sequelas como a falha na irrigação do pênis e na ereção, frustrando o orgasmo, acarretando, também, perda óssea, aumento de peso, hipertensão, mal-estar, trombolismo, fadiga, hipoglicemia, ginecomastia e depressão. (VIEIRA 2008, *online*)

Assim, mesmo tendo como finalidade inibir o desejo sexual, ou seja, uma forma de impotência de caráter temporário, a castração química com seu uso extensivo e em excesso pode prejudicar a recuperação do indivíduo, na busca de retomar sua potência sexual. Ademais, o tratamento químico tem como efeitos colaterais o crescimento da pressão arterial e a atrofia do pênis do indivíduo, podendo até mesmo acarretar um câncer hepático.

Genival Veloso de França (2001) entende que o tratamento químico não possui aparente caráter irreversível, além das alterações e anomalias que tal procedimento inibitório pode causar, não modificam o caráter discriminador e cruel que tal punição assevera aos apenados.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Como visto, a castração química é uma medida de punição de caráter preventivo, realizada por medicamentos hormonais, com o objetivo de tornar possível o retorno do criminoso sexual ao ambiente social, sem que este gere danos para a comunidade.

Vários países já aderiram tal medida com a finalidade de reduzir os índices de reincidência em crimes sexuais, buscando tratar e ressocializar tais criminosos. Inspirado em tais ordenamentos, surge o projeto de Lei nº 5398/2013, apresentado como proposta pelo Deputado Federal Jair Bolsonaro.

Ao se tratar dos crimes sexuais, é necessário avaliar o contexto social de valores, a trajetória histórica da sociedade, as peculiaridades de cada fato e a necessidade de regulamentação pela norma. Não é possível analisar os crimes sexuais somente através da norma, ou das medidas punitivas para as condutas ilícitas praticadas pelo criminoso sexual.

A castração química é uma dessas possíveis medidas para findar o referido distúrbio, proporcionando o regresso desse indivíduo na sociedade sem que este provoque prejuízos para a comunidade.

Há posicionamentos favoráveis e desfavoráveis à castração química. O primeiro grupo afirma ser uma medida segura e eficaz no combate aos crimes sexuais, exaltando que não existem conflitos constitucionais, visto

que, a medida se daria de forma voluntária dependendo de uma vontade intrínseca do indivíduo condenado a submeter-se ao tratamento. Essa corrente ainda sustenta a ideia de que a castração química atenderia o interesse social, cumprindo sua função de ressocializar o condenado, zelando pela segurança pública e pelo bem comum social.

O segundo grupo alega que o tratamento da castração química só solucionaria em parte o problema dos crimes sexuais, visto que, a medida só se atenta ao fator biológico, ou seja, a alta libido, ou a falta de controle do desejo sexual, ignorando a existência dos outros fatores envolvidos. Essa corrente se posiciona considerando a castração química um retrocesso à antiga Lei de Talião, violando várias normas do ordenamento jurídico brasileiro, não propondo solução clara e eficiente para o problema.

De fato, o ônus maior do problema é vivenciado pela vítima da agressão sexual que acaba por transportar o sofrimento, provocando um alvoroço na sociedade que é tomada por um desejo exacerbado de fazer justiça com as próprias mãos.

Contudo, são inúmeras as controvérsias relativas ao tema, no qual, tem-se em um dos pólos a vítima que sofre com as consequências, muitas delas irreversíveis ocasionadas pela conduta do criminoso sexual, já no outro pólo tem-se a figura do mesmo, que submetido à castração química pode sofrer traumas e efeitos colaterais também irreversíveis.

É necessário aceitar a tragédia como um fenômeno presente na sociedade atual, é preciso observar o criminoso sexual não como um ser repugnante e que deva ser excluído do social, mas sim, deve-se trabalhar para reinserção deste, buscando resgatar sua personalidade, valores e princípios atribuindo-lhe um tratamento adequado e eficaz.

Para que tal fato aconteça, é necessário que os operadores do direito atuem de forma verdadeira e presente, buscando a elaboração de normas compatíveis com as necessidades sociais, que tragam resultados eficazes, primando sempre pela completa aplicabilidade da lei.

## **REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO**

AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. **O direito do condenado à castração química.** Fonte: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10613>. Acesso em 16 de julho de 2017, às 12h09min.

AGUIAR, Leonardo. **Evolução Histórica do Direito Penal.** Fonte: <https://leonardoaaaguiar.jusbrasil.com.br/artigos/324823933/evolucao-historica-do-direito-penal>. Acesso em 26 de julho de 2017, às 22h57min.

BOLSONARO, Jair. **Projeto de Lei nº 5398/2013.** Fonte: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=572800>. Acesso em 30 de julho de 2017, às 19h56min.

BRASIL. **Código Penal.** Decreto Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940. Fonte: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 27 de julho de 2017, às 15h42min.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Fonte: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 27 de julho de 2017, às 10h16min.

DUARTE, Maércio Falcão. **Evolução histórica do Direito Penal.** Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 34, 1 ago. 1999. Fonte: <http://jus.com.br/revista/texto/932>. Acesso em 30 de julho de 2017, às 12h16min.

FRANCO, Alberto Silva Franco. **Crimes hediondos.** 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GUERRA, Carla. **A Castração Química e seus Reflexos (IN) Constitucionais.** Fonte: [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=4887](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4887). Acesso em 24 de julho de 2017, às 17h51min.

KOLLONTAI, Verinha. **A cultura do estupro da sua origem até a atualidade.** Fonte: <https://feminismosemdemagogia.wordpress.com/2016/06/23/a-cultura-do->

estupro-da-sua-origem-ate-a-atualidade/. Acesso em 30 de julho de 2017, às 19h21min.

MARQUES, Archimedes Jose Melo. **Crimes sexuais: da antiga cação para a moderna cação química.** Fonte: <http://www.meuartigo.brasilecola.com/sexualidade/crimes-sexuais-antiga-capacao-para-moderna-castracao-.htm>. Acesso em 24 de julho de 2017, às 18h56min.

MARTINS, Geisiane Oliveira. SALOMÃO, Rosa Maria Seba. **A inconstitucionalidade da cação química face ao princípio da dignidade humana.** Fonte: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8157](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8157). Acesso em 30 de julho de 2017, às 18h05min.

OLIVEIRA, Mara Elisa de. **Cação química não é compatível com a Constituição.** Fonte: <http://www.conjur.com.br/2012-set-16/mara-oliveira-castracao-quimica-nao-compativel-constituicao>. Acesso em 27 de julho de 2017, às 13h00min.

WIKIPÉDIA. **Castrato.** Fonte: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Castrato>. Acesso em 22 de julho de 2017, às 23h28min.

## ORIGENS HISTÓRICAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL E CONSUMERISTA

**GERALDO UCHÔA DE AMORIM JÚNIOR:**

Servidor público do Ministério Público do Estado do Amazonas. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Amazonas.

**RESUMO:** O presente estudo visa a proporcionar um breve panorama histórico sobre o surgimento da responsabilidade civil e consumerista ao analisar a evolução legislativa, das sociedades primitivas até a era moderna, das diversas formas de reparações de danos patrimoniais e extrapatrimoniais, em especial os reflexos do direito francês na formação dos institutos no Brasil e o panorama histórico-cultural do direito estadunidense na formação do direito do consumidor.

**PALAVRAS-CHAVE:** Responsabilidade. Evolução histórica. Direito francês.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução 2 Evolução histórica da responsabilidade civil 3 A origem da responsabilidade no Código de Defesa Do Consumidor 4 Considerações Finais 5 Referências Bibliográficas

---

### 1 INTRODUÇÃO

A reação a qualquer mal injusto causado a outrem é o núcleo *mater* para compreensão das diversas facetas da responsabilidade. Assimila-se, em um primeiro momento, que todos os grupos sociais tendem, por sua natureza, agir de forma ativa para reparar males sofridos.

Contudo, com a evolução da sociedade e a criação de um ordenamento jurídico (afastando-se a autotutela e enaltecendo-se a heterocomposição), passa-se para uma fase histórica em que um terceiro (Estado) intervém nas relações sociais.

O objetivo do presente trabalho é analisar a evolução da responsabilidade civil, desde a Antiguidade Clássica até a evolução do direito consumerista, abordando alguns dos principais fenômenos históricos que possibilitaram o atual estágio de desenvolvimento sobre o assunto.

## 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade, compreendida como instituto de reparação do dano injustamente causado, passa a ter sua primeira codificação através da Pena de Talião, da qual se encontram traços na lei das XII Tábuas, do Código de Ur-Nammu e do Código de Manu. Insta salientar que as relações de reparação focavam-se na vingança, marcada, todavia, pela intervenção do poder público, visando a discipliná-las. Ademais, concebeu-se a possibilidade inovadora de composição dos conflitos, ao alvitrar a exclusão da Pena de Talião, por força de solução transacional, e imposição de uma pena pecuniária. Nas palavras do memorável Gonçalves (2013, p.25):

Sucedo o período da composição. O prejudicado passa a perceber as vantagens e conveniências da substituição da vindita, que gera a vindita, pela compensação econômica. A vingança é substituída pela composição a critério da vítima, mas subsiste como fundamento ou forma de reintegração do dano sofrido. Ainda não se cogitava a culpa.

