

RECURSO ESPECIAL N. 1.318.917-BA (2012/0074478-0)

Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira

Recorrente: Petróleo Brasileiro S/A Petrobras

Advogados: Fernando Neves da Silva e outro(s)

Candido Ferreira da Cunha Lobo e outro(s)

Wellington Cunha Cerqueira e outro(s)

Recorrido: Federação de Pescadores e Aquicultores do Estado da Bahia

Advogados: Tiago Cedraz Leite Oliveira e outro(s)

André Luis Guimaraes Godinho e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Processual Civil. Execução provisória de antecipação de tutela proferida em processo coletivo. Nulidade no julgamento do agravo de instrumento. Inexistência de prejuízo. Conexão e continência. Súmula n. 7-STJ. Levantamento de quantias. Caução. Dispensa. Crédito alimentar. Beneficiário em estado de necessidade. Quantia de até sessenta salários. Aplicação do CPC, art. 475-O, § 2º, I. Risco de irreversibilidade reversa.

1. A nulidade somente será decretada se houver prejuízo à parte. Apesar da ocorrência de vícios processuais no julgamento do agravo de instrumento, na sequência, com a análise de três embargos declaratórios de cada um dos litigantes, o contraditório e ampla defesa foram efetivados. Inexistência de prejuízo e manutenção da decisão, diante da aplicação dos princípios da instrumentalidade e da conservação.

2. Reunião de demandas coletivas. Aplicação do instituto da continência, com a competência da vara onde tramitar a demanda mais abrangente. Súmula n. 83-STJ. Impossibilidade de alterar a conclusão de origem, por demandar nova análise das questões fáticas. Súmula n. 7-STJ.

3. Admite-se a execução provisória de tutela coletiva. Em relação à prestação de caução, diante da omissão da legislação específica do processo coletivo, aplica-se subsidiariamente as

regras do CPC. Portanto, para o levantamento de quantias, em regra, há necessidade de prestação de caução. Todavia, se presentes concomitantemente os requisitos elencados no art. 475-O, § 2º, I (crédito alimentar, quantia de até sessenta salários, exequente em estado de necessidade), é possível a dispensa de caucionamento. Regra aplicável considerando cada um dos beneficiários, sob pena de tornar menos efetiva a tutela coletiva. O risco de irreversibilidade será maior, caso não haja o pagamento da quantia em favor do hipossuficiente.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Raul Araújo, dando parcial provimento ao recurso, divergindo do relator, e o voto da Ministra Maria Isabel Gallotti, dando provimento ao recurso, a Quarta Turma, por maioria, conheceu parcialmente do recurso e, nesta parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do relator. Vencido, em parte, o Ministro Raul Araújo e, integralmente, a Ministra Maria Isabel Gallotti.

Brasília (DF), 12 de março de 2013 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Relator.

DJe 23.4.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do TJBA que determinou, em sede de agravo de instrumento, a retomada da execução provisória de antecipação de tutela proferida em ação civil pública, com o levantamento de quantia de caráter alimentar, em dinheiro, sem prestação de caução.

Na origem, em virtude de derramamento de óleo causado pela *Petrobras* no litoral do Estado da Bahia no ano de 2009, a Federação dos Pescadores e Aquicultores da Bahia ajuizou ação coletiva pleiteando, dentre outros pedidos, liminarmente, o pagamento a pescadores e marisqueiras de quantia a título de "salário", diante dos prejuízos decorrentes da impossibilidade de exercício da atividade pesqueira.

A antecipação de tutela foi deferida, com a determinação do pagamento de pensão mensal no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais) para cada substituído, sem indicação de termo final.

Em virtude do reconhecimento de conexão e prevenção, o magistrado da 6ª Vara Cível e Comercial da Comarca de Salvador-BA, determinou a remessa dos autos para a Vara Cível e Comercial da Comarca de São Francisco do Conde-BA, onde fora ajuizada outra ação coletiva envolvendo o acidente. Por meio da mesma decisão, a liminar antes concedida foi revogada.

Dessa decisão interlocutória, a recorrida ingressou com o agravo de instrumento que deu origem ao presente especial.

Em antecipação de tutela recursal, no âmbito do TJBA, o desembargador relator determinou o prosseguimento do feito junto à 6ª Vara Cível e Comercial de Salvador-BA e revigorou os efeitos da liminar antes deferida, ao argumento de ocorrência de continência e não de conexão. No entanto, condicionou o levantamento de valores à prestação de caução.

O referido agravo de instrumento, ao ser apreciado no colegiado, teve a decisão monocrática confirmada, porém com falhas processuais: (a) seu julgamento pela Câmara não foi pautado e (b) a decisão foi proferida sem a análise da contraminuta.

O acórdão foi assim ementado (e-STJ fls. 309-310).

Agravo de instrumento. Processo Civil. Alegação de conexão na origem. Hipótese de continência. Art. 104 do CPC. Preservação da competência do juízo perante o qual tramita a demanda mais abrangente. Restituição de decisão antecipatória revogada. Art. 273 do CPC. Fixação de alimentos. Necessidade de caução idônea. Art. 475-O, III c.c. o art. 273, § 3º, ambos do CPC. Agravo conhecido e provido.

- Nos termos do art. 104 do CPC, "Dá-se a continência entre duas ou mais ações sempre que há identidade às partes e à causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o das outras" (*sic*).

- Se propostas, perante juízos de competência territorial distinta, ações indenizatórias contra uma mesma empresa, com mesma causa de pedir, será competente o Órgão Jurisdicional que recepcionar a ação com pedido mais abrangente.

- Com a revogação de decisão que declinou competência do Juízo para processar ação indenizatória, restabelecem-se, de pronto, os efeitos de decisão antecipatória da tutela jurisdicional editada na forma do art. 273 do CPC.

- Reconhecida competência de Órgão Judicante e restituída decisão antecipatória de tutela jurisdicional (art. 273, *caput* e I - CPC) na qual se tenha fixado obrigação alimentar de grande monta, se faz necessária a oferta de caução, na forma do art. 475-O, III, do CPC, aplicável à espécie (art. 273, § 3º - CPC), pelo alimentando ou seu substituto processual.

- Agravo conhecido e provido.

Os embargos de declaração opostos por ambas as partes foram rejeitados (e-STJ fls. 530-531). Seguiram-se novos declaratórios das partes, igualmente negados (e-STJ fls. 635-637).

Finalmente, após terceiros declaratórios da *Petrobras* e da Federação, os recursos foram parcialmente acolhidos, com efeitos infringentes.

Nesse julgamento, o TJBA: (i) limitou o período de pagamento de salários a um ano, suprindo omissão apontada pela *Petrobras*, e (ii) determinou a liberação de tal quantia, sem caução, acolhendo o recurso da Federação. O acórdão está assim ementado (e-STJ fls. 1.248-1.249):

Embargos de declaração simultâneos no agravo de instrumento.

Embargos declaratórios opostos pela federação de pescadores e aquicultores do Estado da Bahia. Acolhimento parcial.

Vício de omissão. Multa. Litigância de má-fé. Não reconhecimento. Diante do fato de que, na presente decisão, está sendo reconhecida a necessidade de ser sanado vício apontado pela parte embargante, não há se falar em reconhecimento de litigância de má-fé por utilização de recurso protelatório.

Vício de obscuridade. Inexigibilidade de caução. Verba alimentar. Previsão legal. Decisão reformada nesse ponto. Necessidade de que seja sanado o vício apontado, pois apesar de existir previsão legal no sentido de que o levantamento de depósito em dinheiro depende de caução suficiente e idônea (artigo 475-O, III, do CPC), deixou a decisão embargada de observar a ressalva contida no § 2º, I, do mesmo dispositivo legal, ou seja, a hipótese de crédito alimentar que não ultrapasse o limite de sessenta vezes o valor do salário mínimo.

Embargos declaratórios opostos pelo Petróleo Brasileiro S/A. Petrobras. Acolhimento parcial.

Vício. Contradição. Concessão antecipação de tutela. Necessidade produção prova. Não reconhecimento. O estabelecimento de condições para o atendimento da antecipação de tutela não implica, necessariamente, no reconhecimento da ausência dos requisitos para a sua concessão. O fato destacado na decisão embargada acerca da divergência da área atingida pelo acidente ambiental com aquela inicialmente informada pela parte embargada não implica no reconhecimento da inexistência do dano.

Vício. Contradição. Participação do Ministério Público na

condição de custo legis. Não reconhecimento. A decisão adotada pelo Colegiado nos presentes autos foi no sentido de não reconhecer a necessidade de intervenção do Ministério Público na condição de *custo legis*, só se podendo falar em contradição entre os fundamentos constantes do próprio julgado.

Vício. Omissão. Limite temporal no pensionamento. Decisão reformada nesse ponto. Deixou a decisão embargada de estabelecer o período de vigência da antecipação de tutela. Com base nos elementos constantes do relatório do IMA, que fixou o período mínimo de 01 (um) ano para avaliar os reflexos do acidente ambiental, fixa-se igual período para que a empresa *Petrobrás* cumpra a decisão antecipatória da tutela.

Exame das impugnações feitas à relação dos pescadores substituídos. Impossibilidade. Supressão de instância.

Quanto às impugnações feitas pela *Petrobras*, devem ser apreciadas pelo juízo de origem que, analisando os argumentos sustentados pela parte acionada, poderá acolher, ou não, tais impugnações, não cabendo tal exame ser efetivado por essa Corte de Justiça sob pena de supressão de instância.

O recurso especial interposto pela *Petrobras*, fundado nas alíneas a e c do permissivo constitucional, aponta violação a diversos dispositivos do CPC, além de divergência jurisprudencial.

As teses levantadas pela recorrente são as seguintes: (i) nulidade do julgamento do agravo, em virtude de sua não inclusão em pauta (arts. 244 e 552 do CPC) e da ausência de exame de contraminuta de agravo (CPC, art. 527, V), (ii) ocorrência de conexão (e não de continência), sendo necessária a reunião das duas ações coletivas na comarca de São Francisco do Conde-BA e não na de Salvador-BA (CPC, arts. 104 e 106), e (iii) indevida liberação da quantia sem caução e embargos acolhidos sem que houvesse omissão (CPC, arts. 273, § 3º, 475-O, § 2º, I, e 535, II).

Além disso, destaca a *Petrobras* ao longo do recurso, ingressando na esfera fática, que o prejuízo ambiental fora muito menor do que aquele narrado na inicial, bem como não ter havido limitação ao exercício da pesca.

Ajuizada medida cautelar incidental (MC n. 18.940-BA), deferi liminar para obstar o levantamento da quantia em dinheiro sem a necessária contracautela, concedendo efeito suspensivo ao especial.

O TJBA admitiu o recurso da *Petrobras* apenas em relação ao levantamento das quantias sem prestação de caução (e-STJ fls. 1.363-1.366).

Em judicioso parecer, o eminente Subprocurador-Geral da República *Pedro Henrique Távora Niess* manifestou-se pelo conhecimento parcial e, nessa parte, pelo desprovimento do recurso (e-STJ fls. 1.405-1.419).

