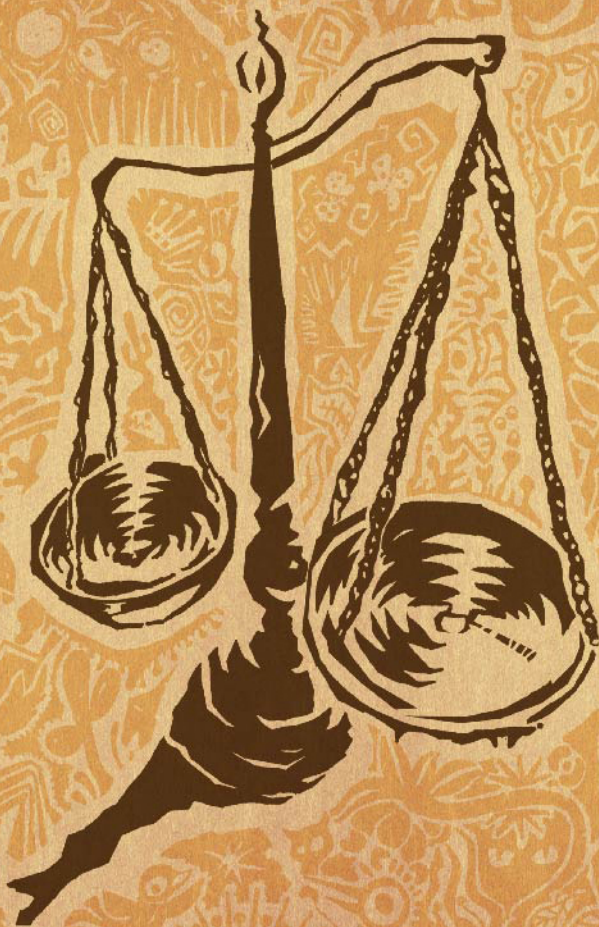


REVISTA JURÍDICA DO BANCO DO NORDESTE

ISSN: 2236-8086
ISSN online: 2525-5312



REVISTA JURÍDICA

DO BANCO DO NORDESTE



PRESIDENTE

Marcos Costa Holanda

DIRETORES

Antônio Rosendo Neto Júnior | Cláudio Luiz
Freire Lima | José Max Araújo Bezerra | Nicola
Moreira Miccione | Perpétuo Socorro Cajazeiras |
Romildo Carneiro Rolim

SUPERINTENDENTE JURÍDICO

Isael Bernardo de Oliveira - Editor Chefe

COMITE EDITORIAL

Isael Bernardo de Oliveira | Maria dos Prazeres
Farias | Henrique Silveira Araújo | Marcel de Olivei-
ra Franco Alvarenga | Editores Científicos:
Ana Rosa Tenório de Amorim | Cláudio Chaves
Arruda | Edmilson Barbosa Francelino Filho |
Francisco Antônio Rodrigues Pereira | George
Felício Gomes de Oliveira | Lilyan Cordeiro Mourão
| Rogério Silva Lima | Ulysses Moreira Formiga

CONSELHO EDITORIAL:

Adriano Jorge Pinheiro Saraiva - MP, CE
Alice Serpa Braga Della Nina - AGU, DF
Ana Carolina Saraiva Bartolomeu - JF, BA
André Dias Fernandes - JF, CE
Arnaldo Vasconcelos - UNIFOR, CE
Carlos Yury Araujo de Moraes - UFPI
David Barbosa de Oliveira - UFC
Denise Lucena Cavalcante - PGFN, CE
Gabriela Lima Fontenelle - JF, PE
João Batista Sales Rocha Filho - MP, CE
Ives Gandra da Silva Martins - SP
Márcio Cavalcanti Camelo - TRT, SP
Marco Aurélio Borges de Paula - MS

Marcos Augusto de A. Ehrhardt Júnior - UFAL
Marcos Mairton da Silva - JF, CE
Paula Rogéria Gama Santos - MP, MS
Paulo Lopo Saraiva - UFRN
Ramon Rocha Santos - UFS
Thiago Rodrigues de Pontes Bomfim - UFAL

REDAÇÃO

Superintendência Jurídica
Ambiente de Coordenação e Controle Jurídico

SECRETÁRIO EXECUTIVO

Ferdinand Andrade Lima Filho

APOIO

Herbene Luna Revredo

DIAGRAMAÇÃO

M&W Comunicação Integrada

RESPONSABILIDADE E REPRODUÇÃO

Os artigos publicados na Revista Jurídica do Banco do Nordeste - RJBNB são de inteira responsabilidade de seus autores. Os conceitos neles emitidos não representam, necessariamente, pontos de vista do Banco do Nordeste do Brasil S.A. Permite-se a reprodução parcial ou total dos artigos da RJBNB, desde que seja mencionada a fonte.

Mais Informações

SAC Banco do Nordeste / Ouvidoria

0800.728.3030

www.bnb.gov.br/faleconosco

revistajuridica@bnb.gov.br

Revista Jurídica do Banco do Nordeste

V. 1, Ano 6, N. 4. Banco do Nordeste do Brasil S.A, Fortaleza - Ceará. Semestral

ISSN: 2236-8086

ISSN online: 2525-5312

N. de páginas 400

1. Direito - Periódico 2. Doutrina 3. Jurisprudência 4. Atualização Legislativa

CDU - 34 (D05)

Sumário

EDITORIAL

5

DOCTRINA

A Prescrição para Instauração de Tomada de Contas Especial

Leanne Araújo Holanda 11

A Tutela Provisória em Matéria de Compensação Tributária

Sávio Barreto Lima Souza
Prof. Roberto de Paula Lima Filho 44

Auditoria Independente em Instituições Financeiras e Sigilo Bancário: considerações à luz da lei complementar nº 105/2001 e normas contábeis

Márcio Né de Mendonça Freire 72

Câmeras de Segurança x direito à imagem: limites à divulgação

Fernanda Santiago Brasileiro
George Felício Gomes de Oliveira 107

Diferença entre o Sigilo Financeiro e o Fiscal: Análise das Faculdades e Limites da Administração Tributária

Rodrigo Maia Santos 152

Direito à Cidadania Infantil: uma construção da vida como obra de arte

Thiago Menezes de Oliveira
Gabriela Gomes Costa 181

Personalidade Jurídica e Responsabilidade Civil do Microempreendedor Individual

Alisson Victor Rodrigues Barros 228

JURISPRUDÊNCIA

| | |
|---|-----|
| RECURSO ESPECIAL Nº 1.296.854 - SC (2011/0296691-0) | 262 |
| RECURSO ESPECIAL Nº 1.154.730 - PE (2009/0162781-0) | 274 |
| RECURSO ESPECIAL Nº 1.291.575 - PR (2011/0055780-1) | 300 |
| RECURSO ESPECIAL Nº 1.497.831 - PR (2014/0094926-2) | 334 |

LEGISLAÇÃO

| | |
|---|-----|
| LEI Nº 13.340, DE 28 DE SETEMBRO DE 2016 | 362 |
| DECRETO Nº 8.929, DE 09 DE DEZEMBRO DE 2016 | 386 |

NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE ORIGINAIS

394

EDITORIAL

Apresentamos a quarta edição da Revista Jurídica do Banco do Nordeste, contribuindo uma vez mais para a divulgação da ciência jurídica e estimulando o debate de ideias, de pensamentos e questionamentos jurídicos. Aqueles que leram as edições anteriores, certamente terão uma experiência familiar de uso da Revista, que se apresenta no formato já consolidado de divisão em três seções: legislação, jurisprudência e doutrina jurídica, na forma de artigos aprovados pelo comitê editorial.

A seção de legislação traz as recentíssimas disposições e regulamentações acerca das liquidações e renegociações de dívidas de crédito rural.

A seção de jurisprudência traz quatro julgados do Superior Tribunal de Justiça que aumentaram a segurança jurídica da cédula de crédito bancário; restringiram o âmbito da ação de prestação de contas, que vinha sendo utilizada para oposição indevida a cláusulas contratuais; e definiram a competência para a discussão do ISS.

A seção doutrinária traz sete artigos escritos por jovens advogados do Banco do Nordeste, professores e estudantes de direito. Os artigos aprovados para esta edição transparecem a preocupação dos autores com a segurança jurídica, com garantias de direitos basilares do ordenamento e com os limites dos poderes do Estado. De fato, não é possível pensar o Direito em total abstração aos recentes acontecimentos nacionais e internacionais. Nesta década turbulenta, o Direito se faz ainda mais necessário para a sociedade e esta necessidade fica transparente durante a leitura da Revista.

Dois artigos analisam os limites que a administração tributária

encontra no direito à privacidade do cidadão: o primeiro trata das diferenças entre o sigilo financeiro e fiscal, analisando as faculdades e os limites da administração tributária; o segundo analisa normas contábeis e a Lei Complementar nº 105/2001 para fazer considerações sobre o sigilo bancário quando da realização de auditorias independentes em instituições financeiras.

Dois artigos têm como objeto aspectos essenciais para a efetividade e segurança da mesma administração tributária: em um deles, tratou-se da possibilidade de compensação tributária em tutela provisória, como meio de equilibrar a necessária arrecadação de tributos com os problemas de demora na prestação jurisdicional; em outro, é analisada a prescrição para a Tomada de Contas Especial, a qual visa a apuração de eventuais danos à Administração Pública, com a consequente responsabilização dos agentes causadores e o ressarcimento dos cofres públicos.

Finalmente, três artigos discutem os limites de proteção de direitos individuais básicos: o primeiro estuda a relação entre a personalidade jurídica e a responsabilidade civil do microempreendedor individual, responsabilidade esta que hoje não é limitada; o segundo aponta o olhar para a proteção do direito de imagem face ao extensivo uso cotidiano de câmeras de segurança; o terceiro, enfim, vai muito além da temática ligada aos direitos bancários, pois trata do direito à cidadania infantil, arguindo que as próprias crianças devem participar da construção desta cidadania. Trata-se de uma ideia ousada, que nos leva a questionar outros relacionamentos jurídicos, segundo o princípio de que a participação de qualquer pessoa em uma relação jurídica- e aqui podemos estar nos referindo à relação política, social, econômica e inclusive contratual - deve ser a mais ativa possível. Foi este importante questionamento que levou o comitê editorial a incluir o artigo na presente edição.

Esperamos, modestamente, que estes artigos lhes suscitem -

além do prazer de leitura e de entendimento dos assuntos abordados - questionamentos, contrariedades e, sobretudo, o desejo de também participar da construção dos conceitos jurídicos. O Banco do Nordeste está, mais que nunca, empenhado na inovação. Recentemente, foi criado o Hubine, espaço de apoio a iniciativas inovadoras, que criam produtos, serviços e soluções capazes de contribuir com a dinamização da economia regional. Não há desenvolvimento regional sem desenvolvimento jurídico, o qual não se faz sem debate e sem ousadia. É neste sentido que a Revista Jurídica do Banco do Nordeste se prova cada vez mais útil e necessária: ser um espaço aberto de apresentação de ideias e teses jurídicas, estimulando o debate, o desenvolvimento e a inovação na ciência jurídica nacional.

Boa leitura.

DOUTRINA

A prescrição para instauração de tomada de contas especial

*The expiring period to take special
accountability*

Leanne Araújo Holanda

- » Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza.
- » Pós-Graduada em Direito do Trabalho e Processo Trabalhista na UniChristus.
- » Advogada do Banco do Nordeste do Brasil S.A.
- » E-mail: leanneholanda@bnb.gov.br

RESUMO

O artigo tem por objeto analisar a prescrição para instauração da Tomada de Contas Especial, procedimento este que visa a apuração de eventuais danos à Administração Pública, a responsabilização dos agentes causadores, bem como o ressarcimento dos valores ao erário. A imprescritibilidade da Ação de Ressarcimento ao Erário, defendida por diversas correntes doutrinárias e jurisprudenciais, com fundamento no Art. 37, §5º da Constituição Federal, serve de supedâneo para as discussões travadas em torno do prazo de prescrição para instauração de Tomada de Contas Especiais. A tese sobre imprescritibilidade do ressarcimento ao erário vem sendo objeto de novas discussões e entendimentos pelos Tribunais Pátrios, conforme será abordado no presente estudo, fazendo surgir uma nova abordagem a respeito do prazo para instauração da Tomada de Contas Especial.

PALAVRAS-CHAVES

Tomada de Contas Especial. Prescrição. Ressarcimento de danos ao erário. Imprescritibilidade. Danos causados à Administração Pública.

ABSTRACT:

The article has the goal to analyze the expiring period to take special account, procedure that look forward to identify losses for the public administration, pointing the responsibility of the public agents and search to refund the treasury. The no expiring period to take legal action to refund government losses, defended by many author and judicial precedent, based on art. 37, §5º of the Federal Constitution, open the possible discussion of the expiring period to take Special Accountability. The no expiring period to refund the government thesis has been object to new discussions and

court decisions throughout the country, as will be presented in this paper, lightning up a new perspective about the expiring period to take Special Accountability.

KEYWORDS

Special Accountability. Expiring period. Refund for losses. No expiring period. Losses to the public administration.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A Tomada de Contas Especial e a prescrição. 3. A imprescritibilidade do ressarcimento ao erário e o entendimento do Supremo Tribunal Federal. 4. A recente decisão da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça acerca da prescrição para instauração da Tomada de Contas Especial. 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O princípio republicano, fundado na igualdade formal das pessoas, no qual os detentores do poder político são eleitos pelo povo e atuam em nome do povo, tem como uma de suas características a responsabilidade dos exercentes de funções executivas pelas decisões políticas que tomarem e pela gestão dos recursos e bens públicos.

A prestação de contas é o instrumento que confere efetividade à forma republicana, permitindo acompanhar e fiscalizar os atos e despesas realizados pelos gestores públicos, promovendo a transparência dos atos administrativos, a fim de que se verifique se a legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência foram observados.

A Constituição Federal impõe o dever de prestar contas em seu Art. 70, parágrafo único, ao dispor que “prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária”.

Aquele que não prestar contas dos valores públicos que estiverem sob sua gestão, ou der causa, por sua conduta, à dano ou desfalque ao erário público, responderá perante o Estado pelo ressarcimento dos valores perdidos sob sua guarda ou pelo prejuízo causado, além de sofrer as penalidades administrativas ou penais cabíveis.

Segundo o disposto no Art. 37, §5º da Constituição Federal, “a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”. A doutrina, interpretando esse dispositivo constitucional, entendeu, em sua maioria, que a Constituição Federal estabeleceu uma hipótese de imprescritibilidade em relação às

ações de ressarcimento ao erário causado por qualquer agente, servidor ou não. A jurisprudência, inicialmente vacilante sobre o assunto, se firmou no sentido da imprescritibilidade, após o Supremo Tribunal Federal apreciar o Mandado de Segurança n. 26.210-9/DF, por meio do qual decidiu deixar assente que as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores dos prejuízos são imprescritíveis.

Recentemente, no entanto, o Supremo Tribunal Federal afetou alguns temas como de repercussão geral, relativos ao alcance da imprescritibilidade e a interpretação do Art. 37, §5º da Constituição Federal. São eles o tema 666 - imprescritibilidade das ações de ressarcimento por danos causados ao erário, ainda que o prejuízo não decorra de ato de improbidade administrativa; tema 897 - prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos por ato de improbidade administrativa; e tema 899 prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas. Assim, constata-se que o assunto sobre a prescrição para ressarcimento à Fazenda voltou à tona, de modo que a comunidade jurídica está aguardando uma possível mudança no entendimento da Corte. Outros Tribunais, como o STJ também estão emitindo novos entendimentos acerca do alcance da imprescritibilidade, ao tempo que se observa também uma tendência de modificação do entendimento da doutrina sobre o assunto.

Uma vez que o procedimento de Tomada de Contas Especial tem por objetivo o ressarcimento por danos ao erário, eventual alteração do entendimento do Supremo sobre o prazo de prescricional da pretensão ressarcitória trará impactos para a TCE, sobretudo no que diz respeito aos prazos estabelecidos para o seu processamento.

Serão, portanto, objeto de estudo no presente artigo, a Tomada de Contas Especial, suas regras, efeitos e prazos, o entendimento do Tribunal de Contas da União, órgão competente para julgamento das

TCEs no âmbito federal, sobre os prazos de instauração da TCE e prazo prescricional da pretensão punitiva e de ressarcimento, bem como a análise dos recentes julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre a imprescritibilidade de ação de ressarcimento por danos ao erário, e seus possíveis impactos no âmbito das TCEs.

2. A TOMADA DE CONTAS ESPECIAL E A PRESCRIÇÃO

A Tomada de Contas Especial é um processo administrativo, com rito próprio, devidamente formalizado para apurar responsabilidade por ocorrência de dano à administração pública federal, com investigação de fatos, quantificação do dano, e identificação dos responsáveis, visando obter o respectivo ressarcimento.¹

A instauração de uma TCE tem como pressuposto a conduta do agente público que agiu em descumprimento à lei, ou que deixou de atender ao interesse público, seja em razão de omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação de recursos ou ocorrência de desfalque, desvio ou desaparecimento de dinheiros, bens ou valores públicos, ou em razão da prática de ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico que resulte dano à Administração Pública.

A Instrução Normativa n. 71/2012 do Tribunal de Contas da União², com as alterações promovidas pela Instrução Normativa 76/2016, regulamenta a Tomada de Contas Especial no âmbito federal, e informa em seu Art. 5º os pressupostos para sua instauração:

1 Art. 2º da Instrução Normativa Tribunal de Contas da União n. 71/2012.

2 Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/fiscalizacao-e-controle/prestacao-de-contas/tomada-de-contas-especial/legislacao-e-normativos-infralegais/instrucoes-e-decisoes-normativas.htm>>. Acesso em:

Art. 5º É pressuposto para instauração de tomada de contas especial a existência de elementos fáticos e jurídicos que indiquem a omissão no dever de prestar contas e/ou dano ou indício de dano ao erário (NR)(todo o Art.)(Instrução Normativa nº 76, de 23/11/2016, DOU de 12/12/2016).

Parágrafo único. O ato que determinar a instauração da tomada de contas especial, deverá indicar, entre outros:

I - os agentes públicos omissos e/ou os supostos responsáveis (pessoas físicas e jurídicas) pelos atos que teriam dado causa ao dano ou indício de dano identificado;

II - a situação que teria dado origem ao dano ou indício de dano a ser apurado, lastreada em documentos, narrativas e outros elementos probatórios que deem suporte à sua ocorrência;

III - exame da adequação das informações contidas em pareceres de agentes públicos, quanto à identificação e quantificação do dano ou indício de dano;

IV - evidenciação da relação entre a situação que teria dado origem ao dano ou indício de dano a ser apurado e a conduta da pessoa física ou jurídica supostamente responsável pelo dever de ressarcir os cofres públicos.

Dado os pressupostos da Tomada de Contas Especial, conclui-se que a sua instauração somente se dará quando constatado elementos fáticos ou jurídicos que indiquem omissão na prestação de contas ou prejuízo para Administração Pública, sendo ainda possível identificar os eventuais responsáveis pelo dano. A respeito da TCE, apresenta-se decisão do Supremo Tribunal Federal no qual a Corte reitera os seus objetivos, além de declarar a necessidade do atendimento dos princípios da ampla defesa e contraditório:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. ABERTURA DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. OBSERVÂNCIA À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO EM PROCEDIMENTO PRELIMINAR AO PROCESSO DE TOMADA DE

CONTAS ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A abertura de tomada de contas especial tem por objetivo apurar o suposto prejuízo ao Erário e identificar os respectivos responsáveis e valores, quando serão oportunizados o contraditório e a ampla defesa. 2. *In casu*, a alegação dos recorrentes de ofensa ao contraditório e à ampla defesa recai sobre procedimento anterior ao processo de tomada de contas especial. 3. Mesmo se tratando de procedimento preliminar, a ampla defesa e o contraditório foram respeitados, tendo em vista que a decisão do TCU, proferida em 2002, apenas havia ressaltado a possibilidade de requisição de serviços técnicos. Contudo, posteriormente, decidiu não ser preciso a requisição, facultando às partes a produção de provas que julgassem necessárias, na forma estabelecida pelo RITCU. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.³

Como características da TCE, importante destacar que constitui um procedimento formal que exige a devida autuação em processo específico, designação de uma comissão ou tomador de contas, notificação dos responsáveis e documentação de todos os procedimentos e medidas adotadas. Além disso, é um procedimento que segue rito próprio, disciplinado, no âmbito federal, pela IN 71/2012 do TCU com as alterações da IN 76/2016, e constitui medida de exceção, somente devendo ser instaurado após esgotadas todas as medidas administrativas internas que visem ao ressarcimento do prejuízo.

Finalmente, a Tomada de Contas Especial não deve ser confundida com um Processo Administrativo Disciplinar ou Sindicância, uma vez que a primeira visa a integridade dos recursos públicos, não se destinando à apuração e ao acatamento da disciplina e às normas administrativas de conduta dos agentes públicos. Além disso, a TCE é julgada pelo Tribunal

³ MS 26936 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 03/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-231 DIVULG 17-11-2015 PUBLIC 18-11-2015.

de Contas da União e não pela autoridade administrativa disciplinar do órgão ou entidade. Quanto aos seus efeitos, na TCE a decisão do Tribunal de Contas referente à imputação de débito ou multa tem força de título executivo, enquanto que em PADs ou Sindicâncias, a recomposição do Erário se subordina à discussão no âmbito administrativo.

A Instrução Normativa 71/2012 do TCU, com as alterações promovidas pela IN 76/2016, dispõe em seu Art. Art. 6º, II que a instauração da TCE será dispensada quando houver transcorrido prazo superior a dez anos, salvo determinação em contrário do Tribunal de Contas da União, *in verbis*:

Art. 6º Salvo determinação em contrário do Tribunal de Contas da União, fica dispensada a instauração da tomada de contas especial, nas seguintes hipóteses:

I - o valor do débito for inferior a R\$ 100.000,00, considerando o modo de referência disposto no § 3º deste artigo (NR) (Instrução Normativa nº 76, de 23/11/2016, DOU de 12/12/2016);
II - houver transcorrido prazo superior a dez anos entre a data provável de ocorrência do dano e a primeira notificação dos responsáveis pela autoridade administrativa competente;

§ 1º A dispensa de instauração de tomada de contas especial de valor inferior ao estabelecido no inciso I do caput não se aplica aos casos em que a soma dos débitos de um mesmo responsável atingir o referido valor (AC)(Instrução Normativa nº 76, de 23/11/2016, DOU de 12/12/2016).

§ 2º. A dispensa de instauração de tomada de contas especiais, conforme previsto no inciso I do caput, não exime a autoridade administrativa de adotar outras medidas administrativas ao seu alcance ou requerer ao órgão jurídico pertinente as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis, com vistas à obtenção do ressarcimento do débito apurado, inclusive o protesto, se for o caso (AC)(Instrução Normativa nº 76, de 23/11/2016, DOU de 12/12/2016).

§ 3º Para fins da aplicação do inciso I do caput, deverá proceder-se do seguinte modo (AC)(Instrução Normativa nº 76, de

23/11/2016, DOU de 12/12/2016):

I - no caso de o fator gerador do dano ao erário ser anterior à data de vigência desta instrução normativa, o valor original deverá ser atualizado monetariamente até a data de vigência desta instrução normativa;

II - no caso de o fato gerador do dano ao erário ser posterior à data de vigência desta instrução normativa, o valor a ser comparado com o valor-referência definido no inciso I deste artigo será o valor original do débito, sem atualização monetária.

Segundo o Manual de Tomada de Contas da Controladoria Geral da União⁴, a contagem do tempo se inicia com a data fixada para apresentação da prestação de contas (nos casos de omissão ou da não comprovação da aplicação dos recursos) e, nos demais casos de ressarcimento ao erário, da data do evento, quando conhecida, ou da data de ciência do fato pela Administração.

Deve-se atentar, contudo, que o disposto no Art. 6º da IN 71/2012 não diz respeito a prazo de prescrição, até mesmo porque, prazos prescricionais somente podem ser estabelecidos através de Lei, e a Instrução Normativa não é lei em sentido formal, mas sim regulamento interno instituído pelo próprio TCU. Assim, o disposto na IN 71/2012, Art. 6º, constitui permissivo para não instauração de TCE nos casos especificamente apresentados nos incisos I e II, mas que não impede a sua instauração, caso o Tribunal assim determine. Nesse sentido, é a parte inicial do Art. 6º que afirma “salvo determinação em contrário do Tribunal de Contas da União, fica dispensada a instauração da tomada de contas especial”, ou seja, se houver determinação do TCU a tomada de contas deve ser instaurada, ainda que configurada as hipóteses dos incisos I e II.

De acordo com o entendimento da própria Corte de Contas, a dispensa

⁴ Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/auditoria-e-fiscalizacao/avaliacao-da-gestao-dos-administradores/tomadas-de-contas-especiais/manual>>. Acesso em:

estabelecida pelo Art. 6º, inciso II se justifica em razão do prejuízo que o longo tempo decorrido desde a ocorrência do fato danoso acarretaria à ampla defesa dos envolvidos. No entanto, esse prejuízo deve ser avaliado em cada caso, de acordo com os elementos disponíveis, a fim de se verificar se houve, de fato, prejuízo ao pleno exercício da defesa. Verificando o Tribunal que o contraditório e a ampla defesa podem ser exercidas, ainda que ultrapassados os 10 anos, poderá ser excepcionada a dispensa e instaurada a TCE. Nesse sentido, seguem alguns enunciados do TCU:

A dispensa de instauração de Tomada de Contas Especial (TCE) quando decorridos dez anos entre a data provável de ocorrência do dano e a primeira notificação dos responsáveis não é regra absoluta, mas uma faculdade, em que é avaliada a razoabilidade de se prosseguir a investigação do caso concreto, sopesando a disponibilidade da documentação necessária para tanto, dentre outros aspectos.⁵

O transcurso do lapso de dez anos para dispensa de instauração da tomada de contas especial, apesar de admitido em tese, precisa ser avaliado em confronto com os elementos disponíveis em cada caso, com o objetivo de verificar se houve, de fato, prejuízo ao pleno exercício do contraditório e da ampla defesa.⁶

Ultrapassada essa questão acerca do prazo para dispensa para instauração da TCE, prevista na Instrução Normativa 71/2012 do TCU, digna de nota dada à necessidade de se fazer a diferenciação com a prescrição, passa-se à análise do entendimento daquela Corte de Contas a respeito dos prazos prescricionais para instauração de TCE.

Da análise dos julgados do Tribunal de Contas da União, observa-se

5 TCU, Acórdão 2223/2014, Plenário, Relator José Múcio Monteiro, Sessão em 27/08/2014.

6 TCU, Acórdão 6018/2015, Segunda Câmara, Relator Marcos Bemquerer Costa, Sessão 25/08/2015.

que a Corte possui entendimentos distintos a respeito da prescrição da pretensão punitiva, relativa à aplicação de sanções no âmbito do Tribunal, e da prescrição para ressarcimento do débito.

Com efeito, o entendimento consolidado no TCU, a respeito do prazo para pretensão punitiva, é de que se aplica, neste caso, as regras gerais de prescrição do Código Civil, e não o prazo prescricional previsto nas normas que regulamentam a ação punitiva da Administração no uso do poder disciplinar, tal como a prevista na Lei 9.873/99, ou na Lei 9.784/99. A questão foi objeto de uniformização no Acórdão 1.441/2016, no qual o Plenário decidiu que a pretensão punitiva se subordina ao prazo geral de prescrição indicado no Art. 205 do Código Civil, que é de 10 anos, contado da data de ocorrência da irregularidade sancionada, nos termos do Art. 189 do Código Civil, sendo este prazo interrompido pelo ato que ordenar a citação, a audiência ou a oitiva do responsável. Conforme o mesmo Acórdão, a ocorrência desta espécie de prescrição será aferida, independentemente de alegação da parte, em cada processo no qual haja intenção de aplicação das sanções previstas na Lei 8.443/1992.

Com relação ao prazo para instauração da TCE, visando o ressarcimento do débito, entende o TCU que a pretensão é imprescritível, conforme interpretação do Art. 37, IX da Constituição Federal, e da súmula 282 do TCU. Mesmo com o tema relativo ao alcance da imprescritibilidade estando pendente de julgamento pelo Supremo, observa-se que o TCU mantém o seu entendimento pela não prescrição da pretensão de ressarcimento por danos à Fazenda Pública, conforme os recentes Acórdãos n.º 13592/2016⁷, n.º 7607/2016⁸ e 3082/2016⁹, dentre outros.

7 TCU, Acórdão 13592/2016, Segunda Câmara, Relator Marcos Bemquerer, Sessão 06/12/2016.

8 TCU, Acórdão 7607/2016, Primeira Câmara, Relator José Múcio Monteiro, Sessão 06/12/2016.

9 TCU, Acórdão 3082/2016, Plenário, Relator Bruno Dantas, Sessão 30/11/2016.

3. A IMPRESCRITIBILIDADE DO RESSARCIMENTO AO ERÁRIO E O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O prazo de prescrição para o Estado exercer sua pretensão para o ressarcimento de danos que causem lesão ao erário é tema polêmico, que não encontrou, até o presente momento, posição unânime na doutrina ou jurisprudência firmada pelos Tribunais. As discussões versam acerca da adequada interpretação do conteúdo disciplinado no Art. 37, §5º da Constituição Federal, que dispõe que “a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.”

Inicialmente, a interpretação dada pela maioria da doutrina acerca desta norma constitucional, desde a promulgação da Carta, foi no sentido de que as ações de ressarcimento ao erário não se submetiam à prescrição, uma vez que, após afirmar que a lei estabelecerá os prazos prescricionais para ilícitos que causem prejuízos ao erário, a parte final do parágrafo ressalva as ações de ressarcimento. Nesse sentido, seguem trechos de algumas doutrinas publicadas sobre o assunto:

A prescritebilidade é princípio geral de direito, aplicável também à Administração Pública. Por ela o titular do direito perde, em razão de sua inércia, o poder de exigir o direito. Assim, são comuns as situações em que a Administração Pública vê extinto o direito de punir seu servidor pela prática de ilícito administrativo, dado ter ocorrido a prescrição. De sorte que não há surpresa alguma, salvo na sua desnecessidade e na instituição da imprescritebilidade das ações de ressarcimento, na previsão do § 5º do Art. 37 da Constituição Federal. Por esse dispositivo, os ilícitos administrativos prescrevem nos prazos estabelecidos em

lei, mas não prescreve o direito da Administração Pública direta, autárquica e fundacional pública ao ressarcimento do dano que seu agente, com dolo ou culpa, causou a terceiro, e a obrigou, os termos do Art. 37, § 6º da Lei Maior, a ressarcir-lo. O mesmo regime aplica-se aos casos em que o dano é causado à própria Administração Pública direta, autárquica ou fundacional pública. Essa mesma orientação tem sido acolhida pelo STJ, servindo como exemplo o posicionamento exarado no julgamento do REsp 894.539/PI.¹⁰

A prescrição da ação de improbidade está disciplinada no artigo 23, que distingue duas hipóteses: pelo inciso I, a prescrição ocorre cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; para os que exercem cargo efetivo ou emprego, o inciso II estabelece que a prescrição ocorre no mesmo prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público. São, contudo, imprescritíveis, as ações de ressarcimento por danos causados por agente público, seja ele servidor público ou não, conforme o estabelece o artigo 37, § 5o, da Constituição. Assim, ainda que para outros fins a ação de improbidade esteja prescrita, o mesmo não ocorrerá quanto ao ressarcimento dos danos.¹¹

Nos últimos anos, entretanto, foi constatado que alguns autores que outrora se filiaram ao entendimento pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, após reflexão mais aprofundada, reviram a posição antes adotada para concluir que se aplica a prescrição para a pretensão de ressarcimento ao erário. Celso Antônio Bandeira de Melo é um exemplo, conforme se observa do excerto abaixo destacado:

Até a 26ª edição deste Curso, admitimos que, por força do § 5º do Art. 37, de acordo com o qual os prazos de prescrição para ilícitos

10 GASPARINI, D. **Direito administrativo**. 16.ed. São Paulo: Saraiva: 2011. p. 254-255.

11 DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 789-790.

causados ao erário serão estabelecidos por lei, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento, estas últimas seriam imprescritíveis. É certo que aderíamos a tal entendimento com evidente desconforto, por ser óbvio o desacerto de tal solução normativa.

(...)

Não é crível que a constituição possa abonar resultados tão radicalmente adversos aos princípios que adota no que concerne ao direito de defesa.

(...)

Como explicar então o alcance do Art. 37, § 5º? Pensamos que o que se há de extrair dele é a intenção manifesta, ainda que mal expressada, de separar os prazos de prescrição do ilícito propriamente, isto é, penal, ou administrativo, dos prazos de ações de responsabilidade, que não terão porque obrigatoriamente coincidir. Assim, a ressalva para as ações de ressarcimento significa que terão prazos autônomos em relação aos que a lei estabelecer para as responsabilidades administrativas e penais.¹²

Márcia Pelegrini, em artigo cujo tema é “A Prescrição da Pretensão Ressarcitória do Estado”¹³ aponta em seu estudo a mudança de entendimento de outros doutrinadores sobre essa questão, tais como Fábio Medina Osório e Lúcia Valle Figueiredo, além de demonstrar que outros doutrinadores, como Ada Pellegrini Grinover, manifestam o entendimento pela prescritibilidade da pretensão ressarcitória do Poder Público.

Com relação à jurisprudência dos Tribunais pátrios, apesar de inicialmente vacilante, consolidou-se o entendimento de que as ações de ressarcimento ao erário são imprescritíveis, uma vez que o STF,

12 MELO, C. A. B. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 1064.

13 PELEGRINI, M. **A prescrição da pretensão ressarcitória do Estado** - Exegese do Art. 37, §5º da Constituição Federal e aplicabilidade no exercício da função controladora exercida pelos Tribunais de Contas. Fórum Administrativo - Direito Público. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 09.

no julgamento do Mandado de Segurança n. 26.210, a despeito de terem sido aventadas distintas teses pelos ministros, adotou a tese da imprescritibilidade da pretensão ressarcitória. O citado precedente passou a ser aplicado internamente no Supremo Tribunal Federal, como no RE n.º 578.428/RS-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe 14.11.2011; RE n.º 646.741/RS-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe 22.10.2012; e AI n.º 712.435/SP-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe 12.4.2012, consolidando-se o entendimento do Tribunal no sentido da imprescritibilidade das ações de ressarcimento de dano ao erário.

Esse julgado tornou-se importante *leading case*, tendo influenciado posicionamentos mais uniformes tanto em órgãos do Poder Judiciário quanto no Tribunal de Contas da União, que acabaram acatando a tese da imprescritibilidade em observância à interpretação constitucional realizada pelo Supremo. Não obstante, em alguns Tribunais a questão da imprescritibilidade é debatida e apreciada em sentidos diversos, sobretudo quanto ao seu alcance, no que diz respeito à natureza das pretensões que são acobertadas pela imprescritibilidade.

Recentemente, no entanto, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 669.069/MG pelo STF, reconhecida a repercussão geral do tema (Tema 666¹⁴), o entendimento anterior que vinha sendo exarado em favor da imprescritibilidade voltou a ser debatido, reacendendo importantes questões acerca da abrangência do comando do Art. 37, §5º constitucional. Tratou-se de Recurso Extraordinário interposto contra decisão proferida pelo TRF 1ª Região, que reconheceu estar prescrita a ação de ressarcimento de danos materiais promovida com fundamento em acidente de trânsito.

14 DJe de 03/08/2013, Tema 666: imprescritibilidade das ações de ressarcimento por danos causados ao erário, ainda que o prejuízo não decorra de ato de improbidade administrativa.

Submetido ao STF, recebeu da Corte, crivo positivo quanto à existência de repercussão geral, tendo o Ministro Relator Teori Zavascki reconhecido que há, no plano doutrinário e jurisprudencial, acirrada divergência de entendimentos, fundamentados, basicamente em três linhas interpretativas: (a) a imprescritibilidade aludida no dispositivo constitucional alcança qualquer tipo de ação de ressarcimento ao erário; (b) a imprescritibilidade alcança apenas as ações por danos ao erário decorrentes de ilícito penal ou de improbidade administrativa; (c) o dispositivo não contém norma apta a consagrar imprescritibilidade alguma.

Iniciado o julgamento do RE em novembro de 2014, o Ministro Relator emitiu voto no sentido de que a ressalva contida na parte final do parágrafo 5º do artigo 37 da Constituição Federal, que remete à lei a fixação de prazos de prescrição para ilícitos que causem prejuízos ao erário, mas excetua respectivas ações de ressarcimento, deve ser entendida de forma estrita. Segundo ele, uma interpretação ampla da ressalva final conduziria à imprescritibilidade de toda e qualquer ação de ressarcimento movida pelo erário, mesmo as fundadas em ilícitos civis que não decorram de culpa ou dolo.

O Ministro observou que no ordenamento jurídico brasileiro, a prescritibilidade, além de regra, é fator importante para a segurança e estabilidade das relações jurídicas e da convivência social. Portanto, segundo ele, a ressalva constitucional da imprescritibilidade não se aplica a qualquer ação, mas apenas às que busquem o ressarcimento, decorrentes de sanções por atos de improbidade administrativa e ilícitos penais contra a Administração Pública. O Ministro considerou que uma interpretação ampla dessa regra levaria a resultados incompatíveis com o sistema, entre os quais, o de tornar imprescritíveis ações de ressarcimento por simples atos culposos. Por estas razões, o Ministro Teori Zavascki negou provimento ao recurso, e propôs fixar como tese de repercussão geral que a imprescritibilidade a que se refere o parágrafo 5º do artigo 37

da Constituição diz respeito apenas a ações de ressarcimento de danos ao erário decorrentes de atos tipificados como improbidade ou ilícitos penais.

O Ministro Luís Roberto Barroso, ao proferir o seu voto, concordou com o voto do relator, porém, considerando não estar a Corte em condições de sistematizar o tema, haja vista que a questão da improbidade ou ilícito penal não foi objeto do processo, e, portanto, não passou pelo contraditório, sugeriu a fixação da seguinte tese: “é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”. Após debates entre alguns ministros da Corte, acompanharam integralmente o relator os Ministros Rosa Weber e Luiz Fux, votando o Ministro Roberto Barroso pelo provimento do recurso, mas afirmando a tese mais restritiva mencionada. O Ministro Dias Toffoli pediu vista do recurso, suspendendo o julgamento.

Em fevereiro de 2016, o Tribunal retomou o julgamento do recurso e, debatendo o tema da imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário, firmou a tese de repercussão geral no sentido de que “é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”. Em seu voto-vista, o Ministro Dias Toffoli entendeu que não se discutia, neste feito, a prescritibilidade ou não das pretensões sancionatórias pela prática de atos de improbidade ou ilícitos penais, portanto, não havia como se debater sobre todo o conteúdo jurídico do Art. 37, §5º da CF, porque a análise desse e de outros temas deveriam ser aprofundados com o desenvolvimento de pontos de vista sobre esses assuntos nas instâncias originárias. Assim, a despeito de votar também pelo não provimento do apelo, divergiu parcialmente do relator ao sugerir a tese de que “não se aplica à ação de reparação por danos causados por acidente de trânsito a imprescritibilidade a que se refere o Art. 37, §5º da Constituição Federal”. Finalmente, restou vencedora, por maioria, a tese sugerida pelo Ministro Barroso de que “é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”.

Ante todo o exposto, verifica-se que, inicialmente, o tema de repercussão geral 666 teve, de fato, por objeto, o alcance da imprescritibilidade da pretensão ao ressarcimento ao erário prevista no Art. 37, §5º da CF, conforme ementa e trecho da decisão que reconheceu a repercussão geral:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESCRIÇÃO. INTERPRETAÇÃO DA RESSALVA FINAL PREVISTA NO ARTIGO 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

Apresenta repercussão geral o recurso extraordinário no qual se discute o alcance da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário prevista no artigo 37, § 5º, da Constituição Federal.

Trecho da decisão que admitiu a repercussão geral:

3. Questiona-se, à luz do § 5º do artigo 37, da Constituição Federal, o sentido e o alcance a ser dado à ressalva final do dispositivo, segundo o qual, “a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

4. A questão transcende os limites subjetivos da causa, havendo, no plano doutrinário e jurisprudencial, acirrada divergência de entendimentos, fundamentados, basicamente, em três linhas interpretativas: (a) a imprescritibilidade aludida no dispositivo constitucional alcança qualquer tipo de ação de ressarcimento ao erário; (b) a imprescritibilidade alcança apenas as ações por danos ao erário decorrentes de ilícito penal ou de improbidade administrativa; (c) o dispositivo não contém norma apta a consagrar imprescritibilidade alguma. É manifesta, assim, a relevância e a transcendência dessa questão constitucional.

5. Diante do exposto, manifesto-me pela existência de repercussão geral da questão suscitada.

Entretanto, no julgamento do Recurso Extraordinário, os Ministros concluíram que a ação apenas tratava de ressarcimento de dano civil causada por acidente de trânsito, não envolvendo, portanto, improbidade administrativa ou ilícito penal, de modo que essa questão não foi objeto de contraditório neste processo. Ou seja, a Corte não foi exposta aos diferentes argumentos acerca da imprescritibilidade ou não nos casos de improbidade e ilícito penal, vez que esses não constituíam objeto da ação, tendo sido apreciado pelo Tribunal Regional inferior apenas como *obiter dictum*¹⁵.

Assim, o Supremo Tribunal Federal, ao concluir o julgamento do RE 669.069/MG, não se posicionou acerca do completo alcance do Art. 37, §5º da CF, apenas tendo deliberado que para os casos de ilícito civil há prescrição para pretensão de ressarcimento pela Administração Pública.

Destaca-se que a Corte também não se manifestou sobre o alcance do que consistiria ilícito civil. Nos debates travados entre os ministros, o relator Teori Zavascki indagando sobre o que seria ilícito civil, obteve do ministro Luís Roberto Barroso a resposta de que “é o que não é penal nem administrativo”, mas essa questão não foi objeto de decisão.

Interpostos Embargos de Declaração no RE 669.069/MG¹⁶, o Plenário entendeu pela rejeição dos aclaratórios, tendo o relator informado que nos debates travados por ocasião do julgamento do RE, ficou clara a opção do Tribunal de considerar como ilícito civil os de natureza semelhante à

15 *Obiter dictum*: refere-se àquela parte da decisão considerada dispensável, que o julgador disse por força da retórica e que não importa em vinculação para os casos subsequentes. Referem-se aos argumentos expendidos para completar o raciocínio, mas que não desempenham papel fundamental na formação do julgado. São verdadeiros argumentos acessórios que acompanham o principal - ratio decidendi (razão de decidir). Neste caso, a supressão do excerto considerado *obiter dictum* não prejudica o comando da decisão, mantendo-a íntegra e inabalada.

16 RE 669069 ED, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 16/06/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-136 DIVULG 29/06/2016 PUBLIC 30/06/2016.

do caso concreto em exame, a saber: ilícitos decorrentes de acidente de trânsito. Segundo o Ministro¹⁷:

o conceito, sob esse aspecto, deve ser buscado pelo método de exclusão: não se consideram ilícitos civis, de um modo geral, os que decorrem de infrações ao direito público, como os de natureza penal, os decorrentes de atos de improbidade e assim por diante. Ficou expresso nesses debates, reproduzidos no acórdão embargado, que a prescritibilidade ou não em relação a esses outros ilícitos seria examinada em julgamento próprio.

Para fins de análise da prescrição no âmbito da Tomada de Contas Especial o julgamento do RE 669.069/MG pelo STF não traz maiores esclarecimentos, uma vez que o Supremo não se manifestou sobre a prescrição para ressarcimento de danos ao erário decorrente de ilícito administrativo. Com efeito, a TCE é instrumento que serve ao TCU para apuração de dano ao erário decorrente de ato de administração de bens e valores públicos, de modo que o ilícito praticado pelo agente nessa condição não se enquadra como ilícito civil, mas como ilícito administrativo.

O Tribunal de Contas da União já teve oportunidade de se manifestar sobre o julgamento da Repercussão Geral 666, fixando o entendimento de que a tese exarada pelo Supremo no RE 669.069/MG não alcança prejuízos que decorram de ilícitos administrativos. Nesse sentido, os Acórdãos 2910/2016-Plenário, 5928/2016-Segunda Câmara e 5939/2016-Segunda Câmara, esse último, cuja ementa a seguir está destacada:

Enunciado: A tese fixada pelo STF no RE 669.069 (Repercussão Geral 666), que trata da incidência da prescrição nos débitos com a União decorrentes de ilícitos civis (prazo prescricional de cinco anos), não alcança prejuízos que decorram de ilícitos administrativos, como a não comprovação da regular gestão de

17 RE 669069 ED, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 16/06/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-136 DIVULG 29/06/2016 PUBLIC 30/06/2016.

recursos públicos, que são imprescritíveis.¹⁸

Não obstante, o julgamento do Tema 666 não tenha produzido impactos no entendimento sobre o prazo de prescrição para instauração da TCE como poderia se ter imaginado, dado a inicial inclinação da Corte Suprema de analisar a completa abrangência do Art. 37, § 5º, releva destacar que outros dois temas foram recentemente reconhecidos com repercussão geral, pelo STF, relacionados à imprescritibilidade de ressarcimento ao erário. São eles o Tema 897 e 899, cujas ementas abaixo estão colacionadas:

Ementa: ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESCRITIBILIDADE (ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. 1. Possui repercussão geral a controvérsia relativa à prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário, em face de agentes públicos, em decorrência de suposto ato de improbidade administrativa. 2. Repercussão geral reconhecida.¹⁹

Ementa: ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EXECUÇÃO FUNDADA EM ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESCRITIBILIDADE (ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. 1. Possui repercussão geral a controvérsia relativa à prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas. 2. Repercussão geral reconhecida.²⁰

18 TCU, Segunda Câmara, Relator Marcos Bemquerer, Acórdão 5939/2016, Sessão 17/05/2016.

19 RE 852475 RG, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 19/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-108 DIVULG 25/05/2016 PUBLIC 27/05/2016.

20 RE 636886 RG, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 02/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-123 DIVULG 14/06/2016 PUBLIC 15/06/2016.

O Tema 897 discute exatamente a prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos em decorrência de suposto ato de improbidade administrativa. Espera-se que a Corte se pronuncie acerca da prescrição para ressarcimento quando o dano ao erário decorre de ato ou omissão enquadrado como improbidade, nos termos da Lei 8.429/92. Pondera-se que, caso o STF aprecie o tema somente com relação aos casos em que há Ação Civil Pública ajuizada para condenação do agente em ato de improbidade, a tese poderá não ter impactos sobre o prazo para processamento de TCE, pois, como já afirmado, a TCE não tem por objetivo a imposição de sanção administrativa ou política, mas sim a reposição do prejuízo. Logo, eventual análise restritiva por parte do Tribunal, que diga respeito somente à ação que impõe condenação por improbidade administrativa poderá não estender efeitos ao estudo da prescrição da TCE.

Já com relação ao Tema 899, este especificamente trata da pretensão de ressarcimento fundada em decisão de Tribunal de Contas. A matéria fática que deu origem ao recurso refere-se à condenação, pelo TCU, em ressarcimento de recursos públicos por não prestação de contas de valores repassados através de convênio. O relator do Recurso, que neste caso também era o Ministro Teori Zavaski, reconhece que o Supremo já assentou a imprescritibilidade de pretensão de ressarcimento ao erário em caso análogo ao presente, mas que, tendo em vista a manifestação de juízes da Corte em sentido contrário, quando do julgamento do RE 669.069/MG, incumbe submeter novamente à análise do Plenário do Supremo. Tendo em vista o falecimento do Ministro Teori Zavascki, a relatoria do recurso deverá ficar a cargo do próximo Ministro que assumir a vaga na Corte, ou poderá ser redistribuída para outro Ministro, caso a Presidente do STF vislumbre excepcional necessidade.

O julgamento do Tema 899 pelo Supremo trará importante impacto

para o procedimento da Tomada de Contas Especial. Caso o STF entenda que é prescritível a condenação em ressarcimento decorrente de decisão de Cortes de Contas, além de haver o impacto em milhares de processos de TCE que estão em tramitação em diversos órgãos e entidades da Administração Federal e Estadual, também a atuação dos Tribunais de Contas deverão ser ajustadas, a fim de conseguir jurídica e operacionalmente dar cabo à instauração dos procedimentos de TCE antes que a prescrição fulmine essa pretensão. Ademais, diversas questões jurídicas relacionadas ao prazo de prescrição, seu termo inicial, suspensão e interrupção deverão ser objeto de análise, julgamento e uniformização, para que se tenha tranquilidade e segurança jurídica no julgamento das TCEs.

4. A RECENTE DECISÃO DA PRIMEIRA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ACERCA DA PRESCRIÇÃO PARA INSTAURAÇÃO DA TOMADA DE CONTAS ESPECIAL

Enquanto o Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do Poder Judiciário, competindo a guarda da Constituição Federal, e, precipuamente, o julgamento de ações e recursos que versem sobre a aplicação de dispositivos da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça é a Corte responsável por uniformizar a interpretação da legislação federal em todo o Brasil.

O Superior Tribunal de Justiça detém competência, portanto, para apreciar os recursos que debatam matérias envolvendo a aplicação de leis federais, razão pela qual esse Tribunal em diversas ocasiões julgou matérias envolvendo Tomada de Contas Especiais e as normas que regulamentam o processo administrativo federal. Com relação ao alcance do Art. 37, §5º da CF, o STJ não detém competência para julgamento da questão.

Em julgado do ano de 2009, a Segunda Turma do Tribunal entendeu que é imprescritível a instauração de TCE para apuração de danos causados ao erário e ressarcimento do prejuízo, em decorrência lógica da imprescritibilidade de ressarcimento ao erário reconhecida pelo STF:

ADMINISTRATIVO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. DANO AO ERÁRIO. RESSARCIMENTO. IMPRESCRITIBILIDADE. MULTA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL.

ART. 1º DA LEI 9.873/1999. INAPLICABILIDADE.

1. A pretensão de ressarcimento por prejuízo causado ao Erário é imprescritível. Por decorrência lógica, tampouco prescreve a Tomada de Contas Especial no que tange à identificação dos responsáveis por danos causados ao Erário e à determinação do ressarcimento do prejuízo apurado. Precedente do STF.

2. Diferente solução se aplica ao prazo prescricional para a instauração da Tomada de Contas no que diz respeito à aplicação da multa prevista nos arts. 57 e 58 da Lei 8.443/1992. Em relação à imposição da penalidade, incide, em regra, o prazo quinquenal.

3. Inaplicável à hipótese dos autos o disposto no Art. 1º da Lei 9.873/1999, que estabelece que, nos casos em que o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal. Isso porque a instância de origem apenas consignou que as condutas imputadas ao gestor público não caracterizavam crime, sendo impossível depreender do acórdão recorrido a causa da aplicação da multa. Dessa forma, é inviável, em Recurso Especial, analisar as provas dos autos para verificar se a causa da imputação da multa também constitui crime (Súmula 7/STJ).

4. Recursos Especiais parcialmente providos para afastar a prescrição relativamente ao ressarcimento por danos causados ao Erário.²¹

21 Resp 894.539/PI, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/08/2009, DJe 27/08/2009.

Entretanto, recentemente a Primeira Turma do Tribunal entendeu que o procedimento de Tomada de Contas Especial não equivale a uma Ação de Ressarcimento ao Erário, razão pela qual não incide a regra do Art. 37, §5º da CF que trata da imprescritibilidade. Segundo a Corte, apenas a Ação de Ressarcimento ao Erário ajuizada perante o Poder Judiciário é imprescritível, de modo que para instauração de TCE incide o prazo prescricional de 5 anos, aplicado por analogia aos arts. 1º do Decreto 20.910/32 e 1º da Lei 9.873/99. A seguir, a ementa do julgamento:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PROCESSO DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. VIOLAÇÃO A INSTRUÇÃO NORMATIVA. EXAME INCABÍVEL EM SEDE DE APELO ESPECIAL.

ARTS. 31 E 57, DA LEI 8.443/92, 471 DO CPC, 884 DO CC, 26, VI, E 27, § 1º, DA LEI 9.784/99. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. TESE DE PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA OU FALHA NA PRESTAÇÃO DE CONTAS. IMPUTAÇÃO DO DÉBITO E APLICAÇÃO DE SANÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE HIPÓTESE DE IMPRESCRITIBILIDADE. LACUNA LEGISLATIVA. NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO POR ANALOGIA. APLICAÇÃO DO PRAZO QUINQUENAL. DECURSO. OCORRÊNCIA.

1. As instruções normativas não integram o conceito de lei federal para fins de controle em sede de recurso especial. Precedentes.
2. O Tribunal de origem não emitiu juízo de valor sobre os arts. 31 e 57 da Lei 8.443/92, 471 do CPC, 884 do CC, 26, VI, e 27, § 1º, da Lei 9.784/99, carecendo o recurso especial, no ponto, do requisito do prequestionamento. Incidência da súmula 282/STF.
3. “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento” (§ 5º do Art. 37 da CF).
4. As “ações de ressarcimento” são imprescritíveis, conforme dispõe expressamente o texto constitucional, o que tem sido

observado e reiterado nos julgamentos desta Corte, seja em sede de ação de improbidade com pedido de ressarcimento, seja em ação com o fim exclusivo de ressarcir o erário. No entanto, os autos não versam sobre o exercício do direito de ação, ou seja, de pedir ressarcimento perante o Poder Judiciário. Ao contrário, tratam da imputação de débito e aplicação de multa promovida pelo Tribunal de Contas da União, no exercício do seu poder/dever de velar pelas contas públicas, mediante atuação administrativa, oportunidade em que não há falar em exercício do direito de ação e, conseqüentemente, em imprescritibilidade.

5. Eventual desvio de verbas ou qualquer outra ilegalidade que importe prejuízo ao erário poderá ser objeto de ação de ressarcimento, perante o Poder Judiciário, a qualquer tempo, eis que imprescritível, hipótese em que o ônus da prova do efetivo prejuízo e da responsabilidade do seu causador incumbe a quem pleiteia o ressarcimento.

6. Na tomada de contas especial, diversamente, o ônus da prova incumbe ao responsável pela aplicação dos recursos repassados, que se torna o responsável pelo débito e multa por mera presunção de prejuízo ao erário se ausente ou falha a prestação de contas. Nessas circunstâncias, a atuação administrativa deve encontrar limites temporais, sob pena de sujeitar os responsáveis pela aplicação de repasses de verbas federais a provarem, eles, a qualquer tempo, mesmo que decorridas décadas, a adequada aplicação dos recursos que um dia geriram, em flagrante ofensa a princípios basilares do Estado de Direito, como a segurança jurídica e ampla defesa.

7. Em virtude da lacuna legislativa, pois não há previsão legal de prazo para a atuação do Tribunal de Contas da União, deve ser-lhe aplicado o prazo quinquenal, por analogia aos arts. 1º do Decreto 20.910/32 e 1º da Lei 9.873/99. Em hipótese similar à presente, porquanto ausente prazo decadencial específico no que concerne ao exercício do poder de polícia pela Administração, antes do advento da Lei 9.873/99, a Primeira Seção desta Corte, no

julgamento do REsp 1.105.442/RJ (Rel Min. Hamilton Carvalho, Primeira Seção, DJe 22/2/2011), sob o rito do Art. 543-C do CPC, assentou ser ele de 5 anos, valendo-se da aplicação analógica do Art. 1º do Decreto 20.910/32.

8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido para julgar procedente o pedido inicial, desconstituindo a decisão do Tribunal de Contas da União no processo de tomada de contas especial do Convênio 5013/96, ressaltando-se a via judicial para o pleito de eventual ressarcimento.²²

O STJ entende que, nos termos das decisões do STF, a Ação de Ressarcimento ao Erário é imprescritível²³. Além disso, uma vez que o alcance do disposto no Art. 37, §5º da CF é matéria constitucional, não cabe ao STJ julgar o alcance da norma constitucional em seus julgamentos. No entanto, conforme destacado acima, a Primeira Turma apreciou a matéria relativa ao prazo de prescrição para instauração de TCE, decidindo que para instauração desse procedimento não incide a regra constitucional do Art. 37, §5º da CF, mas sim as normas que regulam o procedimento administrativo, ou seja, arts. 1º do Decreto 20.910/32 e 1º da Lei 9.873/99.

Entendeu a Primeira Turma que diversamente do exercício do direito de ação na Ação de Ressarcimento ajuizada perante o Judiciário, a aplicação de multa e condenação em ressarcimento promovida pelo TCU revela exercício do seu poder/dever de velar pelas contas públicas, mediante

22 REsp 1480350/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 12/04/2016.

23 ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL. REPARAÇÃO DE DANOS AO ERÁRIO. APURAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS. EX-VEREADORES. VALORES RECEBIDOS A MAIOR. IMPRESCRITIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E STJ. 1. Diante da jurisprudência consolidada no STF e STJ, a pretensão de ressarcimento ao erário, independentemente de se tratar ou não de ato de improbidade administrativo, é imprescritível. 2. Recurso especial provido. (REsp 1350656/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/09/2013, DJe 17/09/2013).

atuação administrativa. Nesse último caso, o ônus da prova do adequado e regular emprego das verbas públicas é imputado, como não poderia ser diferente, ao responsável pela utilização dos valores repassados pela União. Assim, a não comprovação da adequada aplicação dos recursos públicos traduz, apenas por presunção, a ocorrência de prejuízo ao erário e, conseqüentemente, a imputação do débito e multa ao gestor falho ou faltoso. A contrário senso, no caso da Ação de Ressarcimento, imprescritível, o ônus da prova do efetivo prejuízo ao erário incumbe a quem pleiteia o ressarcimento, perante o Poder Judiciário.

Assim, sob o argumento de que estaria analisando matéria infraconstitucional relativa à natureza do procedimento de Tomada de Contas Especial, a Corte avançou em tema de competência do Supremo. Afinal, não se pode olvidar que a parte final do Art. 37, §5 não fala em Ação de Ressarcimento ao Erário como um tipo de ação única a ser ressalvado da prescritibilidade, mas sim em “ações de ressarcimento”, podendo-se incluir dentre estas, a ação de ressarcimento decorrente de julgamento de processo de TCE.

5. CONCLUSÃO

O tema sobre a prescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário, e o alcance do disposto no Art. 37, §5º da Constituição Federal está reaceso e ardente na comunidade jurídica, haja vista as últimas decisões do Supremo acerca do alcance da então tese de imprescritibilidade reconhecida por aquela Corte.

O reconhecimento de repercussão geral para as questões relacionadas à prescrição da pretensão de danos causados ao erário espraia seus efeitos sobre diversas outras questões do Direito Administrativo relacionado ao controle de contas e recursos públicos. Com relação à Tomada de Contas Especial não seria diferente. O impacto que eventual mudança

de entendimento, por parte dos Tribunais brasileiros, sobre a prescrição para pretensão de ressarcimento ao erário decorrente de julgamento de TCEs ou procedimentos administrativos pelas Cortes de Contas do país produzirá um efeito devastador com relação aos diversos processos em tramitação. Além disso, eventual reconhecimento da prescrição para esses casos trará por consequência a necessidade de debates sobre as medidas jurídicas e operacionais necessárias para se evitar a consumação da prescrição em diversos casos ainda pendente de apuração pelos órgãos e entidades da Administração Pública.

Deve-se atentar, no entanto, que não é somente o fato da eventual incapacidade operacional ou logística para apuração e processamento de investigações ou TCEs que justifica a imprescritibilidade da pretensão ressarcitória, mas, sobretudo, o princípio republicano e o entendimento de que os prejuízos causados ao erário, são, em última análise, um desfalque a toda a sociedade brasileira. Espera-se que esse último argumento seja levado em consideração pelos Tribunais quando da análise dessas questões, pois, ainda que se argumente em favor da segurança jurídica para justificar eventual tese de prescrição das ações de ressarcimento ao erário, não se pode admitir uma segurança jurídica que beneficia apenas ao causador do dano em prejuízo de toda uma comunidade de pessoas que contribuem patrimonialmente para uma estrutura financeira que garanta os direitos mínimos de todos os cidadãos.

Finalmente, conclui-se que enquanto não houver o julgamento e a pacificação dessas questões pelo Supremo Tribunal Federal, órgão competente para a análise das questões constitucionais, as Cortes de Contas do país, assim como está fazendo o TCU, deverão continuar se guiando pelo entendimento já consagrado da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 dez. 2016.

_____. Tribunal de Contas da União. **Instrução Normativa 71, de 28 de novembro de 2012**. Dispõe sobre a instauração, a organização e o encaminhamento ao Tribunal de Contas da União dos processos de tomada de contas especial. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/fiscalizacao-e-controle/prestacao-de-contas/tomada-de-contas-especial/legislacao-e-normativos-infralegais/instrucoes-e-decisoes-normativas.htm>>. Acesso em: 22 fev. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. **Instrução Normativa 76, de 23 de novembro de 2016**. Altera a Instrução Normativa - TCU n. 71, de 28 de novembro de 2012, que dispõe sobre a instauração, a organização e o encaminhamento ao Tribunal de Contas da União dos processos de tomadas de contas especial. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/fiscalizacao-e-controle/prestacao-de-contas/tomada-de-contas-especial/legislacao-e-normativos-infralegais/instrucoes-e-decisoes-normativas.htm>>. Acesso em: 22 fev. de 2017.

_____. Controladoria Geral da União. Secretaria de Controle Interno da Controladoria Geral da União. **Manual de Tomada de Contas Especial**. Publicado em 17/03/2014 por ASCOM, última modificação 21/08/2014. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/auditoria-e-fiscalizacao/avaliacao-da-gestao-dos-administradores/tomadas-de-contas-especiais/manual>>. Acesso em: 22 fev. de 2017.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GASPARINI, D. **Direito administrativo**. 16.ed. São Paulo: Saraiva: 2011.

MELO, C. A. B. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2011.

PELEGRINI, M. A prescrição da pretensão ressarcitória do Estado - Exegese do Art. 37, §5º da Constituição Federal e aplicabilidade no exercício da função controladora exercida pelos Tribunais de Contas. **Fórum Administrativo - Direito Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

A tutela provisória em matéria de compensação tributária

*The provisional guarantee regarding tax
compensation*

Sávio Barreto Lima Souza

- » Funcinário do Banco do Nordeste do Brasil S.A
- » Graduado em Direito pela Universidade Federal de Sergipe – UFS
- » Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera e Direito Tributário pela Universidade Tiradentes – UNIT
- » E-mail: saviobsl@yahoo.com.br

Prof. Roberto de Paula Lima Filho

- » Assessor de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe – TJSE
- » Graduado em Direito e pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Sergipe – UFS
- » Professor da pós-graduação em Direito Tributário da Universidade Tiradentes – UNIT
E-mail: rptributo@gmail.com

RESUMO

O direito à compensação tributária constitui uma garantia constitucionalmente assegurada ao contribuinte e se apresenta como uma das formas de extinção das obrigações tributárias previstas no ordenamento jurídico. Tal instituto pode ser traduzido em duas dimensões complementares: em um primeiro viés, destina-se a preservar o patrimônio do cidadão; enquanto que, de outro lado, inibe a sede arrecadatória do Estado, cujas prerrogativas para constituição e cobrança de seus créditos fiscais desequilibram a relação jurídica mantida com a maior parte dos contribuintes. Nesta perspectiva, busca-se no presente trabalho analisar a possibilidade de concessão de tutela provisória em matéria de compensação tributária, com o desiderato de evitar o sacrifício maior do cidadão de boa-fé que recolhe tributos indevidamente e, dada sua vulnerabilidade ante o Poder Público, urge pela prestação de uma tutela jurisdicional mais célere e efetiva, inobstante as limitações impostas pela legislação infraconstitucional.

PALAVRAS-CHAVES

Compensação tributária. Justiça fiscal. Tutela provisória. Efetividade jurisdicional.

ABSTRACT

The right to tax compensation constitutes a guarantee constitutionally guaranteed to the taxpayer and is presented as one of the forms of extinction of the tax obligations foreseen in the legal order. Such an institute can be translated into two complementary dimensions: in a first bias, it is intended to preserve the citizen's patrimony; While, on the other hand, it inhibits the collection office of the State, whose prerogatives

for the constitution and collection of its tax credits unbalance the legal relationship maintained with most of the taxpayers. In this perspective, the present study seeks to analyze the possibility of granting provisional protection in the matter of tax compensation, with the aim of avoiding the greater sacrifice of the citizen of good faith who collects taxes improperly and, given their vulnerability to the Public Power , Urges the provision of a more rapid and effective judicial protection, notwithstanding the limitations imposed by infraconstitutional legislation.

KEYWORDS

Tax compensation, Tax justice, Provisional guardianship, Effectiveness jurisdictional.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Compensação Tributária. 2.1 Conceito e Natureza Jurídica. 2.2 Compensação Tributária e Justiça Fiscal. 3. A Tutela provisória em matéria de compensação tributária. 3.1 Aspectos Gerais. 3.2 Outros enunciados de súmula do STJ sobre a matéria. 4. Conclusões.

INTRODUÇÃO

O instituto da compensação tributária vem sendo utilizado ao longo do tempo como importante forma de extinção das obrigações tributárias e, neste contexto, o Estado tem o dever-poder de garantir aos cidadãos o acesso a mecanismos de regularização fiscal.

Com efeito, através da compensação, o contribuinte tem assegurada a efetividade de seus direitos, de tal sorte que, conforme veremos ao longo deste breve trabalho, é vedado ao ente tributante impedir ou de qualquer modo dificultar a compensação tributária pelo particular à luz dos princípios e garantias insculpidos na Constituição Cidadã de 1988.

Nada obstante a isso, tem-se visto ao longo dos anos que a legislação específica cria obstáculos à efetivação da compensação tributária por meio da concessão de tutela provisória em ações fiscais. Tais normas têm por desiderato proteger a Fazenda Pública de práticas fraudulentas, mas algumas dessas restrições podem afetar a própria essência do direito à compensação, porquanto, é de sabença comum, o efeito do tempo sobre o processo judicial, pois acarreta consequências gravosas à prestação de uma tutela jurisdicional mais célere e eficaz.

Assim, a admissibilidade de concessão de tutela provisória, seja de natureza cautelar ou antecipatória, em matéria de compensação tributária, pode contribuir para a razoável duração do processo e sua efetividade, especialmente na lide fiscal em razão das peculiaridades da própria Fazenda Pública quando em juízo.

Nesse sentido, o presente artigo tem por finalidade analisar o instituto da compensação tributária à luz do regramento constitucional e legal aplicável à espécie, bem como examinar o entendimento dos tribunais de superposição sobre a possibilidade de concessão de tutela provisória em

ações fiscais, percebendo as vedações legais ou jurisprudenciais a tais provimentos e suas possíveis exceções, sem perder de vista os reflexos do Novo CPC no quanto se refere ao disciplinamento da tutela provisória em compensação tributária.

2. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA

2.1 Conceito e natureza jurídica

A compensação é instituto inerente às relações obrigacionais, isto é, seu regramento pertence ao direito civil e não ao direito tributário. Assim, a teor do Art. 368, do Código Civil, tem-se que, “se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem”.

A compensação se opera quando duas pessoas forem, ao mesmo tempo, credor e devedor uma da outra. Consiste, pois, em uma forma indireta de extinção das obrigações, como sucedâneo do pagamento, por produzir o mesmo efeito deste.

Em se tratando de contribuinte credor da Fazenda Pública, é possível a extinção da obrigação tributária por meio da compensação do crédito tributário, consoante prevê o Art. 156, inciso II, do Código Tributário Nacional:

Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

I - o pagamento;

II - a compensação;

III - a transação;

IV - remissão;

V - a prescrição e a decadência;

VI - a conversão de depósito em renda;

- VII - o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no artigo 150 e seus §§ 1º e 4º;
- VIII - a consignação em pagamento, nos termos do disposto no § 2º do artigo 164;
- IX - a decisão administrativa irreformável, assim entendida a definitiva na órbita administrativa, que não mais possa ser objeto de ação anulatória;
- X - a decisão judicial passada em julgado.
- XI - a dação em pagamento em bens imóveis, na forma e condições estabelecidas em lei.

A despeito de sua origem no direito privado, advirta-se, desde logo, que as regras de imputação ao pagamento não obedecem às disposições do Art. 354 do Código Civil: “Havendo capital e juros, o pagamento imputar-se-á primeiro nos juros vencidos, e depois no capital, salvo estipulação em contrário, ou se o credor passar a quitação por conta do capital”.

É que, ao admitir exceções ao seu comando, o dispositivo acima deixa de ser aplicado quando existirem normas específicas, a exemplo do que ocorre com o disciplinamento da matéria no âmbito federal, através do art. 66 da Lei 8.383/1991 e art. 74 da Lei 9.430/1996.

Em síntese, tais legislações delegam à Secretaria da Receita Federal e ao INSS a faculdade de regulamentar a compensação tributária perante a Fazenda Pública Nacional.

O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento sobre o tema, consoante se depreende do Enunciado 464: “A regra de imputação de pagamentos estabelecida no art. 354 do Código Civil não se aplica às hipóteses de compensação tributária”.

Dessa forma, a regra mais benéfica de imputação feita, primeiramente, sobre os juros vencidos e, somente depois, no valor do principal (art. 354 do CC) não se aplica na legislação tributária.

A compensação fiscal está prevista no art. 170 do CTN:

Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública.

Parágrafo único. Sendo vincendo o crédito do sujeito passivo, a lei determinará, para os efeitos deste artigo, a apuração do seu montante, não podendo, porém, cominar redução maior que a correspondente ao juro de 1% (um por cento) ao mês pelo tempo a decorrer entre a data da compensação e a do vencimento.

Tal dispositivo cuida da compensação de créditos tributários com créditos de qualquer natureza, desde que líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo com a Fazenda Pública, desde que devidamente estipulado em lei.

De acordo com o art. 170 do CTN, para compensação dos créditos tributários, é preciso que o valor seja líquido, certo e em dinheiro, sendo possível a compensação de crédito ainda não vencido (vincendo) devido pela Fazenda Pública, jamais pelo contribuinte. Nesta última hipótese, o crédito deve ser sempre vencido.