Verdadeiro divisor de águas para a responsabilidade civil foi a *Lex Aquilia*, do direito romano. O diploma normativo detém tamanha importância, tanto que deu nome à nova designação da responsabilidade civil delitual, devido aos objetivos que almejava: a separação da responsabilidade civil e penal; a fixação de multas pela reparação pecuniária do dano causado; o surgimento da figura da responsabilidade por culpa; ; a difusão da reparação extracontratual; a noção de proporcionalidade entre injusto e punição; e a separação entre delitos públicos, pena econômica era recolhida aos cofres públicos, e os delitos privados, montante era destinado aos lesados.

Difundido na época de Justiniano, previa a possibilidade de responsabilidade civil extracontratual, respondendo-se independente de relação obrigacional prévia. Parte-se da concepção inicial, consagrada em meados do século III, de atribuição ao titular de bens e direitos ao pagamento de uma penalidade em dinheiro de quem tivesse destruído ou deteriorado seus bens, abarcando-se nestes conceitos os escravos, relegados ao *status* de coisa. A noção de culpa é central, traduzindo-se na negligência, imprudência e imperícia, ou pelo dolo.

Convivendo harmonicamente com os regramentos anteriores, também inovou ao prever a substituição das multas fixas por penas proporcionais aos danos causados. Contudo, restringia seu campo de aplicação à responsabilidade pelo proprietário de coisas lesadas, primando pelo princípio do *damnum injuria datum*.

Foi com a Escola do Direito Natural, conhecida como a corrente doutrinária que defende o jusnaturalismo (teoria transcendental de que os direitos surgem das leis naturais, visto que com a criação da sociedade são consideradas normas divinas, pela qual os homens estariam subordinados), que se ampliou o conceito da Lei Aquilia, no século XVII. Os juristas da época foram capazes de discernir que a pedra matriz da responsabilidade civil funda-se na quebra do equilíbrio patrimonial provado pelo dano, transferindo-se o “enfoque da culpa, como fenômeno centralizador da indenização, para a noção de dano”, conforme preleciona Venosa (2013, p. 19).

O direito francês aperfeiçoou os dogmas romanos, ao sistematizar a principiologia da responsabilidade civil, fundando uma teoria geral ao invés do anterior rol taxativo de situações de composição obrigatória. O Código Civil de Napoleão, grande influente do Código Civil brasileiro de 1916, alçou a culpa, ainda que leve, como elemento básico da responsabilidade civil extracontratual, em seus arts. 1.382 e 1.383.

No referido Código enfrentou-se o caráter puramente objetivo das ordenações primitivas, com a conseqüente substituição da ideia de pena para uma valoração da reparação do dano sofrido, famosa *in lege Aquilia ET levíssima culpa venit* (a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar).

A história da responsabilidade civil no direito nacional advém do Código Criminal de 1830, o qual, por determinações da Constituição do Império, transmudou-se em um único Código Civil e Criminal. Havia, portanto, uma dependência entre os institutos, condicionando-se a reparação civil à condenação criminal. Somente posteriormente houve a separação da jurisdição civil e da criminal.

A temática da responsabilidade no sistema jurídico brasileiro inicia de forma extremamente simples, fiel ao ideário liberalista do século XX,

resumindo-se a um único artigo previsto no Código Civil de 1916, concentrado na cláusula geral do art. 159, cujos precursores eram adeptos à teoria subjetiva, que trazia como pressuposto da responsabilidade a prova de culpa ou dolo do causador do dano. Em excepcionais circunstâncias se admitia a culpa presumida (arts. 1.527 a 1.529).

Dois fatores foram essenciais para a evolução na temática da responsabilidade civil: a revolução industrial, a partir da segunda metade do século passado, inserindo-se o desenvolvimento científico e tecnológico, e a busca da justiça social na construção de uma sociedade solidária, o que tornou imprescindível a forma organizacional das nações, ao buscar-se a garantia de acesso a todos os cidadãos aos bens e serviços necessários a uma vida digna.

Em relação específica ao direito do consumidor, a Revolução Industrial provocou cisão entre a produção e comercialização nos moldes de tempos pretéritos, visto que antes as relações dos fabricantes se circunscreviam a situações diretas e pessoais com seus clientes, ao passo que surge neste momento histórico uma elevação exponencial da capacidade produtiva, passando da produção manual, artesanal, sob encomenda, realizada em núcleos familiares, a uma produção em massa, em grande quantidade, para fazer frente ao aumento da demanda decorrente da explosão demográfica.

Neste contexto histórico surge na doutrina uma nova modalidade de responsabilidade civil, já não fundada na teoria da culpa, mas sim, em um primeiro momento, no exercício de atividades perigosas. Encara-se a ótica da responsabilidade sob um prisma objetivo, não se perquirindo se o padrão incorreu em negligência, imprudência ou imperícia quanto ao acidente de seu emprego, mas possui o dever de indenizar em decorrência do controle dos meios de produção. A adesão dessa nova mentalidade não surge inicialmente no Código Civil de 1916, mas em leis especiais, como a Lei das Estradas de Ferro, Acidente do Trabalho, Seguro Obrigatório, Dano ao Meio Ambiente, entre outras, porquanto a cláusula geral de seu art. 159 era tão hermética que não possibilitava qualquer interpretação que não fosse a subjetiva.

Trata-se, portanto, de teoria voltada ao exercício de determinadas atividades que possam oferecer um risco social, primando-se pelo aspecto objetivo, e não mais subjetivo para deflagração do dever de indenizar. Funda-se em princípio balizado desde o direito romano: aquele que lucra com uma situação deve responder pelos riscos dela resultantes (*ubi emolumentum, ibi ônus; ubi commoda, ibi incommoda*).

Em uma acepção ainda mais moderna, pode-se afirmar que a teoria da responsabilidade objetiva se biparte em: teoria do risco e teoria do dano objetivo.

A grande revolução da responsabilidade civil, positivada no ordenamento jurídico brasileiro, ocorre apenas com a Constituição de 1988, posto que solidificou a questão da indenização por dano moral, prevista no art. 5º, incisos V e X, e determinou a responsabilidade objetiva de todos os prestadores de serviços públicos pelos danos ocasionados a terceiros (salvo as hipóteses de exclusão da responsabilidade, como caso fortuito e força maior e culpa exclusiva da vítima), em seu art. 37, §6º. Importante ressaltar a dimensão da modificação ensejada pela Carta Magna: em períodos anteriores os prestadores de serviço público, relacionados a matérias tipicamente consumeristas como luz, gás, telefonia e transporte, respondia por suas ações e omissões de forma subjetiva, devendo comprovar-se a culpa. A Constituição altera diametralmente esse entendimento e determina a responsabilidade objetiva de tais agentes.

Trata-se da grande tese defendida no presente trabalho: através de uma interpretação histórica-sistemática do texto constitucional é possível claramente a preocupação dos legisladores em defender parcelas populacionais que apresentam características de fragilidade frente à sociedade moderna. Não se trata de violação do princípio da isonomia, mas de sua aplicação através do raciocínio de que postos em situações desiguais, apenas com a intervenção estatal é possível se equilibrar relações tipicamente desiguais. Não se perquire uma responsabilidade ilimitada da sociedade pelas mazelas sociais, mas apenas que o ordenamento jurídico seja apto a distinguir situações de hipossuficiência e seja efetivamente capaz de saná-las.

A responsabilidade do advogado frente ao cliente, pessoa física, parte justamente dessa premissa, conforme será amplamente debatido: em uma sociedade de relações massificadas, não é possível olvidar de situações de carência por mero comodismo legal. É vital para o desenvolvimento social, primado pela dignidade da justiça humana, a proteção de minorias tipicamente fragilizadas.

O Código Civil de 2002 harmonizar-se com tal ideologia, ainda que não se refira expressamente ao CDC, ao prever como matriz ideológica a função social do contrato, conforme apregoado nos artigos 421 e 422 do NCC, em contraste aos princípios patrimonialistas e individualistas do Código Civil de 1916. A função social do contrato (socialidade), bem como a boa-fé objetiva (eticidade), também são almejadas pelo CDC, ao prever neste diploma rol de cláusulas abusivas, art. 51, que nada mais são do que a busca pela função social do contrato.

Outro ponto de convergência é o instituto da lesão nos negócios jurídicos, previsto no artigo 157 do Código Civil de 2002, previamente definido no CDC, em seu art. 39, IV, ao vedar ao fornecedor de produtos ou serviços "prevaler-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe produtos ou serviços". De igual modo, segundo o inciso V do mesmo artigo, não pode o fornecedor de produtos ou serviços "exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva". Tais comandos são, em verdade, a aplicação do princípio geral da lesão, descrita no artigo 157: "Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta".