Após a manifestação do MPF, a Federação protocolizou petição (e-STJ fls. 1.423-1.428) alegando a ocorrência de fato novo, consistente em julgamento, pela Segunda Seção desta Corte, de recurso especial pelo rito dos recursos repetitivos, envolvendo pagamento de indenização pela *Petrobras* a pescadores em virtude de derramamento de óleo, no qual se decidiu pela viabilidade de execução provisória individual, sem necessidade de caução.

De seu turno, em resposta a essa manifestação, a *Petrobras* apontou as distinções entre as duas situações, com destaque para a circunstância de, naquele processo, tratar-se de execução provisória de sentença e, neste recurso, de mera antecipação de tutela (e-STJ fls. 1.482-1.486).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira (Relator): A controvérsia dos autos gira em torno dos seguintes tópicos: (a) se as irregularidades processuais no julgamento do agravo implicam anulação, (b) se a hipótese é de conexão e não de continência, de modo a determinar a competência para o julgamento da ação coletiva, e (c) a necessidade de caução para a execução provisória de processo coletivo - e a possibilidade de isso ser decidido em embargos declaratórios.

Passo à análise desses aspectos, de forma separada.

(a) Dos vícios formais no julgamento do agravo de instrumento.

Em sede de cognição sumária, ao apreciar o tema na cautelar, entendi que se poderia cogitar da ocorrência de nulidade.

Contudo, após o exercício do contraditório e em sede de cognição exauriente, concluo pela aplicação da instrumentalidade e, portanto, pela ausência de nulidade.

Sem dúvida, houve irregularidade processual tendo em vista o julgamento do agravo sem que fosse pautado e sem a análise da contraminuta recursal. Acaso o julgamento no âmbito do TJBA tivesse se encerrado nesse momento, a hipótese possivelmente seria de nulidade.

Todavia, todas as razões deduzidas pela recorrente na resposta do agravo foram apreciadas pelo Tribunal *a quo* após a oposição dos declaratórios. Ou seja, ainda que inicialmente tenha ocorrido vício no julgamento do agravo, a tramitação do recurso prosseguiu com ampla possibilidade de exercício do direito de defesa e do contraditório.

Em tais condições, com a sequência da tramitação do agravo e a oposição de diversos declaratórios (e o acolhimento dos terceiros recursos, de ambas as partes), todos os argumentos de defesa da *Petrobras* foram devidamente analisados. Tanto é assim, que houve decisão a ela favorável em relação à limitação do período objeto de pagamento. Ademais, oportuno registrar que o agravo foi interposto pela Federação de Pescadores.

Nessas circunstâncias, entendo aplicar-se ao caso dois princípios relacionados às nulidades, para afastar a necessidade de repetição do ato: da instrumentalidade das formas e da conservação.

Realmente, ainda que a forma prevista em lei não tivesse sido observada, existiram - não no primeiro julgamento, frise-se, mas na continuidade da tramitação do feito perante o TJBA - condições de efetiva defesa por parte da recorrente. Com isso, a finalidade da intimação para o julgamento e a possibilidade de apresentação de contraminuta foram atingidas.

Na mesma linha, ainda que o ato inicial (primeiro julgamento do agravo) contivesse algum vício, não mais ocorreram falhas processuais na sequência dos atos. Portanto, "conservam-se os atos subsequentes que não apresentem correlação com o anterior" (CPC, art. 250).

Uma vez mais, se assim não fosse, seria inviável falar em decisão favorável à *Petrobras* no tocante à limitação temporal. Logo, é possível concluir pela inexistência de prejuízo, hipótese que afasta a necessidade de repetição do ato, nos termos do brocardo *pas de nullité sans grief* (CPC, art. 249, § 1º).

No mesmo sentido, a bem lançada manifestação do eminente Subprocurador da República (e-STJ fl. 1.409):

(...) a jurisprudência desse Sodalício Superior assentou que "as nulidades processuais só devem ser declaradas, quando houver demonstração do prejuízo", situação não verificada na espécie.

Assim, todos os fatos e fundamentos que poderiam ser arguidos por meio da contraminuta do agravo, puderam ser oferecidos e apreciados posteriormente. Não há prejuízo ou violação da ampla defesa e do contraditório.

Em relação ao primeiro tópico do recurso, portanto, entendo inexistir nulidade.

(b) Da conexão e continência em relação às demandas coletivas.

O juiz de primeiro grau, inicialmente, reconheceu a conexão e determinou a reunião das causas na comarca de São Francisco do Conde-BA, por prevenção.

Apreciando a questão, o TJBA determinou a competência da comarca de Salvador-BA, entendendo existir continência por ser mais abrangente o processo ajuizado na comarca de Salvador-BA. É o que se depreende do seguinte excerto do acórdão (e-STJ fls. 313-314):

Ora, o art. 104 do Código Instrumental Civil, de forma clara, prescreve:

Art. 104. Dá-se a continência entre duas ou mais ações sempre que há identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o das outras.

Interpretando tal dispositivo processual, o Colendo Superior Tribunal de Justiça já pronunciara que “configurada a continência entre as duas ações, pela identidade quanto às partes e à causa de pedir, o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o da outra, recomendando-se a reunião dos processos, antes a impossibilidade de decisões contraditórias” (RSTJ/66/49).

Apesar de figurarem, no polo ativo de ambas as demandas indenizatórias propostas em face da *Petrobras S/A*, entidades associativas e sindicais distintas, ambas agiam e agem na condição de substitutas processuais dos pescadores e marisqueiras.

Assim sendo, caso se admita a identidade entre causa de pedir, seria forçoso reconhecer que a demanda proposta pela ora Agravante detém um polo ativo mais amplo e abrangente que àquela outra manejada pela Colônia de Pescadores de São Francisco do Conde.

Neste aspecto, em sendo a regra aplicável aquela prevista no art. 104 do Código de Processo Civil, em lugar do comando inserto no art. 106 do Código de Ritos, a eventual reunião de ações deveria se dar perante o Juízo que recepcionou a causa mais abrangente.

Tanto é assim que o Colendo Superior Tribunal de Justiça, a quem cabe a interpretação e unidade do Direito Federal, já reconhecera que “Se há duas ações com continência por uma, a causa maior, causa continente, sempre chamará para si a competência, sem ter de prevenir” (STJ - 3ª Turma, REsp n. 681.740, ED-Decl, rel. Min. Nancy Andrighi, DJU 5.2.2007).

Desse modo, não há violação da legislação processual.

O tema foi bem analisado na decisão de admissibilidade do recurso especial, oportunidade em que o TJBA destacou estar seu entendimento em sintonia com o desta Corte (e-STJ fl. 1.364):

Da análise dos autos, infere-se que a alegada afronta aos arts. 104 e 106, do CPC, não enseja admissibilidade da estreita via recursal manejada, porquanto o acórdão impugnado perfilha do entendimento exarado pelo STJ, conforme transcrito abaixo:

Recurso especial interposto por Jussara Nena Cavanha Almeida e outro, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas a e c, da Constituição Federal, contra acórdão da Segunda Turma do Tribunal Regional

Federal da 4ª Região, assim ementado: [...] I - O aspecto subjetivo da litispendência nas ações coletivas deve ser visto sob a ótica dos beneficiários atingidos pelos efeitos da decisão, e não pelo simples exame das partes que figuram no polo ativo da demanda. Assim, impetrados dois mandados de segurança por associação e por sindicato, ambos representantes da mesma categoria profissional, os substituídos é que suportarão os efeitos da decisão, restando, assim, caracterizada a identidade de partes. II - Em face da identidade parcial de pedidos, em razão de um ser mais abrangente que o outro, configura-se a continência, que é espécie de litispendência parcial (REsp n. 1.139.713, Min. Hamilton Carvalhido, DJe 7.5.2010).

Em decorrência, incide, na hipótese, a Súmula n. 83-STJ: “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”.

De seu turno, pertinente a observação do MPF segundo a qual a apreciação da continência, na via especial, é obstada pela Súmula n. 7-STJ (e-STJ fl. 1.411):

Observa-se que o v. acórdão recorrido reconheceu a continência entre a Ação de Indenização n. 0058754-05.2009.805.0001 (proposta pela *Federação de Pescadores e Aquicultores do Estado da Bahia*, na Comarca de Salvador, objetivando a defesa dos interesses dos pescadores de Madre de Deus, Candeias, Saubara, Santo Antônio da Purificação e São Sebastião do Passe) e a Ação de Indenização n. 0000277-63.2009.805.0235 (movida pela Colônia de Pescadores Z-05 de São Francisco do Conde, na Comarca de São Francisco do Conde), o que, segundo a orientação dessa E. Corte Superior de Justiça, requer para o deslinde da controvérsia o reexame do contexto fático-probatório dos autos.

No mesmo sentido:

Tributário. Agravo regimental no recurso especial. Execução fiscal. Conexão e continência não configurada. Situação fática proferida pelo Tribunal de origem. Revisão do entendimento. Impossibilidade. Óbice da Súmula n. 7-STJ. Precedentes. Reunião de várias execuções fiscais contra o mesmo devedor. Art. 28 da Lei n. 6.830/1980. Faculdade do juiz. Representativo de controvérsia. Art. 543- C, do CPC. Recurso repetitivo. REsp n. 1.158.766-RJ.

(...)

4. A Corte de origem, com base nas circunstâncias fáticas da causa, concluiu que não restaram comprovados os requisitos necessários à caracterização da conexão, e, portanto, a inversão do julgado atrai o óbice da Súmula n. 7-STJ.

(...)

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 1.186.059-RS, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 15.2.2011, DJe 22.2.2011).

Dessa maneira, nesse tópico, o recurso não merece ser conhecido.

(c) Das regras relativas à exigência de caução no processo coletivo e da liberação da contracautela após terceiros embargos declaratórios.

De início, em relação à suposta violação do artigo 273 do CPC, como bem destacado pelo MPF (e-STJ fl s. 1.416-1.417), não compete a esta Corte analisar se estão presentes os requisitos necessários à concessão da antecipação de tutela. Tal procedimento demandaria o revolvimento de matéria fático-probatória, o que é vedado por força da Súmula n. 7-STJ, consoante iterativa jurisprudência. Nesse sentido, o seguinte julgado:

Agravo regimental em agravo em recurso especial. Antecipação da tutela. Requisitos autorizadores. Análise de matéria fática. Óbice da Súmula n. 7-STJ. Impossibilidade. Artigo 461, § 6º, do CPC. Multa. Caráter inibitório. Valor exorbitante. Inocorrência.

1. - A análise dos requisitos autorizadores da concessão da tutela antecipada envolve a revisão das premissas de fato adotadas pelas instâncias ordinárias. Incidência da Súmula n. 7-STJ.

(...)

4. - Agravo Regimental improvido.

(AgRg no AREsp n. 60.059-SP, Relator Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 24.4.2012, DJe 9.5.2012).

Da mesma forma, também por força do óbice sumular, não se mostra possível avaliar se o derramamento de óleo ocorreu em região mais ampla do que a indicada na inicial ou na mais restrita apontada pela *Petrobras*, pois também implicaria reanálise da matéria fática.