Em outras palavras, não é suficiente a simples reciprocidade de dívidas para se operar a compensação fiscal. Afigura-se imperiosa a prévia existência de lei que disponha sobre as condições e garantias que viabilizem a compensação, ou que se se delegue à autoridade administrativa tal atividade.

O requisito fundamental do instituto da compensação é a existência de lei autorizativa, mais especificamente, de uma autorização do Poder Executivo, sendo que tal lei, não é demais ressaltar, jamais poderá

estabelecer condições e restrições que inviabilizem a compensação.

Outro aspecto a se notar guarda relação com a possibilidade de compensação de crédito tributário ainda não vencido que o sujeito passivo disponha contra a Fazenda Pública. Nesta hipótese, deve-se apurar o valor atual que o contribuinte teria a receber, mediante aplicação da taxa de juros de 1% ao mês, prevista no CTN como teto para redução do montante, a fim de evitar a imposição de diminuições exageradas pelo ente estatal.

Além do art. 170 do CTN, outra hipótese de compensação tributária está prevista no art. 66 da Lei 8.383/91 c/c art. 39 da Lei 9.250/95 que permite a compensação dos tributos federais com a mesma destinação constitucional ou quando arrecadados pelo mesmo sujeito ativo. Vejamos:

Art. 66. Nos casos de pagamento indevido ou a maior de tributos, contribuições federais, inclusive previdenciárias, e receitas patrimoniais, mesmo quando resultante de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória, o contribuinte poderá efetuar a compensação desse valor no recolhimento de importância correspondente a período subsequente.

§ 1º A compensação só poderá ser efetuada entre tributos, contribuições e receitas da mesma espécie.

§ 2º É facultado ao contribuinte optar pelo pedido de restituição.

§ 3º A compensação ou restituição será efetuada pelo valor do tributo ou contribuição ou receita, corrigidos monetariamente com base na variação da UFIR.

§ 4º As Secretarias da Receita Federal e do Patrimônio da União e o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS - expedirão as instruções necessárias ao cumprimento do disposto neste artigo.

Art. 39. A compensação de que trata o art. 66 da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991, com a redação dada pelo art. 58 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, somente poderá ser efetuada com o recolhimento de importância correspondente a

imposto, taxa, contribuição federal ou receitas patrimoniais de mesma espécie e destinação constitucional, apurado em períodos subsequentes.

(...)

§ 4º A partir de 1º de janeiro de 1996, a compensação ou restituição será acrescida de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC - para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir da data do pagamento indevido ou a maior até o mês anterior ao da compensação ou restituição e de 1% relativamente ao mês em que estiver sendo efetuada.

Como se verá mais adiante, o art. 170 do CTN e o art. 66 da Lei 8383/91 cuidam de diferentes situações, de modo que o entendimento esposado pelo STJ através de seu Enunciado de Súmula 212 não poderá ter sua aplicação generalizada e indistintamente. Trataremos do assunto no item 4 do presente estudo.

2.2 A Compensação Tributária e Justiça Fiscal

O art. 3º da Lei Maior informa os principais objetivos da República Federativa do Brasil. São eles:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; erradicar a pobreza
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Neste sentido, o Sistema Tributário Nacional tem por premissa basilar servir de instrumento que propicie ao Estado as condições econômicas e financeiras para consecução dos objetivos republicanos, com vistas a harmonizar as relações da sociedade de forma a atender aos seus princípios fundamentais.

Para tanto, o texto constitucional estabelece um conjunto de princípios e regras que devem ser observados pelos entes estatais para a arrecadação de tributos e a justa aplicação desses valores: trata-se do Sistema Tributário Nacional.

Grande parte desses princípios podem ser encontrados nos artigos 145 e 150 da Constituição Federal, dentre eles, os princípios da legalidade, da não surpresa, do não confisco e da capacidade contributiva, que conferem um verdadeiro sistema de proteção ao contribuinte, limitando o poder de tributação do Estado.

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I - impostos;

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação

jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

III - cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

IV - utilizar tributo com efeito de confisco;

V - estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público;

(...) (grifos nossos)

Pelo princípio da legalidade tributária o contribuinte tem assegurado que a criação e cobrança de um tributo estão condicionadas à prévia existência de uma lei, pois não será imputada uma obrigação tributária ao contribuinte, sem antes observar as disposições legais.

O princípio da não surpresa tributária significa a unificação terminológica do princípio da anterioridade comum e do princípio da anterioridade nonagesimal, segundo os quais os entes estatais estão proibidos de cobrar qualquer tributo no mesmo exercício financeiro ou antes de noventa dias da data de publicação da lei que os institui ou aumenta.

O princípio do não confisco também impõe limitação ao poder de tributar do Estado na medida em que impede o livre-arbítrio do legislador na instituição de tributos, assegurando o direito de propriedade aos particulares.

Finalmente, o princípio da capacidade contributiva estabelece que, sempre quando for possível, a instituição de um imposto (leia-se,

tributo, em uma interpretação extensiva do art. 145, § 1º da CF), deve obrigatoriamente observar o caráter pessoal e ser graduado de acordo com a capacidade econômica do contribuinte.

Assim, em breve revisão de alguns dos princípios previstos na Magna Carta de 1988, sobre os quais se fundamenta o Sistema Tributário Nacional, pode-se perceber que o direito do contribuinte à compensação tributária sobre créditos recolhidos indevidamente em favor do fisco constitui um importante mecanismo de proteção contra os abusos arrecadatórios cometidos pelo Estado.

Visto por outro ângulo, o direito do contribuinte à compensação dos créditos tributários não consiste em uma mera benevolência ou faculdade do poder público, mas sim em uma verdadeira garantia insculpida na Constituição Federal de 1988 que deve ser atentamente observada pela Fazenda Pública.

Vale dizer, nenhuma norma infraconstitucional pode negar tal direito ou, ainda que por via indireta, dificultar o seu exercício pleno e integral, uma vez que a compensação está respaldada em preceitos constitucionais consagrados.

O direito à compensação tributária, em última análise, visa assegurar a efetivação da justiça fiscal, baseando-se ainda nos preceitos da cidadania, da justiça, da isonomia, da propriedade e da moralidade na administração pública.

Nas palavras do Professor Hugo de Brito Machado (2015, p. 218):

Primeiro deles, a cidadania. Excluir-se a Fazenda Pública do contexto em que é admitida a compensação de créditos é evidente atentado à cidadania. O Estado que se diz fundado da cidadania não pode atingir, de tal forma, o direito do cidadão.

Segundo, a justiça. Se um dos objetivos de nossa República é construir uma sociedade justa, não se pode compreender que um credor, qualquer que seja ele, possa ficar excluído da regra da compensação. Isto seria evidente atentado ao princípio mais elementar de justiça, e o Estado, certamente, não pode praticá-lo. Terceiro, a isonomia. Se todos são iguais perante a lei, não se pode admitir que à Fazenda Pública seja reservado o privilégio de cobrar o que lhe é devido, sem pagar o que deve. E não se venha invocar o interesse público em defesa de tese contrária, pois o mais fundamental interesse público consiste, precisamente, na preservação da ordem jurídica, na obediência à Constituição e na abolição de privilégios.

(...)

Quinto, a propriedade. O crédito do contribuinte é parcela de seu patrimônio. É sua propriedade. Na medida em que não se admite a compensação de créditos do contribuinte com dívidas fiscais suas, se está admitindo verdadeiro confisco de seus créditos, sabido que é, de todos, que o contribuinte não dispõe de meios eficazes para o fazer valer contra a Fazenda.

Quinto, por fim, a moralidade. A exclusão da compensação, de tão absurda, é desprovida não só do amparo jurídico, mas também, e especialmente, do amparo na moralidade. Qualquer que seja a concepção de moral que se adote, nela ninguém encontrará apoio para a pretensão de receber nossos créditos sem pagar nossos débitos; e a Fazenda Pública, vinculada que está ao princípio da moralidade, não pode negar ao cidadão o direito de utilizar seus créditos para, por compensação, quitar seus débitos perante ela.

Pode-se asseverar que a compensação tributária também se coaduna com os princípios da economia processual e da efetividade da tutela jurisdicional, porquanto se traduz em relevante forma de extinção das obrigações tributárias e, por via de consequência, tem um enorme potencial de resolução de litígios que atolam o Poder Judiciário.

Neste sentido, pesquisas recentes do Conselho Nacional de Justiça demonstram que o Poder Público, além de credor, também figura na condição de devedor, marcando atualmente firme posição dentre os maiores litigantes nos tribunais brasileiros¹.

De modo geral, percebe-se então que a compensação tributária revela-se como um dos meios de concretização da justiça social, evitando o deslocamento de numerários em sentidos opostos, além da insolvência recíproca das partes e o acúmulo de processos no âmbito do Poder Judiciário.

Para Sacha Calmon Coelho (2008, p. 823) a compensação é uma questão de praticabilidade. Leciona o mestre que o Código Tributário Nacional foi neste ponto inovador em relação a países do setentrão europeu que não admitem a compensação no âmbito tributário em razão da natureza pública do crédito.

Neste particular, nada obstante, a inegável natureza pública dos créditos tributários, dada a nítida relação creditícia entre o contribuinte e o fisco, impende reconhecer que não se pode justificar o embaraçamento do direito à compensação de um tributo indevidamente recolhido aos cofres do Estado apenas por conta de tal circunstância.

Com exatidão terminológica, Machado assim pondera (2015, p.219):

Contra o direito do contribuinte à compensação tem sido usado, com frequência, o argumento do interesse público. Os créditos da Fazenda Pública seriam créditos de todos, não se devendo, por isto, admitir sejam compensados com créditos individuais dos contribuintes. Tal argumento, além de ser próprio das teses autoritárias e, portanto, já por isto, digno de repúdio, é

1 Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/59351-orgaos-federais-e-estaduais-lideram-100-maiores-litigantes-da-justica>>. Acesso em: 30 mai. 2016.

absolutamente inconsistente. Se os créditos da Fazenda são créditos de todos, também os débitos desta são débitos de todos, inexistindo, assim, qualquer óbice à compensação.

Em suma, verifica-se que o direito à compensação tributária tem amplo espectro constitucional, representando a concretização das garantias e dos princípios insculpidos na Carta Cidadã de 1988, através do qual se assegura limites ao arbítrio do poder estatal e, em sua dimensão, propicia a consecução dos objetivos republicanos e a prevalência das condições para atingimento de um Sistema Tributário Nacional mais justo.

3. A TUTELA PROVISÓRIA EM MATÉRIA DE COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA

3.1 Aspectos gerais

A Lei Complementar 104/2001 trouxe uma marcante inovação legislativa ao instituto da compensação tributária na medida em que passou a exigir o trânsito em julgado da sentença autorizativa de compensação, obstaculizando a obtenção deste direito por meio de provimento judicial *initio litis*, ou seja, por meio de liminar em mandado de segurança ou por tutela antecipada em ações ordinárias, a teor do art. 170-A: “É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial”.

À primeira vista, de acordo com referido dispositivo, restaria claramente impossibilitada a concessão de tutela provisória como forma de extinção do crédito tributário através do instituto da compensação.

A vedação para compensar tributos por meio de provimentos provisórios foi ao encontro do teor do Enunciado 212 da Súmula do STJ que giza: “A compensação de créditos tributários não pode ser deferida em ação cautelar ou por medida liminar cautelar ou antecipatória”.

A Súmula 212 do STJ passou, então, a ser aplicada genericamente, limitando o direito à compensação do crédito tributário recolhido indevidamente, assim como acontece com o superveniente art. 170-A do CTN, por isso que se faz necessário dedicar-lhe atenção específica.

De outro lado, a Súmula 213 do STJ, coincidentemente editada posteriormente a debatida, assim dispõe: “O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária”.

Neste passo, há de se destacar que a Súmula 213 não diverge da previsão legal trazida no art. 7º, §2º da Lei 12.016/09 (Lei do Mandado de Segurança):

§ 2º Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

Isto porque a liminar em sede de mandado de segurança deve se ater à *declaração* do direito à compensação, e não à efetivação da compensação, como modo de extinção das obrigações tributárias.

O professor Hugo de Brito Machado², sobre o cabimento do mandado de segurança com a finalidade de se declarar o direito à compensação, esclarece:

2 MACHADO, H. de B. **A compensação do direito tributário**: estudos doutrinários. p. 01. Disponível em: <www.hugomachado.adv.br>. Acesso em: 07 dez. 2016

Como a lei atribui ao contribuinte o direito de fazer a compensação, pode esta dar-se independentemente de qualquer procedimento judicial. Ocorre que em atos normativos infralegais foram colocados pela Administração algumas restrições tanto ao próprio direito à compensação, como ao modo de exercitá-lo. Assim, se o contribuinte está diante de uma situação em que incidem tais restrições, terá justo receio de vir a ter não homologado o lançamento que venha a fazer, efetuando a questionada compensação. Além disso, em certos casos a Administração questiona o entendimento do contribuinte sobre o haver sido indevido o pagamento do tributo que este pretende compensar.

Por tais razões, é justo o receio do contribuinte de vir a ser contra ele intentada ação fiscal, e em certos casos até ação penal por apropriação indébita. Constatado o não recolhimento do tributo, decorrente da compensação feita pelo contribuinte, a autoridade administrativa passa a considerá-la em débito, recusando o fornecimento da certidão negativa, promove ação fiscal contra ele e, em certos casos, remete peças do procedimento administrativo ao Ministério Público, para a propositura de ação penal contra dirigentes e administradores da pessoa jurídica, quando é o caso de IPI, ou de contribuições de seguridade social.

Em tais situações geralmente não se estabelece qualquer controvérsia quanto aos fatos. Pretende a autoridade administrativa, simplesmente, fazer valer as restrições constantes de atos normativos inferiores. E o contribuinte sustenta serem ilegais tais restrições.

Cabível, pois, o mandado de segurança, posto que as questões em disputa, nesses casos, são exclusivamente de direito. Não se questiona a expressão quantitativa do tributo. As quantias, em moeda, não ensejam controvérsia alguma. Gira esta em torno, exclusivamente, de saber, por exemplo, se pode o contribuinte fazer a compensação independentemente de autorização prévia da Administração, ou se determinado tributo pago indevidamente pode ser compensado com determinado outro tributo, por serem de espécies diversas. Enfim, as controvérsias não envolvem fatos.

Assim, presentes os pressupostos autorizadores para concessão da liminar em mandado de segurança, esta pode e deve ser deferida, porquanto se trata da salvaguarda de um direito líquido e certo iminentemente ameaçado.

A importância da liminar nesses casos, onde não se pleiteia a compensação propriamente dita, e sim a declaração do direito à compensação, é fundamental para os contribuintes que desejam realizar a compensação de tributos lançados por homologação, pois, dessa forma, resguardam seus direitos perante a fiscalização da autoridade administrativa e das possíveis penalidades.

Nunca é demais lembrar que o fisco normalmente impõe várias dificuldades ao contribuinte para efetivação da compensação, de forma que o respaldo de decisão judicial declaratória consiste em recomendável postura cautelosa por parte do contribuinte.

Recorremos novamente às considerações de Machado (2015, p. 220):

Disposições de leis ordinárias que vedam o deferimento de medida liminar para assegurar ao contribuinte o direito à compensação padecem de flagrante inconstitucionalidade. Uma vez demonstrado que estão presentes os requisitos para o deferimento da liminar, que por isto mesmo é necessária para assegurar a eficácia da sentença que a final venha a decidir pela existência do direito do contribuinte, o juiz deve deferir a medida, sob pena de estar denegando o direito à jurisdição, constitucionalmente assegurado. Este entendimento, todavia, por razões óbvias, não é aceito pelas autoridades fazendárias, que geralmente só se preocupam com a arrecadação.

A limitação imposta pela Súmula 212, então, não contraria a Súmula 213, na medida em que a aplicação da Súmula 212 não pode ser genérica, e a liminar em mandado de segurança pode ser deferida para a declaração do direito à compensação.

Há de se ter em mente, ainda, que a utilização das medidas cautelares em matéria tributária, mesmo antes da vigência do Novo Código de Processo Civil, quando “preparatória”, não poderia ser admitida por ser meio inadequado. Isto porque haveria duplicidade indesejada de procedimento, ou mesmo em razão da expressa proibição legal.

Como se pode conferir a redação da Lei n. 8.437/92 que “*dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público*”, ao estabelecer no seu art. 1º:

Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Publico, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

O § 3º complementa: “Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação”.

As restrições previstas no dispositivo legal acima tiveram sua eficácia mantida mesmo diante da nova sistemática introduzida pelo Código de Processo Civil de 2015, a teor do art. 1.059: “À tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública aplica-se o disposto nos arts. 1º_a 4º_da Lei nº_8.437, de 30 de junho de 1992, e no art. 7º, § 2º, da Lei nº_12.016, de 7 de agosto de 2009”.

Todavia, não há mais que se falar em ações de natureza cautelar, tendo em vista o disciplinamento dado à tutela provisória, tal como previsto no novel art. 294 do NCPC, garantindo-se ao contribuinte a possibilidade de concessão de provimentos provisórios de urgência ou evidência, seja de natureza cautelar ou antecipada, a depender de seus fundamentos.

Assim, de acordo com o art. 300 do NCPC, preenchidos os requisitos positivos e negativos, é possível a antecipação dos efeitos da tutela visando

à declaração do direito à compensação:

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.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

À luz da nova sistemática da tutela provisória e da Lei n. 8.437/92, as medidas cautelares não podem ser utilizadas para o fim da compensação de crédito tributário, ainda mais quando se pleiteia medida liminar.

Como visto, a compensação de créditos tributários, ou a declaração do seu direito, pode ser conseguida por via de ação com rito ordinário ou pela via do mandado de segurança.

Frise-se, ainda, que mesmo não sendo o mandado de segurança meio hábil à compensação de crédito tributário, mas sim à declaração do direito, a liquidez e certeza do crédito tributário podem ser comprovadas com a simples juntada de documentos e certidões públicas fornecidas, inclusive, pela autoridade administrativa, o que, também, pode ser utilizado via ação com rito ordinário.

Além disto, embora a concessão da tutela provisória possa ser deferida em caráter antecedente ou incidental, traduz-se em boa prática processual que o deferimento da tutela seja feito no início do processo, por força do perigo na demora.

Vistos os aspectos até aqui debatidos, pode-se sustentar a possibilidade de deferimento da concessão de tutela provisória para fins de compensação tributária também com base no art. 151, incisos IV e V. Não se trata de entendimento pacífico na doutrina ou jurisprudência, mas dada a busca pela efetivação das garantias constitucionais do contribuinte, sem perder de vista a interpretação mais adequada a ser extraída dos princípios tributários, haveremos de tecer um breve comentário.

O art. 151 do CTN, em seus incisos IV e V, admite a suspensão da exigibilidade do crédito tributário por meio da concessão de medida liminar ou de tutela antecipada:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I - moratória;

II - o depósito do seu montante integral;

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

V - a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial;

VI - o parcelamento.

Desta forma, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário não depende do trânsito em julgado da decisão, de modo que a vedação introduzida pelo art. 170-A cuidaria da compensação de créditos tributários na hipótese em que o contribuinte entenda teria pago indevidamente, ou seja, pago tributo maior do que o devido, mas a questão embora posta em juízo ainda não tenha a seu favor decisão judicial definitiva.

Assim, nada obstante a regra trazida pelo art. 170-A, seria admissível o deferimento de liminar autorizando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário para posterior compensação, perdurando os efeitos da tutela provisória deferida initio litis até o trânsito em julgado da sentença, oportunidade em que, sendo favorável ao contribuinte, operar-se-á a

compensação e, por consequência, a extinção definitiva do crédito.

Neste diapasão, apesar de não pacificada a matéria, o STJ passou a entender como cabível a suspensão liminar da exigibilidade de créditos tributários a serem posteriormente compensados, conforme ilustram julgados a seguir.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PEDIDO ADMINISTRATIVO DE COMPENSAÇÃO. SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO. LIMINAR. REQUISITOS. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 07/STJ.

1. O requerimento do contribuinte na esfera administrativa, postulando a compensação tributária, ainda que com créditos de precatório, enseja a abertura de processo administrativo fiscal de que trata o art. 151, III, do CTN, suspendendo-se a exigibilidade do tributo até manifestação definitiva do Fisco. Precedentes.

2. Não é cabível, em recurso especial, a análise sobre a presença, ou não, dos pressupostos autorizadores da concessão da liminar, relativos ao *periculum in mora e fumus boni iuris*, visto ser imprescindível a revisitação do contexto fático do processo, nos termos da Súmula nº 7/STJ.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1129800/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 16/02/2012)

TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA FUNDADA EM PROVIMENTO MANDAMENTAL. EXIGIBILIDADE SUSPENSA ENQUANTO NÃO MODIFICADO O COMANDO DO WRIT. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. Historicamente, antes da entrada em vigor do art. 170-A do CTN (10.1.2001), era possível ao contribuinte se valer de provimento mandamental para efetuar compensação tributária antes do trânsito em julgado do mandamus (Súmula 213/STJ).

2. Promovida a compensação, eventual legitimidade da Fazenda Pública em promover a cobrança dos valores lançados

somente floresce quando desconstituída a causa que inviabiliza a exigibilidade do crédito, com a reforma do provimento mandamental para denegar a ordem.

Súmula 83/STJ.

3. “Revogada, suspensa ou cassada a medida liminar ou denegada a ordem, pelo juiz ou pelo Tribunal, nada impede a Fazenda Nacional de obter a satisfação do crédito tributário, retomando-se o curso do lapso prescricional, ainda que penda de exame recurso desprovido de eficácia suspensiva ou de provimento acautelatório, se não concorre outra causa de suspensão prevista no artigo 151 do Código Tributário Nacional.” (REsp 449.679/RS, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/12/2010, DJe 1º/2/2011).

4. No caso dos autos, a concessão da ordem somente foi cassada em 2008, com a manifestação do STF. Promovida a cobrança em 2011, não há prescrição a ser declarada, pois o prazo é inferior a cinco anos.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1477243/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/11/2014, DJe 17/11/2014)

No nosso entender, a nova ordem constitucional processual vem a corroborar com a possibilidade de concessão de tutela provisória em desfavor da Fazenda Pública, especialmente nas ações fiscais.

Neste sentido, a partir do modelo constitucional de processo, incluindo-se o processo judicial tributário, o juiz tem o poder-dever de criar condições efetivas para assegurar direitos ou satisfazê-los de imediato.

3.2 Outros enunciados de súmula do STJ sobre a matéria

Considerando-se que a compensação tributária já tenha sido efetuada

pelo contribuinte, não será possível a convalidação da compensação através de mandado de segurança, sob pena de retirar do fisco a sua atividade privativa de fiscalizar a existência de eventuais créditos a serem efetivamente compensados.

É o que dispõe o Enunciado 460 da Súmula do STJ: “É incabível o mandado de segurança para convalidar a compensação tributária realizada pelo contribuinte”.

Veja-se que o que se busca evitar é a efetivação da convalidação de compensação por meio de mandado de segurança, não se aplicando tal entendimento para fins de *declaração* do direito à compensação, consoante fora dito alhures.

Em outras palavras, a partir dos verbetes analisados, temos que é possível a utilização de mandado de segurança para declarar o direito à compensação tributária, mas não para convalidar a compensação já efetivada pelo contribuinte.

É de se frisar também o Enunciado nº 461 da Súmula do STJ, que faculta ao contribuinte optar pela forma de recebimentos dos créditos tributários, seja por meio de precatórios ou por compensação: “O contribuinte pode optar por receber, por meio de precatório ou por compensação, o indébito tributário certificado por sentença declaratória transitada em julgado”.

Nesta última hipótese, harmonizando-se com os demais enunciados já mencionados, tem-se que após o trânsito em julgado da sentença, o crédito compensado trará como efeito a extinção definitiva do crédito tributário.

4. CONCLUSÕES

Independentemente da natureza da tutela provisória concedida, o art.

302 do novo CPC traz expressamente a possibilidade de responsabilização da parte pela reparação dos prejuízos que a efetivação da tutela de urgência causar à parte contrária, inclusive os danos processuais.

Inobstante a isso, mesmo diante da robustez dos mecanismos de satisfação do crédito tributário, a exemplo das ações exacionais, que detém a Fazenda Pública, é certo que a legislação especial traz ainda inúmeras travas à concessão da tutela provisória, como a regra prevista no art. 1.059 do CPC, sem correspondente no ordenamento anterior.

O referido dispositivo veda ou impõe restrições à tutela provisória requerida em face da Fazenda Pública em certas hipóteses (arts. 1º a 3º da Lei 8.437/1992 e §2º do art. 7º da Lei 12.016/2009), determinando a suspensão da liminar, segundo os efeitos previstos no art. 4º da Lei 8.437/1992.

Finalmente, podemos asseverar que as disposições de leis ordinárias que vedam o deferimento de medida liminar para assegurar ao contribuinte o direito à compensação ferem os preceitos constitucionais da cidadania, da justiça, da isonomia, da propriedade e da moralidade na administração pública.

No entanto, é certo que ainda subsistem restrições indevidas constantes de leis que disciplinam o assunto. Neste particular, cabe aos operadores do direito atuarem em observância ao novo modelo constitucional tributário, criando uma ambiência favorável à evolução jurisprudencial e alterações legislativas pertinentes.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Rdo. **Direito tributário esquematizado**. 9.ed. São Paulo: Método, 2015.

BORTOLINI, L. C. F. A compensação de créditos tributários por medidas liminares. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 61, 1 jan. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3565>>. Acesso em: 8 dez. 2016.

BRASIL. **Constituição de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil, 2016. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Lei n. 5.172**, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Lei n. 13.105**, de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil. São Paulo: Rideel, 2016.

BUENO, C. S. **Manual de direito processual civil**: inteiramente estruturado à luz do novo CPC - Lei n. 13.105, de 16-3-2015. São Paulo: Saraiva, 2015.

COÊLHO, S. C. N. **Curso de direito tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DIDDIER Jr., F. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17.ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

FLEXA, A.; MACEDO, D.; BASTOS, F. **Novo código de processo civil**: temas inéditos, mudanças e supressões. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil 1**: esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACHADO, H. de B. **Curso de direito tributário**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MACHADO, H. de B. **A Compensação do Direito Tributário: Estudos Doutrinários. p. 01**. www.hugomachado.adv.br. Acesso em: 07 dez. 2016.

NEVES, D. A. A. **Manual de direito processual civil**. 8.ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

SABBAG, E. **Manual de direito tributário**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

VIDAL, J. B. P. Compensação por liminar após a Lei Complementar nº 104/2001. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3225, 30 abr. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21586>>. Acesso em: 2 jun. 2016.

**Auditoria independente em
instituições financeiras
e sigilo bancário:
considerações à luz da Lei
Complementar n° 105/2001
e normas contábeis**

*Independent audit in financials
institutions and banking secrecy:
considerations under Complementary
Law n° 105/2001 and accountings
regulations*

**Márcio Né de Mendonça
Freire**

- » Advogado do Banco do Nordeste do Brasil S.A.,
- » Graduado em Direito e pós-graduado em Direito e Processo Administrativo pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR

RESUMO

Neste artigo, propomos a reflexão sobre um tema dos mais áridos na seara jurídica, em especial, para as instituições financeiras: o sigilo bancário. Procedemos à análise jurídica da possibilidade de fornecimento de informações, dados e documentos, protegidos pelo sigilo bancário e pertencentes a clientes das instituições financeiras, a empresas de auditoria externa. Com esse objetivo em mente, realizamos exame pormenorizado da questão com fundamento na legislação, na doutrina e na jurisprudência jurídica e também nas normas contábeis. Verificamos que não há uniformidade de entendimentos sobre o assunto, porém, concluímos pela razoabilidade e pela defensabilidade de que a prática desses atos não constitui violação ao dever de sigilo.

PALAVRAS-CHAVES

Auditoria Independente. Sigilo Bancário. Instituições Financeiras.

ABSTRACT

The proposition in this scientific article is the reflection about one of the most hard topics in juridical context, in especial to the financials institutions: banking secrecy. The proceeding consisted in the juridical exam of the possibility to provide informations, datas and documents, protected by banking secrecy, owned by the financials institutions clients, destined to the independent audit companies. With this goal in mind it was done a detailed exam of the question based on the legislation, on the legal doctrine and on the cases law, besides on the accountings regulations. It was also verified that there is no uniformity of understanding about the theme however the conclusion was that this practice is reasonable and defensible, not representing obligation of confidentiality violation.

KEYWORDS

Independent audit. Banking secrecy. Financials institutions.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Base normativa da atividade de auditor independente. 3. Auditoria independente e sigilo bancário. 4. Considerações finais. 5. Referências

1. INTRODUÇÃO

O sigilo bancário constitui tema que atormenta gestores de instituições financeiras de um modo geral. Isso porque não há clareza e uniformidade de critérios em sua aplicação por parte da legislação, da doutrina e dos tribunais.

Por imposição legal, as instituições financeiras de capital aberto devem realizar auditorias externas de várias modalidades em suas contas, conforme suas atividades e áreas de atuação.

O Pronunciamento Internacional de Práticas de Auditoria 1004 - O Relacionamento entre a Fiscalização Bancária e os Auditores Externos - destaca que:

Os bancos desempenham um papel central na economia. Eles mantêm as economias do público, proporcionam meios de pagamento para bens e serviços, e financiam o desenvolvimento comercial e empresarial.

Para executar essas funções segura e eficientemente, cada banco deve fazer jus à confiança do público e das pessoas com que transaciona. Portanto, a estabilidade do sistema bancário, nacional e internacional, veio a ser reconhecida como um assunto de interesse público em geral. Esse interesse público se reflete no modo como os bancos em todos os países, ao contrário da maioria das outras empresas comerciais, estão sujeitos à fiscalização de sua solidez financeira (normalmente mencionada como fiscalização de prudência) por parte dos bancos centrais e outros órgãos oficiais. As demonstrações contábeis dos bancos também estão sujeitas ao exame dos auditores externos. A opinião do auditor empresta credibilidade a essas demonstrações contábeis e, desse modo, ajuda a promover a confiança no sistema bancário. (IBRACON, 1998)

Vale observar que a relação jurídica formada entre entidade financeira de capital aberto auditada e empresa de auditoria externa consiste em uma prestação de serviços, assemelhando-se aos escritórios de advocacia terceirizados, os quais, para o desempenho de suas funções, necessariamente, precisam ter acesso a algumas informações de clientes da tomadora de serviços, não raro de caráter sigiloso.

Como enfatizam Farias e Rosenvald (2014, p. 787), em relações jurídicas dessa natureza:

(...) alguns deveres jurídicos são impostos às partes, afora a possibilidade de estabelecimento de outros, por força da relação contratual.

Ao executor do serviço impõe-se, fundamentalmente:

i) (...)

ii) guardar segredo e sigilo sobre as condições do serviço, em respeito à boa-fé objetiva, notadamente no que tange ao dever anexo de lealdade e respeito (obrigação de não fazer implícita).

A outro giro, ao tomador do serviço são impostas obrigações relativas a:

i) (...)

ii) fornecer condições mínimas de proteção e de desenvolvimento da atividade ao prestador.

A auditoria independente, contratada pela instituição financeira, embora tenha que pautar sua conduta na autonomia e na imparcialidade, presta um serviço voltado essencialmente ao interesse da tomadora de serviços e dos entes reguladores do mercado financeiro e de capitais.

As informações e os dados manuseados pela auditoria independente não devem ser divulgados e nem se prestam a fins externos à esfera de atuação da instituição auditada. O que deve sobressair para além das portas da instituição auditada são os pareceres contendo as conclusões

da auditoragem e as demonstrações contábeis da companhia.

Do mesmo modo que a instituição financeira disponibiliza informações e dados de seus clientes a funcionários, a colaboradores diversos e a outros prestadores de serviços, no exercício de suas atribuições, na realização de atividades-meio ou atividades-

fim da instituição - que deverão ser utilizadas nos estritos limites e em conformidade com o trabalho desenvolvido pelo funcionário, colaborador ou prestador de serviço, no âmbito da instituição financeira, assim agindo na qualidade de prepostos ou de mandatários -, os profissionais de auditoria independente também estariam autorizados, na mesma medida, a acessar informações e dados de natureza privada das instituições financeiras auditadas e de seus respectivos clientes, obviamente observados determinados cuidados e restrições.

Assim como a instituição financeira pode vir a ser responsabilizada pelo uso indevido de informações e dados protegidos pelo sigilo bancário, seja por funcionários, colaboradores ou outros prestadores de serviços, elas também o poderão ser pela divulgação irregular de informações sigilosas de seus clientes por empresa de auditoria externa.

A relação havida entre instituição financeira e empresa de auditoria independente que lhe presta serviços jurídicos não difere, pois, daquela firmada entre instituição financeira e escritório de advocacia terceirizado: ambas estão baseadas em normas e contratos celebrados entre tomador e prestador de serviços, contendo direitos e obrigações mútuos; são pautadas, fundamentalmente, no interesse do tomador do serviço (sendo que no caso da auditoria externa, sua finalidade e seus efeitos se espriam em maior alcance, já que vertem seus efeitos não somente para a instituição auditada, mas também para o mercado interessado); enfim, têm a natureza de prestação de serviço e são reguladas por normas que

regem as respectivas atividades desses profissionais.

2. BASE NORMATIVA DA ATIVIDADE DE AUDITORIA INDEPENDENTE

Além de recomendável, a auditoria independente é obrigatória no ordenamento jurídico brasileiro para as companhias abertas, conforme previsto no § 3º do Art. 177 da Lei nº 6.404/76 - Lei da S.A., segundo o qual “As demonstrações financeiras das companhias abertas observarão, ainda, as normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários e serão obrigatoriamente submetidas à auditoria por auditores independentes nela registrados.”

Especialmente, sobre a auditoria independente em instituições financeiras de capital aberto, a Lei nº 6.385/76, que dispôs sobre o mercado de valores mobiliários e criou a Comissão de Valores Mobiliários - CVM, também disciplinou aquela atividade, fazendo-o de forma mais ampla e detalhada.¹

¹ Art. 1º Serão disciplinadas e fiscalizadas de acordo com esta Lei as seguintes atividades:
(...)

VII - a auditoria das companhias abertas;

(...)

Art. 2º Omissis

(...)

§ 3º Compete à Comissão de Valores Mobiliários expedir normas para a execução do disposto neste artigo, podendo:

(...)

II - exigir que as demonstrações financeiras dos emissores, ou que as informações sobre o empreendimento ou projeto, sejam auditadas por auditor independente nela registrado;

(...)

Art 9º A Comissão de Valores Mobiliários, observado o disposto no § 2º do Art. 15, poderá:
I - examinar e extrair cópias de registros contábeis, livros ou documentos, inclusive programas eletrônicos e arquivos magnéticos, ópticos ou de qualquer outra natureza, bem como papéis de trabalho de auditores independentes, devendo tais documentos ser mantidos em perfeita ordem e estado de conservação pelo prazo mínimo de cinco anos:

(...)

b) das companhias abertas e demais emissoras de valores mobiliários e,

Os aludidos dispositivos legais contêm previsão expressa da obrigatoriedade a que estão sujeitas as companhias abertas de se

quando houver suspeita fundada de atos ilegais, das respectivas sociedades controladoras, controladas, coligadas e sociedades sob controle comum;
(...)

e) dos auditores independentes; (...) Das Companhias Abertas Art. 22. Omissis § 1º Compete à Comissão de Valores Mobiliários expedir normas aplicáveis às companhias abertas sobre:
(...)

II - relatório da administração e demonstrações financeiras;

(...)

IV - padrões de contabilidade, relatórios e pareceres de auditores independentes;

(...)

§ 2º As normas editadas pela Comissão de Valores Mobiliários em relação ao disposto nos incisos II e IV do § 1º aplicam-se às instituições financeiras e demais entidades autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, no que não forem conflitantes com as normas por ele baixadas.
(...)

Dos Auditores Independentes, Consultores e Analistas de Valores Mobiliários Art. 26. Somente as empresas de auditoria contábil ou auditores contábeis independentes, registrados na Comissão de Valores Mobiliários poderão auditar, para os efeitos desta Lei, as demonstrações financeiras de companhias abertas e das instituições, sociedades ou empresas que integram o sistema de distribuição e intermediação de valores mobiliários.
(...)

§ 2º - As empresas de auditoria contábil ou auditores contábeis independentes responderão, civilmente, pelos prejuízos que causarem a terceiros em virtude de culpa ou dolo no exercício das funções previstas neste artigo. § 3º Sem prejuízo do disposto no parágrafo precedente, as empresas de auditoria contábil ou os auditores contábeis independentes responderão administrativamente, perante o Banco Central do Brasil, pelos atos praticados ou omissões em que houverem incorrido no desempenho das atividades de auditoria de instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.
(...)

Uso Indevido de Informação Privilegiada Art. 27-D. Utilizar informação relevante ainda não divulgada ao mercado, de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo, capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiro, com valores mobiliários: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime. Exercício Irregular de Cargo, Profissão, Atividade ou Função Art. 27-E. Atuar, ainda que a título gratuito, no mercado de valores mobiliários, como instituição integrante do sistema de distribuição, administrador de carteira coletiva ou individual, agente autônomo de investimento, auditor independente, analista de valores mobiliários, agente fiduciário ou exercer qualquer cargo, profissão, atividade ou função, sem estar, para esse fim, autorizado ou registrado junto à autoridade administrativa competente, quando exigido por lei ou regulamento: Pena - detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. (BRASIL, 1976)

submeterem à atividade de auditoria externa, atribuindo competência normativa a respeito do tema à CVM, para fins de regramento da forma como essa peculiar atividade deverá ser desenvolvida naquelas sociedades empresárias.

Mais precisamente, a lei dispõe inequivocamente que cabe à CVM expedir normas acerca dos “padrões de contabilidade, relatórios e pareceres de auditores independentes”, no âmbito das companhias abertas.

Vale frisar, não obstante a fixação de competência normativa à CVM, que a mesma Lei nº 6.385/76 reconhece o poder normativo do Banco Central do Brasil - BACEN, em se tratando de instituições financeiras. E vai além: admite a prevalência das normas editadas pelo BACEN, em matéria de auditoria independente realizada nas instituições financeiras e demais entidades autorizadas a funcionar pelo BACEN, sobre as normas de auditoria criadas pela CVM. É o que se depreende da dicção do §2º do Art. 22 da Lei nº 6.385/76, acima transcrito.

Da norma em exame, também é possível verificar que a atividade de auditoria independente deve ser autorizada e fiscalizada pela CVM, exigindo a lei como pressuposto legal para o seu exercício o registro das empresas de auditoria contábil e dos auditores contábeis independentes perante a CVM.

A Lei do Mercado de Capitais em referência, de igual modo, estabelece a responsabilidade civil, administrativa e penal imposta aos auditores contábeis independentes e às empresas de auditoria independente quando eventualmente procederem com culpa ou dolo, causando prejuízos a terceiros, ou incorrerem em violação das normas aplicáveis, seja por conduta ativa ou omissiva.

Vê-se, pois, que a atividade de auditoria independente, há muito, já

possui um arcabouço legal que visa assegurar às instituições financeiras auditadas, de capital aberto, condições mínimas de segurança jurídica em relação aos dados e às informações manuseadas por auditorias independentes.

No âmbito da CVM e do Bacen, por sua vez, dentro de suas atribuições normativas estabelecidas no § 3º do Art. 2º da Lei nº 6.385/76 e no § 2º do Art. 22 da mesma norma, respectivamente, foram editadas instruções e resoluções que passaram a regular a atividade de auditoria independente nas instituições financeiras de capital aberto.

Atualmente estão em vigor a Instrução CVM nº 308/99 e a Resolução do CMN nº 3.198/04.

Da leitura da Instrução CVM nº 308/99, observa-se que ela reitera a necessidade de registro dos auditores independentes e das empresas de auditoria independente junto à CVM, a quem cabe, como anteriormente afirmado, autorizar e fiscalizar o exercício da atividade perante as instituições financeiras de capital aberto.

Referida norma dá especial relevo, como condição para o registro desses profissionais perante a CVM, à manutenção do sigilo de documentos e informações obtidos em decorrência da atividade bem como à privacidade a ser resguardada quando do relacionamento com a entidade auditada.²

2 Art. 3º Para fins de registro na categoria de Auditor Independente - Pessoa Física, deverá o interessado atender às seguintes condições:

(...)

III - estar exercendo atividade de auditoria independente, mantendo escritório profissional legalizado, em nome próprio, com instalações compatíveis com o exercício da atividade, em condições que garantam a guarda, a segurança e o sigilo dos documentos e informações decorrentes dessa atividade, bem como a privacidade no relacionamento com seus clientes;

(...)

Art. 4º Para fins de registro na categoria de Auditor Independente - Pessoa Jurídica, deverá a interessada atender às seguintes condições:

Nesse sentido, Lins (2011, p. 13) destaca que:

Toda documentação relativa à auditoria é confidencial e, portanto, deve ser mantida em local seguro e sob sigilo. A norma só admite a divulgação das informações contidas nos documentos do auditor em duas ocasiões: por autorização expressa da entidade auditada e quando houver ordem judicial.

Outrossim, a norma em apreço adentra na questão das informações a serem prestadas pela companhia auditada ao profissional independente ou à empresa de auditoria independente.

Segundo a Instrução CVM nº 308/99, a entidade auditada deve prestar todos os elementos e condições necessários à auditoria externa, visando ao perfeito desempenho de suas funções, de onde se conclui que deverão ser prestadas todas as informações pertinentes e necessárias à consecução do escopo do trabalho de auditoria independente, possibilitando que ela atinja o fim colimado.³

Oportunas, pois, as palavras de Attie (2009, p. 14), segundo o qual:

O trabalho de auditoria permite que a pessoa do auditor e os assistentes designados para o trabalho tenham livre e irrestrito acesso

(..)

III - constar do contrato social, ou ato constitutivo equivalente, cláusula dispondo que a sociedade responsabilizar-se-á pela reparação de dano que causar a terceiros, por culpa ou dolo, no exercício da atividade profissional e que os sócios responderão solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, depois de esgotados os bens da sociedade;

(...)

VII - manter escritório profissional legalizado em nome da sociedade, com instalações compatíveis com o exercício da atividade de auditoria independente, em condições que garantam a guarda, a segurança e o sigilo dos documentos e informações decorrentes dessa atividade, bem como a privacidade no relacionamento com seus clientes;

(...)

³ Art. 26. A entidade, ao contratar os serviços de auditoria independente, deve fornecer ao auditor todos os elementos e condições necessários ao perfeito desempenho de suas funções.

às informações estratégicas importantes, (...).

Em virtude disso, a confidencialidade torna-se elementar na atividade de auditoria e as informações obtidas somente podem ser usadas na execução do serviço para o qual o auditor foi contratado, não devendo ele, em nenhuma hipótese, divulgar fatos que conheça e/ou utilizar-se dessas informações em seu próprio benefício ou de terceiros.

Informações sobre o trabalho realizado pelo auditor somente poderão ser dadas a terceiros se houver determinação legal, como por autorização judicial ou formalmente expressa pela empresa auditada.

Importa salientar, ademais, a imposição normativa de observância aos preceitos definidos pela CVM, como também pelo Conselho Federal de Contabilidade (CFC), pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC) e pelo Instituto Brasileiro de Contadores (Ibracon), por meio de suas normas e de seus pronunciamentos técnicos, no que se refere à conduta profissional, ao exercício da atividade e à emissão de pareceres e relatórios de auditoria externa.

Quanto às informações conhecidas pelo profissional em razão do desempenho de suas funções, fica estabelecida a possibilidade de aplicação de sanções por conduta irregular quando ocorrer o vazamento (divulgação indevida) dessas informações que, como visto, assumem caráter confidencial independentemente de sua natureza. Não há, portanto, distinção quanto à natureza das informações que deverão ser guardadas em sigilo.

Verifica-se, pois, que a CVM, por meio de sua Instrução nº 308/99, estabelece o zelo com o qual os profissionais de auditoria externa devem agir no tratamento de toda e qualquer informação conhecida em decorrência da atividade desenvolvida, e não somente daquelas

informações protegidas legalmente pelo dever de sigilo.

O Regulamento anexo à Resolução do CMN n° 3.198/04, por sua vez, contém disposições semelhantes às da Instrução CVM n° 308/99.⁴

⁴ Art. 1º Devem ser auditados por auditores independentes registrados na Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e que atendam aos requisitos mínimos a serem fixados pelo Banco Central do Brasil: I - as demonstrações contábeis, inclusive notas explicativas: a) das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, exceto as sociedades de crédito ao microempreendedor; (...)

Art. 3º As instituições, câmaras e prestadores de serviços referidos no Art. 1º devem fornecer ao auditor independente todos os dados, informações e condições necessários para o efetivo desempenho na prestação de seus serviços, bem como a carta de responsabilidade da administração, de acordo com as normas do Conselho Federal de Contabilidade (CFC). (...)

DA INDEPENDÊNCIA DO AUDITOR

Art. 6º São vedadas a contratação e a manutenção de auditor independente por parte das instituições, das câmaras e dos prestadores de serviços referidos no Art. 1º, caso fique configurada qualquer uma das seguintes situações:

I - ocorrência de quaisquer hipóteses de impedimento ou incompatibilidade para a prestação do serviço de auditoria independente previstas em normas e regulamentos da CVM, do CFC ou do Instituto dos Auditores Independentes do Brasil (Ibracon); (...)

Art. 15. Constituem atribuições do comitê de auditoria:

(...)

VI - estabelecer e divulgar procedimentos para recepção e tratamento de informações acerca do descumprimento de dispositivos legais e normativos aplicáveis à instituição, além de regulamentos e códigos internos, inclusive com previsão de procedimentos específicos para proteção do prestador e da confidencialidade da informação; (...)

DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PELO AUDITOR Art. 20. O auditor independente deve observar, na prestação de seus serviços, as normas e os procedimentos de auditoria estabelecidos pelo Conselho Monetário Nacional, pelo Banco Central do Brasil e, no que não for conflitante com estes, aqueles determinados pela CVM, pelo CFC e pelo Ibracon. Art. 21. Omissis (...)

§ 2º As entidades auditadas, bem como os respectivos auditores independentes, devem manter à disposição do Banco Central do Brasil, pelo prazo mínimo de cinco anos, ou por prazo superior em decorrência de determinação expressa daquela Autarquia, os relatórios referidos neste artigo, bem como os papéis de trabalho, correspondências, contratos de prestação de serviços e outros documentos relacionados com os trabalhos de auditoria. (...)

Art. 26. Deve constar cláusula específica, nos contratos celebrados entre as instituições,

Observa-se, assim, que a Resolução do CMN nº 3.198/04 reforça os termos da Lei nº 6.404/76, da Lei nº 6.385/76 e da própria Instrução CVM nº 308/99, notadamente *quanto à obrigatoriedade de auditoria externa nas instituições financeiras (Art. 1º), quanto ao dever de fornecimento de dados, informações e condições necessários ao desempenho das atividades de auditoria (Art. 3º), quanto à necessidade de observância das normas legais e regulamentares expedidas pelos entes e órgãos competentes no que diz respeito à atividade de auditoria externa e quanto à fiscalização a que se sujeitam os auditores contábeis independentes e as empresas de auditoria contábil independentes por parte da CVM, CMN, BACEN, CFC, CPC e IBRACON (Art. 6º, Art. 20 e Art. 27) (grifo nosso).*

A Resolução do CMN nº 3.198/04, conforme descrito no Art. 15, ainda confere ao Comitê de Auditoria, órgão interno da companhia, a competência para estipular procedimentos na lida de informações que contenham conteúdo confidencial, objetivando a proteção da empresa auditada e a manutenção da confidencialidade das informações.

Aludida norma (Resolução do CMN nº 3.198/04) vai além do disposto na Instrução CVM nº 308/99 ao estabelecer a figura da *carta de responsabilidade da administração* e ainda ao impor a necessidade de observância às normas editadas pelo CFC.

câmaras e prestadores de serviços referidos no Art. 1º e os respectivos auditores independentes, autorizando o acesso do Banco Central do Brasil, a qualquer tempo, aos papéis de trabalho do auditor independente, bem como a quaisquer outros documentos que tenham servido de base ou evidência para emissão dos relatórios elaborados nos termos do Art. 21, mediante solicitação formal, no âmbito das atribuições da referida Autarquia, observados os limites previstos na legislação em vigor. Art. 27. O auditor independente, além do disposto neste regulamento, deve observar as normas, regulamentos e procedimentos da CVM, do CFC e do Ibracon no que diz respeito a: I - deveres e responsabilidades dos auditores independentes;

(...)

Importa que se atente para a previsão dos arts. 21 e 26 da Resolução nº 3.198/99, consoante os quais devem ser mantidos à disposição do Bacen os relatórios de auditoria, os papéis de trabalho, os contratos de prestação de serviços e outros documentos relacionados com os trabalhos de auditoria, bem como deve ser inserida cláusula específica em seus contratos de prestação de serviços que autorizem o Bacen a acessar, a qualquer tempo, os documentos relacionados às auditorias realizadas.

Constata-se, pois, que a fidúcia entre auditor e auditado e a confidencialidade das informações e dados objeto de auditoria constituem elementos sem os quais não se pode conceber o exercício da atividade de auditoria independente.

Saliente-se ainda que o CFC, no uso de suas atribuições, inclusive citadas na parte final do Art. 3º da supracitada Resolução CMN nº 3.198/04, editou a NBC TA 200 – Objetivos Gerais do Auditor Independente e a Condução da Auditoria em Conformidade com Normas de Auditoria, aprovada pela Resolução CFC nº 1.203/09, de 27 de novembro de 2009.

A NBC TA 200, aprovada pela Resolução CFC nº 1.203/09, versa em especial sobre a conduta ética exigida dos profissionais de auditoria bem como os princípios aos quais a atividade está necessariamente vinculada.⁵

5 Elaboração das demonstrações contábeis (ver item 4)

A2. (...), uma auditoria em conformidade com NBC TAs é conduzida com base na premissa de que a administração e, quando apropriado, os responsáveis pela governança reconhecem e entendem que eles têm essa responsabilidade:

(...)

(c) por fornecer ao auditor:

(i) acesso a todas as informações, que a administração e, quando apropriado, os responsáveis pela governança tenham conhecimento e que sejam relevantes para a elaboração e apresentação das demonstrações contábeis tais como: registros e documentação, e outros assuntos;

(...) Requisitos éticos relacionados à auditoria de demonstrações contábeis (ver item 14)

A14. O auditor está sujeito a exigências éticas relevantes, inclusive as relativas

Desse modo, os auditores independentes estão sujeitos às normas previstas na Lei nº 6.404/76, às provenientes dos órgãos normativos e de fiscalização profissional (Conselho Federal de Contabilidade - CFC e Comitê de Pronunciamentos Contábeis - CPC) e do órgão de fiscalização das próprias instituições financeiras (Banco Central do Brasil - Bacen), às de natureza universal que servem de diretriz para sua atuação (como é o caso de associações profissionais, a exemplo do Instituto dos Auditores Independentes do Brasil - Ibracon), e àquelas estabelecidas pela Lei nº 6.385/76 (Comissão de Valores Mobiliários - CVM).

3. AUDITORIA INDEPENDENTE E SIGILO BANCÁRIO

Convém observar se as normas que regem a atividade de auditoria externa se coadunam com a Lei Complementar nº 105/01, que trata do sigilo das operações bancárias dos clientes de instituições financeiras.

Indubitavelmente, para atingir o objetivo almejado com a realização da auditoria independente, os profissionais dessa área deverão necessariamente, em algumas situações, acessar conteúdo (informações e dados) que vai além dos interesses privados da entidade auditada, especialmente, quando se trata de instituição financeira, adentrando em

à independência, no que diz respeito a trabalhos de auditoria de demonstrações contábeis. As exigências éticas relevantes abrangem o Código de Ética Profissional do Contabilista, relacionados à auditoria de demonstrações contábeis bem como as NBC PAs aplicáveis. A15. Os princípios fundamentais de ética profissional relevantes para o auditor quando da condução de auditoria de demonstrações contábeis estão implícitos no Código de Ética Profissional do Contabilista e na NBC PA 01, que trata do controle de qualidade. Esses princípios estão em linha com os princípios do Código de Ética do IFAC, cujo cumprimento é exigido dos auditores. Esses princípios são:

- (a) Integridade;
- (b) Objetividade;
- (c) Competência e zelo profissional;
- (d) Confidencialidade; e
- (e) Comportamento (ou conduta) profissional.

aspectos cadastrais, bases de dados, fichas financeiras, contratos, extratos e outros documentos que contenham informações e dados financeiros e bancários pessoais dos clientes das auditadas.

Na realização de um procedimento de auditoria independente, do qual as instituições financeiras de capital aberto não podem se eximir, cabe indagar, então, se os profissionais da contabilidade qualificados como auditores externos, devidamente registrados na CVM, para a realização de seu trabalho junto a essas entidades auditadas, podem vir a ter acesso a informações e/ou dados considerados de caráter sigiloso, sem que com isso se incorra em violação ao dever de sigilo imposto pela Lei Complementar nº 105/01.

O fundamento legal do sigilo bancário é basicamente o inciso X do Art. 5º da Constituição Federal⁶, que assegura a todos o direito fundamental à privacidade e à intimidade.

O Art. 1º da Lei Complementar nº 105/01, desse modo, impõe às instituições financeiras a regra geral de conservação do sigilo em suas operações ativas e passivas e nos serviços prestados perante terceiros.

O que o legislador intencionou ao editar essa norma foi evitar que informações e dados concernentes à vida financeira privada dos clientes de instituições financeiras fossem expostos aos olhares impróprios de terceiros, legitimando alguns poucos entes e órgãos, no exercício de suas atribuições legais, a obterem tais informações de forma direta, sem a necessidade de intermediação do Poder Judiciário.

⁶ 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: (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Como regra que comporta ressalvas, a Lei do Sigilo Bancário estabelece alguns parâmetros que, porventura verificados, excepcionam a obrigação de manutenção do sigilo dessas operações ativas e passivas e dos serviços bancários que presta a terceiros.

Vale notar, novamente, que a finalidade da norma não é a de proteger as instituições financeiras, e sim a privacidade dos clientes que mantêm com essas entidades operações ativas e passivas, ou que com elas se relacionem na condição de destinatários de serviços bancários, segurando-os contra divulgações despropositadas de informações e dados que apenas privadamente lhes digam respeito.

Doutrina e jurisprudência pátrias divergem quanto à natureza jurídica da Lei Complementar nº 105/2001 em matéria de sigilo bancário. O Supremo Tribunal Federal (STF) tem manifestado o entendimento de que as exceções ao dever de sigilo estão previstas na própria Lei Complementar nº 105/01, a exemplo dos seguintes dispositivos: § 3º, do Art. 1º; Art. 2º; § 3º, do Art. 3º; Art. 4º; Art. 5º; Art. 6º; Art. 7º e Art. 9º.

Segundo o STF, a Lei Complementar nº 105/01 rege a matéria “sigilo das operações de instituições financeiras” (sigilo bancário) de forma exaustiva, configurando-se como norma especial no que diz respeito à temática.

O posicionamento fora firmado em aresto proferido por aquela Corte Suprema de Justiça consubstanciado no Mandado de Segurança nº 22.801-6/DF, no qual foi concedida a ordem para afastar determinações e penalidades do Tribunal de Contas da União - TCU impostas ao BACEN, restando assim ementado o acórdão:

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. BANCO CENTRAL DO BRASIL. OPERAÇÕES FINANCEIRAS. SIGILO. 1. A Lei Complementar nº 105, de 10/1/01, não conferiu ao Tribunal de Contas da União poderes para determinar

a quebra do sigilo bancário de dados constantes do Banco Central do Brasil. O legislador conferiu esses poderes ao Poder Judiciário (Art. 3º), ao Poder Legislativo Federal (Art. 4º), bem como às Comissões Parlamentares de Inquérito, após prévia aprovação do pedido pelo Plenário da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do plenário de suas respectivas comissões parlamentares de inquérito (§§ 1º e 2º do Art. 4º). 2. Embora as atividades do TCU, por sua natureza, verificação de contas e até mesmo o julgamento das contas das pessoas enumeradas no artigo 71, II, da Constituição Federal, justifiquem a eventual quebra de sigilo, não houve essa determinação na Lei específica que tratou do tema, não cabendo a interpretação extensiva, mormente porque há princípio constitucional que protege a intimidade e a vida privada, Art. 5º, X, da Constituição Federal, no qual está inserida a garantia ao sigilo bancário. 3. Ordem concedida para afastar as determinações do acórdão nº 72/96 - TCU - 2ª câmara (fl. 31), bem como as penalidades impostas ao impetrante no acórdão nº 54/97 - TCU - Plenário. (Supremo Tribunal Federal STF; MS 22.801-6; DF; Tribunal Pleno; Rel. Min. Menezes Direito; Julg. 17/12/2007; DJE 14/03/2008; Pág. 47) (STF, 2007)

No entanto, a mesma orientação não é comungada por todos no mundo do direito, havendo posicionamentos doutrinários em sentido oposto ao que fora firmado pelo STF no aresto acima indicado, no que concerne à natureza de lei especial atribuída à Lei Complementar nº 105/01. É o que se constata, pois, na obra de Baltazar Junior (2005, p. 72-73), segundo o qual:

Como visto, inexistente regra específica a respeito de sigilo financeiro, tendo sido feito no item anterior um esforço para determinar a existência de fundamento constitucional na matéria. Aliás, ainda que existisse menção explícita na Constituição a respeito, provavelmente não desceria ela a detalhes, de modo que não prescindiríamos de legislação infraconstitucional

regulamentadora, hoje veiculada pela LC n° 105, de 10 de janeiro de 2001, com a pretensão de ser uma lei geral sobre a matéria. De acordo com a sua ementa, a LC n° 105/01: ‘Dispõe sobre o sigilo das operações das instituições financeiras e dá outras providências’. Esta lei regulamenta vários aspectos do sigilo financeiro, contendo normas de conteúdo administrativo, processual e penal.

No mesmo trilhar é que se apresenta a assertiva de Carvalho (2008, p. 171), consoante o qual “A Lei Complementar 105/01 disciplina a matéria de forma geral”.

Assim, consoante o entendimento esposado pelo STF sobre a questão, a Lei Complementar n° 105/01 é lei especial que trata da matéria relativa ao sigilo bancário de forma exaustiva, nela estando contidas todas as exceções possíveis quanto à regra geral prescrita em seu Art. 1°; noutro diapasão, parte da doutrina, como demonstrado, inclina-se à razão de que a Lei Complementar n° 105/01 é norma geral, sem embargo, portanto, da existência anterior ou da edição de normas especiais que, condicionadas a não contrariá-la, venham a complementá-la e descer às espécies.

Sob a ótica de que a Lei Complementar n° 105/01 é lei especial que contempla todas as possíveis exceções à regra geral do dever de sigilo das informações e dados detidos pelas instituições financeiras, consoante orientação do STF, impõe-se a verificação das hipóteses de exceção previstas na Lei Complementar n° 105/01 a fim de constatar a existência de enquadramento da situação em apreço (fornecimento de informações ou dados sigilosos de clientes das instituições financeiras, de capital aberto, a profissionais de auditoria externa, dentro do dever legal de realização dessa atividade, naquilo que for pertinente e necessário à realização desse trabalho, conforme as finalidades a que se propõe).

Não se pode olvidar da dicção da Lei Complementar n° 105/01,

consoante a qual o fornecimento de informações, ou dados sigilosos, fora das hipóteses nela autorizadas, constitui violação ao dever de sigilo, sujeitando o responsável pela concessão indevida às penas previstas no Art. 10⁷, da Lei Complementar n° 105/01. A única alusão textual aos procedimentos de auditoria está contida no § 4° do Art. 5° da Lei. Pelo teor do citado dispositivo legal:

Recebidas as informações de que trata este artigo, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos.

Não obstante inexistir definição quanto ao gênero de auditoria a que se refere a lei, entende-se que o § 4° do Art. 5° da Lei Complementar n° 105/2001, por sua própria natureza e objeto, parece fazer referência à atividade de auditoria interna. Essa constatação não conduz, no entanto, à conclusão de que o fornecimento de informações ou dados sigilosos à auditoria externa configuraria violação ao dever de sigilo bancário.

Importa indagar, seguindo essa linha de raciocínio, se essa situação específica (de fornecimento e/ou acesso por parte de auditoria externa a informações e/ou dados de clientes do Banco, que sejam imprescindíveis para a consecução do objeto do trabalho) constaria da própria regra geral (caso em que a auditoria independente seria equiparada aos funcionários, aos mandatários e aos prepostos da instituição auditada – teoria dos *limites naturais*); se a situação engendrada configuraria caso do que parte da doutrina designa como *transferência de sigilo bancário*; ou se haveria

⁷ Art. 10. A quebra de sigilo, fora das hipóteses autorizadas nesta Lei Complementar, constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, aplicando-se, no que couber, o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis. Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem omitir, retardar injustificadamente ou prestar falsamente as informações requeridas nos termos desta Lei Complementar.

enquadramento em alguma das hipóteses de exceção ao dever de sigilo previstas na Lei Complementar nº 105/01.

Afirmou-se anteriormente, não obstante tratar-se a auditoria independente de terceiro em relação à instituição auditada, até mesmo pelo *modus operandi* em que se desenvolve a rotina de auditoria externa, que a empresa de auditoria atuaria de forma equiparada a um órgão interno da estrutura da instituição auditada, de modo que se estaria diante do que se convencionou denominar, na doutrina jurídica, de um *limite natural* implícito ao dever de sigilo. Conforme acentua Hagström (2009, p. 234-238):

Impõe-se observar, porém, que a própria evolução e diversificação das atividades financeiras, que passaram do banqueiro individual, pessoa física, às sociedades comerciais e aos grupos empresariais, conduziram à ampliação do círculo de pessoas obrigadas ao dever de sigilo. Como bem observou Henrion (ob. Cit., p. 105), tornou-se lógico que o dever de segredo fosse imposto não apenas às pessoas qualificadas como banqueiros, mas a todos aqueles que, por suas atividades, tivessem acesso às informações protegidas. Estão, portanto, obrigados a guardar sigilo os controladores das instituições financeiras, seus administradores - incluindo-se aí aqueles sem poderes de gestão, como os membros de conselhos fiscais e consultivos -, e todos aqueles que, profissionalmente, tenham acesso às informações resguardadas: empregados, madatários, auditores, interventores, liquidantes etc. Aos empregados e mandatários equiparam-se, a meu ver, para fins do dever legal, as pessoas contratadas para prestação de serviços, inclusive pelo processo que se convencionou chamar de "terceirização". (...) Não podem ser esquecidas, ademais, outras pessoas que, por força de ofício, tomam conhecimento das informações sigilosas, como é o caso, especialmente, das autoridades de supervisão bancária e dos respectivos agentes de fiscalização, dos correspondentes bancários e dos funcionários

das câmaras de compensação. (...) O § 3º do Art. 1º estabelece as primeiras exceções ao dever de sigilo. Estas, como se sabe, podem decorrer de específicas disposições legais - e então são chamadas de "limites legais" do sigilo - ou resultar de situações ou circunstâncias que, embora não previstas em lei, justificam o afastamento daquele dever - nesse caso, recebem a designação de "limites naturais" do sigilo. (...)

Evidente, porém, como bem enfatiza Covello (...), que o banco deve, em todos os casos, limitar-se à prestação das informações estritamente necessárias, para não ferir o direito de terceiros.

Ao abordar a questão, Carvalho (2008, pp. 158-159, 176, 212-213) manifestou-se no sentido de que:

As derivações do sigilo bancário frente ao Estado estão sempre fixadas em lei e se justificam pela necessidade de atendimento de interesse público constitucionalmente albergado. Paralelamente, existem exceções ao sigilo bancário nas relações entre particulares, das quais a maior parte não está expressa em lei, mas decorre da vontade do titular do segredo, da própria natureza da atividade bancária e, principalmente, de regras do Direito Civil, impondo-se aos bancos como indispensáveis ao exercício regular da atividade bancária. (...) Constituem limites implícitos do sigilo bancário o direito ou interesse do cliente do banco; do procurador e representante do cliente; do herdeiro ou legatário; do prestador de garantia e do próprio banco.

Assim, sob a ótica dessa teoria, em primeira análise, não se poderia asserir que o fornecimento de informações ou dados de clientes, necessários à execução do escopo da auditoria externa, figura-se como violação ao dever de sigilo.

Noutro diapasão, mesmo que fosse possível se entender inaplicável o argumento acima exposto, compreende-se que ainda assim não haveria violação ao dever de sigilo imposto pela Lei Complementar nº 105/01 em

tal circunstância, por outros fundamentos.

É de se mencionar que seria ainda possível enquadrar o fornecimento e/ou acesso a essas informações e/ou dados sigilosos na teoria da transferência do sigilo bancário. Nesse tocante, as instituições financeiras, ao fornecerem ou permitirem o acesso a informações ou dados protegidos pelo dever de sigilo a empresas de auditoria independente, estariam agindo na qualidade de transmissores enquanto que as empresas de auditoria figurariam na condição de receptores dessas informações, restando obrigadas a observar o dever de sigilo, tanto em decorrência de normas técnicas e profissionais como em função do dever de sigilo legalmente imposto a todos aqueles que tomarem conhecimento dessas informações. Aplicam-se os comentários de Baltazar Junior (2005, pp. 95-97):

(...) caso o sigilo financeiro fosse oponível ao Bacen, sua atividade fiscalizadora restaria inviabilizada, não podendo o órgão cumprir suas atribuições (STF, ADIMC nº 1790/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, PL., m., DJ 8.9.00, p. 4). Bem por isso, o § 1º do Art. 2º da LC nº 105/01 afasta a possibilidade de que o sigilo venha a ser oposto ao Bacen por parte das instituições financeiras nas seguintes hipóteses:

(...) Idênticos dever de sigilo e acesso a informações são conferidos à CVM (LC nº 105/01, Art. 2º, § 3º), quando se tratar de fiscalização de operações e serviços no mercado de valores mobiliários, com idênticos limites, ou seja, quando a CVM estiver desempenhando suas funções de fiscalização, ...

(...) as informações permanecerão no âmbito do sistema financeiro nacional, do qual fazem parte o Bacen e a CVM. Deste modo, também aqui se pode falar em transferência de sigilo.

Por fim, ainda restaria o derradeiro argumento de que a autorização do fornecimento dessas informações ou dados tutelados pelo dever de sigilo encontraria fundamento nos próprios termos da norma (Lei do Sigilo Bancário).

O § 3º do Art. 1º da Lei Complementar nº 105/01 preceitua que não se considera quebra de sigilo a prestação de informações que estejam em conformidade com os arts. 2º ao 7º e 9º.

O Art. 2º e o Art. 7º da Lei Complementar nº 105/01, por sua vez, impossibilitam a oposição do sigilo ao Bacen no desempenho de suas funções regulares, estendendo essa mesma orientação à CVM.⁸

Portanto, é inequívoco que a Lei Complementar nº 105/01 franquia abertamente ao Bacen e à CVM as informações necessárias ao desempenho de suas atividades de fiscalização no mercado financeiro e no mercado de capitais, respectivamente.

A auditoria independente seria, pois, instrumento imprescindível de que disporem a CVM, em especial, e o BACEN na disciplina e fiscalização

⁸ Art. 2º O dever de sigilo é extensivo ao Banco Central do Brasil, em relação às operações que realizar e às informações que obtiver no exercício de suas atribuições. § 1º O sigilo, inclusive quanto a contas de depósitos, aplicações e investimentos mantidos em instituições financeiras, não pode ser oposto ao Banco Central do Brasil: I - no desempenho de suas funções de fiscalização, compreendendo a apuração, a qualquer tempo, de ilícitos praticados por controladores, administradores, membros de conselhos estatutários, gerentes, mandatários e prepostos de instituições financeiras; II - ao proceder a inquérito em instituição financeira submetida a regime especial. § 2º As comissões encarregadas dos inquéritos a que se refere o inciso II do § 1º poderão examinar quaisquer documentos relativos a bens, direitos e obrigações das instituições financeiras, de seus controladores, administradores, membros de conselhos estatutários, gerentes, mandatários e prepostos, inclusive contas correntes e operações com outras instituições financeiras. § 3º O disposto neste artigo aplica-se à Comissão de Valores Mobiliários, quando se tratar de fiscalização de operações e serviços no mercado de valores mobiliários, inclusive nas instituições financeiras que sejam companhias abertas. (...) Art. 7º Sem prejuízo do disposto no § 3º do Art. 2º, a Comissão de Valores Mobiliários, instaurado inquérito administrativo, poderá solicitar à autoridade judiciária competente o levantamento do sigilo junto às instituições financeiras de informações e documentos relativos a bens, direitos e obrigações de pessoa física ou jurídica submetida ao seu poder disciplinar. Parágrafo único. O Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários manterão permanente intercâmbio de informações acerca dos resultados das inspeções que realizarem, dos inquéritos que instaurarem e das penalidades que aplicarem, sempre que as informações forem necessárias ao desempenho de suas atividades.

da atuação das instituições financeiras de capital aberto no mercado financeiro e no mercado de capitais brasileiros. Como mencionado, a realização de auditorias externas nas instituições financeiras de capital aberto é obrigatória, sob o fundamento legal previsto na Lei das S.A. (Lei ° 6.404/76) e na Lei do Mercado de Capitais (Lei n° 6.385/76).

Os profissionais que atuam na área específica de auditoria externa se submetem ao poder de polícia da CVM, sendo alcançados por sua jurisdição e competência. A esse propósito, o STF julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n° 2.317-9/DF, na data de 19/12/2000, tendo como autora a Confederação Nacional das Profissões Liberais - CNPL, em decisão unânime, assim ementada:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. RESOLUÇÃO N° 2.267/96, DO CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. REGULAÇÃO DAS AUDITORIAS INDEPENDENTES NAS INSTITUIÇÕES DO SISTEMA FINANCEIRO. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 1°, IV; 5°, XIII; E 170, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

Ato normativo que, ao regular forma de controle do Banco Central do Brasil sobre as entidades do sistema financeiro, não veda o exercício de profissão nem impede o desenvolvimento de atividade econômica; não havendo falar, igualmente, em contrariedade ao mencionado princípio constitucional. Medida cautelar indeferida.