### **3 A ORIGEM DA RESPONSABILIDADE NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

Estudiosos apontam que foi no antigo Egito que a proteção do consumidor apresentou seus primeiros sinais. O povo egípcio possuía o hábito, por questões estéticas, religiosas, e de saúde, de pintar o próprio corpo com alguns tipos de maquiagem, sendo possível identificar, já naquela época, a existência de competição entre os fabricantes dos mencionados

produtos, no sentido de produção de consumos duráveis e de boa qualidade para satisfação do mercado local.

Também no antiqüíssimo Código de Hammurabi, especificamente na Lei N.º 233, apresentam-se vestígios da proteção ao consumidor, ao se determinar que o arquiteto que construísse uma casa cujas paredes fossem deficientes, estaria obrigado a reconstruí-las às suas próprias expensas. Mais fortemente se pregava a noção de vingança privada, visto que em acidente fatal as posições familiares que os falecidos ocupassem, corresponderiam à morte do arquiteto e de seus familiares.

No direito grego, das lições de Aristóteles em seu célebre *Constituição de Atenas*, apregoava-se a necessidade de justa medida entre os vendedores e os compradores, não podendo àqueles se beneficiarem da inexperiência destes.

Na França e na Espanha medievais, previam-se penas vexatórias para os adulteradores de substâncias alimentícias, sobretudo a manteiga e o vinho.

Vários são os indícios que permitem aferir uma inquietação constante nas práticas sociais, desde os primórdios das organizações humanas, em preservar figuras hipossuficientes frente as potenciais lesões praticadas pelos vendedores.

O movimento consumerista em si, consolidado nos interesses a serem defendidos e com plena formação estratégica para protegê-los, advém de forma organizada com os “movimentos dos frigoríficos de Chicago”, os quais desaguaram na criação da denominada “Consumer League”, em 1891, até alcançar a sua composição atual de “Consumer Union” dos Estados Unidos da América. Nas palavras de Filomeno (2012, p. 15):

Os movimentos dos frigoríficos de Chicago representam o momento inicial em que os operários lutavam por melhores condições de trabalho e também por boas condições de conservação dos alimentos nos frigoríficos. No entanto, com o passar do tempo, os movimentos trabalhistas e consumeristas acabaram

por separarem-se, tendo sido criada a denominada Liga dos Consumidores (1891)- "Consumer's League", que evoluiu para o que hoje é a "poderosa e temida "Consumer's Union " dos Estados Unidos .

A referida entidade tem como objetivos principais a conscientização dos consumidores, promoção de ações judiciais, e aquisição de praticamente todos os produtos lançados no mercado americano para análise e emissão de opiniões, amplamente respeitadas pela comunidade, sobre as vantagens e desvantagens dos produtos.

No direito brasileiro toma-se como referência o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), sediado em São Paulo, que visa justamente aos mesmos objetivos traçados pela "Consumer Union".

Trata-se da aplicação da ideologia da terceira geração dos direitos fundamentais, correspondente à fraternidade da Revolução Francesa, objetivando à proteção dos direitos decorrentes de uma sociedade modernamente organizada, compreendendo-se a diversidade das relações jurídicas estabelecidas em razão do profundo processo de industrialização e urbanização.

Almeja-se à proteção, entre outros, do direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à comunicação, e, enfoque do presente trabalho, direitos dos consumidores e vários outros relacionados a grupos de pessoas mais vulneráveis (a criança, o idoso, o deficiente físico etc.).

Neste contexto histórico elabora-se a Resolução N.º 39/248 da Organização das Nações Unidas, aprovada em 09/04/1985, inspirada na famosa declaração dos direitos do consumidor, proferida pelo presidente John Kennedy, em 15/03/1962, data esta considerada no plano internacional "dia do consumidor".

A referida Resolução traçou uma política geral de proteção ao consumidor destinada aos Estados filiados, prevendo que cada ordenamento deveria buscar conciliar seus interesses e necessidades,

especialmente os que se encontram em fase de desenvolvimento. Reconhece-se que o consumidor está em uma posição de, no mínimo, desequilíbrio em face da capacidade econômica, nível de educação e poder de negociação dos fornecedores. Evidenciou-se que aqueles têm direito à aquisição a produtos que não sejam perigosos, bem como a obrigação de cada país em promover o desenvolvimento econômico e social justo, equitativo e seguro.

Não se trata unicamente na proteção da saúde e segurança do consumidor, ainda que sejam essas suas bases fundamentais, mas também para consolidar a atuação de grupos organizacionais que desempenhem papel interventivo nas políticas decisórias dos Estados. Nas palavras de Filomeno (2012, p. 6). A preocupação fundamental do texto normativo foi a de:

Proteger o consumidor quanto a prejuízos à sua saúde e segurança, fomentar e proteger seus interesses econômicos, fornecer-lhe informações adequadas para capacitá-lo a fazer escolhas acertadas de acordo com as necessidades e desejos individuais, educá-lo, criar possibilidades de ressarcimento, garantir a liberdade para formação de grupos de consumidores e outras organizações de relevância, e oportunidade para essas organizações possam intervir nos processos decisórios a ela referentes.

Constata-se, portanto, uma aproximação com o exposto por Peter Häberleem sua clássica obra “A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição”, ao visar à interpretação do sistema jurídico como um todo através de múltiplos intérpretes e, entre eles, a própria sociedade organizada. Repugnam-se textos normativos que não sejam capazes de conciliar as normas vigentes com a dinâmica social.

Identifica-se na França grande preocupação na proteção do consumidor. Em 1973, foi editada a Lei Royer, visando a salvaguardar o pequeno comércio e o artesanato, ao prever normas de regulamentação da

publicidade ilícita e a permissão de exercício da ação civil pelas associações de consumidores. Em 1978, edita-se a Lei nº 78-22, Lei Scrivner, a qual objetivava coibir cláusulas abusivas, e a Lei nº 78-23, cujo artigo 35 aduz os elementos caracterizadores da abusividade nas relações de consumo. A Lei nº 95-96, de 1995, alterou alguns artigos do Código do Consumo (*Code de la Consommation*), ao prever o art. 132-1, determinando que nos contratos firmados entre profissionais e não profissionais ou consumidores são abusivas as cláusulas que criem, em detrimento do não profissional ou consumidor, um desequilíbrio significativo entre os direitos e obrigações das partes contratantes.

No direito italiano, em contraposição ao que prescreve a legislação consumerista brasileira e a alemã, as cláusulas abusivas nos contratos de consumo não são nulas de pleno direito. O artigo 1.341 do Código Civil Italiano, as referidas cláusulas podem ter eficácia, desde que especificamente aprovadas por escrito. A “aprovação”, nesse sentido, invoca a premissa de consentimento (*pacta sunt servanda*).

Não obstante o amplo arcabouço normatizado sobre o tema, a intensa dinâmica das relações sociais, que se percebe desde a Revolução Industrial e as duas guerras mundiais, necessita de instrumentos mais céleres para a resolução de conflitos do que a normatização das situações jurídicas através da positivação do direito.

Surge então o papel fundamental da jurisprudência para não apenas preservar o ordenamento jurídico vigente (função de *bouche de la loi*, conforme propunha Montesquieu), mas de exercer papel efetivo na renovação interpretativa dos dogmas existentes. Não basta que os magistrados se circunscrevam aos parâmetros já pré-estabelecidos, mas que sejam catalisadores sociais e permitam que na busca da justiça social construa-se uma sociedade verdadeiramente livre, justa e solidária.

As amplas modificações referentes à responsabilidade civil são exemplos da versatilidade, situação absolutamente dinâmica, da jurisprudência e doutrina, visto que se evolui do clássico conceito de culpa ao risco, das modalidades de indenização para as novas formas como a

perda de uma chance e criação de fundos especiais para os danos ambientais.

Sendo assim, a jurisprudência alcança sua finalidade essencial de pacificação social através de intensos debates orquestrados pelos magistrados. Um dos assuntos que apresentam grandes divergências ao longo da história recente do direito brasileiro é a possibilidade de se utilizar os ditames do Código de Defesa do Consumidor nas relações jurídicas existentes entre os advogados e seus clientes.

Nos ensinamentos de Cavalieri Filho, percebe-se o profundo respeito do eminente jurista no papel interpretativo do Judiciário, ao declarar que (2014, p.8):

Acreditamos também que a jurisprudência e o gênio criativo dos juristas continuarão a desempenhar o papel principal neste novo século, tal como aconteceu ao longo do século XX. Como vimos, a responsabilidade civil evoluiu sob uma legislação imóvel; os juristas, os magistrados, os advogados e os membros do Ministério Público foram a alma do progresso jurídico, os artífices laboriosos do direito novo contra as fórmulas velhas do direito tradicional.

