

BREVE REFLEXÃO EM TORNO DO DISPOSTO NO § 5º DO ARTIGO 11, DA LEI 11.442/2007.

Sumário. 1 – Considerações introdutórias; 2 – Sobre o direito de retenção – aspectos civis e penais; 3 – Conclusão.

I – Considerações introdutórias

Nossa breve reflexão se fará em torno do § 5º da lei 11.442/2007, que regula o transporte rodoviário de bens, e que possui a seguinte redação:

“ Atendidas as exigências deste artigo, **o prazo máximo para carga e descarga** do veículo de Transporte Rodoviário de Cargas **será de 5 (cinco) horas, contadas da chegada do veículo ao endereço de destino**; após este período será devido ao TAC ou à ETC o valor de R\$1,00 (um real) por tonelada/hora ou fração.”

O texto indica que o legislador procurou resolver um problema antigo, objeto de reivindicação dos transportadores, ao estabelecer um **critério de compensação** para o excesso de tempo que o motorista fique aguardando para carregar ou descarregar mercadorias.

Esta previsão legal contribuirá para que muitos embarcadores façam investimentos para melhorar sua capacidade de maximizar o processo de carga e descarga, evitando que os motoristas passem pela incômoda situação de ficar parados, longe de suas famílias, em locais que, na maioria das vezes, não possuem condições razoáveis de sobrevivência, e além disso, sofrendo prejuízos, na medida em que a paralisação os priva de realizar outros trabalhos e de auferir rendimentos.

Se por um lado, esta previsão legal foi muito louvável, por outro lado, a forma com que vem sendo **interpretada e implementada**, tem causado sérios problemas. Temos notícias de que alguns transportadores autônomos (TAC), instigados pelos Sindicatos, têm **condicionado** a entrega das cargas ao **imediato pagamento** do frete e das horas excedentes à 5ª hora de atraso.

Estaria este procedimento (retenção da carga) autorizado ou admitido pela lei? Sendo negativa a resposta, qual seria a forma adequada de exercer o direito nela previsto? Em que circunstâncias estariam o transportador autônomo (TAC) ou a empresa de

transportes de carga (ETC) autorizados a reter a mercadoria como forma de forçar o pagamento?

II – Sobre o direito de retenção – aspectos civis e penais

Condicionar a entrega de um bem ou retê-lo para forçar o pagamento é conhecido no mundo jurídico como “**direito de retenção**”.

A obra de Arnaldo Medeiros “**Teoria Geral do Direito de Retenção**”, apesar de publicada em 1934, permanece sendo o estudo mais profundo sobre o tema publicado no Brasil. O conceito oferecido pelo referido autor é “*a faculdade assegurada ao credor, independente de qualquer convenção, de continuar a deter a coisa de outrem devida até ser satisfeita, ou ficar extinta, uma obrigação existente para com ele*¹.”

Deste conceito surge a indagação: - Será que tal *faculdade está assegurada* em lei ao credor (no caso do TAC ou a ETC) ?

A resposta é visivelmente negativa, pois nem a lei especial, nem a lei geral contém tal previsão. Não está dito na lei nº 11.441/2007, que o TAC ou ETC tenham “**direito de retenção**” sobre as mercadorias transportadas.

O Código Civil, como lei geral, somente concedeu o “**direito de retenção**” no transporte de passageiros/pessoas e não no transporte de **coisas**, *ex vi* do artigo 742 do Código Civil:

*“ O transportador, uma vez executado o transporte, tem **direito de retenção** sobre a bagagem de passageiro e outros objetos pessoais deste, para garantir-se do pagamento do valor da passagem que não tiver sido feito no início ou durante o percurso.”*

Sendo assim, qual seria então o fundamento legal a justificar atitude tão drástica, de privar o destinatário da carga, retendo-a, até que se antecipe² ou realize o pagamento?

Há quem defenda a existência do direito de retenção no transporte de carga, com fulcro no artigo 2º do Decreto nº 19.473 de 10 de dezembro de 1.930, segundo o qual “*A falta de pagamento de frete e despesas autoriza a retenção da mercadoria, à conta e risco de quem pertencer.*” No entanto, tal invocação não se sustenta, a começar por sua expressa revogação por Decreto Presidencial s/nº de 25/04/1991, conforme consta no site da própria Casa Civil (www.planalto.org.br).