Reforçando a inferência que se realizou quanto à interpretação e aplicação dos arts. 2° e 7° da Lei Complementar n° 105/01 ao caso em tela, reproduzem-se as palavras dos eminentes Ministros Ilmar Galvão (Relator), Nelson Jobim e Marco Aurélio, respectivamente naquele julgado:

Min. Relator Ilmar Galvão: (...) Cuida-se, evidentemente, de normas que disciplinam uma das formas de controle exercidas pelo Banco Central, dentro de suas competências legais,

sobre instituições do sistema financeiro, qual seja, a auditoria independente.

Min. Nelson Jobim: (...) O trabalho de auditar as demonstrações financeiras é absolutamente relevante, no que diz respeito ao exercício, pelo Banco Central, de sua função de fiscalização. (...) A regra não está disciplinando atividade profissional, mas sim a forma pela qual as entidades fiscalizadas pelo Banco Central devem proceder com relação a um ponto sensibilíssimo da instituição financeira: as demonstrações financeiras.

Min. Marco Aurélio: (...) também tenho a atuação do Banco Central como respaldada pela Lei nº 4.595/64. Ao contrário do que asseverado na inicial, na Resolução baixada pelo Banco Central não ocorreu a disciplina, em si, de uma certa atividade profissional, vindo à balha, na realidade, normas que visam à fiscalização das instituições financeiras.

No mesmo diapasão, o STF julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 453-1, na data de 30/08/2006, também interposta pela Confederação Nacional das Profissões Liberais - CNPL, contra o Art. 3º da Lei nº 7.940/89, que dispunha acerca da cobrança de taxa em favor da CVM, culminando no seguinte aresto abaixo ementado, à unanimidade:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Art. 3º, da Lei nº 7.940, de 20.12.1989, que considerou os auditores independentes como contribuintes da taxa de fiscalização dos mercados de títulos e valores mobiliários. 3. Ausência de violação ao princípio da isonomia, haja vista o diploma legal em tela ter estabelecido valores específicos para cada faixa de contribuintes, sendo estes fixados segundo a capacidade contributiva de cada profissional. 4. Taxa que corresponde ao poder de polícia exercido pela Comissão de Valores Mobiliários, nos termos da Lei nº 5.172, de 1966 - Código Tributário Nacional. 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade que se julga improcedente.

Importa que sejam realçados os seguintes termos do voto relator proferido pelo Min. Gilmar Mendes na esfera da ADI nº 453-1:

A CVM exerce poder de polícia justificativo do lançamento e da cobrança da taxa que aqui se discute.

É da competência da CVM, também nos termos do inciso III, do Art. 8º, da Lei nº 6.385/75, fiscalizar permanentemente as atividades e os serviços do mercado de valores mobiliários (...) A referida fiscalização qualifica o poder de polícia, (...) A Instrução CVM nº 308/99 dispõe sobre o registro e o exercício da atividade de auditoria independente no âmbito do mercado de valores mobiliários. A Nota Explicativa CVM à Instrução CVM 308/99 esclarece que:

“(...) o registro na CVM não se constitui em uma nova categoria profissional e, tampouco, significa cerceamento do exercício da atividade profissional. (...) Essa atividade pode ser exercida individualmente ou em sociedade civil, cujos sócios estejam todos contadores, inexistindo, conseqüentemente, incompatibilidade entre essas normas e o regime disciplinar da categoria profissional de contador.

(...) Verifica-se, no presente caso, taxa decorrente do poder de polícia; é que “(...) as taxas de polícia são caracterizadas na Constituição como um instrumento de custeio de atividade estatal (tributo) exercida em razão do poder de polícia” (Bernardo Ribeiro de Moraes, *Compêndio de Direito Tributário*, 1º Volume, Rio de Janeiro: Forense, 2ª. Ed., 1993, p. 514).

(...) Concretamente a cobrança de que se cuida tem por objetivo o serviço de fiscalização que a CVM exerce no mercado mobiliário.

É fato inconteste, desse modo, que a atividade de auditoria independente é fiscalizada diretamente pela CVM, no exercício do poder de polícia da autarquia federal, cujo controle é exercido pela CVM através do registro prévio de pessoas físicas e jurídicas que prestem os serviços de auditoria externa ao mercado.

Conforme preconiza em especial o Art. 2º da Lei Complementar nº 105/2001, pois, o sigilo bancário, em última ratio, não poderia ser oposto

à auditoria externa, na medida em que esses prestadores de serviço são agentes do mercado financeiro e do mercado de valores mobiliários, que compõem o sistema financeiro nacional, atuando como instrumentos de fiscalização do Bacen e da CVM. Pelas três hipóteses ventiladas, assim, não haveria que se falar de quebra de sigilo bancário.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo que se expôs, entende-se ser dotado de substancial razoabilidade e ser defensável juridicamente o entendimento de que o fornecimento de informações protegidas pelo sigilo bancário a empresas de auditoria independente, observadas determinadas condicionantes, não constitui violação ao dever de sigilo bancário imposto às instituições financeiras.

Dentre as mencionadas condicionantes, citam-se as seguintes: a) as informações, os dados e os documentos acessíveis à auditoria independente devem se restringir àqueles efetivamente pertinentes e necessários à realização de suas atividades e atribuições, no intuito de se atingir o escopo dos trabalhos de auditoria; e b) a instituição financeira auditada deve se cercar de todas as cautelas previstas em instrumento contratual, que tenha por objeto regular a relação jurídica de prestação dos serviços de auditoria independente, e nas normas e nas leis que tratem da matéria.

Desse modo, é possível que a instituição financeira auditada se negue a fornecer informações, ou mesmo proíba o acesso da auditoria externa a algumas de suas dependências físicas, desde que as informações, os dados ou os documentos correspondentes não tenham relação, não sejam pertinentes ou sejam dispensáveis à realização da auditoria externa, conforme a natureza e o escopo almejado.

De igual maneira, tem-se que as instituições financeiras também podem restringir o acesso à empresa de auditoria independente a algumas de suas dependências físicas, contanto que haja a configuração de nítida extrapolação das atribuições da empresa de auditoria independente, servindo como parâmetros os limites acima indicados, quais sejam, a relação com o objeto e escopo da auditoria, bem como a pertinência e a necessidade dessas informações, dados ou documentos sigilosos à realização da auditoria.

É recomendável, pois, adotar como cuidados adicionais, além daqueles já mencionados na legislação, em normas regulamentares e em normativos internos da própria instituição auditada, o previsto no Decreto nº 7.845/12, naquilo que for aplicável.

Outrossim, é imprescindível que o tratamento a ser dado pela instituição financeira auditada e pela auditoria independente quanto às informações sigilosas de seus clientes, seja objeto de contrato de prestação de serviços de auditoria externa que atenda às condições anteriormente indicadas, estabelecendo o dever de sigilo desses profissionais, o tratamento sigiloso e confidencial que deve ser conferido a informações e dados que venham a ser de seu conhecimento no exercício da atividade de auditoria independente, bem como o dever da instituição financeira de capital aberto auditada no sentido de fornecer as informações e os dados indispensáveis, desde que pertinentes e necessários, à efetiva implementação e consecução da auditoria independente.

REFERÊNCIAS

ATTIE, W. **Auditoria**: conceitos e aplicações. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BALTAZAR JÚNIOR, J. P. **Sigilo bancário e privacidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 6.404**, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 de dezembro de 1976. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

_____. Congresso Nacional. **Lei nº 6.385**, de 7 de dezembro de 1976. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 9 de dezembro de 1976. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

_____. Comissão de Valores Mobiliários. **Instrução nº 308**, de 14 de maio de 1999. Dispõe sobre o registro e o exercício da atividade de auditoria independente no âmbito do mercado de valores mobiliários, define os deveres e as responsabilidades dos administradores das entidades auditadas no relacionamento com os auditores independentes, e revoga as Instruções CVM nos 216, de 29 de junho de 1994, e 275, de 12 de março de 1998. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 19 de maio de 1999. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

_____. Conselho Monetário Nacional. **Resolução nº 3.198**, de 27 de maio de 2004. Altera e consolida a regulamentação relativa à prestação de serviços de auditoria independente para as instituições financeiras, demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil e para as câmaras e prestadores de serviços de compensação e de liquidação. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/pt-br/paginas/default.aspx>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

_____. Conselho Federal de Contabilidade. **Resolução n° 1.203**, de 27 de novembro de 2009. Aprova a NBC TA 200 – Objetivos Gerais do Auditor Independente e a Condução da Auditoria em Conformidade com Normas de Auditoria. Disponível em: <http://www2.cfc.org.br/sisweb/sre/detalhes_sre.aspx?codigo=2009/001203>. Acesso em: 12 dez. 2016.

_____. Conselho Federal de Contabilidade. **Resolução n.º 821**, de 17 de dezembro de 1997. Aprova a NBC P 1 – Normas Profissionais de Auditor Independente com alterações e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 de janeiro de 1998. Disponível em: <<http://cfc.org.br/>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

_____. Congresso Nacional. **Lei Complementar n° 105**, de 10 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2001. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n° 22.801-6/DF**, de 17 de dezembro de 2007. DJE n° 047, Poder Judiciário, Brasília, DF, de 14 de março de 2008. Disponível em: <<http://stf.jus.br/>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

_____. Congresso Nacional. **Lei n° 7.940**, de 20 de dezembro de 1989. Institui a Taxa de Fiscalização dos mercados de títulos e valores mobiliários, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 de dezembro de 1989. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

_____. Congresso Nacional. **Decreto nº 7.845**, de 14 de novembro de 2012. Regulamenta procedimentos para credenciamento de segurança e tratamento de informação classificada em qualquer grau de sigilo, e dispõe sobre o Núcleo de Segurança e Credenciamento. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 de novembro de 2012. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

_____. Conselho Federal de Contabilidade. **NBC PG 200**. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 de março de 2014. Disponível em: <<http://cfc.org.br/>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.317-9/DF**, de 19 de dezembro de 2000. DJ nº 058, Poder Judiciário, Brasília, DF, de 23 de março de 2001. Disponível em: <<http://stf.jus.br/>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 453-1**, de 30 de agosto de 2006. DJ nº 052, Poder Judiciário, Brasília, DF, de 16 de março de 2007. Disponível em: <<http://stf.jus.br/>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

CARVALHO, M. H. P. de. **Sigilo bancário à luz da doutrina e da jurisprudência**. Curitiba: Juruá, 2008.

FARIAS, C. C. de.; ROSENVALD, N. **Curso de direito civil**. v. 4., 4.ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

HAGSTRÖM, C. A. **Comentários à Lei do Sigilo Bancário**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

LINS, L. dos S. **Auditoria: uma abordagem prática com ênfase na auditoria externa**. São Paulo: Atlas, 2011.

NORMAS INTERNACIONAIS DE AUDITORIA E CÓDIGO DE ÉTICA
PROFISSIONAL. **International Federation of Accountants - IFAC e
Instituto Brasileiro de Contadores - Ibracon.** São Paulo: Ibracon, 1998.

Câmeras de segurança x direito à imagem: limites à divulgação

*Security cameras x image rights:
disclosure limits*

Fernanda Santiago Brasileiro

- » Bolsista de Nível Superior em Direito do Banco do Nordeste do Brasil S.A.
- » E-mail: nandasantiago1995@gmail.com

George Felício Gomes de Oliveira

- » Advogado do Banco do Nordeste do Brasil S.A.
 - » Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará
- E-mail: georgefg@bnb.gov.br

RESUMO

O presente estudo se destina a apreciar o cenário nacional relacionado ao direito à imagem e sua proteção jurídica, diante da questão envolvendo a divulgação de imagens captadas por câmeras de segurança. Assim, verifica-se a existência, ou não, de limites ao próprio direito à imagem, bem como limites à divulgação da imagem, além das consequências decorrentes da divulgação indevida.

PALAVRAS-CHAVES

Direito à imagem. Limites. Câmeras de segurança. Divulgação.

ABSTRACT

This paper examine the national scenery related to the image rights and its legal protection, in view of the issue related to the dissemination of images captured by security cameras. That away, it is verified the existence of limits to the image rights, as limits to the image dissemination, further the consequences of the improper disclosure.

KEYWORDS

Image rights. Limits. Security cameras. Disclosure.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Direito à imagem: conceito. 3. Natureza jurídica do direito à imagem. 4. Limitações do direito à imagem. 5. A proteção do direito à imagem e a Constituição Federal. 6. A divulgação de imagens não autorizadas e suas consequências. 7. Câmeras de segurança e direito à imagem. 8. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Trata-se de estudo acerca da relação entre o direito à imagem e a proliferação de câmeras de segurança em locais públicos e privados no Brasil.

O direito à imagem foi consagrado na Constituição Federal no âmbito do artigo 5º, incisos X e XXIII, alínea 'a', e está inserido no rol dos direitos e garantias fundamentais. Além disso, encontra-se expressamente no Código Civil em seus artigos 11 e seguintes.

A problematização ora posta em discussão diz com os limites do direito à imagem frente à divulgação das imagens captadas por câmeras de segurança, pelos mais diversos motivos: existem limites ao direito à imagem? Ou melhor, é possível divulgar qualquer imagem captada por câmeras de segurança? E por qualquer razão?

Nesse sentido, pretende-se expor o estado da técnica referente a este aspecto jurídico, mencionando os diversos aspectos doutrinários e jurisprudenciais envolvidos na matéria.

2. DIREITO À IMAGEM: CONCEITO

O direito à imagem, decorrente ao direito à vida¹, encontra-se previsto no Art. 5º da Constituição Federal, consagrado como direito fundamental, entendendo a doutrina ser um direito da personalidade. Por conseguinte, tem por finalidade a proteção da essência da pessoa humana².

A imagem, por sua vez, é considerada a expressão exterior da

1 SILVA, J. A. da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26.ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 205-206.

2 BORGES, R. C. B. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 20.

individualidade do ser humano que pode ser sentida³.

Na visão moderna da doutrina, pode-se destacar que a imagem passou a ser tutelada por meio de duas espécies: imagem-retrato e imagem-atributo⁴.

Conforme esse entendimento, a imagem não deve ser compreendida tão somente como a representação de uma pessoa, mas também como a forma pela qual ela é vista pela coletividade.

Da mesma forma, Carlos Alberto Bittar leva em consideração a imagem-atributo, conceituando o direito à imagem como a tutela jurídica que a pessoa tem sobre as características físicas que a individualizam no âmbito social. Observe-se:

Consiste no direito que a pessoa tem sobre a sua forma plástica e respectivos componentes distintos (rosto, olhos, perfil, busto) que a individualizam no seio da coletividade. Incide, pois, sobre a conformação física da pessoa, compreendendo esse direito um conjunto de caracteres que a identifica no meio social. Por outras palavras, é o vínculo que une uma pessoa à sua expressão externa [...]⁵.

Regina Sahm conceitua o direito à imagem através de seus elementos de maneira a valorar o sujeito em sua personalidade individual (imagem-retrato) e social (imagem-atributo):

Conjugando os vários elementos componentes da imagem,

3 GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. Novo curso de direito civil: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2002, p.183.

4 SILVA NETO, M. J. e. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 517.

5 BITTAR, C. A. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro, Forense, 2.ed., 1995, p.87.

inclusive o da imagem-qualificação, podemos enunciar o direito à imagem como: conjunto de faculdades ou prerrogativas jurídicas cujo objeto é toda expressão sensível da personalidade que individualiza a pessoa quer em sua expressão estática (figura), quer dinâmica (reprodução); assim como por meio da qualificação ou perspectiva, de acordo com a sua verdade pessoal, (existencial), a imagem que faz de si (subjetivamente) e seu reflexo na sociedade (objetivamente), garantida a utilização exclusiva pelo titular, compreendendo a prevenção dos atentados sem prejuízo da indenização por danos causados⁶.

É importante destacar que, diferentemente da concepção de imagem-retrato de Sahm, para Mônica Castro somente é aplicável às pessoas físicas, possuindo as pessoas jurídicas a proteção de sua imagem somente no tocante à imagem-atributo, a qual em nada se confunde com honra objetiva⁷.

Note-se, sobre esse ponto, que a norma prevista no Código Civil não distingue entre pessoas físicas ou jurídicas⁸.

O direito à imagem, como se verificou, é irrenunciável, inalienável e intransmissível. No entanto, constata-se ser algo disponível⁹. O diferencial, em se tratando dos demais direitos de personalidade, é que o direito à imagem é disponível, ou seja, a imagem pode ser comercializada ou

6 SAHM, R. **Direito à imagem no direito civil contemporâneo**: de acordo com o novo código civil, Lei nº 10.406, de 10-1-2002. São Paulo: Atlas, 2002, p. 34.

7 CASTRO, M Neves Aguiar da Silva. **Honra, imagem, vida privada e intimidades, em colisão com outros direitos**. Rio de Janeiro: Destaque, 2000, p. 12.

8 Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

9 O conceito abordado referente ao direito à imagem foi utilizado por alguns doutrinadores, como Maria Helena Diniz, Silvio Rodrigues e Silvio de Salvo Venosa que não se diferem em geral, uma vez que o direito da personalidade relaciona-se com o direito à imagem em uma dialética de gênero e espécie, diante do que preleciona o Art. 11 do Código Civil de 2002.

negociada por seu titular. Assim, constata-se que a imagem desfruta de proteção jurídica garantida pela eficácia da Constituição, já que decorre de direito inato ao indivíduo, isto é, há a garantia da presença de um direito de caráter personalíssimo e intransmissível.

Com o progresso da Constituição Federal de 1988, o direito à imagem passou a ser considerado como um direito autônomo¹⁰, independente de qualquer lesão a outro direito¹¹. Diante da doutrina vigente em nosso país, a teoria existente fundamenta-se no conceito de que, embora o direito à imagem tenha surgido como uma garantia de reserva, hoje prevalece como um direito autônomo e de conteúdo próprio, vinculado ao parâmetro da independência, característica dos direitos de personalidade¹².

Assim, é possível verificar que hoje o direito à imagem tem autonomia assegurada e garantida expressamente pela Constituição Federal, independentemente da necessidade de ter sido corrompido ou violado outro direito da personalidade.

A imagem física, portanto, refere-se ao modo como a pessoa é conhecida e reconhecida¹³. O direito à imagem garante ao sujeito o direito de impedir a vinculação de sua imagem por qualquer meio de reprodução, atendendo aos limites estabelecidos em lei. Logo, deve-se respeitar a vontade do interessado em difundir (ou não) a sua própria imagem, vindo a ser publicada após o seu consentimento e aprovação, no intuito de proteger a reprodução da imagem do autor da obra.

10 Ou seja, o direito à imagem não se encerra em si, têm ligações com direitos conexos, principalmente os direitos fundamentais.

11 BARBOSA, A. A. do C. N. *Direito à própria imagem: aspectos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 51.

12 CALDAS, P. F. C. **Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 38-39.

13 RODRIGUES, C. **Direito autoral e direito de imagem**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 827, p. 59-68, set. 2004.

3. NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO À IMAGEM

O direito à imagem respalda-se na proteção que o ordenamento jurídico garante ao indivíduo, estabelecendo que a sua exposição ou utilização poderá ser proibida, tanto com o requerimento do titular, quanto sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingir a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou no caso de se destinar a fim comercial.

Assim como já foi visto, o direito à imagem tem a sua autonomia conclamada na Constituição Federal, sendo algo relevante, visto que o ordenamento jurídico assegura tal direito independentemente de violação a outro direito de personalidade. Com isso, o dever de indenização decorre apenas do simples fato de ter sido violado o direito à imagem, ou seja, de haver uma ruptura na sua natureza jurídica, significando que não é necessário que a pessoa, cuja imagem foi exposta, captada e/ou publicada, sofra dano em sua honra. O simples fato de haver a violação já caracteriza tal dever de indenizar.

Em relação à natureza jurídica, existem três fases que correspondem à evolução do direito à imagem. Três teorias historicamente buscaram explicar o fenômeno do “direito à imagem”. A primeira delas era a negativista, na qual não admitia a existência desse direito. A segunda reconhecia sua existência, mas como reflexo de outro instituto jurídico, como as teorias afirmativas. Por fim, a terceira passou a reconhecer a imagem como direito autônomo, desvinculado de qualquer outro instituto jurídico.

Zulmar Fachin¹⁴ estabelece essa distinção, alegando que em um primeiro momento não se admite a existência do direito à imagem,

14 FACHIN, Z. A. **A proteção jurídica da imagem**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 61/62, 63/64, 65.

caracterizando a teoria negativista. Já a segunda etapa aceita a existência do direito à imagem, no entanto tem essa visão como um reflexo de outro instituto jurídico. Por fim, o direito à imagem é reconhecido como um direito autônomo, desvinculado de todo e qualquer tipo de instituto jurídico existente.

De natureza civil, a discussão sobre o direito à imagem tomou grande espaço no âmbito da publicidade envolvendo as câmeras de segurança. Com o desenvolvimento dos meios de comunicação e o fortalecimento do mercado publicitário, as imagens das pessoas tornaram-se uma verdadeira marca, passando a ser reproduzida, inclusive, em nível mundial. Teve-se, pois, através da transformação da imagem de uma pessoa, uma imensa repercussão social, visto a difusão da publicidade no mercado, o que proporcionou uma grande reviravolta, haja vista que a imagem de algumas pessoas passou a ser mais valorizada do que seu próprio fundamento de estar sendo exposta tal divulgação.

Em acórdão exemplificativo, é imprescindível mencionar que o Superior Tribunal de Justiça reconheceu autonomia ao direito à imagem, como sendo um “incidente sobre um objeto específico, cuja disponibilidade é inteira de seu titular e cuja violação se caracteriza com o simples uso não consentido ou autorizado¹⁵”.

Dessa forma, constata-se que a natureza jurídica do direito à imagem é expressa por todas as formas de exteriorização incluídas o molde, os gestos e a voz, visto que o direito à imagem é analisado por meio dos direitos de personalidade. Assim, a classificação é dada mediante o parâmetro da integridade física, intelectual e moral.

Portanto, conclui-se que, no Brasil, não deve haver mais dúvidas

15 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 46.420-0-SP. In **Revista do Superior Tribunal de Justiça**, v. 68, p. 169, 1995.

quanto à natureza jurídica autônoma do direito à imagem, visto que a tutela deste direito não se esgota por nenhuma circunstância.

4. LIMITAÇÕES DO DIREITO À IMAGEM

Ao definir o significado do direito à imagem, a Constituição Federal de 1988 atribuiu-lhe o status de direito constitucional, garantindo sua autonomia. Entretanto, em relação à proteção da sua limitação, tanto a Constituição quanto as leis ordinárias não deixaram-na bem esclarecida, exigindo o auxílio da doutrina e da jurisprudência para orientar quando deve haver a limitação deste direito.

Há uma exposição de imagens nos mais diversos meios de comunicação: jornais, internet, revistas, blogs etc., divulgando ao público sua vida individual e coletiva e, para não haver problemas diante dessa explanação social, há casos previstos em leis e na jurisprudência dando os limites imprescindíveis para que seja imposto o devido respeito ao direito à imagem. Assim, pode-se utilizar a imagem de determinada pessoa, desde que se comprometa com os deveres jurídicos vigentes.

No entanto, deve-se buscar ter um aprofundamento criterioso em saber até onde vai esta limitação, já que há casos específicos, como um sistema de comunicação, no qual a sua própria atuação torna impossível obter uma autorização prévia e por escrito, independentemente de ser expressa ou tácita, de todas as pessoas titulares que terão suas imagens divulgadas naquele ramo profissional, visto que diariamente muitos indivíduos são publicados nos seus veículos, pois tratam de assuntos essenciais, como, por exemplo, publicações de imagens que são de relevante interesse público.

Logo, deve haver uma compreensão em alguns casos especificamente, em que as limitações impostas pelo interesse geral acabam se difundindo

em prol da tutela da imagem, não descartando o indispensável respeito pela integridade da imagem alheia. Sendo assim, constata-se que o direito à imagem relaciona-se estreitamente com o direito à informação.

Conciliando o direito à imagem com o direito à informação, tornam-se respeitados valores e direitos do ser humano, a dignidade humana e sua coletividade¹⁶.

Contudo, quando a informação da imagem se torna inútil, desrespeitosa, violando a dignidade da pessoa, a honra, a privacidade ou até mesmo a sua intimidade, a considerável limitação ao direito à imagem pública torna-se viável, cabendo ao ordenamento jurídico coibir tal divulgação, como forma de controlar a publicação indevida da imagem e reparar o ilícito ocasionado.

O direito à imagem integra o direito da personalidade, devendo ter prevalência sobre o direito à informação, por conseguinte o direito à informação será garantido sempre que houver o interesse público prevalecendo sobre o interesse privado, não cabendo, em nenhuma hipótese, devassar a vida íntima e privada da pessoa, conforme menciona o Art. 220, §1º, da Constituição¹⁷.

Por conseguinte, pode-se garantir que a liberdade de imprensa não é soberana, tendo seus limites constitucionais que devem ser respeitados. A liberdade de imprensa tem o mesmo parâmetro da liberdade de expressão do pensamento, sendo esta a referência daquela.

A utilização da imagem tem como objetivo informar, divertir, orientar,

16 VIEIRA, S. A. do A. **Inviolabilidade da vida privada e da intimidade pelos meios eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2002.

17 “Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística de qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no Art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”.

educar, capacitar ou até mesmo fins comerciais, como publicação de um serviço ou produto, precisando, neste caso, da autorização do titular da imagem; ou ainda para fins de segurança pessoal ou pública, quando temos a divulgação das imagens de câmeras de segurança, no intuito de assegurar a preservação do patrimônio particular ou público.

Em relação às câmeras de segurança, que são, atualmente, os equipamentos de segurança mais conhecidos e utilizados, tem-se que elas servem indispensavelmente para captar imagens e em alguns casos, gravá-las de um determinado local.

Caso ocorra uma situação inesperada e inevitável em algum local que contenha câmera, como, por exemplo, a situação de crime de roubo e suas modalidades, o estabelecimento concederá suas imagens para o devido procedimento de averiguação e instauração do inquérito policial, não precisando pedir autorização às pessoas que aparecem no vídeo, visto que a divulgação é em prol do interesse público e, caso haja alguma imagem que possa comprometer a personalidade individual (imagem-retrato) ou social (imagem-atributo) de alguém, esta parte será editada no momento da publicação do vídeo, a fim de não desrespeitar o direito à imagem.

A utilização de câmeras de segurança é um dos meios mais efetivos para a prevenção e controle da segurança patrimonial e pessoal, já que garante a eficiência de poder visualizar a imagem através das gravações em locais que, geralmente, são vulneráveis ou de risco, situados tanto em ambientes residenciais, quanto corporativos ou públicos.

Em alguns lugares, há uma implementação de placas nas áreas internas ou externas do estabelecimento, informando sobre as filmagens contidas naquele ambiente, sendo um meio de prevenir as pessoas. Mesmo assim, tais gravações são confidenciais e protegidas, garantindo a eficiência das leis. É inadmissível instalar câmeras de segurança em

locais que firam a intimidade das pessoas¹⁸.

Portanto, a instalação de câmeras de segurança em sanitários, alojamentos, quartos, vestiários e outros locais destinados à troca de roupas ou qualquer ato íntimo e/ou restrito, constitui exagero, gerando a percepção de violar a intimidade das pessoas.

Uma das indagações que gera repercussão atualmente é o fato de interromper uma imagem sem a autorização do titular ou mesmo paralisá-la em certo momento do vídeo da câmera e também se questiona a possibilidade de retirar da internet uma imagem publicada de alguém sem a autorização desta, gerando o questionamento se foi violado ou não o seu direito de privacidade.

O que deve ser avaliado é como se define cada caso especificamente, para que, assim, seja prudente e possível determinar qual o direito vai prevalecer de acordo com cada questão, pois são direitos de mesmo nível de equivalência, isto é, tem o mesmo parâmetro constitucional. A propósito da concorrência entre direitos da personalidade e a liberdade de imprensa, veja-se:

Os direitos da personalidade e a liberdade de imprensa suscitam constante concorrência, cedendo um, diante de outro, conforme o caso, e no mínimo possível, mas nunca se excluindo, reciprocamente, como aconteceria se se tratasse de simples regras¹⁹.

Ademais, a liberdade de informação jornalística deve atender os parâmetros de caráter informativo, já que o que não for baseado na informação verídica, mas sim, no sensacionalismo, por exemplo, poderá violar as garantias constitucionais, passando a ferir direitos e valores

18 O Art. 5º da Constituição Federal, em seu inciso X, assevera que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

19 GODOY, C. L. B. de. **A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 68.

atribuídos ao ser humano, como a intimidade, a honra, a imagem e a privacidade.

Nota-se também que o direito à imagem, apesar de possuir proteção e garantia constitucional, também sofre limitações quando tratado diante de interesses da coletividade, ou seja, alguns direitos de caráter privado sofrem restrições quando há uma colisão com os direitos da coletividade, em prol de uma nova ordem social ainda mais estável e segura.

O artigo 20 do Código Civil dispõe que haverá limitações ao direito à imagem quando forem “necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública”.

Há situações em que a utilização da imagem, embora contrária à vontade do seu titular, poderá ser considerada lícita, caso tenha interesse da justiça e da ordem pública, interesse da coletividade, tratando-se de pessoa pública, interesse cultural, científico e histórico e também a garantia da presença do sujeito em evento público ou parte integrante de um conjunto de pessoas indistintas.

Sendo assim, denota-se que a liberdade de informação tem uma forte interligação com as limitações ao direito à imagem. Assim assegura o artigo 220 da Constituição Federal, o qual possibilita a efetivação do direito coletivo da informação, contido no inciso XIV, do artigo 5º, da Constituição Federal.

As limitações existentes no exercício do direito à própria imagem objetivam garantir a proteção constitucional. O direito à imagem não se exaure na intimidade²⁰, isto é, apesar da sua autonomia, há diversos direitos conexos interligados. Há quem o considere um direito natural²¹,

20 FERNANDES, M. **Proteção civil da intimidade**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 173.

21 DURVAL, H. **Direito à imagem**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 105.

equiparável ao direito à vida, responsável pela individualização em meio à coletividade²².

Avaliando tais limitações de acordo com os critérios da impessoalidade e das diversas conceituações, percebe-se que, sem distinções, os doutrinadores entendem que o direito à imagem é um conjunto de características que vigora a individualidade.

Vistas essas restrições, adentra-se no contexto da cessão de imagem. Alguns doutrinadores, ao se referirem a este tema, tratam com impropriedade o assunto abordado. Nos variados dispositivos legais, a expressão “cessão de imagem” é esclarecida como algo contraditório, visto ser mais apropriado denominar de licença de uso da imagem, porque a imagem do indivíduo consiste em um direito autônomo e próprio, destacando-se diretamente no âmbito de um determinado processo que teria, como consequência jurídica, uma ação indenizatória por causa do uso indevido da imagem da pessoa.

Mencione-se que o uso indevido de imagem independe de comprovação do prejuízo, ou seja, caso a utilização da imagem não tenha sido autorizada, o indivíduo lesado tem o direito de contestar tal ação. Diante desse assunto, o entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça - STJ: *“Súmula 403 - Independe de prova ou prejuízo, a indenização pela publicação não autorizada da imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais”*.

O direito à imagem, como um direito de personalidade autônomo, tem o objetivo de levar os seus titulares a garantir a tutela jurisdicional, assim como romper com o uso indevido e desautorizado da imagem, tendo como consequência disso a eventual indenização, tanto moral quanto

22 BITTAR, C. A. Os direitos de personalidade. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 94.

material, do ilícito cometido.

Torna-se indiscutível a possibilidade de limitação do exercício de direito à imagem, visto que se deve respeitar os princípios fundamentais e, a partir do momento que a imagem da pessoa é retratada e exposta ao público sem a sua permissão, ocorre, por exemplo, a quebra do direito à informação e, conseqüentemente, há uma ruptura nos princípios e valores desta.

Entretanto, destaque-se que, no momento em que o autor da exposição age no intuito de afetar a imagem da vítima ou expor sua condição econômica, as conseqüências dessas ações devem ser objeto de análise jurídica, visto que, além da exposição da imagem, o violador age especificamente de forma a desestruturar toda a personalidade do indivíduo diante dos casos envolvendo imagens sem a autorização prévia, podendo comprometê-lo irreversivelmente.

Sendo assim, mesmo que o direito à informação seja garantido diante da constituição, a proteção é relativa, visto que é indispensável diferenciar quais são as informações que compõem os fatos e relacioná-los com as leis que vigoram no ordenamento jurídico brasileiro. Ainda que a exibição seja relativa, a prevalência do interesse público não autoriza a exposição de condutas íntimas e pessoais que possa vir a prejudicar a imagem da pessoa ou haver uma inviolabilidade à vida privada, sendo inadmissível o constrangimento e a humilhação dos titulares da imagem.

Conquanto exista liberdade de imprensa, por exemplo, ela não pode ser absoluta, ou seja, não é ilimitada: possui o direito de informar e divulgar imagens, porém não de forma absoluta e irrestrita²³.

23 A Constituição Federal de 1988 apresenta restrições no âmbito da liberdade de imprensa. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro concluiu que a livre manifestação do pensamento e da informação divulgados através da imprensa

Diante disso, é prudente analisar que, existindo a colisão entre dois direitos constitucionalmente garantidos, a liberdade de imprensa deverá sofrer limitação quando entrar em conflito com outros direitos previstos na constituição, como os direitos à intimidade, à imagem ou à honra.

Portanto, a constituição assevera que o direito à inviolabilidade da imagem pode ter prevalência diante da liberdade da informação e o princípio da dignidade humana é a base desse entendimento, dando o suporte necessário para constatar a necessidade de respeito às normas constitucionais. Não se pode admitir que ocorra danos na divulgação de informação, ainda que se tenha liberdade para exibi-la. Resguardar o direito à proteção da imagem é fundamentalmente necessário para garantir os pressupostos legítimos das normas vigentes no ordenamento.

5. A PROTEÇÃO DO DIREITO À IMAGEM E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal do Brasil de 1988 trouxe em seu conteúdo os mais diferentes princípios fundamentais, mais detalhadamente no artigo 5º. Seguindo o parâmetro constitucional, é garantido o direito à manifestação de pensamento livre e, quando ocorre algum tipo de abuso desses princípios, é pelo fato de violar a proteção dos direitos fundamentais do ser humano.

Diante da fundamentação de Arnaldo Siqueira de Lima²⁴, é de

sofre a limitação devida diante do valor ao respeito à intimidade, vida privada, honra, imagem e, diante disso, valoriza-se o direito fundamental ao resguardo desses valores indispensáveis na sociedade (TJRJ, 2007, Apelação Cível nº 2006.001.60465).

24 LIMA, A. S. de. **O direito à imagem: proteção jurídica e limites de violação**. Brasília: Universa, 2003, p. 47.

se constatar a importância da Declaração Universal dos Direitos do Homem²⁵, como um marco em que iniciou a formatação da proteção dos direitos do homem, sem a concepção de interesses internos, mas sim com a apreensão de princípios e valores de consentimento universal.

Não obstante sem nenhuma referência evidenciada, garantido o direito do ser humano, de modo amplo, irrestrito e protegido, não há dúvida que, nesse contexto, também nasceu o primeiro texto a cuidar da proteção à imagem.

O direito à imagem, ao seguir os conceitos dos direitos fundamentais constitucionais, começou a ganhar importância, principalmente, com a amplitude do acesso à fotografia dentro da sociedade contemporânea. A evolução da fotografia e da imagem, conjuntamente com o desenvolvimento dos meios de comunicação e o desenvolvimento da área da publicidade e do marketing social, gerou uma revolução entre o final do século XIX e o princípio do século XX, passando sempre por evoluções até o período atual.

As normas constitucionais são indispensáveis para garantir a eficácia dos princípios que estruturam o ordenamento jurídico brasileiro. O direito à imagem, especificamente, envolve outros direitos constitucionais, correlacionado com os direitos à liberdade de expressão, à intimidade, à privacidade e o direito à liberdade de imprensa.

Diante do envolvimento de muitos valores e princípios, acaba ocorrendo o conflito entre normas e princípios de acordo com os titulares envolvidos nessas garantias. Para assegurar a proteção do direito à imagem, a Constituição Federal estabelece princípios importantes para o homem, como: princípio da impessoalidade, da proporcionalidade, da razoabilidade, da dignidade da pessoa humana, da ampla defesa e do contraditório.

25 Destaque-se que esta declaração foi sancionada na Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.

A Carta Magna de 1988 estabelece que: “IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação²⁶”, evidenciando o que já foi dito anteriormente.

Sabe-se que a constituição tem uma característica bastante particular que diferencia das demais normas, visto que está acima de todas as outras, ou seja, não pode ser alterada por outra lei, exceto se for por meio da emenda constitucional²⁷.

Segundo Edilson Farias²⁸ os direitos da personalidade em relação à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem são erguidos ao grau de direitos fundamentais previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso X, porém, acontece que, frequentemente, a liberdade de expressão e informação²⁹ acaba colidindo com tais direitos constitucionais.

Por conseguinte, nota-se que os direitos devem ser respeitados de ambas as partes, não podendo colocar os demais direitos (por exemplo: liberdade de expressão, artística, científica, de comunicação...) acima dos direitos invioláveis da intimidade, privacidade, imagem e honra das pessoas, isto é, não se pode divulgar qualquer tipo de imagem sem o consentimento do indivíduo, exceto os casos autorizados que são limitados e previstos em lei.

Assim, para poder detalhar o princípio da dignidade da pessoa humana,

26 Art. 5º, IX e X da CF/88.

27 COSTELLA, A. F. **Legislação da comunicação social**. Campos do Jordão - SP: Mantiqueira, 2002, p. 24.

28 FARIAS, E. P. de. Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2.ed. Porto Alegre - RS: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 20.

29 Art. 220 da CF/88.

é imprescindível saber que tal valor segue o parâmetro das normas contidas na Constituição Federal, em seu ordenamento jurídico expressamente definido no Art. 1º, inc. III da CF, em seu título I, denominado “Dos Princípios Fundamentais”. Ainda que este princípio esteja conciliando com as normas constitucionais, nada impede que ele passe por critérios de análises e críticas, até porque uma visão construtiva estabelece os dois pontos de visão: positivo e negativo, para poder reformular cada vez mais sua concepção ideológica e, dessa forma, construir um princípio cada vez mais igualitário³⁰.

De acordo com Manuel González,

há de ser reservado, como princípio geral, o direito de cada um para limitar a seu arbítrio a difusão de sua própria imagem. A arbitrária divulgação penetra na órbita reservada de nossa atividade e vontade. Com exceção de casos excepcionais, tais como, necessidades sociais, deve-se de ordinário coarctar a liberdade de usar da imagem de outrem sem o consentimento³¹.

Já os princípios da intimidade e da privacidade são essenciais para a definição constitucional, influenciando no âmbito do direito da personalidade e garantias fundamentais. Assim, o direito à imagem tornou-se uma garantia constitucional, sendo essencial para a sociedade. Logo, a utilização indevida da imagem pode gerar indenização e a vítima

30 A advogada e consultora de Direito Público, Ana Paula de Barcellos, reitera a significância da precisão do fundamento desse princípio. Em sua visão crítica, ainda consistimos de uma realidade em que alguns princípios prevalecem sobre outros - sendo confirmado com a presença de Cláusulas Pétreas no nosso ordenamento jurídico, em que se garante não poder modificar um direito constitucional, ainda que por meio de uma emenda. A jurista assegura ainda o equilíbrio social é um fator preponderante para dar prevalência de um princípio sobre outro, sem ferir a constitucionalidade, já que não interfere na concepção irracional ou arbitrária. A demarcação do núcleo é equivalente a das outras práticas interpretativas providas por outros direitos e garantias, sendo, em regra geral, garantidos novos efeitos distintos no âmbito hermenêutico. BARCELLOS, A. P. de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 82-89 e 303-308.

31 GONZÁLEZ, M. G. **Nueva enciclopedia jurídica**. Barcelona: Editorial Francisco Seix, 1962. Tomo XI, p. 327.

ser devidamente ressarcida, estabelecendo os critérios para o pagamento de danos morais e materiais, se for o caso.

A doutrina aponta a existência de quatro princípios que aumentam a conceituação da dignidade da pessoa humana: igualdade, integridade física e moral, liberdade e solidariedade. Nessa ótica, a igualdade enfrenta as desigualdades presentes no nosso país, como é o caso da marginalização social e do elevado índice de pobreza da população brasileira. Já no caso de integridade física e psíquica, é um fator preponderante para garantir a vida, o nome, a imagem, o corpo, a identidade e a honra além de uma ampla valorização da saúde³².

Em relação ao princípio da liberdade, este contém a privacidade, a intimidade e o profundo exercício da vida privada com o intuito de favorecer as próprias escolhas individuais, em harmonia com o princípio da solidariedade diante de um contexto social que a todos favorece igualmente. Para concretizar o princípio da dignidade é essencial conciliar a solidariedade com a liberdade como fator preponderante de aplicação no dia a dia. Os dois se tornam complementares da dignidade do sujeito que compõe o contexto social.

É necessário perceber que quando se valoriza a dignidade da pessoa humana também se enaltece o conjunto de direitos da personalidade, isto é, respeita-se o direito à imagem.

Percebemos que os julgados também são conduzidos pelos princípios, por exemplo, o aresto que se segue:

O valor a ser arbitrado a título de indenização por dano imaterial deve levar em conta o princípio da proporcionalidade, bem como as condições do ofendido, a capacidade econômica do ofensor,

32 MORAES, M. C. B. de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 94.

além da reprovabilidade da conduta ilícita praticada. Por fim, há que se ter presente que o ressarcimento do dano não se transforme em ganho desmesurado, importando em enriquecimento ilícito. *Quantum* indenizatório mantido³³.

Além da aplicação do princípio da proporcionalidade para dirimir o conflito existente entre princípios e direitos fundamentais, é indispensável o bom-senso nas decisões dos magistrados de acordo com o contexto do caso prático que se apresenta.

Desta forma, podemos garantir um pleito honesto, onde se prevaleça a justiça e a igualdade, com decisões bem fundamentadas, analisadas nos contextos dos princípios constitucionais. O direito à imagem é uma garantia fundamental, sendo consagrada pelo ordenamento jurídico como algo de essencial importância para o meio social, pois garante a eficiência do respeito em relação à imagem do titular desta. Não se pode permitir o desrespeito ou a desonestidade em exibir uma imagem que afete a vida pessoal e a relação profissional do indivíduo.

Vivemos em uma sociedade na qual o exibicionismo prevalece diante de uma geração tecnológica, em que estamos cercados por diversos meios de comunicação e estes se caracterizam pela publicidade exacerbada. Somos afetados por muita divulgação social diariamente e os princípios constitucionais existem para limitar a ampliação deste sistema, devendo prevalecer apenas aqueles que respeitam o ordenamento jurídico brasileiro.

33 Negado provimento ao recurso. Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça (Primeira Turma Recursal Cível). Recurso Inominado no 71002579142. Relator: Dr. Leandro Raul Klippel. Porto Alegre, 25 de maio de 2010.

6. A DIVULGAÇÃO DE IMAGENS NÃO AUTORIZADAS E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Quando alguém viola os direitos previstos no ordenamento jurídico e acaba afetando a pessoa titular destes direitos, através da divulgação de uma imagem não autorizada, a Constituição Federal assegura a reparação dos danos morais decorrente do fato em si, por meio do seu artigo 5º, incisos V e X³⁴.

O Código Civil trata da responsabilidade civil através do artigo 186, garantindo a reparação de dano, tanto se o caso for unicamente moral, quanto se englobar mais de um tipo de dano. Além deste artigo, também é válido mencionar o Art. 927, também do Código Civil, que também determina a possibilidade de reparação quando ocorrer o ato ilícito. É indispensável mencionar que a jurisprudência também vem seguindo o entendimento contido nas letras da lei³⁵.

O Direito Civil atual tutela a vítima, tanto diante do dano moral quanto do material, em caso do uso não autorizado da imagem, inclusive pela exposição em qualquer local de acesso à informação (incluindo o acesso à rede virtual).

Sendo assim, expõe-se as consequências do uso indevido da imagem das pessoas físicas em atenção à exibição de sua imagem não autorizada ou indevida, independente de qualquer meio de publicidade.

34 Esses incisos fazem referência expressa ao direito à imagem já detalhado anteriormente neste estudo.

35 RE 215984 / RJ - RIO DE JANEIRO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO. Julgamento: 04/06/2002. Órgão Julgador: Segunda Turma. / TJ - DF - Apelação Cível: APC 20130810075553. Órgão julgador: 6ª Turma Cível. Publicado no DJE: 05/05/2015. Pág.: 285. Julgamento 29 de Abril de 2015. Relator Esdras Neves.

A utilização da imagem das pessoas pode ser um processo ligado ao universo dos negócios. Muito além do âmbito publicitário, o uso do retrato envolve uma situação humanística em geral das relações empresariais e a sua concepção organizacional. Mas também existem outros tipos de publicidade, não necessariamente envolvendo empresas, que também se utilizam desta expansão do exibicionismo e, diante disso, independentemente da pessoa titular da imagem, há um arcabouço jurídico protetivo, que garante a tutela personalíssima do indivíduo e, caso ocorra exposição sem autorização ou de forma indevida, terá a garantia de indenização de acordo com o ilícito cometido.

A garantia na esfera civil da reparação das imagens que foram publicadas de forma não autorizada tem consequências fundamentadas no texto da Carta Magna de 1988 que assegura o direito do homem, impondo que o direito à imagem deste é uma garantia do direito individual fundamental, sendo assim, quem desrespeitar este direito terá que reparar por meio de indenização por dano moral ou material³⁶.

O Código Civil caracteriza-se como um alicerce que fortalece a importância da proteção do direito à imagem do cidadão, garantindo a indenização ao titular afetado, até mesmo quando for decretado o óbito da vítima, passando a indenização correspondente para os seus dependentes³⁷.

36 A Constituição Federal de 1988 garante, em seu artigo 5º, que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...] XXVIII - são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas”.

37 Código Civil: Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito

No caso desta indenização pelo uso indevido da imagem, existe também o direito de responsabilizar civilmente um ato ilícito que atue exclusivamente no âmbito moral, fortalecendo ainda mais o princípio da dignidade da pessoa humana³⁸.

É extremamente prudente ratificar que o uso comercial de uma imagem só poderá ocorrer com a devida autorização³⁹, pois se ocorrer de forma contrária, poderá ser entendido como um enriquecimento ilícito na divulgação desta imagem, devendo ser imposta a reparação do dano, como regra geral. Sobre este tema, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça vêm entendendo que a divulgação da imagem de determinada pessoa para fins de publicidade sem o seu consentimento implica na percepção de que o causador da exibição pretendia enriquecer ilicitamente à custa da imagem do outro, tendo que o judiciário intervir e determinar que ocorra a devida reparação do dano, tanto o dano moral quanto o dano material⁴⁰.

da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau. Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes. Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

38 Código Civil: Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

39 No entanto, há exceções que permitem a divulgação da imagem sem o consentimento do seu titular, como já foi explicado neste artigo, visto que, no direito à imagem, não há uma regra absoluta.

40 Direito à imagem. Fotografia. Publicidade comercial. Indenização. A divulgação da

Caso a transgressão do direito à imagem seja considerada de caráter puro, isto é, desprendida de outros direitos de personalidade garantidos na Constituição Federal/88, torna-se mais difícil configurar tal violação na prática, porque, em regra, deverá ser considerado o uso indevido da imagem através de um direito que possui caráter preponderantemente personalíssimo. Caso ocorra tal exceção, deverá ser considerado com esta característica constitucional.

Se o titular da imagem que sofreu o dano alegar que a sua imagem foi divulgada sem a devida autorização e conseguir comprovar que este fato gerou um prejuízo para si, ficará caracterizado que houve o dano moral. Diante deste assunto, o posicionamento do ministro Ruy Rosado de Aguiar⁴¹, em seu voto do Recurso Especial nº 46420/SP, em 1994, foi no sentido de que se houver a utilização do bem que faz parte do patrimônio personalíssimo do titular, já se caracteriza o dano moral e a exibição da imagem consagra este tipo de propriedade jurídica.

Analisando o parâmetro constitucional, o inciso V do artigo 5º da CF/88 garante o que a doutrina vem denominando de terceira categoria de dano: o dano à imagem. O artigo define que é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

imagem de pessoa, sem o seu consentimento, para fins de publicidade comercial, implica em locupletamento ilícito a custa de outrem, que impõe a reparação do dano. Recurso extraordinário não conhecido. Dano moral. Direito à imagem. Fotografias usadas em publicação comercial não autorizada. I - O uso de imagem para fins publicitários, sem autorização, pode caracterizar dano moral se a exposição é feita de forma vexatória, ridícula ou ofensiva ao decoro da pessoa retratada. A publicação das fotografias depois do prazo contratado e a vinculação em encartes publicitários e em revistas estrangeiras sem autorização não enseja danos morais, mas danos materiais. II - Recurso especial conhecido, mas desprovido. STF, 2007, RE nº 95872; STJ, 2007, RESP nº 230268.

41 "Alegou-se a inexistência do prejuízo, indispensável para o reconhecimento da responsabilidade civil das demandadas. Ocorre que o prejuízo está na própria violação, na utilização do bem que integra o patrimônio jurídico personalíssimo do titular. Neste fato, já está caracterizado o dano moral". Recurso Especial nº 46420/SP, 1994.

A imagem pode ser constatada de várias formas, em diversos aspectos e também esta pode receber a proteção autônoma ou atrelada a outros direitos, havendo a possibilidade de tríplex tutela à imagem, na seara de três esferas: administrativa, civil e penal⁴².

Sendo assim, a proteção ao direito à imagem é tríplex, abrangendo as áreas administrativa, penal e cível, sendo esta última a de maior relevância no direito à imagem. Na esfera penal, é constituído quando tiver a ocorrência de delitos tipificados na lei como penais. Bittar (1995) ainda comenta sobre a possibilidade de existência de um direito à imagem para objetos nos seguintes termos: “Admite-se, ainda, na doutrina, a existência de um direito à imagem para coisas, a impedir que terceiros, sem autorização do proprietário, venha a expô-las a público (como com telas de pintura, esculturas e outros bens)”⁴³.

Pessoas notórias, de alto renome social, são constantemente vítimas do uso indevido de imagens, em que publicam suas imagens violando os direitos garantidos constitucionalmente em detrimento do valor que a publicidade no mercado mundial tende a oferecer, normalmente relacionadas no âmbito da esfera civil.

No entanto, as pessoas que convivem em algum determinado grupo da sociedade e que não tenham repercussão midiática também estão expostas à exibição de imagens sem o seu consentimento.

Um grande exemplo disso são as câmeras de segurança de empresas, bancos, corporações etc., as quais pretendem garantir a segurança do local empregando câmeras seguras e eficientes nos espaços estratégicos dos ambientes, mas que, em compensação, muitas vezes, imagens são divulgadas para serem analisadas sem o consentimento dos seus titulares.

42 CAHALI, Y. S. Dano moral. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2000, p. 549.

43 BITTAR, C. A. **Os direitos da personalidade**. 7. ed., São Paulo: Forense Universitária, 2003, p. 102.

Quando o titular da imagem consente na sua publicação, ele deve levar em consideração a determinação do tempo e do modo de tal divulgação, não podendo haver modificação sem a sua autorização prévia; porém, se isto ocorrer, o afetado poderá a qualquer tempo se opor à utilização da sua imagem, pois é um direito irrenunciável e intransmissível, ainda que possa haver penalidades contratuais futuras. Nesse sentido, os tribunais⁴⁴ vêm decidindo que é indevida a utilização da imagem quando excede os limites preestabelecidos no contrato, mesmo se esta exibição tiver sido consentida anteriormente.

Algumas vezes, parcela da imprensa não se importa com as consequências que aquela imagem vai gerar para o titular em questão, gerando um desrespeito aos preceitos éticos do profissionalismo, chegando até mesmo a veicular notícias falsas ou sensacionalistas que provocam danos à sociedade em geral.

Outro tipo de violação ao direito à imagem é quando se utiliza de montagens, cortes de vídeos, retorques das câmeras de segurança, justaposições, alterações na forma original do vídeo, como forma de manipular as pessoas que estão tendo acesso a estes vídeos e, evidentemente, sem o consentimento dos titulares das imagens.

Conquanto possa ser vislumbrada na sociedade uma concepção de realização definida no sucesso midiático em detrimento da ética profissional⁴⁵,

44 A título de exemplo: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 5º Câmara Cível. Ementa: Artista que, sem as duas pernas, é entrevistado, tendo solicitado à reportagem que não expusesse seu defeito físico, não sendo atendido, faz jus a indenização por danos morais e por ofensa à imagem. Ap.5.216/91. Apelante: Editora Azul S.A. Apelado: Espólio de Olnei Cazarré. Relator: Des. Sérgio Mariano. Rio de Janeiro, 24.3.1992.

45 Cuida-se da posição de Bauman, a qual é uma representação da crítica às relações sociais atuais. Trata-se de iniciar com uma categorização nova: modernidade líquida e modernidade sólida. Uma que representa o novo mundo, a pós-modernidade, e o outro que define a modernidade, a sociedade industrial, a sociedade da guerra-fria. O mundo líquido mostrado por Bauman é uma espécie de irrealidade dentro da qual estamos

isto é preocupante, pois o direito à imagem deve ser preservado como forma de garantia de uma publicidade legal e verdadeira, além de ser um direito personalíssimo assegurado constitucionalmente.

A fotografia, por exemplo, é uma forma de reprodução da imagem da pessoa, demonstrando como o ser humano se situa naquele momento, em que estado ele se define particularmente.

O problema é que nem sempre este registro é realizado quando o titular se encontra nos melhores momentos, o que acaba agredindo sua imagem de forma grosseira e desrespeitosa. Silva Júnior⁴⁶ afirma que o retrato é uma forma de garantir a imagem da pessoa, é a sua própria encenação no mundo real, é a representação de como ela é. Daí porque ninguém poderá ser fotografado sem o seu consentimento, principalmente quando envolve escândalos e tragédias, nem pode permitir a exibição exacerbada em jornais e revistas como forma de manipular a visão da sociedade⁴⁷.

A foto do ser humano é, portanto, o retrato da expressão daquele momento vivenciado e refletido pela pessoa e, por isso, merece respeito e prudência quando de sua divulgação.

Por consequência, o direito civil moderno vem se preocupando tanto em garantir a tutela da vítima, pois sabemos que é uma garantia

mergulhados, transbordados por um mundo de aparência absoluta, de ameaças que quase nunca se configuram reais, mas que nos são mostradas cotidianamente, principalmente pela mídia. BAUMAN, Z. **Medo Líquido**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 18.

46 SILVA JUNIOR, A. L. **A pessoa pública e seu direito de imagem**: políticos, artistas, modelos, personagens históricos, pessoas notórias, criminosos célebres, esportistas, escritores e socialites. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 47.

47 O retrato é uma emanção da pessoa, a sua representação por meio físico ou mecânico. Ninguém pode ser fotografado contra sua vontade, principalmente para ser pivô de escândalos, e muito menos permitir que a fotografia seja livremente estampada em jornal, revista, cinema ou televisão, salvo tratando-se de reprodução inocente, útil, com simples finalidade ilustrativa, de noticiário ou documentário.

constitucional e merece ser respeitada plenamente, independentemente da pessoa ser de renome notório ou não. Todas as pessoas merecem respeito na divulgação de suas imagens e, caso ocorra dano moral ou material, os responsáveis pela exibição devem responder conforme a prática dos seus atos. Deve-se garantir a justiça efetiva e a proteção essencial do titular da imagem como forma de preservar os direitos constitucionais.

É necessário também coibir as práticas do uso de imagens não autorizadas ou ofensivas perpetradas por meio de postagens no ambiente virtual. Ultimamente, com a expansão da globalização e da tecnologia, a internet vem sendo utilizada como forma de comunicação social e, com isso, evidenciam-se neste meio diversos casos de divulgação de imagens não consentidas.

7. CÂMERAS DE SEGURANÇA E DIREITO À IMAGEM

As câmeras de segurança, também chamadas de câmeras de vigilância, estão presentes tanto em locais públicos, quanto em ambientes privados⁴⁸. Atualmente, torna-se indispensável obter tais câmeras nos locais em que as pessoas frequentam, em virtude de garantir uma maior proteção pessoal, isto é, servem como um instrumento de segurança pública. Caso haja algum crime no local, por exemplo, as câmeras são

48 Há dois tipos de monitoramento em franco crescimento: vias públicas e ambientes corporativos ou domésticos (empresas e condomínios). Caso seja uma câmera pública, deve-se ter cuidado com a armazenagem e o manuseio desse conteúdo, só podendo ser fornecido a terceiro por meio de uma ordem judicial. Já quando for o caso de ambiente corporativo ou doméstico, deve-se fazer o aviso prévio, em especial no local principal de entrada do recinto (perímetro físico), visto que a regra é a proteção da privacidade do indivíduo, a não ser que haja uma ordem judicial, para evitar infração à Constituição Federal, Art. 5º, inc. IV, X, XII, XXVIII, XIX e XXXV; arts. 21 a 23 do Código Civil; e a própria Lei de Interceptação. FRANCEZE, Eraldo Aurélio Rodrigues. **A instalação de câmeras no local de trabalho e o dano moral**. Disponível em: <<http://blogs.atribuna.com.br/direitodotrabalho/2013/03/a-instalacao-de-cameras-no-local-de-trabalho-e-o-dano-moral/>>. Acesso em: 26 dez 2016.

essenciais para a obtenção de informações sigilosas e prudentes para entender melhor o que aconteceu no local da ilicitude, viabilizando, assim, uma conseqüente punição ao responsável.

O aumento na utilização de altas tecnologias nas empresas e nos ambientes pessoais é uma realidade inexorável, pois visa tanto à maximização da produção como ao controle de todos os atos que envolvem a atividade empresarial, além de asseverar uma maior segurança a todos que se encontram no local. Para Paiva⁴⁹, essa revolução é surpreendente e transforma completamente a organização do trabalho de forma avassaladora. Assim, não há dúvida que o monitoramento surgiu como mais uma faceta desse contexto.

Esta vivência prática mais exposta, mais transparente, trouxe uma série de novos serviços relacionados à vigilância, especificamente com relação às câmeras, cada vez mais conectadas, possíveis de serem verificadas até mesmo pelo celular (via internet).

Além do âmbito penal, as câmeras também são destaques na esfera cível, já que estamos diante de uma exposição de pessoas, através de imagens e vídeos gerados pelas câmeras de segurança, gerando vários questionamentos em relação ao respeito ao direito constitucional à intimidade e à vida privada.

Devido ao direito à intimidade, percebemos que o direito à imagem deve ser preservado em virtude de garantir a extensão do conteúdo divulgado, considerando que a imagem de alguém deve ser respeitada e valorizada e, além disso, os valores sociais são mutáveis no tempo e no espaço. Logo, deve-se analisar com precisão cada divulgação.

49 PAIVA, M. A. L. de. **O monitoramento do correio eletrônico no ambiente de trabalho** (*) (1ª Parte). COAD Doutrina e Jurisprudência, n. 43, out. 2002, p.455.

Ao conciliar o direito à vida privada e à intimidade⁵⁰ juntamente com a divulgação de imagens em prol da segurança pública⁵¹, percebe-se a necessidade de equalizar interesses juridicamente protegidos, mas que, dependendo da exposição da imagem, acaba gerando um conflito de valores entre a preservação da intimidade versus a segurança pública.

Diante da atual sociedade e sua forma de interligação entre as pessoas, constata-se que investir em segurança atualmente é indispensável para garantir sua proteção⁵². É uma necessidade em virtude do alto índice de criminalidade⁵³ enfrentado nos tempos atuais.

50 O direito à intimidade e à vida privada apresenta-se, dessa forma, como a defesa de aspectos de suas vidas perante qualquer invasão por terceiros, desde a esfera mais exclusiva (intimidade), ao âmbito de fatos e acontecimentos compartilhados com pessoas íntimas (vida privada). Conclui-se, pois, que vida privada diferencia-se da vida íntima, isto é, aquilo que a pessoa pensa, sente e deseja refere-se à sua intimidade; já os seus hábitos, modo de viver, de se comportar, sua opção sexual, seus amigos, seus relacionamentos profissionais e, igualmente, aquilo que o sujeito possui, têm pertinência com a sua vida privada.

51 O monitoramento com câmeras de vídeo tem se tornado uma prática cada vez mais global em ambientes públicos, corporativos e residenciais, sempre com foco na segurança. A vigilância com câmeras de vídeo é um dos meios mais eficientes para prevenção e controle da segurança patrimonial e pessoal, pelo fato de que há uma grande possibilidade de ver e gravar imagens de locais vulneráveis ou de grandes riscos.

52 Jorge Lordello, especialista em Segurança Pública e Privada, afirma que investir em segurança, atualmente, não é nenhum tipo de luxo, mas uma necessidade. Para ele, as câmeras de segurança apresentam diversos benefícios, dentre eles: fator psicológico de dissuasão, pois o invasor sabe que está sendo vigiado e suas imagens armazenadas; inibe a ação de invasores, depredadores, pichadores e pessoas mal-intencionadas; facilita o trabalho de pronta resposta (polícia e vigilância particular) fornecendo pormenores do crime que está ocorrendo; integração com sistemas de alarmes; acesso às imagens pela Internet. **LORDELLO, J. Câmeras de segurança - benefícios e proibições.** Disponível em: <http://tudosobreseguranca.com.br/portal/index.php?option=com_content&task=view&id=753&Itemid=168>. Acesso em: 27 de 2016.

53 O estudo estatístico exposto no Anuário brasileiro sobre segurança pública/2015, elaborado pelo Fórum brasileiro de segurança pública (FBSP), revela que, de modo geral, persistem os altos índices de violência e de criminalidade no país, constituindo-se em um dos graves problemas públicos da nação. PONTES FILHO. **Anuário 2015: violência e criminalidade no Brasil.** Disponível em: <<http://amazonasatual.com.br/anuario-2015-violencia-e-criminalidade-no-brasil/>>. Acesso em: 26 dez 2016.

Uma das características das câmeras de segurança é que geralmente estas filmam com precisão e perfeição a face do criminoso, deixando a imagem da pessoa evidente para que possa auxiliar a polícia na captura dos envolvidos no crime. E essa constatação rápida garante que a atuação policial proceda de maneira mais rápida e eficiente, sendo um ponto positivo em favor das câmeras de segurança e da divulgação das imagens⁵⁴.

Em contrapartida, também há casos nos quais as imagens capturadas por essas câmeras de segurança são divulgadas nos sistemas de comunicação sem qualquer tipo de autorização dos titulares das imagens, seguidas por notícias deturpadas e sensacionalistas, que utilizam das imagens para obter repercussão contrária ao verdadeiro sentido dos fatos em questão, colocando as pessoas em situações constrangedoras e desrespeitosas⁵⁵. Além de comprometer a preservação da imagem do indivíduo e o direito à personalidade, também fere o direito à privacidade, desrespeitando o que é consagrado na Constituição Federal de 1988, nos

54 De fato, os benefícios são evidentes, principalmente, quando à divulgação das imagens que então, auxiliam na captura de um criminoso, a exemplo do que aconteceu, recentemente, no Estado do Rio de Janeiro, no caso em que um criminoso, após praticar um assalto no estabelecimento, rendeu a funcionária e levaram os seus pertences mais o dinheiro do caixa da loja. A câmera de segurança instalada na loja de chocolates filmou com precisão e perfeição a face do criminoso, cuja imagem foi divulgada nas redes sociais da empresa, culminando nas diligências que facilitam a identificação do autor. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/11/camera-de-seguranca-flagra-acao-de-criminoso-durante-assalto-no-rio.html>>. Acesso em: 28 dez 16. Também há o caso que ocorreu em Sobral, no Ceará, onde um juiz matou com um tiro na nuca o segurança de um supermercado e ainda quis incentivar a sociedade a aprovar essa invasão. Se não fosse a câmera de vigilância que registrou toda a cena, seria a palavra de um caixa de supermercado contra a de um juiz. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0203200511.htm>>. Acesso em: 28 dez 16.

55 **DANO MORAL. VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE.** A instalação de câmera filmadora no local de trabalho, sem comunicação prévia aos empregados, ainda que se trate de medida de segurança, ofende o direito à inviolabilidade da intimidade assegurado no inciso X do Art. 5º, da Constituição da República, fazendo incidir a norma inculpada no inciso V do aludido dispositivo constitucional (TRT12, RO nº 00825-2001-008-12-00-9, 3ª T, rel. juíza Maria de Lourdes Leiria, publ. 26/11/2002).

incisos X e XVIII do Art. 5º.

Com a proliferação exacerbada das câmeras de vigilância, o que tem se tornado algo precioso é a nossa privacidade⁵⁶. Os equipamentos de filmagens estão presentes em todos os lugares, como elevadores, ruas, supermercados, bancos, portarias etc., não apontando apenas para os criminosos e as celebridades, como também para todas as pessoas que diante delas circulam.

Cotidianamente, tudo é publicado, exibido, e como essa prática está profundamente consolidada, acaba afetando a privacidade do indivíduo que não quer comprometer a sua intimidade ao não aceitar que as suas imagens sejam divulgadas constantemente. A sensação é que a intimidade fica o tempo todo disponível para que qualquer pessoa possa ver quando quiser, tornando-se acessível todo e qualquer tipo de imagem da pessoa, sem analisar a sua privacidade, o que atrapalha o ser humano de viver com dignidade e respeito.

Garantir a privacidade é a proteção do indivíduo a uma grande conquista da humanidade em termos de ordenamento jurídico, logo não se pode deixar que a divulgação de imagens exacerbadas comprometa o que foi consagrado na Carta Magna de 1988.

A divulgação contém o intuito de repreender a criminalidade ou repassar uma informação importante para a sociedade, logo deve haver a limitação do direito à imagem em prol da segurança pública, para não termos excessos de exibição de imagens que possam comprometer a intimidade e a privacidade do cidadão. Portanto, para a realização do monitoramento sem riscos legais, deve-se sempre fazer o “aviso prévio”;

56 PINHO, C.; MENCONI, D.. Tá tudo vigiado. Revista Isto é, nº 1848, 16 mar 05. Disponível em: <http://www.istoe.com.br/reportagens/3909_TA+TUDO+VIGIADO>. Acesso em: 28 dez 2016.

com isso, além de ter a imagem do flagrante, tem-se também mais prevenção, visto que o aviso prévio ajuda a evitar a conduta indevida.

Torna-se prudente que seja feito um treinamento específico dos responsáveis pela análise das imagens e o conteúdo deve ter controle de acesso rígido, independentemente de ser uma câmera no ambiente público ou no privado. Apesar do aviso prévio de monitoramento, não se tem o direito de usar as imagens para qualquer outra finalidade a não ser aquela específica. Também se deve observar para que não haja exposição da pessoa titular da imagem ao ridículo, tampouco gerar algum tipo de perseguição, como, por exemplo, colocar a câmera vigiando apenas uma pessoa específica e não todos.

Como se percebe, o advento do filmar e registrar imagens remotamente está se disseminando cada vez mais na sociedade, sendo essencial em vários campos de utilidades, como nos radares que medem a velocidade, nas pessoas trabalhando, nos metrô, nas ruas⁵⁷ em geral, nos edifícios etc.

É neste contexto que surge a instalação de câmeras de monitoramento em condomínios (CFTV). É indispensável mencionar que em relação à legislação, não há lei federal especificando a obrigatoriedade de o condomínio adotar o equipamento de CFTV nas dependências do local, sendo facultativo em cada copropriedade⁵⁸. O condomínio poderá instalar o

57 Por exemplo, em Fortaleza/CE, uma das maiores avenidas da cidade, a Av. Washington Soares, possui videomonitoramento 24h em toda a rodovia. Além disso, constata-se que estão sendo implantadas novas câmeras de monitoramento na cidade. PAIVA, T. Fortaleza terá mais 100 câmeras de segurança. *Jornal Opovo, Cotidiano*, 1º ago 2014. Disponível em: <<http://www.opovo.com.br/app/opovo/cotidiano/2014/08/01/noticiasjornalcotidiano,3291145/fortaleza-tera-mais-100-cameras-de-seguranca.shtml>>. Acesso em: 28 dez 2016.

58 PINTO, A. B. Quem pode ter acesso às gravações das câmeras no condomínio? Disponível em: <<https://problemasnocondominio.com/2014/03/27/quem-pode-ter-acesso-as-gravacoes-das-cameras-no-condominio/>>. Acesso em: 28 dez 2016.

circuito interno da TV com a aprovação da maioria simples na assembleia, salvo se a convenção estipular quórum diferente. Não caberá alegação de ofensa ao direito à imagem ou intimidade, visto que as câmeras não são instaladas dentro das unidades privativas dos condôminos. Entretanto, a administração deverá se atentar para as determinações contidas na Constituição Federal e no Código Civil⁵⁹.

Todo método de segurança que preza pelos bens ou pelo físico de uma empresa ou um local específico está diretamente ligada ao ramo da segurança patrimonial. Visto isso, além de detalhar a questão da segurança dos edifícios, torna-se prudente mencionar a relação entre câmeras de segurança das agências bancárias versus direito à imagem, pois dentre os serviços e utilidades diversos examinados, a atuação dos bancos é uma das mais importantes e indispensáveis, pois cuidam de um patrimônio público/privado que interessa à sociedade.

Existem vários tipos de bancos, como: os públicos, privados, de desenvolvimento, os cooperativos, os de investimento, dentre outros. No entanto, todos os bancos possuem uma característica em comum que é a prestação de serviços relacionados aos empréstimos e transações envolvendo financiamentos em prol da manutenção dos negócios do país.

Logo, é indispensável que haja várias câmeras de segurança nos estabelecimentos bancários, como forma de proteção e garantia contra situações de perigos e ameaças em virtude de se trabalhar com uma quantidade de dinheiro local bastante elevada.

As filmagens captadas por meio das câmeras de segurança instaladas no interior das agências bancárias são confidenciais, ou seja, há uma limitação do direito à imagem. Caso sejam divulgadas imagens sem a

59 Art. 5º, X, CF; e arts. 20, 21, 186 e 927, CC.

autorização da pessoa objeto da filmagem ou sem que haja decisão judicial permitindo tal exibição, será caracterizado um cometimento de abuso, nos termos da lei.