Sob esse enfoque de posicionamento da jurisprudência, a Ciência Consumerista deve ser entendida através da ótica da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, visto que não se trata de mero conjunto de regras e princípios que regem a tutela dos consumidores de modo geral, mas se direciona, também, para a implementação efetiva de instrumentos que os coloquem em prática.

Deve-se assimilá-lo sob dois enfoques do Texto Constitucional, como exercício da cidadania e a propagação da dignidade da pessoa humana, entendidos como a qualidade de todo o ser humano, como destinatário final do bem comum de qualquer Estado, que resguarda seus direitos individuais e sociais, mediante a utilização de instrumentos adequados pelos organismos institucionalizados, bem como auferir verdadeiros resultados nos pleitos litigiosos.

O Código de Defesa do Consumidor, Lei N.º 8.078, de 11/09/1990, trouxe o grande golpe na responsabilidade subjetiva, em 1990. Engendrou um novo sistema de responsabilidade ao transferir os riscos de consumo do consumidor para o fornecedor, quer decorrentes dos acidentes de consumo decorrentes do fato do produto (art. 12), que do dano do fato do serviço (art. 14).

Configura-se, portanto, como verdadeiro microsistema jurídico por conter: princípios que lhe são próprios (vulnerabilidade do consumidor, como exemplo); ser interdisciplinar em suas normas (alcança diversos outros ramos, como o direito constitucional, civil, penal e etc); multidisciplinar em essência (apresenta normas de caráter variado, tornando-se norma especial em relação a alguns aspectos).

Não é suficiente a previsão de um conjunto de normas sem a disponibilização de instrumentos efetivos para a sua defesa. Sendo assim, alguns mecanismos próprios de tutela podem ser citados, como a atuação de assistência jurídica, integral e gratuita, para os consumidores carentes; especialização do Ministério Público para a defesa de seu regramento com a criação de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, bem como a criação de Delegacias de Polícia Especializadas no atendimento de vítimas de infrações penais de consumo; previsão de Juizados Especiais, com rito mais célere e de Varas Especializadas para a solução de conflitos; e, entre diversos outros, concessão de estímulos à criação e ao desenvolvimento das Associações de Defesa ao consumidor.

Tema controverso na jurisprudência refere-se à possibilidade de utilização do Código de Defesa do Consumidor às relações firmadas no mundo fático em período anterior ao comando normativo. O salutar da discussão é a plena concordância dos Tribunais no aspecto de que o CDC é uma lei de ordem pública e interesse social, não podendo ser derogado pelas partes, haja vista que entende-se como direito e garantia fundamental conforme exposto pela Constituição Federal.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Através da análise da evolução da responsabilidade civil, desde as sociedades primitivas, pautadas pela autotutela, passando pela *Lex Aquilia*,

do direito romano, ingressando no Código de Napoleão e na Constituição Federal de 1988, percebe-se que os institutos jurídicos se renovam visando alcançar a pacificação social, fim último do Direito. Torna-se possível, portanto, afirmar que o direito positivado não pode ser utilizado como subterfúgio para que os institutos jurídicos não sejam analisados à luz da realidade social.

Partindo de uma digressão histórica, é possível a correta interpretação do sistema de proteção do consumidor, nos moldes atuais, analisando-se uma série de ocorrências históricas envolvendo o consumo e discriminando a evolução dos institutos jurídicos aplicáveis a tais relações.

### **5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm).

BRASIL, **Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil**, Publicado no Diário da Justiça, Seção I, do dia 01.03.95, pp. 4.000/4004, disponível em <http://www.oab.org.br/visualizador/19/codigo-de-etica-e-disciplina>.

BRASIL, **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil, disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm).

BRASIL, **Lei 5.869**, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm).

BRASIL, **Lei 8.078**, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor, disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm).

BRASIL, **Lei 8.906**, de 4 de julho de 1984, Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm).

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade civil**. 11ª Edição. São Paulo. Atlas. 2014, p. 8.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direito do Consumidor**. 11ª Edição. São Paulo. Editora Atlas.2012, p. 6.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, 3**. 10ª Edição. São Paulo. Saraiva, 2013, p. 31.

TARTUCE, Flávio. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor, Volume Único**. 1ª Edição. São Paulo. Editora Método. 2014, P. 111 e 112.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil, Vol. IV**. 13ª Edição. São Paulo. Atlas. 2013, p. 19.

## O NOVO CPC, A POSSIBILIDADE DE CORREÇÃO DA AUTORIDADE COATORA NO MANDADO DE SEGURANÇA E A INADMISSIBILIDADE DA "CILADA PROCESSUAL"

**LUIZ ALEXANDRE COMBAT DE FARIA TAVARES:**  
Graduado em Direito pela UFMG, Especialista em Direito Público, ex-procurador do Estado de São Paulo, Procurador do Estado de Mato Grosso.

**Resumo:** O NCP, com vistas à simplificação procedimental, extinguiu diversos incidentes e criou técnicas endoprocessuais de saneamento do processo, para concretização do princípio da primazia da resolução de mérito. Uma delas é a possibilidade de correção do polo passivo após a alegação de ilegitimidade pelo Réu. O Fórum de Processualistas apressou-se em afirmar aplicável referida técnica ao rito do mandado de segurança, no tocante à indicação da autoridade coatora. A questão é mais complexa do que se imagina, devendo ser aplicada a técnica com muita cautela ao rito heroico, haja vista algumas incompatibilidades entre o remédio constitucional e o procedimento ordinário, especialmente decorrentes do fato de a autoridade coatora não ocupar o polo passivo do *writ*. Algumas implicações que daí decorrem são: a) a inaplicabilidade do princípio dispositivo à identificação da autoridade coatora; b) inadmissibilidade de o Poder Judiciário submeter o impetrante à opção de alteração da autoridade coatora, ainda que a tenha identificado corretamente, situação à qual ora se cunha a denominação “cilada processual”.

**Palavras-chave:** Novo Código de Processo Civil. Correção do polo passivo. Artigo 338. Aplicação. Mandado de Segurança. “Cilada Processual”.

**SUMÁRIO:** 1. INTROITO CONTEXTUALIZADOR; 2. NOVEL TÉCNICA DE CORREÇÃO DO POLO PASSIVO; 2.1 APLICABILIDADE DO ART. 338 AO RITO HEROICO E PECULIARIDADES: INADMISSIBILIDADE DA “CILADA PROCESSUAL”; 2.2 ALTERAÇÃO DA AUTORIDADE COATORA E MODIFICAÇÃO DE COMPETÊNCIA ABSOLUTA; 2.3 DA INAPLICABILIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 338 AO RITO DO MANDADO DE SEGURANÇA; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## 1. Introito contextualizador

O Código de Processo Civil de 2015 - NCPC, extinguindo a figura da nomeação à autoria, trouxe a novel possibilidade de o autor corrigir voluntariamente o polo passivo no procedimento ordinário, caso o Réu alegue na contestação ser parte ilegítima ou não ser o responsável pelo prejuízo invocado. Eis o texto legal:

Art. 338. Alegando o réu, na contestação, ser parte ilegítima ou não ser o responsável pelo prejuízo invocado, o juiz facultará ao autor, em 15 (quinze) dias, a alteração da petição inicial para substituição do réu.

Parágrafo único. Realizada a substituição, o autor reembolsará as despesas e pagará os honorários ao procurador do réu excluído, que serão fixados entre três e cinco por cento do valor da causa ou, sendo este irrisório, nos termos do [art. 85, § 8º](#).

Interpretando os dispositivos, o Fórum Permanente de Processualistas Civis- FPPC entendeu que seriam plenamente aplicáveis ao rito do mandado de segurança, a despeito de haver incompatibilidades entre as técnicas acima transcritas e o rito do mandado de segurança. Eis o enunciado do FPPC:

511. (art. 338, caput; art. 339; Lei n. 12.016/2009)  
- A técnica processual prevista nos arts. 338 e 339 pode ser usada, no que couber, para possibilitar a correção da autoridade coatora, bem como da pessoa jurídica, no processo de mandado de segurança. (Grupo: Impacto do novo CPC e os processos da Fazenda Pública)

Diante deste novo quadro normativo, cumpre analisar a possibilidade de aplicação da técnica descrita no art. 338 do NCPC ao rito do Mandado de Segurança.

## 2. Novel técnica de correção do polo passivo

O preceito legal contido no artigo 338 do NCPC consubstancia-se em verdadeira técnica processual de correção do polo passivo, fato bem identificado pelo FPPC. De fato, permite-se ao Autor que proceda a verdadeira emenda à petição inicial em momento processual não tradicionalmente utilizado para tanto.

A regra é que a emenda seja realizada antes do deferimento da petição inicial, ex vi do artigo 321 do NCPC. Em outras palavras, emenda-se a petição madrugadora antes de procedida a triangularização da relação jurídica processual, pois após a citação do réu estabiliza-se a demanda, que somente poderá sofrer alterações com o consentimento deste (art. 329, II do NCPC).