No mais, não há violação do art. 535 do CPC, pois o Tribunal de origem, ao dar provimento aos terceiros declaratórios, manifestou-se a respeito de aspectos não apreciados anteriormente no acórdão, a saber: (i) limitação temporal do pagamento de indenização (omissão apontada pela *Petrobras*) e (ii) possibilidade de levantamento dessas quantias em dinheiro, sem a necessidade de caução, à luz dos requisitos legais para dispensar tal exigência (omissão apontada pela Federação).

Assim, havia omissão a ser suprida, nos exatos termos do art. 535 do CPC. Por isso, não procede o argumento de inexistência de omissão a justificar o provimento dos declaratórios da Federação.

Em cognição sumária, ao apreciar a liminar na medida cautelar, entendi conveniente condicionar à prestação de caução o levantamento da quantia em dinheiro, na execução da antecipação de tutela na ação coletiva em apreço.

Após o exercício do contraditório e a manifestação do Ministério Público Federal, cumpre-me analisar o tema em cognição exauriente.

A propósito do assunto, execução provisória em processo coletivo, a legislação é silente. A doutrina e a jurisprudência não são abundantes.

No âmbito doutrinário, a maioria dos autores que se manifestam a respeito da execução provisória de processo coletivo defende a aplicabilidade do CPC à hipótese, diante da lacuna da legislação específica.

Nesse sentido, HUGO NIGRO MAZZILI, de forma bem sintética (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, 25. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 587): “Cabe execução provisória no processo coletivo, obedecidas as regras gerais do CPC”.

Também LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHARDT (*Manual do Processo de Conhecimento*, 5. ed, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais: 2005, p. 736):

Obviamente, desde que a apelação da sentença não seja recebida no efeito suspensivo, caberá também a “execução provisória” do julgado, que seguirá (na falta de regras específicas) os parâmetros fixados pelo Código de Processo Civil.

Igualmente ELTON VENTURI, ao discorrer ainda sob a antiga redação do CPC (*Execução da tutela coletiva*, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 151):

Assim, os indivíduos beneficiados pela sentença condenatória genérica, após obterem a respectiva quantificação do que lhes é devido pelo demandado, ou propõem de pronto a competente ação de execução, mesmo que pendente recurso desprovido de efeito suspensivo, submetendo-se então às regras do art. 588 do CPC e seguintes, ou aguardam o trânsito em julgado da sentença, propondo execução definitiva (...).

Por fim, ERICA BARBOSA E SILVA bem sintetiza o atual estágio do debate (*Cumprimento de sentença em ações coletivas*, São Paulo: Atlas, 2009, p. 77):

Tema controvertido, porém diz respeito à necessidade de caução. O art. 588, II, do CPC, exigia a prestação de caução idônea, nos próprios autos, para a execução provisória que consistir em levantamento de depósito em dinheiro e à prática

de atos que importem em alienação de domínio ou que possam resultar grave dano ao executado. Esse dispositivo foi revogado pela Lei n. 11.232/2005, encontrando-se atualmente em vigor o art. 475-O, do CPC. Apesar desse dispositivo também prever a prestação de caução, possibilita a sua dispensa em casos especialíssimos. Assim, persiste a dúvida quanto à necessidade de segurar o juízo na execução provisória em Ações Coletivas (...).

Em tais circunstâncias, entendo inexistir dúvida sobre a possibilidade de execução provisória em processo coletivo, *em regra mediante caução*, nos termos da lei processual geral (CPC). Somente se poderia chegar à conclusão diversa *de lege ferenda*, mediante alteração da legislação própria da tutela coletiva.

Esta Corte possui precedente quanto ao cabimento da execução provisória em processo coletivo:

Processual Civil. Ação civil pública. Sentença condenatória. Recurso recebido apenas no efeito devolutivo. Execução provisória movida pelo MPF em face da União e outros réus, na defesa dos interesses difusos. Possibilidade. Art. 588 do CPC. Art. 14 da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985).

1. Os autos tratam de agravo regimental interposto em face de decisão de minha lavra (fls. 172-174) que permitiu o seguimento da execução provisória movida pelo MPF em face da União e demais corréus, em razão de sentença proferida nos autos da Ação Civil Pública n. 99.0001418-9, com apelação recebida apenas no efeito devolutivo; recebimento esse não impugnado a tempo e modo pela União.

2. As normas processuais que regulam a ação civil pública estão na Lei n. 7.347/1985, aplicando-se o CPC, tão-somente, de forma subsidiária. Daí porque se dizer que a regra do recebimento da apelação contra sentença proferida em seu âmbito é apenas no efeito devolutivo; podendo ou não o juiz conferir o efeito suspensivo diante do caso concreto, como especifica o art. 14 da referida Lei.

Não existe erro no acórdão recorrido, na medida em que o recurso de apelação da União foi recebido apenas no efeito devolutivo e, como se viu, é permitido ao magistrado assim proceder em sede de ação civil pública. E ainda, por outro lado, nenhum recurso foi interposto contra este juízo de admissibilidade da apelação, razão pela qual preclusa ficou a matéria, não podendo a recorrente, agora, por vias transversas, buscar o efeito suspensivo.

3. O Ministério Público Federal é o autor da ação civil pública e da execução provisória. Ao querer executar provisoriamente a condenação, age no exercício regular de seu direito, ou melhor, no exercício regular da tutela dos direitos difusos e coletivos.

4. É de se ver, ainda, que o não-cabimento da execução provisória deve estar espelhado nas hipóteses em que impossível a antecipação dos efeitos da tutela ou o deferimento de liminares contra a Fazenda Pública, como, por exemplo, nas hipóteses do art. 2º-B da Lei n. 9.494/1997, com a redação dada pela Medida Provisória n. 2.180-32/2001, que elenca decisões que tenham por objeto liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores públicos.

5. Também o STJ, soberano na interpretação da legislação infraconstitucional, não toma por incompatível a execução provisória contra a Fazenda Pública com o sistema de precatórios, desde que se trata de quantia incontroversa. Precedente da Corte Especial (EREsp n. 721.791-RS).

6. Não pode a União inovar em sua tese para tentar discutir, especificamente e de modo isolado, a regra do art. 100, § 1º, da CF, que, ainda por cima, traduz questão de natureza eminentemente constitucional, não passível de conhecimento em sede de recurso especial.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 436.647-RS, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 26.8.2008, DJe 7.11.2008 - grifei).

No caso dos autos, o Tribunal de origem resolveu afastar a necessidade de contracautela por força da aplicação das regras próprias do CPC e não por se tratar de processo coletivo.

O Tribunal aplicou a regra do art. 475-O, § 2º, I, do CPC, concluindo pela presença dos requisitos que permitem o afastamento da caução em execução provisória, quais sejam: (i) crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, (ii) crédito de até 60 (sessenta) salários mínimos e (iii) exequentes em estado de necessidade.

A propósito, não competiria a este Tribunal avaliar se, de fato, encontram-se presentes tais requisitos, considerando o óbice da Súmula n. 7-STJ.

Cumprido ao STJ, no entanto, avaliar a aplicação, ao processo coletivo, da regra que dispensa a necessidade de caução, em execução provisória.

À luz da interpretação sistemático-teleológica, parece-me que, no caso concreto, a melhor solução seria permitir o levantamento das quantias em dinheiro sem a prestação de contracautela, considerando a situação de cada um dos beneficiários individualmente. Isso porque, se ao invés de uma

execução provisória coletiva fossem ajuizadas diversas demandas individuais, seria possível, a cada um dos substituídos, o cogitado levantamento sem o oferecimento de caução, atendidos os requisitos do art. 475-O, § 2º, I, do CPC.

Cumpra, a propósito, reportar ao precedente da Segunda Seção no qual se discutiu exatamente o pagamento de indenizações em favor de pescadores em execuções provisórias individuais, decorrentes de derramamento de óleo causado pela *Petrobras* no Estado do Paraná. Como se vê, o suporte fático é muito semelhante ao do presente feito. O recente julgado está assim ementado:

Recurso especial. Rito do art. 543-C do CPC. Vazamento de oleoduto da Petrobrás que impossibilitou a pesca na Baía de Antonina-PR. Indenização. Execução provisória. Presença dos requisitos do art. 475-O, § 2º, I, do CPC. Levantamento de valores independentemente de caução. Possibilidade. Precedentes.

1 - Nas execuções provisórias nas ações de indenização pelo vazamento do oleoduto Olapa, que impossibilitou a pesca na Baía de Antonina e adjacências, mas também aplicáveis a outros casos de acidentes ambientais semelhantes, é permitido ao juiz da execução, diante da natureza alimentar do crédito e do estado de necessidade dos exequentes, a dispensa da contracautela para o levantamento do crédito, limitado, contudo, a 60 (sessenta) vezes o salário mínimo (art. 475-O, § 2º, I, CPC).

2 - Na linha dos precedentes desta Corte Superior de Justiça, é possível deferir o levantamento de valor em execução provisória, sem caucionar, quando o Tribunal local, soberano na análise fática da causa, verifica, como na hipótese, que, além de preenchidos os pressupostos legais e mesmo com perigo de irreversibilidade da situação, os danos ao exequente são de maior monta do que ao patrimônio da executada.

3 - Refoge à competência do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do Enunciado n. 7 de sua Súmula, qualquer pretensão de análise das condições econômicas das partes envolvidas.

4 - Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. Acórdão sujeito ao regime do artigo 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução STJ n. 8/2008.

(REsp n. 1.145.353-PR, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, julgado em 25.4.2012, DJe 9.5.2012).

Portanto, a premissa é a aplicação, para o processo coletivo, das disposições contidas no CPC. Sendo assim, em regra, há necessidade de caução na execução provisória. Mas, desde que presentes os requisitos legais (CPC, art. 475-O, § 2º, I), aplica-se a exceção, afastando-se a exigência de contracautela. Do contrário, seria mais conveniente, no caso, o ajuizamento de diversos processos individuais e não de um único processo coletivo.

A tutela coletiva deve ser prestigiada como forma de garantir a efetividade do acesso à justiça.

Em situações da espécie, não permitir o levantamento de valores em dinheiro sem contracautela, levando-se em conta a situação individual de cada beneficiário, implica, ao meu ver, conferir menor efetividade ao processo coletivo em relação ao individual, o que contraria os benfazejos propósitos da tutela coletiva.

Nesse sentido, oportuna a lição de CAPPELLETTI a propósito das “ondas do acesso à justiça”, sendo a segunda onda aquela que se refere ao fim dos entraves à tutela coletiva (*Acesso à Justiça*, Porto Alegre: Safe, 1998, p. 49 e ss.).

KAZUO WATANABE, a respeito do tema, em passagem que pode ser considerada clássica, preleciona (et al., *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 729):

A estratégia tradicional de tratamento das disputas tem sido de fragmentar os conflitos de configuração essencialmente coletiva em demandas-átomo. Já a solução dos conflitos na dimensão molecular, como demandas coletivas, além de permitir o acesso mais fácil à justiça, pelo seu barateamento e quebra de barreiras socioculturais, evitará a sua banalização que decorre de sua fragmentação (...).