Diante dessa fundamentação, pode-se ter como exemplo a decisão da 6ª Turma do TRF da 1ª Região⁶⁰, em que reformou a sentença de primeira instância para condenar a Caixa Econômica Federal (CEF) a pagar indenização, sob título de danos morais, no valor de R\$ 10 mil reais, a cliente que teve sua imagem captada pelo sistema de segurança do banco e fora divulgada a terceiros sem o seu prévio consentimento.

Por conseguinte, também há a questão da possibilidade da pessoa ter o direito de obter a divulgação das imagens das câmeras de segurança pública que contém o seu aparecimento nas imagens. O direito fundamental à informação pública⁶¹, extremamente relacionado ao postulado da publicidade, é garantia do cidadão. Qualifica-se, pois, como um essencial direito para a concretização da sociedade aberta ao futuro, em um aspecto de máxima universalidade, com grande concepção no panorama das liberdades públicas.

Esse direito é garantido em diversos tratados internacionais de direitos humanos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁶², o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos⁶³ e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção⁶⁴.

60 Processo numeração única: 0005166-47.2007.4.01.3801. AÇÃO ORDINÁRIA / OUTRAS. APELAÇÃO CÍVEL N. 2007.38.01.005376-3/MG. 2ª Vara Cível - Sjmj / Ssj de Juiz de Fora. Desembargador Relator: Kassio Nunes Marques.

61 O acesso à informação é garantido através do artigo 5º, XIV, da CF e o direito de todos a receber dos órgãos públicos informações de interesse particular, coletivo ou geral, está definido no artigo 5º, XXXIII, da CF.

62 Art. 19 da DUDH.

63 Art. 19 do PIDCP.

64 Art. 10 e 13 do **Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006**.

O constituinte inclusive impôs ao legislador ordinário o dever de disciplinar o acesso dos cidadãos às informações sobre os atos de governo, por meio do artigo 37, § 3º, II, da CF. Ou seja, não se pode negar ou restringir arbitrariamente informações de interesse público, pois evidencia mecanismo de exceção próprio de Estados autoritários. Por meio do postulado da publicidade, em decorrência do ideal republicano, o Poder Público, público que é, deve atuar buscando a maior transparência possível diante da sociedade⁶⁵.

Nesse cenário, surgiu a Lei nº 12.527/11, cujo artigo 3º, no intuito de assegurar o direito fundamental de acesso à informação, promove o desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública e enraiza a publicidade como preceito geral e o sigilo como exceção.

O direito à informação deve ser concretizado sem impedimentos ou discriminações por parte dos poderes públicos, porém, obviamente, há limites diante desse direito à publicidade. O próprio constituinte no artigo 37, § 3º, II, da CF, ressaltou que a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem⁶⁶, bem como a segurança da sociedade e do Estado, são valores que merecem igual tutela estatal. Diante disso, o legislador ordinário elencou alguns interesses cuja proteção justifica a classificação da informação, atribuída como sigilosa perante o artigo 23 da lei nº 12.527/11, podendo ser citados: a vida, segurança e saúde da população, segurança de instituições e a investigação criminal.

As informações pessoais também receberam um amparo especial a partir da referida lei, no seu artigo 31, o que ratifica o direito do indivíduo de obter as imagens das câmeras de segurança pública, caso ache necessário.

65 Trata-se de pressuposto da cidadania, fundamento da República Federativa do Brasil em seu artigo 1º, II, da CF.

66 Artigo 5º, V e X, da CF.

A liberdade de expressão estará em conflito caso seja considerado abuso diante do seu exercício de forma arbitrária, isto é, caso se utilize da imagem do indivíduo a pretexto de descrever a sua vida ou a conduta de determinadas pessoas, atribuindo a elas prática de atos negativos absolutamente estranhos à sua biografia, de forma manipuladora e sensacionalista, sem que se possa afirmar, com segurança e precisão, que se cuida, simplesmente, de uma imagem hiperbólica ou satírica, não dando a oportunidade de garantir uma legalidade na exibição de imagens e vídeos. Porém, não sendo o caso, há de prevalecer o interesse coletivo sobre o individual.

Com isso, o fornecimento de imagens captadas por equipamentos públicos em locais públicos, atendendo os requisitos imprescindíveis de estarem atuando naquele local, mediante a solicitação motivada, está de acordo com o princípio da publicidade.

Caso o titular da imagem deseje vê-las, tal divulgação não colocará em risco os valores mencionados no artigo 23 da lei nº 12.527/11, como a vida, segurança e saúde da população, segurança de instituições, investigação criminal, entre outros, e nem comprometerá nenhum outro tipo de direito fora estes, tornando-se perfeitamente possível sua cessão pelo Estado, limitadas no tempo e espaço, especialmente se o pedido for reforçado por alguma motivação idônea, como, por exemplo, noticiar uma informação de interesse público, procurar uma pessoa desaparecida, encontrar um veículo etc.

Importante assegurar ainda que a regra é da dispensabilidade da fundamentação do requerimento de acesso às informações de interesse público, como vigora no artigo 10, § 3º, da lei do acesso à informação.

No entanto, é importante destacar que não se devem comparar as imagens de câmeras públicas de segurança às comunicações telefônicas,

estas protegidas pela cláusula de reserva de jurisdição⁶⁷.

O acesso a imagens captadas por equipamentos públicos em espaço público é de interesse social, sendo também de interesse difuso, pois se torna importante para toda a sociedade constatar o conhecimento das atividades desenvolvidas pelas autoridades públicas no combate a irregularidades e a ilicitudes praticadas em local público ou acessível ao público.

Diante da oportunidade de participação do povo na prestação dos serviços públicos, o acesso à informação estabelece um instrumento excepcional de controle, assegurando-se que a captação de imagens é um serviço público, que pode ser introduzido no contexto de serviço de segurança pública.

O acesso à informação dá a oportunidade ao cidadão de exercer sua cidadania de participação na segurança pública e pleitear medidas para a sua melhoria, inclusive uma representação por omissão administrativa. Além disso, esse acesso é fundamental para garantir o mecanismo de publicidade e transparência, sendo um bom desempenho na implementação de políticas públicas.

Com efeito, a gestão transparente da informação, facilitando seu amplo acesso, é uma tarefa essencial dos órgãos e entidades do poder público, isto é, a informação mantida pelo Estado traduz um bem público, e o acesso a estes dados são primordiais em um dos fundamentos para a consolidação e a valorização da democracia.

Conclui-se, portanto, que a universalização do sistema de acesso à informação, em que o responsável não sonegue informações, tem o intuito de garantir que os princípios constitucionais sejam colocados em

67 Artigo 5º, XII, da Constituição Federal.

prática. Não se deve admitir que a pessoa seja impedida de ver o que foi filmado, pois o sigilo de informações dificulta a transparência de se fazer justiça. Por isso, deve ser incentivada a cultura de acesso, na qual o fluxo de informações favorece a boa gestão de políticas públicas e a inclusão do cidadão, fazendo com que ele se torna mais participativo diante da sociedade, aproximando o indivíduo dos projetos de segurança pública.

8. CONCLUSÃO

Diante do que se expôs, restou evidenciado que o direito à imagem sofre limitações, em que pese seu caráter de direito fundamental. Ocorre que, diante de outro direito de alçada constitucional, a exemplo da segurança pública, é possível que aquela proteção à imagem seja relativizada.

Assim, por exemplo, o artigo 20 do Código Civil dispõe que haverá limitações ao direito à imagem quando forem “necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública”.

Verificando toda a conjuntura da doutrina brasileira e da jurisprudência a respeito da temática apreciada neste estudo, verificou-se que, por um lado, há razões que determinam a divulgação da imagem mesmo que seu titular com isso não consinta, e por outro, há numerosas causas que impedem a divulgação da imagem justamente em proteção da intimidade de seu titular.

Na prática, apenas diante de um caso em concreto é que será possível avaliar corretamente a colisão entre direitos fundamentais, o que é tema para outros estudos, dada sua relevância.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, A. A. do C. N. **Direito à própria imagem**: aspectos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1989.

BARCELLOS, A. P. de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BAUMAN, Z. **Medo Líquido**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BITTAR, C. A.. **Os direitos da personalidade**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. **Os direitos de personalidade**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BORGES, R. C. B. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

CAHALI, Y. S. **Dano moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CALDAS, P. F. C. **Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CASTRO, M. N. A. da S. **Honra, imagem, vida privada e intimidades, em colisão com outros direitos**. Rio de Janeiro: Destaque, 2000.

COSTELLA, A. F. **Legislação da comunicação social**. Campos do Jordão - SP: Mantiqueira, 2002.

DURVAL, H. **Direito à imagem**. São Paulo: Saraiva, 1988.

FACHIN, Z. A. **A proteção jurídica da imagem**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

FARIAS, E. P. de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. 2.ed. Porto Alegre - RS: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

FERNANDES, M. **Proteção civil da intimidade**. São Paulo: Saraiva, 1977.

FRANCEZE, E. A. R. **A instalação de câmeras no local de trabalho e o dano moral**. Disponível em: <<http://blogs.tribuna.com.br/direitodotrabalho/2013/03/a-instalacao-de-cameras-no-local-de-trabalho-e-o-dano-moral/>>. Acesso em: 26 dez 2016.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2002.

GODOY, C. L. B. de. **A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2001.

GONZÁLEZ, M. G. **Nueva enciclopedia jurídica**. Barcelona: Editorial Francisco Seix, 1962. Tomo XI.

LIMA, A. S. de. **O direito à imagem**: proteção jurídica e limites de violação. Brasília: Universa, 2003.

LORDELLO, J. **Câmeras de segurança - benefícios e proibições**. Disponível em: <http://tudosobreseguranca.com.br/portal/index.php?option=com_content&task=view&id=753&Itemid=168>. Acesso em: 27 de 2016.

MORAES, M. C. B. de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PAIVA, M. A. L. de. **O monitoramento do correio eletrônico no ambiente de trabalho** (*) (1ª Parte). COAD Doutrina e Jurisprudência, n. 43, out. 2002.

PAIVA, T. Fortaleza terá mais 100 câmeras de segurança. **Jornal O povo**, Cotidiano, 1º ago 2014. Disponível em: <<http://www.opovo.com.br/app/opovo/cotidiano/2014/08/01/noticiasjornalcotidiano,3291145/fortaleza-tera-mais-100-cameras-de-seguranca.shtml>>. Acesso em: 28 dez 16.

PINHO, C.; MENCONI, D. Tá tudo vigiado. **Revista Isto é**, nº 1848, 16 mar 05. Disponível em: <http://www.istoe.com.br/reportagens/3909_TA+TUDO+VIGIADO>. Acesso em: 28 dez 2016.

PINTO, A. B. **Quem pode ter acesso às gravações das câmeras no condomínio?** Disponível em: <<https://problemasnocondominio.com/2014/03/27/quem-pode-ter-acesso-as-gravacoes-das-cameras-no-condominio/>>. Acesso em: 28 dez 2016.

PONTES FILHO. **Anuário 2015**: violência e criminalidade no Brasil. Disponível em: <<http://amazonasatual.com.br/anuario-2015-violencia-e-criminalidade-no-brasil/>>. Acesso em: 26 dez 2016.

RODRIGUES, C. Direito autoral e direito de imagem. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 827, p. 59-68, set. 2004.

SAHM, R. **Direito à imagem no direito civil contemporâneo**: de acordo com o novo código civil, Lei nº 10.406, de 10-1-2002. São Paulo: Atlas, 2002.

SILVA, J. A. da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26.ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA JUNIOR, A. L. **A pessoa pública e seu direito de imagem:** políticos, artistas, modelos, personagens históricos, pessoas notórias, criminosos célebres, esportistas, escritores e socialites. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SILVA NETO, M. J. e. **Curso de direito constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

VIEIRA, S. A. do A. **Inviolabilidade da vida privada e da intimidade pelos meios eletrônicos.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

Diferença entre o sigilo financeiro e o fiscal: análise das faculdades e limites da administração tributária

The difference between financial and fiscal secrecy: analysis of the faculties and limits of the tax administration

Rodrigo Maia Santos

- » Técnico Administrativo do BNB
- » Advogado/BA (25.363)
- » Especialista em Direito Público
- » Especialista em Direito e Processo do Trabalho
- » Mestrando em Direito pela UFBA
- » E-mail profissional: contato@nossoescritorio.adv.br
- » E-mail no BNB: rodrigoms@bnb.gov.br

RESUMO

Este trabalho científico analisa profundamente as diferenças entre sigilo financeiro e fiscal, investigando a natureza jurídica de cada um, abordando a faculdade constitucional do Fisco, assim como seu limite, buscando ilustrar por meio da análise dos artigos 5º e 6º da Lei Complementar 105/2001.

PALAVRAS-CHAVES

Sigilo Financeiro. Sigilo Fiscal. Direito à privacidade. Restrição de direitos individuais.

ABSTRACT

This scientific work deeply analyzes the differences between financial and tax secrecy, investigating the legal nature of each, addressing the constitutional faculty of the tax authorities, as well as its limits, seeking to illustrate through the analysis of Articles 5 and 6 of Complementary Law 105/2001 .

KEYWORDS

Financial Secrecy. Tax secrecy. Right to privacy. Individual rights restriction.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Privacidade e intimidade. 3. O sigilo. 4. Dados patrimoniais e extrapatrimoniais. 5. Faculdade e limite da administração tributária: conteúdo do sigilo fiscal. 6. Análise da constitucionalidade da requisição direta de dados financeiros pela administração tributária. 7. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

No dia 10 de janeiro de 2001, entrou em vigor a Lei complementar 105, conhecida como a “Lei do Sigilo Bancário”. Ela revogou expressamente o Art. 38 da Lei do Sistema Financeiro Nacional, mas inseriu no ordenamento jurídico a permissão para a Receita Federal tomar conhecimento de quaisquer informações bancárias/financeiras que desejarem, sem a obrigatoriedade de decisão judicial.

A Administração Tributária, representada pela Receita Federal, é obrigada a manter os dados protegidos do conhecimento de terceiros: o chamado sigilo fiscal.

As instituições financeiras, por sua vez, são obrigadas a manter os dados protegidos do conhecimento de terceiros: o chamado *sigilo financeiro*. No caso dos bancos, espécie de instituição financeira, também é conhecido como “sigilo bancário”.

A finalidade deste artigo é identificar não só as diferenças conceituais do sigilo financeiro e fiscal, mas também, e principalmente, do conteúdo de cada uma delas demonstrando as consequências interpretativas, usando, como exemplo, a Lei Complementar 105/2001.

2. PRIVACIDADE E INTIMIDADE

O objeto do direito à privacidade é, em poucas palavras, a integridade moral do sujeito¹. “Moral” aqui entendida como conjunto de hábitos julgados válidos para uma pessoa determinada.

A Constituição de 1988 inovou, garantindo a inviolabilidade à

1 FERRAZ apud FOLMANN, M. **Interpretação constitucional principiológica e sigilo bancário**. 1.ed. Paraná: Juruá, 2003. p. 47.

intimidade, à vida privada etc. Seriam esses direitos citados, nas palavras de José Afonso², *manifestações da privacidade* - sentido genérico e amplo.

Partindo deste raciocínio, a diferença básica entre privacidade e intimidade será no grau de exclusão. Esta seria espécie daquela. Enquanto a privacidade representa uma esfera de exclusão em relação à vida pública, a intimidade, além da característica do seu gênero, representaria exclusão também em relação à vida privada.

É importante tal distinção, pois há efeitos jurídicos decorrentes da mesma. O compartilhamento, por exemplo, de uma informação de natureza privada entre as pessoas que fazem parte de sua vida privada seria um ato lícito. Porém, o compartilhamento de informações íntimas para este mesmo grupo de pessoas seria um ato ilícito.

Diante disso, a doutrina alemã concebe a teoria dos círculos concêntricos, em que o homem possui quatro esferas que o envolve em sua existência como um ser social (manifestações da sua personalidade) as quais vão se comprimindo, nesta ordem: “público, privacidade, intimidade e sigilo”³.

Contrariamente à teoria alemã, Oswaldo Othon não entende que o sigilo esteja ligado à privacidade:

Não vislumbramos o sigilo bancário entre o direito à intimidade, ou o denominado direito de estar sozinho. Tenho para mim que a intimidade é aquilo que não se compartilha com ninguém, são os pensamentos mais íntimos e secretos, os sentimentos, os desejos e as tendências, às vezes, inconfessáveis⁴.

2 SILVA, J. A. da S. **Curso de direito constitucional positivo**. 24^a.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 206.

3 FOLMANN, M. **Interpretação constitucional principiológica e sigilo bancário**. 1.ed. Paraná: Juruá, 2003. p. 106.

4 SARAIVA FILHO, O. O. de P. A quebra do sigilo bancário e o fisco. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/889834>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

Mas não tem como concordar com a teoria acima: o que ele diz como “aquilo que não se compartilha com ninguém” deve ser compartilhado com o psicólogo, por exemplo, para possibilitar o tratamento correto. E estará protegido pelo sigilo profissional. Logo, o sigilo está ligado à privacidade.

Delimitar o objeto da privacidade é extremamente importante para delinear o objeto do sigilo financeiro ou fiscal, ou seja, identificar quais dados bancários ou fiscais devem permanecer em segredo, visando proteger a integridade moral da pessoa.

Christiano Valente explica os modos de violação da privacidade (invasão e divulgação):

Portanto a violação do direito à vida privada *lato sensu* pode-se dar de duas formas: pela invasão ou pela divulgação (abuso). [...] Outrossim, há dupla violação quando um intruso obtém informações que não poderia obter e as divulga para quem não as poderia divulgar.⁵

Uma vez explicadas estas peculiaridades da privacidade e sua relação com o sigilo, pode-se passar para a pesquisa específica do direito objeto deste trabalho.

3. O SIGILO

3.1. Conceito

Etimologicamente, sigilo significa segredo, selo, sinete de selar⁶.

Seguindo a linha de raciocínio da teoria dos círculos concêntricos, já expostos, o sigilo é concebido pelo menor deles. Melissa Folmann define *sigilo* muito bem quando diz que:

5 VALENTE, C. M. W. **Sigilo bancário** - obtenção de informações pela administração tributária federal. 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 69.

6 FOLMANN, M. **Interpretação constitucional principiológica e sigilo bancário**. 1.ed. Paraná: Juruá, 2003. p. 51.

Este compõe-se do direito de não revelar informações que sabe para terceiros, mantendo essas em seu foro mais reservado, representando a liberdade de não emitir o pensamento para além dos limites impostos por si mesmo ou por alguma coisa⁷

Deste conceito percebem-se a ligação entre os termos “privacidade”, “sigilo” e “liberdade”⁸.

A atual Constituição da República, ao tratar dos Direitos e Garantias Fundamentais, consagra, no artigo 5º, o direito ao sigilo:

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:
(...)X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra, e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrentes da sua violação;

(...)

XII - é inviolável o sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

(...)

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e o resguardado do sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

(...)

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja

7 Op. Cit. P. 108.

8 Esta observação será importante para se chegar ao fundamento jurídico do sigilo bancário.

imprescindível à segurança da sociedade e do Estado⁹.

Analisando essa transcrição, pode-se perceber que o direito ao sigilo possui duas finalidades. Uma, exercendo a função de proteção da privacidade (incisos X, XII e XIV). E a outra como forma imprescindível à segurança da sociedade e coletividade (inciso XXXIII). Os sigilos financeiro e fiscal não aparecem expressamente, “razão pela qual sua percepção em hierarquia constitucional depende de um esforço interpretativo”¹⁰.

Destaca-se com mais acuidade o sigilo profissional que, como o adjetivo já o diferencia, é o sigilo de informações em razão de determinada profissão¹¹. O psicólogo, por exemplo, só pode diagnosticar o problema do seu paciente com precisão se este revelar sua vida completamente. Diante disso, é necessário o direito-dever do sigilo profissional.

Por conta disso, muitos doutrinadores vêm indicando o sigilo bancário como espécie do sigilo profissional, devido à profissão do bancário. Porém, Paulo Quezado e Rogério Lima contrapõem esta visão¹² e dizem que:

Bancário e profissional são apenas qualitativos do termo sigilo. Os sigilos bancário, profissional e fiscal são espécies do gênero sigilo¹³.

Deve-se atentar que o que é qualificado é “o sigilo” e não “a informação”. É tanto que o sigilo bancário, por exemplo, protege também dados de conteúdo fiscal (aquelas com a finalidade de tributar IOF e CPMF,

9 BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 17 jul. 2013.

10 TEIXEIRA, E. D.; HAEBBERLIN, M. **A proteção da privacidade** - aplicação na quebra do sigilo bancário e fiscal. 1.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 91.

11 Santo Agostinho chegou a dizer: “o que sei por confissão, sei-o menos do que aquilo que nunca soube”. (apud. BELLOQUE, Juliana Garcia. 2003. p. 79).

12 É mais perceptível quando se chegar ao fundamento jurídico do sigilo bancário.

13 QUEZADO, P.; LIMA, R. **Sigilo bancário**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 26.

de interesse do Fisco).

Quezado e Lima concluem (2002, p. 27):

Logo, é a relação jurídica entre o banco e seu cliente que qualifica o sigilo, o qual resguarda as informações bancárias, de sigilo bancário. Da mesma forma, entre o Fisco e o contribuinte o sigilo denomina-se *fiscal* ¹⁴

O sigilo bancário seria, portanto, “o segredo de informações em função do crédito, por um lado, e, por outro, direito fundamental à privacidade”¹⁵. E o sigilo fiscal seria o segredo de informações entre o contribuinte e o Fisco.

É um direito-dever, ou seja,

um direito do cliente do banco de não ver devassadas informações sobre a sua pessoa em posse do banco por comporem sua intimidade, com o correlato dever do banco de não franqueá-las¹⁶

3.2. Fundamento jurídico do sigilo

Para os fins deste artigo, é necessário dar um sentido distinto entre fundamento jurídico e fundamento legal, estas que são as expressões usadas nas petições e sentenças para o dispositivo de lei do qual se extrai determinada regra ou em que se apoia certo argumento¹⁷.

Cabe agora estabelecer a diferença entre fundamento e fonte. Isto porque a maioria dos doutrinadores, quando está tratando de sigilo financeiro, confunde a fonte deste direito com seu fundamento.

14 Ibid., p. 27.

15 Ibid., p. 12.

16 FOLMANN, M. **Interpretação constitucional principiológica e sigilo bancário**. 1ª.ed. Paraná: Juruá, 2003. p. 113.

17 Esta linha de raciocínio é utilizada na obra de Paulo Quezado e Rogério Lima.

Quezado e Lima explicam:

Fundamento significa o alicerce sobre o qual se apoia alguma coisa; e fonte, o lugar de onde provém algo. Lugar em que se origina determinada coisa não significa o seu fundamento. Dizer qual é o fundamento de algo é informar o seu *porquê*, isto é, a razão de ser¹⁸

E continuam frisando ainda mais:

(...) a fonte pergunta *de onde?*; o fundamento, *o porquê*. Logo, expor o fundamento do direito ao sigilo financeiro é responder à seguinte indagação: por que (qual o motivo do) direito ao sigilo financeiro?¹⁹

Muitas teorias foram criadas²⁰ para explicar o fundamento jurídico do direito ao sigilo financeiro. Quezado e Lima dizem que talvez o motivo de diversas teorias seja o fato da confusão que os doutrinadores fazem com fundamento e fonte²¹.

A melhor teoria tem como defensor principal o doutrinador Pontes de Miranda, seguido por Gilberto Haddad, Hamilton Dias de Souza, Paulo Quezado e Rogério Lima. É neles que se encontra a teoria que responde coerentemente o fundamento do sigilo financeiro. Teoria, aliás, partilhada no presente trabalho.

É até razoável dizer que o fundamento do sigilo encontra-se no direito à privacidade. Porém, não há como gozar da privacidade se não houver liberdade. A liberdade é o instrumento assecuratório da privacidade. A privacidade é uma expressão da liberdade de negação (liberdade de não se expor).

18 QUEZADO, P.; LIMA, R. **Sigilo bancário**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 21.

19 Ibid., p. 21.

20 Folmann (2003, p. 91-96) cita 10 teorias para explicar o fundamento jurídico do sigilo bancário.

21 QUEZADO, P.; LIMA, R. **Sigilo bancário**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 26.

O direito ao sigilo é mais que a privacidade em si, é um instrumento assecuratório desta. E, conforme Quezado e Lima, “todo sigilo existe, em última análise, como expressão da liberdade; direito este inerente ao ser humano. O homem exercita a liberdade tanto de forma positiva, como negativa”²².

Eis outra observação importante de Toledo:

Os direitos fundamentais, mesmo quando expressados sob a forma de regras, reconduzem-se a princípios, tendo em vista o valor ou bem jurídico que visam a proteger.²³

Em outras palavras, os direitos fundamentais são princípios positivados.

Isto implica em dizer que o fato de existir ou não norma positivada que protege o sigilo é uma questão acessória diante do princípio da liberdade.

Esta teoria coloca o sigilo na posição elevada de um direito fundamental (protegido por cláusula pétrea), cujo fundamento está na liberdade (de negação), tornando sua violação/flexibilização algo muito mais grave do que pensa alguns doutrinadores.

4. DADOS PATRIMONIAIS E EXTRAPATRIMONIAIS

O direito ao sigilo financeiro, por exemplo, protege os dados financeiros da exposição da privacidade a terceiros da relação Banco e cliente. Informações que abalam a integridade moral do cliente, que revelam suas escolhas íntimas, seus hábitos, etc.

A liberdade negativa visa proteger a personalidade do indivíduo em

22 QUEZADO, P; LIMA, R. **Sigilo bancário**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 28.

23 TOLEDO apud QUEZADO, P; LIMA, R. **Sigilo bancário**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 30.

meio à sociedade da massificação.

Diogo Leite de Campos já salientava que:

uma parte importante da vida pessoal do cidadão está espelhada na sua conta bancária. A monetarização da economia leva a que, abolida a troca direta, as operações econômicas de cada cidadão sejam efetuadas através da moeda; moeda que circula quase exclusivamente através da conta bancária de cada um. Como cada um se veste; o que oferece ao cônjuge e aos filhos; os restaurantes que frequenta; as viagens que realiza; como decora a casa; os estudos dos filhos; o volume de sua leitura; as próprias aventuras extraconjugais, tudo é revelável através de uma consulta perspicaz da sua conta bancária. (...) Conhecer a conta bancária é conhecer os traços fundamentais da vida privada de cada um; e ter o ponto de partida para conhecer o outro²⁴.

No mesmo sentido, Celso Ribeiro Bastos ressalta:

a biografia de um homem poderia ser escrita praticamente a partir de seus extratos bancários.²⁵

Paulo Henrique Tavares, percebe que a análise da conta bancária propicia “quantificar o volume de recursos nelas movimentados, bem como identificar a origem e a destinação dos valores que por elas transitaram”.²⁶

Sintetizando a ideia dos três doutrinadores, podemos estabelecer o seguinte: a) há dados financeiros que revelam a privacidade do cidadão, a ponto de possibilitar até a escrita de uma biografia²⁷; b) Há dois tipos

24 CAMPOS apud BATISTA, L. M. B. **A quebra do sigilo bancário** - como meio de prova no direito processual civil brasileiro. 1.ed. Paraná: Juruá, 2003. p. 96-97.

25 BASTOS apud BATISTA, L. M. B. **A quebra do sigilo bancário** - como meio de prova no direito processual civil brasileiro. 1.ed. Paraná: Juruá, 2003. p. 97.

26 TAVARES apud BATISTA, L. M. B. **A quebra do sigilo bancário** - como meio de prova no direito processual civil brasileiro. 1.ed. Paraná: Juruá, 2003. p. 97.

27 Vale lembrar que faturas do cartão de crédito revelam de forma ainda mais clara a privacidade do cidadão.

de intimidade: o patrimonial e a extrapatrimonial. Na análise de uma conta bancária, o primeiro se manifesta na quantificação do volume de recursos movimentados; o segundo se manifesta na identificação da origem e destinação dos recursos movimentados.

Quantificar o volume de recursos movimentados, ou seja, adentrar na intimidade patrimonial só tem como consequência o conhecimento do patrimônio e nada mais. Saber que um cliente movimentou R\$ 500,00, por exemplo, no mês de abril só dá para abstrair apenas a própria informação: que ele movimentou R\$ 500,00 no mês de abril. São dados estritamente patrimoniais.

Já conhecer a origem e o destino deste patrimônio é algo que transcende a informação patrimonial: é conhecer quem o cliente está sustentando, é saber em que loja ele está comprando etc. É conhecer hábitos da intimidade do cliente. Informações que, a princípio, não devem ser reveladas a ninguém além de sua esfera íntima. São dados extrapatrimoniais.

5. FACULDADE E LIMITE DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA: CONTEÚDO DO SIGILO FISCAL

Podemos observar no Art. 145, §1º da Constituição Republicana que a Administração Tributária tem a facultade de identificar o patrimônio, porém deverá respeitar os direitos individuais:

§ 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as

atividades econômicas do contribuinte.²⁸

Duas expressões-chaves: a) “conferir efetividade”; b) “respeitados os direitos individuais”. O próprio princípio é consagrado como um respeitador de direitos individuais, porém, possuindo o dever de dar efetividade à isonomia tributária.

Pode-se observar também algo que, pelo menos aparentemente, colide com o sigilo financeiro: é a faculdade dada pela Constituição da Administração Tributária de *identificar* o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, sob o fundamento de conferir efetividade ao princípio isonômico.

Nesta linha, diz Roberto Massao Chinen:

Os assalariados, relativamente aos rendimentos do trabalho, suscitam reduzido interesse do fisco, já que suas rendas são informadas pelas respectivas fontes pagadoras, o que faz com que o imposto de renda pago pela maioria desses profissionais corresponda exatamente às suas rendas auferidas. Já a sistemática que se operacionaliza com os dirigentes de empresa e os autônomos é bem distinta; são várias as possibilidades de reduzir a probabilidade de o fisco identificar seus rendimentos: inexistência de uma fonte direta e imediata a ser confrontada com os rendimentos por eles declarados, prestação de serviços sem emissão de documentos fiscais, recebimento de salário em utilidades; recebimento de salário “por fora” etc.²⁹

A grande diferença entre as duas situações expostas por Chinen torna claro a desigualdade. A questão é saber até onde pode a Administração

28 BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 17 jul. 2013.

29 CHINEN, R. M. **Sigilo bancário e o fisco** - liberdade ou igualdade? 1.ed. Paraná: Juruá, 2005. 142.

identificar estes dados sem ferir os direitos individuais.

Somente a aplicação plena do princípio da proporcionalidade à resposta será desvendada.

Tanto a intimidade patrimonial quanto a extrapatrimonial revelam a privacidade do cidadão. Mas esta distinção é importante quando falamos do sigilo fiscal. Pois ao Fisco interessa saber do patrimônio. E este *deve* adentrar nesta intimidade, sob pena de, quem não o deixar, cometer *crime de sonegação fiscal*, até porque tais dados *são os mesmos* que, por exemplo, devem ser declarados para o Imposto de Renda. E tais informações continuarão em sigilo; agora chamado de *sigilo fiscal* por estar na relação fisco e contribuinte.

Significa dizer que, relativos aos dados financeiros, o sigilo fiscal tem abrangência bem inferior ao sigilo financeiro.

Além desta diferenciação, importante ressaltar que existem limitações implícitas ao dever de sigilo. Márcia Haydée sintetiza bem as hipóteses:

O limite implícito mais óbvio do sigilo bancário é o direito do cliente do banco de tomar conhecimento de todas as suas operações financeiras. [...]

Outro limite implícito do instituto é o direito de procuradores e representantes do cliente de banco de conhecer dados bancários dos respectivos outorgantes e representados. [...] O direito de acesso de herdeiros ou legatários a informações bancárias confidenciais do *de cujus* é mais um limite implícito do sigilo bancário. [...] aos legatários, sucessores a título singular, apenas as notícias pertinentes ao objeto do legado. [...] É ainda um limite implícito do instituto o direito do garantidor, distinto do devedor principal, de se informar sobre o desenvolvimento da operação creditícia garantida. [...] Por último, há situações em que o interesse do banco funciona como limite implícito do sigilo bancário. É o caso do inadimplemento de obrigação por parte

do cliente, que autoriza o banco a levar um título de crédito a protesto [...]»³⁰

A pesquisadora citada ressalta que o cônjuge não está autorizado a conhecer tais dados, por força do inciso X, do Art. 5º da Constituição.

6. ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA REQUISIÇÃO DIRETA DE DADOS FINANCEIROS PELA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Foi definido o sigilo financeiro como espécie da esfera mais profunda da privacidade, cujo fundamento encontra-se na liberdade de negação, revelando sua natureza de direito fundamental.

Chegou-se à conclusão que o sigilo fiscal não tem a capacidade de absorver o sigilo financeiro pelo fato deste conter dados que revelam, além da intimidade patrimonial, a intimidade extrapatrimonial.

Portanto, faculta-se ao Fisco apenas adentrar na intimidade patrimonial do cliente/contribuinte, por força do Art. 145, § 1º da Constituição, decorrente do Art. 3º, inc. III. O objeto do sigilo fiscal é, portanto, os dados financeiros exclusivamente patrimoniais.

Cabe, neste momento, partir para a análise sistêmica e constitucional dos artigos da polêmica lei através das teorias aqui resumidas neste tópico.

6.1. Defesa da constitucionalidade do Art. 5º da LC 105/2001.

Neste artigo, foi facultada apenas à Administração Tributária a requisição periódica de dados que revelam apenas informações de

30 CARVALHO, M. H. P. de. Sigilo bancário - à luz da doutrina e da jurisprudência. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 178-180.

identificam o titular da conta e os valores globais movimentados.

O Fisco vai adentrar apenas na intimidade patrimonial que lhe é facultado pela Constituição. O contribuinte não tem o direito de sonegar tais dados ao Fisco. Nesta linha, disse o grande tributarista Hugo de Brito Machado:

Não tivesse a administração a faculdade de identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, não poderia tributar, a ser na medida em que os contribuintes, espontaneamente, declarassem ao fisco os fatos tributáveis. O tributo deixaria de ser uma prestação pecuniária compulsória, para ser uma prestação voluntária, simples colaboração do contribuinte, prestada ao Tesouro Nacional.³¹

É uma disposição de extrema necessidade para o tratamento igualitário entre os assalariados e os autônomos e dirigentes de empresas.

O Fisco aqui está longe de considerar, pela generalidade, que o contribuinte é um sonegador em potencial, mas é sabido que bastam 431 pessoas, em um país de mais de 150 milhões, para sonegar R\$ 182.510.000.000,00, conforme informativo da Secretaria da Receita Federal já citado neste trabalho.

É uma medida totalmente razoável, de acordo com o princípio da proporcionalidade, tendo em vista ser adequada (Art. 145, § 1º CR/88) e necessária (isonomia tributária e a péssima distribuição de renda no país).

Não fere a privacidade do contribuinte, pois está acobertado pelo sigilo fiscal e o Art. 5º desta lei, obviamente, só se refere ao Fisco.

Há que se falar, portanto, que atende ao princípio da dignidade

31 MACHADO apud CHINEN, R. M. **Sigilo bancário e o fisco - liberdade ou igualdade?** 1.ed. Paraná: Juruá, 2005. p.151.

humana por não ferir a liberdade de negação e ser uma medida de interesse público (sentido moderno) ao mesmo tempo.

Não só como não fere o princípio da separação dos poderes como o afirma, pois o Art. 5º refere-se ao poder de polícia fiscal, que é restrição constitucional dos direitos individuais, próprio da Administração Tributária, não podendo o Poder Judiciário intervir sob pena deste poder ferir tal princípio.

Conforme Chinen,

esses registros viabilizam, para a Administração Tributária Federal, a verificação do correto cumprimento de obrigações tributárias dos contribuintes, mediante confronto com os rendimentos que eles declaram à Receita Federal, fazendo parte daquilo que Tércio Sampaio Ferraz Júnior denomina de *fiscalização continuada* dentro do exercício do dever de vigilância das autoridades fiscais³².

Por este motivo, não há que invocar ao Art. 5º o postulado da reserva constitucional de jurisdição. Logo, é totalmente constitucional o Art. 5º por atender, adequadamente, o princípio da igualdade.

6.2. Da inconstitucionalidade do Art. 6º da LC 105/2001.

Neste artigo, foi facultada à Administração Tributária a requisição direta de dados financeiros que revelam informações que identificam a origem e a natureza dos recursos. Origem e destino revelam informações extrapatrimoniais.

O Fisco vai adentrar na intimidade extrapatrimonial que não lhe foi facultada pela Constituição, até porque ele deve respeitar os direitos

32 CHINEN, R. M. Sigilo bancário e o fisco - **liberdade ou igualdade?** 1.ed. Paraná: Juruá, 2005. 79.

individuais do contribuinte. A inconstitucionalidade é flagrante.

Sabe-se, porém, que os direitos fundamentais não devem ser pretexto para acobertar crimes, os fins devem ser éticos. Invocando a natureza sistêmica jurídico-constitucional, o sigilo financeiro pode ser restringido em determinados casos concretos.

Deve haver motivos relevantes para solicitar estes dados e deve ser de acordo com a Constituição.

Aplicando o princípio da proporcionalidade, apenas o Poder Judiciário poderá restringir direitos individuais, salvo aqueles facultados ao Poder executivo, na forma de poder de polícia fiscal.

Apesar de ser uma medida necessária, o dispositivo do Art. 6º não passa no primeiro filtro do princípio da proporcionalidade que é a adequação. A única medida adequada é passar pelo crivo do Judiciário, que é imparcial, diferente da Administração que é parte no conflito com o contribuinte.

Para restringir um direito fundamental deve-se tomar muito cuidado e avaliar as razões que justificam a medida. Aqui o interesse público deve ter peso suficiente para justificar a restrição. Difere do Art. 5º que a igualdade fala mais alto, no Art. 6º a liberdade tem peso maior. Por isso, o caráter excepcionalíssimo da restrição do princípio da liberdade.

Houve uma grande afronta ao princípio da separação dos poderes, pois é atribuição exclusiva do Poder Judiciário, postulado da reserva constitucional de jurisdição. Cabe lembrar que o princípio da proporcionalidade também se aplica ao Judiciário, devendo aplicá-lo na análise da adequação e necessidade da quebra do sigilo.

Como não há contraditório, ampla defesa, constituir-se, portanto, em

uma prova ilícita e o fato da violação da privacidade ser irreversível por natureza, fere claramente o princípio do devido processo legal.

Se nem uma emenda constitucional tem o poder de restringir os direitos fundamentais, o que dirá de uma lei complementar.

A única medida é pelo Poder Judiciário, pois é a única adequada, e atende às necessidades tributárias, porque não inviabiliza o futuro conhecimento destas informações pelo Fisco, basta o Judiciário visualizar a necessidade da quebra e verificar se não há meios menos danosos ao contribuinte. O Fisco ainda não tem razão mais grave para justificar a aberração jurídica exposta no Art. 6º.

Alguns utilizam a eficiência administrativa como justificativa copmo defende José Carlos Barbosa Moreira: [...] se uma justiça lenta demais é decerto uma justiça má, daí não se segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente uma justiça boa.”³³

Fora que o Judiciário vem lutando a cada dia pela celeridade processual. A preocupação pela celeridade é importante, mas deve ser legítima. Tanto que o legislador, sabiamente, visando futuras normas específicas, trouxe recentemente uma norma programática para orientar os Poderes Judiciário e Executivo, através da EC 45/2004, adicionando ao Art. 5º o seguinte inciso:

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação³⁴.

Não há argumentos contrários tão fortes quanto os apresentados para

33 MOREIRA apud BATISTA, L. M. B. A quebra do sigilo bancário - como meio de prova no direito processual civil brasileiro. 1.ed. Paraná: Juruá, 2003. p. 17.

34 BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 17 jul. 2013.

atacar o Art. 6º, pois a Constituição é suficientemente clara na questão.

Portanto, este dispositivo deve ser desconsiderado do sistema jurídico.

7. O SIGILO BANCÁRIO NO STF

No Supremo Tribunal Federal, há algumas decisões com as mesmas premissas deste trabalho, ainda que de forma não tão explícita.

Em decisão de Recurso Extraordinário, o referido Tribunal tem entendido que é inconstitucional o Art. 6º da LC/105, uma vez que afirma que a norma que atribui à Receita Federal a faculdade de afastar o sigilo bancário conflita com o Art. 5º, XII, da Constituição:

SIGILO DE DADOS - AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do Art. 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção - a quebra do sigilo - submetida ao crivo de órgão equidistante - o Judiciário - e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS RECEITA FEDERAL. **Conflita com a Carta da Republica norma legal atribuindo à Receita Federal parte na relação jurídico-tributária o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.**

(STF - RE: 389808 PR, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 15/12/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-086 DIVULG 09-05-2011 PUBLIC 10-05-2011 EMENT VOL-02518-01 PP-00218)³⁵ (grifos do autor)

35 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE: 389808 PR**, Relator: Min. Marco Aurélio. Data de Julgamento: 15/12/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-086 DIVULG 09-05-2011 PUBLIC 10/05/2011. EMENT VOL-02518-01 PP-00218. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 dez. 2016.

Desta vez, fundamentando pelo Art. 5º, X, da Constituição, a Suprema Corte também tem entendido que também o TCU não poderá requisitar dados bancários, reforçando ainda mais as premissas trazidas neste trabalho:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. SEGURANÇA CONCEDIDA. **O Tribunal de Contas da União, a despeito da relevância das suas funções, não está autorizado a requisitar informações que importem a quebra de sigilo bancário**, por não figurar dentre aqueles a quem o legislador conferiu essa possibilidade, nos termos do Art. 38 da Lei 4.595/1964, revogado pela Lei Complementar 105/2001. Não há como admitir-se interpretação extensiva, por tal implicar restrição a direito fundamental positivado no Art. 5º, X, da Constituição. Precedente do Pleno (MS 22801, rel. min. Menezes Direito, DJe-047 de 14.03.2008.) Ordem concedida. (MS 22934, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 17/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-090 DIVULG 08-05-2012 PUBLIC 09-05-2012)³⁶ (grifos do autor).

Apesar de ser uma decisão anterior às demais supracitadas, é possível encontrar julgados do STF que entendem ser constitucional o Art. 6º da LC/105:

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. COMPARTILHAMENTO DAS INFORMAÇÕES COM A RECEITA FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - Não é cabível, em sede de inquérito, encaminhar à Receita Federal informações bancárias obtidas por meio de requisição judicial quando o

36 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 22934**, Relator (a): Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 17/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-090 DIVULG 08/05/2012 PUBLIC 09/05/2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 dez. 2016.

delito investigado for de natureza diversa daquele apurado pelo fisco. II - **Ademais, a autoridade fiscal, em sede de procedimento administrativo, pode utilizar-se da faculdade inculpada no Art. 6º da LC 105/2001**, do que resulta desnecessário o compartilhamento in **casu**. III - Agravo regimental desprovido.

(Inq 2593 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2010, DJe-030 DIVULG 14-02-2011 PUBLIC 15/02/2011 EMENT VOL-02464-01 PP-00040)³⁷ (grifos do autor).

A decisão acima demonstra ainda a confusão entre sigilo bancário e fiscal, pois, como já demonstrado, não fazer tal diferenciação ocorre em decisões que ferem diretamente a Constituição Federal.

Por fim, em 23 de outubro de 2009, o Supremo reconheceu a existência de repercussão geral, sendo julgado e recentemente publicado em 16 de setembro de 2016:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO. DEVER DE PAGAR IMPOSTOS. REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÃO DA RECEITA FEDERAL ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ART. 6º DA LEI COMPLEMENTAR 105/01. MECANISMOS FISCALIZATÓRIOS. APURAÇÃO DE CRÉDITOS RELATIVOS A TRIBUTOS DISTINTOS DA CPMF. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA NORMA TRIBUTÁRIA. LEI 10.174/01. 1. O litígio constitucional posto se traduz em um confronto entre o direito ao sigilo bancário e o dever de pagar tributos, ambos referidos a um mesmo cidadão e de caráter constituinte no que se refere à comunidade política, à luz da finalidade precípua da tributação de realizar a igualdade em

37 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inq 2593** AgR, Relator (a): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2010, DJe-030 DIVULG 14/02/2011 PUBLIC 15/02/2011 EMENT VOL-02464-01 PP-00040. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 dez. 2016.

seu duplo compromisso, a autonomia individual e o autogoverno coletivo. 2. Do ponto de vista da autonomia individual, o sigilo bancário é uma das expressões do direito de personalidade que se traduz em ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrárias ou ilegais, de quem quer que seja, inclusive do Estado ou da própria instituição financeira. 3. Entende-se que a igualdade é satisfeita no plano do autogoverno coletivo por meio do pagamento de tributos, na medida da capacidade contributiva do contribuinte, por sua vez vinculado a um Estado soberano comprometido com a satisfação das necessidades coletivas de seu Povo. 4. **Verifica-se que o Poder Legislativo não desbordou dos parâmetros constitucionais, ao exercer sua relativa liberdade de conformação da ordem jurídica, na medida em que estabeleceu requisitos objetivos para a requisição de informação pela Administração Tributária às instituições financeiras, assim como manteve o sigilo dos dados a respeito das transações financeiras do contribuinte, observando-se um traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal.** 5. A alteração na ordem jurídica promovida pela Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, uma vez que aquela se encerra na atribuição de competência administrativa à Secretaria da Receita Federal, o que evidencia o caráter instrumental da norma em questão. Aplica-se, portanto, o artigo 144, §1º, do Código Tributário Nacional. 6. Fixação de tese em relação ao item “a” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: **“O Art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal”.** 7. Fixação de tese em relação ao item “b” do Tema 225 da sistemática da

repercussão geral: “A Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do Art. 144, §1º, do CTN”. 8. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

(RE 601314, Relator (a): Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-198 DIVULG 15/09/2016 PUBLIC 16/09/2016)³⁸ (grifos do autor)

Portanto, atualmente, apesar deste trabalho entender que há diferenças entre sigilo bancário e sigilo fiscal, com efeitos constitucionais práticos, a posição atual do Supremo Tribunal Federal, diante da decisão supracitada, claramente se distancia deste entendimento.

Percebe-se que não afasta com propriedade os argumentos trazidos neste trabalho, utilizando apenas “igualdade contributiva”, “requisitos objetivos” que, com todo respeito, nada acrescentam na diferenciação entre os tipos de dados compartilhados entre Banco e Fisco.

A confusão entre os conceitos se torna ainda mais clara quando utiliza a expressão “dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal”, como se as qualificadoras fossem apenas para informar o local da informação (antes na instituição bancária, agora no Fisco).

8. CONCLUSÃO

O sigilo financeiro ou fiscal está protegido implicitamente pela Constituição Republicana por força do § 2º de seu Art. 5º, pois foi revelada

38 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 601314**, Relator (a): Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-198 DIVULG 15/09/2016 PUBLIC 16/09/2016. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 dez. 2016.

sua natureza de direito individual fundamental. É espécie da privacidade, sendo a esfera mais excludente. Seu fundamento está na liberdade de negação, além da proteção explícita aos dados financeiros através do inc. XII do mesmo artigo.

O sigilo financeiro, sempre invocado através do sistema jurídico, deve conviver com outros direitos. Verificou-se um processo dialético entre o princípio da liberdade com o da igualdade. Implica em dizer, também, que não existe direito absoluto, porém sua restrição deve ser constitucional, de modo excepcional.

Descobrir qual é o objeto do sigilo financeiro foi de extrema importância para saber até onde o sigilo fiscal pode abarcar. Os dados financeiros revelam intimidade patrimonial e extrapatrimonial. Ambas estão protegidas pela devassa de terceiros, exceto a patrimonial em relação à Administração Tributária, pois a Constituição Republicana facultou a ela a identificação do patrimônio visando dar tratamento isonômico tributário.

Foi facultado à Administração Tributária restringir a intimidade patrimonial. Mas, ao mesmo tempo, deve-se manter em sigilo, agora sob o nome de “sigilo fiscal”, pois é a relação jurídica entre o Fisco e o contribuinte que vai qualificar o sigilo.

Verificou-se a constitucionalidade do Art. 5º da LC 105/2001, tendo em vista ser uma medida adequada, pois revela apenas intimidade patrimonial e necessária para diminuir as diferenças no tratamento entre assalariados e os autônomos e dirigentes de empresas.

Ficou demonstrada a inconstitucionalidade do Art. 6º da LC 105/2001, pois faculta inadequadamente o acesso direto ao Fisco de dados financeiros que revelam intimidade extrapatrimonial.

A única forma de restringir um direito fundamental é partindo da própria Constituição como manifestação do sistema jurídico. E dela foi constatada que apenas a intimidade patrimonial é abarcada pelo sigilo fiscal.

O Supremo Tribunal Federal, em suas decisões, ainda que não seja em sua totalidade, tem decidido também seguir as mesmas premissas levantadas neste trabalho. Porém, sua posição atual se distancia completamente deste trabalho, uma vez que não faz diferenciação entre dados bancários e fiscais, capazes de elucidar o tema com a consequência jurídica mais adequada à ordem constitucional.

REFERÊNCIAS

BALTAZAR JÚNIOR, J. P. **Sigilo bancário e privacidade**. 1.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BARBEITAS, A. T. **O sigilo bancário**. 1.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BATISTA, L. M. B. A quebra do sigilo bancário - como meio de prova no direito processual civil brasileiro. 1.ed. Paraná: Juruá, 2003.

BELLOQUE, J. G. **Sigilo bancário**. Análise crítica da LC 105/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao%20Compilado.htm)> Acesso em: 17 jul. 2013.

_____. **Decreto-lei nº 4.657**, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm> Acesso em 17 jul.2013.

_____. **Lei Complementar 105**, de 10 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp105.htm> Acesso em 17.07.2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Inq 2593 AgR**, Relator (a): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2010, DJe-030 DIVULG 14/02/2011 PUBLIC 15/02/2011 EMENT VOL-02464-01 PP-00040. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **MS 22934**, Relator (a): Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 17/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-090 DIVULG 08-05-2012 PUBLIC 09/05/2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE: 389808 PR**, Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 15/12/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-086 DIVULG 09/05/2011 PUBLIC 10/05/2011 EMENT VOL-02518-01 PP-00218. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 601314**, Relator (a): Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-198 DIVULG 15/09/2016 PUBLIC 16/09/2016. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 dez. 2016.

CARVALHO, M. H. P. de. **Sigilo bancário** - à luz da doutrina e da jurisprudência. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2007.

CHINEN, R. M. **Sigilo bancário e o fisco** - liberdade ou igualdade? 1.ed. Paraná: Juruá, 2005.

FOLMANN, M. **Interpretação constitucional principiológica e sigilo bancário**. 1.ed. Paraná: Juruá, 2003.

_____. **Sigilo bancário e fiscal**. 2.ed. Paraná: Juruá, 2002.

GAVALDÃO JÚNIOR, J. V. et al. **Sigilo fiscal e bancário**. 1.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

HAGSTROM, C. A. **Comentários** à lei do sigilo bancário. 1.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

LARA, V. E. A. de. **Comentários** à lei do sigilo bancário. 1.ed. São Paulo: LTR, 2006.

QUEZADO, P.; LIMA, R. **Sigilo bancário**. São Paulo: Dialética, 2002.

SILVA, J. A. da S. **Curso de direito constitucional positivo**. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SARAIVA FILHO, O. O. de P. **A quebra do sigilo bancário e o Fisco**. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/889834>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

TEIXEIRA, E. D.; HAEBBERLIN, M. **A proteção da privacidade** - aplicação na quebra do sigilo bancário e fiscal. 1.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

VALENTE, C. M. W. **Sigilo bancário** - obtenção de informações pela administração tributária federal. 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Direito à cidadania infantil: uma construção da vida como obra de arte

*Right to be heard: a construction of life
as art work*

Thiago Menezes de Oliveira

- » Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Psicologia, na linha Sujeito e Cultura na Sociedade Contemporânea, da Universidade Federal do Ceará (UFC).
- » Advogado.
- » Professor da DeVry Brasil.
- » Consultor Cultural do Banco do Nordeste.
- » E-mail: thiagomenezes@bnb.gov.br

Gabriela Gomes Costa

- » Professora da Universidade Federal do Ceará (UFC).
- » Professora da DeVry Brasil.
- » Mestra pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal Fluminense, na linha de pesquisa em Direitos Humanos.
- » Advogada.
- » E-mail: gomes.gabriela@gmail.com

Recebimento: 29/12/2016

Aprovação: 03/03/2017

RESUMO

A *cidadania* é comum em discursos políticos, de movimentos sociais, da sociedade civil organizada, entre muitos outros sujeitos coletivos e individuais. Obviamente esses enunciados compreendem conceitos diversos para essa expressão. Mas quais serão os conhecimentos que as crianças produzem, em suas enunciações, sobre cidadania? A gramática das crianças tem suas especificidades, e apontou-nos um conceito de cidadania. Realizaremos, então, uma análise interpretativa desse conceito que cinco crianças do Assentamento Recreio, localizado na zona rural de Quixeramobim, sertão central do Ceará, trouxeram ao descrever um dia ordinário no contexto de uma pesquisa qualitativa. Esse conceito será analisado juntamente com algumas questões jurídicas da infância, tanto no direito brasileiro, como do direito internacional, problematizando contextos de relações sociais e jurídicas entre crianças, Direito, espaço público e cidadania. A busca de construir esse paralelo se deve ao fato de compreendermos que a cultura infantil se constrói tanto pelas próprias crianças, como pelos adultos que criam culturas para as crianças. E é na interação entre essas “duas” culturas que podemos refletir com mais elementos o universo infantil. Entendemos que o direito da infância faz parte tanto de um direito criado por crianças; como, por adultos. Temos, por fim, o objetivo de traçar alguns limites do conceito de *cidadania infantil*.

PALAVRAS-CHAVES

Cidadania. Crianças. Direito à participação. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

Citizenship is a common issue in political discourses, social

movements, organized civil society, among many other individual and collective subjects. These enunciations obviously include different concepts for the same expression. But what knowledge would children produce in their statements on citizenship? Children's grammar has its specificities, and it brought us to a concept of citizenship. Our aim is to carry out an interpretative analysis of the concept given by five children from a Settlement called Recreation, located in rural Quixeramobim, in the state of Ceara, while describing an ordinary day in the context of a qualitative research. This concept is going to be analyzed along with some legal issues about childhood, both in Brazilian and international law. We intend to discuss the context of social and legal relationships involving children, law, public space and citizenship. The quest to build this parallel is due to the fact that we understand children's culture as built both by children and adults, who create culture for children. And it is through the interaction between these "two" cultures that we may reflect more elements from child's universe. We understand that child's right is created by children and adults. Finally, our aim is to outline some limits to the concept of *children's citizenship*.

KEYWORDS

Citizenship. Children. Rights. Right to Participation. Fundamental Rights.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Criação de si como uma obra de arte das crianças. 3. Crianças cidadãs: *direito que se tem*. 4. Direito à participação infantil. 5. Cidadania infantil: *direito que se gostaria de ter*. 6. Dia ordinário de criança no assentamento recreio. 7. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Para iniciarmos nossa análise é importante fazermos uma distinção entre os conceitos de *infância* e *criança*¹. A sociologia da infância faz uma diferenciação semântica e conceitual entre

infância, para significar a categoria social do tipo geracional, e criança, referente ao sujeito concreto que integra essa categoria geracional e que, na sua existência, para além da pertença a um grupo etário próprio, é sempre um ator social que pertence a uma classe social, a um gênero etc.²

O pesquisador português argumenta que é no vai e vem “entre culturas geradas, conduzidas e dirigidas por adultos para as crianças e culturas construídas nas interações entre as crianças que se constituem os mundos culturais da infância”³. Entendemos que é importante nos voltarmos tanto para a cultura construída nas relações das crianças, como para a cultura adulta voltada para a infância, uma vez que ambas integram os mundos culturais infantis. Compreendermos, então, que a cultura infantil se constrói tanto pelos próprios sujeitos crianças, como pelos sujeitos adultos que criam culturas para as crianças. E é na interação entre essas “duas” culturas que podemos refletir com mais elementos o universo infantil. Ora, o direito da infância é gerado, conduzido e dirigido por adultos. Entretanto, também podemos pensar o direito criado por crianças⁴.

1 Para a Convenção dos Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas, de acordo com o seu artigo 1º, criança é todo o ser humano com menos de dezoito anos.

2 SARMENTO, M. J. Gerações e alteridade: interrogações a partir da sociologia da infância. **Educ. Soc.**, v. 26, n. 91, p. 9, Campinas, maio/ago, 2005.

3 SARMENTO, M. J. Imaginário e culturas da infância. **Cadernos de Educação**, Pelotas, v.12, p. 51-69, 2003, p. 5.

4 Se pensarmos que a cultura infantil é criada apenas por adultos podemos incorrer, por exemplo na cultura “menorista” - dos antigos Códigos de Menores - marcados pelo discurso médico e pela eugenia. BROGGI, F.; PIROTTA, K. C. M. O instituto disciplinar e a discriminação da infância em São Paulo. **Projeto História**, São Paulo, v. 55, p. 149-188, jan.-abr. 2016.

Para problematizarmos as crianças como produtoras de direito, além da Sociologia da Infância, apoiamo-nos na proposta do *saber achado na rua*⁵ que possui três elementos simultâneos *achar o direito na rua, elaborá-lo e ensiná-los nas ruas*. Apropriamo-nos dessa proposição compreendendo a rua como o espaço em que pessoas e comunidades diversas estabelecem relações sociais. No nosso caso, a rua é um assentamento. E produzem os saberes cinco crianças do Assentamento Recreio, localizado na zona rural de Quixeramobim, interior do Ceará. O assentamento integra o Movimento dos Trabalhadores e Trabalhadoras Rurais Sem Terra (MST). Trata-se do maior movimento social contemporâneo da América Latina.

Continuando com a proposição do direito *achado na rua*, pretendemos “elaborá-lo” junto com as crianças, na análise e interpretação dos direitos que elas nos indicam. E “ensiná-los”, para fins deste artigo, na tentativa de problematizar o campo do Direito⁶, levantando conceitos que as próprias crianças apontam. Óbvio que as *ruas* não se resumem à academia, mas é o “espaço público de discussão” deste artigo.

Nosso problema se localiza principalmente pelo fato de as crianças comporem, de acordo com Sarmiento⁷, o único grupo de pessoas interditadas de participar nos poderes constituídos por regimes democráticos. E um caminho para problematizar essa exclusão/proibição é apontado: incluir

5 BUARQUE, C. O saber achado na rua. In: SOUSA JÚNIOR, J. G. de (Org.). O direito achado na rua. 3.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1990.

6 Parece quase imperativo, diante do ainda isolamento da dogmática jurídica, (LYRA FILHO, 1990), a redefinição dos limites do “objeto” de estudo do campo do Direito. Foi interessante o esforço de Kelsen (2009) na tentativa de definir o “objeto” da “ciência jurídica”, entretanto muitas são as discussões que, depois, já se desenvolveram no campo das ciências sociais aplicadas e humanas, como aponta Lyra Filho (1990) com a moderna linguística, a semiologia, a nova retórica e a nova hermenêutica.

7 SARMENTO, M. J. Gerações e alteridade: interrogações a partir da sociologia da infância. **Educ. Soc.**, v. 26, n. 91, Campinas maio/ago, 2005.

as crianças nos espaços de pesquisas participativas⁸.

Assim, justificamos a discussão aqui realizada entre Direito, espaço público e crianças. O espaço público que nos propomos a discutir com as crianças foi o de uma pesquisa, proposta por nós, para discutir a relação entre infância e desenhos animados⁹. Entendemos esse espaço criado como uma *esfera pública*¹⁰ devido à pesquisa, “internamente”, propor-se a discutir com crianças como elas se entendem como sujeitos no mundo. “Externamente”, também entendemos a esfera pública como um espaço público de discussão, dada a importância de validação pelos pares de uma mesma área¹¹.

A metodologia proposta é qualitativa, constituindo-se como uma pesquisa-intervenção¹² que cria, junto com as crianças, oficinas. Dentre

8 SOARES, N. F.; SARMENTO, M. J.; TOMÁS, C. A. Research on childhood and children as researchers: participatory methodologies of social worlds of the children. IN: SIXTH INTERNATIONAL CONFERENCE ON SOCIAL METHODOLOGY. Amsterdam. **Anais...** Amsterdam, 16-20 August, 2004.

9 As pesquisadoras Fernandes e Oswald (2005) discutem a relação que tem origem na Idade Moderna entre *adulto que sabe* e *criança que não sabe*, analisando as relações de forças que envolvem adultos e crianças. As pesquisadoras indicam que, no caso dos desenhos animados, as crianças tendem a se sentir mais seguras quanto aos seus conhecimentos, em outras palavras, percebem-se como mais “sabidas” em relação aos adultos.

10 HABERMAS, J. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto a uma categoria de sociedade burguesa. Trad. de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

11 Inferimos a pesquisa, “externamente”, como um espaço público de discussão, porque “[o] processo de produção do conhecimento científico pode ser visto como uma espécie de conversa, uma interlocução contínua entre pesquisadores de uma dada área. Participar desse diálogo é essencial ao ofício de pesquisador, pois é por meio dele, da avaliação crítica da comunidade acadêmica, que os novos conhecimentos produzidos são validados ou não. Daí a importância atribuída à divulgação da produção científica em livros, periódicos ou eventos, bem como à clareza do discurso que a expõe, uma vez que essas constituem condições necessárias à crítica dos pares”. ALVES-MAZZOTTI, A. J. Usos e abusos dos estudos de caso. *Cadernos de Pesquisa*, v. 36, n. 129, p. 637-651, set/dez. 2006, p. 638.

12 A Pesquisa-Intervenção se propõe a acompanhar um processo de uma *situação* criada, junto aos agentes envolvidos na investigação. No nosso caso, com as crianças. Para uma

as oficinas, uma delas procura se aproximar dos cotidianos das crianças. Propomos aqui analisar uma das técnicas dessa oficina que chamamos de *Dia de Criança no Recreio*. Por fim, propomo-nos utilizar a análise interpretativa¹³ com o intuito de estabelecer uma conexão entre os conhecimentos das crianças e o paradigma da cidadania.

Por fim, apontamos um conceito para problematizar as especificidades do “linguajar” das crianças: *gramática das culturas da infância*. Sarmiento identifica

alguns traços identificadores da “gramática das culturas da infância”, isto é dos princípios de estruturação que lhe são característicos. Como hipótese a explorar, pode avançar-se a ideia de que as crianças estabelecem uma deslocação sobre os princípios lógicos estruturantes das gramáticas culturais adultas (sobretudo às culturas ocidentais de matriz europeia; as culturas não ocidentais não se estruturam necessariamente sobre os mesmo princípios lógicos) e, especialmente, sobre os princípios da identidade e da sequencialidade. (...) A alteração da lógica formal não significa que as crianças tenham um pensamento ilógico. Pelo contrário, essa alteração, estando patente na organização discursiva das culturas da infância (especialmente no que diz respeito ao jogo simbólico), é coexistente com uma organização lógico-formal do discurso, a qual permite que a criança simultaneamente “navegue em dois mundos” - o real e o imaginário.¹⁴

Procuraremos assinalar os discursos sobre a cidadania, considerando as especificidades dessa gramática, que as crianças utilizam para produzir

aproximação com a Pesquisa Intervenção, indicamos Aguiar e Rocha (2007; 2003); e Castro e Besset (2008).

13 THOMPSON, J. B. **Ideologia e cultura moderna**: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa. Petrópolis: Vozes, 1995.

14 SARMENTO, M. J. Gerações e alteridade: interrogações a partir da sociologia da infância. **Educ. Soc.**, v. 26, n. 91, Campinas maio/ago, 2005, p. 11.

o direito na *rua* (para nós, no assentamento). Assim, os saberes das crianças serão problematizados como produção do direito da infância, que é criado por crianças e por adultos – que têm o controle hegemônico do saber-poder oficial e estatal. Destacamos duas perguntas norteadoras deste artigo. Como as crianças se entendem como sujeitos em um dia ordinário? Qual(is) a(s) relação(ões) há entre os conhecimentos de um dia ordinário produzidos pelas crianças sobre si mesmas e o paradigma da cidadania infantil?

Para seguir a nossa breve discussão, propomos um percurso simplificado e problematizador que envolve a aproximação entre conceitos acadêmicos e/ou jurídicos, especialmente o de criação de si, cidadania e sujeito livre, bem como os conhecimentos das crianças e o entrelaçamento entre a ideia de cidadania acadêmica e a de crianças.

2. CRIAÇÃO DE SI COMO UMA OBRA DE ARTE DAS CRIANÇAS

Para pensarmos a participação infantil da cidadania nos processos de efetivação dos direitos sociais e humanos dos sujeitos crianças, buscaremos uma aproximação da ideia de *criação de si* que Foucault propõe. A sugestão surge com base na discordância da noção moral de *autenticidade* do filósofo Jean Paul Sartre. Mesmo evitando uma reflexão do eu como algo que nos é dado, para Michel Foucault, Sartre “retorna à ideia de que temos que ser nós mesmos – ser verdadeiramente o nosso eu verdadeiro”¹⁵.

E continua: “A partir da ideia de que o eu não nos é dado, creio que

15 FOUCAULT, M. Michel Foucault entrevistado por Hubert L. Dreyfus e Paul Rabinow. In: DREYFUS, H. L. **Michel Foucault, uma trajetória filosófica**: (para além do estruturalismo e da hermenêutica). Trad. Vera Porto Carrero. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995-b, p. 261.

há apenas uma consequência prática: temos que nos criar a nós mesmos como uma obra de arte”¹⁶. A proposição base que Michel Foucault nos faz é a de que devemos buscar relacionar a forma que as pessoas têm consigo mesmas a uma atividade criativa. Implica dizer que as produções construídas pelas pessoas a respeito delas mesmas devem ser compreendidas como uma arte. É, resumidamente, a proposição da vida como obra de arte, de Foucault.

A atividade criativa da vida é sempre proposta por alguém. E, a esse *alguém*, Foucault denomina de *sujeito*. O filósofo indica que o *sujeito* é o tema geral de sua investigação que, até então, já contava com mais de vinte anos. Obviamente, não poderíamos, e nem é nosso objetivo, fazer uma genealogia do conceito de sujeito. Para fins deste artigo, basta-nos os significados apontados, em *sujeito* e *poder* “Há dois significados para a palavra *sujeito*, sujeito a alguém pelo controle e dependência, e preso à sua própria identidade por uma consciência ou autoconhecimento. Ambos sugerem uma forma de poder que subjuga e torna sujeito a”¹⁷.

Compreendemos que o sujeito para Michel Foucault sofre uma sujeição a alguém e/ou algo. O sujeito pode estar subjogado a alguém por dependência econômica. É o caso, por exemplo, de uma criança “dever” respeito e obediência aos pais que a sustentam. A subjugação pode ocorrer também quando, preso a uma identidade bem definida e territorializada, o sujeito confere muitos esforços para se manter/enquadrar a um determinado “modelo”. Podemos citar como exemplo o caso de crianças, imersas em uma representação de infância como objeto

16 Ibid., p. 262.

17 FOUCAULT, M. Sujeito e poder. In: DREYFUS, H. L. **Michel Foucault, uma trajetória filosófica**: (para além do estruturalismo e da hermenêutica). Trad. Vera Porto Carrero. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995-a, p. 235.

de caridade¹⁸. Essas crianças dizem estar muito gratas por participarem de um programa de rádio religioso no qual elas têm que ouvir sermões de ouvintes. Os sermões reforçam, resumidamente, que elas devem agradecer a Deus por não estarem na rua. Ao vivo, na rádio, ainda assim, as crianças acabam por agradecer os sermões, travestidos de “conselhos”; enquanto, muitas vezes, elas, provavelmente, poderiam preferir estar brincando na rua, jogando bola no asfalto.

De toda forma, tanto as crianças que agradecem os sermões, como as que são obedientes aos pais, estão construindo uma arte de viver – mesmo que essa atividade artística não seja bela aos nossos olhos.

Foucault, entretanto, também discute os *sujeitos livres*. Entende por *livres* os “sujeitos individuais ou coletivos que têm diante de si um campo de possibilidade onde diversas condutas, diversas reações e diversos modos de comportamento podem acontecer”¹⁹. Ou seja, mesmo que identifiquemos a ideia de *sujeição a*, o sujeito pode decidir ter condutas diversas.

É importante ressaltar que, obviamente, em uma relação de escravidão, não há que se falar em sujeito livre, pois não existe *relação de poder* se há uma sujeição física, de castigo corporal. Isso porque os escravos estão imersos em uma *relação física de coação* (já que seu corpo está preso). Nas complexas relações de poder, há a teimosia do querer e a intransigência da liberdade.

Em outras palavras, nas relações de poder, mesmo que os sujeitos estejam subjugados a, eles se creem livres para tomar decisões, enfrentar,

18 O núcleo central da representação da infância e adolescência como objeto de proteção social gira em torno da garantia da vida (sobrevivência) e remonta-se ao século XVII, ainda no Brasil colônia (PINHEIRO, 2006).

19 *Id Ibidem*, p.244.

aceitar ou buscar fugir do jugo de outros sujeitos. Nas relações de coação física, os sujeitos não se pensam livres, até porque é extremamente difícil visualizar situações nas quais as pessoas desejaríamos ser escravas. Abalizarmos que também não podemos falar em sujeitos livres em diversas outras relações de coação física, como os maus tratos e castigos físicos que pais afligem a seus filhos ou mesmo nas unidades de internação onde é tolhido o direito de ir e vir.

Voltemos aos nossos exemplos. A criança que, historicamente, na sociedade ocidental, devido a diversas relações de poder, “devia” respeito e obediência aos pais, pode desrespeitá-los por ter recebido um “não” como resposta, por exemplo. As crianças, que estando em um *Programa de Acolhimento Institucional*²⁰, de cunho religioso, e que costumavam participar no sábado pela manhã de determinado programa de uma rádio religiosa, podem simplesmente se recusar a ir, no próximo sábado pela manhã. Elas podem decidir ficar jogando futebol no meio da rua, no citado sábado seguinte pela manhã; ao invés de ter que agradecer a longos “sermões” que são fiscalizados por padres, locutores, público “ouvinte” e instrutores da unidade de acolhimento.