Dito isso, percebe-se que a novel técnica processual cotejada afigura-se como verdadeira exceção ao princípio (ou regra) da estabilização da demanda, exurgindo da ideia de que o Réu que alega sua ilegitimidade não pode se opor à alteração do polo passivo da ação, eis que a boa-fé objetiva lhe proíbe o venire contra factum proprium.

A técnica, neste viés, nada mais é que corolário do princípio da boa-fé objetiva cuja incidência no âmbito processual foi consideravelmente alargada pela vigência do NCPC, que o erigiu ao patamar de norma fundamental do processo civil (art. 5º).

Adentrando na temática da aplicabilidade da técnica ao Mandado de Segurança, temos inicialmente que relembrar quem verdadeiramente ocupa o polo passivo do writ. Doutrinária e jurisprudencialmente, prevalece o entendimento que a pessoa jurídica à qual a autoridade coatora pertence é a verdadeira legitimada passiva. Neste sentido, colaciona-se trecho da obra do doutrinador Guilherme Freire de Melo Barros:

Ao nosso sentir, o polo passivo no mandado de segurança é ocupado pela pessoa jurídica, e não pela autoridade coatora. Afinal, é a entidade, e não o servidor, que responde ao comando judicial emanado da sentença do mandado de segurança, ou seja, as consequências jurídicas (e financeiras) da demanda são suportadas pela pessoa jurídica a que pertence a

autoridade. De igual modo, a coisa julgada se forma entre o impetrante e a pessoa jurídica. (BARROS, Guilherme Freire de Melo. *Poder público em juízo para concursos. Mandado de Segurança*. 3ª Edição. 2013. Pág. 245).

Não obstante tal fato, é a correção da autoridade coatora indicada que vem causando as maiores controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, eis que pode implicar em modificação da competência absoluta para o julgamento do remédio constitucional, e é o tema que será enfrentado

Delimitando-se as questões que merecem enfrentamento, devemos avaliar se: 1) o art. 338 do NCPC se aplica à alegação de ilegitimidade formulada em sede de informações da própria autoridade coatora?; 2) Caso positivo, o que ocorrerá se a alteração da autoridade coatora implicar em modificação da competência absoluta do juízo?; 3) Haverá incidência do parágrafo único do art. 338 do NCPC, que determina que o Autor reembolse as despesas e pague honorários ao procurador do réu excluído?

2.1 Aplicabilidade do art. 338 ao rito heroico e peculiaridades: inadmissibilidade da “cilada processual”

Em nosso entender, o caput do artigo 338 pode ser perfeitamente aplicado, supletiva e analogicamente, eis que compatível ao rito do mandado de segurança, para a alteração da autoridade coatora indicada. Contudo, deverão ser observadas algumas peculiaridades, tendo em vista que a autoridade não ocupa verdadeiramente o polo passivo do writ.

De proêmio, deve-se salientar que: a) a delimitação subjetiva da demanda no processo ordinário é estritamente sujeita ao princípio dispositivo (art. 141 NCPC), de modo que somente o autor opta contra quem litigará; b) ao contrário, a correta identificação da autoridade coatora não é vinculada ao princípio dispositivo, eis que a definição da autoridade competente para a reversão do ato atacado pelo writ não delimita subjetivamente a demanda. Deve, portanto, o juízo deve ter participação ativa, atuando inclusive de ofício, para que se identifique corretamente a

autoridade coatora, ante as diretas implicações na sua própria competência absoluta para julgar o feito.

O Tribunal da Cidadania já corretamente manifestou entendimento que se aplica o brocardo *da mihi factum, dabo tibi jus* à correta identificação da autoridade coatora, com pequenas ressalvas. Veja-se:

TRIBUTÁRIO. ISS. HOSPITAIS. CARÁTER EMPRESARIAL. BENEFÍCIO PREVISTO NO ART. 9º, § 3º, DO DL 406/68. INAPLICABILIDADE. LEGITIMIDADE.

#### AUTORIDADE COATORA.

1. A essência constitucional do Mandado de Segurança, como singular garantia, **admite que o juiz, nas hipóteses de indicação errônea da autoridade impetrada, permita sua correção através de emenda à inicial ou, se não restar configurado erro grosseiro, proceder a pequenas correções de ofício, a fim de que o writ cumpra efetivamente seu escopo maior.**

2. A errônea indicação da autoridade coatora não implica ilegitimidade ad causam passiva se aquela pertence à mesma pessoa jurídica de direito público; porquanto, nesse caso não se altera a polarização processual, o que preserva a condição da ação, 3. Deveras, a estrutura complexa dos órgãos administrativos, como sói ocorrer com os fazendários, pode gerar dificuldade, por parte do administrado, na identificação da autoridade coatora, revelando, a priori, aparência de propositura correta.

4. Concluindo a instância a quo em decisão trânsita em julgado, com ampla cognição fático-probatória, que o Laboratório de Análise Clínica em questão faz jus ao recolhimento do ISS calculado por

meio de alíquota fixa, resta interdito o conhecimento do presente inconformismo, à luz da Súmula 07/STJ.

Nesse sentido, se o autor indicar autoridade coatora que venha a alegar ser ilegítima para figurar no polo passivo, o juiz somente deverá abrir prazo para o autor proceder à correção da indicação, nos termos do art. 338 do NCPC, caso esteja convencido da procedência da alegação de ilegitimidade da autoridade.

Violaria a boa-fé objetiva o juízo que determinasse a abertura de prazo para a correção da autoridade indicada, se se soubesse, de antemão, que a autoridade indicada pelo autor fosse a competente para revisão do ato, a despeito de sua alegação de ilegitimidade.

Da mesma forma, se a autoridade indicada pelo autor, em suas informações, venha a indicar quem é a autoridade verdadeiramente competente, deve o juízo avaliar, de imediato, a pertinência de suas alegações, abrindo-se três possibilidades:

- a) Verificada a correta indicação na petição inicial da autoridade que prestou as informações, o juízo não deve sequer abrir o prazo para o autor alterar a autoridade coatora e prosseguir em julgamento. Atitude contrária, seria submeter o autor verdadeira “cilada processual”, o que é inadmissível.
- b) Verificado que o autor indicou a autoridade incorreta e que consta nas informações prestadas a autoridade verdadeiramente competente, deverá o juízo ouvir o autor, e, ainda que este não emende a inicial, poderá o Poder Judiciário corrigir de ofício a autoridade, determinando sua intimação, caso integre o quadro da mesma pessoa jurídica indicada na exordial.
- c) Constatando que nem a autoridade indicada na exordial tampouco a indicada nas informações é competente para o desfazimento do ato impugnado, o juízo deverá motivadamente cientificar o impetrante e oportunizar a emenda à petição inicial.

O mesmo não se dá no procedimento ordinário, tendo em vista que é o autor que livremente escolhe contra quem litigar, corolário do princípio

dispositivo. Nessa esteira, não cumpre ao Poder Judiciário fazer prévio juízo de valor, no rito ordinário, quanto à alegação de ilegitimidade do Réu.

Ainda que o Réu se manifeste pela ilegitimidade de maneira claramente infundada, deverá o juízo abrir o prazo para o autor, caso queira, promover a alteração do polo passivo. E, caso assim ocorra, nada obsta que o juízo venha a reconhecer a ilegitimidade passiva do novo réu, de ofício, inclusive.

Em reforço, não é função do Poder Judiciário afastar aprioristicamente a ilegitimidade alegada, pois não é seu papel definir os limites subjetivos da demanda.

## 2.2 Alteração da autoridade coatora e modificação de competência absoluta

Segundo o FPPC, em entendimento manifestado pelo enunciado n.º 488, “No mandado de segurança, havendo equivocada indicação da autoridade coatora, o impetrante deve ser intimado para emendar a petição inicial e, caso haja alteração de competência, o juiz remeterá os autos ao juízo competente”. Assim entenderam os doutrinadores, por ser aplicável ao rito heroico os parágrafos 3º e 4º do artigo 64 do NCPC, *in verbis*:

Art. 64. A incompetência, absoluta ou relativa, será alegada como questão preliminar de contestação.

§ 1º A incompetência absoluta pode ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição e deve ser declarada de ofício.

§ 2º Após manifestação da parte contrária, o juiz decidirá imediatamente a alegação de incompetência.

§ 3º Caso a alegação de incompetência seja acolhida, os autos serão remetidos ao juízo competente.

§ 4º Salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente.

A tratativa não é sobremaneira inovadora, quando comparada ao CPC de 1973:

Art. 113. A incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção.

§ 1º Não sendo, porém, deduzida no prazo da contestação, ou na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos, a parte responderá integralmente pelas custas.

§ 2º Declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juiz competente.