Por tais motivos, concluo pela possibilidade de execução provisória em processo coletivo, com a aplicação das regras do CPC. Presentes os três requisitos (destinatários em estado de necessidade, crédito alimentar e em valor de até sessenta salários mínimos, nos termos do CPC, art. 475-O, § 2º, I), será possível a execução provisória, excepcionalmente sem prestação de contracautela.

No mais, no cotejo entre o risco de irreversibilidade da medida, na hipótese de levantamento de quantias em dinheiro sem caução, e aquele decorrente da necessidade alimentar dos destinatários da ação coletiva, entendo deva prevalecer o interesse do hipossuficiente. Assim, considero maior o risco da irreversibilidade reversa (tema analisado por esta Corte, cf. REsp n. 1.078.011- SC, Relator Ministro *Herman Benjamin*, Segunda Turma, DJe 24.9.2010, e REsp n. 417.005-SP, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ 19.12.2002, p. 368). No mesmo sentido, a manifestação do Ministério Público Federal (e-STJ fl. 1.417):

Acrescente-se que a análise do requisito da irreversibilidade da medida antecipatória deve levar em conta o resultado desastroso para ambas as partes: se concedê-la, torna-a irreversível para a ré, mas negá-la também causa à outra parte prejuízo irreparável, dado o caráter alimentar reconhecido aos valores provisoriamente executados em favor dos pescadores, a solução adequada é aquela que preserva a vida sob a luz do princípio da dignidade humana.

Destaco, finalmente, não ter sido objeto do recurso especial a forma do procedimento liquidatório, o rol de beneficiários e as condições de sua habilitação como tal, o que deverá ser definido pelo juízo de origem e, se for o caso, submetido aos recursos processuais correspondentes. Nesse sentido, cabe reproduzir trecho da ementa dos terceiros embargos de declaração, em que o TJBA registra ser o juízo de primeiro grau o foro competente para essa discussão (e-STJ fl. 1.249):

(...) Exame das impugnações feitas à relação dos pescadores substituídos. Impossibilidade. Supressão de instância.

Quanto às impugnações feitas pela Petrobras, devem ser apreciadas pelo juízo de origem, que, analisando os argumentos sustentados pela parte acionada, poderá acolher, ou não, tais impugnações, não cabendo tal exame ser efetivado por essa Corte de Justiça sob pena de supressão de instância.

Diante do todo o exposto, *conheço parcialmente* do recurso especial e, nesse ponto, *nego-lhe provimento*, para manter a decisão de origem.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Cuida-se de recurso especial, interposto por Petróleo Brasileiro S.A. - *Petrobras* contra acórdão do TJBA que determinou, em sede de agravo de instrumento, a retomada da execução provisória de antecipação de tutela concedida em ação civil pública, autorizando o levantamento de quantias de caráter alimentar independentemente de caução.

O eminente relator, Min. Antonio Carlos Ferreira, votou no sentido de conhecer em parte o recurso especial, *negando-lhe provimento*.

Iniciados os debates pedi vista dos autos.

Acompanho o relator.

Na espécie, são duas ações civis públicas, reunidas por continência, nas quais se visa à reparação de danos causados aos pescadores atingidos por decorrência de vazamento de óleo no litoral do Estado da Bahia, uma vez que restaram impedidos de desenvolver atividade de sua subsistência por força do desastre ecológico.

O Tribunal de origem, ao determinar a reunião dos feitos, restabeleceu tutela antecipatória, de molde a determinar o pagamento de pensão mensal aos pescadores atingidos, na ordem de R\$ 500,00 ao mês. Outrossim, após julgamento de sucessivos embargos declaratórios, autorizou o levantamento das quantias independentemente de caução.

No seu recurso especial, a Petrobras sustenta a nulidade do acórdão de segunda instância, por vício formal, pois restou proferido à míngua de apresentação de contrarrazões e sem intimação para data do respectivo julgamento. Sobre tais matérias, o eminente relator as rechaça, no que o acompanho, asseverando que a posterior oposição de sucessivos embargos declaratórios acabou por sanar as máculas apontadas, mormente diante da circunstância de não ter a recorrente apontado prejuízo concreto a determinar a nulidade dos atos processuais. Privilegia-se, assim, o princípio da instrumentalidade das formas, consubstanciado no brocardo *le pass de nulite sans grief*.

De outro turno, acompanho também o relator no tocante à possibilidade de autorização do levantamento dos valores fixados a título de pensão mensal aos pescadores, em sede de tutela antecipada em ação civil pública.

Como bem ponderou o eminente Ministro Antonio Carlos Ferreira, embora a ação civil pública potencialize a necessidade de a ré arcar com vultosos valores para fazer frente à tutela antecipada, forçoso é convir que o mesmo efeito seria alcançado se cada qual dos pescadores ajuizasse demanda individual buscando a reparação dos danos a si ocasionados. A finalidade da ação civil pública, ademais, é justamente essa, a de concentrar em apenas um processo coletivo a possibilidade de reparação de danos que atingem uma gama indeterminada de pessoas, ligadas por laço fático comum.

Além disso, importante observar que, para proceder ao levantamento de valores, cada um dos pescadores atingidos pela catástrofe deverá habilitar-se em juízo e fazer prova dos danos que sofreu, para se beneficiar da execução provisória instaurada a partir do comando antecipatório, havendo, nessa oportunidade, necessário crivo judicial, o que autoriza o levantamento das quantias sem prestação de caução, caso preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 475-O do CPC.

Do exposto, acompanho o relator, conhecendo em parte e negando provimento ao recurso especial.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. A Federação de Pescadores e Aquicultores do Estado da Bahia ajuizou ação de reparação de danos em face de Petróleo Brasileiro S.A. - *Petrobras*. Narra que, por decorrência de problemas técnicos em uma bomba da Refinaria Ladulpho Alves, em abril de 2009, houve derramamento de óleo e detritos derivados de petróleo no mar, não contidos

pela demandada, atingindo as comunidades de São Francisco do Conde, Além de Madre de Deus, Saubara, Santo Amaro da Purificação e São Sebastião do Passé-BA. Afirma que o derramamento ocasionou a mortandade de animais marinhos e contaminou peixes e mariscos, tornando-os impróprios para a pesca e consumo. Sustenta que, a par do dano ambiental, houve prejuízo econômico para os seus associados, inclusive no que tange ao material de trabalho dos pescadores, que sofreu avarias. Requer seja a ré condenada a efetuar depósitos mensais fixados em R\$ 800,00 (oitocentos reais) por cada um dos substituídos processuais, a título de antecipação de tutela, e a procedência dos pedidos exordiais para condenar a ré a reparar danos materiais e morais (fls. 11-37).

O Juízo da 6ª Vara Cível e Comercial da Comarca de Salvador, inicialmente, concedeu parcialmente a antecipação dos efeitos da tutela para determinar à ré o pagamento mensal, a cada um dos trabalhadores substituídos, o valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais - fls. 90 e 91).

Em seguida, porém, examinando petição da requerida, o mesmo Juízo revogou a liminar que fora concedida, e ordenou a remessa dos autos para o Juízo da Comarca de São Francisco do Conde, onde fora ajuizada, pela Colônia de Pescadores Z-05 de São Francisco do Conde, outra ação coletiva envolvendo o mesmo acidente (fls. 250 e 251).

Inconformada com a decisão, interpôs a Federação de Pescadores e Aquicultores do Estado da Bahia agravo de instrumento (fls. 3-37) para o Tribunal de Justiça da Bahia que, após a concessão, pelo relator, de efeito suspensivo, deu provimento ao recurso, em decisão assim ementada:

Agravo de instrumento. Processo Civil. Alegação de conexão na origem. Hipótese de continência. Art. 104 do CPC. Preservação da competência do juízo perante o qual tramita a demanda mais abrangente. Restituição de decisão antecipatória revogada. Art. 273 do CPC. Fixação de alimentos. Necessidade de caução idônea. Art. 475-O, III c.c. o art. 273, § 3º, ambos do CPC. Agravo conhecido e provido.

- Nos termos do art. 104 do CPC, "*Dá-se a continência entre duas ou mais ações sempre que há identidade às partes e à causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o das outras*" (sic).

- Se propostas, perante juízos de competência territorial distinta, ações indenizatórias contra uma mesma causa de pedir, será competente o Órgão Jurisdicional que recepcionar a ação com pedido mais abrangente.

- Com a revogação da decisão que declinou competência do Juízo para processar ação indenizatória, restabelece-se, de pronto, os efeitos de decisão antecipatória da tutela jurisdicional editada na formã do art. 273 do CPC.

- Reconhecida competência de Órgão Judicante e restituída decisão antecipatória de tutela jurisdicional (art. 273, *caput* e I

- CPC) na qual se tenha fixado obrigação alimentar de grande monta, se faz necessária a oferta de caução, na forma do art. 475-O, III, do CPC, aplicável à espécie (art. 273, § 3º - CPC), pelo alimentando ou seu substituto processual.

- *Agravo conhecido e provido.*

Após rejeição de dois embargos de declaração anteriores opostos pelas partes, foram opostos terceiros aclaratórios, parcialmente acolhidos com efeito modificativo para dispensar a prestação de caução para levantamento da quantia concedida em antecipação de tutela e limitar o pagamento mensal ao período de 1 (um) ano.

Interpôs a *Petrobras* recurso especial, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas a e c, da Constituição Federal, sustentando omissão, divergência jurisprudencial e violação aos artigos 104, 106, 244, 273, 475-O, 527, 535 e 552 do Código de Processo Civil.

Alega que: a) opôs embargos de declaração em face da decisão do relator na origem, que concedeu efeito suspensivo ativo ao agravo de instrumento, todavia, antes mesmo da juntada de sua contraminuta ao agravo de instrumento, foi levada à publicação a intimação da inclusão do recurso em pauta de julgamento; b) sustenta que tal procedimento não corresponde à intimação de pauta de julgamento do agravo de instrumento, que exige publicação específica; c) mesmo não sendo também possível fazer sustentação oral em julgamento de agravo de instrumento, poderia ter procedido à prévia distribuição de memoriais e feito uso da possibilidade conferida pela lei e pelo regimento da Corte local, no sentido de esclarecer questões de fato e de ordem; d) há conexão, sendo o Juízo da Comarca de São Francisco do Conde o que primeiro despachou e procedeu à citação, descabido cogitar em continência, pois esta ocorre entre causas que tenham partes idênticas e mesma causa de pedir, porém uma tenha um objeto mais abrangente; no caso, as partes são distintas e a causa de pedir idêntica; e) desde o primeiro acórdão, a Corte local reconheceu a necessidade de prestação de caução para que se fizesse o levantamento de valores, não podendo ter sido revista essa decisão, desconsiderando a irreversibilidade da medida, a insegurança quanto à área que foi atingida pelo acidente e “a inexistência de prova acerca da subsistência dos substituídos pelo extrativismo marinho”; f) não houve omissão que pudesse ensejar a atribuição de efeito modificativo aos embargos de declaração opostos pelos recorridos, que foram acolhidos em violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil; g) o artigo 273 do Código de Processo exige prova inequívoca para a concessão de antecipação de tutela, todavia o próprio acórdão dos segundos aclaratórios reconhece que a área efetivamente atingida só será conhecida com segurança após a realização de perícia técnica; h) não se pode determinar pensionamento, envolvendo o depósito de quantias vultosas que suplantam o valor de R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), “e ao mesmo tempo reconhecer inexistente nos autos provas da necessidade e da atividade pesqueira como a base de sustento familiar”.