Bem, mesmo com a ideia de *sujeito livre*, percebemos que é extremamente complexo pensar as relações que os sujeitos estabelecem

20 O Programa de Acolhimento Institucional, segundo os arts. 19, § 1o, 92, § 1o, 93, caput, 101, VII, § 4o, § 8o e § 12, da Lei nº 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, deve ter a guarda, no máximo por dois anos, de meninos e meninas vítimas de abuso e exploração sexual, violência e negligência no seio familiar. Passado o prazo procurar-se-á, nessa ordem, o retorno à família, a inserção na família extensa (tios, avós etc.) e, na impossibilidade das situações anteriores, a disponibilização para adoção. O Programa de Acolhimento Familiar, conforme os arts. 19, § 1o, 34, § 2o, 50, § 11, 92, § 2o, 93, parágrafo único, 101, VIII, § 8o e § 12, 170, parágrafo único, 197-C, § 2o, do ECA, é um serviço que organiza o acolhimento, em residências de famílias acolhedoras, de crianças e adolescentes afastados do convívio familiar por meio de medida protetiva. É uma modalidade de atendimento que visa a oferecer proteção integral às crianças e aos adolescentes até que seja possível a reintegração familiar ou, na sua impossibilidade, encaminhamento para adoção.

com os ambientes que os cercam. Seguiremos buscando articular o conceito de sujeito livre, inicialmente, com a ideia de cidadania para o direito positivo pátrio, para uma leitura internacional, relacionando com a infância e, por fim, com os conhecimentos que as crianças produzem.

3. CRIANÇAS CIDADÃS: DIREITO QUE SE TEM²¹

De pronto, expomos a dificuldade de tratar um conceito tão utilizado como o de *cidadania*. Agremiações partidárias, movimentos populares, meios de comunicação, juristas, sociólogos, comunicólogos entre outros sujeitos coletivos e individuais utilizam esse termo. Consequentemente, temos uma gigantesca pluralidade de significados. Confessamos que nos agrada mais, em vez de *cidadania*, pensar o *direito à participação*, entretanto, com base nos conhecimentos que as crianças produziram na técnica a ser analisada, interpretamos que a cidadania é que foi apontada por elas.

Então, comecemos com o que nos diz a lei maior do nosso país. A Constituição Federal de 1988 (CF/88), em seu Art.1º, II, estabelece a cidadania como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

José Afonso da Silva²² discorre que, para o Direito brasileiro, inicialmente, era importante diferenciar os conceito de *cidadania* e

21 Para pensarmos as dinâmicas de juridicidade nos apropriamos dos conceitos de *direito que se tem* ou *direito que se gostaria de ter*. Bobbio (2004) argumenta que o problema do fundamento de um direito se apresenta de maneira diferente caso busquemos o fundamento de um *direito que se tem* ou de um *direito que se gostaria de ter*. “No primeiro caso, investigo no ordenamento jurídico positivo, do qual faço parte como titular de direitos e deveres, se há uma norma válida que o reconheça e qual é essa norma; no segundo caso, tentarei buscar boas razões para defender a legitimidade do direito em questão e para convencer o maior número possível de pessoas (sobretudo os que detêm o poder direto ou indireto de produzir normas válidas naquele ordenamento) a reconhecê-la”. BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 15.

22 SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

nacionalidade, tanto que antigos juristas em constituições passadas utilizavam terminações como *cidadão ativo* (cidadania propriamente dita, ligada aos direitos políticos) e *cidadão* (nacional), por exemplo. Esclarecemos que *cidadania* é o direito/conceito teórico, enquanto *cidadão* é o seu sujeito titular. Segundo José Afonso, atualmente tais distinções de *cidadão* são desnecessárias, já que não há mais confusão entre cidadania e nacionalidade.

Para o constitucionalista, no Art. 5º, LXXVII, da CF/88, a cidadania figura em um sentido mais amplo do que o de mero titular de direitos políticos, pois qualifica as pessoas como participantes da vida do Estado²³ - reconhecendo a pessoa humana como “integrada na sociedade estatal”²⁴. Esse reconhecimento, continua o doutrinador, é um atributo do direito de participar no governo e de ser ouvido pela representação política. “*Cidadão*, no direito brasileiro, é o indivíduo que seja titular dos direitos políticos de votar e ser votado e suas consequências”²⁵. *Nacional* é conceito mais amplo e pressupõe o de cidadão, pois somente o titular de nacionalidade pode ser cidadão - o que quer dizer que nem toda pessoa que tem nacionalidade é cidadã, mas todo cidadão é necessariamente nacional.

Os direitos de cidadania são adquiridos mediante o *alistamento eleitoral*, tendo em vista que os direitos políticos de votar e ser votada só podem ser adquiridos a partir dos dezoito anos. A aquisição da cidadania, com o alistamento eleitoral, nos moldes do Art. 14, I e II, é obrigatória para todas as pessoas de ambos os sexos maiores de dezoito anos, sendo facultativa para os analfabetos, para os maiores de setenta anos e para

23 Para José Afonso, a cidadania também está ligada ao próprio funcionamento do Estado brasileiro, uma vez que estará submetido à vontade popular por meio do princípio de *soberania popular*, expresso no parágrafo único do Art.1º, da CF/88.

24 *Id Ibidem*, p. 108.

25 *Id Ibidem*, p. 349.

os maiores de dezesseis e menores de dezoitos, que não podem ainda ser votados.

Entretanto, compreendemos que, quando José Afonso da Silva fala dos direitos da cidadania, está a tratar do rol dos direitos políticos, estabelecidos no Capítulo IV da Constituição. Nesse sentido, compreendemos que os direitos políticos são direitos da cidadania em sentido estrito, porque se refere apenas àqueles que estão ligados ao sufrágio para a eleição de membros do Poder Executivo e Legislativo, em âmbito municipal, estadual e federal, como também aos mecanismos de Democracia direta constitucionalmente estabelecidos: o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular.

Uma interpretação restritiva do conceito de cidadania levaria à conclusão de que os sujeitos-criança não são considerados cidadãos, já que não podem adquirir a qualidade de eleitores.

A cidadania não pode ser vista apenas sob o prisma da cidadania político-partidária, ou seja, de que sejam detentores da cidadania apenas os titulares dos direitos políticos. No cerne da cidadania está o direito de *participar da vida do Estado*, exercendo influência nas decisões de governo, conforme as lições de José Afonso da Silva, e abrange a titularidade de todo o rol dos direitos fundamentais. Importante mencionar que a participação na vida do Estado não se dá apenas pela via partidária e eleitoral. Advogamos a tese de que as crianças têm sim o direito à cidadania garantido pelo ordenamento pátrio.

Criança, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, é a pessoa que tem até doze anos incompletos²⁶ E o Art. 3º, do ECA, estabelece

26 Já os adolescentes seriam pessoas de até 18 anos incompletos, segundo o ECA. Assim, o conceito de criança da Convenção dos Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas, de acordo com o seu Artigo 1º, abrange, o conceito legal brasileiro de

que as crianças e os adolescentes gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, em condições de liberdade e de dignidade.

Se a cidadania está arrolada no Art. 5º, mesmo em um conceito taxativo de direitos fundamentais, como o de Robert Alexy²⁷ – o jurista alemão compreende os direitos fundamentais como aqueles que uma constituição define como tal, seja em um capítulo, em um título ou mesmo em um artigo – o direito à cidadania também é assegurado às crianças. Isso porque, como já vimos, a legislação complementar, e específica, garante todos os direitos fundamentais às crianças, sem fazer qualquer exceção. É o princípio da Proteção Integral de crianças e adolescentes que determina que crianças e adolescentes são titulares de todos os direitos dos adultos, e ainda outros decorrentes da sua *condição especial de pessoa em desenvolvimento*²⁸.

Ademais, o conceito de cidadania está intrinsecamente ligado ao de ser titular de direitos, e a legislação pátria em vigor reconhece as crianças como sujeitos de direitos, em oposição a antigos conceitos jurídicos que as entendiam como “objetos”²⁹. Podemos argumentar ainda que a legislação assegurou que as crianças sejam sujeitos livres, uma vez que a elas é assegurada condições de liberdade e dignidade, que podem culminar em rumos diferentes com seus exercícios. Lembremo-nos de que Foucault

criança e adolescente, considerando criança todo o ser humano com menos de dezoito anos.

27 ALEXY, R. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Carlos Bernal Pulido. 2 ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

28 MACHADO, M. de T. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Editora Manole Ltda, 2003, p. 109.

29 A legislação anterior, em especial, o Código de Menores, Lei 6.697/1979, assim tratava as crianças e os adolescentes tidos em “situação irregular”. O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/1990, com fundamento na Constituição Federal de 1988, reconheceu-os como sujeitos de direitos, superando esse conceito do ponto de vista legal.

afirma que os sujeitos livres têm um campo de possibilidade em que diversas condutas, diversas reações e diversos modos de comportamento podem acontecer - ao contrário do que ocorre com os escravos.

Ainda assim, resta-nos o questionamento de qual é o conteúdo essencial³⁰ do direito fundamental à cidadania infantil, já que, definitivamente não se trata de direito de votar e a ser votado. De antemão, esclarecemos que não temos condição, tampouco o objetivo, de responder a essa questão, e nem estamos certos de que seja uma pergunta que já possa ser respondida. Ângela Pinheiro³¹, por exemplo, aponta que existe uma tensão entre a infância e adolescência e a cidadania.

Creemos que o conteúdo da cidadania infantil pode ser problematizado com o direito à participação infantil. Essa participação de crianças nos espaços públicos não se resume à convencional participação adulta no Estado. Trata-se de um direito em construção que compreende outras metodologias e espaços³². De toda forma, a produção normativa internacional já indica um caminho, ainda aberto, para o efetivo exercício

30 Robert Alexy aborda que as teorias do conteúdo essencial dos direitos fundamentais podem ser principalmente ordenadas em dois pares de conceitos. O conteúdo essencial é: 1) aquele que permanece depois de uma ponderação de direitos fundamentais; 2) é o que se refere a um limite que não pode ser afetado, pois desrespeitaria o direito fundamental. De toda forma, entendemos que existe um conteúdo mínimo a ser cumprido em respeito aos direitos fundamentais, seja *latu sensu*, seja na ponderação entre esses direitos.

31 PINHEIRO, Â. de A. A. **Criança e adolescente no Brasil: porque o abismo entre a lei e a realidade**. Editora UFC, Fortaleza, 2006.

32 O Orçamento Participativo Criança (OP Criança) da cidade de Fortaleza pode ser citado como uma tentativa de exercício desse direito à participação. As crianças que se interessassem tinham a possibilidade de participar do processo do OP em horários adequados, com pedagogos e com propostas de metodologia que envolvia a organização por faixa etária e metodologias com desenhos e trabalhos em grupos. Guardadas algumas críticas quanto ao treinamento dos profissionais, ao processo de condução de “educadores” e a algumas metodologias utilizadas, a idealização do OP Criança, em tese, configurou-se em um exercício do direito à participação. Outra questão que pode ser citada, mas ainda extremamente delicada, é o depoimento de crianças em quaisquer processos judiciais e administrativos que as envolvam.

do direito à participação, especialmente no Art. 12, da Convenção dos Direitos da Criança, e no Comentário Geral nº 12/2009 do Comitê dos Direitos da Criança, da Organização das Nações Unidas (CG. nº 12/09, CDC/ONU).

Consideramos importante refletir um pouco acerca do Direito à participação infantil, dada a proximidade de seus conteúdos, mesmo não sendo coincidentes, para, em seguida, voltarmos a pensar a cidadania infantil.

4. DIREITO À PARTICIPAÇÃO INFANTIL

O marco da criança cidadã está na Convenção sobre os Direitos da Criança³³, que foi aprovada somente no final da década de 80. Além de ser reconhecida como sujeito de direitos, a criança passou a ser considerada um ator político de sua própria história, porém ainda há pouco reconhecimento de seu novo *status* nas instituições sociais. A cidadania atribuída às crianças advém de um pleno direito à participação, entretanto ainda terá que perpassar os limites sociais e institucionais, que compreendem o *polo formal-processual* e o *polo substancial-participativo*³⁴.

Pensando esse novo *status* de crianças e adolescentes, esses sujeitos têm oportunidade de discutir a sua inclusão no espaço democrático. Como agentes capazes de intervir na realidade social e de pautar a agenda política, a construção da cidadania desses atores perpassa mudanças na

33 “La convención es un mecanismo legal que ha dado impulso al movimiento de defensa de los derechos de los niños y las niñas y, en este marco, a la promoción de la participación infantil.” CORONA, Y. C.; PONTÓN, M. E. L. Promoviendo la participación infantil y juvenil en el marco de la construcción de ciudadanía. In: MORFIN, S.; CORONA, Y. C. (Coords.). **Participación infantil y juvenil**. UNICEF: México, 2001, p. 13.

34 BARATTA, A. **Infância y democracia**. Elaborado em jun. 2009. Disponível em: <http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/130609/dp-infancia_democracia.pdf>. Acesso em: 18 set. 2016.

reconceituação e representação de subjetividades individuais e coletivas. “A construção de cidadania implica, então, não somente na formação contínua de subjetividades individuais, mas coletivas, que se traduzem em expectativas diversas e definição de espaços de interlocução, respeito e responsabilidade para e com o outro”³⁵.

Esse complexo processo identitário, em verdade, permite o aparecimento de cidadanias infantis que consideram a diversidade étnica, cultural, sexual, econômica, de cor etc. Nesse novo quadro de cidadãos, as crianças e os adolescentes aparecem como sujeitos, dotados de dignidade, que, portanto, são plenamente capazes de reivindicar o direito à participação condizente com as peculiaridades inerentes a sua condição.

A doutrina vem analisando a participação de crianças com base no estudo da democracia nas instituições da sociedade civil (escola, família e associações), bem como em instituição pública (entidades públicas nacionais - União, Estado ou Município) ou internacional (entes da comunidade internacional). Podemos também, dessa maneira, compreender o direito de participar de crianças sob os aspectos político e jurídico.

Ainda as autoras Yolanda Corona e Maria Pontón defendem, ao analisar projetos de participação de crianças e jovens na América Latina (especialmente no Brasil, México e Argentina), o processo de participação como parte do desenvolvimento psicoafetivo e de socialização política na construção de uma cultura democrática, senão vejamos:

35 Trad. nossa. No original: “La construcción de ciudadanía implica entonces no solo la reformación continua de subjetividades individuales, sino colectivas, lo cual se traduce en expectativas diversas y definición de espacios de interlocución, respeto y responsabilidad hacia y con el otro”. CORONA, Y. C.; PONTÓN, M. E. L. Promoviendo la participación infantil y juvenil en el marco de la construcción de ciudadanía. In: MORFIN, S.; CORONA, Y. C. (Coords.). **Participación infantil y juvenil**. UNICEF: México, 2001, p. 4.

(...) pode-se observar que a promoção da participação infantil e juvenil se enfoca, geralmente, com base em um marco de construção de uma cultura democrática, enfatizando o exercício dos direitos humanos na participação de crianças e jovens, como parte do processo de desenvolvimento psicoafetivo e de socialização política.³⁶

Essa compreensão ressalta a importância da participação política infantil em processos decisórios e vai além ao definir que essa participação faz parte do desenvolvimento pleno de crianças e adolescentes. No mesmo sentido, algumas experiências internacionais da UNESCO são apontadas:

(...) a promoção significativa e qualificada da participação de crianças e adolescentes é essencial para garantir o crescimento e desenvolvimento delas. Uma criança ativa comprometida com o mundo começa a ser encorajada desde a primeira infância para se tornar alguém com competências para desenvolver a infância, responder oportunidades educacionais e ir para a adolescência com confiança, habilidades e a capacidade de contribuir para o diálogo democrático e práticas em casa, na escola, comunidade e no país.

(...) Democracia é algo que a criança aprende durante o desenvolvimento da infância para a adolescência. Quando as crianças, que são muito mais capazes do que geralmente se reconhece, são providas de oportunidades, em toda sua infância, para desenvolver habilidades e competências de participação, elas também aprendem que precisam efetivamente ser membros da sociedade democrática. Uma criança engajada ativamente com o mundo que tem sido encorajada desde o início a ser uma

36 Trad. nossa. No original: (...) se puede observar que la promoción de la participación infantil y juvenil se enfoca generalmente desde el marco de la construcción de una cultura democrática, enfatizando el ejercicio de los derechos humanos en la participación de niños y jóvenes como parte del proceso de desarrollo psico-afectivo y de socialización política. CORONA, Y. C.; PONTÓN, M. E. L. Promoviendo la participación infantil y juvenil en el marco de la construcción de ciudadanía. In: MORFIN, S.; CORONA, Y. C. (Coords.). Participación infantil y juvenil. UNICEF: México, 2001, p. 8.

criança e uma cidadã do mundo costuma valorizar mais sua opinião e crenças e as opiniões e crenças dos outros.³⁷

A participação infantil é compreendida, portanto, como direito fundamental, ensejando o exercício da cidadania, considerado essencial para o desenvolvimento da criança. A práxis da cidadania infantil se destaca tanto na construção dos direitos da criança, como na sua formação pessoal e identitária. É importante mediatamente pela “pedagogia cidadã” e imediatamente pela contribuição do exercício da cidadania hoje, capaz de proporcionar um adequado desenvolvimento e defesa dos direitos da criança.

Alessandro Baratta defende que os adultos devem aprender com as experiências de crianças e adolescentes no processo democrático, contrapondo-se a qualquer interpretação que os compreenda como seres não dotados de capacidade política. Nessa linha de raciocínio, deve haver a inclusão dos aprendizados e vivências de pessoas de tenra idade. É assim que Corona e Pontón (2001) compreendem que um dos elos de diversas experiências democráticas é a inclusão do adulto no trabalho com e para as crianças, tratando-se de um aprendizado multidirecional, no qual ambos conhecem outras maneiras de ver, ser e posicionar-se no mundo.

37 Trad. nossa. No original: (...) promoting meaningful and quality participation of children and adolescents is essential to ensuring their growth and development. A child whose active engagement with the world has been encouraged from the outset will be a child with the competencies to develop through early childhood, respond to educational opportunities and move into adolescence with confidence, assertiveness and the capacities to contribute to democratic dialogue and practices within the home, school, community and country.

(...) Democracy is something children learn as they develop from infancy through adolescence. When children, who are far more capable than is generally recognized, are provided the opportunities throughout their childhoods to develop the skills and competencies of participation, they also learn what they need to be effective members of a democratic society. A child whose active engagement with the world has been encouraged from the outset will be a child and citizen of the world who is more likely to value his or her own opinion and beliefs, and the opinions and beliefs of others. UNICEF. The United Nations Children's Fund. **The State of the world's children 2003**. New York: Publications Section, Division of Communication, UNICEF, 2003, p. 19)

Para essa mudança e aprendizagem, as autoras mexicanas e o italiano dizem que se fazem necessárias novas práticas nas relações familiares e escolares, bem como em espaços públicos, incluindo o mediático, de forma que o adulto abandone seu centro ou deixe de ser o padrão excludente da participação dos mais novos.

A principal fonte de proteção legal do direito à participação é a Convenção de 1989, que explicita, em seu Art. 2º, elementos “concretos” da cidadania da criança, a começar pelo princípio da igualdade o qual prevê que os Estado Partes devem respeitar e garantir os direitos da criança sem qualquer preconceito de raça, cor, sexo, idioma, crença, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiências físicas, “opinião política ou de outra índole” da criança ou de seus pais, representantes legais ou familiares.

Ora, se considerássemos as crianças como incapazes de formularem opinião política ou de qualquer outra espécie, não seria necessária a proteção da liberdade de expressão infantil, que a Convenção estabelece, pois bastava, ao contrário, apontar que a criança é “objeto” de proteção, dando importância apenas à defesa da criança contra eventuais preconceitos. Pensar somente no combate aos preconceitos seria um raciocínio excludente da participação infantil. Entretanto, há a garantia do direito de liberdade de expressão. E esse direito, por raciocínio lógico, é garantido porque ela é cidadã que reflete o mundo, uma filósofa que pensa questões mundanas³⁸.

O direito à participação na Convenção sobre os Direitos da Criança é definido com base nos seguintes artigos (ONU, 1990):

ARTIGO 12

38 Na acepção gramsciana, chama-se de filósofo do mundo aqueles que se implicam, com desejos e paixões, nas relações mundanas.

1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.
2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.

ARTIGO 13

1. A criança terá direito à liberdade de expressão. Esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e divulgar informações e ideias de todo tipo, independentemente de fronteiras, de forma oral, escrita ou impressa, por meio das artes ou por qualquer outro meio escolhido pela criança.
2. O exercício de tal direito poderá estar sujeito a determinadas restrições, que serão unicamente as previstas pela lei e consideradas necessárias:
 - a) para o respeito dos direitos ou da reputação dos demais, ou
 - b) para a proteção da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger a saúde e a moral públicas.

ARTIGO 14

1. Os Estados Partes respeitarão o direito da criança à liberdade de pensamento, de consciência e de crença.

ARTIGO 15

1. Os Estados Partes reconhecem os direitos da criança à liberdade de associação e à liberdade de realizar reuniões pacíficas.
2. Não serão impostas restrições ao exercício desses direitos, a não ser as estabelecidas em conformidade com a lei e que sejam necessárias em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou pública, da ordem pública, da proteção à saúde e à moral públicas ou da proteção aos direitos e liberdades dos demais.

A expressão de *opiniões sobre assuntos de seu interesse*; a

oportunidade de ser ouvida em processo judicial que lhe diz respeito; o acesso a informações pelo meio adequado escolhido pela criança³⁹; a liberdade de pensamento e crença; e a liberdade de associação e reunião constituem o direito à participação cidadã infantil. A Convenção, em seu artigo 23, fala ainda da participação de crianças com deficiência, incluindo a cidadania dessas pessoas (reconhecimento da identidade criança e da diferença dentro desta condição).

Em âmbito regional, a Carta Democrática Interamericana, aprovada pelos Estados Membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), durante uma Sessão Extraordinária da Assembleia Geral realizada em 11 de setembro de 2001, em Lima, Peru, prescreve:

Artículo 27

Los programas y actividades se dirigirán a promover la gobernabilidad, la buena gestión, los valores democráticos y el fortalecimiento de la institucionalidad política y de las organizaciones de la sociedad civil. Se prestará atención especial al desarrollo de programas y actividades para la educación de la niñez y la juventud como forma de asegurar la permanencia de los valores democráticos, incluidas la libertad y la justicia social.

O compromisso firmado entre os Estados americanos determina que serão desenvolvidos programas e atividades educativas capazes de assegurar uma formação pautada nos valores democráticos. Não se pode conceber educação democrática sem o exercício da própria democracia, seja em qual for o espaço político e/ou público. Além do que, a educação

39 O artigo 17 da Convenção reconhece a importância dos meios de comunicação, e determina que seja disponível à criança o “acesso a informações e materiais procedentes de diversas fontes nacionais e internacionais, especialmente informações e materiais que visem a promover seu bem-estar social, espiritual e moral e sua saúde física e mental”. ONU. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre os Direitos da Criança**, de 20 de novembro de 1989, e ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990.

tem como uma de suas finalidades, constitucionalmente previstas, o preparo para o exercício da cidadania.

No mesmo esteio, Baratta aponta a importância da participação no processo político e jurídico da criança vítima de violência:

o fato de que se leve a sério o direito da criança de elaborar suas experiências como vítima da violência, o fato de que os adultos, a família, a escola, a igreja, ofereçam à criança a oportunidade de liberar-se do peso do tabu e, desta forma, da herança da violência padecida, é também um aspecto central de uma autoanálise coletiva dos adultos, que é necessário para tratar de interromper o círculo da violência e sua reprodução ao longo das gerações.⁴⁰

Em conformidade com o exposto, a participação infantil tem seu foco em assuntos de seu interesse⁴¹. Não é demasiado afirmar que os rumos da sociedade são de interesse da criança, tendo em vista que, se uma sociedade não garante a dignidade humana de seus cidadãos, serão as crianças e os adolescentes os primeiros e os mais atingidos na violação de direitos⁴². Uma discussão e/ou deliberação democrática de políticas devem incluir as crianças em assuntos específicos e gerais.

O ECA garante o direito à participação, destacadamente na *vida política sujeita à regulamentação legal* (Art.16, VI), na *vida familiar*

40 BARATTA, A. **Infância y democracia**. Elaborado em jun. 2009. Disponível em: http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/130609/dp-infancia_democracia.pdf. Acesso em: 18 set. 2016.

41 Baratta é contrário à restrição da cidadania infantil apenas aos temas que são de seus interesses específicos, pois advoga a tese de “que em vez de uma interpretação fragmentada e estática utilizamos uma interpretação sistemática e dinâmica da Convenção, desenvolvendo seu espírito com o devido respeito à sua letra, resultará que a criança em qualquer fase de seu desenvolvimento, inclusive a criança pequena terá uma cidadania plena. Uma cidadania plena que é compatível com a devida consideração de sua diferença em relação aos adultos, ou seja, de sua identidade como criança”. Id *Ibidem*.

42 DIMENSTEIN, G. **Cidadão de papel: a infância, a adolescência e os direitos humanos no Brasil**. 21 ed. Ática, 2005.

e comunitária (Art.16, V), além de destacar a importância de a criança, sempre que possível, ser ouvida nos processos que envolvam guarda, tutela ou adoção, e na apuração de ato infracional contra adolescentes.

Como a legislação nacional faz uma ressalva, “de quando possível”, para ouvir a criança e o adolescente em processos de interesse deles, compreendemos que se deve interpretar essa possibilidade de forma ampliada, já que o Brasil é signatário da Convenção sobre os Direitos da Criança que, no Artigo 12, 2, estabelece a oportunidade de a criança ser ouvida em todo e qualquer processo que a atinja direta ou indiretamente.

Não nos olvidemos de que a Convenção, de 1989, prevê a prevalência da norma mais favorável à concretude dos direitos da criança quando há eventual conflito entre normas nacionais ou internacionais, independentemente de serem anteriores ou posteriores. É a chamada *cláusula de reserva*⁴³, *in fine*:

ARTIGO 41

Nada do estipulado na presente Convenção afetará disposições que sejam mais convenientes para a realização dos direitos da criança e que podem constar:

- a) das leis de um Estado Parte;
- b) das normas de direito internacional vigentes para esse Estado.

Em suma, o CG. nº 12/09, CDC/ONU preconiza que o direito à participação⁴⁴ das crianças não tem qualquer baliza de idade, nem deve sofrer limitações devido às capacidades diferenciadas de expressões das crianças. Ao contrário, é obrigação dos “Estados Partes acessarem

43 BARATTA, A. **Infância y democracia**. Elaborado em jun. 2009. Disponível em: <http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/130609/dp-infancia_democracia.pdf>. Acesso em: 18 set. 2016.

44 No original, em inglês, *child to be heard*. Entretanto, as doutrinas pátria e latino-americana costumam traduzir como *direito à participação*, e não *direito a ser ouvido*.

a capacidade das crianças para que elas possam formar opiniões autônomas no máximo possível”⁴⁵. Assim, o Estado tem que buscar formas diferenciadas para que as crianças exerçam o direito à participação e, conseqüentemente, achamos, a cidadania infantil.

Não se pode falar, portanto, em cidadania infantil sem a garantia do direito à participação de crianças e adolescestes. Por outro lado, é por meio do exercício do direito à participação de crianças e adolescentes que vai se delineando o conceito e se construindo o conteúdo desta cidadania, por crianças, adolescentes e adultos, em um processo de mútuo aprendizado.

5. CIDADANIA INFANTIL: DIREITO QUE SE GOSTARIA DE TER

Para podermos apontar, mesmo que apenas como indicação, uma relação entre infância e cidadania, apoiamo-nos no fato de que a cidadania é uma categoria em construção.

A discussão da criança cidadã encontrou terreno fértil no atual contexto de democratização. De acordo com Yolanda Corona e Maria Eugenia⁴⁶, existe a oportunidade para que crianças e adolescentes reconheçam seu lugar na estrutura social e para que suas opiniões ocupem espaços em agendas políticas e tomadas de decisões.

45 Trad. nossa. No original: “an obligation for States parties to assess the capacity of the child to form an autonomous opinion to the greatest extent possible” COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD. **General Comment no. 12 (2009) The right of the child to be heard**. Fifty-first session. Geneva, 25 May-12 June 2009. Disponível em: <<http://www.coe.int/t/transversalprojects/children/participation/CRC-C-GC-12.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2016, p. 6.

46 CORONA, Y. C.; PONTÓN, M. E. L. Promoviendo la participación infantil y juvenil en el marco de la construcción de ciudadanía. In: MORFIN, S.; CORONA, Y. C. (Coords.). **Participación infantil y juvenil**. UNICEF: México, 2001.

A pesquisadora Ângela Pinheiro⁴⁷, apoiando-se em Dagnino, argumenta que a existência de uma luta de sujeitos sociais para se tornarem cidadãos, nega a exclusão comumente imposta. A provocação reforça a importância de problematizar a inclusão dos sujeitos crianças em espaços públicos de discussão, inclusive nas relações de força que envolve a construção social do conceito de cidadania.

Manzini Covre entende que “a cidadania é o próprio direito à vida no sentido pleno. Trata-se de um direito que precisa ser construído coletivamente (...) incluindo o mais abrangente, o papel do(s) homem(s) no Universo”⁴⁸. A pesquisadora pensa a cidadania em termos de direitos civis, políticos e sociais. Atentemo-nos para o fato de que, aqui, não se compreende a cidadania apenas com a integração do sujeito na vida estatal, mas sim com as relações que as pessoas estabelecem com o *Universo* que nos apropriamos como *mundo*. São relações estabelecidas universalmente, como um modo de se construir humano em suas complexas relações com o mundo, independente dos Estados. É, por um lado, uma ideia de direitos humanos universais. E, por outro lado, constitui modos de as pessoas se relacionarem consigo mesmas que podem alterar o estar no mundo, deixando transparecer as criações de suas vidas como obras de arte.

“Podemos afirmar que ser cidadão significa ter direitos e deveres, ser súdito e soberano”⁴⁹. A autora se fundamenta na Declaração dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas, de 1948. Esse conceito aparentemente simples de cidadão⁵⁰ é-nos de grande valia para

47 PINHEIRO, Â. de A. A.e. **Criança e adolescente no Brasil**: porque o abismo entre a lei e a realidade. Editora UFC, Fortaleza, 2006.

48 MANZINI COVRE, M. de L. **O que é cidadania?** São Paulo: Brasiliense, 2002, p. 11.

49 Id Ibidem, p, 9,

50 Concordamos com Carvalho (2008, p. 10) que indica que, mesmo com os longos anos de esforço para construir uma ideia de cidadão brasileiro ainda temos uma sensação desconfortável de incompletudes. Entretanto, ao contrário do pesquisador,

a nossa análise, tendo em vista que estabelece dois elementos básicos da cidadania: *direitos e deveres*⁵¹.

Creemos que a ideia de *cidadão* universal pode ser relacionada com o conceito de *sujeito livre*. Se são sujeitos de direitos todas as pessoas titulares de direitos e deveres, logo, quer dizer que ser cidadão é ser sujeito de direito, nos termos da Declaração Universal de 1948. E, se há direitos, há o poder potestativo que confere ao titular a possibilidade, ou não, de exercício - mesmo que alguns direitos sejam irrenunciáveis.

Isso quer dizer que o sujeito de direitos tem um campo de possibilidade no quais diversas condutas, diversas reações e diversos modos de comportamento podem acontecer, ou seja, é um sujeito livre. Estamos aqui nos referindo a uma específica aproximação teórica entre *cidadão* e *sujeito livre*. Sabemos que essa aproximação é "arriscada", tendo em vista que o Direito pode ser visto como uma instituição disciplinar e modeladora de identidades. O *cidadão*, por exemplo, pode ser considerado como uma *identidade*, o que poderia nos levar a uma aparente contradição.

Entretanto, se compreendermos que o próprio direito internacional tem pressupostos outros, e ainda em construção, pensar o conteúdo essencial do direito à cidadania infantil, com base no Art. X, da Declaração

compreendemos que esse é um percurso ainda inconcluso e que, necessariamente, assim será, pois o direito positivo pátrio não é o fim último da cidadania, nem o único "resultado" do exercício da cidadania. Covre argumenta, por exemplo, que só existe "cidadania se houver a prática da reivindicação, da apropriação de espaços, da pugna para fazer valer os direitos do cidadão".

51 Como apontamos, são variados os conceitos de cidadania (Dagnino, Marshall e Müller são exemplos entre diversos outros renomados pesquisadores), indicamos como um esboço histórico Jaime Pinsky e Carla Pinsky. Os pesquisadores, porém, não problematizam a relação infância e cidadania, para isso, indicamos a proposta de Ângela Pinheiro. De qualquer maneira, para a finalidade específica deste artigo, o conceito mais básico (e não positivista), acima problematizado, responde aos nossos propósitos.

dos Direitos Humanos, de 1948, relacionado ao conceito de *sujeito livre* de Foucault não é contraditório. Não é contraditório, porque podemos compreender a Declaração de 1948 como um instrumento que garante possibilidades aos sujeitos; ao passo que esse instrumento internacional pode ser considerado como “disciplinador” apenas para os Estados Parte.

Ou seja, ele disciplina o Estado, pessoa jurídica de direito público, que é uma criação do Direito. Por outro lado, para os sujeitos, as pessoas físicas, a Declaração tem uma ótica universalizante de garantia do exercício dos direitos humanos, estabelecendo possibilidades diversas em um campo “delimitado” de liberdades. Justificamos, por fim, essa aproximação com vistas a problematizar o conceito de cidadania infantil, tendo em vista que os limites do direito à cidadania, positivado, carecem de um conteúdo essencial para os sujeitos crianças.

Pensamos que a cidadania infantil pode se tratar de um *direito que se tem* e de um *direito que se gostaria de ter*. Direito que se tem, porque, como apontamos, é reconhecido como direito fundamental das crianças; e direito que se gostaria de ter, tendo em vista que o conteúdo essencial desse direito fundamental não é definido.

Na verdade, mesmo que não seja contrária a ideia de *direito que se gostaria de ter*, entendemos ser mais interessante pensar a cidadania infantil com a *utopia* de Herkenhoff⁵² que se torna realidade na construção de direitos, na luta cotidiana. E é um direito a ser construído pelas crianças e com as crianças, em um exercício cotidiano do direito à participação.

Por fim, entendemos que foi importante nos aproximarmos dos conhecimentos que as crianças produzem sobre as suas relações consigo mesmas, já que isso nos indicou que elas constroem relação com a

52 HERKENHOFF, J. B. **Direito e utopia**. 5.ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1999.

cidadania. Compreendemos que é uma luta cotidiana, e rizomática, que as crianças empreendem – obviamente não uma luta “organizada” em moldes preestabelecidos. E foi essencialmente por isso que consideramos importante refletir sobre o conceito de cidadania infantil, ainda em construção. As crianças puderam se mostrar enquanto sujeitos crianças, para nós, em uma esfera pública de uma pesquisa, apontando seus cotidianos, que são mergulhados entre direitos, deveres, responsabilidades e decisões próprias.

6. DIA ORDINÁRIO DE CRIANÇA NO ASSENTAMENTO RECREIO

Propusemos, a cinco crianças, moradora do assentamento rural Recreio, no Município de Quixeramobim-Ceará, uma atividade criativa que fosse minimamente capaz de nos permitir uma aproximação com as formas que elas se relacionam consigo mesmas. Em um primeiro momento, sugerimos que as elas criassem um boneco-criança do Recreio na argila (fotografamos essas criações); e, em outro momento, pedimos para que elas escolhessem as fotos para contarem um dia inteiro dessas crianças – e é essa a técnica que iremos analisar.

Buscamos entender um pouco a obra de arte das vidas dessas crianças por meio de atividades criativas que permitissem, inclusive, que elas pensassem a si ou ao colega do assentamento. Isso porque temos o interesse de pensar os diferentes conhecimentos e formas que as crianças têm sobre si e seus pares, por meio de um estranhamento que pode fugir um pouco de um suposto modelo rígido de identidade.

Ressaltamos que a atividade artística que as crianças produziram tinha o tema gerador de um dia ordinário, justamente para buscarmos

nos aproximar das relações que elas tinham consigo mesmas no cotidiano. Raymond Williams informa-nos ainda que um dos sentidos de *ordinário* que se mantém forte é o de *esperado, regular, costumeiro*. E é precisamente esse o sentido que nos apropriamos de *ordinário*, pois pedimos que o dia relatado pelas crianças⁵³ fosse um dia *costumeiro*.

Convidamos as crianças a olhar as fotos dispersas no chão. Pedimos que cada uma escolhesse uma foto e contasse como teria sido o dia anterior da criança que estava na foto. Seria o dia de uma criança do Recreio. Os copesquisadores foram desafiados a contar esse dia desde o instante que a criança eleita abrisse os olhos até o instante que ela fechasse os olhos.

O objetivo geral dessa técnica era nos aproximarmos um pouco mais dos conhecimentos que as crianças tinham sobre seus cotidianos. Um outro fator importante que nos levou a utilizar as fotos dos bonecos que eles mesmos tinham criado era tentar gerar uma aproximação deles com os cotidianos daqueles que eles relatariam. Isso porque os cotidianos seriam de bonecos/crianças que eles tinham produzido. Ao mesmo tempo, poderíamos, indiretamente, problematizar as criações dos bonecos de argila deles, principalmente aqueles que tinham “desenhado” mais de uma obra. Pois qual delas eles elegeriam? Escolheriam as suas próprias obras?

Em respeito ao direito de imagem das crianças, resolvemos preservar seus nomes. Adotamos nomes fictícios que tinham relação com a roupa que utilizavam no dia em que as conhecemos. As crianças são: Amarelinha, 9 anos; Azulzinho, 9 anos; Quadrinhos, 12 anos; Rosinha, 9 anos; e Verdinho, 10 anos.

53 É curioso nos atentarmos para a antiga expressão gente ordinária que, Raymond Williams (2007, p. 302) diz que era utilizada comumente para designar “pessoas capazes de agir ‘por direito próprio’ nos assuntos eclesiásticos ou jurídicos”. Assim, a gente ordinária teve um conceito extremamente diverso do atualmente utilizado no Brasil e indicava uma ideia de um sujeito de direitos.

Todos selecionaram as fotos de suas próprias criações, o que indica alguma estima pelas suas próprias obras ou, no mínimo, a inibição de escolher as obras de seus pares, em vez da sua própria.

Quadrinhos escolheu a foto do casal de bonecos que ela desenhara.

- Quadrinhos: O Verdinho, ontem, ele, amanheceu o dia, acordou cedo. Tomou banho. Vestiu a farda. Foi para a escola. Aí, ele foi comprar laranja, banana mais eu. E foi para casa. Chegou em casa, ele tomou banho. Ele almoçou. Aí, ele foi lá para o Netinho, jogou bola. Aí depois ele foi para casa. Aí tomou banho e ficou assistindo televisão. Agarrou no sono assistindo televisão. (...)

- Rosinha. (Risada.) Eu num tenho certeza, porque ela não mora perto de mim.

- Eu: Não, mas pode fazer de conta que é você ou mesmo outra pessoa.

- Quadrinhos: Não, mas é ela. Ela, amanheceu o dia, ela se acordou. Escovou os dentes. É. Merendou. Talvez, foi ajudar a mãe dela lá na escola. Aí chegou da escola, ela tomou banho. Almoçou. Assistiu televisão; se não, foi para a vó dela (risos de cúmplices nos rostos, Rosinha e Quadrinhos se olham). Eu num sei...

- Eu: Não, pode contar como você imagina...

- Quadrinhos: Aí, ela chegou foi dormir. Ou, se não, assistir a alguma novela. Enfim, sei não. Se não, foi fazer a tarefa. (Sorriso animado no rosto)

- Eu: Tá certo. Quer falar mais alguma coisa? Ou alguém quer falar, o próximo?

- Quadrinhos: Ah, professor, esqueci de uma coisa. Ela foi para a escola também. De tarde.

Quadrinhos indica que, em um dia comum, Verdinho vai à escola e compra frutas para o lanche, em companhia dela. Ela me alertara, em outro momento, que eles fazem isso quando têm dinheiro. Para Quadrinhos,

ele tem uma preocupação grande com sua higiene, pois toma três banhos por dia. Essa preocupação aparentemente excessiva com a higiene pode advir tanto pelo calor do sertão central cearense, como pode ser indício de estar sob forte controle. Tem como lazeres jogar bola e assistir à televisão.

Apreendemos que Verdinho, segundo a irmã, tem certa autonomia no seu cotidiano, pois, ao menos, não foi indicado que ele deveria pedir permissão antes de fazer suas atividades rotineiras sejam elas de lazer ou obrigações. Óbvio que, ainda assim, ele pode não ter muita autonomia. Entretanto, por meio de observação participante, acreditamos que, ao menos comparativamente com a irmã, ele tem mais autonomia.

No relato de Quadrinhos, Rosinha também tem preocupação com a higiene, pois assim que amanhece o dia escova os dentes. Estuda à tarde, já que ainda está na escola do campo. Costuma ter a responsabilidade de ajudar a mãe com as crianças na creche e de fazer suas tarefas. Tem como lazeres apontados assistir à televisão, inclusive novela, e ir à casa de sua avó.

Como Rosinha desenhara a si própria, ela relatou seu dia.

- Rosinha: Eu acordei. Fui escovar os dentes. Merendei. Fiquei brincando mais o meu amigo, o Roxinho. Aí fui para a aula mais a mãe. Ajudei ela com os meninos dela. Fiquei brincando de bola mais o Vermelhinho e o Lilazinho. Aí voltei para casa. Aí cheguei aqui a mãe tinha esquecido de dar o papel para o bichinho, para a Escarlate. Aí fui lá voltei, e fui pegar a folhinha que tu mandou a gente entregar... Para o menino. Aí voltei para casa. Tomei banho. Almocei. Aí fui para a escola, quando o pai me disse. Aí, eu ia dizer a ele [Azulzinho] e a ela [Amarelinha] que era para ir lá para casa, todo mundo. Aí foi quando a gente encontrou contigo. E eu vim para cá. (Sorriso)

- Eu: Tá certo. (Risada) Fim, né, até agora?

- Rosinha: Fim. (fazendo um movimento de cima para baixo com

a mãozinha, indicando um “basta” e um sorriso.) Pronto, cheguei em casa e dormi (Riu um sorriso bem aberto, mas o escondeu com a mão).

- Eu: Ah, tu queres só terminar o teu dia? Tu disseste que estava imaginando hoje, aí só para fechar como é que foi o teu dia.

- Quadrinhos: Não foi ontem. Tá falando ontem.

- Rosinha (com um sorriso maroto no rosto): Hoje?

- Eu: É. Como você imagina que vai terminar.

- Rosinha: Ahh.

- Quadrinhos: É porque ela falou de hoje, mas ela devia ter falado de ontem.

- Eu: Eu sei, mas num tem problema não. (Viro-me para Rosinha) Até o momento em que você fechou os olhos hoje. Como é que você imagina que vai ser. Daqui para lá.

- Rosinha: Eu acho que, se a mãe for caminhar, eu vou ficar brincando mais a Marronzinha, a Amarelinha e o Azulzinho. Quando a gente voltar, eu passo na Vó Luci. Aí venho para casa também. Jantar. Assistir televisão. Tomar banho e dormir.

O dia de Rosinha foi parecido com o que Quadrinhos pensara, com mais detalhes, óbvio, sendo, talvez, um dia atípico por causa da nossa oficina. Entretanto, pode ser mesmo um dia ordinário, devido ao fato de ela se considerar “acostumada” conosco, especialmente, porque é na casa dela e de seus pais que nos hospedamos, quando vamos ao Recreio.

Ela tem que cuidar da higiene. Presenciamos, por meio de observação participante, a “dificuldade” que é para Rosinha tomar banho pela manhã e à noite antes do jantar. No caso dela, inferimos que a higiene é uma forma de disciplinamento infligida pelos pais.

Rosinha tem lazer com amigos, com a televisão e na casa da avó. Tem como responsabilidades principais⁵⁴ ajudar a mãe na escola, fazer

⁵⁴ Acrescentaríamos como uma responsabilidade importante da Rosinha enxugar as louças. Fatinha não dispensa que ela as enxugue. Rosinha executa essa tarefa sem reclamar e

seus deveres de casa e outras pequenas atividades imprevistas que seu pai pede ou mesmo com a nossa pesquisa.

Azulzinho escolheu o boneco que tinha feito na primeira oficina, em vez da boneca Azulzinha que ele apresentara⁵⁵. Esse boneco também o representava.

Eu acordei. Merendei. Escovei os dentes. Aí fui brincar de bola mais... só. Aí quando eu voltei, fui tocar uma bateriazinha que eu fiz. Aí, quando deu onze horas, eu fui tomar banho para mim ir para a escola. Almocei e vim para a escola. Aí, quando eu voltei, é: comi. Assisti televisão. Aí assisti à novela “Rebelde”. E fui dormi.

Azulzinho também se preocupa com a higiene. Tem como lazeres jogar bola, inclusive sozinho, tocar instrumentos que constrói e assistir à televisão. Aqui apontamos uma singularidade de modos de ser criança no quesito lazer: tocar um instrumento musical construído pela própria criança com a “bateriazinha”. Azulzinho indica como responsabilidade ir à escola e o disciplinamento com o horário.

A Amarelinha elegeu a foto da boneca de arte vazada, ao invés

com certo respeito à mãe. Isso não quer dizer, entretanto, que ela não tente se esquivar da tarefa quando pode. A mãe constantemente ergue a voz para que ela cumpra sua tarefa. Normalmente, Rosinha deveria enxugar as louças antes de ligar a TV, mas, às vezes, ela dá um jeito de enrolar temporariamente. Mas é só temporariamente, pois Fatinha a chamará, e Rosinha irá enxugar. Presenciamos, entretanto um dia curioso em que Rosinha estava empolgadíssima assistindo ao desenho animado *Madelaine*. Fatinha já tinha chamado a filha algumas vezes. Foi preciso o “agora” para que Rosinha resolvesse se mexer. Normalmente ela desligaria a TV, iria à cozinha e voltaria depois. Dessa vez, entretanto, fez diferente. Ela trouxe as louças para enxugar na sala. Fatinha (espantada e em tom de voz alto): “Rosinha eu num acredito não, Rosinha. Tu trouxe as louças para sala, menina!! Pode voltar! Essa menina tem cada arrumação.” Fatinha saiu para continuar lavando roupas. Rosinha puxou uma cadeira para sentar, e outra para acomodar as louças enxutas. As louças molhadas estavam no chão.

55 Azulzinho criou dois bonecos. Entretanto, depois do sarcasmo de uma colega com o seu boneco que mais parecia, segundo ela, com aquele homem bem verde (Hulk), ele resolveu criar uma boneca.

daquela maciça que ela apresentara na primeira oficina⁵⁶. Lembrando que Amarelinha não quis desmanchar sua boneca de arte vazada, ao contrário de Azulzinho que optou por desfazer seu bonequinho. Ela foi forçada a desmanchar sua primeira arte por não saber como a transportar.

- Amarelinha: Eu. (Com um sorriso no rosto.) Ontem eu me acordei. Escovei os dentes. Arrumei minha irmã. Fui deixar ela na escola. Voltei. Aí fui botar água nos potes. Quando foi umas dez e meia, eu fui buscar ela. Aí, voltei, assisti o “Super choque”... o “maluco no pedaço”.... Aí fui tomar banho.... Almocei... Me arrumei e vim para a escola. Aí, quando foi umas cinco horas, eu vim para casa. Aí quando eu cheguei em casa, eu troquei de roupa. Aí fui lá para casa brincar mais o Azulzinho, a Marronzinha e a Rosinha. Aí foi. Cheguei em casa. Assisti “Rebelde”. Depois fui tomar banho. Jantei e fui dormir.

Amarelinha tem o seu dia todo marcado pelo disciplinamento do horário que se imiscuem com as obrigações. Quando acorda é a hora de cuidar das suas obrigações com a higiene; em seguida, é hora de preocupar-se com a de sua irmã (aponta como obrigações a arrumação da irmã⁵⁷). Depois, é a hora de deixar a irmãzinha. E, na continuação, a obrigação de colocar a água nas vasilhas. Em seguida, a obrigação da hora de buscar a irmã na escola. Aí vem a hora do lazer com a TV. Logo, as obrigações com sua higiene e com a ida à escola. Posteriormente, a hora de voltar para casa. Depois a obrigação de não sujar a farda. E, novamente, ela terá a hora do lazer para brincar com amigos e para assistir à televisão.

56 Amarelinha também tinha feito duas bonecas. Inicialmente, uma boneca de palitinhos; posteriormente, com a mudança do local da oficina, uma maciça.

57 Essa responsabilidade nos parece se confundir muito com uma obrigação marcadamente de um adulto, indicando existir um *status* próximo à fase adulta. MEYROWITZ, J. **No sense of place**: the impact of electronic media on social behavior. New York; Oxford: Oxford University Press, 1985.

O Verdinho escolheu seu “desenho” que tinham dois meninos.

- Verdinho: Um aqui é eu. Eu acordei. É. Me arrumei. Fui para a escola. Aí brinquei na hora do intervalo. Aí quando terminou a escola, eu peguei o ônibus, vim para casa. Almocei. Fui ajudar os homens a cortar ferro para fazer o negócio da cisterna. Depois fui brincar de bola mais o Jogador 1 e o Jogador 2. O Jogador 3 e a Jogadora 4.

Aí o outro é o Cinzinha. Ele se acordou. Foi tirar o leite.

- Quadrinhos (sussurrando): Foi buscar forragem.

- Verdinho (irritou-se com o comentário da Quadrinhos, repreendendo-a com o olhar): Aí se arrumou. Foi para a escola. Saiu da escola. Chegou, almoçou. Deitou um instantinho. Foi buscar forragem. Passou forragem no motor. À noite, ele pegou e foi assistir televisão. E foi dormir.

- Eu: E o Jogador 1 tem quantos anos? O Cinzinha, desculpa.

- Verdinho: 15 ou 16.

Verdinho deixa subentendido que se preocupa com sua higiene, já que se arruma. Tem como responsabilidades destacadas ir à escola e ajudar os homens do Assentamento. Como lazer jogar futebol com os amigos e brincar no intervalo da aula. Ele foi o único que não apontou a televisão como lazer.

Cinzinha, um adolescente, também tem uma preocupação subentendida com a sua higiene. Tem como responsabilidades tirar o leite da vaca, ir à escola e cuidar do motor. Como lazer assiste à TV e joga futebol.

Podemos perceber com base nos processos acompanhados das crianças, em um relato de seus cotidianos, que elas indicam dois elementos basilares, quais sejam direitos e deveres, tal qual o conceito de cidadão universal argumentado por Manzini Covre. Quanto aos deveres, são apontados reiteradamente, pelo grupo, ir à escola, cuidar da higiene

pessoal e o disciplinamento do horário. Quanto aos direitos, foram citados por todos o lazer (brincar, jogar futebol, assistir à TV) e a alimentação (comer, merendar, almoçar e jantar).

Destacamos, inicialmente, que todos citaram a televisão na descrição do cotidiano. A única aparente exceção ficou com Verdinho ao falar de seu dia. Porém, o Verdinho, no relato de sua irmã, Quadrinhos, assistiu à televisão. E ele próprio contou que o amigo, Cinzinha, assistiu à TV. Ou seja, o Verdinho citou a televisão no cotidiano do amigo e, segundo sua irmã, em seu cotidiano ele assiste à TV. Isso implica dizer que a televisão não ficou de fora de nenhum dos relatos, e aparentemente integra o cotidiano das cinco crianças que compõem a pesquisa.

Quanto aos deveres, são apontados por eles ir à escola e cuidar da higiene pessoal. Esses deveres podem conotar tanto uma ideia de sujeito ao disciplinamento familiar, comunitário - Será que eles dizem que gostam de cuidar da higiene por "rondarem" o território da identidade cidadã esperada para as crianças no assentamento? Será que a mediação dos constantes apelos publicitários para a higiene tem expressão importante? -, como podem indicar a noção de um sujeito livre - Eles podem gostar do banho, por exemplo, para se refrescar, já que moram no Sertão Central do Ceará, reconhecidamente quente. Podem ainda simplesmente escolher cuidar da higiene, porque creem ser melhor para suas saúdes.

Individualmente, apontamos uma singularidade de modos de ser criança no quesito lazer: tocar um instrumento musical construído pela própria criança, como a "bateriazinha".

No quesito responsabilidade, indicamos como singularidades individuais:

1. Tirar o leite da vaca;

2. Cuidar da irmã mais nova;
3. Encher as vasilhas de água; e
4. Controlar a manutenção do motor.

Os apontamentos identificam que, apesar de algumas responsabilidades comuns (majoritariamente a escola e a higiene), há diversas outras responsabilidades que as crianças do Recreio têm.

8. CONCLUSÃO

As crianças, enquanto grupo, problematizaram alguns modos comuns de se constituir criança no cotidiano do Recreio. Esses modos envolvem a preocupação com *deveres* e a descrição/apontamentos de *direitos*. Esse fato nos faz relacionar *a obra de arte* de se construir criança em um dia ordinário do Assentamento Recreio com *a ideia de cidadão universal*.

Ademais, a construção dessas obras de arte do cotidiano, produzidas pelas crianças, foi um exercício do direito à participação infantil no espaço público de discussão de uma pesquisa-intervenção. Como discutimos acima, a participação das crianças é importante para pensar o conceito, em construção, da cidadania infantil, uma vez que pode nos fornecer elementos interpretativos que podem fundamentar o conteúdo essencial do exercício da cidadania de crianças, que é considerado um direito fundamental (Art. 5º, LXXVIII, CF/88, combinado com Art. 3º, do ECA).

Para finalizarmos em um diálogo com as vozes das crianças, ressaltamos o fato de que todas as crianças indicaram especificamente dois direitos: lazer (com a televisão, a companhia dos amigos e a brincadeira com bola) e alimentação (comer, merendar, almoçar e jantar).

No que concerne ao direito ao lazer, especificamente em atividades lúdicas, podemos compreender as crianças do Recreio como *sujeitos*

livres, especialmente porque elas decidem, dentre o campo de possibilidades de brincadeiras que visualizam, aquela a qual irão conduzir (jogar bola, tocar a bateriazinha, brincar com os amigos). No lazer que envolve a televisão, diversos programas são passíveis de ser assistidos. Entretanto, as crianças, na presença dos pais, podem estar sujeitas ao disciplinamento deles.

O direito à alimentação parece estar bastante relacionado ao disciplinamento do horário, pois parece marcar algumas atividades cotidianas. Não pudemos inferir, apenas com essa técnica, se realmente as crianças entendem a alimentação como um direito; entretanto, com outra técnica da mesma pesquisa-intervenção, inferimos que, a depender do “cardápio”, eles sem sombra de dúvidas, entendem como um direito.

As crianças apontaram também deveres comuns, principalmente a higiene pessoal; a responsabilidade de vestir a farda; a alimentação, a ida à escola; e a disciplina com o horário.

Quanto à escola percebemos enunciações que expressaram um tom meio “repetitivo/cansativo”. Aparentemente é uma indicação de que vão à escola por dever/obrigação. É interessante ainda problematizar que as crianças compreendem que ir à escola é um dever. Entretanto, comumente, entendemos com base na produção normativa, tanto nacional, como internacional, que a educação é um direito, tanto que assim o chamamos. Percebamos que um *direito* na cultura que o adulto cria para a infância interliga-se como um *dever* para as crianças que o vivenciam.

É válido ressaltar, entretanto, que a educação para as crianças, de 04 a 17 anos, no Brasil, é obrigatória, ou seja, é um direito e ao mesmo tempo um dever, pois não é dado as crianças e/ou suas famílias optar por não ir a escola. Se não forem, deve haver a intervenção de diversos atores estatais: Conselho Tutelar, Ministério Público etc. As construções jurídicas

adultizadas, ao menos em parte, a respeito do direito à educação, diferem das relações artísticas que as crianças fazem de si mesmas em um dia ordinário no Recreio em que têm o dever de ir à escola.

Ademais, o estar na escola foi apresentado como um período “nebuloso”, pois o que fazem na escola? Estudam português, ciências e matemática? Brincam? Atentemo-nos que eles descreveram melhor as ações caseiras e comunitárias, apontando, por exemplo, que escovaram os dentes, tomaram banho, fizeram a lição de casa, ajudaram o pai, deram avisos aos amigos etc. Por que a falta de detalhamento de uma atividade razoavelmente longa? Por que é repetitivo? É quase mecânica a ida à escola? É chata?

As crianças se veem responsáveis por algumas tarefas familiares e/ou relacionadas à vida comunitária do Assentamento, constituindo-se como sujeitos que têm deveres, como tirar o leite da vaca, arrumar a irmãzinha, controlar a manutenção do motor e encher as vasilhas. E, ao passo que também se constituem como sujeitos que têm direitos, elas indicam, portanto, um âmbito possível de análise do conteúdo essencial da cidadania infantil. Podemos expressá-lo pela participação na vida comunitária e familiar, no caso das obras de artes que as crianças do Assentamento Recreio criaram em suas relações num dia ordinário.

Encerramos expondo que essa argumentação foi uma tentativa de problematizar o campo do Direito com os *mundos culturais da infância*, buscando *elaborar* o direito *achado* na “estrada de barro”, onde sujeitos crianças correm, brincam, expressam-se, criam relações consigo, entre si, com os adultos e com o Universo, e “discuti-lo” com a comunidade acadêmica e com as “ruas”. Afirmamos que é uma discussão, até porque finalizamos com desafios importantes a serem investigadas mais a fundo em conversas com as crianças da zona rural e do perímetro urbano.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, K. F. de; e ROCHA, M. L. da. Micropolítica e o exercício da pesquisa-intervenção: referenciais e dispositivos em análise. **Psicol. Cienc. prof.** v. 27 n. 4, Brasília, dez. 2007.

AGUIAR, K. F. de; e ROCHA, M. L. da. Pesquisa-Intervenção e a produção de novas análises. **Psicol. Cienc. Prof.** v. 23 n. 4, Brasília, dez. 2003.

ALEXY, R. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Carlos Bernal Pulido. 2.ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

ALVES-MAZZOTTI, A. J. Usos e abusos dos estudos de caso. **Cadernos de Pesquisa**, v. 36, n. 129, p. 637-651, set/dez. 2006.

BARATTA, A. **Infância y democracia**. Elaborado em jun. 2009. Disponível em: < http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/130609/dp-infancia_democracia.pdf>. Acesso em: 18 set. 2016.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acessado em 18 de junho de 2012.

_____. **Lei nº 8.069/90**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Publicado no D.O.U., em 16 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm.> Acesso em: 19 jun. 2016.

BROGGI, F.; PIROTTA, K. C. M. O instituto disciplinar e a discriminação da infância em São Paulo. **Projeto História**, São Paulo, v. 55, p. 149-188, jan.-abr., 2016.

BUARQUE, C. **O saber achado na rua**. In: SOUSA JÚNIOR, J. G. de.(Org.). **O direito achado na rua**. 3.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1990.

CASTRO, L. R. de; e BESSET, V. L. (Orgs.). **Pesquisa-intervenção na infância e juventude**. Rio de Janeiro: Tarepa/FAPERJ, 2008.

CARVALHO, J. M. de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. 11.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD. **General Comment nº. 12 (2009) The right of the child to be heard**. Fifty-first session. Geneva, 25 May-12 June 2009. Disponível em: <http://www.coe.int/t/transversalprojects/children/participation/CRC-C-GC-12.pdf>. Acessado em: 19 de set. de 2016.

CORONA, Y. C.; PONTÓN, M. E. L. Promoviendo la participación infantil y juvenil en el marco de la construcción de ciudadanía. In: MORFIN, S.; CORONA, Y. C. (Coords.). **Participación infantil y juvenil**. UNICEF: México, 2001.

DIMENSTEIN, G. **Cidadão de papel**: a infância, a adolescência e os direitos humanos no Brasil. 21.ed. Ática, 2005.

FERNANDES, A. H.; OSWALD, M. L. B. M. A recepção dos desenhos animados da TV e as relações entre a criança e o adulto: desencontros e encontros. **Cad. Cedes**, Campinas, vol. 25, n. 65, p. 25-41, jan./abr., 2005.

FOUCAULT, M. Sujeito e Poder. In: DREYFUS, H. L. **Michel Foucault, uma trajetória filosófica**: (para além do estruturalismo e da hermenêutica). Trad. Vera Porto Carrero. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995-a.

FOUCAULT, M. Michel Foucault entrevistado por Hubert L. Dreyfus e Paul Rabinow. In: DREYFUS, H. L. **Michel Foucault, uma trajetória filosófica**: (para além do estruturalismo e da hermenêutica). Trad. Vera Porto Carrero. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995-b.

HABERMAS, J. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto a uma categoria de sociedade burguesa. Trad. de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

HERKENHOFF, J. B. **Direito e utopia**. 5.ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1999.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 8.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LYRA FILHO, R. Por que estudar direito, hoje? In: SOUSA JÚNIOR, J. G. de.(Org.). **O direito achado na rua**. 3.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1990.

MACHADO, M. de T. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Editora Manole Ltda, 2003.

MANZINI COVRE, M. de L. **O que é cidadania?** São Paulo: Brasiliense, 2002.

MEYROWITZ, J. **No sense of place**: the impact of electronic media on social behavior. New York; Oxford: Oxford University Press, 1985.

OEА. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Carta Democrática Interamericana**, aprovada na Sessão Extraordinária da Assembleia Geral realizada em 11 de setembro de 2001. Assinada na mesma data.

ONU. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre os Direitos da Criança**, de 20 de novembro de 1989, e ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990.

ONU. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, adotada e proclamada pela resolução 217 A (III), da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. Assinada pelo Brasil na mesma data.

PINHEIRO, Â. de A. A. **Criança e adolescente no Brasil: porque o abismo entre a lei e a realidade**. Editora UFC, Fortaleza, 2006.

PINSKY, J.; PINSKY, C. B. (Orgs.). **História da cidadania**. 5.ed., São Paulo: Contextos, 2010.

SARMENTO, M. J. Gerações e alteridade: interrogações a partir da sociologia da infância. **Educ. Soc.**, v. 26, n. 91, Campinas maio/ago, 2005.

_____. Imaginário e culturas da infância. **Cadernos de Educação**, Pelotas, v.12, p. 51-69, 2003.

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOARES, N. F.; SARMENTO, M. J.; TOMÁS, C. A. Research on childhood and children as researchers: participatory methodologies of social worlds of the children. In: SIXTH INTERNATIONAL CONFERENCE ON SOCIAL METHODOLOGY. Amsterdam. **Anais...** Amsterdam, 16-20 August, 2004.

THOMPSON, J. B. **Ideologia e cultura moderna**: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa. Petrópolis: Vozes, 1995.

UNICEF. The United Nations Children`s Fund. **The state of the word`s children 2003**. New York: Publications Section, Division of Communication, UNICEF, 2003.

WILLIAMS, R. **Palavras-chave**: um vocabulário de cultura e sociedade. Trad. Sandra Guardini Vasconcelos. São Paulo: Boitempo, 2007.

**Personalidade
jurídica e
responsabilidade
civil do microempreendedor
individual**

*Legal personality and civil responsibility
of the individual microentrepreneur*

Alisson Victor Rodrigues Barros

- » Bacharel em Direito pela Universidade Estácio do Ceará
- » Pós Graduação em Direito Público pela Faculdade Entre Rios do Piauí
- » Funcionário do Banco do Nordeste com experiência de 08 anos em Microcrédito e Microfinanças
- » Email: alissonjp@gmail.com

RESUMO

Milhões de unidades produtivas de pequeno porte operam na informalidade no Brasil, estruturadas com o objetivo de complementar ou mesmo de constituir a renda familiar dos seus empreendedores. O presente trabalho tem o intuito de analisar a personalidade jurídica e a responsabilidade civil da figura do Microempreendedor Individual (MEI). Trataremos do contexto da criação do MEI, dos critérios para sua aquisição de personalidade jurídica e da necessidade de limitação de responsabilidade civil em face da confusão patrimonial entre empreendedor e empreendimento. Será apresentada jurisprudência e doutrina acerca do tema, visando ampliar a discussão sobre formalização de pequenas unidades produtivas. A metodologia utilizada é bibliográfica, teórica e descritiva, com predominância indutiva. Conclui-se que o Microempreendedor Individual carece de personalidade jurídica e de limitação da responsabilidade do empreendedor ante o risco do empreendimento, haja vista sua confusão patrimonial.

PALAVRAS-CHAVES

Microempreendedor individual. Aquisição de personalidade jurídica. Responsabilidade civil.

ABSTRACT

Millions of small productive units are operating on informality in Brazil, structured with the purpose of supplementing or even provide the family income of their entrepreneurs. This study aims to examine the legal personality and the civil responsibility of the Individual Microentrepreneur (IM). We will deal the context of the creation of the IM, the criteria for its acquisition of legal personality and the necessity of

limiting civil responsibility in view of the patrimonial confusion between venture and entrepreneur. Jurisprudence and doctrine will be presented on the subject, aiming to broaden the discussion on the formalization of small production units. The methodology is bibliographic, theoretical and descriptive with inductive predominance. We conclude that the Individual Microentrepreneur lacks legal personality and limitation of civil responsibility of the entrepreneur at the risk of the venture, given his patrimonial confusion.

KEYWORDS

Individual Microentrepreneur. Acquisition of legal personality. Civil responsibility.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2. Conceito de Microempreendedor Individual, seu contexto jurídico e a motivação das Leis Complementares 123/2006 e 128/2008. 3. A confusão patrimonial do Microempreendedor Individual na apuração e indenização por responsabilidade civil. 4. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

Milhões de unidades produtivas de pequeno porte operam na informalidade no Brasil, estruturadas com o objetivo de complementar ou mesmo de constituir a renda familiar dos seus empreendedores. Tais empreendimentos apresentaram, em 2010, um resultado econômico estimado em cerca de 18% do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro¹. Evidente que, operando na informalidade, estas unidades econômicas também causam impacto financeiro oriundo das perdas de arrecadações devidas pelo seu funcionamento.

Buscando minorar tais impactos, o Governo vem estimulando a formalização desses pequenos empreendimentos. Dentre as ações de formalização, destaca-se o advento das Leis Complementares 123, de 2006; e 128, de 2008, as quais modificaram o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, e criaram uma nova figura: o Microempreendedor Individual (MEI).

Haja vista ser recente no ordenamento jurídico brasileiro, o MEI tem encontrado indefinição no tocante a seus caracteres de personalidade jurídica e responsabilidade civil. Carece de maior discussão a impossibilidade de se encarar empreendimento e empreendedor de forma dissociada, haja vista sua pequena estrutura física e financeira, comumente confundidas como sendo uma só, e a busca de soluções para dar maior viabilidade às formalizações pretendidas pela iniciativa governamental.

O desenvolvimento do presente artigo se estrutura em três tópicos.

1 ESTADÃO. Economia informal representa 18,3% do PIB do Brasil. Publicado em 22 jul. 2010. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/economia+geral,economia-informal-representa-183-do-pib-do-brasil,28488,0.htm>>. Acesso em: 30 set. 2014.

No primeiro, é trazido o contexto da criação do Microempreendedor Individual, ressaltando as características do público abrangido pelas Leis Complementares 123/2006 e 128/2008, os parâmetros de enquadramento no MEI e seu procedimento simplificado de formalização.

Na segunda seção busca-se verificar a aquisição de personalidade jurídica pelo MEI. Para tanto, é feita uma comparação tomando por base o Empresário Individual, definido no Art. 966 do Código Civil e a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada - Eireli, inserida no inciso VI do Artigo 44 do Código Civil, pela Lei 12.441 de 2011.

Na terceira seção são utilizados os mesmos parâmetros de comparação em busca de verificar a existência de confusão patrimonial entre MEI e empreendedor na apuração de responsabilidade civil, e identificar eventuais necessidades de evolução na legislação, como por exemplo, de limitação de responsabilidade.

Como metodologia utilizou-se de pesquisa bibliográfica e teórica na conceituação de personalidade jurídica e de responsabilidade civil. Em seguida foi adotada metodologia descritiva, indutiva e de analogia para estabelecimento de parâmetros de comparação do MEI com Empreendedores Individuais e Eireli e a verificação da aquisição de personalidade jurídica e da apuração de responsabilidade civil do Microempreendedor Individual.

Espera-se, com este texto, estimular o debate sobre a formalização das unidades produtivas de pequeno porte, contribuir com a apresentação de algumas das necessidades destes empreendimentos e com o amadurecimento do olhar jurídico sobre o Microempreendedor Individual face à crescente demanda por esta modalidade empresarial.

2. CONCEITO DE MICROEMPREENDEDOR INDIVIDUAL, SEU CONTEXTO JURÍDICO E A MOTIVAÇÃO DAS LEIS COMPLEMENTARES 123/2006 E 128/2008

Dados da ECINF - Pesquisa de Economia Informal Urbana - de 2003² apontam a existência de mais de 10 milhões de empreendedores operando na informalidade. Pedreiros, encanadores, ambulantes, proprietários de lojinhas de praia, donos de carrinhos de alimentos: essas pequenas unidades produtivas normalmente surgem como fonte alternativa de renda para a família do empreendedor e são caracterizadas pela mão de obra prestada pelos próprios entes, geram poucos empregos - também informais - e auferem baixo faturamento.

Por exercerem atividades de forma não regulamentada, tais empreendedores não pagam tributos ou impostos pela sua realização, e, por conseguinte, ficam à margem dos benefícios da previdência social - seguro saúde, desemprego, aposentadoria. Salta à realidade o fato de que o volume de negócios gerados na chamada “economia subterrânea” - toda aquela produção de bens e serviços não informados ao Governo - tem ultrapassado os R\$ 570 bilhões por ano, gerando uma perda em arrecadações anuais da ordem de R\$ 200 bilhões³.

Notadamente, os empreendedores mencionados pelo Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE) encontram semelhança, no Ordenamento Jurídico Brasileiro, com o tradicional

2 SEBRAE. Boletim Economia Informal Urbana. Publicado em 07.2005. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812B62D40E012B6E46F1ED009B/economia_informal_urbana.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2014.