Ainda que não houvesse revogação **expressa**, haveria com certeza revogação **tácita**, pois o tema regrado foi tratado em normas **posteriores**, sobretudo pela lei nº

¹ - Obra citada, p. 100/101

² - Via de regra o pagamento do frete é realizado em duas etapas. Parte no carregamento da mercadoria e o restante na entrega, vale dizer que a entrega é a condição para fazer nascer o direito ao recebimento.

11.442/2007, e segundo abalizada doutrina³ as regras fundamentais para solução de antinomias oferecem três critérios: o cronológico, o hierárquico e da especialidade. O critério cronológico, chamado também de *lex posterior*, é aquele com base no qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a norma posterior: *lex posterior derogat priori*.

Ainda que tal norma, só para argumentar, admitisse a retenção, não se poderia dela extrair interpretação ampliativa para abranger **compensações ou indenizações**. O texto é claro e fala no pagamento do **frete e despesas**, abrangendo, a toda evidência, o reembolso de despesas **inerentes à conservação da coisa transportada**, comprováveis por simples recibo de pagamento.

O Código Civil em seus 2.046 artigos previu o direito de retenção em apenas **três situações**: *a primeira* no artigo 664, em favor do **mandatário**, para assegurar o reembolso de despesas com a conservação da coisa, *a segunda*, no artigo 708 em favor do **comissário**, com idêntica finalidade, e *a terceira*, no artigo 742, como vimos acima, em favor do **transportador de passageiros**. Isto já demonstra que a retenção é uma **exceção à regra**, segundo a qual **ninguém pode fazer justiça com as próprias mãos**, senão quando a lei o autorize, cabendo apenas e tão somente ao Poder Judiciário, decidir as controvérsias, impor e fazer cumprir suas decisões.

Arnoldo Medeiros analisa com argúcia a *exemptio non adimpletis contractus* (exceção de contrato não cumprido, prevista no artigo 1.092 do CC/16) ao lado das demais previsões que de modo direto ou indireto poderiam ser equiparadas ao direito de retenção. Esta hipótese não se presta ao nosso estudo, uma vez que o direito do transportador ao recebimento do frete somente nasce com a conclusão do contrato de transporte, que se dá com a entrega da coisa no destino final. Ora, se a mercadoria é entregue, não há mais falar-se no direito de retenção. Esta norma só teria cabimento em situações excepcionalíssimas, em que o TAC ou ETC, por exemplo, viessem a descobrir que o contratante (embarcador) tornou-se insolvente no curso da viagem.

Isto porque não se pode confundir o **direito material** (direito à prestação, à saúde, a liberdade de expressão, propriedade, etc.) em si mesmo considerado, com o **direito processual** que trata do modo como os direitos são exercidos, isto é dos **meios de exercê-lo**. A lei penal proíbe a defesa ou o exercício de um direito material fora das hipóteses previstas em lei ou o “**exercício arbitrário das próprias razões**” definindo como crime a seguinte conduta:

“ Art. 345 – Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permita.”

Para Celso Delmanto *et alli*⁴ o delito de exercício arbitrário das próprias razões “ *tem por pressuposto uma presunção ligada a um direito que o agente tem ou julga ter* , e

³ - Norberto Bobbio, *in* Teoria do ordenamento jurídico, tradução de Ari Marcelo Solon, edipro, p. 96, Maria Helena Diniz, *in* Lei de Introdução ao Código Civil interpretada, Saraiva, 7ª edição, p. 70

⁴ - Código Penal Comentado, Renovar, 7ª edição, p. 885

para cuja satisfação ou defesa possa ser invocada a intervenção da justiça, a qual não é efetuada (RT 723/608).”

No campo civil, existem várias decisões judiciais repudiando o agir arbitrário, de quem utiliza-se de **meios inadequados** para exercer seus direitos. Sua aplicação mais freqüente tem sido vista nas relações locatícias⁵.

A partir do momento em que o Estado passou a ter o monopólio da distribuição da Justiça, concedendo-se privativamente a jurisdição, caracterizada como a capacidade de decidir imperativamente e de impor suas decisões, assumiu ele a responsabilidade de prover a pacificação social (...)” não pode admitir que o particular o faça, sob pena de subverter completamente o sistema, instaurando-se a insegurança, o caos.