O recurso especial foi admitido.

Opina o Ministério Público Federal pelo parcial conhecimento do recurso e, nessa extensão, pugna seja “desprovido”.

As partes manifestaram-se nos autos às fls. 1.423-1.465, 1.475-1.477 e 1.482-1.496.

O eminente Ministro Antonio Carlos Ferreira, relator, concluiu que não há nulidade sem prejuízo, esclarecendo que foi observado o contraditório e ampla defesa no julgamento dos recursos pelo Tribunal *a quo*. Aduziu que, no caso, o julgado seguiu a jurisprudência da Corte Superior ao reconhecer a continência, o que, ademais, é impossível de ser alterado, diante das conclusões fáticas obtidas pela instância ordinária. Afirmou, também, que é adequado o levantamento da verba alimentar sem a prestação de caução, preenchidos os requisitos do artigo 475-O, parágrafo 2, I, CPC, aplicável à hipótese.

É o relatório, além daquele apresentado pelo eminente Relator.

2. Preliminarmente, cumpre observar que, embora seja dever de todo magistrado velar a Constituição Federal, para que se evite supressão de competência do egrégio STF, não se admite apreciação, em sede de recurso especial, de matéria constitucional, ainda que para viabilizar a interposição de recurso extraordinário:

Processual Civil. Embargos de declaração. Art. 557 do CPC. Recurso em confronto com súmula e jurisprudência do STF. Ofensa ao art. 535 do CPC não configurada. Rediscussão da matéria de mérito. Impossibilidade. Prequestionamento para fins de interposição de recurso extraordinário. Inviabilidade. Acolhimento parcial.

[...]

3. Sob pena de invasão da competência do STF, descabe analisar questão constitucional em Recurso Especial, ainda que para viabilizar a interposição de Recurso Extraordinário.

4. Embargos de Declaração parcialmente acolhidos, sem efeitos infringentes.

(EDcl no AgRg no REsp n. 886.061-RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 20.8.2009, DJe 27.8.2009).

3. Consigno que, de fato, houve julgamento do agravo de instrumento interposto pela ora recorrida, sem que tivesse sido publicada pauta específica para o recurso, e também não houve a apreciação da contraminuta oferecida pela ora recorrente.

Todavia, como bem alinhavado no voto do eminente Relator, Ministro Ferreira, subsistiria a nulidade apenas se o colegiado local tivesse encerrado a

prestação jurisdicional com aquele julgamento. No caso, não houve prejuízo à parte, pois as razões deduzidas pela ora recorrente em sua contraminuta foram apreciadas nos aclaratórios opostos, sendo certo que, como reconhecido no recurso especial, o regimento interno do Tribunal de origem não confere a possibilidade de ser produzida sustentação oral, em sede de julgamento de agravo de instrumento.

Nesse passo, Luis Guilherme Aidar Bondioli, invocando o princípio da instrumentalidade das formas consagrado no artigo 244 e 249, § 1º, do CPC, propugna que a análise de eventual nulidade processual, à luz do Código de Processo Civil, é apoiada fortemente nas ideias de finalidade e prejuízo, de modo que “sempre que os elementos do caso concreto indicarem que os atos e acima de tudo o processo alcançaram seu fim e que a imperfeição detectada não trouxe danos para o exercício da jurisdição nem para os interesses tutelados, não há lugar para a decretação de nulidade (*pas de nullité sans grief*)”:

A Lei n. 11.276, de 7 de fevereiro de 2006, foi responsável pela inserção do § 4º no art. 515: “constatando a ocorrência de nulidade sanável, o Tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá no julgamento da apelação”. *Essas ideias já informavam o sistema processual civil nacional e ganharam maior realce, com o objetivo de incentivar os pronunciamentos acerca do meritum causae e contornar eventuais desvios que o processo possa ter sofrido em sua rota, desde que eles não prejudiquem a sua chegada ao destino final.*

[...]

*Das diretrizes postas pelo Código de Processo Civil extrai-se a essência do sistema das nulidades processuais, apoiada fortemente nas ideias finalidade e prejuízo. No âmbito processual, essas ideias devem levar em conta a razão de ser da forma, os interesses protegidos, os objetivos a serem atingidos pelos atos e o escopo central do processo, caracterizado pela justa solução das controvérsias. Sempre que os elementos do caso concreto indicarem que os atos e acima de tudo o processo alcançaram seu fim e que a imperfeição detectada não trouxe danos para o exercício da jurisdição nem para os interesses tutelados, não há lugar para a decretação de nulidade (*pas de nullité sans grief*). É o espírito da instrumentalidade das formas (art. 244). (BONDIOLLI, Luis Guilherme Aidar. **O Novo CPC**: a terceira etapa da reforma. São Paulo: Saraiva, 2006, ps. 183-186).*

Esta é a jurisprudência do STJ:

Processual Civil. Embargos de declaração. Recurso especial. Necessidade de intimação. Curadoria especial. Nulidade. Exigência de prejuízo.

- Mostra-se inviável e incompatível à finalidade instrumental e satisfativa do processo a anulação do acórdão, cuja ausência de prejuízo é evidente.

- O princípio norteador das nulidades processuais é aquele haurido do direito francês, segundo o qual não há de ser declarada qualquer nulidade se ausente efetivo prejuízo (*pas de nullité sans grief*).

- Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no REsp n. 1.087.163-RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 11.10.2011, DJe 24.10.2011).

Processo Civil. Recurso especial. Execução. Falecimento de litisconsorte. Suspensão do processo. Nulidade relativa. Ausência de prejuízo.

1. A inobservância do artigo 265, I, do CPC, que determina a suspensão do processo a partir da morte da parte, enseja apenas nulidade relativa, sendo válidos os atos praticados, desde que não haja prejuízo aos interessados, sendo certo que tal norma visa preservar o interesse particular do espólio e dos herdeiros do falecido.

2. Nessa linha, somente a nulidade que sacrifica os fins de justiça do processo deve ser declarada, o que não ocorreu no caso sob exame, consoante consignado pelo Tribunal de origem.

3. Recurso especial não provido.

(REsp n. 959.755-PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17.5.2012, DJe 29.5.2012).

Processual Civil. Recurso especial. Execução. Embargos à execução. Prevenção. Prejudicialidade externa. Não-ocorrência. Excesso de execução. Memória de cálculo. Emenda à inicial. Possibilidade. Recebimento dos embargos. Nulidade do processo a partir da decisão que não recebeu os embargos à execução quanto ao alegado excesso de execução. Recurso parcialmente provido.

[...]

2. Deve a parte comprovar a existência de prejuízo na não-observância das regras de prevenção, porquanto deve prevalecer o princípio *pas de nullité sans grief*.

[...]

(REsp n. 1.224.215-PR, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 1º.9.2011, DJe 22.9.2011).

4. No que tange à tese de que não há continência, mas sim conexão, cumpre anotar o que o acórdão recorrido dispôs:

Apesar de figurarem no polo passivo de ambas as demandas indenizatórias propostas em face da *Petrobras S/A*, entidades associativas e sindicais distintas, ambas agiam e agem na condição de substitutas processuais dos pescadores e marisqueiras.

Assim sendo, caso se admita a identidade entre causa de pedir, seria forçoso reconhecer que a demanda proposta pela ora Agravante detém um polo ativo mais amplo e abrangente que àquela outra manejada pela Colônia de Pescadores de São Francisco do Conde.

Neste aspecto, em sendo a regra aplicável aquela prevista no art. 104 do Código de Processo Civil, em lugar do comando inserto no art. 106 do Código de Ritos, a eventual reunião de ações deveria se dar perante o Juízo que recepcionou a causa mais abrangente.

Tanto é assim que o Colendo Superior Tribunal de Justiça, a quem cabe a interpretação e unidade do Direito Federal, já reconheceu que *“Se há duas ações com continência por uma, a causa maior, causa continente, sempre chamará para si a competência, sem ter de prevenir”* (STJ - 3ª Turma, REsp n. 681.740, ED-DEcl, rel. Min. Nancy Andrigli, DJU 5.2.2007).

Dessa forma, ao revés do quanto sustentado pelo Magistrado de piso, além da questão processual ter sido regida pela norma inserta no art. 104 do Código Instrumental, sequer poderia se falar em aplicação da norma disposta no art. 106 do Estatuto Processual por não se tratarem de juízos com mesma competência territorial.

[...]

Seja como for, o certo é afirmar que a ação proposta pela ora agravante perante o Juízo da 6ª Vara dos Feitos Cíveis, na defesa do interesse de pescadores dos Municípios de São Francisco do Conde, Além de Madre de Deus, Candeias, Saubara, Santo Amaro da Purificação e São Sebastião do Passe é muito mais ampla que a outra demanda proposta perante o Juízo da Comarca de São Francisco do Conde pela Colônia de Pescadores Z-05.

Desse modo, há que se reconhecer a ocorrência do fenômeno da continência, sendo continente o Juízo da 6ª Vara dos Feitos Cíveis da Comarca de Salvador, motivo pelo qual perante este órgão jurisdicional haverá de tramitar a ação proposta pela ora agravante em face da empresa agravada. (fls. 313-314).

Com efeito, não merece acolhida a irresignação, pois, conforme decidido em precedente da Terceira Seção, relativo ao RMS n. 24.196-ES, relatado pelo Ministro Felix Fischer, em ações coletivas, para o reconhecimento da litispendência, deve-se levar em conta os beneficiários da tutela pleiteada e não o substituto processual que figura no polo ativo, para fins de verificação da identidade de partes no processo, de modo que, no caso, está caracterizada a identidade de partes:

Recurso ordinário em mandado de segurança. Ação coletiva. Direitos coletivos. Impetração de dois mandados de segurança por duas entidades representativas da mesma categoria profissional. Mesma causa de pedir. Identidade parcial de pedidos. Continência.

Configuração.

I - O aspecto subjetivo da litispendência nas ações coletivas deve ser visto sob a ótica dos beneficiários atingidos pelos efeitos da decisão, e não pelo simples exame das partes que figuram no polo ativo da demanda. Assim, impetrados dois mandados de segurança por associação e por sindicato, ambos representantes da mesma categoria profissional, os substituídos é que suportarão os efeitos da decisão, restando, assim, caracterizada a identidade de partes.

II - Em face da identidade parcial de pedidos, em razão de um ser um mais abrangente que o outro, configura-se a continência, que é espécie de litispendência parcial.

III - Inviável, porém, a reunião de processos, tendo em vista que já julgado um deles (Súmula n. 235-STJ), impondo-se, por consequência, a extinção parcial do presente *writ* na parte em que apresenta o mesmo pedido.