3 ESTADÃO. Economia informal representa 18,3% do PIB do Brasil. Publicado em 22.07.2010. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/economia+geral/economia-informal-representa-183-do-pib-do-brasil,28488,0.htm>>. Acesso em 30.09.2014.

conceito apresentado pelo Art. 966 do Código Civil de 2002, o qual traz a figura do Empresário, como sendo o responsável pelo exercício profissional de “atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. Aduz Sérgio Campinho (2010, p. 11) que a empresa, por sua vez, “apresenta-se como um elemento abstrato, sendo fruto da ação intencional do seu titular, o empresário [...]”.

Evidente que tais conceitos, a despeito de estarem contemplados em normas e doutrinas, também encontram fundamento na dinâmica da sociedade de consumo, onde o simples encontro de oferta e procura, por muitas vezes, regula as relações entre produtores e fornecedores, e destes com os destinatários dos produtos e serviços que oferecem.

Faz-se necessário apontar que parte desse dinamismo se deve ao cenário socioeconômico em que se insere cada ator desses elos produtivos. Dentre as atividades de pequeno porte, por exemplo, é comum se deparar com situações de práticas notadamente empresariais que não são plenamente abrangidas pela legislação – e bastante carentes disso.

O conhecimento público das lacunas jurídicas no alcance aos empreendimentos de pequeno porte e da oportunidade de reverter problemas previdenciários e de sangria de recursos junto aos cofres públicos foram fatores determinantes para o Governo Federal implementar medidas para estimular a formalização desses empreendimentos. Citam-se, dentre elas, a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 (LCP 123/2006), a Lei Complementar nº 128, de 19 de dezembro de 2008 (LCP 128/2008), bem como a criação de órgãos de controle e estímulo à legalização, como o Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN).

A Lei Complementar nº 123 de 2006 trouxe, em seu Art. 1º, o objetivo de dar tratamento jurídico diferenciado no sentido de favorecer as microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes

da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, especialmente no que se refere à arrecadação de impostos e contribuições de cada ente, ao cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias, e do acesso a crédito e a mercado.

O tratamento diferenciado seria dado somente às microempresas e empresas de pequeno porte devidamente registradas no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, sendo enquadradas como microempresas aquelas com faturamento anual de até R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e empresas de pequeno porte as com faturamento anual acima desse patamar, até o limite de R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais) de faturamento ao ano.

O Art. 12 da LCP 123/2006 instituiu o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, que agrega, em um documento único de arrecadação, os impostos e contribuições devidos pelas microempresas e empresas de pequeno porte, discriminados no Art. 13 da Lei Complementar:

Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

I - Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ;

II - Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, observado o disposto no inciso XII do § 1º deste artigo;

III - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL;

IV - Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, observado o disposto no inciso XII do § 1º deste artigo;

V - Contribuição para o PIS/Pasep, observado o disposto no inciso XII do § 1º deste artigo;

VI - Contribuição Patronal Previdenciária - CPP para a Seguridade

Social, a cargo da pessoa jurídica, de que trata o Art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, exceto no caso da microempresa e da empresa de pequeno porte que se dedique às atividades de prestação de serviços referidas no § 5º-C do Art. 18 desta Lei Complementar;

VII - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS;

VIII - Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS.

Estavam lançadas, portanto, as bases de regulamentação e tributação para se alcançarem os empreendimentos identificados na Ecinf 2003. Entretanto, quando de sua edição, a Lei Complementar 123, de 2006, não conseguiu alcançar uma parcela – considerável – de empreendedores que, devido ao baixo faturamento se encontravam impossibilitados de arcar com os custos da formalização e com os tributos devidos por uma empresa.

Havia de se tomar em conta que, apesar de terem intensa movimentação financeira, grande parte dos empreendimentos não tinham estrutura financeira que extrapolasse o próprio empreendedor. Por simplificados que fossem, os impostos e contribuições ainda geravam impacto na economia doméstica do pequeno empresário e, por isso, eram pouco atraentes. Faltava base legal para redução desses custos.

De encontro a esta necessidade, vieram alterações na LCP 123/2006, pelas LCP 128/2008 e 139/2011. Torna-se marcante o sentido inclusivo dessas Leis Complementares quando o legislador vai além das microempresas e empresas de pequeno porte e, modificando o §1º do Art. 18-A da LCP 123/2006, acrescenta uma nova figura jurídica, a qual será objeto de estudo deste trabalho: o Microempreendedor Individual.

Definiu, então, o Art. 18-A e seu §1º da Lei Complementar 123/2006:

Art. 18-A. O Microempreendedor Individual - MEI poderá optar

pelo recolhimento dos impostos e contribuições abrangidos pelo Simples Nacional em valores fixos mensais, independentemente da receita bruta por ele auferida no mês, na forma prevista neste artigo.

§ 1º Para os efeitos desta Lei Complementar, considera-se MEI o empresário individual a que se refere o Art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), que tenha auferido receita bruta, no ano-calendário anterior, de até R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), optante pelo Simples Nacional e que não esteja impedido de optar pela sistemática prevista neste artigo.

Evidente a clareza do dispositivo ao considerar, portanto, o Microempreendedor Individual (MEI) como um empresário individual, definido no Art. 966 do Código Civil. O que o diferencia dessa pessoa jurídica são os benefícios concedidos pela LCP 123/2006, tendo em vista o seu menor faturamento - até R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) - e, conseqüentemente, a sua menor estrutura física e administrativa.

A opção do empreendedor pelo MEI o enquadra automaticamente no Simples Nacional e nos benefícios que a LCP 123/2006 trouxe, por meio dos incisos IV, V e VI do Art. 18-A:

[...] IV - a opção pelo enquadramento como Microempreendedor Individual importa opção pelo recolhimento da contribuição referida no inciso X do § 1º do Art. 13 desta Lei Complementar, na forma prevista no § 2º do Art. 21 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991;

V - o Microempreendedor Individual recolherá, na forma regulamentada pelo Comitê Gestor, valor fixo mensal correspondente à soma das seguintes parcelas:

- a) R\$ 45,65 (quarenta e cinco reais e sessenta e cinco centavos), a título da contribuição prevista no inciso IV deste parágrafo;
- b) R\$ 1,00 (um real), a título do imposto referido no inciso VII do caput do Art. 13 desta Lei Complementar, caso seja contribuinte do ICMS; e

c) R\$ 5,00 (cinco reais), a título do imposto referido no inciso VIII do caput do Art. 13 desta Lei Complementar, caso seja contribuinte do ISS;

VI - sem prejuízo do disposto nos §§ 1º a 3º do Art. 13, o MEI terá isenção dos tributos referidos nos incisos I a VI do caput daquele artigo, ressalvado o disposto no Art. 18-C.

Também de forma automática, ao se inscrever como MEI, o empreendedor recebe o seu certificado de registro como Microempreendedor Individual, bem como o carnê de pagamento mensal, com o qual realiza o recolhimento dos tributos e contribuições descritos nas alíneas de “a” a “c” do inciso V do Art. 18-A. Atualmente todo o processo de credenciamento é realizado por meio do Portal do Empreendedor⁴, na Internet.

É, portanto, recente a existência da figura do Microempreendedor Individual e, dada a escassez de legislação sobre o tema, são abertas inúmeras discussões a seu respeito. Dentre essas discussões ressaltam-se as que tratam da existência de personalidade jurídica do empreendedor individual e da confusão física entre empreendimento e empreendedor, na seara de responsabilidade civil.

2.1 A personalidade jurídica do Microempreendedor Individual

Na lição de Reale (2005, p. 232), “[...] personalidade é a capacidade *in abstracto* de ser sujeito de direitos e obrigações, ou seja, de exercer determinadas atividades e de cumprir determinados deveres decorrentes da convivência em sociedade”. A personalidade é atributo amplamente distribuído aos seres humanos, como acrescenta Gonçalves (2008, p. 70), ao afirmar que “Todo aquele que nasce com vida torna-se uma pessoa,

⁴ Portal de internet mantido pela parceria entre Ministério do Trabalho e Emprego e SEBRAE - Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas - por meio do site www.portaldoeempreendedor.com.br; o qual agrega informações sobre o Microempreendedor Individual, procedimentos de cadastro, vantagens da formalização e outras de interesse do público-alvo da LCP 123/2006.

ou seja, adquire personalidade.” É um caractere básico para a inserção e atuação da pessoa na ordem jurídica.

Entretanto, para ser possível o exercício de atos e por eles serem responsáveis, as pessoas necessitam ter, também, capacidade jurídica. Esta varia entre os indivíduos conforme sejam as realidades de cada um. Por exemplo, uma criança não é capaz de responder por atos na vida jurídica, se não estiver acompanhada por seu representante legal.

A definição técnica de pessoa jurídica surge da realização de atos jurídicos não somente entre indivíduos, mas também entre indivíduos e grupos e, ainda, entre grupos. Já a sua definição tradicional conceitua que pessoa jurídica é uma entidade que se forma quando pessoas se reúnem para realizar um fim comum. Tem se observado, entretanto, a evolução conceitual da pessoa jurídica, a qual passa a abranger também a unidade do empresário, sem, entretanto, tanger sua pessoa natural - física - mas um ente abstrato semelhante ao da pessoa juridicamente formada por um grupo. Por essas definições o Direito dá personalidade e capacidade jurídica de determinada instituição ou entidade ser sujeito de direitos e obrigações.

O rol de pessoas jurídicas no ordenamento jurídico brasileiro é dado pelo Art. 40 e seguintes do Código Civil, cujo *caput* classifica: “Art. 40. As pessoas jurídicas são de direito público, interno ou externo, e de direito privado”.

As pessoas jurídicas de direito público são aquelas criadas para tutelar interesses da sociedade. São de direito público interno os entes da administração pública direta - União, Estados, Municípios -, da administração pública indireta - Autarquias - e da administração pública fundacional. Sua existência legal - criação e extinção - decorre de Lei. As pessoas jurídicas de direito público externo, por sua vez, são aquelas que obedecem regras de direito internacional público, tais como Embaixadas.

Já as pessoas jurídicas de direito privado, nos quais se enquadram os entes estudados neste artigo, são instituídas por interesse privado. Encontram-se arroladas no Art. 44 do Código Civil Brasileiro:

Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

I - as associações;

II - as sociedades;

III - as fundações;

IV - as organizações religiosas;

V - os partidos políticos;

VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada.

A formação das pessoas jurídicas decorre da natureza de os seres humanos se associarem para superarem limitações de suas forças materiais. Busca-se, por meio da associação, alcançar objetivos que, sozinhos, os indivíduos não poderiam ou teriam dificuldade de conseguir. A interdependência social coloca o direito de associação como sendo um dos direitos essenciais do homem, garantidos constitucionalmente, inclusive. Entretanto, não se pode olvidar que a criação de pessoas jurídicas também almeja a preservação do patrimônio individual das pessoas naturais.

2.2 Empresário Individual equiparado à pessoa jurídica de direito privado

Inicialmente cumpre esclarecer que o simples fato de um fornecedor de bens ou prestador de serviços ter CNPJ não o qualifica como Pessoa Jurídica. O CNPJ - Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - é realizado junto ao Ministério da Fazenda para fins fiscais, o qual é obrigatório para determinadas entidades. Tanto pessoas jurídicas quanto entes despersonalizados, como, por exemplo, os condomínios, podem ter CNPJ, conforme seja a determinação em regulamentação própria daquele Ministério.

A pessoa jurídica de direito privado, que interessa a este estudo, é

arrolada no Art. 44 do Código Civil. Afora as associações, as sociedades empresárias, as fundações, as organizações religiosas, os partidos políticos e as empresas individuais de responsabilidade limitada; as demais entidades com CNPJ são consideradas entes despersonalizados – simples conglomerados de pessoas sem necessariamente uma personalidade jurídica, elencados no Art. 12 do Código de Processo Civil – ou, ainda, entes considerados equiparados a pessoas jurídicas pelos normativos internos no Ministério da Fazenda, que é o órgão responsável por esse Cadastro.

Portanto, o empresário individual, definido no Art. 966 do Código Civil, apesar de poder ter CNPJ, mas não estar arrolado no Art. 44 do Código Civil, doutrinariamente não é dotado de personalidade jurídica. O próprio Código deixa claro que quem adquire a personalidade jurídica é o grupo de pessoas com *affectio societatis*, não o empresário sozinho, ao definir, em seu Art. 985, que “A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos”.

Entretanto, se faz importante anotar que o inciso VI do Artigo 44 do Código Civil foi recentemente inserido pela Lei 12.441 de 2011, a qual criou uma nova figura jurídica: as empresas individuais de responsabilidade limitada – Eireli. A criação desse novo ente visa, de fato, combater as empresas formadas sem nenhum *affectio societatis*, ou seja, sociedades empresárias assim constituídas apenas para proteção patrimonial de um empresário, sem o mínimo interesse de os demais sócios exercerem suas funções na empresa. A Eireli objetiva, portanto, estimular a formalização de empresas na modalidade individual, criando uma figura de responsabilidade limitada, de modo a não comprometer o patrimônio do empresário diante do risco da atividade, como ocorre com o Empresário Individual.

2.3 Microempreendedor Individual equiparado à Pessoa Jurídica de Direito Privado

A Lei Complementar 123/2006 dá enquadramento legal ao Microempreendedor Individual como sendo o empresário individual do Art. 966 do Código Civil, e deste diferindo basicamente pelo critério de faturamento anual - até R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) por ano de faturamento. O Microempreendedor Individual (MEI) é, portanto, o trabalhador por conta própria que se legaliza, não participa de nenhuma outra empresa como sócio ou titular, e pode vir a ter apenas um empregado, o qual receba salário-mínimo ou piso de sua categoria.

Haja vista a proximidade do MEI com o Empresário Individual e, atualmente, também com a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, procede-se a análise de sua personalidade jurídica de forma comparativa a estes, adentrando nos requisitos legais de aquisição da personalidade.

De forma semelhante ao Empresário Individual, o MEI recebe um CNPJ. De posse deste cadastro, o empreendedor pode realizar atos jurídicos tais como a contratação de empregado e seu efetivo recolhimento tributário, emissão de notas fiscais, participação em contratações públicas, compra e venda de produtos e acesso ao Sistema Financeiro Nacional. Entretanto, aderindo à forma de análise da personalidade jurídica adotada no subtópico anterior, há de se verificar também que o fato de obter um CNPJ não é suficiente para qualificar o MEI como pessoa jurídica de direito privado.

Dada sua estrutura física, peculiarmente ínfima, caracterizada pela atuação do próprio empreendedor na realização de sua atividade, o MEI não encontra enquadramento em nenhum dos incisos do Art. 44 do Código Civil, o qual delimita as pessoas jurídicas de direito privado. Logicamente,

verifica-se que a pessoa jurídica de direito privado é criada para o alcance de objetivos e realização de atividades que as pessoas físicas, sozinhas, teriam dificuldades em realizar. Em sua realidade, o MEI não encontra amparo senão somente na pessoa do empreendedor, o que o desqualifica nesse requisito de análise.

Também há de se ressaltar que a constituição de pessoa jurídica de direito privado objetiva, via de regra, a proteção do patrimônio das pessoas naturais de seus empresários, afastando a necessidade de os seus bens pessoais servirem de lastro aos compromissos assumidos pelas empresas na realização de negócios. Considerando-se que o MEI apresenta baixo faturamento anual - até R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por mês ou R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) anuais - depreende-se que o patrimônio do empreendimento advém, não de capital externo, mas do patrimônio da pessoa física do empreendedor. Dessa forma, mostra-se inviável a visualização, de forma separada, de o que é empresa e o que é empreendedor.

Também carece de consideração legal a aquisição de personalidade jurídica descrita no Art. 985 do mesmo Código, o qual somente considera que adquire personalidade jurídica a sociedade, com o registro de seus atos constitutivos. O Microempreendedor Individual possui forma de cadastro simplificada por meio do já mencionado site Portal do Empreendedor, sem a necessidade de formalização e registro de atos constitutivos. Seu único documento comprobatório é o Certificado de Registro no MEI, fornecido via internet.

Observa-se que é possível o empresário individual se enquadrar como Empresa Individual de Responsabilidade Limitada - criada pela Lei 12.441 de 2011, que introduziu o inciso VI do Art. 44 do Código Civil - e ser reconhecido como pessoa jurídica de direito privado. Basta que o empresário apresente seu ato constitutivo ao Registro Civil de Pessoas Jurídicas.

Entretanto, esta possibilidade atualmente encontra dificuldades para ser estendida à MEI, haja vista a exigência de capital mínimo para constituição da Eireli. O Art. 980-A do Código Civil define que “A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no país”.

Verifica-se, portanto, que, apesar de ter CNPJ, o MEI não atende os requisitos para se afirmar que possui personalidade jurídica. Trata-se de um ente equiparado à pessoa jurídica, cujos benefícios com a formalização tangem a inserção social e financeira do empreendedor de baixa renda, tais como o acesso ao Seguro Saúde e à Aposentadoria. Outrossim, como sustentado no primeiro capítulo desse estudo, observa-se que a formalização desse público de microempreendedores também tem objetivos de cunho fiscal com a complementação da arrecadação de impostos e tributos sobre o volume de negócios gerados no âmbito da economia informal.

Notadamente, a falta da personalidade jurídica do MEI tem sido fator limitante à atratividade das formalizações dos empreendedores. Trata-se de obstáculo que pode ser suprido, por exemplo, com a retirada da exigência de patrimônio mínimo para constituição das Eirelis, o que exigiria uma alteração na legislação para defini-las. Tal alteração daria ao MEI a oportunidade de se constituir como empresa e comporia um benefício almejado pelas entidades representativas de ambas as figuras jurídicas, mas que fica no aguardo de decisão governamental.

2.3 Análise da natureza jurídica do Microempreendedor Individual

O §1º do Art. 18-A da Lei Complementar 123/2006 indica que o Microempreendedor Individual é o próprio Empresário definido no Art. 966

do Código Civil. Trata-se daquele que “exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”, que se qualifica como MEI ao declarar faturamento anual não superior a R\$ 60 mil e não ter mais de um empregado, procedendo com cadastro via portal próprio atualmente mantido na Internet.

Restou verificado que o Empresário Individual não adquire personalidade jurídica e que sua inscrição no CNPJ é apenas para fins tributários. Sua natureza jurídica, portanto, seria de pessoa natural exercendo atividade profissional em nome próprio - divergindo das empresas, as quais atuam com personalidade jurídica própria em nome dos grupos de empresários que as constituíram. Portanto, como o Microempreendedor Individual é uma qualidade de Empresário Individual, entende-se que sua natureza jurídica é também de pessoa natural.

Verifica-se que o crescimento da atividade econômica proporciona aquisição de maior estrutura física e financeira do empreendimento, de modo que a assunção de maiores obrigações pelo dono da atividade gera necessidade de enxergar o empreendimento de maneira dissociada do empreendedor, sobretudo para proteger o patrimônio deste.

Para tanto, o Empreendedor, qualificado como MEI, tem a opção de se registrar como Empresa Individual de Responsabilidade Limitada - Eireli, desde que atenda ao requisito de comprovação de patrimônio mínimo integralizado da empresa, que atualmente não pode ser inferior “100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no país”. Nesta condição, o MEI, registrado como Eireli, se desprende da natureza jurídica de pessoa natural - a mesma do Empresário Individual, adquirindo personalidade jurídica própria como pessoa jurídica de direito privado.

3. A CONFUSÃO PATRIMONIAL DO MICROEMPREENDEDOR INDIVIDUAL NA APURAÇÃO E INDENIZAÇÃO POR RESPONSABILIDADE CIVIL

Por uma necessidade de convivência social, o homem, constantemente, assume compromissos com seus pares e instituições, objetivando adquirir os bens e serviços necessários ao seu desenvolvimento. Para o Direito, cada compromisso assumido origina “deveres jurídicos”, os quais podem ser de dar ou fazer, bem como de não fazer ou de tolerar algo.

Entende-se, assim, por “dever jurídico”, a conduta externa de uma pessoa, imposta pelo Direito Positivo, por exigência da convivência social. Não se trata de simples conselho, advertência ou recomendação, mas de uma ordem ou comando dirigido à inteligência e à vontade dos indivíduos, de sorte que impor deveres jurídicos importa criar obrigações (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 2).

Quando o indivíduo viola um dado dever jurídico é gerado um dano e, paralelamente, o dever de reparar esse dano. Isto porque quem causou o dano passa a ter responsabilidade para com quem o dever jurídico deveria ter sido cumprido.

O termo “responsabilidade” tem origem no Latim *respondere*, que significa capacidade de comprometer-se ou obrigação de responder por ações próprias ou de outros. Conforme leciona Rui Stoco (2011, p. 140):

A responsabilidade, em Direito, significa o dever jurídico de a pessoa obrigar-se por algo que fez ou deixou de fazer quando devia agir. Por ação ou omissão, o agente responderá ou perante estalões de conduta previamente estabelecidos em lei como crime, ou por ofensa à legislação não penal, com o propósito de obrigar à reparação do dano material ou moral causado a outrem.

3.1 Responsabilidade Civil

Responsabilidade civil é a obrigação de reparar prejuízo causado a outrem por conduta humana que viola dever jurídico. Sua função é restabelecer ao prejudicado o *status quo ante*, devolvendo-lhe, tanto quanto seja possível, a situação anterior à lesão, nos moldes dos Arts 927 a 965 do Código Civil Brasileiro.

“A responsabilidade civil envolve, antes de tudo, o dano, o prejuízo, o desfalque, o desequilíbrio ou a descompensação do patrimônio de alguém” (STOCO, 2011, p. 141).

Assegura o Art. 927 do Código Civil:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (Arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Cumpre relembrar que o ato ilícito a que se refere o Art. 927 é aquele que, conforme o Art. 186 do mesmo código, cause dano ou prejuízo a outrem por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência do agente, ou ainda quando praticado por titular de direito que exceda manifestamente os limites de seu fim econômico ou social.

A reparação prevista pelo instituto da responsabilidade civil é decorrente da prática de ato ilícito que causa dano, sendo muito bem lembrado pelo professor Sergio Cavalieri (2012, p. 19), que “nem todo ato danoso é ilícito, assim como nem todo ato ilícito é danoso”, e mais adiante que “a ilicitude [...] não está automaticamente atada à consequência indenizatória, podendo receber outras consequências jurídicas, como a nulidade do ato, a perda de um direito material ou processual, e assim por diante”.

Estão, portanto, dispensados da responsabilização os atos descritos no Art. 188 do Código Civil, os quais, embora danosos, tenham sido praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido, bem como a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou, ainda, a lesão à pessoa, a fim de remover perigo iminente, desde que o ato tenha extrema necessidade face às circunstâncias do evento.

A responsabilidade civil se guia por pressupostos que a classificam em responsabilidade subjetiva e objetiva. A responsabilidade civil subjetiva é aquela que advém de conduta culposa, seja pela prática de ato por negligência ou imprudência, seja pela ação com vontade consciente da produção ilícito. É a forma primária de responsabilidade civil, e avalia a conduta do agente. Nela se elencam três pressupostos: a conduta culposa do agente, o nexo causal e o dano em si.

A conduta é o comportamento humano, que gera ação ou omissão. A culpa é a conduta voluntária contrária a um dever de cuidado, que produz evento danoso involuntário, conforme leciona Sérgio Cavalieri (2012). Já o nexo causal é o liame entre a conduta culposa e o dano em si.

Quanto à responsabilidade objetiva, esta é reconhecida quando prescinde a culpa, se sobressaindo o nexo causal entre o dano e o responsável pelo fato gerador daquele. Nasce com a evolução das relações de trabalho e comerciais diante do crescente desenvolvimento industrial do século XIX e tomando como base a chamada Teoria do Risco.

Risco é perigo, é probabilidade de dano, importando, isso, dizer que aquele que exerce uma atividade perigosa deve-lhe assumir os riscos e reparar o dano dela decorrente. [...] todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa. [...] A culpa é pessoal, subjetiva; pressupõe o complexo de operações do espírito humano [...]. O risco ultrapassa o círculo

das possibilidades humanas para filiar-se ao engenho, à máquina, à coisa. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 152).

A proteção concedida pela responsabilidade civil é bastante ampla, abrangendo, por exemplo, a vida, a saúde, a moral, o trabalho e os negócios jurídicos. Conforme Art. 944 do Código Civil, a forma de reparação pelos danos a estes bens é a indenização, a qual é medida pela extensão do dano e pode ser materializada em valores monetários, entregas de bens e obrigações de fazer, dentre outras.

Exemplo de responsabilidade civil atuante ocorre quando, por imperícia, um determinado motorista causa acidente de trânsito, colidindo em outro veículo e gerando dano material ao seu proprietário. Avaliada a extensão do dano, será determinada a obrigação de o agente indenizar o prejudicado, incorrendo inclusive em pagamento de lucros cessantes, acaso aquele que sofreu o dano dependa do bem atingido para sua economia.

Tome-se também como exemplo um acidente ocorrido no estacionamento coberto de um estabelecimento comercial, em que o teto do prédio desaba sobre alguns veículos de clientes e funcionários da empresa, deixando também alguns transeuntes feridos. Consideremos que o desabamento ocorreu por falta de manutenção no prédio. Neste caso hipotético, o instituto da responsabilidade civil tratará de definir a apuração de responsabilidade, que primariamente recairá sobre o estabelecimento, bem como o procedimento de indenização para serem feitos os devidos reparos nos veículos danificados e também o pagamento dos tratamentos de saúde necessários a cada ferido.

Em relações de Consumo, a responsabilidade civil do fornecedor de bens ou serviços abrange a qualidade da atividade realizada, a segurança do serviço prestado aos consumidores, a adequação dos bens fornecidos. Tais benefícios foram trazidos pelo Código Brasileiro de Defesa do Consumidor e se aplicam *erga omnes* independentemente do porte do

negócio jurídico realizado:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador, respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - sua apresentação;

II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi colocado em circulação.

Outro exemplo de atuação do instituto da responsabilidade civil se verifica quando uma Sociedade Limitada assume compromissos em montante superior à sua capacidade produtiva e, em um processo crescente de endividamento, interrompe suas atividades e abre processo de falência. No levantamento do capital da empresa, que pode ser utilizado para saldar suas dívidas, será observada também a responsabilidade dos sócios em sua constituição. No exemplo, em se tratando de uma sociedade empresária de responsabilidade limitada, o montante indenizatório respeitará o limite do patrimônio da empresa, não abrangendo o patrimônio das pessoas naturais dos sócios.

O mesmo resultado prático se aplicaria a uma Empresa Individual de Responsabilidade Limitada - Eireli. O objetivo de sua criação foi justamente desestimular as sociedades limitadas criadas “pro forma”, que assim se constituem buscando a limitação das responsabilidades ante o risco do negócio.

3.2 Análise da responsabilidade civil do Microempreendedor Individual

O Microempreendedor Individual é a menor unidade produtiva para a qual juridicamente se atribui alguma formalização. Trata-se de um público que emerge da informalidade para ter acesso básico a benefícios previdenciários e fiscais. Para se enquadrar como MEI, o empresário deve obter faturamento anual não superior a R\$ 60 mil, não participar como sócio ou titular de nenhuma outra empresa, ter até um empregado e não estar impedido de exercer atividade enquadrável no rol da LCP 123/2006.

Para melhor compreensão da estrutura física de um MEI, considerando o faturamento anual de até sessenta mil reais, e de como recai a responsabilidade civil sobre ele, utilize-se como exemplo uma loja de vendas de peças para bicicletas. Este empreendimento é realizado no espaço adaptado onde seria sala de estar da residência do seu empreendedor, que será chamado de Sr. Fábio. Ao fundo da loja há um pequeno espaço onde o Sr. Fábio mantém um funcionário que realiza montagem e pequenos consertos de bicicletas de seus clientes, moradores da vizinhança. O restante da casa é de utilização comum do Sr. Fábio e família. Por fim, no nosso exemplo, o Sr. Fábio tem cadastro de Microempreendedor Individual, com o nome “Fábio Bicicletas - MEI”, seguindo padronização de nomenclatura estabelecido nas LCPs 123/2006 e 128/2008.

O exemplo acima toma por base as informações fornecidas pela Ecinf - Pesquisa de Economia Informal Urbana - de 2003⁵. Dos dados da pesquisa pode-se observar que, para a realização de sua atividade o empreendedor utiliza os próprios bens e mão de obra. Normalmente, as

5 SEBRAE. Boletim Economia Informal Urbana. Publicado em jul. 2005. Disponível em <http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812B62D40E012B6E46F1ED009B/economia_iInformal_urbana.pdf>. Acesso em: 20 ago 2014.

atividades são realizadas na própria residência do empreendedor ou em estrutura alugada. Se o Sr. Fábio, do exemplo acima, tiver um carro de uso particular, este certamente também seria utilizado para compra de material e entrega de produtos da “Fábio Bicicletas - MEI”, assim como também seriam compartilhados os fornecimentos de água e de energia do estabelecimento e de sua residência.

Outro ponto importante a ser observado é que a renda familiar do empreendedor é diretamente provida pelo empreendimento. Da mesma forma, a realização diária da atividade depende da presença do empreendedor. Voltando para o exemplo do Sr. Fábio, qualquer necessidade sua ou de sua família, como por exemplo saúde, vestuário ou educação, será financeiramente suprida pelo faturamento mensal da “Fábio Bicicletas - MEI”, o que sazonalmente causará maior ou menor impacto no desenvolvimento do negócio.

Insurge a discussão sobre a responsabilidade civil do MEI. Resta verificada a confusão patrimonial entre empreendimento e empreendedor, a qual se associa à conclusão de que o MEI não possui personalidade jurídica, mas sim é uma pessoa física equiparada a pessoa jurídica. Ante a falta de decisões envolvendo o público de Microempreendedores Individuais, as soluções para as demandas de responsabilidade civil dirigidas a este público tendem a seguir, por analogia, as jurisprudências relacionadas a Empresários Individuais.

As jurisprudências abaixo destacadas relevam pacificamente a desconsideração da pessoa jurídica do empresário individual para a execução de dívida.

EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA REALIZADA SOBRE VEÍCULO. IMPENHORABILIDADE. BEM NECESSÁRIO AO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO.

1. O embargante é empresário individual, havendo nítida

confusão e inter-relação entre a pessoa jurídica e o empresário, pessoa física, que a representa. Tratando-se de firma mercantil individual, a pessoa jurídica se confunde com a pessoa física de seu proprietário. Confundindo-se patrimônio e interesses, não há como se acolher a alegação de ausência de relação com o débito executado. Assim, o patrimônio pessoal se confunde com o da pessoa jurídica, razão pela qual legitima a penhora realizada sobre veículo do embargante, veículo que se encontra alienado fiduciariamente cujo devedor é o recorrente. [...]. (TJRS, processo 71003266335 RS, Relatora Marta Borges Ortiz)

EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA REALIZADA SOBRE BEM DE PROPRIEDADE DA EMBARGANTE, EMPRESA INDIVIDUAL. ART. 966 DO CÓDIGO CIVIL. ILEGITIMIDADE ATIVA.

1. A embargante é empresa individual, havendo nítida confusão e inter-relação entre a pessoa jurídica e o empresário, pessoa física, que a representa. Tratando-se de firma mercantil individual, a pessoa jurídica se confunde com a pessoa física de seu proprietário. Confundindo-se patrimônio e interesses, não há como acolher-se a alegação de ausência de relação com o débito executado. Assim, o patrimônio pessoal se confunde com o da pessoa jurídica, razão pela qual não pode a firma responder como terceiro, pois de terceiro não se cuida, na dicção do Art. 1046 do CPC. Empresa individual registrada em nome de Octávio Fladenir Barbieri, responsável pelo débito. Esvaziada a alegação de que a propriedade da empresa, em verdade, recai sobre sua esposa, que igualmente trabalha na loja. O que se evidencia é que se trata de pequeno estabelecimento comercial familiar. [...]. (TJRS, processo 71003266160 RS, Relatora Marta Borges Ortiz)

Por analogia ao Empresário Individual, no caso hipotético da loja do Sr. Fábio, em havendo uma execução de dívida contra a loja ou contra o empreendedor, estará diretamente comprometido o patrimônio de ambos. Ou seja, os bens do empreendedor podem ser alcançados para se satisfazer

a dívida do empreendimento e vice-versa.

Da mesma forma, em ocorrendo acidente de consumo de uma de suas bicicletas com um de seus clientes – ex: quebra durante o uso do produto, pondo em risco a integridade física do consumidor – a responsabilização civil objetiva pelos danos causados recairá sobre o MEI e, ao mesmo tempo, sobre a pessoa do empreendedor, e caberá ao empreendedor, conforme Arts. 944 a 954 do Código Civil, indenizar o ofendido com tratamentos de saúde, reparos nos produtos e outros ônus decorrentes do evento danoso.

A confusão física também se torna prejudicial aos Microempreendedores Individuais, porquanto se encontram dificuldades de atuação em outras esferas, como, por exemplo, a da inclusão bancária do empreendimento ante a necessidade de as instituições financeiras buscarem garantia de operações de crédito em itens patrimoniais que não são da “pessoa jurídica” do MEI. Entende-se, portanto, que a responsabilidade do MEI é ilimitada ante o risco da atividade.

Tal condição vem sendo objeto de reivindicação das entidades representativas do público empreendedor por novas implementações na legislação que definam parâmetros para dar maior proteção ao patrimônio do empreendedor como, por exemplo, a não fixação de capital mínimo para constituição de Eireli.

Esta medida de proteção patrimonial que desse a possibilidade de constituição de Eireli sem limite de capital mínimo permitiria ao MEI se constituir como pessoa jurídica de direito privado com base em sua estrutura real. Seria possível, por exemplo, um vendedor ambulante que utilize carro próprio para oferecer suas mercadorias formalizar sua empresa, constituindo como item de capital o próprio carro. Conseqüentemente, a formalização seria mais atraente aos empreendedores, pois estariam

abertas maiores possibilidades de desenvolvimento do negócio, haja vista a melhoria da aceitabilidade dessas pequenas empresas no mercado.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A criação do Microempreendedor Individual (MEI) pelas Leis Complementares 123 de 2006 e 128 de 2008 buscou expandir os benefícios da formalização às unidades produtivas com faturamento de até R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) anuais por meio do cadastro no CNPJ. Tais empreendimentos tradicionalmente operavam na informalidade, haja vista o baixo faturamento anual auferido e sua pequena estrutura física.

Cadastrados como MEI, os donos desses empreendimentos têm a possibilidade de realizar negócios com melhor estruturação, como, por exemplo, vendas a empresas mediante a emissão de notas fiscais, participação em licitações públicas e acesso ao crédito como pessoa jurídica. Além disso, os Microempreendedores Individuais contam com recolhimento simplificado de impostos e tributos em um único carnê, emitido quando do cadastro. Isto permite que o MEI recolha impostos, como o INSS, e tenha acesso a seguro saúde e aposentadoria, bem como possa realizar contratação de empregado. Segundo as mencionadas Leis Complementares, o MEI segue como derivação do Empresário Individual descrito no Art. 966 do Código Civil.

Verificou-se que, embora tenha CNPJ, o MEI não é considerado pessoa jurídica de direito privado, haja vista não restar arrolado no Art. 44 do Código Civil, nem contar com a aquisição de personalidade jurídica conforme a estruturação em sociedade e registro de atos constitutivos disciplinados no Art. 985 do mesmo Código. Dessa análise, resultou que o MEI tem natureza jurídica de pessoa natural - a do próprio empreendedor - e que há a possibilidade de adquirir personalidade jurídica em se registrando como Eireli. Por fim, verificou-se que, em sua condição de

unidade produtiva, o MEI encontra enquadramento como ente equiparado à pessoa jurídica, para fins fiscais.

Quanto à apuração de responsabilidade civil do MEI, tomou-se, por exemplo, a jurisprudência que trata do Empresário Individual e verificou-se, de forma comparativa, que há confusão patrimonial no MEI entre empreendedor e empreendimento. Isto se observa dada a pequena estrutura física dos empreendimentos abrangidos pelas Leis Complementares 123 de 2006 e 128 de 2008, demonstrada pela ECINF de 2003⁶. Como consequência, não há de se falar em responsabilização, isolando-se empreendedor de empreendimento. Sua responsabilidade é ilimitada. Tal condição tem reflexo na assunção de obrigações pelo MEI quando, por exemplo, busca crédito no mercado sem, entretanto, ter como demonstrar patrimônio “da empresa”, separado do patrimônio do empreendedor.

Conclui-se que o MEI, embora demonstre atraente oportunidade de formalização e potencial para realização de negócios de maior estruturação no mercado, carece de melhorias na aquisição de sua personalidade e delimitação de sua responsabilidade. Como solução, tem sido proposta uma maior aproximação do MEI com a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (Eireli) definida no inciso VI do Art. 44 do Código Civil, a qual permite a definição de patrimônio da empresa de forma dissociada do empreendedor, limitando-lhe a responsabilidade e desfazendo da necessidade de apresentação de sócios para constituição.

6 SEBRAE. **Boletim Economia Informal Urbana**. Publicado em jul. 2005. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812B62D40E012B6E46F1ED009B/economia_informal_urbana.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2014.

REFERÊNCIAS

AZEREDO, J. H.. **Exame OAB: empresário individual x pessoa jurídica**. Disponível em: <<http://josehenriqueazeredo.blogspot.com.br/2009/03/exame-oab-empresario-individual-x.html>>. Acesso em: 26 set. 2014.

CAMPINHO, S. **O direito de empresa à luz do novo código civil**. 11.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COELHO, F. U. **Curso de direito comercial**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERNANDES, J. C. **A natureza jurídica do empresário individual**. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/87072970/A-NATUREZA-JURIDICA-DO-EMPRESARIO-INDIVIDUAL>>. Acesso em: 27 set. 2014.

GONÇALVES, C. **Direito civil brasileiro**. Vol 1. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOPES, F. C. T. **Análise da figura do microempreendedor individual (mei) nas leis complementares nº 123/2006 e 128/2008**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3764>. Acesso em: 26 set. 2014.

NASSIF, L. **O fenômeno do empreendedor individual**. Disponível em: <<http://empreendedorindividual.wordpress.com/2010/06/29/o-fenomeno-do-empreendedor-individual/>>. Acesso em: 12 ago.2014.

OLIVEIRA, D. de L. de. **A nova figura da empresa individual perante a lei**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-out-04/figura-empresa-individual-lei>>. Acesso em: 17 out. 2014.

PERISSOLI, D. **Entes despersonalizados**. Disponível em: <<http://diogoperissoli.blogspot.com.br/2010/09/entes-despersonalizados.html>>. Acesso em: 20 out. 2014.

RÁO, V. **O direito e a vida dos direitos**. 6.ed. São Paulo: RT, 2005.

REALE, M. **Lições preliminares de direito**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

REQUIÃO, R. **Curso de direito comercial**. Vol.1. São Paulo: Saraiva, 2003.

RODRIGUES, F. V. (Coord.). **Direito de empresa no novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SEBRAE. SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. Boletim Economia Informal Urbana. Publicado em jul.2005. Disponível em http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812B62D40E012B6E46F1ED009B/economia_iInformal_urbana.pdf. Acesso em: 20 ago 2014.

_____. **Diferenças entre tipos de empresas**. Informativo. Disponível em: <<http://www.sebrae.com.br/uf/rondonia/orientacao-empresarial/abertura-e-legalizacao-de-empresa/diferencas-entre-tipos-de-empresas>>. Acesso em: 20 out. 2014.

SILVEIRA, R. B. da. **O empreendedor individual - MEI - possui personalidade jurídica própria ou é apenas um ente equiparado?** Disponível em: <<http://empreendedorindividual.wordpress.com/2010/06/01/o-empendedor-individual-mei-possui-personalidade-juridica-propria-ou-e- apenas-um-ente-equiparado/>>. Acesso em: 12 ago. 2014.

STOCO, R. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 8.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

JURISPRUDÊNCIA

RECURSO ESPECIAL
Nº 1.296.854 - SC
(2011/0296691-0)

RELATOR: MINISTRO HUMBERTO MARTINS

AGRAVANTE: MUNICÍPIO DE TUBARÃO

PROCURADORES: LETÍCIA BIANCHINI DA
SILVA E OUTRO(S) - SC016867

AGRAVADO: HSBC BANK BRASIL S.A. -
BANCO MÚLTIPLO

ADVOGADO: LUIZ RODRIGUES WAMBIER E
OUTRO(S) - PR007295

ADVOGADOS: TERESA CELINA DE ARRUDA
ALVIM WAMBIER - PR022129A

EVARISTO ARAGÃO FERREIRA DOS SANTOS
- PR024498

MARIA LÚCIA L C MEDEIROS - PE001034A

SMITH ROBERT BARRENI - PR042943

LAURA MARGHERITA FARINA

EMENTA

AGRAVO INTERNO. ISS. COMPETÊNCIA. SUJEITO ATIVO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL NÃO RECONHECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o AI 790.283 RG/DF, decidiu inexistir repercussão geral na questão alusiva à competência para cobrança de ISS, se o local da prestação do serviço ou do estabelecimento do prestador (Tema 287/STF). Assim, eventual ofensa ao texto constitucional, ainda que existente, dar-se-ia de forma indireta ou reflexa, o que não enseja a abertura da via extraordinária.

Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da CORTE ESPECIAL do Superior Tribunal de Justiça por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Og Fernandes, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Raul Araújo, Felix Fischer e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão e João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 07 de dezembro de 2016 (Data do Julgamento).

MINISTRA LAURITA VAZ

Presidente

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.296.854 - SC (2011/0296691-0)

RELATOR: MINISTRO HUMBERTO MARTINS

AGRAVANTE: MUNICÍPIO DE TUBARÃO

PROCURADORES: LETÍCIA BIANCHINI DA SILVA E OUTRO(S) - SC016867

LAYLA DA SILVA PERITO VOLPATO - SC020364

AGRAVADO: HSBC BANK BRASIL S.A. - BANCO MÚLTIPLO

ADVOGADO: LUIZ RODRIGUES WAMBIER E OUTRO(S) - PR007295

ADVOGADOS: TERESA CELINA DE ARRUDA ALVIM WAMBIE - PR022129A

EVARISTO ARAGÃO FERREIRA DOS SANTOS - PR024498

MARIA LÚCIA L C MEDEIROS - PE001034A

SMITH ROBERT BARRENI - PR042943

LAURA MARGHERITA FARINA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Cuida-se de agravo interno interposto pelo MUNICÍPIO DE TUBARÃO contra decisão monocrática da minha relatoria que apreciou recurso extraordinário interposto com o objetivo de reformar acórdão da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, assim ementado (fls. 939-940, e-STJ):

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ISSQN SOBRE OPERAÇÃO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL.

MUNICÍPIO COMPETENTE. CONTROVÉRSIA DECIDIDA PELA PRIMEIRA SEÇÃO NO RESP 1.060.210/SC, SUBMETIDO AO REGIME DO ART. 543-C DO CPC.

1. A Primeira Seção, no julgamento do REsp 1.060.210/SC, submetido à sistemática do Art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 08/2008, firmou a orientação no sentido de que: “(b) o sujeito ativo da relação tributária, na vigência do DL 406/68, é o Município da sede do estabelecimento prestador (Art. 12); (c) a partir da LC 116/03, é aquele onde o serviço é efetivamente prestado, onde a relação é perfectibilizada, assim entendido o local onde se comprove haver unidade econômica ou profissional da instituição financeira com poderes decisórios suficientes à concessão e aprovação do financiamento - núcleo da operação de *leasing* financeiro e fato gerador do tributo”.

2. De acordo com essa nova orientação, em se tratando de ISS especificamente sobre as operações de arrendamento mercantil, irrelevante tenham sido referidas operações realizadas na vigência do DL n. 406/68 ou da LC n. 106/2003, pois em qualquer hipótese “o Município do local onde sediado o estabelecimento prestador é o competente para a cobrança do ISS sobre operações de arrendamento mercantil”, pois é nele (estabelecimento) em que o núcleo da operação de arrendamento mercantil, o serviço em si, que completa a relação jurídica, ocorre, qual seja a “decisão sobre a concessão, a efetiva aprovação do financiamento”.

3. No caso dos autos, ficou incontroverso que a agravada não possuía, à época dos fatos, estabelecimento prestador no Município de Tubarão, situação que autoriza o reconhecimento da inexistência de capacidade tributária ativa desse ente municipal para cobrar o ISS sobre os fatos geradores em questão.

4. Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação de multa, nos termos do Art. 557, § 2º, do CPC.

Foram rejeitados os embargos de declaração (fl. 977, e-STJ):

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. PRETENSÃO DE SE REDISCUTIR A LIDE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração consubstanciam instrumento processual apto a suprir omissão do julgado ou dele excluir obscuridade e contradição, nos termos do Art. 535 do CPC, não se prestando para rediscutir a lide.

2. O acórdão que julgou o agravo regimental em recurso especial apreciou fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes solução jurídica diversa da pretendida pelo embargante.

3. Embargos de declaração rejeitados.

A decisão agravada negou seguimento ao recurso extraordinário, indeferindo-o liminarmente, nos termos do Art. 1.030, inciso I, alínea “a”, primeira parte, do Código de Processo Civil de 2015 (fls. 1.108-1.111, e-STJ).

Aduz o agravante, em síntese, violação do Art. 5º, incisos XXXV, LV, da Constituição Federal. Sustenta, ainda, que o recurso extraordinário trata de outras matérias que não estão relacionadas ao Tema 287/STF.

Pugna o agravante pelo regular processamento do recurso extraordinário.

A parte agravada, instada a manifestar-se, apresentou

manifestação alegando que deve ser mantida a decisão que negou seguimento ao recurso, pois o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a inexistência de repercussão geral acerca da matéria discutida nos autos (fls. 1.124-1.127, e-STJ).

É, no essencial, o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.296.854 - SC (2011/0296691-0)

EMENTA

AGRAVO INTERNO. ISS. COMPETÊNCIA. SUJEITO ATIVO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL NÃO RECONHECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o AI 790.283 RG/DF, decidiu inexistir repercussão geral na questão alusiva à competência para cobrança de ISS, se o local da prestação do serviço ou do estabelecimento do prestador (**Tema 287/STF**). Assim, eventual ofensa ao texto constitucional, ainda que existente, dar-se-ia de forma indireta ou reflexa, o que não enseja a abertura da via extraordinária.

Agravo interno improvido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Não obstante o esforço contido nas razões recursais, não prospera a pretensão de reforma da decisão prolatada.

Conforme consignado na análise monocrática, discute-se nos autos o sujeito ativo competente para cobrança de ISS, e, quanto ao tema, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que não há repercussão geral por não se tratar de matéria constitucional (Tema n. 287/STF).

A propósito, confira-se a ementa do seguinte julgado:

ISS. Competência para tributação. Local da prestação do serviço ou do estabelecimento do prestador do serviço. Matéria Infraconstitucional. Repercussão geral rejeitada (AI 790.283 RG, Relator Min. GILMAR MENDES, julgado em 13/8/2010, DJe-164, divulgado em 2/9/2010, publicado em 3/9/2010, EMENT VOL-02413-07 PP-01527.).

Por fim, quanto à alegação de que há outras matérias discutidas no recurso extraordinário que não estão abrangidas pelo Tema 287/STF, observa-se da simples leitura das razões recursais que todos os dispositivos constitucionais apontados como violados (1º, 2º, 5º, 44, 60, § 4º, e 93, inciso IX, e 156, inciso III, todos da Constituição Federal) referem-se à discussão acerca do sujeito ativo competente para cobrança de ISS, e, quanto ao tema, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou que a matéria é infraconstitucional, inexistindo repercussão geral.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É como penso. É como voto.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Vice-Presidente

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

CORTE ESPECIAL

Número Registro: 2011/0296691-0

Números Origem: 1398038 20080698139 20080698139000100
20080698139000200 20080698139000300 20080698139000301
20080698139000400 20080698139000401 201100091895
75070087959

PAUTA: 07/12/2016 JULGADO: 07/12/2016

Relator: Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Relator: Exmo. Sr. Ministro HUMBERTO MARTINS

Presidente da Sessão: Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. JOSÉ BONIFÁCIO
BORGES DE ANDRADA

Secretária: Bela. VANIA MARIA SOARES ROCHA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : HSBC BANK BRASIL S.A. - BANCO MÚLTIPLO

ADVOGADO : LUIZ RODRIGUES WAMBIER E OUTRO(S) - PR007295

ADVOGADOS: TERESA CELINA DE ARRUDA ALVIM WAMBIER -
PR022129A

EVARISTO ARAGÃO FERREIRA DOS SANTOS - PR024498

MARIA LÚCIA L C MEDEIROS - PE001034A

RECORRIDO : MUNICÍPIO DE TUBARÃO

PROCURADOR: LETÍCIA BIANCHINI DA SILVA E OUTRO(S) - SC016867

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ISS - Imposto sobre Serviços

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE: MUNICÍPIO DE TUBARÃO

PROCURADORES: LETÍCIA BIANCHINI DA SILVA E OUTRO(S) - SC016867

LAYLA DA SILVA PERITO VOLPATO - SC020364

AGRAVADO: HSBC BANK BRASIL S.A. - BANCO MÚLTIPLO

ADVOGADO: LUIZ RODRIGUES WAMBIER E OUTRO(S) - PR007295

ADVOGADOS: TERESA CELINA DE ARRUDA ALVIM WAMBIER - PR022129A

EVARISTO ARAGÃO FERREIRA DOS SANTOS - PR024498

MARIA LÚCIA L C MEDEIROS - PE001034A

SMITH ROBERT BARRENI - PR042943

LAURA MARGHERITA FARINA

CERTIDÃO

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

A Corte Especial, por unanimidade, negou provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Og Fernandes, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Raul Araújo, Felix Fischer e Nancy Andrichi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão e João Otávio de Noronha.

RECURSO ESPECIAL
Nº 1.154.730 - PE
(2009/0162781-0)

RELATOR: MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

RECORRENTE: EMPRESA GESTORA DE ATIVOS - EMGEA E OUTRO

ADVOGADO: DIOGO MELO DE OLIVEIRA E OUTRO(S)

RECORRIDO: EMERSON ALVES DA SILVA

ADVOGADO: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTERES. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
- "AMICUS CURIAE"

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO REPETITIVO. ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. DEMONSTRATIVO DA EVOLUÇÃO DA DÍVIDA. AUSÊNCIA OU INSUFICIÊNCIA. SUPRIMENTO. ART. 284 DO CPC.

1. Para fins do Art. 543-C, §§ 7º e 8º, do CPC, firma-se a seguinte tese: a petição inicial da ação monitória para cobrança de soma em dinheiro deve ser instruída com demonstrativo de débito atualizado até a data do ajuizamento, assegurando-se, na sua ausência ou insuficiência, o direito da parte de supri-la, nos termos do Art. 284 do CPC.

2. Aplica-se o entendimento firmado ao caso concreto e determina-se a devolução dos autos ao juízo de primeiro grau para que conceda à autora a oportunidade de juntar demonstrativo de débito que satisfaça os requisitos estabelecidos neste acórdão.

3. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir prosseguindo o julgamento, após o voto-vista antecipado do Sr. Ministro Marco Buzzi acompanhando o Sr. Ministro Relator, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para efeitos do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, foi fixada a seguinte tese: “A petição inicial da ação monitória para cobrança de soma em dinheiro deve ser instruída com demonstrativo de débito atualizado até

a data do ajuizamento, assegurando-se, na sua ausência ou insuficiência, o direito da parte de supri-la, nos termos do artigo 284, do Código de Processo Civil”. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti (em sessão anterior), Raul Araújo, Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi (voto-vista) e Moura Ribeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze (Art. 162, § 2º, RISTJ).

Impedido o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.

Brasília (DF), 08 de abril de 2015 (Data do Julgamento).

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.154.730 - PE (2009/0162781-0)

RELATOR: MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

RECORRENTE: EMPRESA GESTORA DE ATIVOS - EMGEA E OUTRO

ADVOGADO: DIOGO MELO DE OLIVEIRA E OUTRO(S)

RECORRIDO: EMERSON ALVES DA SILVA

ADVOGADO: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTERES. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - "AMICUS CURIAE"

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA:

Na origem, EMPRESA GESTORA DE ATIVOS (EMGEA), recorrente, ajuizou ação monitória em desfavor de EMERSON ALVES DA SILVA, na qual alegou que o recorrido contraiu financiamento para aquisição de bem imóvel, mas deixou de pagar 90 (noventa) prestações previstas no contrato particular de compra e venda com garantia hipotecária firmado entre as partes.

O juízo primevo indeferiu liminarmente a inicial, extinguindo o processo sem análise do mérito e declarando a carência de ação em face

da falta de interesse de agir da autora, em relação à qual consignou que já possuía um título executivo representado pelo contrato de mútuo habitacional, nos termos do Art. 1º da Lei n. 5.741/1971.

Interposto recurso de apelação, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região deixou assentado tratar-se de matéria pacificada no âmbito daquela Corte que o contrato de mútuo habitacional vinculado à garantia hipotecária, de fato, constitui título executivo extrajudicial, suficiente para embasar ação de execução com fundamento na Lei n. 5.741/1971 ou no Decreto-Lei n. 70/1966.

Anotou, porém, que o contrato apresentado não continha as assinaturas de duas testemunhas, circunstância que o tornava ineficaz como título executivo, por não se revestir das formalidades legais exigidas pelo Art. 585, II, do CPC.

Relativamente à viabilidade de utilização da monitória, decidiu o Tribunal *a quo* que a inicial não se fizera acompanhar do demonstrativo do débito, “[...] documento imprescindível por indicar os valores das prestações mensais, a aplicação dos índices de reajustes, a amortização, e demais elementos informadores da evolução da dívida, sendo aplicável ao presente caso, em face da semelhança das situações, o teor da Súmula 247 do STJ, in verbis: *O contrato de abertura de crédito em conta-corrente, acompanhado do demonstrativo de débito, constitui documento hábil para o ajuizamento da ação monitória*”.

Esclareceu mais o Tribunal Regional que a exigência da liquidez do débito não se restringe aos contratos de crédito rotativo, também se aplicando aos contratos firmados no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação por força do seu caráter social.

O recurso especial foi admitido na origem como representativo da

controvérsia, ficando suspensos os demais recursos que tratam da mesma matéria até o pronunciamento final do Superior Tribunal de Justiça.

Não foram oferecidas contrarrazões.

Por decisão disponibilizada no DJe de 18.5.2011, o Ministro Massami Uyeda determinou o processamento do recurso pelo regime previsto no Art. 543-C do CPC.

O douto representante do Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento e desprovimento do recurso especial.

A Defensoria Pública da União requereu o ingresso no feito na qualidade de *amicus curiae*, o que foi deferido. Não apresentou manifestação, contudo.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.154.730 - PE (2009/0162781-0)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO REPETITIVO. ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. DEMONSTRATIVO DA EVOLUÇÃO DA DÍVIDA. AUSÊNCIA OU INSUFICIÊNCIA. SUPRIMENTO. ART. 284 DO CPC.

1. Para fins do Art. 543-C, §§ 7º e 8º, do CPC, firma-se a seguinte tese: a petição inicial da ação monitória para cobrança de soma em dinheiro deve ser instruída com demonstrativo de débito atualizado até a data do ajuizamento, assegurando-se, na sua ausência ou insuficiência, o direito da parte de supri-la, nos termos do Art. 284 do CPC.

2. Aplica-se o entendimento firmado ao caso concreto e determina-se a devolução dos autos ao juízo de primeiro grau para que conceda à autora a oportunidade de juntar demonstrativo de débito que satisfaça os requisitos estabelecidos neste acórdão.

3. Recurso provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA:

O recurso especial foi interposto com base no Art. 105, inciso III,

alínea “a”, da Constituição Federal e sustenta ter o acórdão recorrido violado a norma contida no Art. 1.102-A do Código de Processo Civil.

Registro, inicialmente, que, embora não tenha havido prequestionamento explícito da matéria submetida a julgamento, com indicação precisa do dispositivo legal tido por vulnerado, o *decisum* regional abordou a questão de maneira suficiente a ensejar conhecimento do apelo.

De fato, apenas da leitura da ementa do acórdão hostilizado já se apreende a tese em discussão. Confira-se:

“Direito Processual Civil. Ação Monitória. SFH. Contrato de Mútuo Habitacional. Falta de assinatura de duas testemunhas. Pressuposto legal. O contrato de mútuo habitacional, vinculado à garantia hipotecária, é título executivo extrajudicial, servindo de alicerce para ação de execução com base na Lei 5.741/71, ou execução extrajudicial, nos termos do Decreto-Lei 70/66. No contrato em questão, encontram-se ausentes as assinaturas de, ao menos, duas testemunhas, sendo ineficaz como título executivo, por não se revestir das formalidades legais, como exige o Art. 585, II, do CPC. É imprescindível que o contrato de mútuo se faça acompanhar do demonstrativo da evolução da dívida, a fim de que possa constituir-se em documento hábil para instruir a ação monitória. Carência de Ação. Manutenção da sentença. Apelação improvida” (sem grifos no original).

O ponto central a ser analisado, portanto, como já definiu o Ministro Massami Uyeda na decisão que admitiu o processamento do recurso na forma estabelecida no Art. 543-C do CPC, é saber se o demonstrativo do débito constitui elemento essencial para viabilizar o uso da ação monitória ou, mais exatamente, se pode ser aplicado extensivamente o óbice da Súmula n. 247/STJ aos contratos de mútuo imobiliário, valendo repetir

aqui o conteúdo desse enunciado: “*O contrato de abertura de crédito em conta-corrente, acompanhado do demonstrativo de débito, constitui documento hábil para o ajuizamento da ação monitória*”.

Não obstante o baixo formalismo que caracteriza o procedimento monitório, entendo, sempre que se tratar de cobrança de soma em dinheiro, ser indispensável à apresentação pelo credor de demonstrativo que possibilite ao devedor o perfeito conhecimento da quantia que lhe está sendo reclamada.

De fato, embora seja possível a discussão sobre o *quantum debeatur* nos embargos à ação monitória, é necessário que haja o detalhamento da dívida, com a indicação de critérios, índices e taxas utilizados, a fim de que o devedor possa validamente impugná-los em sua peça de resistência.

Conforme lição de Antônio Carlos Marcato (**Procedimentos Especiais**, 10.ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 308), “relativamente às prestações pecuniárias e às de dar coisas fungíveis, certamente se exige não apenas a atualidade do direito invocado pelo autor, como, ainda, a liquidez e a exigibilidade da prestação correspondente, pois, uma vez convalidado o mandado monitório em título executivo judicial, não se abrirá qualquer oportunidade para a liquidação do crédito. Essa liquidez poderá ser demonstrada mediante simples cálculos aritméticos elaborados pelo próprio autor, que deverá, então, instruir a petição inicial com a memória discriminada daqueles, tal como previsto no Art. 604 do CPC, valendo-se o réu dos embargos ao mandado para impugnar tanto os valores indicados quanto os critérios utilizados para a sua apuração”.

No mesmo sentido, caminha a doutrina de Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (**Curso Avançado de Processo Civil**, vol. 3, 10.ed. São Paulo: RT, 2010, p. 348) quando aponta os elementos que a inicial da ação monitória deve conter:

“A narrativa constante da peça inicial e a prova escrita apresentada pelo autor deverão abranger – ainda que indiretamente, como se frisou – a constituição (o evento gerador) e a exigibilidade (ocorrência do termo ou condição etc) do crédito. Deverá existir a adequada exposição dos fatos constitutivos do crédito pretendido: os documentos escritos trazidos com a inicial, em vez de dispensar tal narrativa, apenas servirão de prova dos fatos narrados.

A fundamentação da peça inicial e a prova escrita envolverão, ainda, os fatos que permitam a determinação da quantidade devida, quando se tratar de dinheiro ou bem fungível. É que não há espaço para nenhum procedimento liquidatório – quer entre a expedição do mandado e sua comunicação ao réu, quer entre a fase cognitiva e a executiva. Aliás, e também por essa razão, terá de acompanhar a inicial o demonstrativo do cálculo da quantia devida, de que trata o Art. 614, II, pois na hipótese de ser concedido o mandado de cumprimento e o réu não embargá-lo, diretamente se ingressará na fase executiva.”

Apreciando hipótese absolutamente idêntica à que ora se examina, o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro proferiu voto no AgRg no REsp n. 689.759/RN (DJ de 20.6.2005), em cuja ementa se lê:

“Processual Civil. Ação Monitória. SFH. Contrato de aquisição de casa própria. Demonstrativo de débito. Necessidade. Precedentes. Súmula 247-STJ. Agravo regimental desprovido.”

Consta do voto o seguinte: “[...] como bem ressaltou o juízo de primeiro grau, ‘se se exige a liquidez da dívida em relação a contratos de crédito rotativo, com mais razão deve-se exigir a demonstração inequívoca do débito referente a contrato do Sistema Financeiro da Habitação, em face de seu reconhecido caráter social”.

É importante registrar, contudo, que, detectada a falta ou insuficiência do demonstrativo, tem a parte o direito de saná-la, nos termos do Art. 284 do CPC, entendimento que se estende à própria inicial de execução, na forma da jurisprudência dominante.

Isso posto, para fins do disposto no Art. 543-C, sugiro que seja adotada a seguinte solução: a petição inicial de ação monitória para cobrança de soma em dinheiro deve ser instruída com demonstrativo de débito atualizado até a data do ajuizamento, dele constando os elementos necessários à quantificação do valor cobrado. Verificando-se a falta ou insuficiência do demonstrativo, tem a parte o direito de supri-la, nos termos do Art. 284 do CPC.

No caso concreto, **dou provimento ao recurso** e, aplicando o entendimento firmado, determino a devolução dos autos ao primeiro grau de jurisdição para que se conceda à ora recorrente a oportunidade de juntar ao feito demonstrativo de débito que satisfaça os requisitos estabelecidos neste acórdão. Os ônus da sucumbência serão fixados pelo magistrado primevo ao final.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

SEGUNDA SEÇÃO

Número Registro: 2009/0162781-0

PROCESSO ELETRÔNICO

Números Origem: 00041189120084058300 200883000041189
41189120084058300

PAUTA: 13/08/2014

JULGADO: 13/08/2014

Relator: Exmo. Sr. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Ministro Impedido: Exmo. Sr. Ministro: ANTONIO CARLOS FERREIRA

Presidente da Sessão: Exmo. Sr. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO

Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. PEDRO HENRIQUE
TÁVORA NIESS

Secretária: Bela. ANA ELISA DE ALMEIDA KIRJNER

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : EMPRESA GESTORA DE ATIVOS - EMGEA E OUTRO

ADVOGADO: DIOGO MELO DE OLIVEIRA E OUTRO(S)

RECORRIDO: EMERSON ALVES DA SILVA

ADVOGADO: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTERES.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - "AMICUS CURIAE"

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações - Espécies de Contratos

CERTIDÃO

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

Após o voto do Sr. Ministro Relator dando provimento ao recurso especial, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Sidnei Beneti, pediu VISTA antecipadamente o Sr. Ministro Marco Buzzi.

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

Impedido o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrichi.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.154.730 - PE (2009/0162781-0)

VOTO-VISTA

EXMO. SR. MINISTRO MARCO BUZZI:

Trata-se, na origem, de ação monitória ajuizada por EMPRESA GESTORA DE ATIVOS - EMGEA contra EMERSON ALVES DA SILVA, com base em contrato de mútuo habitacional com garantia hipotecária, regido pela Lei n.º 4.380/1964 (Sistema Financeiro Habitacional).

O Juízo de primeiro grau indeferiu liminarmente a inicial e extinguiu o processo sem julgamento do mérito, por falta de interesse de agir (fls. 40/43, e-STJ). Segundo o juiz sentenciante, o contrato objeto da lide, por si só, tem força executiva, nos termos do Art. 1º da Lei nº 5.741/1971, cabendo ao credor apenas duas alternativas para cobrar o crédito nele representado: a) execução extrajudicial prevista nos Arts. 31 e 32 do Decreto-lei nº 70/1966; ou b) execução específica prevista da própria Lei n.º 5.741/1971.

Contra a sentença foi interposta apelação, na qual se alegou que a ação monitória foi proposta porque havia “*dúvidas concretas e objetivas acerca da natureza executiva do título acostado aos autos*”, além de risco de prescrição da dívida. Disse a apelante (fl. 49, e-STJ):

A CAIXA/EMGEA de forma precavida entendeu mais prudente e razoável ajuizar a referida ação monitória em detrimento do processo

de execução, tendo em vista proteger o interesse público ameaçado por uma possível prescrição, caso o douto magistrado estivesse convencido da não executividade do título em litígio.

Caso, porém, mantido o entendimento da sentença de que o contrato teria executividade, requereu a apelante que fosse *“dado prosseguimento ao feito, transformando-se a ação monitória em demanda executiva”* (fl. 54, e-STJ), em homenagem ao princípio da instrumentalidade das formas.

A egrégia Terceira Turma do TRF da 5.^a Região negou provimento ao recurso, em acórdão assim ementado (fls. 62-66, e-STJ):

Direito Processual Civil. Ação Monitória. SFH. Contrato de Mútuo Habitacional. Falta de assinatura de duas testemunhas. Pressuposto legal. O contrato de mútuo habitacional, vinculado à garantia hipotecária, é título executivo extrajudicial, servindo de alicerce para ação de execução com base na Lei nº 5.741/71, ou execução extrajudicial, nos termos do Decreto-Lei 70/66. No contrato em questão, encontram-se ausentes as assinaturas de, ao menos, duas testemunhas, sendo ineficaz como título executivo, por não se revestir das formalidades legais, como exige o Art. 585, II, do CPC. É imprescindível que o contrato de mútuo se faça acompanhar do demonstrativo da evolução da dívida, a fim de que possa constituir-se em documento hábil para instruir a ação monitória. Carência de Ação. Manutenção da sentença. Apelação improvida.

Da leitura do voto condutor do acórdão recorrido, conclui-se que o Tribunal corroborou o fundamento único da sentença, no sentido de que houve carência de ação por falta de interesse de agir. À propósito, confira-se o seguinte excerto (fls. 63/64, e-STJ):

A sentença declarou a carência de ação, ante a falta de interesse de

agir, por considerar como título executivo o contrato de mútuo habitacional, vinculado ao Sistema Financeiro de Habitação, sendo instrumento hábil para o ajuizamento de ação de execução, e não de ação monitória.

A jurisprudência desta eg. Terceira Turma é pacífica ao reconhecer que o contrato de mútuo habitacional, vinculado à garantia hipotecária, é título executivo extrajudicial, servindo de alicerce para ação de execução com base na Lei 5.741/71, ou execução extrajudicial, nos termos do Decreto-Lei 70/66.

(...)

Nada tenho a reformar na sentença que declarou a carência de ação, por falta de interesse de agir.

No entanto, como na apelação houve o pedido alternativo de que, caso mantido o entendimento da sentença, a monitória fosse convertida em execução, o Tribunal acresceu mais dois fundamentos ao julgado: a) o contrato não teria a assinatura de duas testemunhas e, portanto, também não poderia ser cobrado na via executiva; e b) mesmo que fosse cabível a monitória, ela deveria ter sido instruída com o demonstrativo do débito, por aplicação analógica do enunciado nº 247 da Súmula do STJ.

Inconformada, a recorrente interpôs o presente recurso especial (fls. 69/75, e-STJ), com base no Art. 105, III, “a”, da CF, alegando violação do Art. 1.102-A, do CPC. Sustenta, em síntese, que o acórdão recorrido, ao exigir que a petição inicial da ação monitória em questão viesse acompanhada de demonstrativo do débito, “*fez uma exigência que a lei não faz*” (fl. 72, e-STJ). Aduz que o enunciado da Súmula 247 do STJ tem aplicação restrita ao contrato de abertura de crédito em conta-corrente, não podendo ser estendido ao caso dos autos, que cuida de mútuo habitacional.

Sem contrarrazões (fl. 83, e-STJ).

Juízo de admissibilidade positivo (fl. 84, e-STJ).

Distribuídos os autos ao eminente Ministro MASSAMI UYEDA, Sua Excelência decidiu afetar o julgamento do recurso a esta Segunda Seção, sob o rito dos recursos repetitivos, a fim de que fosse firmada orientação sobre “*a aplicação extensiva do óbice da Súmula 247/STJ aos contratos de mútuo imobiliário*” (fls. 90/92, e-STJ).

Em parecer, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do recurso, por falta de prequestionamento e impossibilidade de reexame do conjunto fático-probatório dos autos (fls. 98/102, e-STJ).

A Defensoria Pública da União requereu seu ingresso no feito como *amicus curiae* (fl. 104, e-STJ), o que foi aceito pelo então Ministro relator (fl. 106, e-STJ). No entanto, apesar de devidamente intimada (fl. 114, e-STJ), não apresentou manifestação (fl. 117, e-STJ).

Redistribuídos os autos ao Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, este apresentou voto pelo provimento do recurso especial, sendo acompanhado pelo Ministro SIDNEI BENETI.

Pedi vista dos autos, para melhor exame do caso.

É o relatório.

VOTO

O inconformismo merece prosperar.

1. A lei específica que disciplina a matéria contém determinação de que a execução de contrato de mútuo habitacional será feita mediante a utilização do rito nela prevista, excluída expressamente a aplicação

subsidiária do procedimento executório previsto no Código de Processo Civil (Art. 10, da Lei n.º 5.741/1971).

E, na hipótese, verifica-se a existência de decisões monocráticas recentes e divergentes quanto à possibilidade de o credor utilizar o procedimento monitorio, colacionando-se, à guisa de exemplificação, os seguintes julgados a favor: REsp 1.513.130/SC, rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe 05/03/2015; REsp 1.427.865/PE, rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, DJe 26/02/2015; REsp 1.445.038/PE, rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe 02/02/2015; EDcl no REsp 1.427.406/PE, rel.ª Min.ª NANCY ANDRIGHI, DJe 28/08/2014; REsp 1.405.286/PE, rel. Min. RICARDO VILLAS BOAS CUEVA, DJe 27/11/2013; e, contra: AREsp 338.555/PE, rel. Min. RAUL ARAÚJO, DJe 03/03/2015; REsp 1.408.555/PE, rel. Min. MOURA RIBEIRO, DJe 08/10/2014; REsp 1.444.313/PE, rel. Min. SIDNEI BENETI, DJe 04/08/2014, e REsp n.º 1.431.524/PE, rel. Min. MARCO BUZZI, DJe 24/02/2014.