Percebe-se que, tanto num, como noutro, a consequência dada à declaração de incompetência absoluta é a remessa dos autos ao juízo competente.

Temos, então, que, ao contrário do que defendido pelo FPPC, não há inovação legislativa apta a alterar o entendimento já consolidado a respeito do assunto sobre a égide do CPC/73, qual seja, o reconhecimento da incompetência absoluta acarreta extinção do mandado de segurança, tendo em vista a celeridade e a simplificação procedimental que regem seu rito. Veja-se a ementa de julgados paradigmáticos sobre o assunto:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMENDA À PETIÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA PARA RETIFICAÇÃO DA AUTORIDADE COATORA.

**Deve ser admitida a emenda à petição inicial para corrigir equívoco na indicação da autoridade coatora em mandado de segurança, desde que a retificação do polo passivo não implique alteração de competência judiciária e desde que a autoridade erroneamente indicada pertença à mesma pessoa jurídica da autoridade de fato coatora.** Precedentes citados: AgRg no REsp

1.222.348-BA, Primeira Turma, DJe 23/9/2011; e AgRg no RMS 35.638/MA, Segunda Turma, DJe 24/4/2012. (grifos nossos)

(AgRg no AREsp 368.159/PE, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 1º/10/2013).

PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ERRÔNEA INDICAÇÃO DA AUTORIDADE COATORA. EMENDA À INICIAL. IMPOSSIBILIDADE. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. INVIABILIDADE DE "ENCAMPAÇÃO" DE COMPETÊNCIA SUPERIOR POR AUTORIDADE HIERARQUICAMENTE INFERIOR.PRECEDENTES.RECURSO ORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.(RMS 31.795/MT, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/05/2010, DJe 08/06/2010)

MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS.INCOMPETÊNCIA E LITISPENDÊNCIA CONFIGURADAS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA PRÁTICA DE ATO ILEGAL PELA AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA.INCOMPETÊNCIA DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TRÍPLICE IDENTIDADE (PARTES, CAUSA DE PEDIR E PEDIDO) EVIDENCIADA. AÇÕES ORDINÁRIA E CAUTELAR AJUIZADAS ANTERIORMENTE NA JUSTIÇA FEDERAL DO DISTRITO FEDERAL.

1. Não comprovada a prática de ato concreto ilegal imputável ao Sr.

Ministro de Estado da Defesa, capaz de atrair a competência deste Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art. 105, inciso I, alínea b, da Constituição

Federal, é de ser reconhecida a incompetência desta Corte para o conhecimento e julgamento do presente mandado de segurança.

2. Constatada a identidade de partes, causa de pedir e pedidos entre o presente mandamus e as ações ordinária (2002.34.00.034028-0) e cautelar (2002.34.00.026611-6), ajuizadas perante a 17.<sup>a</sup> Vara Federal do Distrito Federal, resta configurada a litispendência nos termos do art. 301, § 2.<sup>o</sup>, do Código de Processo Civil.

3. Mandado de segurança extinto sem resolução do mérito.

(MS 8.927/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/11/2009, DJe 17/03/2010)

### *2.3 Da inaplicabilidade do parágrafo único do art. 338 ao rito do mandado de segurança*

O parágrafo único do artigo 338 do NCPD é absolutamente incompatível com o rito heroico, mesmo quando haja a incidência de seu caput. São diversas as razões para tanto.

De início, verifica-se que caso haja a alteração da autoridade coatora indicada, não há propriamente a exclusão de réu da demanda. Tampouco a autoridade coatora terá constituído procurador nos autos, eis que redige de mão própria as informações prestadas.

Por fim, é incabível condenação em honorários em sede de mandado de segurança, conforme consolidado pelos Tribunais Superiores e recentemente reafirmado sob a ótica do NCPD e dos honorários recursais.

O Supremo Tribunal Federal editou, ainda em 1969, a Súmula 512 afirmando que “não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança”.

O STF já teve a oportunidade de apreciar interessante temática sob a égide do NCPC:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – MATÉRIA FÁTICA E LEGAL. O recurso extraordinário não é meio próprio ao revolvimento da prova, também não servindo à interpretação de normas estritamente legais. RECURSO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Descabe a fixação de honorários recursais, preconizados no artigo 85, § 11 do Código de Processo Civil de 2015, quando tratar-se de extraordinário formalizado no curso de processo cujo rito os exclua.

(ARE 948578 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 21/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-163 DIVULG 03-08-2016 PUBLIC 04-08-2016) (grifo nosso)

### 3. Conclusão

A técnica de correção do polo passivo prevista no Novo Código de Processo Civil é aplicável, por analogia, à correção da autoridade coatora no mandado de segurança. Contudo, em virtude da peculiaridade de a autoridade coatora não ocupar o polo passivo do mandado de segurança, a norma não incide em sua plenitude, ou incide com peculiaridades. A mais relevante é a não submissão do preceito normativo ao princípio dispositivo, tendo em consideração que a indicação da autoridade coatora não delimita subjetivamente a demanda.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

BARROS, Guilherme Freire de Melo. *Poder público em juízo para concursos*. Mandado de Segurança. 3ª Edição. Editora Juspodivm, 2013.

BRASIL. Lei 5.689/1973. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)> Acesso em 19 de setembro de 2017

BRASIL. Lei 12.016/2009. Disponível em  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2007-010/2009/lei/l12016.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-010/2009/lei/l12016.htm)>  
Acesso em 19 de setembro de 2017

BRASIL. Lei 13.105/2015. Disponível em  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-018/2015/lei/l13105.htm)>  
Acesso em 19 de setembro de 2017

BRASIL. STJ – Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: . Acesso  
em 19 de setembro de 2017

BRASIL. STF– Supremo Tribunal Federal. Disponível em: . Acesso em  
19 de setembro de 2017

## PROJETO DE AVALIAÇÃO DA QUALIDADE DOS LEITES PRODUZIDOS NO ESTADO DE MINAS GERAIS

**LUIZ OTÁVIO TEIXEIRA:** Licenciado em Química pela Universidade UCAM - UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES. Especialista em Química pela Universidade Federal de Lavras. Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva. Especialista em Língua Portuguesa e Literatura Brasileira pela Universidade Cândido Mendes. Especialista em Gestão de Equipes e Viabilidade de Projetos pela UCAM.

**RESUMO:** A preocupação básica deste estudo é detalhar as etapas de planejamento realizadas para o Programa de monitoramento da qualidade do leite, realizado pelo Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor (Procon-MG), órgão do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Este artigo tem como objetivo descrever as etapas desenvolvidas ao longo do monitoramento, com o intuito de verificar a qualidade do leite produzido em Minas Gerais. Realizou-se pesquisa bibliográfica para fundamentar as etapas de planejamento e, num segundo momento, descrever a execução das etapas necessárias para alcançar os resultados pretendidos. A partir da execução do projeto, após a coleta de oitenta e oito amostras, verificou-se que cinquenta e nove por cento dos leites analisados encontravam-se impróprios para o consumo. O planejamento adequado foi determinante para a realização do projeto em referência.

**Palavras-chave:** Leite. Monitoramento da qualidade. Planejamento. Ministério Público.

---

### Introdução

O presente trabalho tem como tema descrever as etapas de planejamento realizadas durante o Programa de monitoramento da qualidade do leite, desenvolvido pelo Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON-MG), órgão do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, entre 2016 e 2017.

Nesta perspectiva, o planejamento foi construído levando-se em consideração:

- a) O grande número de denúncias dirigidas ao PROCON-MG, nos anos anteriores, referentes à baixa qualidade do produto;
- b) A constatação de impropriedades na grande maioria das amostras encaminhadas para perícia;
- c) O número de laticínios existentes em Minas Gerais e;

- d) Os desafios logísticos e de recursos materiais, humanos e técnicos para a realização de amplo monitoramento, tendo em vista a política de verificação da qualidade do leite em todo Estado, conforme decisão da Coordenação do Procon-MG.

A avaliação da qualidade do leite é assunto de grande importância, dada a relevância do produto na economia mineira, correspondendo a mais de vinte e seis por cento da produção nacional, configurando, desta forma, como maior estado produtor de leite do país (FAEMG, 2017).

As etapas de planejamento deste projeto foram determinantes para alcançar os objetivos pretendidos.

Este trabalho baseou-se nos dados consolidados do programa de monitoramento, ainda a ser divulgado através de documento específico, e descrição das etapas de idealização, planejamento e execução, realizadas pelo autor deste artigo, gerente do projeto no âmbito do Procon-MG.

Desta forma, este artigo apresenta temas e abordagens originais, desenvolvidos durante o planejamento e execução do projeto no Ministério Público do Estado de Minas Gerais, a partir do conhecimento adquirido no curso de pós-graduação em gerenciamento de projetos e bibliografia correlata.