Por isto é que, para Nelson Hungria: “ Se alguém tem ou supõe ter um direito contra outrem e este não o reconhece ou se nega a cumprir a obrigação correlata, **não pode arvorar-se em juiz, decidindo unilateralmente a questão a seu favor e tomando, por suas próprias mãos, aquilo que pretende ser-lhe devido**, ao invés de recorrer a autoridade judicial, a quem a lei atribui a função de resolver os dissídios privados. De outro modo, estaria implantada a indisciplina na vida social, pois já não haveria obrigatoriedade do apelo à justiça que o Estado administra.” (Comentários ao Código Penal, Forense, 2ª edição, p. 492).

Os direitos devem ser exercidos da forma prevista no ordenamento jurídico. Nem mesmo o Poder Público, a pretexto de receber impostos pode agir à margem da previsão legal, havendo reiterados pronunciamentos a respeito da ilegalidade de tais condutas, que se cristalizaram nas súmulas 323 e 547 do Supremo Tribunal Federal:

“ 323 – É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.

⁵ - DESPEJO C/C COBRANÇA DE ALUGUÉIS – RECONVENÇÃO – DANOS MATERIAIS E MORAIS – PAGAMENTO DO IPTU E TAXAS CONDOMINIAIS – RESPONSABILIDADE DO LOCATÁRIO – **EXERCÍCIO ARBITRÁRIO DAS PRÓPRIAS RAZÕES – DANO MORAL CONFIGURADO** – REDUÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO – PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO DO AUTOR. Havendo contrato locatício, não há óbice para que a responsabilidade pelo pagamento dos impostos e taxas incidentes sobre o imóvel seja atribuída ao locatário, consistindo em obrigação acessória ao contrato de locação. **Ao locador não assiste o direito de trocar as fechaduras do imóvel objeto de locação à revelia do locatário, mas sim ajuizar ação de despejo, pois não se afigura lícito o exercício arbitrário das próprias razões.** TJDF, Apel. Cível n.o 20070111123669, 1ª Turma, Dês. Lécio Resende, DJ. E ainda: LOCAÇÃO DE IMÓVEIS - RESPPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - ATO DA MUNICIPALIDADE QUE DETERMINOU O FECHAMENTO DO COMÉRCIO - **INTERRUPÇÃO DO FORNECIMENTO DE ÁGUA E ENERGIA ELÉTRICA - ATO IMPUTADO AO LOCADOR - EXERCÍCIO ARBITRÁRIO DAS PRÓRIAS RAZÕES** - PROVA INSATISFATÓRIA – DANOS MATERIAIS E MORAIS NÃO CONFIGURADOS - AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE - SENTENÇA CONFIRMADA. TJSP, Apelação nº 0075130-21.2008.8.26.0000, 30ª Câmara, Des. Edgar Rosa, j. 24/08/2011.

⁶ - Trecho do voto do Des. Newton de Lucca no Agravo de Instrumento nº 96.03.047.752-4-SP, 2.a Turma, j. 17.12.96, Bol. AASP 2016.

547 – Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilha, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.”

Como acabamos de ver a **retenção** de mercadorias como instrumento de pressão para forçar o **pagamento imediato** de estadias, não está autorizado pelo ordenamento jurídico brasileiro, que ao revés, considera tal proceder como **ilícito penal**, por atentar contra a administração da justiça, tendo como sujeito passivo não só a pessoa prejudicada, mas o próprio Estado (Delmanto, *ibidem*, p. 884). Além disto, a apuração da extensão dos danos é **questão de fato** necessária para definição do **momento inicial e final** das horas cujo pagamento se pretende imputar à parte contrária. Tudo isto depende de **análise de fatos e provas** que deve ser feito fora do contexto de pressão que a retenção de mercadorias cria.

Para evitar um problema de insegurança probatória a respeito do tempo de paralisação, o ideal seria que as empresas embarcadoras ou destinatárias da mercadoria fossem obrigadas a fornecer um **comprovante de chegada** do veículo, com indicação do horário inicial. Não sendo regra o fornecimento de tais comprovantes, surge uma maior dificuldade probatória, já que a prova exclusivamente testemunhal em nosso sistema jurídico possui certas restrições (artigo 401 do CPC).

Eis aí, mais uma razão pela qual o TAC ou a ECT não poderá arvorar-se em **definidor do período indenizável** se a parte contrária divergir, pois isto dependerá do exame de fatos e provas, a ser feito judicialmente, sob o crivo do contraditório.

A lei civil também proíbe que as partes insiram em seus contratos cláusulas que sujeitem uma ao puro arbítrio da outra (artigo 122 do CC, parte final), o que mais uma vez reforça a idéia que as partes devem estar em situação de **igualdade** nas suas relações e não em relação de **sujeição**.