Percebe-se, todavia, após o detido estudo da jurisprudência desta Corte Superior, a consolidação do entendimento de que o credor, embora disponha de título executivo extrajudicial, possui a faculdade de levar a lide ao Poder Judiciário da forma que lhe aprouver, desde que a escolha por um ou por outro meio processual não venha a prejudicar o direito de defesa do devedor (EDcl no REsp 1231193/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 06/02/2015).

Com efeito, em casos análogos, tem-se admitido o ajuizamento de ação monitoria por quem dispõe de título executivo extrajudicial, uma vez não existir prejuízo ao réu em procedimento que lhe franqueia ampliados meios de defesa (REsp n.º 1.445.038/PE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe de 02/02/2015).

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. AÇÃO MONITÓRIA. AJUIZAMENTO. POSSIBILIDADE. INTERESSE DE AGIR. EXISTÊNCIA. SÚMULA N. 83/STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. De acordo com o entendimento desta Corte Superior, é possível ao credor possuidor de título executivo extrajudicial ajuizar ação monitória para a respectiva cobrança. Precedentes. Incidência da Súmula 83/STJ.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 606.420/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/02/2015, DJe 11/02/2015)

CIVIL E PROCESSUAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM FACE DE DECISÃO EM RECURSO ESPECIAL. CARÁTER INFRINGENTE. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO MONITÓRIA. CREDOR MUNIDO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. CONTRATO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA. INTERESSE PROCESSUAL. PREQUESTIONAMENTO. ACÓRDÃO RECORRIDO. TEMA CENTRAL. FUNDAMENTAÇÃO. DECISÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

1. O prequestionamento é evidente quando a controvérsia trazida no recurso especial foi o tema central do acórdão recorrido.

2. Pode o credor preferir a via da ação monitória mesmo estando munido de título executivo, situação que não causa prejuízo ao devedor, que dispõe da via dos embargos, de ampla cognição, para discutir a dívida. Precedentes.

3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao

qual se nega provimento.

(EDcl no REsp 1231193/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 06/02/2015)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO MONITÓRIA. APARELHADA EM TÍTULO EXECUTIVO. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRECEDENTES.

1. Não há impedimento legal para que o credor, possuidor de título executivo extrajudicial, utilize o processo de conhecimento ou da ação monitória para a cobrança.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 403.996/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 13/02/2014)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO MONITÓRIA. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO FIXO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. RECONHECIMENTO. POSSIBILIDADE TAMBÉM DE AJUIZAMENTO DE AÇÃO MONITÓRIA. PRECEDENTES ESPECÍFICOS DESTE STJ.

1. A atribuição da qualidade de título executivo ao contrato de abertura de crédito fixo não impede a utilização, segundo a livre faculdade do credor, da ação monitória, procedimento que, comparado ao processo de execução, não traz maiores prejuízos ao réu.

2. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(1209717/SC, Rel. Ministro **PAULO DE TARSO SANSEVERINO**, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/09/2012, DJe 17/09/2012)

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EXISTÊNCIA DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. AJUIZAMENTO DE AÇÃO MONITÓRIA EM VEZ DE AÇÃO DE EXECUÇÃO. FACULDADE DO CREDOR, DESDE QUE A OPÇÃO NÃO IMPLIQUE PREJUÍZO À DEFESA DO DEVEDOR. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA.

1.- Embora disponha de título executivo extrajudicial, o credor tem a faculdade de levar a lide ao conhecimento do Judiciário da forma que lhe aprouver, desde que a escolha por um ou por outro meio processual não venha a prejudicar do direito de defesa do devedor.

Não é vedado pelo ordenamento jurídico o ajuizamento de Ação Monitória por quem dispõe de título executivo extrajudicial.

2.- O agravo não trouxe nenhum argumento capaz de modificar a conclusão do julgado, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.

3.- Agravo Regimental improvido.

(AgRg no AREsp 148.484/SP, Rel. Ministro **SIDNEI BENETI**, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 28/05/2012)

Portanto, à luz da gradativa evolução da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pode se afirmar que não é cabível a extinção da ação monitória intentada com base em título executivo extrajudicial, pois, ainda que possível também o ajuizamento da execução, a extinção da monitória não atende a nenhum interesse legítimo das partes, não contribui para a efetividade da tutela jurisdicional e tampouco constitui em nulidade insanável que traga prejuízo ao devedor, contrariando os princípios da celeridade processual e da instrumentalidade das formas.

Entende-se, assim, revisando o posicionamento antes defendido, que

a tese firmada pela Corte Regional, quanto à falta de interesse de agir da instituição credora, encontra-se superada, mormente porque a vedação contida na lei de regência do presente caso somente proíbe a utilização subsidiária do rito executivo comum do CPC, autorizando-se o exame da questão nos termos em que restou afetada.

2. Na hipótese, como bem alerta o ilustre relator, inobstante a falta de rigor procedimental da monitória, sempre que se tratar de cobrança de soma em dinheiro, é indispensável a apresentação pelo credor de demonstrativo da dívida, possibilitando ao devedor o correto e perfeito conhecimento da quantia que lhe está sendo reclamada.

E, nos termos do entendimento pretoriano dominante, na ausência ou na insuficiência do demonstrativo, a parte credora tem o direito de saná-la consoante o disposto no Art. 284 do Código de Processo Civil.

Nesse diapasão:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. AÇÃO MONITÓRIA. DOCUMENTOS CONSIDERADOS INDISPENSÁVEIS PELO TRIBUNAL. ART. 284 DO CPC NÃO OBSERVADO. ACÓRDÃO EM DISSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO DO STJ. FUNDAMENTOS DO REGIMENTAL QUE NÃO ALTERAM O DECISUM. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(AgRg no AREsp 200.064/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 26/08/2014)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA CORRENTE. DOCUMENTAÇÃO COLACIONADO PELO CREDOR TIDA POR INSUFICIENTE PELO

ACÓRDÃO ESTADUAL. CARÊNCIA DE AÇÃO DECRETADA DE OFÍCIO. AFASTAMENTO. ART. 284 DO CPC. OPORTUNIDADE DE INSTRUÇÃO DO FEITO. ADMISSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE E ECONOMIA PROCESSUAIS.

I. Os princípios da instrumentalidade e economicidade processuais recomendam que, detectada a falta documental quando da instrução da inicial, seja oportunizada à parte a sua juntada, nos termos do Art.

284 do CPC, caso da cobrança feita pela via monitória.

II. Recurso especial conhecido em parte e provido.

(REsp 743.928/PR, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, **QUARTA TURMA**, julgado em 09/05/2006, DJ 19/06/2006, p. 147)

Concluindo, tão somente no intuito de contribuir com a solução do tema ora exposto, sugere-se uma pequena alteração quanto à redação da tese do Art. 543-C, do CPC, no escopo de simplificar o enunciado da súmula de julgamento:

A petição inicial da ação monitória para cobrança de soma em dinheiro deve ser instruída com demonstrativo de débito atualizado até a data do ajuizamento, assegurando-se, na sua ausência ou insuficiência, o direito da parte de supri-la, nos termos do Art. 284 do CPC.

3. Ante o exposto, acompanha-se o voto condutor e, no caso concreto, dá-se provimento ao recurso especial.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

SEGUNDA SEÇÃO

Número Registro: 2009/0162781-0

PROCESSO ELETRÔNICO

Números Origem: 00041189120084058300 200883000041189
41189120084058300

PAUTA: 08/04/2015 JULGADO: 08/04/2015

Relator: Exmo. Sr. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Ministro Impedido: Exmo. Sr. Ministro: ANTONIO CARLOS FERREIRA

Presidente da Sessão: Exmo. Sr. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MAURÍCIO VIEIRA BRACKES

Secretária: Bela. ANA ELISA DE ALMEIDA KIRJNER

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: EMPRESA GESTORA DE ATIVOS - EMGEA E OUTRO

ADVOGADO: DIOGO MELO DE OLIVEIRA E OUTRO(S)

RECORRIDO: EMERSON ALVES DA SILVA

ADVOGADO: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTERES.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - "AMICUS CURIAE"

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações - Espécies de Contratos

CERTIDÃO

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

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista antecipado do Sr. Ministro Marco Buzzi acompanhando o Sr. Ministro Relator, a Segunda Seção, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para efeitos do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, foi fixada a seguinte tese: “A petição inicial da ação monitória para cobrança de soma em dinheiro deve ser instruída com demonstrativo de débito atualizado até a data do ajuizamento, assegurando-se, na sua ausência ou insuficiência, o direito da parte de supri-la, nos termos do artigo 284, do Código de Processo Civil.”

Os Srs. Ministros Sidnei Beneti (em sessão anterior), Raul Araújo, Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi (voto-vista) e Moura Ribeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze (Art. 162, § 2º, RISTJ).

Impedido o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.

Documento: 1338490

Inteiro Teor do Acórdão

- DJe: 15/04/2015

RECURSO ESPECIAL
Nº 1.291.575 - PR
(2011/0055780-1)

RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

RECORRENTE: CENTRO GÁS TRANSPORTES
E COMÉRCIO DE GÁS LTDA E OUTRO

ADVOGADO: ANTONIO FIDELIS E OUTRO(S)

RECORRIDO: BANCO BRADESCO S/A

ADVOGADOS: EDUARDO PELLEGRINI DE
ARRUDA ALVIM E OUTRO(S)

GUILHERME PIMENTA DA VEIGA NEVES E
OUTRO(S)

INTERES.: FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE
BANCOS FEBRABAN - "AMICUS CURIAE"

ADVOGADOS: LUIZ RODRIGUES WAMBIER

EVARISTO ARAGAO FERREIRA DOS SANTOS
E OUTRO(S)

EMENTA

DIREITO BANCÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO VINCULADA A CONTRATO DE CRÉDITO ROTATIVO. EXEQUIBILIDADE. LEI N. 10.931/2004. POSSIBILIDADE DE QUESTIONAMENTO ACERCA DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS RELATIVOS AOS DEMONSTRATIVOS DA DÍVIDA. INCISOS I E II DO § 2º DO ART. 28 DA LEI REGENTE.

1. Para fins do Art. 543-C do CPC: A Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial, representativo de operações de crédito de qualquer natureza, circunstância que autoriza sua emissão para documentar a abertura de crédito em conta-corrente, nas modalidades de crédito rotativo ou cheque especial. O título de crédito deve vir acompanhado de claro demonstrativo acerca dos valores utilizados pelo cliente, trazendo o diploma legal, de maneira taxativa, a relação de exigências que o credor deverá cumprir, de modo a conferir liquidez e exequibilidade à Cédula (Art. 28, § 2º, incisos I e II, da Lei n. 10.931/2004).

3. No caso concreto, recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da SEGUNDA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os efeitos do Art. 543-C, do CPC, foi fixada a seguinte tese: A

Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial, representativo de operações de crédito de qualquer natureza, circunstância que autoriza sua emissão para documentar a abertura de crédito em conta corrente, nas modalidades de crédito rotativo ou cheque especial. O título de crédito deve vir acompanhado de claro demonstrativo acerca dos valores utilizados pelo cliente, trazendo o diploma legal, de maneira taxativa, a relação de exigências que o credor deverá cumprir, de modo a conferir liquidez e exequibilidade à Cédula (Art. 28, § 2º, incisos I e II, da Lei n. 10.931/2004). Os Srs. Ministros Raul Araújo Filho, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Nancy Andrichi e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Brasília (DF), 14 de agosto de 2013 (Data do Julgamento).

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

Relator

RECURSO ESPECIAL

Nº 1.291.575 - PR (2011/0055780-1)

RECORRENTE : CENTRO GÁS TRANSPORTES E COMÉRCIO DE GÁS LTDA E OUTRO

ADVOGADO: ANTONIO FIDELIS E OUTRO(S)

RECORRIDO: BANCO BRADESCO S/A

ADVOGADOS: EDUARDO PELLEGRINI DE ARRUDA ALVIM E OUTRO(S)

GUILHERME PIMENTA DA VEIGA NEVES E OUTRO(S)

INTERES.: FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS FEBRABAN -
"AMICUS CURIAE"

ADVOGADOS: LUIZ RODRIGUES WAMBIER

EVARISTO ARAGAO FERREIRA DOS SANTOS E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. Centro Gás Transportes e Comércio de Gás Ltda. e Martin Egydio Saffaro opuseram embargos à execução (fls. 3/11) ajuizada por Banco Bradesco S.A., alegando ausência de título executivo, uma vez que, a despeito de estar aparelhada a execução em Cédula de Crédito Bancário, o contrato subjacente é de abertura de crédito rotativo em conta corrente, o qual não é considerado título executivo.

Sustentaram os executados, ainda, a inépcia da inicial, em razão da

não apresentação de documentos essenciais à propositura da ação, ou seja, “planilha de cálculo acompanhado de extratos bancários, documentos obrigatórios para que se possa realmente aferir a exata evolução do débito”. Ademais, insurgiram-se contra a cobrança de juros capitalizados e ausência de limitação a patamares legais. Alegaram, ainda, que os juros moratórios foram cobrados desde o inadimplemento, ao invés de incidirem desde a citação. Por fim, defenderam ser cabível a inversão do ônus da prova.

O Juízo de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Londrina/PR julgou procedentes os embargos, estabelecendo a nulidade da execução por não reconhecer a Cédula de Crédito Bancário como título executivo extrajudicial (fls. 239/243).

Em grau de apelação, o recurso foi provido, a fim de reformar a sentença “para reconhecer a existência de título hábil à propositura da ação de execução, sem prejuízo do enfrentamento pelo Juízo de origem das demais razões alegadas nos embargos” (fls. 292/299).

O acórdão recebeu a seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. DÍVIDA DECORRENTE DE ABERTURA DE CRÉDITO ROTATIVO EM CONTA CORRENTE. IRRELEVÂNCIA. TÍTULO REVESTIDO DE EFICÁCIA EXECUTIVA. ART. 28 DA LEI Nº 10.931/2004. NULIDADE DA EXECUÇÃO AFASTADA. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

1. A Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial e representa dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, pela própria soma nela indicada ou pelo saldo devedor demonstrado, nos termos do Art. 28 da lei nº 10.931/2004.

2. Apelação provida.

Sobreveio recurso especial (fls. 303/311), apoiado na alínea “a” do permissivo constitucional, no qual se alega ofensa aos Arts. 28, § 2º, incisos I e II, da Lei n. 10.931/2004; 586 e 618, inciso I, do Código de Processo Civil, além da Súmula 233 do STJ.

Os recorrentes sustentam que a Cédula de Crédito Bancário não é título executivo extrajudicial, ausentes a certeza, liquidez e exigibilidade.

Salientam que a Súmula 233 desta Corte de Justiça “reconhece não ser título executivo extrajudicial a cédula de crédito da forma que veio aos autos”.

Em contrarrazões (fls. 326/336), o recorrido alega que o apelo especial está deserto. Ademais, defende violação ao princípio da dialeticidade, pois o recorrente não combateu, de forma coerente e direta, o conteúdo da decisão da qual recorre.

Enfatiza não ter sido preenchido o requisito do prequestionamento e que os recorrentes, na verdade, pretendem o revolvimento de matéria probatória, o que é vedado no âmbito desta Corte de Justiça.

Por fim, diz que, “embora se mostre bastante aproximada da cobrança fundada em contrato de abertura de crédito em conta corrente, ao presente caso não se aplica a Súmula nº 233 do Superior Tribunal de Justiça, porquanto existe norma legal específica que confere à Cédula de Crédito Bancário a eficácia de título executivo extrajudicial”.

Em sede de juízo de admissibilidade, o Tribunal de origem negou seguimento ao recurso especial interposto, por entender que incidira, no caso, a Súmula 7 do STJ (fls. 338/339).

Contra a mencionada decisão, os recorrentes interpuseram agravo

em recurso especial (fls. 343/357). Em seguida, dei provimento ao mesmo para determinar sua conversão no presente recurso especial (fl. 381).

Posteriormente, verificando a multiplicidade de recursos a versarem sobre a mesma controvérsia, submeti o feito ao rito do artigo 543-C do CPC, determinando a ciência e facultando manifestação, no prazo de 15 (quinze) dias (Art. 3º, I, da Resolução n. 08/2008), à Federação Brasileira de Bancos e ao Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (fls. 386/387).

A Federação Brasileira de Bancos - Febraban, atuando como *amicus curiae* (fls. 404/493), pugna para que a orientação desta Corte de Justiça “se consolide no sentido de reconhecer a eficácia executiva da Cédula de Crédito Bancário, sempre que atendidos os requisitos previstos na Lei 10.931/2004, ainda quando consubstancie um contrato de abertura de crédito em conta corrente”.

Já o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC, apesar de oficiado (fl. 395), não se manifestou (fl. 543).

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Mauricio Vieira Bracks, opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso, nos termos da seguinte ementa (fls. 537/542):

- Recurso especial repetitivo, processado nos termos do Art. 543-C, do CPC, e do Art. 2º, §§ 1º e 2º, c.c. o Art. 7º, ambos da Resolução STJ nº 8, de 7.8.2008, apontando violação ao Art. 28, § 2º, da Lei nº 10.931/2004, e aos Arts. 586 e 618, I, ambos do CPC.

- Por força do disposto no Art. 28, da Lei nº 10.931/2004, a cédula de crédito bancário é título executivo extrajudicial e representa dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos da

conta corrente. Assim, desde que o credor comprove o atendimento aos requisitos para a apuração do valor exato da obrigação ou de seu saldo devedor, previstos no Art. 28, § 2º, I e II, da Lei nº 10.931/2004, não se opõem a execução da cédula de crédito bancário os óbices dos Arts. 586 e 618, I, ambos do CPC, e da Súmula 233, do STJ, mesmo que o título decorra diretamente de contrato de abertura de crédito, seja rotativo ou cheque especial. Precedentes do STJ.

- Parecer, preliminarmente, pelo conhecimento do presente recurso especial, e, no mérito, pelo seu não provimento.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL

Nº 1.291.575 - PR (2011/0055780-1)

RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMAO

RECORRENTE: CENTRO GÁS TRANSPORTES E COMÉRCIO DE GÁS LTDA E OUTRO

ADVOGADO: ANTONIO FIDELIS E OUTRO(S)

RECORRIDO: BANCO BRADESCO S/A

ADVOGADOS: EDUARDO PELLEGRINI DE ARRUDA ALVIM E OUTRO(S)

GUILHERME PIMENTA DA VEIGA NEVES E OUTRO(S)

INTERES.: FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS FEBRABAN - "AMICUS CURIAE"

ADVOGADOS: LUIZ RODRIGUES WAMBIER

EVARISTO ARAGAO FERREIRA DOS SANTOS E OUTRO(S)

EMENTA

DIREITO BANCÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO VINCULADA A CONTRATO DE CRÉDITO ROTATIVO. EXEQUIBILIDADE. LEI N. 10.931/2004. POSSIBILIDADE DE QUESTIONAMENTO ACERCA DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS RELATIVOS AOS DEMONSTRATIVOS DA DÍVIDA. INCISOS I E II DO § 2º DO ART. 28 DA LEI REGENTE.

1. Para fins do Art. 543-C do CPC: A Cédula de Crédito Bancário é título

executivo extrajudicial, representativo de operações de crédito de qualquer natureza, circunstância que autoriza sua emissão para documentar a abertura de crédito em conta-corrente, nas modalidades de crédito rotativo ou cheque especial. O título de crédito deve vir acompanhado de claro demonstrativo acerca dos valores utilizados pelo cliente, trazendo o diploma legal, de maneira taxativa, a relação de exigências que o credor deverá cumprir, de modo a conferir liquidez e exequibilidade à Cédula (Art. 28, § 2º, incisos I e II, da Lei n. 10.931/2004).

3. No caso concreto, recurso especial não provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. O litígio ora instalado versa sobre a possibilidade de execução de Cédula de Crédito Bancário, criada inicialmente pela MP n. 2.160, de 2001, a qual, após diversas reedições, culminou parcialmente na aprovação da Lei n. 10.931/2004.

Luis Felipe Pires Alves apresenta profícuo e extenso estudo acerca das inovações trazidas pela Lei n. 10.931/2004, referentes à cédula de crédito bancário:

A cédula de crédito bancário é consequência natural da evolução do sistema de cédulas de crédito, iniciado na década de 30 do século XX. Humberto Theodoro Júnior afirma que “a cédula bancária é mais um capítulo na evolução de um gênero: cédulas de crédito e, como tal, tudo aquilo que já se estudou, ensinou ou decidiu em sede pretoriana, sobre a natureza, o regime jurídico, as regras gerais e os princípios norteadores das demais cédulas de crédito se aplicam também às cédulas de crédito bancário”.

Foi idealizada com o propósito de desonerar as operações de crédito. Pelas características das transações financeiras atuais (que assumem, em grande parte, a forma de contratos de crédito rotativo), idealizou-se um modelo de título de crédito adaptável à evolução do saldo devedor, mas, ao mesmo tempo, seguro. Inspirando-se nas cédulas de crédito já reguladas em leis anteriores, a Med. Prov 1.925/1999 criou a cédula de crédito bancário como título de crédito, ou seja, documento escrito, cujo conteúdo e forma são rigorosamente prescritos pela lei, capaz de circular com segurança, preservando a boa-fé daqueles que o adquirem, conferindo a seu titular ação executiva para receber o crédito ali mencionado. (grifou-se)

[...]

A cédula de crédito bancário é essencialmente promessa de pagar em dinheiro dívida decorrente de operação de crédito de qualquer modalidade contratada com instituição financeira ou de natureza assemelhada.

É título de crédito provido dos atributos da cartularidade (materialização do direito no documento), literalidade (obrigação de valor delimitado), ainda que mitigada, e autonomia (livre circulação). É título executivo extrajudicial, dotado de certeza, liquidez e exigibilidade, tanto pela soma nele indicada quanto pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo ou extrato de conta-corrente a ele vinculada. Pode ser emitida em moeda estrangeira em favor de instituição domiciliada no exterior, desde que a obrigação se sujeite exclusivamente à lei e ao foro brasileiros. Pode conter a pactuação de juros, capitalizados ou não, por qualquer período, além dos usuais critérios de atualização monetária, configuração de mora, multas, penalidades, restituições e vencimento antecipado, observadas as disposições legais aplicáveis.

[...].

Foi necessário clamar a intervenção do Poder Executivo que, com grande acerto, criou a cédula de crédito bancário, cujas características, pautadas pela simplicidade e objetividade, reavivaram a força e a estabilidade do Sistema Financeiro.

[...]

Porém, logo ficou claro nos meios jurídicos brasileiros que a lei quis criar, e efetivamente criou, um título de crédito dotado de força executiva, não deixando qualquer margem ao arbítrio ou juízo subjetivo dos aplicadores do Direito. Ao fazê-lo, balizou dois valores consagrados na Constituição: a efetividade da Justiça (de especial importância para a saúde do Sistema Financeiro Nacional) e a segurança jurídica (ampla defesa e devido processo legal). Como bem se sabe, a Constituição impõe ao Estado de Direito a observância de princípios vários que se completam sem se anularem, cabendo aos Poderes constituídos zelar pela sua constante harmonização.

Pois bem, a criação da cédula de crédito bancário deu, sem sombra de dúvida, destaque ao princípio da efetividade da Justiça em um momento em que as circunstâncias da realidade socioeconômica clamaram por tal medida. Contudo, isso não significou desrespeito à segurança jurídica dos devedores: o devido processo legal e a ampla defesa continuam incólumes no seio da ação executiva.

Humberto Theodoro Júnior pondera que “Se, todavia, a lei nova tomou rumo diferente do que até então seguia a jurisprudência, nenhum vício se poderá, por isso, imputar-lhe; e, por conseguinte, não poderá o juiz fugir da força vinculante da norma legal derogadora do posicionamento pretoriano firmado à luz de lei diversa da atual. Afinal, seu dever primário é

o de aplicar as normas legais e jamais o de revogá-las para fazer prevalecer opinião jurisprudencial superada”.

Quando o Poder Executivo instituiu a cédula de crédito bancário, atribuiu-lhe expressamente a natureza de título de crédito líquido, certo e exigível. Não houve, pois, nenhuma afronta à jurisprudência pretérita, mas sim, mera criação de título executivo novo.

[...]

Porém, dentre todas as diferenças que se possam identificar entre o modelo tradicional de cédulas de crédito e a nova cédula de crédito bancário, a que mais se destaca e que mais reflexos produz é o fato de esta ser claramente vocacionada para o mercado de capitais, o que resulta em uma dinâmica nova.

Possibilitando-se a emissão de certificados de cédulas de crédito bancário, títulos físicos ou escriturais representativos das cédulas de crédito bancário (o certificado pode representar mais de uma cédula de crédito bancário, sendo que podem ter diferentes valores, prazos e condições de remuneração. Podem ser de propriedade da própria instituição financeira emitente ou de terceiros, respondendo sempre a instituição financeira pela origem e autenticidade das cédulas de crédito bancário depositadas que os lastreiam), dota-se a instituição financeira de um forte mecanismo de alavancagem de operações, pois permite-lhe repassar ao mercado o valor dos créditos concedidos, recompondo seu capital. Pode-se afirmar que nenhuma das cédulas de crédito tradicionais possui flexibilidade semelhante à da cédula de crédito bancário.

[...]

No que diz respeito à sua operacionalização, a cédula de crédito bancário oferece a inegável vantagem de permitir maior simplificação e

padronização de produtos e serviços, o que significa aumento de eficiência, seja pelo ganho de agilidade/produktividade, seja pela concentração de esforços naquilo que a instituição pode produzir de melhor, com a consequente redução de custos operacionais. Vale lembrar, por oportuno, que a criação do novo instrumento foi inserida em um conjunto de medidas sugeridas pelo Banco Central do Brasil, com vistas a reduzir os elevados níveis de *spread* bancário.

[...]

Nesse sentido, podemos apontar algumas situações em que o novo título facilita ou, ao menos, afasta percalços na execução judicial das dívidas: (a) o valor da obrigação, constante da cédula de crédito bancário, será exigível pela soma nele indicada ou pelo saldo devedor expresso em planilha de cálculo ou extratos de conta-corrente, documentos esses que integrarão a cédula e que serão elaborados exclusivamente pelo credor. Assim, não cabem mais discussões quanto ao poder legal do credor de apurar o saldo líquido da dívida para fins de execução judicial; (b) o regramento legal da cédula de crédito bancário deixa expressa a possibilidade de pactuação da capitalização de juros, bem como sua periodicidade, afastando discussões a respeito; (c) o título incorpora em seu bojo a apuração de honorários advocatícios, judiciais ou extrajudiciais, para inclusão no saldo devedor, o que simplifica sua execução; (d) a atualização do saldo devedor, sempre que se fizer necessária, é função atribuída ao credor, o que poderá reduzir a incidência de perícias técnicas das planilhas de cálculo que, como já explicitado, são consideradas parte inseparável do título; (e) a lei determina a apuração do saldo devedor com base no crédito efetivamente utilizado, afastando discussões acerca da liquidez do título; (f) a cédula de crédito bancário é certa, líquida e exigível por expressa definição legal, sendo que sua validade e eficácia não dependem de registro; (g) a possibilidade de o título sofrer protesto por

indicação, mantendo-se o credor na posse da única via negociável, afasta as hipóteses de retenção em cartório via medidas judiciais cautelares e, conseqüentemente, evita atrasos na execução; (h) a constituição de garantias abrange legalmente os acessórios, benfeitorias, valorizações, frutos e vinculações de qualquer natureza; (i) são ampliados os controles sobre as garantias, bem como as responsabilidades dos garantidores por sua integridade, qualidade, guarda e conservação. (ALVES, L. F. P. A cédula de crédito bancário: natureza, características e aplicabilidade. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, vol. 49, p. 79)

A problemática hospeda-se no fato de que, na grande maioria das vezes, se encontra subjacente à Cédula de Crédito Bancário um contrato de abertura de crédito rotativo, cuja exequibilidade fora afastada por sólida jurisprudência do STJ, cristalizada nas Súmulas 233 e 247:

Súmula 233: O contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extrato da conta-corrente, não é título executivo.

Súmula 247: O contrato de abertura de crédito em conta-corrente, acompanhado do demonstrativo de débito, constitui documento hábil para o ajuizamento da ação monitória.

Daí por que se tem entendido que a criação da Cédula de Crédito Bancário constituiu nítida reação do legislador contra a jurisprudência do STJ.

Segundo aqueles que rivalizam com o entendimento insculpido nas Súmulas 233 e 247, a jurisprudência deixara o Sistema Financeiro “órfão, desamparado, de instrumento jurídico que conferisse celeridade e segurança às volumosas transações que envolvem abertura de crédito, cheque especial ou crédito rotativo” (THEODORO JÚNIOR, H.. A cédula de crédito bancário como título executivo extrajudicial no direito brasileiro.

in. **Revista Jurídica**. Ano 55, dezembro de 2007, n. 362, p. 15).

A mencionada jurisprudência do STJ - com a qual este relator concorda integralmente - finca raízes no fato de que o contrato de abertura de crédito em conta-corrente, em si, não revela obrigação líquida e certa assumida pelo cliente, e não pode o credor, à revelia do assentimento do devedor, criar título executivo “terminado” unilateralmente, mediante impressão de extratos bancários ou elaboração de planilhas.

Tive a oportunidade de enfrentar a questão na relatoria do REsp. n. 800.178/SC, quando asseverei:

[...] o contrato de abertura de *crédito rotativo* (utilizado, no mais das vezes, em sua modalidade “cheque especial”) não consubstancia, em si, uma obrigação assumida pelo consumidor. Ao contrário, incorpora uma obrigação da instituição financeira em disponibilizar determinada quantia ao seu cliente, podendo dela utilizar-se ou não.

[...]

A ausência de executividade do contrato de abertura de crédito decorre do fato de que, quando da assinatura do instrumento pelo consumidor - ocasião em que a obrigação nasce para a instituição financeira, de disponibilizar determinada quantia ao seu cliente -, não há dívida líquida e certa, sendo que os valores eventualmente utilizados são documentados unilateralmente pela própria instituição, sem qualquer participação, muito menos consentimento, do cliente.

Inexistindo, pois, certeza e liquidez no próprio instrumento, exigências que não são alcançadas mediante a complementação unilateral do credor com a apresentação de extratos bancários, porquanto não lhe é dado criar títulos executivos à revelia do devedor, tem-se que o contrato de abertura de crédito carece, realmente, de exequibilidade.

Em suma, porque não havia lei prevendo a exequibilidade do contrato de abertura de crédito em conta-corrente, não podia o credor suprir a iliquidez e a incerteza que emergia diretamente do contrato, mediante a elaboração unilateral de cálculos relativos ao crédito utilizado, enquadrando o contrato de abertura de crédito na categoria geral de “documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas” a que faz referência o Art. 585, inciso II, do Código de Processo Civil, ao indicar os títulos executivos extrajudiciais aceitos no ordenamento jurídico.

3. Contudo, com o advento da Lei n. 10.931/2004, foi criada a Cédula de Crédito Bancário, exatamente nos mesmos moldes da prática bancária antes rechaçada pela jurisprudência do STJ, de modo a conferir certeza, liquidez e exigibilidade “seja pela soma nela indicada (na Cédula), seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos da conta corrente” (Art. 28).

Tal a perplexidade gerada pela mencionada Lei que levou o ilustre ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior a asseverar, em sede doutrinária, que:

Certamente não se encontrará nos países ocidentais, no âmbito das instituições financeiras, um diploma que conceda mais poderes ao credor estipulante de contrato de adesão, sem limites para taxas, comissões e multas: para completar, faltaria apenas excluí-lo do controle judicial (AGUIAR JUNIOR, R. R. de. **Os contratos bancários e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível na Biblioteca Digital do Superior Tribunal de Justiça, BDJur, p. 101).

As críticas alcançam a estatura da inconstitucionalidade (NERY JUNIOR, N. et. al. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 9.ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2006, p. 837-838), muito embora não se me afigure que a discussão, por esse enfoque, esteja suficientemente madura a ponto de permitir o incidente adequado.

4. Nessa esteira, o fato é que há lei regulando a matéria controvertida.

O legislador agiu pela via própria e validou as práticas bancárias que antes não encontravam lastro no ordenamento jurídico brasileiro.

Marlon Tomazette e Lucinéia Possar fazem as seguintes considerações acerca da executividade da Cédula de Crédito Bancário após a edição da Lei n. 10.931/2004:

Com base na referida Lei 10.931/2004, a CCB foi instituída como título executivo extrajudicial, representando dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos da conta corrente. Merece registro também o fato de que a CCB representa instrumento executivo hábil para formalização de contratos de abertura de crédito em conta corrente, hipótese em que será emitida pelo valor total do crédito posto à disposição do emitente.

Assim, considerando que a lei é fonte instituidora de títulos executivos, não restam dúvidas, portanto, que a CCB é - pelo princípio da legalidade - título executivo extrajudicial e, como exige o Art. 586 da Lei Adjetiva, é dotada dos requisitos da certeza, liquidez e exigibilidade, o que também é reconhecido pela Lei 10.931/2004. (TOMAZETTE, M; POSSAR, L. **Executividade da cédula de crédito bancários - sinais contraditórios da jurisprudência do STJ**. Disponível na Biblioteca Digital do Superior Tribunal de Justiça, BDJur, p. 6).

Em outras palavras, a Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial representativo de operações de crédito de qualquer natureza, circunstância que autoriza sua emissão para documentar a abertura de crédito em conta-corrente.

Os Arts. 26 e 28 da Lei n. 10.931/2004 confirmam essa situação:

Art. 26. A Cédula de Crédito Bancário é título de crédito emitido, por pessoa física ou jurídica, em favor de instituição financeira ou de entidade a esta equiparada, representando promessa de pagamento em dinheiro, decorrente de operação de crédito, de qualquer modalidade.

§ 1º **A instituição credora deve integrar o Sistema Financeiro Nacional**, sendo admitida a emissão da Cédula de Crédito Bancário em favor de instituição domiciliada no exterior, desde que a obrigação esteja sujeita exclusivamente à lei e ao foro brasileiros.

§ 2º A Cédula de Crédito Bancário em favor de instituição domiciliada no exterior poderá ser emitida em moeda estrangeira.

[...]

Art. 28. A Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial e representa dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos da conta corrente, elaborados conforme previsto no § 2º.

Com efeito, havendo lei a prever a complementação da liquidez do contrato bancário mediante apresentação de cálculos elaborados pelo próprio credor, penso que cabe ao Judiciário, em sede de jurisdição infraconstitucional, aplicar o novo diploma.

Esse entendimento foi sufragado por este Colegiado em inúmeros precedentes. Confirmam-se os julgados:

DIREITO BANCÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO VINCULADA A CONTRATO DE CRÉDITO ROTATIVO. EXEQUIBILIDADE. LEI N. 10.931/2004. POSSIBILIDADE DE QUESTIONAMENTO ACERCA

DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS RELATIVOS AOS DEMONSTRATIVOS DA DÍVIDA. INCISOS I E II DO § 2º DO ART. 28 DA LEI REGENTE.

1. A Lei n. 10.931/2004 estabelece que a Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial, representativo de operações de crédito de qualquer natureza, circunstância que autoriza sua emissão para documentar a abertura de crédito em conta corrente, nas modalidades de crédito rotativo ou cheque especial.

2. Para tanto, o título de crédito deve vir acompanhado de claro demonstrativo acerca dos valores utilizados pelo cliente, trazendo o diploma legal a relação de exigências que o credor deverá cumprir, de modo a conferir liquidez e exequibilidade à Cédula (Art. 28, § 2º, incisos I e II, da Lei n. 10.931/2004).

3. No caso em julgamento, tendo sido afastada a tese de que, em abstrato, a Cédula de Crédito Bancário não possuiria força executiva, os autos devem retornar ao Tribunal a quo para a apreciação das demais questões suscitadas no recurso de apelação.

4. Recurso especial provido.

(REsp 1283621/MS, de minha relatoria, **SEGUNDA SEÇÃO**, julgado em 23/05/2012, DJe 18/06/2012)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. ACÓRDÃO RECORRIDO. TEMA CENTRAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. TÍTULO EXECUTIVOEXTRAJUDICIAL. LEI 10.931/2004.

1. O prequestionamento é evidente quando a controvérsia trazida no

recurso especial foi o tema central do acórdão recorrido.

2. A matéria disciplinada exclusivamente em legislação ordinária não está sujeita à interposição de recurso extraordinário, que não tem cabimento nas hipóteses de inconstitucionalidade reflexa.

Precedentes do STF.

3. No caso, para se entender violado o princípio constitucional da hierarquia das leis, seria imprescindível analisar a redação da Lei 10.931/2004 para verificar se, de alguma forma, foi descumprido preceito da Lei Complementar 95/1998. Ademais, a própria Lei Complementar 95/1998, em seu Art. 18, prescreve que “eventual inexatidão formal de norma elaborada mediante processo legislativo regular não constitui escusa válida para o seu descumprimento”.

4. A cédula de crédito bancário, mesmo quando o valor nela expresso seja oriundo de saldo devedor em contrato de abertura de crédito em conta corrente, tem natureza de título executivo, exprimindo obrigação líquida e certa, por força do disposto na Lei 10.930/2004. Precedentes da 4ª Turma do STJ. (grifou-se).

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 248.784/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, **QUARTA TURMA**, julgado em 21/05/2013, DJe 28/05/2013)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. REQUISITOS. LEI 10.931/2004. MATÉRIA FÁTICA. REEXAME. SÚMULA N. 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(AgRg no REsp 1326137/AP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, **TERCEIRA TURMA**, julgado em 14/05/2013, DJe 20/05/2013)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.

EMBARGOS À EXECUÇÃO. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. LIQUIDEZ DO TÍTULO.

ATENDIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. REEXAME DE PROVAS.

IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ.

1. É firme o entendimento desta Corte de que a cédula de crédito bancário possui natureza de título executivo, por expressa disposição da Lei n. 10.931/2004.

2. No caso concreto, o Tribunal de origem, com base nos elementos de prova, concluiu que o título que embasou a execução constitui cédula de crédito bancário, pois preenche os requisitos da supracitada lei.

Alterar esse entendimento demandaria o reexame das provas dos autos, o que é vedado a esta Corte por força do óbice da Súmula n. 7/STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 272.501/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, **QUARTA TURMA**, julgado em 02/05/2013, REPDJe 22/05/2013, DJe 13/05/2013)

BANCÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO

OCORRÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. HARMONIA ENTRE O ACÓRDÃO RECORRIDO E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

- Ausentes os vícios do Art. 535 do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração.

- A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados impede o conhecimento do recurso especial.

- O acórdão recorrido que adota a orientação firmada pela jurisprudência do STJ não merece reforma.

- Agravo não provido.

(AgRg no REsp 1319426/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, **TERCEIRA TURMA**, julgado em 13/11/2012, DJe 20/11/2012)

AGRAVO REGIMENTAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

INSURGÊNCIA DA EXECUTADA.

1. É inadmissível o recurso especial que não impugna fundamento do acórdão recorrido apto, por si só, a manter a conclusão a que chegou a Corte de origem (Súmula 283 do STF).

2. A cédula de crédito bancário tem natureza de título executivo, exprimindo obrigação líquida e certa, por força do disposto na Lei n. 10.930/2004.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 1221989/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, **QUARTA TURMA**, julgado em 07/08/2012, DJe 14/08/2012)

Outros precedentes: Min. João Otávio de Noronha (Resp n. 599.609), Min. Villas Boas Cueva (Aresp n. 46.950), Min. Sidinei Beneti (Aresp n. 281.561).

Nesse mesmo sentido, para a Cédula de Crédito Rural, o Art. 10, *caput* e § 1º, do Decreto-Lei n. 167/1967, assim dispõe:

Art. 10. A cédula de crédito rural é título civil, líquido e certo, exigível pela soma dela constante ou do endosso, além dos juros, da comissão de fiscalização, se houver, e demais despesas que o credor fizer para segurança, regularidade e realização de seu direito creditório.

§ 1º Se o emitente houver deixado de levantar qualquer parcela do crédito deferido ou tiver feito pagamentos parciais, o credor desconta-lá da soma declarada na cédula, tornando-se exigível apenas o saldo.

Com artigo e parágrafo de mesma numeração, o Decreto-Lei n. 413/1969 preceitua comando normativo idêntico para a Cédula de Crédito Industrial. O Art. 3º da Lei n. 6.313/1975 manda aplicar à Cédula de Crédito à Exportação as disposições do Decreto-Lei n. 413/1969, relativas à Cédula de Crédito Industrial.

Disposição análoga está contida no Art. 5º da Lei n. 6.840/1980, aplicável à Cédula de Crédito Comercial e à Nota de Crédito Comercial.

E a própria jurisprudência vem aceitando a emissão de outras cédulas de crédito, como a comercial e a industrial, para documentar contrato de abertura de crédito em conta-corrente (REsp 791.676/GO, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/6/2011; REsp 480.261/SC, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 3/5/2005; REsp 253.433/RS, Rel. Ministro CASTRO FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/2/2005).

Em suma, descabe indagar se, em abstrato, a Cédula de Crédito Bancário é título executivo, mesmo que decorra diretamente de contrato de abertura de crédito, seja rotativo ou cheque especial.

5. Cumpre investigar se, **em concreto**, a Cédula de Crédito Bancário reúne os requisitos legais para sua emissão e execução da dívida, exigências contempladas, sobretudo, no § 2º do Art. 28 da Lei n. 10.931/2004, verbis:

Art. 28. A Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial e representa dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos da conta corrente, elaborados conforme previsto no § 2º.

[...]

§ 2º Sempre que necessário, a apuração do valor exato da obrigação, ou de seu saldo devedor, representado pela Cédula de Crédito Bancário, será feita pelo credor, por meio de planilha de cálculo e, quando for o caso, de extrato emitido pela instituição financeira, em favor da qual a Cédula de Crédito Bancário foi originalmente emitida, documentos esses que integrarão a Cédula, observado que:

I - os cálculos realizados deverão evidenciar de modo claro, preciso e de fácil entendimento e compreensão, o valor principal da dívida, seus encargos e despesas contratuais devidos, a parcela de juros e os critérios de sua incidência, a parcela de atualização monetária ou cambial, a parcela correspondente a multas e demais penalidades contratuais, as despesas de cobrança e de honorários advocatícios devidos até a data do cálculo e, por fim, o valor total da dívida; e

II - a Cédula de Crédito Bancário representativa de dívida oriunda de contrato de abertura de crédito bancário em conta corrente será emitida

pelo valor total do crédito posto à disposição do emitente, competindo ao credor, nos termos deste parágrafo, discriminar nos extratos da conta corrente ou nas planilhas de cálculo, que serão anexados à Cédula, as parcelas utilizadas do crédito aberto, os aumentos do limite do crédito inicialmente concedido, as eventuais amortizações da dívida e a incidência dos encargos nos vários períodos de utilização do crédito aberto.

Aliás, as exigências constantes nos incisos I e II do § 2º do Art. 28 da Lei n. 10.931/2004, *grosso modo*, são as mesmas que preceituava a Quarta Turma do STJ antes da edição das Súmulas n. 233 e 247 no sentido de ser exequível o contrato de abertura de crédito, mas exigia a adequada demonstração contábil do valor utilizado pelo cliente, sob pena de não se lhe conferir liquidez.

Na mesma linha, são os seguintes precedentes: REsp 6.949/CE, Rel. Ministro ATHOS CARNEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 5/3/1991; REsp 11.037/DF, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 12/5/1992; REsp 8715/MG, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 10/2/1991.

Portanto, a Lei n. 10.931/2004 não permite a utilização da Cédula de Crédito Bancário como mera roupagem do antigo contrato de abertura de crédito, como se a simples nomenclatura diversa lhe conferisse força executiva.

Ao reverso, o novo título de crédito, para ostentar exequibilidade, deve vir acompanhado de claro demonstrativo acerca dos valores utilizados pelo cliente, trazendo o novo diploma legal, de maneira taxativa, as exigências para conferir liquidez e exequibilidade à Cédula, a saber:

I - os cálculos realizados deverão evidenciar, de modo claro, preciso e de fácil entendimento e compreensão, o valor principal da dívida, seus encargos e despesas contratuais devidos, a parcela de juros e os critérios

de sua incidência, a parcela de atualização monetária ou cambial, a parcela correspondente a multas e demais penalidades contratuais, as despesas de cobrança e de honorários advocatícios devidos até a data do cálculo e, por fim, o valor total da dívida; e

II - a Cédula de Crédito Bancário representativa de dívida oriunda de contrato de abertura de crédito bancário em conta-corrente será emitida pelo valor total do crédito posto à disposição do emitente, competindo ao credor discriminar nos extratos da conta-corrente ou nas planilhas de cálculo, que serão anexados à Cédula, as parcelas utilizadas do crédito aberto, os aumentos do limite do crédito inicialmente concedido, as eventuais amortizações da dívida e a incidência dos encargos nos vários períodos de utilização do crédito aberto.

Nesse mesmo sentido, o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Mauricio Vieira Bracks (fls. 537/542), opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso especial. Segue trecho do parecer:

Deveras, na mesma linha do que decidiu o v. Acórdão recorrido, e diferentemente dos argumentos dos Recorrentes, a jurisprudência dessa colenda Superior Corte de Justiça há muito se encontra pacificada no sentido de que, por força do disposto no Art. 28, da Lei nº 10.931/2004, a cédula de crédito bancário é título executivo extrajudicial e representa dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos da conta corrente. Em complemento a essa orientação, concordando novamente como v. acórdão recorrido, esse colendo STJ entende que, desde que o credor comprove o atendimento aos requisitos para a apuração do valor exato da obrigação ou de seu saldo devedor, previstos no Art. 28, § 2º, I e II, da lei nº 10.931/2004, não se opõem à execução da cédula de crédito bancário os óbices dos Arts. 586 e 618, I,

ambos do CPC, e do enunciado da Súmula 233, do STJ, mesmo que o título decorra diretamente de contrato de abertura de crédito, seja rotativo ou cheque especial, conforme diretriz dos seguintes precedentes:

[...].

Pelas razões expostas e ao lume dos precedentes transcritos, o Ministério Público Federal preliminarmente opina pelo conhecimento do presente recurso especial, e, no mérito, pelo seu não provimento.

6. Assim, o entendimento para efeito do Art. 543-C do CPC, que ora encaminho, é o seguinte:

“A Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial, representativo de operações de crédito de qualquer natureza, circunstância que autoriza sua emissão para documentar a abertura de crédito em conta-corrente, nas modalidades de crédito rotativo ou cheque especial. O título de crédito deve vir acompanhado de claro demonstrativo acerca dos valores utilizados pelo cliente, trazendo o diploma legal, de maneira taxativa, a relação de exigências que o credor deverá cumprir, de modo a conferir liquidez e exequibilidade à Cédula (Art. 28, § 2º, incisos I e II, da Lei n. 10.931/2004)”.

7. No caso concreto, a sentença julgou procedentes os embargos por não reconhecer a Cédula de Crédito Bancário como título executivo extrajudicial.

O acórdão proferido em grau de apelação, por sua vez, reformou a sentença “para reconhecer a existência de título hábil à propositura da ação de execução, sem prejuízo do enfrentamento pelo Juízo de origem das demais razões alegadas nos embargos”.

Nesse sentido, confira-se a fundamentação do voto condutor:

O cerne da discussão refere-se à executividade da Cédula de

Crédito Bancário objeto da execução.

Entendeu o julgador singular que o título em questão cerece de liquidez e certeza, pois representa abertura de crédito em conta corrente, sendo nula a execução.

Todavia, tal circunstância não é suficiente para macular de nulidade a cédula e, tampouco, para descaracterizá-la como título executivo, uma vez que a sua eficácia executiva decorre expressamente da lei (Art. 585, VIII, do CPC c/c Art. 28 da Lei nº 10.931/2004).

Com efeito, embora a situação se mostre bastante aproximada da cobrança fundada em contrato de abertura de crédito em conta corrente, ao presente caso não se aplica a Súmula 233 do Superior tribunal de Justiça, porquanto existe norma legal específica que confere à Cédula de Crédito Bancário a eficácia de título executivo extrajudicial.

É o teor da Lei nº 10.931/2004:

[...].

Trata-se, pois, de um título bancário e representativo de uma promessa de pagamento em dinheiro, emitida por pessoa natural ou jurídica em favor de instituição financeira ou entidade a ela equiparada, e que, por si só, já possui eficácia de título executivo extrajudicial, tanto que preenchidos os requisitos para sua constituição.

[...].

Outrossim, a juntada das planilhas de cálculo ou dos extratos da conta corrente somente se faz necessária para as estritas hipóteses do § 2º do Art. 28 mencionado, ou seja, trata-se de providência meramente acessória, exigida unicamente para a propositura da ação de execução e não para atribuir à cédula de crédito bancário a qualidade de título

executivo extrajudicial.

De toda sorte, no presente caso, verifica-se que a Cédula exequenda preenche todos os requisitos legais de formação, inclusive quanto ao valor do débito e à data de vencimento, além de ter vindo acompanhada de demonstrativo detalhado da movimentação (ff. 30/38), corroborada pelos extratos da conta corrente (ff. 73/84 e 116/175).

Não restam dúvidas, portanto, de que a Cédula de Crédito Bancário em exame se constitui em título hábil ao embasamento da ação de execução, de modo que a sentença não pode prevalecer.

Assim, nota-se que o acórdão recorrido está em consonância com o entendimento desta Corte Superior, no sentido de reconhecer que, em abstrato, a Cédula de Crédito Bancário possui força executiva, exprimindo obrigação líquida e certa, por força do disposto na Lei n. 10.931/2004, tendo consignado, ainda, que a cédula preencheu todos os requisitos legais de formação.

8. Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

SEGUNDA SEÇÃO

Número Registro: 2011/0055780-1

PROCESSO ELETRÔNICO

REsp 1.291.575/ PR

Números Origem: 10512008 6311904 631190401 8682008

PAUTA: 14/08/2013 JULGADO: 14/08/2013

Relator: Exmo. Sr. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO

Presidente da Sessão: Exmo. Sr. Ministro SIDNEI BENETI

Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. PEDRO HENRIQUE
TÁVORA NIESS

Secretário; Bel. DIMAS DIAS PINTO

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: CENTRO GÁS TRANSPORTES E COMÉRCIO DE GÁS
LTDA E OUTRO

ADVOGADO: ANTONIO FIDELIS E OUTRO(S)

RECORRIDO: BANCO BRADESCO S/A

ADVOGADOS: EDUARDO PELLEGRINI DE ARRUDA ALVIM E OUTRO(S)

GUILHERME PIMENTA DA VEIGA NEVES E OUTRO(S)

INTERES.: FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS FEBRABAN - "AMICUS CURIAE"

ADVOGADOS: LUIZ RODRIGUES WAMBIER

EVARISTO ARAGAO FERREIRA DOS SANTOS E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações - Espécies de Títulos de Crédito - Cédula de Crédito Bancário

SUSTENTAÇÃO ORAL

Consignada a presença do Dr. ARAKEN DE ASSIS, pelo RECORRIDO: BANCO BRADESCO S/A, dispensada a sustentação oral.

CERTIDÃO

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

A Seção, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os efeitos do Art. 543-C, do CPC, foi fixada a seguinte tese: A Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial, representativo de operações de crédito de qualquer natureza, circunstância que autoriza sua emissão para documentar a abertura de crédito em conta corrente, nas modalidades de crédito rotativo ou cheque especial. O título de crédito deve vir acompanhado de claro demonstrativo acerca dos valores utilizados pelo cliente, trazendo o diploma legal, de maneira taxativa, a relação de exigências que o credor deverá cumprir, de modo a conferir liquidez e exequibilidade à Cédula (Art. 28, § 2º, incisos I e II, da Lei n.

10.931/2004).

Os Srs. Ministros Raul Araújo Filho, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Nancy Andrighi e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

RECURSO ESPECIAL
Nº 1.497.831 - PR
(2014/0094926-2)

RELATOR: MINISTRO PAULO DE TARSO
SANSEVERINO

R.P/ACÓRDÃO: MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI

RECORRENTE: BANCO BRADESCO S/A

ADVOGADO: GISALDO DO NASCIMENTO PEREIRA
E OUTRO(S) - DF008971

ADVOGADA: ANA LUISA FERNANDES PEREIRA E
OUTRO(S) - DF026088

ADVOGADA: PAULA DE PAIVA SANTOS E OUTRO(S)
- DF027275

RECORRIDO: ANDREA SILVANA SEQUINEL
MARQUES

ADVOGADO: JÚLIO CESAR DALMOLIN E OUTRO(S)
- PR025162

INTERES. : BANCO CENTRAL DO BRASIL - BACEN
- "AMICUS CURIAE"

ADVOGADO: PROCURADORIA-GERAL DO BANCO
CENTRAL - PB000000C

INTERES. : FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS
- "AMICUS CURIAE"

ADVOGADO: LUIZ RODRIGUES WAMBIER E
OUTRO(S) - PR007295

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. SEGUNDA FASE. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA CORRENTE. JUROS REMUNERATÓRIOS E CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO DOS ENCARGOS CONTRATUAIS, QUE DEVEM SER MANTIDOS NOS TERMOS EM QUE PRATICADOS NO CONTRATO BANCÁRIO SEM PREJUÍZO DA POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DE AÇÃO REVISIONAL.

1. Tese para os efeitos do Art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973:

- Impossibilidade de revisão de cláusulas contratuais em ação de prestação de contas.

2. O titular da conta-corrente bancária tem interesse processual para propor ação de prestação de contas, a fim de exigir do banco que esclareça qual o destino do dinheiro que depositou, a natureza e o valor dos créditos e débitos efetivamente ocorridos em sua conta, apurando-se, ao final, o saldo credor ou devedor. Exegese da Súmula 259.

3. O rito especial da ação de prestação de contas não comporta a pretensão de alterar ou revisar cláusula contratual, em razão das limitações ao contraditório e à ampla defesa.

4. Essa impossibilidade de se proceder à revisão de cláusulas contratuais diz respeito a todo o procedimento da prestação de contas, ou seja, não pode o autor da ação deduzir pretensões revisionais na petição inicial (primeira fase), conforme a reiterada jurisprudência do STJ, tampouco é admissível tal formulação em impugnação às contas prestadas pelo réu (segunda fase).

5. O contrato de conta-corrente com abertura de limite de crédito

automático (cheque especial) é negócio jurídico complexo. Se o cliente não utiliza o limite de crédito, não há dúvida de que o banco está empregando o dinheiro do correntista na compensação dos cheques, ordens de pagamento e transferências por ele autorizadas. Havendo utilização do limite do cheque especial, concretiza-se contrato de empréstimo, cuja possibilidade era apenas prevista no contrato de abertura da conta.

6. A taxa de juros do empréstimo tomado ao banco não diz respeito à administração dos recursos depositados pelo autor da ação. Ela compreende a remuneração do capital emprestado e flutua, conforme as circunstâncias do mercado e as vicissitudes particulares, em cada momento, da instituição financeira e do cliente. A taxa de juros em tal tipo de empréstimo é informada por meios diversos, como extratos, internet e atendimento telefônico.

7. Não se sendo a ação de prestação de contas instrumento processual adequado à revisão de contrato de mútuo (REsp. 1.293.558/PR, julgado sob o rito do Art. 543-C do CPC/1973, relator Ministro Luís Felipe Salomão), da mesma forma não se presta esse rito especial para a revisão de taxas de juros e demais encargos de empréstimos obtidos por meio de abertura de limite de crédito em conta-corrente.

8. O contrato bancário que deve nortear a prestação de contas e o respectivo julgamento - sem que caiba a sua revisão no rito especial - não é o simples formulário assinado no início do relacionamento, mas todo o conjunto de documentos e práticas que alicerçaram a relação das partes ao longo dos anos. Esse feixe de obrigações e direitos não cabe alterar no exame da ação de prestação de contas.

9. Caso concreto: incidência do óbice da Súmula n. 283 do STF, no tocante à alegação de decadência quanto ao direito de impugnar as contas. No mérito, o Tribunal de origem, ao decidir substituir a taxa de

juros remuneratórios aplicada ao longo da relação contratual e excluir a capitalização dos juros, ao fundamento de que não houve comprovação da pactuação de tais encargos, efetuou, na realidade, revisão do contrato de abertura de crédito em conta corrente, o que não é compatível com o rito da prestação de contas.

10. Recurso especial a que se dá parcial provimento para manter os juros remuneratórios e a capitalização nos termos em que praticados no contrato em exame, sem prejuízo da possibilidade de ajuizamento de ação revisional.

ACÓRDÃO

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva acompanhando a divergência inaugurada pela Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti, a Segunda Seção, por maioria, deu parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti.

Para os fins do artigo 1040 do NCPC (Art. 543-C do CPC/73), foi fixada a seguinte tese: “Impossibilidade de revisão de cláusulas contratuais em ação de prestação de contas”.

Lavrará o acórdão a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti. Vencidos os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi.

Votaram com a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, João Otávio de Noronha e Luis Felipe Salomão.

Brasília/DF, 14 de setembro de 2016 (Data do Julgamento).

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI

RECURSO ESPECIAL

Nº 1.497.831 - PR (2014/0094926-2)

VOTO-VISTA

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI: Trata-se de ação de prestação de contas ajuizada por Andrea Silvana Sequinel Marques em face do Banco Bradesco S/A exigindo a demonstração, de forma mercantil, da movimentação financeira do contrato de abertura de crédito em conta corrente celebrado entre as partes, desde o início do relacionamento, no ano de 1995, nos termos do Art. 917 do Código de Processo Civil.

A sentença de fls. 66/75 julgou procedente o pedido “a fim de determinar que o Requerido preste as contas à Requerente, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, referente à conta corrente n. 27.380-5, agência 0234-8 do Banco Bradesco S/A, no período de janeiro de 1995 até os dias de hoje (...)” (fl. 74).

Sobreveio apelação da instituição financeira, tendo o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná dado parcial provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa (fls. 134 e 137):

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. 1) ALEGADA REPETIÇÃO DE ARGUMENTOS ANTERIORES. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO INCISO II DO ARTIGO 514 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 2) DECADÊNCIA. OCORRÊNCIA. 3) INÉPCIA. DESNECESSIDADE DA JUNTADA DE DOCUMENTOS 4) FALTA DO INTERESSE DE AGIR. PEDIDO GENÉRICO. INOCORRÊNCIA. 5) PRAZO

PARA A APRESENTAÇÃO DAS CONTAS. 48 HORAS. PARTE FINAL DO § 2º, DO ARTIGO 915, CPC. 6) SUCUMBÊNCIA MINORAÇÃO DOS HONORÁRIOS.

1. “A repetição ou a reiteração de argumentos anteriores, por si só, ainda que possa constituir praxe desaconselhável, não implica na inépcia do recurso, salvo se as razões do inconformismo não guardarem relação com os fundamentos da decisão recorrida” (STJ - 3ª Turma, REsp 536.581-PR, rel. Min. Castro Filho, j. 16.12.03, DJU 10.204, p. 252).

2. No caso de eventual irregularidade na cobrança de serviços bancários, tem o correntista o prazo de 90 (noventa) dias para interpor sua reclamação, diante de vício aparente e de fácil constatação, no produto ou serviço prestado pela instituição financeira. Porém, esclareça-se que isso não isenta o banco de prestar as devidas contas, apenas exclui os valores a eles pertinentes, do período decaído, de compor eventual débito e crédito da parte.

3. “De acordo com o disposto no artigo 917 do Código de Processo Civil, as contas serão prestadas por aquele que tiver a obrigação de prestá-las. Portanto, não possui o autor a obrigação de juntar à petição inicial toda a documentação relativa à prestação de contas que pleiteia.” (TJPR, Ac. 2096, 16ª C. Cível, Rel. Hélio Henrique Lopes Fernandes Lima, p. 0183309-6, j. 03.02.2006).

4. “Não pode ser considerado genérico o pedido formulado pelo apelante/correntista, porque visa obter informações sobre o contrato de abertura de crédito em conta corrente firmado com a instituição financeira ré, tendo em sua inicial declinado o período, bem como o que deveria o Banco informar.” (TAPR - extinto - 6ª CCív - Ac. 17105 - Rel. Des. Anny Mary Kuss, j. 09.03.2004)

5. “O prazo de 48 horas para a apresentação das contas, previsto no § 2º, Art. 915, do CPC, somente pode ser ampliado por força de justificado motivo, capaz de tornar inviável a prestação no termo legal. Apelação cível desprovida.” (TJPR, 16ª Câmara Cível, Apelação Cível sob o nº 360804-2, REL. Desembargador Paulo Cezar Bellio, DJ 17/11/2006).

6. Ônus sucumbencial. Minoração dos honorários para adequar ao trabalho desenvolvido pelo advogado, na causa.

APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

Em face do mencionado acórdão foram opostos embargos de declaração por ambas as partes, tendo sido parcialmente acolhidos os dois recursos, sem a modificação do julgado.

A autora Andrea Silvana Sequinel Marques e a instituição financeira interpuseram recursos especiais, sendo admitido pela Corte estadual o recurso da autora e inadmitido o recurso do banco.

O Banco Bradesco S/A interpôs agravo de instrumento, ao qual foi negado provimento (fls. 540/541).

O recurso especial da autora foi provido para afastar a decadência reconhecida pelo Tribunal de origem (fls. 308/310).

Após o trânsito em julgado da decisão (fl. 312), o Banco apresentou as contas, juntando os respectivos documentos.

A autora, por sua vez, impugnou tais contas, questionando lançamentos e encargos contratuais, como tarifas, taxa de juros e capitalização, tendo o magistrado a **quo** deferido a produção de prova pericial.

Depois dos esclarecimentos do perito, o juízo de origem, às fls. 860/869, “colheu parcialmente as contas apresentadas pelo

Requerido, reconhecendo em favor da Requerente saldo credor no valor de R\$ 380,83 (trezentos e oitenta reais, e oitenta e três centavos), atualizada até a data da perícia, decorrente da cobrança de juros acima de 0,5% e de forma capitalizada, bem como saldo credor no valor de R\$ 437,16 (quatrocentos e trinta e sete reais, e dezesseis centavos), atualizado até a data da perícia” (fls. 868/869).

Inconformado, o Banco Bradesco S/A interpôs apelação, a qual foi parcialmente provida, para afastar o valor obtido pela perícia, como lançamentos não autorizados, determinando-se que, em sede de liquidação de arbitramento, seja apurado quais os valores apontados pela parte autora que não estão autorizados pelo Bacen, devendo ser objeto de repetição de forma simples; para determinar, ainda, que os juros sejam limitados à taxa média de mercado, aplicada às operações da mesma espécie; e para excluir a capitalização mensal dos juros, com a observância da regra do Art. 354 do Código Civil, nos termos da seguinte ementa (fls. 957/958):

APELAÇÃO CÍVEL (RÉU). AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. SEGUNDA FASE. I - DECADÊNCIA. RECONHECIMENTO AFASTADO EM PRIMEIRA FASE. FORMAÇÃO DE COISA JULGADA. II - TARIFAS E TAXAS. AUTORIZAÇÃO CONTRATUAL COMPROVADA. POSSIBILIDADE DE COBRANÇA DE ACORDO COM AS NORMAS DO BACEN. DEMAIS LANÇAMENTOS NÃO AUTORIZADOS. EXCLUSÃO QUE DEVE SE RESTRINGIR À IMPUGNAÇÃO DA AUTORA. III - TAXA DE JUROS. CLÁUSULA ILEGÍVEL. PACTUAÇÃO NÃO DEMONSTRADA. LIMITAÇÃO À TAXA MÉDIA DE MERCADO APLICÁVEL ÀS OPERAÇÕES DE MESMA ESPÉCIE. IV - CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. PRÁTICA COMPROVADA POR PROVA PERICIAL. EXCLUSÃO DEVIDA, COM OBSERVÂNCIA DO ART. 354 DO CÓDIGO CIVIL EM SUA APURAÇÃO. V - CAPITALIZAÇÃO ANUAL

OU SEMESTRAL. MATÉRIA NÃO CONHECIDA. INOVAÇÃO RECURSAL.

I - Impossível discutir novamente a questão acerca da aplicação do Art. 26 do CDC, quando a prejudicial de mérito já foi rechaçada em primeira fase, formando, portanto, coisa julgada.

II - Comprovada a previsão contratual, admite-se a cobrança das tarifas e taxas, que estejam autorizadas pelo Banco Central do Brasil. Todavia, não havendo impugnação específica da autora, é indevida a exclusão de lançamentos tidos como não autorizados.

III - Não apresentado o contrato no caderno processual, a taxa de juros deve ser limitada à taxa média de mercado aplicada às operações de mesma espécie.

IV - Comprovada a prática da capitalização mensal de juros por prova pericial, é necessária a exclusão de tal prática, com o cálculo dos juros de forma simples e em atenção à regra da imputação ao pagamento, prevista no Art. 354 do Código Civil, que determina que os depósitos efetuados na conta corrente destinam-se primeiro ao pagamento dos juros.

V - “Não pode o apelante impugnar senão aquilo que foi decidido na sentença; nem cabe à instância ‘ad quem’ inovar a causa, com invocação de outra causa petendi”. (RTJ 126/813).

APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA EM PARTE E, NESTA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDA.

No recurso especial interposto com base no Art. 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, a instituição financeira sustenta a violação dos Arts. 26, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, 1º, inciso V e 4º, VI e IX, da Lei n. 4.595/64 e 591 do Código Civil, associada a dissídio jurisprudencial.

Alega o recorrente que é incabível a discussão da validade de cláusulas contratuais no âmbito da ação de prestação de contas, em razão da diversidade de ritos.

Argumenta, por outro lado, que “o acórdão recorrido violou o disposto no Art. 26, II, do código de Defesa do Consumidor, na medida em que deixou de reconhecer a decadência do direito do recorrido a pleitear contas de período maior do que 90 (noventa) dias” (fl. 1.002).

Destaca, por fim, a legalidade dos juros remuneratórios pactuados no contrato, bem como a possibilidade de cobrança da capitalização dos juros.

Em contrarrazões, a autora sustentou a ausência de prequestionamento dos dispositivos legais suscitados no recurso especial; a falta de cotejo analítico; e que o entendimento do julgado estadual está em consonância com a jurisprudência desta Corte.

O Tribunal de origem negou seguimento ao recurso especial, conforme a decisão de admissibilidade de fls. 1.049/1.051.

Fora interposto agravo em recurso especial, com fundamento no Art. 544 do Código de Processo Civil de 1973, sendo provido, à fl. 1.089, para determinar a sua reatuação como recurso especial para melhor análise da controvérsia.

O recurso especial foi afetado para julgamento segundo o rito do Art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973, a fim de que a 2ª Seção desta Corte examine a questão da possibilidade de revisão de cláusulas contratuais na segunda fase da ação de prestação de contas.

O Banco Central do Brasil (fls. e-STJ 1110-1125) e a Federação Brasileira de Bancos - Febraban (fls. e-STJ 1147-1158), ambos na qualidade de **amicus curiae**, manifestaram-se pela impossibilidade de revisão de

cláusulas contratuais no âmbito da ação de prestação de contas.

O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do recurso e a Defensoria Pública da União absteve-se de opinar, ao argumento de que “não seria recomendável, em nome do órgão, a adoção de uma posição definitiva” (fl. 1.161).

O relator, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, ao analisar a tese a ser consolidada, destacou, inicialmente, que “a pretensão veiculada na ação de prestação de contas busca o cumprimento de obrigação de fazer, tendo também carga condenatória”.

Asseverou, ademais, que, na primeira fase da referida ação, “pretende-se obter de terceiro a prestação de contas da administração de bens, negócios ou interesses. Na segunda fase, busca-se a condenação ao pagamento do saldo apurado”.

Argumentou que em alguns contratos bancários, tais como, de mútuo e de financiamento, o devedor não possui interesse de agir para a propositura da ação de prestação de contas, nos termos do entendimento já firmado por esta 2ª Seção pelo rito do Art. 543-C do Código de Processo Civil e que, em outros contratos bancários sujeitos à prestação de contas, como o contrato de abertura de crédito em conta corrente, “há controvérsia nos tribunais de apelação acerca da possibilidade de revisão de cláusulas contratuais, especialmente na segunda fase desse procedimento especial de jurisdição contenciosa”.

Afirmou que os tribunais de apelação entendem, por um lado, que a revisão de cláusulas contratuais na própria ação de prestação de contas seria justificável por economia processual, para evitar o posterior ajuizamento de uma ação revisional, e, por outro lado, que não há amparo legal para se revisar cláusulas contratuais nesse procedimento especial.

Destacou que o último entendimento prevaleceu na jurisprudência desta Corte Superior, e transcreveu ementas de acórdãos das Turmas integrantes desta 2ª Seção que amparam a referida tese.

Dessa forma, o Relator propôs a consolidação da tese na linha da jurisprudência desta Corte Superior, salientando “que não só juízo específico de abusividade como também qualquer juízo de validade de cláusulas contratuais é descabido nesse rito especial, devendo o magistrado limitar-se ao exame dos planos da existência e da eficácia das cláusulas contratuais, ou seja, a análise do conteúdo das cláusulas pactuadas entre as partes no contrato em discussão”.

Diante disso, formulou as teses para os efeitos previstos no Art. 543-C do Código de Processo Civil, assim definidas:

- Impossibilidade de revisão de cláusulas contratuais em ação de prestação de contas;

- Limitação da cognição judicial na ação de prestação de contas ao conteúdo das cláusulas pactuadas no respectivo contrato.

No caso concreto, entendeu aplicável a Súmula 283 do STF no tocante à alegação de decadência do direito de impugnar os lançamentos indevidos, uma vez que a instituição financeira não atacou o fundamento do julgado estadual de que estaria preclusa a análise do referido tema. Consignou que o recurso contra o pedido revisional não conduz à improcedência do pedido como pretende o banco, mas tão somente a uma limitação da cognição; concluiu estar correto o entendimento do Tribunal de origem ao limitar os juros remuneratórios à taxa média de mercado e ao afastar a capitalização mensal dos juros porque não havia pactuação nesse sentido; afirmou que tal provimento do acórdão estadual “ficou restrito ao exame do próprio conteúdo das cláusulas contratuais, não se tratando

de revisão de contrato”; e asseverou, também, que é incabível a cobrança da capitalização anual dos juros, dado não haver prova de sua pactuação, negando, portanto, provimento ao recurso especial.

Pedi vista dos autos.

I

A ação de prestação de contas, prevista nos Arts. 914 e seguintes do CPC de 1973 (Arts. 550 e seguintes do CPC de 2015), tem por objetivo demonstrar o resultado da administração de quem age em nome de outra pessoa ou lhe gerencia os negócios ou bens.