### **Desenvolvimento**

Planejar e projetar são essenciais para o desenvolvimento das iniciativas que visam um objetivo específico:

Projetar significa planejar algo que se pretende realizar no futuro, sendo que um projeto distingue-se de outras formas de planejamento – como o planejamento estratégico de uma instituição ou uma simples programação de atividades rotineiras – por ser fechado, isto é, tem começo, meio e fim previsíveis e programados. Além disso, também são estabelecidos previamente o público-alvo do projeto, ou seus beneficiários, as atividades a desenvolver e os recursos necessários – tempo, dinheiro, equipamentos e pessoas. Em alguns casos, o propósito do projeto é estabelecer uma nova iniciativa, sem prazo para terminar. Mas, mesmo assim, o projeto compreenderá todas as ações levadas a cabo para implementar essa iniciativa, para colocá-la em funcionamento. (ABEGÃO; CAMPOS; DELAMARO, 2017, p.5).

Ainda segundo definição da ONU: um projeto é um empreendimento planejado que consiste num conjunto de atividades inter-relacionadas e coordenadas para alcançar objetivos específicos dentro dos limites de um orçamento e de um período de tempo dados (COHEN; FRANCO, 1999, p. 85).

Para Abegão, Campos e Delamaro (2017), pode-se pensar o ciclo de vida de um projeto tendo quatro fases distintas:

1 **Elaboração:** é o momento da identificação do problema, definição dos objetivos, programação das atividades e confecção da proposta técnica do projeto.

2 **Estruturação:** uma vez decidido que o projeto vai ser realizado, é hora de organizar a equipe executora e mobilizar os meios necessários para executá-lo.

3 **Realização:** é o período quando as atividades previstas são realizadas e acompanhadas, de acordo com o planejado. Por vezes é necessário alterar a programação, em razão de fatos não previstos.

4 **Encerramento:** ao término do projeto é preciso analisar seus resultados e impactos, comparando-se o que se pretendia originalmente com o realmente alcançado. Também é o momento de cuidar da desmobilização do projeto, caso não haja prosseguimento.

Do mesmo modo, estes autores identificam como essenciais na etapa de planejamento: a identificação do problema, momento no qual é preciso organizar as informações disponíveis e reunir com os envolvidos. Num segundo momento, é necessário pensar em como resolver o problema. Escolhida a solução, deve-se programar com detalhes o que deve ser feito, de forma a assegurar a realização do resultado pretendido.

O Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor (Procon-MG) verificou, em 2015, que o leite figurava como o segundo alimento com o maior número de denúncias, oriundas das Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor de todo Estado, despertando grande preocupação,

já que em alguns casos foram observadas adulterações por adição de soda cáustica, soro que queijo e água oxigenada. (MINAS GERAIS, 2015).

Neste sentido, foram adotadas todas as providências necessárias para a viabilização de uma política de avaliação ampla e sistemática da qualidade dos leites (pasteurizado e Ultra alta temperatura - UAT), que demandou planejamento e gerenciamento de recurso pessoal e técnico para atingir os objetivos estabelecidos pela Coordenação do Procon-MG.

Primeiramente, foi necessário conhecer o número de laticínios produtores de leite existentes para iniciar o planejamento. Para tanto foram oficiados o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA) e o Instituto Mineiro de Agropecuária (IMA). A partir dos dados fornecidos, verificou-se que Minas Gerais possui cento e cinco produtores de leite, entre pasteurizado e UAT.

Ao mesmo tempo, buscou-se a parceria com instituições competentes para a realização das análises laboratoriais nas amostras a serem coletas, conforme os procedimentos definidos nos regulamentos técnicos pertinentes, visando observar as exigências legais para a condução de processos administrativos a serem instaurados contra os fornecedores infratores.

Neste sentido, o Código de Saúde (MINAS GERAIS, 1999) estabelece os procedimentos para avaliação da qualidade de produtos:

Art. 118 - A apuração de ilícito, em se tratando de produto sujeito ao controle sanitário, far-se-á mediante a apreensão de amostra para a realização de análise fiscal e de interdição, se for o caso.

§ 1º - A apreensão de amostra do produto para a análise fiscal ou de controle poderá ser acompanhada de interdição nos casos em que sejam flagrantes os indícios de alteração ou adulteração do produto ou da substância, hipótese em que a interdição terá caráter preventivo ou de medida cautelar.

§ 2º - A análise fiscal será realizada em laboratório oficial do Ministério da Saúde ou em órgão congênere estadual ou municipal credenciado.

§ 3º - A amostra a que se refere o "caput" será colhida do estoque existente e dividida em três partes,

das quais uma será entregue ao detentor ou ao responsável pelo produto, para servir de contraprova, e duas encaminhadas ao laboratório oficial de controle.

§ 4º - Cada parte da amostra será tornada inviolável para que se assegurem as características de conservação e autenticidade.

Da mesma forma, referida lei disciplina os procedimentos que devem ser seguidos no percurso da investigação, quando o fornecedor discorda do laudo inicial:

Art. 119 - O infrator que discordar do resultado do laudo de análise fiscal poderá requerer, no prazo de dez dias contados da data da notificação do resultado da análise, perícia de contraprova, apresentando a amostra em seu poder e indicando o seu perito.

§ 1º - Decorrido o prazo fixado no "caput" deste artigo sem a apresentação de recurso pelo infrator, o laudo da análise fiscal será considerado definitivo.

§ 2º - A perícia de contraprova não será realizada no caso de a amostra apresentar indícios de alteração ou violação, prevalecendo, nessa hipótese, o laudo condenatório.

§ 3º - Aplicar-se-á à perícia de contraprova o mesmo método de análise empregado na análise fiscal condenatória, salvo se houver concordância dos peritos quanto ao emprego de outro.

§ 4º - No caso de divergência entre os resultados da análise fiscal condenatória e os da perícia de contraprova, caberá recurso da parte interessada, o que acarretará a realização de novo exame pericial da amostra em poder do laboratório oficial.

Importante observar que os princípios contidos neste dispositivo legal são os mesmos das leis federais que tratam dos procedimentos de aferição da qualidade de produtos, como por exemplo, a Decreto-lei nº 986, de 21 de outubro de 1969.

O Laboratório Nacional Agropecuário de Pedro Leopoldo (LANAGRO/MG) foi envolvido no projeto, realizando as análises físico-

químicas e microbiológicas nas amostras de leite. Foram avaliados os seguintes parâmetros analíticos nos leites pasteurizados, nos termos das Instruções Normativas MAPA nºs 62/2011, 69/2006 e 68/2006: contagem mesófilos viáveis a 30 °C, NMP de coliformes totais, NMP de coliformes, termotolerantes, pesquisa de *salmonella spp*, acidez titulável, densidade relativa 15/15 °C, extrato seco total, sólidos não gordurosos (SNG), fosfatase, índice crioscópico, lipídios ou gordura, peroxidase, proteína total, sacarose, teste de lugol (amido) e índice de CMP.

Para os leites UAT, foram avaliados os seguintes parâmetros estabelecidos na Portaria MAPA nº 370/1997: contagem mesófilos após pré-incubação, acidez titulável, aspecto, densidade relativa 15/15 °C, extrato seco total, sólidos não gordurosos (SNG), índice crioscópico, lipídios ou gordura, proteína total, sacarose e teste de lugol (amido).

A Instrução normativa do Ministério da Agricultura nº 68, de 12 de dezembro de 2006, que oficializa métodos analíticos oficiais físico químicos, estabelece, como recomendações gerais para recebimento de amostras:

A colheita da amostra constitui a primeira fase da análise do produto.

Dentro do conceito de que a análise começa com a colheita da amostra, o serviço de colheita deve estar bem integrado com o laboratório, devendo haver sincronismo entre a remessa e a capacidade do laboratório em executar as análises. (BRASIL, 2006)

Dentro desta óptica e para viabilizar a análise dos produtos, conforme procedimentos adotados pelo laboratório, de modo a preservar as amostras para as perícias e, considerando a necessidade do acompanhamento das análises de contraprova por parte dos produtores, a fim de garantir o direito de ampla defesa e contraditório, foi necessário limitar a entrega de amostras de leite pasteurizado em apenas três por semana. Já para o leite UAT, não havia restrições para entrega de amostras.

Os leites pasteurizados foram coletados no mercado de consumo próximo ao endereço do fabricante, com o objetivo de facilitar a notificação dos fornecedores para comparecerem à análise. Além disso, os produtos

coletados foram congelados em até quarenta e oito horas após a fabricação, a fim de preservar a amostra para o teste do índice de CMP. Para os demais exames, foi necessário entregar as amostras resfriadas no laboratório, no dia da perícia, dentro do prazo de validade. Em todos os casos, o produto somente poderia ser coletado no comércio quando exposto para o consumidor dentro da faixa de temperatura estabelecida pela próprio produtor.

No intuito de preservar as características dos produtos para análise, as coletas foram realizadas pelas equipes de fiscalização da capital, que, munidas de caixas térmicas, termômetros e kits de gelos artificiais, realizaram o recolhimento dos produtos conforme os procedimentos estabelecidos pelo MAPA e demais regulamentos.