Recurso ordinário parcialmente provido, para determinar o retorno dos autos ao e. Tribunal *a quo*, para que julgue o *mandamus*.

(RMS n. 24.196-ES, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 13.12.2007, DJ 18.2.2008, p. 46).

No que tange à alegação de inexistência dos demais requisitos relacionados à configuração da continência, é bem de ver que, consoante remansosa jurisprudência do STJ lembrada pelo arguto voto do Relator, não cabe na via especial analisar-se, de fato, o objeto de uma ação é mais amplo, de modo a abranger a outra, assim como se há identidade da causa de pedir das ações, pois exige o reexame de provas, vedado pela Súmula n. 7-STJ:

Processual Civil. Ofensa ao art. 535 do CPC não configurada. Súmula n. 284-STF. Ressarcimento ao SUS. Continência reconhecida pelo Tribunal de origem. Reexame do conjunto fático-probatório. Impossibilidade.

Súmula n. 7-STJ. Tunep. Matéria fático-probatória.

[...]

2. O Tribunal de origem, com amparo nos elementos fático-probatórios, reconheceu a continência disciplinada no art. 104 do CPC. A revisão desse entendimento implica reexame de fatos e provas, obstado pelo teor da Súmula n. 7-STJ.

3. O exame da tese de que a tabela Tunep contém valores não correspondentes aos de mercado esbarra no óbice da Súmula n. 7-STJ.

Precedentes do STJ.

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 1.310.544-RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 26.6.2012, DJe 1º.8.2012).

Tributário. Processual Civil. Continência. Reexame de provas. Súmula n. 7-STJ. Art. 97 do CTN. Princípio da legalidade tributária. Repetição de dispositivo constitucional. Vedada apreciação em recurso especial. Matéria constitucional. Competência do STF.

1. A apreciação da suposta violação do art. 104 do CPC exige o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos para aferir as circunstâncias caracterizadoras da continência, ou seja, a identidade das partes, causa de pedir, e se o objeto de uma abrange o da outra. Incidência da Súmula n. 7-STJ. Precedentes.

[...]

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 1.176.217-SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 2.9.2010, DJe 22.9.2010).

5. No que tange à afirmação de que, desde o primeiro acórdão, a Corte local reconheceu a necessidade de prestação de caução para que se fizesse o levantamento de valores - não podendo ter sido revisto esse entendimento -, cabe observar que, como é cediço, os embargos de declaração constituem recurso que visa sanar eventual omissão, contradição, obscuridade, erro material, podendo ser utilizado também com o fito de prequestionamento, propiciando o aprimoramento da prestação jurisdicional:

Processual Civil. Embargos de declaração. Ofensa ao art. 535 do CPC configurada. Existência de erro material na ementa do agravo regimental. Repetição de indébito. Tributo lançado por homologação. Prescrição. Não ocorrência. Aplicação da tese dos "cinco mais cinco". Desnecessidade. Embargos acolhidos com efeito modificativo.

1. Estando presentes contradição, omissão, obscuridade ou erro material, merecem acolhida os Embargos de Declaração, ainda que tenham conteúdo infringente. Presença de erro material e omissão na decisão que acabou por contaminar o julgamento em Agravo Regimental.

[...]

6. Embargos de Declaração acolhidos com efeito modificativo.

(EDcl no AgRg no REsp n. 1.178.333-MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 28.8.2012, DJe 3.9.2012).

Nessa linha, tendo a Corte local se omitido a respeito da apreciação de dispositivo processual aplicável ao caso, é cabível o manejo de embargos de declaração, propiciando o aprimoramento da prestação jurisdicional, não havendo falar em violação ao artigo 535 do CPC, decorrente do acolhimento dos aclaratórios, com efeitos modificativos.

Ademais, não faria sentido a Súmula n. 98-STJ reconhecer a possibilidade de oposição de embargos de declaração para prequestionamento, isto é, de propiciar à Corte de origem o enfrentamento de matéria de direito e, mesmo constatando o colegiado o equívoco quanto à observância ou aplicação de norma, não pudesse repará-lo.

Esta é a lição da doutrina:

Além da omissão, obscuridade e contradição, os embargos de declaração, como bem demonstra Luís Eduardo Simardi Fernandes, vêm sendo admitidos para a correção de erros materiais, pois ao juiz se permite, de ofício ou a requerimento, corrigir erros ou inexatidões materiais (CPC, art. 463), não havendo, em princípio, óbice em aceitar que tais erros sejam demonstrados em embargos declaratórios. Segundo o art. 463, I, CPC, somente se permite a atuação oficiosa do magistrado, após a prolação de sentença, que encerra a sua atividade, para corrigir-lhe inexatidões materiais ou lhe retificar cálculos. Cabem, pois, embargos de declaração por erro material, podendo ser justificados pela omissão.

Há uma tendência jurisprudencial de ampliação do cabimento dos embargos de declaração, admitindo-os para dar ensejo à correção de “equívocos manifestos”, além do erro material, tais como erro de fato e até decisão *ultra petita*.

[...]

Na verdade, os embargos de declaração cabem de *qualquer* ato judicial, mesmo quando a lei o qualifique como *irrecorrível*. No particular, cumpre ceder a palavra a José Carlos Barbosa

Moreira, segundo quem: “Tampouco importa que a decisão definitiva ou não, final ou interlocutória. Ainda quando o texto legal, *expressis verbis*, a qualifique de ‘irrecorrível’, há de entender-se que o faz com ressalva implícita concernente aos embargos de declaração”.

[...]

Há, então, dois tipos de decisão omissa: a) aquela que não examinou um pedido (*questão principal*); b) a que não examinou algum fundamento/argumento/ questão que tem aptidão de influenciar no julgamento do pedido (*questão incidente*), que efetivamente ocorreu.

Percebeu o ponto Vallisney de Souza Oliveira, classificando a omissão em *total* e *parcial*:

[...]

Situação diversa é a da decisão que, examinando um pedido, deixa de examinar uma questão indispensável à sua solução, que tenha sido suscitada ou que seja questão cognoscível *ex officio*. Nesse caso, há decisão, com um defeito que compromete a sua validade, em razão da ofensa ao aspecto substancial da garantia do contraditório (foi possível alegar a questão, mas, em razão da omissão judicial, a alegação mostrou-se inútil), ao direito fundamental de acesso aos Tribunais (o órgão judicial deixou de examinar uma questão que foi suscitada, conduta que caracteriza denegação de justiça) e à exigência de motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF/1988).

Ambas as omissões podem ser sanadas com a oposição de embargos de declaração. A dúvida é: e se não forem opostos os embargos de declaração, qual deve ser a postura do Tribunal ao constatar a omissão na decisão judicial?

No primeiro caso, *não* deve o Tribunal invalidar a decisão. Como visto, não há o que ser invalidado; deve o Tribunal determinar que o Juízo *a quo* complete o julgamento, decidindo o pedido não examinado.

[...]

O segundo problema é de mais fácil solução.

[...]

Assim, o Tribunal, ao constatar que não houve exame de um dos fundamentos ou de alguma questão relevante que tenha sido suscitada, ou mesmo uma questão cognoscível *ex officio* (que não precisa ter sido suscitada), deve ele próprio examinar essas questões, não sendo o caso de devolução dos autos ao Juízo *a quo*. (DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA,

Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2009, ps. 184-202).

Trata-se de um recurso cuja existência advém do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Essa conclusão decorre da análise histórico-sistemática de seu objetivo, que é o de esclarecer ou integrar os pronunciamentos judiciais.

[...]

Muito se discute, na doutrina, se os embargos de declaração são, ou não, um recurso. Não pretendemos entrar nesse debate porque, a nosso ver, trata-se de discussão predominantemente acadêmica.

[...]

Todo e qualquer pronunciamento jurisdicional pode ser objeto de embargos de declaração: decisões interlocutórias, sentenças e acórdãos. Nesse sentido caminha a maioria dos doutrinadores, tendo sido apresentadas algumas restrições inadequadas pelos Tribunais. Restrições aos embargos declaratórios serão sempre inadequadas em função, justamente, das raízes constitucionais desse recurso.

[...]

Há também os chamados embargos de declaração prequestionadores, destinados a completar o acórdão de que se pretenda recorrer pela via extraordinária (recurso especial e/ou recurso extraordinário), sempre que falem elementos indispensáveis à admissibilidade e conhecimento de quaisquer desses dois recursos, pelos Tribunais Superiores. Há casos em que a questão de lei federal ou constitucional foi devidamente suscitada no curso do processo, mas o acórdão deixa de examiná-la expressamente, ou casos em que essas questões surgem apenas no julgamento do acórdão.

[...]

Teresa Arruda Alvim Wambier (*Omissão judicial e embargos de declaração*, p. 16 a 18) sustenta poder-se afirmar, hoje, sem qualquer dúvida, que “os embargos de declaração têm raízes constitucionais. Prestam-se a garantir o direito que tem o jurisdicionado a ver seus conflitos (*lato sensu*) apreciados pelo Poder Judiciário. As tendências contemporaneamente predominantes só permitiriam entender que este direito estaria satisfeito sendo efetivamente garantida ao jurisdicionado a prestação jurisdicional feita por meio de decisões claras, completas e coerentes *interna corporis*”. (WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, vol. I, ps. 651-654).

6. Outrossim, no que tange à alegação de que a decisão recorrida não continha os requisitos necessários à concessão da antecipação dos efeitos da tutela, pois, segundo alegado, há insegurança quanto à área atingida pelo acidente e, também, a afirmação de “inexistência de prova acerca da subsistência dos substituídos pelo extrativismo marinho”, como observado pelo eminente Relator, a apreciação dessas teses demanda o reexame de provas, obstado pela Súmula n. 7-STJ.

7. Ademais, o Tribunal de origem aplicou o artigo 475-O, § 2º, I, do Código de Processo Civil para admitir, antes mesmo do julgamento do mérito, o levantamento de crédito de natureza alimentar, no valor mensal de R\$ 500,00 (quinhentos reais) ao longo de um período limitado de um ano, sem necessidade de caução.

Conforme reiterados precedente do STJ, a tutela antecipada efetiva-se via execução provisória:

Processual Civil. Administrativo. Ação popular. Placas instaladas em obras públicas contendo símbolo de campanha política. Remoção. Antecipação de tutela cominação de multa diária. Astreintes. Obrigação de fazer. Incidência do meio de coerção. Art. 461, § 4, do CPC. Multa cominada em decisão interlocutória.

Execução. Custas judiciais. Isenção. Divergência indemonstrada.

1. A tutela antecipada efetiva-se via execução provisória, que hodiernamente se processa como definitiva (art. 475-O, do CPC).

[...]

8. A admissão do Recurso Especial pela alínea c exige a comprovação do dissídio na forma prevista pelo RISTJ, com a demonstração das circunstâncias que assemelham os casos confrontados, não bastando, para tanto, a simples transcrição das ementas dos paradigmas. Precedente desta Corte: AgRg nos EREsp n. 554.402-RS, *Corte Especial*, DJ 1º.8.2006.

9. Recurso Especial provido.

(REsp n. 1.098.028-SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 9.2.2010, DJe 2.3.2010).