Segundo a lição de Adroaldo Furtado Fabrício:

“Prestar contas significa fazer alguém a outrem, pormenorizadamente, parcela por parcela, a exposição dos componentes de débito e crédito resultantes de determinada relação jurídica, concluindo pela apuração aritmética do saldo devedor ou credor, ou de sua inexistência. A natureza dessa relação jurídica pode variar muito; de um modo geral, pode-se dizer que deve contas quem quer que administre bens, negócios ou interesses de outrem, a qualquer título.” (**Comentários ao Código de Processo Civil**, Forense, 1988, 3ª edição, Volume VIII, Tomo III, p. 315

Consolidou-se a jurisprudência deste Tribunal, após intensa polêmica, no sentido da possibilidade de propositura da ação de prestação de contas pelo titular da conta corrente bancária, independentemente do fornecimento periódico de extratos pelo banco (Súmula 259).

A análise dos precedentes da Súmula 259 revela que a ação de prestação de contas é instrumento processual idôneo “ao correntista que, recebendo extratos bancários, discorde dos lançamentos deles constantes”, (...) “visando a obter pronunciamento judicial acerca da

correção ou incorreção de tais lançamentos” (REsp. 12.393-0/SP, 4ª Turma, relator o Ministro Sálvio de Figueiredo, DJ 28.4.1994). No REsp. 264.506/ES, relator o Ministro Aldir Passarinho Júnior, se considerou cabível a prestação de contas, porque justificado o pedido “por correntista que **questiona a natureza de transferência e débitos** em conta corrente lançados pela instituição depositária” (DJ 26.3.2001). No REsp. 198.071/SP, relator o Ministro Barros Monteiro, decidiu-se que “ao correntista que, recebendo extratos bancários, discorde dos lançamentos deles constantes, assiste legítimo interesse para intentar ação de prestação de contas, visando a obter pronunciamento judicial acerca da correção ou incorreção de tais lançamentos” (DJ 24.5.1999). No REsp. 184.283/SP, afirmou-se “O correntista, inconformado com os lançamentos feitos em sua conta corrente, sem condições de conhecer a natureza e a origem dos registros constantes dos extratos bancários que recebe, tem legítimo interesse de propor a ação de prestação de contas” (DJ 22.3.1999). Os grifos não constam dos originais. No mesmo sentido, o REsp. 114.237/SC, relator Ministro Waldemar Zveiter, DJ 1.3.1999; REsp. 75.612/SC, rel. Ministro Costa Leite, DJ 4.3.1996.

O escopo da prestação de contas é, pois, o acertamento de lançamentos a crédito e a débito em determinada relação jurídica em que haja a administração de bens alheios para, ao final, declarar a existência de saldo em favor de uma das partes.

Na hipótese de a ação ser proposta pela parte que invoca para si o direito de exigir contas, como é o caso dos autos, o procedimento é dividido em duas fases.

A primeira fase busca apurar se existe ou não a obrigação de prestar as contas que o autor atribui ao réu. Na segunda fase, que só é instaurada se ficar acertada a existência da obrigação, desenvolvem-se as operações de exame das diversas parcelas das contas, com a finalidade de alcançar-se o

saldo final do relacionamento econômico discutido entre as partes.

É o que a ensina a doutrina de Alexandre Freitas Câmara:

“(…) É preciso notar, porém, que não se está diante de dois processos distintos, tramitando simultaneamente nos mesmos autos. O processo, em verdade, é único, embora dividido em duas fases distintas. Há, pois, o ajuizamento de uma única demanda, contendo um único mérito. A análise deste, porém, é dividida em dois momentos: o primeiro, dedicado à verificação da existência do direito de exigir a prestação de contas; o segundo, dirigido à verificação das contas e do saldo eventualmente existente.”

(Lições de direito processual civil. Volume 3. 21ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2014. p. 391-392).

O rito é especial, muito mais célere do que o ordinário, sendo o réu citado para, no prazo de cinco dias, apresentar as contas ou contestar a obrigação de prestar contas (CPC/73, Art. 915).

Julgada procedente a primeira fase, a sentença “condenará o réu a prestar contas no prazo de quarenta e oito horas, sob pena de não lhe ser lícito impugnar as que o autor apresentar” (CPC/73, Art. 915, §2º).

Tendo em vista a especialidade do rito, não se comporta no âmbito da prestação de contas a pretensão de alterar ou revisar cláusula contratual. As contas devem ser prestadas, com a exposição, de forma mercantil, das receitas e despesas, e o respectivo saldo (CPC/73, Art. 917). A apresentação das contas e o respectivo julgamento devem ter por base os pressupostos assentados ao longo da relação contratual existente entre as partes.

Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior:

“(…) O objeto do procedimento especial, no entanto, não

abrange definição de situações complexas como as de decretação de rescisão ou resolução contratual ou de anulação de negócios jurídicos, e tampouco a condenação por atos ilícitos. Esses accertamentos hão de ser realizados pelas vias ordinárias, relegando-se à ação especial de prestação de contas apenas as questões de puro levantamento de débitos e créditos gerados durante a gestão de bens e negócios alheios.

(Curso de direito processual civil, Volume III, Procedimentos Especiais, 46ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. p. 87).

Em se tratando de contrato de conta corrente, o banco deverá demonstrar os créditos (depósitos em favor do correntista) e os débitos efetivados em sua conta corrente (cheques pagos, débitos de contas, tarifas e encargos, transferências, saques etc) em relação ao período cuja prestação de contas se pede, para que, ao final, se apure se o saldo da conta corrente é positivo ou negativo, e se o correntista tem crédito ou, ao contrário, se está em débito.

Não será possível, todavia, a alteração das bases do contrato mantido entre as partes, pois, como visto, o rito especial da prestação de contas é incompatível com a pretensão de revisar contrato, em razão das limitações ao contraditório e à ampla defesa.

Conforme enfatiza Arthur Mendes Lobo, “a ação de prestação de contas não permite que o réu saiba, ao contestar, quais são os lançamentos que serão considerados ilegais ou abusivos pelo autor. Então, na ação de prestação de contas, a verdadeira pretensão do autor somente é conhecida após a apresentação das contas, o que acontece na segunda fase, o que impede que ele rebata (em peça de resistência) todas as alegações do autor”. (“Os novos contornos da interpretação do interesse de agir na ação de prestação de contas: a importante mudança de posicionamento

do STJ”, publicado no livro **O papel da jurisprudência no STJ**. Rio de Janeiro: RT, 2014, p. 354).

Essa impossibilidade de se proceder à revisão de cláusulas contratuais diz respeito a todo o procedimento da prestação de contas, ou seja, não pode o autor da ação deduzir pretensões revisionais na petição inicial (primeira fase), conforme a reiterada jurisprudência do STJ, tampouco é admissível tal formulação em impugnação às contas prestadas pelo réu (segunda fase).

Isso ocorre porque, repita-se, o procedimento especial da prestação de contas não abrange a análise de situações complexas, mas tão somente o mero levantamento de débitos e créditos gerados durante a gestão de bens e negócios do cliente bancário.

A ação de prestação de contas não é, portanto, o meio hábil a dirimir conflitos no tocante a cláusulas de contrato, nem em caráter secundário, uma vez que tal ação objetiva, tão somente, a exposição dos componentes de crédito e débito resultantes de determinada relação jurídica, concluindo pela apuração de saldo credor ou devedor.

Nesse sentido, orienta-se, de há muito, a jurisprudência deste Tribunal:

“CUMULAÇÃO DE PEDIDOS. NULIDADE DE CONTRATO, INEXIGIBILIDADE DE TÍTULOS DE CRÉDITO E PRESTAÇÃO DE CONTAS. INADMISSIBILIDADE EM RELAÇÃO A ESTA ÚLTIMA.

- De feições complexas e comportando duas fases distintas, inadmissível é a cumulação da ação de prestação de contas com as ações de nulidade de contratos e declaratória de inexigibilidade de títulos, por ensejar tumulto e desordem na realização dos atos processuais. Precedente da Quarta Turma.

Recurso especial conhecido e provido parcialmente.”

(4ª Turma, REsp 190.892/SP, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, unânime, DJU de 21.8.2000)

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS. REVISÃO CONTRATUAL. PRESTAÇÃO DE CONTAS. RITOS. INCOMPATIBILIDADE.

1. Consoante entendimento desta Corte, é inviável a cumulação de ação de revisão de cláusulas contratuais com ação de prestação de contas, em face da diversidade dos ritos. Precedentes.

2. Agravo regimental desprovido.”

(4ª Turma, AgRg no REsp 739.700/RS, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, unânime, DJU de 22.10.2007)

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA. PEDIDO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. CUMULAÇÃO.

IMPOSSIBILIDADE. INCOMPATIBILIDADE DE RITOS.

1. É impossível cumular ação de prestação de contas com ação ordinária em que se busca a revisão contratual, em face da incompatibilidade de ritos.

2. Agravo regimental desprovido.”

(4ª Turma, AgRg no Ag 1.094.287/MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, unânime, DJe de 27.5.2010)

“AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. REVISÃO CONTRATUAL. CUMULAÇÃO. RITOS. INCOMPATIBILIDADE.

I - Consoante entendimento desta Corte, é inviável a cumulação de ação de revisão de cláusulas contratuais com ação de prestação de contas, em face da diversidade dos ritos. Precedentes.

Agravo Regimental improvido.”

(3ª Turma, AgRg no REsp 1.177.260/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, unânime, DJe de 7.5.2010)

Mais recentemente, a jurisprudência da 2ª Seção consolidou-se no sentido de que a ação de prestação de contas pelo titular da conta-corrente bancária não prescinde da indicação, na inicial, ao menos de período determinado em relação ao qual busca esclarecimentos o correntista, com a exposição de motivos consistentes, ocorrências duvidosas em sua conta-corrente, que justificam a provocação do Poder Judiciário mediante ação de prestação de contas, bem como não se destina à revisão de cláusulas contratuais. Eis a ementa do precedente:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA-CORRENTE. CABIMENTO DA AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS (SÚMULA 259). INTERESSE DE AGIR. REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA, JUROS, MULTA, CAPITALIZAÇÃO, TARIFAS. IMPOSSIBILIDADE.

1. O titular de conta-corrente bancária tem interesse processual para exigir contas do banco (Súmula 259). Isso porque a abertura de conta-corrente tem por pressuposto a entrega de recursos do correntista ao banco (depósito inicial e eventual abertura de limite de crédito), seguindo-se relação duradoura de sucessivos créditos e débitos. Por meio da prestação de contas, o banco deverá demonstrar os créditos (depósitos em favor do correntista) e os débitos efetivados em sua conta-corrente (cheques pagos, débitos de contas, tarifas e encargos, saques etc) ao longo da relação contratual, para que, ao final, se apure se o saldo da conta

corrente é positivo ou negativo, vale dizer, se o correntista tem crédito ou, ao contrário, se está em débito.

2. A entrega de extratos periódicos aos correntistas não implica, por si só, falta de interesse de agir para o ajuizamento de prestação de contas, uma vez que podem não ser suficientes para o esclarecimento de todos os lançamentos efetuados na conta-corrente.

3. Hipótese em que a padronizada inicial, a qual poderia servir para qualquer contrato de conta-corrente do Banco Banestado, bastando a mudança do nome das partes e do número da conta, não indica exemplos concretos de lançamentos não autorizados ou de origem desconhecida e sequer delimita o período em relação ao qual há necessidade de prestação de contas, postulando sejam prestadas contas, em formato mercantil, no prazo legal de cinco dias, de todos os lançamentos desde a abertura da conta-corrente, treze anos antes do ajuizamento da ação. Tal pedido, conforme voto do Ministro Aldir Passarinho Junior, acompanhado pela unanimidade da 4ª Turma no REsp. 98.626-SC, “soa absurdo, posto que não é crível que desde o início, em tudo, tenha havido erro ou suspeita de equívoco dos extratos já apresentados.”

4. A pretensão deduzida na inicial, voltada, na realidade, a aferir a legalidade dos encargos cobrados (comissão de permanência, juros, multa, tarifas), deveria ter sido veiculada por meio de ação ordinária revisional, cumulada com repetição de eventual indébito, no curso da qual pode ser requerida a exibição de documentos, caso esta não tenha sido postulada em medida cautelar preparatória.

5. Embora cabível, a ação de prestação de contas pelo titular da conta-corrente, independentemente do fornecimento extrajudicial de extratos detalhados, tal instrumento processual não se destina à revisão de cláusulas contratuais e não prescinde da indicação, na inicial, ao menos

de período determinado em relação ao qual busca esclarecimentos o correntista, com a exposição de motivos consistentes, ocorrências duvidosas em sua conta-corrente, que justificam a provocação do Poder Judiciário mediante ação de prestação de contas.

6. Recurso especial a que se nega provimento (REsp. 1.231.027/PR, de minha relatoria, DJe 18.12.2012)

Compartilho, portanto, do entendimento do eminente Relator acerca da “impossibilidade de revisão de cláusulas contratuais em ação de prestação de contas”.

II

O motivo de meu pedido de vistas foi a segunda tese proposta e a análise do caso concreto em julgamento.

Ao discorrer acerca da segunda tese referente à “limitação da cognição judicial na ação de prestação de contas ao conteúdo das cláusulas pactuadas no respectivo contrato” o eminente relator consignou que o magistrado deve limitar-se ao exame dos planos da existência e da eficácia das cláusulas contratuais, ou seja, à análise do conteúdo das cláusulas pactuadas entre as partes no contrato em discussão.

Afirmou que a Corte estadual decidiu em consonância com a tese proposta, quando limitou os juros remuneratórios à taxa média de mercado e afastou a capitalização mensal dos juros, diante da falta de pactuação nesse sentido.

Asseverou que o provimento do Tribunal de origem “ficou restrito ao exame do próprio conteúdo das cláusulas contratuais, não se tratando de revisão de contrato”.

Não tenho dúvidas em concordar que a prestação de contas e o respectivo julgamento devem ser delimitados pelo contrato mediante o qual se desenvolveu a relação de administração de bens do autor pelo réu. Tomando por base as normas regentes da relação jurídica entre as partes, devem ser especificados os lançamentos a crédito e a débito e o respectivo saldo. Situações complexas, a demandar acertamentos a propósito da clareza e interpretação de cláusulas contratuais, vícios de consentimento, possível abusividade, dentre outras, hão de ser questionadas na via ordinária, na qual se comporta ampla dilação probatória.

A relação entre o titular de conta-corrente e o banco desenvolve-se ao longo de anos, sendo regulada não apenas pelo contrato inicial, mas pelos sucessivos aditamentos contratuais e outros negócios jurídicos que são celebrados na medida da conveniência das partes, como alterações de limites de crédito, empréstimos, autorizações para saques, transferências, investimentos, entre outros, feitas verbalmente, por caixa eletrônico ou computador pessoal.

No contrato de limite de crédito em conta-corrente, as taxas de juros em regra não constam do contrato de abertura, pois flutuam conforme as contingências do mercado, e são informadas periodicamente ao correntista por meios diversos, como extratos, internet e atendimento telefônico.

Anoto que, a rigor, a taxa de juros cobrada do consumidor sequer é elemento do contrato de depósito de numerário em conta corrente, cuja administração pelo banco justifica o cabimento da ação de prestação de contas. A taxa de juros é a remuneração de empréstimo, ou a contraprestação pela efetiva utilização do limite de crédito aberto pelo banco ao seu cliente.

Entendo, portanto, que o contrato bancário que deve nortear

a prestação de contas e o respectivo julgamento – sem que caiba a sua revisão no rito especial – não é o simples formulário assinado no início do relacionamento, mas todo o conjunto de documentos e práticas que alicerçaram a relação das partes ao longo dos anos. Esse feixe de obrigações e direitos não cabe alterar no exame da ação de prestação de contas.

Assim, ao contrário do posicionamento do eminente relator, entendo, data vênia, que não é possível ao magistrado substituir, na ação de prestação de contas, a taxa de juros remuneratórios, a periodicidade da capitalização ou demais encargos aplicados ao longo da relação contratual.

Dessa forma, penso que, após prestadas as contas, cabe ao julgador, na sentença da segunda fase da ação, analisar se tais contas foram prestadas na forma mercantil e fazer a verificação da compatibilidade das contas apresentadas entre os créditos, os débitos e o posterior saldo, sem promover a alteração nos encargos contratuais vigentes durante a relação contratual.

Esta conclusão é reforçada pelo entendimento do Relator, ao qual adiro, de que a sentença proferida na ação de prestação de contas não produz o efeito preclusivo da coisa julgada acerca da validade das cláusulas contratuais e eventual abusividade dos encargos cobrados do correntista ao longo da relação contratual.

Dessa forma, independentemente do julgamento da prestação de contas, fica ressalvada ao correntista, caso considere pertinente, a possibilidade de ajuizar ação revisional de contrato cumulada com repetição de eventual indébito ou, ainda, se for o caso, revisar as cláusulas contratuais em sede de embargos à execução, com a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Assim, em consonância com essas premissas, proponho, pois, a seguinte tese, para os efeitos previstos no Art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973:

- Impossibilidade de revisão de cláusulas contratuais em ação de prestação de contas.

III

Feitas tais considerações, passo à análise do caso concreto.

No recurso especial, o Banco Bradesco S/A sustentou a violação dos Arts. 26, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, 1º, inciso V e 4º, VI e IX, da Lei n. 4.595/64 e 591 do Código Civil, associada a dissídio jurisprudencial.

Alegou que é incabível a discussão acerca da validade de cláusulas contratuais no âmbito da ação de prestação de contas, em razão da diversidade de ritos, bem como argumentou que deveria ter sido reconhecida a decadência do direito de impugnar as contas, nos termos do Art. 26, II, do código de Defesa do Consumidor.

Sustentou, ademais, a legalidade dos juros remuneratórios pactuados no contrato e a possibilidade de cobrança da capitalização dos juros em qualquer periodicidade.

Acompanho o Relator no ponto em que não conhece do recurso especial quanto à alegada ofensa ao 26, II, do CDC (decadência), porque não impugnado o fundamento do acórdão recorrido, que entendeu preclusa a questão. Incidência, portanto, da Súmula 283/STF.

Em divergência, todavia, acolho a alegação de que o acórdão recorrido, ao decidir substituir a taxa de juros aplicada ao longo da relação contratual

e excluir a capitalização dos juros, na realidade, efetuou revisão do contrato de abertura de crédito em conta corrente, o que não é compatível com o rito da prestação de contas.

Com efeito, é oportuno transcrever o argumento utilizado pelo Tribunal de origem para limitar os juros remuneratórios à taxa média de mercado na ação de prestação de contas, confira-se (fls. 971 e 975):

(...) A r. sentença determinou a limitação dos juros a 0,5% ao mês, de acordo com o Art. 1.062 do CC/1916, tendo em vista que “(...) não houve prova de estipulação expressa em contrato quanto a taxa de juros a ser aplicada (...)”. Porém, não obstante seja devida a limitação dos juros remuneratórios, verifica-se que estes não devem observar o percentual de 0,5 % ao mês, mas sim à taxa média de mercado, aplicadas à operações de mesma espécie. Examinando o caderno processual, observa-se a cláusula L (fl. 484), que, segundo o réu, contém a previsão dos juros, encontra-se ilegível, de forma que não pode ser considerada para demonstrar a pactuação dos juros. (...)

Pontue-se, enfim, que, na prestação de contas, inexistindo prova da prévia pactuação da taxa de juros, admite-se que esta seja limitada à taxa média de mercado, de acordo com o Bacen, sem que tal determinação implique em revisão contratual, uma vez que trata-se de mera adequação do que fora cobrado pela instituição financeira com o que encontra previsão contratual (...).

No tocante ao tópico da capitalização dos juros, a Corte estadual, assim decidiu (fl. 979):

(...) Assim, deve ser mantida a decisão singular que afastou a capitalização de juros, com a ressalva de se permitir a aplicação do Art. 354 do Código Civil, para que não se penalize o devedor consumidor final e parte hipossuficiente da relação jurídica (...).

O eminente Relator, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, por sua vez, concluiu estar correto o entendimento do julgado estadual quando limitou os juros remuneratórios à taxa média de mercado e excluiu a capitalização dos juros em qualquer periodicidade, porque, não havendo a comprovação de pactuação dos referidos encargos, não teria havido revisão contratual, mas julgamento restrito ao exame do próprio conteúdo das cláusulas contratuais.

Conforme delineado acima, entendo, com a devida vênia, que o acórdão recorrido efetuou revisão da relação contratual havida entre as partes, com a alteração da taxa de juros praticada e a exclusão da capitalização, o que não se comporta no âmbito da ação de prestação de contas.

Em face do exposto, no caso concreto, dou parcial provimento ao recurso especial para manter os juros remuneratórios e a capitalização nos termos em que praticada no contrato bancário em exame, sem prejuízo da possibilidade de ajuizamento de ação revisional.

É como voto.

LEGISLAÇÃO

LEI Nº 13.340, DE 28 DE SETEMBRO DE 2016

Autoriza a liquidação e a renegociação de dívidas de crédito rural; altera a Lei no 10.177, de 12 de janeiro de 2001; e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Fica autorizada a concessão de rebate para liquidação, até 29 de dezembro de 2017, das operações de crédito rural referentes a uma ou mais operações do mesmo mutuário, contratadas até 31 de dezembro de 2011 com o Banco do Nordeste do Brasil S.A. ou o Banco da Amazônia S.A., com recursos oriundos, respectivamente, do Fundo Constitucional de Financiamento do Nordeste - FNE ou do Fundo Constitucional de Financiamento do Norte - FNO, ou com recursos mistos dos referidos Fundos com outras fontes, relativas a empreendimentos localizados na área de abrangência da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste - SUDENE ou da

Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia - SUDAM, observadas ainda as seguintes condições: (Regulamento)

I - operações com valor originalmente contratado de até R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) em uma ou mais operações do mesmo mutuário:

a) quando contratadas até 31 de dezembro de 2006: rebate de 95% (noventa e cinco por cento) sobre o saldo devedor atualizado, para a liquidação das dívidas relativas aos empreendimentos localizados nas regiões do semiárido e do norte do Estado do Espírito Santo e nos Municípios do norte do Estado de Minas Gerais, do Vale do Jequitinhonha e do Vale do Mucuri, compreendidos na área de atuação da Sudene, e rebate de 85% (oitenta e cinco por cento) para os demais Municípios compreendidos na área de abrangência da Sudene e da Sudam;

b) quando contratadas entre 1º de janeiro de 2007 e 31 de dezembro de 2011: rebate de 50% (cinquenta por cento) sobre o saldo devedor atualizado, para a liquidação das dívidas relativas aos empreendimentos localizados nas regiões do semiárido e do norte do Estado do Espírito Santo e nos Municípios do norte do Estado de Minas Gerais, do Vale do Jequitinhonha e do Vale do Mucuri, compreendidos na área de atuação da Sudene, e rebate de 40% (quarenta por cento) para os demais Municípios compreendidos na área de abrangência da Sudene e da Sudam;

II - operações com valor originalmente contratado acima de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) e até R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais) em uma ou mais operações do mesmo mutuário:

a) para a parcela do saldo devedor atualizado correspondente ao valor originalmente contratado de até R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), aplica-se o disposto no inciso I do *caput* deste artigo;

b) para a parcela do saldo devedor atualizado correspondente ao valor

originalmente contratado excedente a R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) e até o limite de R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais):

1. quando contratadas até 31 de dezembro de 2006: rebate de 90% (noventa por cento) para a liquidação das dívidas relativas aos empreendimentos localizados nas regiões do semiárido e do norte do Estado do Espírito Santo e nos Municípios do norte do Estado de Minas Gerais, do Vale do Jequitinhonha e do Vale do Mucuri, compreendidos na área de atuação da Sudene, e rebate de 80% (oitenta por cento) para os demais Municípios compreendidos na área de abrangência da Sudene e da Sudam;

2. quando contratadas entre 1º de janeiro de 2007 e 31 de dezembro de 2011: rebate de 40% (quarenta por cento) para a liquidação das dívidas relativas aos empreendimentos localizados nas regiões do semiárido e do norte do Estado do Espírito Santo e nos Municípios do norte do Estado de Minas Gerais, do Vale do Jequitinhonha e do Vale do Mucuri, compreendidos na área de atuação da Sudene, e rebate de 30% (trinta por cento) para os demais Municípios compreendidos na área de abrangência da Sudene e da Sudam;

III - operações com valor originalmente contratado acima de R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais) e até R\$ 100.000,00 (cem mil reais) em uma ou mais operações do mesmo mutuário:

a) para a parcela do saldo devedor atualizado correspondente ao valor originalmente contratado de até R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais), aplica-se o disposto nos incisos I e II do *caput* deste artigo;

b) para a parcela do saldo devedor atualizado correspondente ao valor originalmente contratado excedente a R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais) e até o limite de R\$ 100.000,00 (cem mil reais):

1. quando contratadas até 31 de dezembro de 2006: rebate de 85% (oitenta e cinco por cento) para a liquidação das dívidas relativas aos empreendimentos localizados nas regiões do semiárido e do norte do Estado do Espírito Santo e nos Municípios do norte do Estado de Minas Gerais, do Vale do Jequitinhonha e do Vale do Mucuri, compreendidos na área de atuação da Sudene, e rebate de 75% (setenta e cinco por cento) para os demais Municípios compreendidos na área de abrangência da Sudene e da Sudam;

2. quando contratadas entre 1º de janeiro de 2007 e 31 de dezembro de 2011: rebate de 35% (trinta e cinco por cento) para a liquidação das dívidas relativas aos empreendimentos localizados nas regiões do semiárido e do norte do Estado do Espírito Santo e nos Municípios do norte do Estado de Minas Gerais, do Vale do Jequitinhonha e do Vale do Mucuri, compreendidos na área de atuação da Sudene, e rebate de 25% (vinte e cinco por cento) para os demais Municípios compreendidos na área de abrangência da Sudene e da Sudam;

IV - operações com valor originalmente contratado acima de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) e até R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) em uma ou mais operações do mesmo mutuário:

a) para a parcela do saldo devedor atualizado correspondente ao valor originalmente contratado de até R\$ 100.000,00 (cem mil reais), aplica-se o disposto nos incisos I, II e III do *caput* deste artigo;

b) para a parcela do saldo devedor atualizado correspondente ao valor originalmente contratado excedente a R\$ 100.000,00 (cem mil reais) e até o limite de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais):

1. quando contratadas até 31 de dezembro de 2006: rebate de 80% (oitenta por cento) para a liquidação das dívidas relativas aos

empreendimentos localizados nas regiões do semiárido e do norte do Estado do Espírito Santo e nos Municípios do norte do Estado de Minas Gerais, do Vale do Jequitinhonha e do Vale do Mucuri, compreendidos na área de atuação da Sudene, e rebate de 70% (setenta por cento) para os demais Municípios compreendidos na área de abrangência da Sudene e da Sudam;

2. quando contratadas entre 1º de janeiro de 2007 e 31 de dezembro de 2011: rebate de 25% (vinte e cinco por cento) para a liquidação das dívidas relativas aos empreendimentos localizados nas regiões do semiárido e do norte do Estado do Espírito Santo e nos Municípios do norte do Estado de Minas Gerais, do Vale do Jequitinhonha e do Vale do Mucuri, compreendidos na área de atuação da Sudene, e rebate de 20% (vinte por cento) para os demais Municípios compreendidos na área de abrangência da Sudene e da Sudam;

V - operações com valor originalmente contratado acima de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) em uma ou mais operações do mesmo mutuário:

a) para a parcela do saldo devedor atualizado correspondente ao valor originalmente contratado de até R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), aplica-se o disposto nos incisos I, II, III e IV do *caput* deste artigo;

b) para a parcela do saldo devedor atualizado correspondente ao valor originalmente contratado excedente a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais):

1. quando contratadas até 31 de dezembro de 2006: rebate de 60% (sessenta por cento) para a liquidação das dívidas relativas aos empreendimentos localizados nas regiões do semiárido e do norte do Estado do Espírito Santo e nos Municípios do norte do Estado de Minas

Gerais, do Vale do Jequitinhonha e do Vale do Mucuri, compreendidos na área de atuação da Sudene, e rebate de 50% (cinquenta por cento) para os demais Municípios compreendidos na área de abrangência da Sudene e da Sudam;

2. quando contratadas entre 1º de janeiro de 2007 e 31 de dezembro de 2011: rebate de 15% (quinze por cento) para a liquidação das dívidas relativas aos empreendimentos localizados nas regiões do semiárido e do norte do Estado do Espírito Santo e nos Municípios do norte do Estado de Minas Gerais, do Vale do Jequitinhonha e do Vale do Mucuri, compreendidos na área de atuação da Sudene, e rebate de 10% (dez por cento) para os demais Municípios compreendidos na área de abrangência da Sudene e da Sudam.

§ 1º O rebate para liquidação será concedido sobre a soma dos saldos devedores de todas as operações que se enquadrem nos termos deste artigo, atualizados, a partir da data da contratação da operação original, com base nos encargos contratuais de normalidade, excluídos os bônus, sem o cômputo de multa, mora ou quaisquer outros encargos por inadimplemento ou honorários advocatícios, mesmo que outros encargos tenham sido incorporados ou pactuados por meio de aditivos contratuais ou escrituras públicas de confissão, assunção e de repactuação de dívidas.

§ 2º Na atualização da parcela dos saldos devedores amparada em recursos do FNE ou do FNO, prevalecerão os seguintes encargos, observado o disposto no § 1º deste artigo:

I - a partir de 1º de julho de 1995 e até 13 de janeiro de 2000, os fixados pela redação original do Art. 1º da Lei nº 9.126, de 10 de novembro de 1995;

II - para o período de 14 de janeiro de 2000 a 31 de dezembro de

2006, os definidos pela redação original da Lei nº 10.177, de 12 de janeiro de 2001;

III - para o período de 1º de janeiro de 2007 a 31 de dezembro de 2007, os originalmente definidos pelo Decreto nº 5.951, de 31 de outubro de 2006;

IV - a partir de 1º de janeiro de 2008, os originalmente definidos no Decreto nº 6.367, de 30 de janeiro de 2008.

§ 3º As disposições deste artigo não se aplicam às operações contratadas:

I - ao amparo do inciso V do Art. 7º da Lei nº 11.775, de 17 de setembro de 2008;

II - por mutuários que tenham comprovadamente cometido desvio de finalidade de crédito, exceto se a irregularidade tenha sido sanada previamente à liquidação ou à renegociação da dívida.

§ 4º No caso de operações contratadas com recursos do FNE ou do FNO por meio de repasse da instituição financeira administradora, fica autorizada a adoção dos mesmos procedimentos para liquidação de que trata este artigo, devendo a instituição financeira administradora do respectivo Fundo, na hipótese de haver recebido valores vencidos e não pagos pelo mutuário, restituir ao agente financeiro tais valores, atualizados pela mesma remuneração devida às disponibilidades dos Fundos.

§ 5º Ficam o FNE e o FNO autorizados a assumir os custos decorrentes dos rebates de que trata este artigo, referentes às operações lastreadas em seus próprios recursos e às operações lastreadas em recursos mistos dos referidos Fundos com outras fontes.

§ 6º Os custos decorrentes do ajuste dos saldos devedores previsto neste artigo serão assumidos:

I - pelo FNE ou pelo FNO, relativamente à parcela amparada em seus recursos;

II - pelo Banco do Nordeste do Brasil S.A. ou pelo Banco da Amazônia S.A., relativamente à parcela amparada em outras fontes de recursos.

Art. 2º Fica autorizada, até 29 de dezembro de 2017, a repactuação das dívidas das operações de crédito rural contratadas até 31 de dezembro de 2011 com o Banco do Nordeste do Brasil S.A. ou o Banco da Amazônia S.A. com recursos oriundos, respectivamente, do FNE ou do FNO, ou com recursos mistos dos referidos Fundos com outras fontes, relativas a empreendimentos localizados na área de abrangência da Sudene ou da Sudam, atualizadas até a data da repactuação segundo os critérios estabelecidos no Art. 1º desta Lei, observadas ainda as seguintes condições: (Regulamento)

I - empreendimentos localizados nos Municípios do semiárido, do norte do Estado do Espírito Santo, do norte do Estado de Minas Gerais, do Vale do Jequitinhonha e do Vale do Mucuri, compreendidos na área de atuação da Sudene: bônus a serem aplicados sobre a amortização prévia definida no inciso VI do *caput* deste artigo e sobre as parcelas repactuadas de que trata o inciso III do *caput* deste artigo, ambos na forma definida no Anexo I desta Lei e observado o disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo;

II - empreendimentos localizados nos demais Municípios compreendidos na área de abrangência da Sudene e da Sudam: bônus a serem aplicados sobre a amortização prévia definida no inciso VI do *caput* deste artigo e sobre as parcelas repactuadas de que trata o inciso III do *caput* deste artigo, ambos na forma definida no Anexo II desta Lei

e observado o disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo;

III - amortização da dívida a ser repactuada: prestações anuais, iguais e sucessivas, fixado o vencimento da primeira parcela para 2021 e o vencimento da última parcela para 30 de novembro de 2030, estabelecido novo cronograma de amortização, sem a necessidade de estudo de capacidade de pagamento;

IV - carência: até 2020, independentemente da data de formalização da renegociação;

V - encargos financeiros:

a) agricultores familiares enquadrados no Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar - Pronaf:

1. beneficiários dos Grupos A e B: taxa efetiva de juros de 0,5% (cinco décimos por cento) ao ano;

2. demais agricultores do Pronaf:

2.1. para as operações de valor até R\$ 10.000,00 (dez mil reais): taxa efetiva de juros de 1% (um por cento) ao ano;

2.2. para as operações de valor acima de R\$ 10.000,00 (dez mil reais): taxa efetiva de juros de 2% (dois por cento) ao ano;

b) demais produtores rurais, suas cooperativas e associações: taxa efetiva de juros de 3,5% (três inteiros e cinco décimos por cento) ao ano;

VI - amortização prévia do saldo devedor atualizado, nos seguintes percentuais:

a) 1% (um por cento) para mutuários classificados como agricultores familiares e mini e pequenos produtores rurais;

b) 3% (três por cento) para mutuários classificados como médios produtores rurais; e

c) 5% (cinco por cento) para mutuários classificados como grandes produtores rurais.

§ 1º Para as operações repactuadas ao amparo deste artigo, a inadimplência por parte do mutuário acarretará, além da perda dos bônus de que tratam os incisos I e II do *caput* deste artigo, o impedimento para contratação de novos financiamentos com instituições financeiras federais, enquanto permanecer a situação de inadimplemento.

§ 2º Os bônus de que tratam os incisos I e II do *caput* deste artigo serão apurados e incidirão proporcionalmente para cada faixa de dívida constante dos Anexos I e II, respectivamente, independentemente do valor originalmente contratado.

§ 3º Os bônus sobre as parcelas repactuadas de que trata este artigo serão vinculados ao pagamento pelo mutuário, até a data de vencimento, de cada uma das parcelas constantes do novo cronograma de que trata o inciso III do *caput* deste artigo, devendo a cláusula de adimplência constar do respectivo instrumento de crédito.

§ 4º As disposições deste artigo não se aplicam às operações contratadas:

I - ao amparo do inciso V do Art. 7º da Lei nº 11.775, de 17 de setembro de 2008;

II - por mutuários que tenham comprovadamente cometido desvio de finalidade de crédito, exceto se a irregularidade tenha sido sanada previamente à liquidação ou à renegociação da dívida.

§ 5º No caso de operações contratadas com recursos do FNE ou do

FNO por meio de repasse da instituição financeira administradora, fica autorizada a adoção dos mesmos procedimentos para repactuação de que trata este artigo, devendo a instituição financeira administradora do respectivo Fundo, na hipótese de haver recebido valores vencidos e não pagos pelo mutuário, restituir ao agente financeiro tais valores, atualizados pela mesma remuneração devida às disponibilidades dos Fundos.

§ 6º Ficam o FNE e o FNO autorizados a assumir os custos decorrentes dos bônus de que trata este artigo referentes às operações lastreadas em seus próprios recursos e às operações lastreadas em recursos mistos dos referidos Fundos com outras fontes.

§ 7º Os custos decorrentes do ajuste dos saldos devedores previsto no *caput* deste artigo serão assumidos:

I - pelo FNE e pelo FNO, relativamente à parcela amparada em seus recursos;

II - pelo Banco do Nordeste do Brasil S.A. e pelo Banco da Amazônia S.A., relativamente à parcela amparada em outras fontes de recursos.

Art. 3º Fica autorizada a concessão de rebate para liquidação, até 29 de dezembro de 2017, das operações de crédito rural referentes a uma ou mais operações do mesmo mutuário, contratadas até 31 de dezembro de 2011 com bancos oficiais federais, relativas a empreendimentos localizados na área de abrangência da Sudene, exceto as contratadas com recursos oriundos dos Fundos Constitucionais de Financiamento, observadas as seguintes condições: (Regulamento)

I - operações com valor originalmente contratado de até R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) em uma ou mais operações do mesmo mutuário:

a) quando contratadas até 31 de dezembro de 2006: rebate de 95%

(noventa e cinco por cento) sobre o saldo devedor atualizado, para a liquidação das dívidas relativas aos empreendimentos localizados nas regiões do semiárido e do norte do Estado do Espírito Santo e nos Municípios do norte do Estado de Minas Gerais, do Vale do Jequitinhonha e do Vale do Mucuri, compreendidos na área de atuação da Sudene, e rebate de 85% (oitenta e cinco por cento) para os demais Municípios;

b) quando contratadas entre 1º de janeiro de 2007 e 31 de dezembro de 2011: rebate de 50% (cinquenta por cento) sobre o saldo devedor atualizado, para a liquidação das dívidas relativas aos empreendimentos localizados nas regiões do semiárido e do norte do Estado do Espírito Santo e nos Municípios do norte do Estado de Minas Gerais, do Vale do Jequitinhonha e do Vale do Mucuri, compreendidos na área de atuação da Sudene, e rebate de 40% (quarenta por cento) para os demais Municípios;

II - operações com valor originalmente contratado acima de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) e até R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais) em uma ou mais operações do mesmo mutuário:

a) para a parcela do saldo devedor atualizado correspondente ao valor originalmente contratado de até R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), aplica-se o disposto no inciso I do *caput* deste artigo;

b) para a parcela do saldo devedor atualizado correspondente ao valor originalmente contratado excedente a R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) e até o limite de R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais):

1. quando contratadas até 31 de dezembro de 2006: rebate de 90% (noventa por cento) para a liquidação das dívidas relativas aos empreendimentos localizados nas regiões do semiárido e do norte do Estado do Espírito Santo e nos Municípios do norte do Estado de Minas Gerais, do Vale do Jequitinhonha e do Vale do Mucuri, compreendidos na

área de atuação da Sudene, e rebate de 80% (oitenta por cento) para os demais Municípios;

2. quando contratadas entre 1º de janeiro de 2007 e 31 de dezembro de 2011: rebate de 40% (quarenta por cento) para a liquidação das dívidas relativas aos empreendimentos localizados nas regiões do semiárido e do norte do Estado do Espírito Santo e nos Municípios do norte do Estado de Minas Gerais, do Vale do Jequitinhonha e do Vale do Mucuri, compreendidos na área de atuação da Sudene, e rebate de 30% (trinta por cento) para os demais Municípios;

III - operações com valor originalmente contratado acima de R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais) e até R\$ 100.000,00 (cem mil reais) em uma ou mais operações do mesmo mutuário:

a) para a parcela do saldo devedor atualizado correspondente ao valor originalmente contratado de até R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais), aplica-se o disposto nos incisos I e II do *caput* deste artigo;

b) para a parcela do saldo devedor atualizado correspondente ao valor originalmente contratado excedente a R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais) e até o limite de R\$ 100.000,00 (cem mil reais):

1. quando contratadas até 31 de dezembro de 2006: rebate de 85% (oitenta e cinco por cento) para a liquidação das dívidas relativas aos empreendimentos localizados nas regiões do semiárido e do norte do Estado do Espírito Santo e nos Municípios do norte do Estado de Minas Gerais, do Vale do Jequitinhonha e do Vale do Mucuri, compreendidos na área de atuação da Sudene, e rebate de 75% (setenta e cinco por cento) para os demais Municípios;

2. quando contratadas entre 1º de janeiro de 2007 e 31 de dezembro de 2011: rebate de 35% (trinta e cinco por cento) para a liquidação

das dívidas relativas aos empreendimentos localizados nas regiões do semiárido e do norte do Estado do Espírito Santo e nos Municípios do norte do Estado de Minas Gerais, do Vale do Jequitinhonha e do Vale do Mucuri, compreendidos na área de atuação da Sudene, e rebate de 25% (vinte e cinco por cento) para os demais Municípios;

IV - operações com valor originalmente contratado acima de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) e até R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) em uma ou mais operações do mesmo mutuário:

a) para a parcela do saldo devedor atualizado correspondente ao valor originalmente contratado de até R\$ 100.000,00 (cem mil reais), aplica-se o disposto nos incisos I, II e III do *caput* deste artigo;

b) para a parcela do saldo devedor atualizado correspondente ao valor originalmente contratado excedente a R\$ 100.000,00 (cem mil reais) e até o limite de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais):

1. quando contratadas até 31 de dezembro de 2006: rebate de 80% (oitenta por cento) para a liquidação das dívidas relativas aos empreendimentos localizados nas regiões do semiárido e do norte do Estado do Espírito Santo e nos Municípios do norte do Estado de Minas Gerais, do Vale do Jequitinhonha e do Vale do Mucuri, compreendidos na área de atuação da Sudene, e rebate de 70% (setenta por cento) para os demais Municípios;

2. quando contratadas entre 1º de janeiro de 2007 e 31 de dezembro de 2011: rebate de 25% (vinte e cinco por cento) para a liquidação das dívidas relativas aos empreendimentos localizados nas regiões do semiárido e do norte do Estado do Espírito Santo e nos Municípios do norte do Estado de Minas Gerais, do Vale do Jequitinhonha e do Vale do Mucuri, compreendidos na área de atuação da Sudene, e rebate de 20%

(vinte por cento) para os demais Municípios.

§ 1º O rebate para liquidação será concedido sobre a soma dos saldos devedores de todas as operações que se enquadrem nos termos deste artigo, atualizados, a partir da data da contratação da operação original, com base nos encargos contratuais de normalidade, excluídos os bônus, sem o cômputo de multa, mora ou quaisquer outros encargos por inadimplemento ou honorários advocatícios, mesmo que outros encargos tenham sido incorporados ou pactuados por meio de aditivos contratuais ou escrituras públicas de confissão, assunção e de repactuação de dívidas.

§ 2º As operações de risco da União enquadradas neste artigo não devem ser encaminhadas para inscrição na dívida ativa da União até 29 de dezembro de 2017.

§ 3º As disposições deste artigo não se aplicam às operações:

I - oriundas de crédito rural inscritas em dívida ativa da União ou em cobrança judicial pela Procuradoria-Geral da União;

II - contratadas ao amparo do inciso V do Art. 7º da Lei nº 11.775, de 17 de setembro de 2008;

III - contratadas por mutuários que tenham comprovadamente cometido desvio de finalidade de crédito, exceto se tal irregularidade tenha sido sanada previamente à liquidação ou à renegociação da dívida.

§ 4º Fica a União autorizada a assumir o custo decorrente dos rebates de que trata este artigo.

§ 5º Os custos decorrentes do ajuste dos saldos devedores previstos neste artigo serão assumidos pela União, no caso das operações lastreadas em seus próprios recursos, e, nos demais casos, pelas respectivas instituições financeiras.

Art. 4º Fica autorizada a concessão de descontos para a liquidação, até 29 de dezembro de 2017, de dívidas originárias de operações de crédito rural e de dívidas contraídas no âmbito do Fundo de Terras e da Reforma Agrária - Banco da Terra e do Acordo de Empréstimo 4.147-BR, inscritas ou encaminhadas para inscrição em dívida ativa da União até a data de publicação desta Lei, devendo incidir referidos descontos sobre o valor consolidado, por inscrição em dívida ativa da União.

§ 1º Os descontos de que trata o *caput* deste artigo, independentemente do valor originalmente contratado, serão concedidos sobre o valor consolidado da inscrição em dívida ativa da União segundo seu enquadramento em uma das faixas de valores indicadas no quadro constante do Anexo III desta Lei, devendo primeiro ser aplicado o correspondente desconto percentual e, em seguida, o respectivo desconto de valor fixo.

§ 2º Entende-se por valor consolidado da inscrição em dívida ativa da União de que trata o *caput* deste artigo o montante do débito a ser liquidado, atualizado até a data de sua liquidação.

§ 3º É vedada a acumulação dos descontos previstos neste artigo com outros consignados em lei.

Art. 5º Para os fins de que trata o Art. 4º desta Lei, ficam autorizadas:

I - a União, por intermédio da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN, a contratar, com dispensa de licitação, instituições financeiras integrantes da administração pública federal, para adotar as providências necessárias no sentido de facilitar o processo de liquidação de dívidas rurais inscritas na dívida ativa da União, nos termos deste artigo;

II - (VETADO).

Art. 6º Os responsáveis pela cobrança das dívidas de que trata o Art. 4º desta Lei deverão encaminhá-las para inscrição em dívida ativa da União assim que tais débitos reunirem as condições para tanto.

Art. 7º A liquidação de que tratam o Art. 4º e o inciso II do Art. 5º desta Lei será regulamentada, respectivamente, por ato do Procurador-Geral da Fazenda Nacional e do Advogado-Geral da União.

Art. 8º Caso a atualização prevista nos Arts. 1º a 3º desta Lei resulte em saldo credor ou igual a zero, a operação será considerada liquidada, ficando vedada a devolução de valores pagos ou a utilização desse montante na amortização de outra dívida do mutuário.

Art. 9º Para os fins de que tratam os Arts. 1º a 3º desta Lei, a instituição financeira deverá apresentar ao devedor, caso este solicite formalmente, extrato demonstrativo da evolução da dívida segundo os critérios estabelecidos nesta Lei.

Art. 10. Para os fins de que tratam os Arts. 1º a 4º desta Lei, ficam suspensos a partir da publicação desta Lei e até 29 de dezembro de 2017:

I - o encaminhamento para cobrança judicial e as execuções judiciais em curso;

II - o prazo de prescrição das dívidas.

Art. 11. Para fins de enquadramento nas disposições de que tratam os Arts. 1º a 3º desta Lei, os saldos devedores das operações de crédito rural contratadas com cooperativas, associações e condomínios de produtores rurais, inclusive as na modalidade grupal ou coletiva, serão apurados:

I - por cédula-filha ou instrumento de crédito individual firmado por beneficiário final do crédito;

II - pelo resultado da divisão do valor originalmente contratado pelo número de mutuários constantes da cédula de crédito, no caso de crédito rural grupal ou coletivo;

III - pelo resultado da divisão do valor originalmente contratado pelo número total de cooperados ou associados ativos da entidade, no caso de operação que não tenha envolvido repasse de recursos a cooperados ou associados;

IV - pelo resultado da divisão do valor originalmente contratado pelo número de cotistas constantes da cédula de crédito, desde que vinculados ao instrumento de crédito como coobrigados ou avalistas, no caso de operação contratada por pessoa jurídica constituída por cotas de responsabilidade limitada.

Art. 12. Para os fins do disposto nos Arts. 1º a 3º desta Lei, os honorários advocatícios e as despesas com custas processuais são de responsabilidade de cada parte e a falta de seu pagamento não obsta a liquidação ou repactuação da dívida, conforme o caso.

Art. 13. Ficam a Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba - Codevasf e o Departamento Nacional de Obras Contra as Secas - Dnocs autorizados a adotar os procedimentos previstos no Art. 1º desta Lei para a liquidação das dívidas vencidas de responsabilidade de pessoas físicas, relativas a vendas de lotes para titulação e ao uso da infraestrutura de irrigação de uso comum nos perímetros públicos de irrigação. (Regulamento)

Art. 14. Sem prejuízo do disposto no § 3º do Art. 195 da Constituição Federal, nas operações de renegociação, repactuação e na concessão de descontos, rebates ou bônus de adimplência para liquidação, renegociação ou repactuação de dívidas de operações de crédito rural e de operações

de bens de capital de que trata a Lei nº 12.096, de 24 de novembro de 2009, realizadas com instituições financeiras públicas federais, ficam afastadas, até 31 de dezembro de 2017, as exigências de regularidade fiscal previstas no Art. 62 do Decreto-Lei nº 147, de 3 de fevereiro de 1967, no § 1º do Art. 1º do Decreto-Lei nº 1.715, de 22 de novembro de 1979, na alínea *b* do Art. 27 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, e na Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002.

Art. 15. O Art. 1º da Lei nº 10.177, de 12 de janeiro de 2001, passa a vigorar acrescido do seguinte § 9º:

“Art. 1º

§ 9º Na proposta de que trata o *caput* será aplicado redutor sobre os encargos financeiros, a ser fixado tomando por base o Coeficiente de Desequilíbrio Regional - CDR, resultante da razão entre o rendimento domiciliar *per capita* da região de abrangência do respectivo fundo e o rendimento domiciliar *per capita* do País.” (NR)

Art. 16. Fica o Poder Executivo autorizado a repactuar as dívidas das cooperativas de produção agropecuária com o Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar - Pronaf, contratadas até 31 de dezembro de 2010, observadas as seguintes condições:

I - os saldos devedores serão recalculados pelos encargos originais livres de multas, juros de mora, e quaisquer outras taxas a título de inadimplemento;

II - prazo de carência de três anos;

III - prestações anuais, iguais e sucessivas aplicando-se taxas prefixadas de juros de 5% (cinco por cento) ao ano e prazo de amortização de dez anos.

Art. 17. (VETADO).

Art. 18. O Poder Executivo federal regulamentará no prazo de noventa dias contados da publicação desta Lei as condições gerais de implementação do disposto nos Arts. 1º a 3º e 13.

Art. 19. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 28 de setembro de 2016. 195º da Independência e 128º da República.

MICHEL TEMER

Henrique Meirelles

Dyogo Henrique de Oliveira

Helder Barbalho

Grace Maria Fernandes Mendonça

Este texto não substitui o publicado no DOU de 29.9.2016

ANEXO I

Bônus aplicados aos empreendimentos de que trata o inciso I do Art. 2º em caso de renegociação

| Valor originalmente contratado em uma ou mais operações do mesmo mutuário | Operações contratadas até 31/12/2006 | Operações contratadas entre 1º/1/2007 e 31/12/2011 |
|---|--------------------------------------|--|
| Até R\$ 15.000,00 | 80% | 40% |
| De R\$ 15.000,01 até R\$ 35.000,00 | 75% | 30% |
| De R\$ 35.000,01 até R\$ 100.000,00 | 70% | 25% |
| De R\$ 100.000,01 até R\$ 500.000,00 | 65% | 15% |
| Acima de R\$ 500.000,00 | 45% | 5% |

ANEXO II

Bônus aplicados aos empreendimentos de que trata o inciso II do Art. 2º em caso de renegociação

| Valor originalmente contratado em uma ou mais operações do mesmo mutuário | Operações contratadas até 31/12/2006 | Operações contratadas entre 1º/1/2007 e 31/12/2011 |
|---|--------------------------------------|--|
| Até R\$ 15.000,00 | 70% | 30% |
| De R\$ 15.000,01 até R\$ 35.000,00 | 65% | 20% |
| De R\$ 35.000,01 até R\$ 100.000,00 | 60% | 15% |
| De R\$ 100.000,01 até R\$ 500.000,00 | 55% | 10% |
| Acima de R\$ 500.000,00 | 35% | 0% |

ANEXO III

Descontos a serem aplicados sobre o valor consolidado a ser liquidado nos termos do Art. 4º

| Faixas para enquadramento do valor consolidado da inscrição em dívida ativa da União | Desconto percentual | Desconto de valor fixo, após aplicação do desconto percentual |
|--|---------------------|---|
| Até R\$ 15.000,00 | 95% | - |
| De R\$ 15.000,01 até R\$ 35.000,00 | 90% | R\$ 750,00 |
| De R\$ 35.000,01 até R\$ 100.000,00 | 85% | R\$ 2.250,00 |
| De R\$ 100.000,01 até R\$ 200.000,00 | 80% | R\$ 7.500,00 |
| De R\$ 200.000,01 até R\$ 500.000,00 | 75% | R\$ 17.500,00 |
| De R\$ 500.000,01 até R\$ 1.000.000,00 | 70% | R\$ 42.500,00 |
| Acima de R\$ 1.000.000,00 | 60% | R\$ 142.500,00 |

* Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13340.htm>. Acesso em: 10 mar. 2017

DECRETO Nº 8.929, DE 9 DE DEZEMBRO DE 2016

Regulamenta os Arts. 1º, 2º, 3º e 13 da Lei nº 13.340, de 28 de setembro de 2016, que autoriza a liquidação e a renegociação de dívidas de crédito rural e altera a Lei nº 10.177, de 12 de janeiro de 2001.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o Art. 84, **caput**, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto no Art. 18 da Lei nº 13.340, de 28 de setembro de 2016:

DECRETA:

Art. 1º Este Decreto regulamenta o disposto nos Arts. 1º, 2º, 3º e 13 da Lei nº 13.340, de 28 de setembro de 2016.

Art. 2º Na liquidação ou na repactuação das operações de crédito rural de que tratam os Arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 13.340, de 2016, serão observadas as seguintes condições:

I - o valor originalmente contratado referente a operações de crédito rural formalizadas nas condições de que tratam os incisos II, III e IV do caput do Art. 11 da Lei nº 13.340, de 2016, somente será computado para fins de apuração do percentual de rebate para liquidação ou de bônus para repactuação das operações com as cooperativas, as associações e os condomínios de produtores rurais, inclusive na modalidade grupal ou coletiva;

II - o cálculo do percentual de rebate para liquidação ou de bônus para repactuação das operações de cada mutuário será apurado com base no somatório do valor originalmente contratado de todas as suas operações

passíveis de enquadramento, independentemente do número de contratos, conforme as metodologias indicadas nos Anexo I, Anexo II e Anexo III;

III - o percentual de rebate ou de bônus definido nos termos do inciso II incidirá sobre o saldo devedor atualizado apurado a partir da data de publicação deste Decreto;

IV - o mutuário responsável por mais de uma operação passível de enquadramento poderá optar pela liquidação ou pela repactuação de uma ou mais operações, sob condição de que o percentual de rebate ou de bônus incidente sobre cada operação objeto de liquidação ou de repactuação, respectivamente, seja apurado nos termos do inciso II; e

V - o ressarcimento de rebate ou de bônus fica condicionado à apresentação pela instituição financeira de declaração de responsabilidade que ateste a exatidão das informações relativas à concessão dos rebates ou dos bônus, com vistas ao atendimento do disposto no inciso II do § 1º do Art. 63 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964.

Art. 3º Na concessão de rebate para liquidação das operações de crédito rural de que tratam os Arts. 1º e 3º da Lei nº 13.340, de 2016, serão observadas, além daquelas descritas no Art. 2º, as seguintes condições:

I - o rebate será aplicado sobre o saldo devedor atualizado até a data da efetiva liquidação;

II - nas operações de risco integral ou parcial das instituições financeiras, os rebates concedidos sobre valores que, no dia 13 de junho de 2016, estejam contabilizados como prejuízo nos registros contábeis das instituições financeiras não serão ressarcidos pelo Fundo Constitucional do Norte - FNO, pelo Fundo Constitucional do Nordeste - FNE ou pela Secretaria do Tesouro Nacional do Ministério da Fazenda; e

III - o ressarcimento de rebate ou de bônus fica condicionado à apresentação pela instituição financeira de declaração de responsabilidade que ateste o atendimento ao disposto no inciso II.

Art. 4º Na repactuação das dívidas das operações de crédito rural de que trata o Art. 2º da Lei nº 13.340, de 2016, serão observadas, além daquelas descritas no Art. 2º, as seguintes condições:

I - a formalização da repactuação poderá ser efetivada por meio de novo instrumento de crédito ou por termo aditivo ao instrumento de crédito vigente;

II - a substituição de aditivo contratual por “carimbo texto” para formalização da repactuação será admitida a critério da instituição financeira; e

III - a posição de risco da operação objeto de repactuação será mantida.

Art. 5º Os rebates para liquidação nos termos do Art. 3º da Lei nº 13.340, de 2016, somente serão concedidos aos mutuários cujo somatório dos valores das operações originalmente contratadas não ultrapasse o montante de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Art. 6º A Secretaria do Tesouro Nacional do Ministério da Fazenda ressarcirá às instituições financeiras os valores dos rebates aplicados nos termos do Art. 3º da Lei nº 13.340, de 2016.

§ 1º A partir do exercício financeiro de 2016, será concedido o rebate para liquidação das operações de crédito rural enquadradas na alínea “a” do inciso I do caput do Art. 3º da Lei nº 13.340, de 2016, relativas especificamente a empreendimentos localizados nas regiões do semiárido e do norte do Estado do Espírito Santo e nos Municípios do

norte do Estado de Minas Gerais, do Vale do Jequitinhonha e do Vale do Mucuri, compreendidos na área de atuação da Sudene, e cujos valores originalmente contratados não ultrapassem, somados, o montante de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

§ 2º Na hipótese de pelo menos uma operação de crédito rural do mesmo mutuário ter sido contratada até 31 de dezembro de 2006 e em localização indicada no § 1º, poderá ser concedido, no exercício financeiro de 2016, rebate para todas as operações do mutuário, desde que seja respeitado o limite total previsto no § 1º para o somatório dos valores contratados.

§ 3º Os rebates para a liquidação das demais operações de crédito rural contempladas pelo Art. 3º da Lei nº 13.340, de 2016, serão concedidos no exercício financeiro de 2017.

Art. 7º O FNO e o FNE, na hipótese de operações contratadas com seus recursos ou com recursos mistos dos referidos Fundos com outras fontes, ressarcirão ao Banco da Amazônia S.A. - BASA e ao Banco do Nordeste do Brasil S.A. - BNB, respectivamente, os valores dos rebates e dos bônus incidentes sobre as operações liquidadas ou renegociadas nos termos dos Arts. 1º e 2º da Lei nº 13.340, de 2016.

Parágrafo único. Para fins de ressarcimento, será verificada a fonte de recursos e a posição de risco vigentes no momento da liquidação ou da repactuação de uma ou mais operações do mutuário, devendo as operações lastreadas por outras fontes de recursos, mistas com recursos do FNO ou do FNE, e reclassificadas para recursos dos fundos constitucionais, ser enquadradas nos Arts. 1º ou 2º da Lei nº 13.340, de 2016.

Art. 8º Na concessão de rebate prevista nos Arts. 1º e 3º da Lei nº 13.340, de 2016, referente às operações contratadas com base no § 6º

do Art. 5º da Lei nº 9.138, de 29 de novembro de 1995, e na Resolução nº 2.471, de 26 de fevereiro de 1998, do Conselho Monetário Nacional, serão observadas as seguintes condições complementares:

I - o saldo devedor da operação renegociada será atualizado pelo Índice Geral de Preços de Mercado - IGP-M, desde a data da renegociação contratada, para o qual será considerado como base de cálculo o valor contratado correspondente ao valor nominal dos Certificados do Tesouro Nacional - CTN, emitidos na forma da Resolução nº 2.471, de 1998;

II - serão acrescidos ao saldo devedor apurado na forma do inciso I os juros contratuais calculados, **pro rata die**, entre o vencimento da parcela de juros anterior e a data de liquidação da operação;

III - os CTN serão atualizados pelo IGP-M, acrescidos de juros calculados à taxa efetiva de 12% a.a. (doze por cento ao ano), considerado o valor dos títulos na data da contratação da operação, que correspondia a 10,367% (dez inteiros e trezentos e sessenta e sete milésimos por cento) do valor nominal da operação renegociada; e

IV - o valor a ser considerado como saldo devedor atualizado sobre o qual incidirá o percentual de rebate corresponderá à diferença entre o saldo devedor, calculado na forma definida no inciso I, já acrescido dos valores de que trata o inciso II, e os valores dos CTN, calculados na forma do inciso III.

§ 1º Nas operações contratadas com recursos e risco da União, o mutuário deverá fornecer à Secretaria do Tesouro Nacional do Ministério da Fazenda a autorização para cancelamento dos CTN.

§ 2º Nas operações contratadas com recursos e risco das instituições financeiras, do FNO ou do FNE, os CTN seguirão os fluxos normais pactuados.

§ 3º No caso de operações com juros em atraso que ainda não tenham sido inscritas em Dívida Ativa da União, será acrescido ao saldo devedor para liquidação o estoque de juros vencidos, atualizados com base no IGP-M.

§ 4º Não será aplicado, na atualização do saldo devedor da operação de que trata o *caput*, o teto do IGP-M a que se refere o inciso I do *caput* do Art. 2º da Lei nº 10.437, de 25 de abril de 2002.

Art. 9º Na concessão de rebate para liquidação das operações de que trata o Art. 13 da Lei nº 13.340, de 2016, além daquelas previstas no Art. 1º da referida Lei, serão observadas as seguintes condições:

I - o valor originalmente contratado corresponderá ao somatório das dívidas de um mesmo mutuário referentes à compra de lote para titulação; e

II - o saldo devedor do mutuário, para fins de liquidação, abrangerá a dívida correspondente ao financiamento de lote para titulação, atualizado nos termos do § 1º do Art. 1º da Lei nº 13.340, de 2016, e a soma do valor das tarifas de água K1 em atraso referentes ao uso da infraestrutura de irrigação de uso comum nos perímetros públicos.

Art. 10. Ficam autorizados a definir condições e normas operacionais complementares para a aplicação dos rebates e dos bônus:

I - o Ministério da Integração Nacional, no caso de operações de que tratam os Art. 1º, 2º e 13 da Lei nº 13.340, de 2016; e

II - o Ministério da Fazenda, no caso de operações de que trata o Art. 3º da Lei nº 13.340, de 2016.

Parágrafo único. A operacionalização pelas instituições financeiras

da concessão dos bônus ou dos rebates de que trata o *caput* independe da regulamentação complementar estabelecida pelos Ministérios da Integração Nacional e da Fazenda.

Art. 11. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 9 de dezembro de 2016; 195º da Independência e 128º da República.

MICHEL TEMER

Henrique Meirelles

Helder Barbalho

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8929.htm>. Acesso em: 10 mar. 2017.

NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE ORIGINAIS

1. A Revista Jurídica do Banco do Nordeste é uma publicação semestral do Banco do Nordeste do Brasil S.A., que tem por finalidade divulgar a produção intelectual de profissionais e acadêmicos de Direito e de áreas afins, criando uma fonte de pesquisa permanente para a comunidade jurídica brasileira, mormente no que se refere às questões envolvendo as Empresas Estatais (Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas).

2. DIRETRIZES EDITORIAIS

2.1 A linha editorial da Revista abrange todas as áreas do Direito, com foco prioritário nas temáticas atinentes às Empresas Estatais (Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista).

2.2 Os trabalhos encaminhados para publicação deverão ser inéditos e sua publicação não deve estar pendente em outro local. Uma vez publicados, estes trabalhos consideram-se licenciados para o Banco do Nordeste do Brasil S/A com exclusividade, pelo prazo de duração dos direitos patrimoniais do autor. Os trabalhos também poderão ser publicados em outros lugares desde que após autorização prévia e expressa do Conselho Editorial da Revista, citada a publicação original como fonte, constando o nome da editora, a cidade, o ano de publicação, título e volume do periódico e respectivas páginas.

2.3 A Revista Jurídica do Banco do Nordeste publica trabalhos inéditos, depois de submetidos à aprovação em duas etapas:

- a) Exame por até 3 (três) pareceristas anônimos, para avaliação de forma e conteúdo.
- b) Seleção dos trabalhos pelo Conselho Editorial.

2.4 O autor faculta ao Banco do Nordeste publicar seu trabalho na

Revista Jurídica do Banco do Nordeste, em mídia tradicional e eletrônica, existente ou que venha a ser descoberta, para efeito de divulgação científica da Revista e de seu conteúdo, conforme a Lei 9.610/98.

2.5 Uma vez aceitos, os trabalhos passarão por revisão quanto à forma, a exemplo de correções ortográficas, gramaticais e adequação ao formato da Revista, sem qualquer alteração em seu conteúdo. As provas tipográficas não serão enviadas aos autores.

2.6 Após avaliados, os pareceres poderão ser encaminhados aos autores, para que tomem ciência da aceitação do artigo ou, em caso de rejeição, possam adaptar seu texto ou justificar a manutenção do formato inicial.

2.7 Não será prestada nenhuma remuneração autoral pela licença de publicação dos trabalhos na Revista Jurídica do Banco do Nordeste ou qualquer tipo de mídia, impressa ou eletrônica (Internet, CDROM, e-book etc.). Em contrapartida, o colaborador receberá 03 (três) exemplares do periódico em cujo número seu trabalho tenha sido publicado.

2.8 Os trabalhos que não se ativerem às normas aqui apresentadas serão devolvidos a seus autores, que poderão reenviá-los, desde que efetuadas as modificações necessárias.

2.9 O conteúdo dos artigos, as idéias e os conceitos neles emitidos são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

2.10 A remessa do texto pelo autor ao Conselho Editorial para fins de publicação implica a cessão dos direitos autorais para a Revista Jurídica do Banco do Nordeste, a permissão de publicação em meio eletrônico e a possibilidade de reprodução do texto para pesquisa pessoal.

2.11 Os trabalhos recebidos e não publicados na edição da Revista imediatamente posterior ao seu envio não serão devolvidos, deixando de persistir, nesta hipótese, a regra do item 2.10, salvo se o autor manifestar interesse na publicação de seu trabalho na edição seguinte da Revista.

2.12 A Revista será composta pelas seguintes seções:

a) Doutrina: constituída por artigos científicos, parecer(es) jurídico(s) ou peça(s) judicial(is);

b) Jurisprudência: formada por arestos, apresentados preferencialmente em seu inteiro teor, referentes à linha editorial da Revista; e

c) Atualização Legislativa: estruturada por legislação relacionada à linha editorial da Revista.

3. APRESENTAÇÃO DOS TRABALHOS

3.1 Formato: todas as colaborações devem ser enviadas pela internet para o e-mail revistajuridica@bnb.gov.br. Recomenda-se a utilização do processador de texto Microsoft Word 97 ou superior. Pode-se, no entanto, utilizar qualquer processador de texto, desde que os arquivos sejam gravados no formato RTF (Rich Text Format).

- Não há um número de páginas predeterminado para os textos. Esse número deve ser adequado ao assunto tratado. Os parágrafos devem ser alinhados à esquerda. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois. Não se deve utilizar o tabulador <TAB> para determinar os parágrafos: o próprio <ENTER> já determina, automaticamente, a sua abertura. Como fonte, usar o Times New Roman, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm. O tamanho do papel deve ser A4.

- Os trabalhos deverão ser precedidos por uma folha na qual se fará

constar: o título do trabalho, o nome do autor (ou autores), qualificação (situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida), endereço completo para correspondência, telefone, e-mail, e declaração de ineditismo (a autorização de publicação será solicitada em caso de aprovação do artigo).

3.2 Título do artigo: o título deve ser breve e suficientemente específico e descritivo, contendo as palavras-chave que representam o conteúdo do artigo.

3.3 Folha de rosto: os trabalhos deverão ser precedidos por uma folha na qual se fará constar: o título do trabalho, o nome do autor (ou autores), qualificação (situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida), endereço completo para correspondência, telefone, e-mail, e declaração de ineditismo (a autorização de publicação será solicitada em caso de aprovação do artigo);

3.4 Resumo e Sumário: os trabalhos deverão ser precedidos por um breve Resumo (10 linhas no máximo) em português, e de um Sumário, do qual deverão constar os itens com até 3 dígitos, redigido, preferencialmente, conforme as normas da NBR 6028, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

3.5 Palavras-chave: deverão ser destacadas as palavras-chave (palavras ou expressões que expressem as ideias centrais do texto) limitadas ao número de 05 (cinco), em português, as quais possam facilitar posterior pesquisa ao trabalho.

3.6 Destaques no texto: todo destaque que se queira dar ao texto impresso deve ser feito com o uso de itálico. Jamais deve ser usado o negrito ou a sublinha.

3.7 Citações: devem seguir o padrão nota de rodapé, recomendado

pela ABNT.

3.8 Notas: nota referente ao corpo do artigo deve ser indicada com um número alto, imediatamente depois da frase a que diz respeito. Deverá vir no rodapé do texto, sem ultrapassar cinco linhas por cada página.

3.9 Materiais gráficos: fotografias nítidas em formato jpg e gráficos no programa “Corel Draw” poderão ser aceitos, desde que estritamente indispensáveis à clareza do texto. Deverão ser assinalados, no texto, pelo seu número de ordem, os locais onde devem ser intercalados. Se as ilustrações enviadas já tiverem sido publicadas, mencionar a fonte e apresentar a permissão para reprodução.

3.10 Tabelas e Quadros: as tabelas e os quadros deverão ser acompanhados de cabeçalho que permita compreender o significado dos dados reunidos, sem necessidade de referência ao texto, obedecendo às normas de apresentação tabular, da Fundação IBGE em vigor. Devem também ter numeração seqüencial própria para cada tipo e suas localizações devem ser assinaladas no texto, com a indicação do número de ordem respectivo.

3.11 Referências: seguem, preferencialmente, a norma em vigor, NBR 6023, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). As referências bibliográficas deverão conter: sobrenome do autor em letras maiúsculas; vírgula; nome do autor em letras minúsculas; ponto; título da obra em itálico; ponto; número da edição (a partir da segunda); ponto; local; dois pontos; editora (não usar a palavra editora); vírgula; ano da publicação; ponto.

3.12 Referência de documento pesquisado na Internet: sempre que possível, deve ser informado o endereço eletrônico específico, visando facilitar a localização imediata do documento. Evite-se, portanto,

o endereço eletrônico geral (da instituição que publicou o documento, por exemplo; ou revista, no caso de artigo de periódico). Quando houver o endereço específico do documento ou artigo, é preferível este ao do site.

Os autores poderão obter outras informações pelo telefone (085) 3299.3085, fax (085) 3299.3786, correio eletrônico revistajuridica@bnb.gov.br e <http://www.bnb.gov.br/revistajuridica>.