Partindo do número de laticínios produtores de leite UAT e pasteurizado, fornecido pelos órgãos competentes, foi possível elaborar um planejamento de coleta que levasse em consideração as diversas regiões produtoras existentes e as onze regionais do Procon-MG, saber: Belo Horizonte, Contagem, Divinópolis, Ipatinga, Juiz de Fora, Montes Claros, Passos, Patos de Minas, Poços de Caldas, Teófilo Otoni e Uberlândia.

Foram planejadas trinta semanas de coleta, realizadas entre agosto de 2016 e julho de 2017, visando coletar, pelo menos, setenta e cinco por cento dos produtores de leite de Minas Gerais, conforme planejamento logístico que contemplou todas as regiões do Estado. Vale observar que do total de produtores relacionados, apenas quinze produzem leite UAT.

Finalizada a etapa pericial, os laudos recebidos foram encaminhados para as Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor responsáveis pela responsabilização dos produtores infratores, acompanhados de pareceres técnicos. Todo o projeto desenvolvido foi incluído no Plano Geral de Atuação (PGA) Finalístico 2016/2017, do Ministério Público do Estado de Minas Gerais - área consumidor.

O PGA decorre do processo de planejamento estratégico, e é composto por objetivos com foco exclusivo na atividade-fim, preferencialmente orientados de modo a reunir os esforços dos órgãos de execução do MPMG, alinhados a outros esforços internos e externos, com

o intuito de produzir as transformações requeridas pela sociedade (MINAS GERAIS, 2016).

O projeto possui coordenador, incumbindo-lhe a execução das iniciativas a cargo das unidades de apoio, bem como o fomento à adesão dos órgãos de execução às iniciativas e ações que lhe são próprias, incluindo o compromisso com cronograma pactuado com a alta administração (MINAS GERAIS, 2016).

Através do programa foi possível avaliar a qualidade de oitenta e oito amostras de leite produzidas em Minas Gerais, que corresponde a aproximadamente oitenta e quatro por cento dos produtores do Estado. Cinquenta e oito por cento das amostras apresentaram resultados incompatíveis com o padrão de identidade e qualidade, sendo consideradas impróprias para consumo, nos termos do Código de Defesa do Consumidor.

Conforme estabelecido no cronograma do PGA, as Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor tem até 31 de outubro de 2017 para instaurar processos administrativos e responsabilizar os infratores que comercializam produtos impróprios para o consumo.

A meta do projeto é a responsabilização de todos os infratores apontados no programa de monitoramento, tendo como indicador associado o percentual de infratores responsabilizados.

### **Conclusão**

Diante do exposto, conclui-se que o planejamento adequado foi determinante para a realização do projeto de monitoramento da qualidade do leite pasteurizado e UAT.

A partir da definição do problema, foi possível estabelecer os passos necessários para a verificação da qualidade do produto investigado, que envolveu o gerenciamento de recursos humanos, materiais, logísticos e interlocução com órgãos externos.

Além da administração das etapas, outro aspecto determinante foi a elaboração e execução das atividades dentro os prazos determinados.

Por fim, verificou-se um alto índice de impropriedades nos leites produzidos no estado de Minas Gerais, cujos laudos foram encaminhados para as Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, para adoção das medidas judiciais pertinentes.

## REFERÊNCIAS

ABEGÃO, Luís H.;CAMPOS, Arminda E. M.; DELAMARO, Maurício C. O planejamento de projetos sociais, dicas, técnicas e metodologia. Adaptação do conteúdo programático da disciplina “Técnicas em Projetos Sociais” do Curso de Especialização em Gestão de Iniciativas Sociais do Laboratório de Tecnologia e Desenvolvimento Social (LTDS) da COPPE/UFRJ. Disponível em <<https://www.nescon.medicina.ufmg.br/biblioteca/imagem/2154.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2017. 46 p.

BRASIL. Decreto-lei nº 986, de 21 de outubro de 1969. Institui normas básicas sobre alimentos. Diário Oficial da União. Brasília. 21 jul. 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0986.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0986.htm)>. Acesso em: 15 jan. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília. 11 set. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 19 set. 2017.

BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Instrução Normativa nº 62, de 29 de dezembro de 2011. Aprova o Regulamento Técnico de Produção, Identidade e Qualidade do Leite tipo A, o Regulamento Técnico de Identidade e Qualidade de Leite Cru Refrigerado, o Regulamento Técnico de Identidade e Qualidade de Leite Pasteurizado e o Regulamento Técnico da Coleta de Leite Cru Refrigerado e seu Transporte a Granel, em conformidade com os Anexos desta Instrução Normativa. Brasília. Diário Oficial da União. 30 dez. 2011. Disponível em: <<http://www.apcbrh.com.br/files/IN62.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2017.

BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Instrução Normativa nº 69, de 13 de dezembro de 2006. Institui critério de avaliação da qualidade do leite in natura, concentrado e em pó, reconstituídos, com base no método analítico oficial físico-químico denominado “Índice CMP”, de que trata a Instrução Normativa nº 68, de 12 de dezembro de 2006. Brasília. Diário Oficial da União. 15 dez. 2006. Seção 1, página 67. Disponível em: <[http://www3.servicos.ms.gov.br/iagro\\_ged/pdf/957\\_GED.pdf](http://www3.servicos.ms.gov.br/iagro_ged/pdf/957_GED.pdf)>. Acesso em: 19 set. 2017.

BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Instrução Normativa nº 68, de 12 de dezembro de 2006. Oficializar os Métodos Analíticos Oficiais Físico-Químicos, para Controle de Leite e Produtos Lácteos, em conformidade com o anexo desta Instrução Normativa, determinando que sejam utilizados nos Laboratórios Nacionais Agropecuários. Brasília. Diário Oficial da União. 12 dez. 2006. Seção 1. p 8.

BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Portaria nº 370, de 4 de setembro de 1997. Aprova a Inclusão do Citrato de Sódio no Regulamento Técnico para Fixação de Identidade e Qualidade do Leite UHT (UAT). Brasília. Diário Oficial da União. 8 set. 1997. Seção 1. Página 19.700. Disponível em: <[http://www.lex.com.br/doc\\_11361\\_PORTARIA\\_N\\_370\\_DE\\_4\\_DE\\_SETEM\\_BRO\\_DE\\_1997](http://www.lex.com.br/doc_11361_PORTARIA_N_370_DE_4_DE_SETEM_BRO_DE_1997)>. Acesso em: 19 set. 2017.

COHEN, Ernesto; FRANCO, Rolando. Avaliação de projetos sociais. 3. ed.

FEDERAÇÃO DA AGRICULTURA E PECUÁRIA DO ESTADO DE MINAS GERAIS (FAEMG). Agronegócio Mineiro 2016. Dados básicos comparados ao Brasil. 2017. Disponível em: <<http://www.sistemaafaemg.org.br/Conteudo.aspx?Code=136&Portal=1&ParentCode=10&ParentPath=None&ContentVersion=R>>. Acesso em: 18 set. 2017.

MINAS GERAIS. Lei nº 13.317, de 24 de setembro de 1999. Código de Saúde do Estado de Minas Gerais. Diário do Executivo. Belo Horizonte. 25 set. 1999.

MINAS GERAIS. Ministério Público. Coordenadoria de Planejamento Institucional (COPLI). PGA: Plano Geral de Atuação Finalístico: 2016-2017 - Caderno I - Plano/ Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte: 2016. 52p.

MINAS GERAIS. Ministério Público. Resolução PGJ nº 11, de 3 de fevereiro de 2011. Regulamenta o Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor (Procon-MG) e o Sistema Estadual de Defesa do Consumidor (SEDC), nos termos previstos na Constituição do Estado de Minas Gerais, na Lei Complementar Estadual nº 34/94 e na Lei Complementar Estadual nº 61, de 12 de julho de 2001, alterada pela Lei Complementar Estadual nº 117, de 11 de janeiro de 2011, e estabelece as normas gerais do exercício do poder de polícia e de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e dá outras providências. Belo Horizonte. Diário Oficial de Minas Gerais. 4 fev. 2011. Disponível em: < [https://mpnormas.mpmg.mp.br/files/1/1/1-1-C8F6-32-Res\\_PGJ\\_11\\_2011\\_at.pdf](https://mpnormas.mpmg.mp.br/files/1/1/1-1-C8F6-32-Res_PGJ_11_2011_at.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2017.

MINAS GERAIS. Ministério Público. Superintendência de Comunicação Integrada. Diretoria de Imprensa. Empresa é multada em R\$ 500 mil por adulteração em leite. Consumidor. 19 out. 2015. Disponível em: <<https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/empresa-e-multada-em-r-500-mil-por-adulteracao-em-leite.htm#.Wb-2gfOGNdg>>. Acesso em: 18 set. 2017. Petrópolis: Vozes, 1999.