Menciona-se o precedente, relativo ao REsp n. 952.646-SC, assim ementado:

Processo Civil. Antecipação dos efeitos da tutela. Exigência de caução, com fundamento no art. 273, § 3º, do CPC. Remissão feita, pela lei, ao art. 588 do CPC, que foi revogado pela reforma promovida pela Lei n. 11.232/2005. Alegação de impossibilidade de exigência de caução não acolhida. Dispositivo que foi meramente deslocado, do art. 588 para o

art. 475-O, do CPC. Hipótese em que, ademais, é da natureza dos provimentos não-definitivos a possibilidade de causar dano à parte contrária, do que exurge a possibilidade de exigência de caução. Recurso não conhecido.

- A prévia propositura de medida cautelar pelo recorrente e seu deferimento, pela Relatora, nesta Corte, não vinculam a decisão a ser tomada por ocasião do julgamento do recurso especial. O julgamento de medidas cautelares se dá com base em cognição sumária e provisória dos fatos e elementos da causa. O Recurso Especial é julgado mediante cognição exauriente e definitiva, o que pode levar o julgador à revisão de seu posicionamento inicial.

- A revogação do art. 588 do CPC, pela Lei n. 11.232/2005, não leva à perda de eficácia da remissão feita a ele pelo art. 273, § 3º do CPC. A revogação desse dispositivo foi meramente formal, já que a regra nele contida, do ponto de vista substancial, continua presente no art. 475-O do Código, com redação quase idêntica. Assim, a interpretação teleológica do CPC recomenda que remissão feita a um dispositivo, seja lida como se indicasse o outro.

- Não há incompatibilidade entre o procedimento da antecipação de efeitos da tutela, e a exigência de caução. Apesar de o art. 475-O mencionar, apenas, a execução provisória do julgado, sua proteção deve ser estendida, "no que couber", aos provimentos antecipatórios.

Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 952.646-SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 4.11.2008, DJe 4.8.2009).

Nesse citado precedente, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, Sua Excelência dispôs:

O art. 588 não foi simplesmente revogado do Direito Processual Civil brasileiro. Ele foi, na verdade, reposicionado. A regra que, antes, encontrava-se no art. 588, hoje está no art. 475-O do CPC. As diferenças entre o que está disposto em um e outro artigos são mínimas e não prejudicam a extensão do procedimento ali regulado às hipóteses de antecipação de tutela.

Naturalmente, teria sido mais conveniente que o legislador, na ampla reforma empreendida pela Lei n. 11.232/2005, tivesse corrigido a remissão feita pelo art. 273. Porém, esse não foi o único lapso contido na reforma. Há

muitos outros defeitos, notadamente que diz respeito às remissões a dispositivos, a numerações e a uniformidade de nomenclaturas. Todos esses lapsos, porém, notadamente quando se trata meramente de uma remissão legal, como a feita pelo art. 273, não podem prejudicar todo sistema, paralisando o intérprete e o jurisdicionado. A lei processual tem de ser interpretada teleologicamente, e é possível deduzir, perfeitamente, na hipótese dos autos, qual a solução que todo o sistema indica: a caução permanece exigível, e a remissão feita pelo art. 273, § 3º, ao art. 588 do CPC, deve ser lida como uma remissão ao art. 475-O.

Dessarte, para melhor compreensão da controvérsia, observo que o artigo 475-O, § 2º, incisos, do Código de Processo Civil dispõe:

Art. 475-O. A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas:

I - corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido; (Incluído pela Lei n. 11.232, de 2005).

II - fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento; (Incluído pela Lei n. 11.232, de 2005).

III - o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos. (Incluído pela Lei n. 11.232, de 2005).

§ 1º No caso do inciso II do *caput* deste artigo, se a sentença provisória for modificada ou anulada apenas em parte, somente nesta ficará sem efeito a execução. (Incluído pela Lei n. 11.232, de 2005).

§ 2º A caução a que se refere o inciso III do *caput* deste artigo poderá ser dispensada: (Incluído pela Lei n. 11.232, de 2005).

I - quando, nos casos de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de sessenta vezes o valor do salário mínimo, o exequente demonstrar situação de necessidade; (Incluído pela Lei n. 11.232, de 2005).

II - nos casos de execução provisória em que penda agravo perante o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça (art. 544), salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação. (Redação dada pela Lei n. 12.322, de 2010).

Desse modo, por expressa disposição do artigo 475-O, § 2º, I, do Código de Processo Civil, a execução provisória da sentença far-se-á, independentemente de caução, quando se tratar de crédito alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de sessenta vezes o valor do salário mínimo e contanto que o exequente demonstre situação de necessidade.

Nesse diapasão, conforme decidido em recente precedente da Segunda Seção, julgado pelo rito do artigo 543-C, em caso análogo, nas execuções provisórias decorrentes de demandas indenizatórias por acidentes ambientais, é permitido ao Juízo, diante da natureza alimentar do crédito e do estado de necessidade dos exequentes, dispensar a contracautela para o levantamento de crédito, limitado, contudo, a 60 (sessenta) vezes o salário mínimo, conforme disposto no artigo 475-O, § 2º, I, do Código de Processo Civil:

Recurso especial. Rito do art. 543-C do CPC. Vazamento de oleoduto da Petrobras que impossibilitou a pesca na Baía de Antonina-PR. Indenização. Execução provisória. Presença dos requisitos do art. 475-O, § 2º, I, do CPC. Levantamento de valores independentemente de caução. Possibilidade. Precedentes.

1 - Nas execuções provisórias nas ações de indenização pelo vazamento do oleoduto Olapa, que impossibilitou a pesca na Baía de Antonina e adjacências, mas também aplicáveis a outros casos de acidentes ambientais semelhantes, é permitido ao juiz da execução, diante da natureza alimentar do crédito e do estado de necessidade dos exequentes, a dispensa da contracautela para o levantamento do crédito, limitado, contudo, a 60 (sessenta) vezes o salário mínimo (art. 475-O, § 2º, I, CPC).

2 - Na linha dos precedentes desta Corte Superior de Justiça, é possível deferir o levantamento de valor em execução provisória, sem caucionar, quando o Tribunal local, soberano na análise fática da causa, verifica, como na hipótese, que, além de preenchidos os pressupostos legais e mesmo com perigo de irreversibilidade da situação, os danos ao exequente são de maior monta do que ao patrimônio da executada.

3 - Refoge à competência do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do Enunciado n. 7 de sua Súmula, qualquer pretensão de análise das condições econômicas das partes envolvidas.

4 - Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. Acórdão sujeito ao regime do artigo 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução STJ n. 8/2008.

(REsp n. 1.145.358-PR, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, julgado em 25.4.2012, DJe 9.5.2012).

Nessa linha, não é demais relembrar que Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero propugnam, com propriedade, que a dispensa de caução em execução provisória de verba alimentar, até o teto de 60 salários mínimos, é salutar, pois está ligada à necessidade de o exequente poder fazer frente às suas necessidades básicas, ressaltando nítida a textura constitucional da proteção conferida:

8. *Dispensa de caução.* A caução para obtenção da tutela completa do direito reclamado no cumprimento da decisão provisória pode ser dispensada em duas hipóteses: a) quando, nos casos de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de 60 (sessenta) vezes o valor do salário mínimo, o demandante demonstrar situação de necessidade, e b).

[...]

O primeiro caso liga-se à proteção à subsistência digna da pessoa (...). Em ambos os casos admite-se a obtenção de tutela completa ao direito afirmado em decisão provisória sem a prévia prestação de caução suficiente e idônea.

[...]

(...) não há como obrigar o exequente a prestar caução para ter o seu direito realizado - isso porque a dispensa de caução está intimamente ligada à necessidade do exequente para fazer frente às suas necessidades básicas, sendo evidente a textura constitucional da proteção aí dispensada. (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, ps. 481 e 482).

Fica límpido que o legislador, ao elaborar a regra processual, pretendeu, ao impor teto à verba que pode ser levantada sem caução em sede de execução provisória, com razoabilidade e proporcionalidade, garantir a dignidade humana, permitindo que o credor possa se manter enquanto aguarda o julgamento definitivo da lide.

Confira-se as ponderações contidas no voto condutor do Ministro Gilmar Mendes, no julgamento, pelo egr. STF, do RE n. 20.181.9:

O benefício concedido a um cidadão configura, não raras vezes, a imposição de restrição a outrem.

[...]

Idêntica orientação é adotada por Konrad Hesse, que destaca serem as relações entre pessoas privadas marcadas, fundamentalmente, pela ideia de igualdade. A vinculação direta dos entes privados aos direitos fundamentais não poderia jamais ser tão profunda, pois, ao contrário da relação Estado-cidadão, os direitos fundamentais operariam a favor e contra os dois partícipes da relação de Direito Privado.

[...]

Estando a jurisdição vinculada aos direitos fundamentais, parece inevitável que o tema constitucional assuma relevo tanto na decisão dos Tribunais ordinários; como no caso de eventual pronunciamento da Corte Constitucional.

[...]

Os direitos fundamentais não se destinam a resolver diretamente conflitos (...) devendo a sua aplicação realizar-se mediante os meios colocados à disposição pelo próprio sistema jurídico.

Segundo esse entendimento, compete, em primeira linha, ao legislador a tarefa de realizar ou concretizar os direitos fundamentais no âmbito das relações privadas. Cabe a este garantir as diversas posições fundamentais relevantes mediante fixação de limitações diversas.

[...]

Assim, ainda que se não possa cogitar de vinculação direta do cidadão aos direitos fundamentais, podem esses direitos legitimar limitações (...) seja no plano da legislação, seja no plano da interpretação.

É preciso acentuar que, diferentemente do que ocorre na relação direta entre o Estado e o cidadão, na qual a pretensão outorgada ao indivíduo limita a ação do Poder Público, a eficácia mediata dos direitos fundamentais refere-se primariamente a uma relação privada entre cidadãos, de modo que *o reconhecimento do direito de alguém implica o sacrifício de faculdades reconhecidas a outrem.*

Em outros termos, a eficácia mediata dos direitos está frequentemente relacionada com um caso de colisão de direitos. A posição jurídica de um indivíduo em face de outro somente pode prevalecer na medida em que se reconhece a prevalência de determinados interesses sobre outros.

8. Diante do exposto, adiro ao bem lançado voto do eminente Relator, Ministro Antonio Carlos Ferreira, para conhecer parcialmente do recurso especial e, na extensão, negar-lhe provimento, ressaltando, assim como fez Sua Excelência, que os critérios para recebimento da verba de caráter alimentar devem ser definidos pelo Juízo de primeira instância.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Raul Araújo: De início, acompanho os votos dos eminentes Ministros que me antecederam, relativamente ao afastamento dos alegados vícios formais no julgamento do agravo de instrumento e à continência reconhecida pelo colendo Tribunal de origem.

Pedi vista dos autos, essencialmente, porque tive dúvidas quanto à real dimensão do dano ambiental, o que, em princípio, poderia ensejar, na execução provisória promovida pelos pescadores e marisqueiros, com a dispensa de caução, risco processual, em consequência da ameaça de prejuízo financeiro irreparável ao executado, além da insegurança e incerteza jurídicas advindas da não exatidão do dano material.

Não se pode olvidar que os fundamentos jurídicos trazidos nos votos dos ilustres Ministros que me antecederam estão de acordo com a melhor doutrina e com a jurisprudência desta Corte de Justiça. Aliás, como bem salientou o eminente Ministro *Luis Felipe Salomão*, há tese firmada no âmbito da colenda Segunda Seção, em recurso especial representativo de controvérsia (CPC, art. 543-C), no sentido de que “nas execuções provisórias decorrentes de demandas indenizatórias por acidentes ambientais, é permitido ao Juízo, diante da natureza alimentar do crédito e do estado de necessidade dos exequentes, dispensar a contracautela para o levantamento de crédito, limitado, contudo, a 60 (sessenta) vezes o salário mínimo, conforme disposto no artigo 475-O, § 2º, I, do Código de Processo Civil”.

Eis a ementa do precedente da col. Segunda Seção:

Recurso especial. Rito do art. 543-C do CPC. Vazamento de oleoduto da Petrobras que impossibilitou a pesca na Baía de Antonina-PR.

Indenização. Execução provisória. Presença dos requisitos do art. 475-O, § 2º, I, do CPC. Levantamento de valores independentemente de caução. Possibilidade. Precedentes.

1 - Nas execuções provisórias nas ações de indenização pelo vazamento do oleoduto Olapa, que impossibilitou a pesca na Baía de Antonina e adjacências, mas também aplicáveis a outros casos de acidentes ambientais semelhantes, é permitido ao juiz da execução, diante da natureza alimentar do crédito e do estado de necessidade dos exequentes, a dispensa da contracautela para o levantamento do crédito, limitado, contudo, a 60 (sessenta) vezes o salário mínimo (art. 475-O, § 2º, I, CPC).

2 - Na linha dos precedentes desta Corte Superior de Justiça, é possível deferir o levantamento de valor em execução provisória, sem caucionar, quando o Tribunal local, soberano na análise fática da causa, verifica, como na hipótese, que, além de preenchidos os pressupostos legais e mesmo com perigo de irreversibilidade da situação, os danos ao exequente são de maior monta do que ao patrimônio da executada.

3 - Refoge à competência do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do Enunciado n. 7 de sua Súmula, qualquer pretensão de análise das condições econômicas das partes envolvidas.

4 - Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. Acórdão sujeito ao regime do artigo 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução STJ n. 8/2008.

(REsp n. 1.145.358-PR, Rel. Min. *Ricardo Villas Bôas Cueva*, DJe de 9.5.2012).

Também encontra amparo em nossa jurisprudência a orientação de que a tutela antecipada efetiva-se via execução provisória. Cito: AgRg na MC n. 18.633-RJ, Terceira Turma, Rel. Min. *Ricardo Villas Bôas Cueva*, DJe de 13.2.2012; REsp n. 1.077.638-RS, Terceira Turma, Rel. Min. *Sidnei Beneti*, DJe de 11.11.2010; REsp n. 1.098.028-SP, Primeira Turma, Rel. Min. *Luiz Fux*, DJe de 2.3.2010; Ag n. 571.502-SP, Terceira Turma, Rel. Min. *Ari Pargendler*, DJ de 1º.2.2006; AgRg no Ag n. 546.698-RS, Quarta Turma, Rel. Min. *Fernando Gonçalves*, DJ de 11.10.2004.

Da análise dos autos, contudo, vislumbra-se que há dúvida razoável, suscitada pela *Petrobras* (fls. 1.267-1.326), acerca da extensão do dano ambiental. Segundo afirma, com respaldo em Relatório de Fiscalização Ambiental do Instituto do Meio Ambiente - IMA - (fls. 287-299 e 300-302), o derramamento de óleo que se espalhou pela Baía de Todos os Santos atingiu apenas duas comunidades (Municípios de Candeias e de São Francisco do Conde), e não todas aquelas comunidades mencionadas na exordial da ação de indenização e acolhidas na decisão que deferiu a antecipação de tutela (além de São Francisco do Conde e de Candeias, Madre de Deus, Saubara, Santo Amaro da Purificação e São Sebastião do Passé).

Parece relevante levar em consideração a retificação do Relatório de Fiscalização Ambiental, às fls. 300-302, na qual se concluiu que as únicas comunidades afetadas pelo desastre ambiental foram os Municípios de São Francisco do Conde e de Candeias.

Em relação a essas duas comunidades não parece haver controvérsia quanto aos danos ambientais, de maneira que considero adequada a conclusão autorizando a execução provisória, com a liberação da caução, nos termos do citado art. 475-O, § 2º, I, do Código de Processo Civil, porquanto configurados os requisitos nele previstos: I - verba alimentar; II - valor menor que 60 salários mínimos (para cada pescador ou marisqueiro); e III - caracterização da necessidade dos exequentes.

Contudo, no tocante aos demais pescadores e marisqueiros das regiões onde ainda há fundada dúvida acerca da ocorrência do dano ambiental, inexistindo prova inequívoca, entendo adequado aguardar a perícia a ser realizada no d. Juízo *a quo*, a fim de evitar a irreversibilidade da medida antecipatória, considerando a provável impossibilidade de devolução dos valores pagos aos exequentes, aqui considerados "necessitados", nas palavras da lei (CPC, 475-O, § 2º, I).

Destarte, embora seja admissível execução provisória de tutela antecipada, com dispensa de caução (CPC, art. 475-O, § 1º), não se pode promovê-la de forma abrangente, quando houver razoável e plausível dúvida em relação à verdadeira extensão do dano ambiental ocorrido.

Diante do exposto, com a devida vênia aos eminentes Ministros que me antecederam, entendo que o recurso especial deve ser parcialmente provido para reformar, em parte, o v. acórdão recorrido, de modo que os valores sejam liberados, sem a prestação de caução, apenas aos substituídos processuais que exerçam, comprovadamente, suas atividades pesqueiras e marisqueiras nos Municípios de São Francisco do Conde e de Candeias.

É como voto.

VOTO VENCIDO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Sr. Presidente, peço vênia para dar integral provimento ao recurso da Petrobras para anular o acórdão recorrido, uma vez que houve uma antecipação de tutela satisfativa deferida em uma ação coletiva para liberar recursos sem caução.

Registro, em primeiro lugar, a diferença entre este processo e o repetitivo julgado pela Seção do ponto de vista processual. Ambos cuidavam de dano ambiental e de ressarcimento a pescadores, mas, naquele caso, havia uma execução provisória de sentença, ou seja, uma sentença que já fora proferida após cognição exauriente nas instâncias de origem. Neste caso, não houve sequer a fase de instrução. Trata-se de uma antecipação de tutela e a matéria controvertida é, especialmente, a própria existência e extensão do dano, porque, embora tenha havido um vazamento de petróleo, alega a Petrobras que esse vazamento não teve dimensões para impossibilitar a pesca. E não há prova pericial produzida a respeito da extensão deste dano e das consequências em relação aos pescadores de cada área abrangida pela inicial ajuizada pela Federação de Pescadores do Estado da Bahia.

Penso que quando se julga uma ação coletiva, especialmente quando se defere antecipação de tutela numa ação coletiva, que, em regra, pressupõe “prova inequívoca” dos fatos embasadores do alegado direito e forte verossimilhança da pretensão, deve o exame dessa antecipação de tutela ser cercado de cuidados ainda maiores do que seriam numa ação individual. Isso porque se trata de proferir uma decisão cujos efeitos se estenderão a milhares de substituídos, sem que haja prova inequívoca, baseada numa perícia que, a meu ver, seria necessária no presente caso.

O motivo do meu voto preliminar pela anulação é que, se penso que qualquer antecipação de tutela satisfativa deve ser deferida com grande cuidado numa ação individual, muito mais cuidado deve haver numa antecipação de tutela coletiva, especialmente em caso que envolve milhões de reais. E essa antecipação de tutela coletiva foi julgada pela instância ordinária num agravo de instrumento sem a juntada da contraminuta, ou seja, da defesa da parte que arcará com o ônus financeiro de cumprir essa antecipação de tutela.

Há precedentes da Corte Especial estabelecendo que agravo de instrumento não pode ser provido sem a audiência da parte agravada. Neste caso, a parte agravada formalmente exerceu a sua defesa, mas o processo foi julgado em sessão, sem a inclusão em pauta e sem a juntada dessa defesa, o que evidencia que a defesa não foi considerada, com a máxima vênia, quando do julgamento do agravo pela Turma.

A meu ver, de nada adianta a Corte Especial assentar que é necessário que haja intimação do agravado prévia ao provimento do agravo, se se puder convalidar a nulidade do julgamento sem essa peça de defesa do agravado e sem inclusão em pauta, apenas, porque julgados embargos de declaração ao acórdão nulo.

A meu ver, *data maxima venia*, não sana o prejuízo da parte de acompanhar o julgamento, esclarecer matéria de fato, apresentar memoriais, ainda mais em um caso como este, em que a matéria de fato é essencial a propósito da extensão do dano, notadamente a comunidades de pescadores de áreas diversas da diretamente atingida.

Não me parece que sane essa nulidade a circunstância de ter havido oposição de embargos de declaração nos quais teriam sido levadas em consideração as alegações do agravado. Isso porque os embargos de declaração, mesmo que excepcionalmente admitam efeitos infringentes, têm necessariamente um âmbito de cognição menor do que o julgamento do recurso, porque eles só poderão ser providos se houver o reconhecimento de uma omissão, de um erro ou de uma contradição.

Ou seja, as questões já decididas de forma suficientemente fundamentada pela Turma, sem levar em conta a defesa, não são passíveis de revisão por meio de embargos de declaração.

Penso eu, *data maxima venia*, que o julgamento de embargos de declaração não sana o vício, a nulidade consistente no julgamento do agravo de instrumento sem contraminuta juntada aos autos e sem publicação de pauta, mesmo porque, repito, embargos de declaração têm âmbito de cognição menor do que aquele do recurso.

No mais, peço vênia à maioria também para aderir ao voto do Ministro Raul Araújo quanto à necessidade de limitação do alcance territorial dessa tutela antecipada de levantamento de recurso sem caução.

O caráter satisfativo e irreversível da decisão parece-me, *data vênia*, evidente, porque esses recursos serão entregues sem caução, não se sabe da solvabilidade desses pescadores para devolver esse dinheiro caso a fase de instrução indicar que não houve o dano na extensão alegada; tudo indica que não haverá condições de devolução dos recursos, em caso de insucesso, porque o fundamento do pedido de antecipação é a necessidade.

Ademais, recorde julgamento ocorrido no ano passado nesta Turma, em que foi executada uma sentença de mérito provisoriamente e na hora de julgar o recurso especial, no momento da discussão sobre o valor da condenação por danos morais, foi ponderado pelos advogados dos pescadores que o dinheiro já havia sido recebido e que não havia como devolver. Então, acho que o caráter satisfativo à experiência prática tem mostrado ser irreversível.