Por outro lado, é possível também que existam **causas eximentes** da responsabilidade do embarcador ou destinatário, que além de ser **questão de direito**⁷ é também **questão de fato**.

Poderão existir situações que justifiquem a demora na carga ou descarga, sem que o TAC ou a ECT tenham direito a compensação prevista na lei 11.441/2007. Basta imaginar, por exemplo, a ocorrência de uma **inundação**, que venha a alagar o pátio do embarcador. Estaria ele obrigada a indenizar o TAC pelas horas paradas mesmo diante de caso de **caso fortuito ou força maior**?

Novamente estaremos diante de **questão de fato** a ser apreciada judicialmente, pois no exemplo acima (inundação) tanto é possível o reconhecimento de **caso fortuito**, quanto é possível ao juiz afastá-la, se constatar que as consequências do fato seriam evitáveis

⁷ - O artigo 393 do CC prevê a eximente de responsabilidade do devedor diante dos **casos fortuitos ou de força maior**, ao passo que o artigo 396 do Código Civil também prevê que não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora.

mediante cautelas por parte do embarcador ou destinatário, por deixar de tomar medidas de contenção dos impactos de uma inundação.

O ordenamento jurídico é um sistema que clama por harmonia entre todos os seus ramos, de modo que, sendo uma conduta ilícita no Direito Penal, que é mais grave, também, a *fortiori*, haverá de ser também ilícita no Direito Civil. Assim é que o artigo 187 do Código Civil também **repele o exercício abusivo do direito**, considerá-lo como **ato ilícito**:

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

O Código Civil somente outorgou o **direito de retenção de bagagem** no transporte de **passageiros** e não o fez para o transporte de **coisas**. Isto porque no transporte de **coisas**, o pagamento do preço (frete) se dá quase sempre **depois da execução do serviço**, sendo comum as partes firmarem contrato contendo amplas informações uma da outra, de modo que, se necessário, poderão exercer eventuais direitos sem o uso de instrumento tão agressivo quanto a **retenção** de coisas alheias.

Cláudio Luiz Bueno de Godoy⁸ comenta que “ *tanto no penhor legal que tem o hospedeiro sobre a bagagem do hóspede, ou mesmo o do fornecedor de alimento sobre bens do freguês, a ideia do legislador foi garantir de forma especial o pagamento à consideração de que geralmente é desconhecido o usuário do serviço.*”

No transporte de cargas, as empresas remetentes (embarcadoras ou destinatárias) são na maioria das vezes empresas que possuem sede em local conhecido e que jamais fugirão de suas responsabilidades, não justificando, mais uma vez, o uso de medidas tão drásticas, que podem paralisar a produção de uma fábrica ou interromper a construção de um empreendimento, gerando prejuízos vultosos.

O já citado Cláudio Luiz Bueno de Godoy também esclarece que o exercício de tal direito estaria limitado apenas ao recebimento do preço *e não de eventuais danos que o passageiro tenha provocado*.

III – Conclusão

Assim, sem prejuízo de um maior aprofundamento do assunto, entendemos que se o TAC ou a ETC **retiverem** a mercadoria transportada com o fim de pressionar o pagamento de **compensação por atrasos ou estadias**, estarão praticando, em tese, o **crime de exercício arbitrário das próprias razões** previsto no artigo 345 do Código Penal, sujeitando-se também, a partir daí, a responder pelos danos oriundos do atraso na

⁸ - Código Civil Comentado por diversos autores, coord. Cesar Peluzo, Ed. Manole, p. 700

entrega da mercadoria, uma vez que tal conduta ilícita faz com que o seu responsável responda pelas perdas e danos, a partir do momento que perpetrou tal conduta.

Bibliografia consultada nesta pesquisa.

Bobbio, Norberto – Teoria do ordenamento jurídico, tradução de Ari Marcelo Solon, edipro, 2011

Delmanto, Celso e outros – Código Penal Comentado, Renovar, 7ª edição

Diniz, Maria Helena - Lei de Introdução ao Código Civil interpretada, Saraiva, 7ª edição

Godoy, Cláudio Luiz Bueno de – Código Civil interpretado, diversos autores, coordenado por Cezar Peluso, Manole, 2ª edição

Hungria, Nelson - Comentários ao Código Penal, Forense, 2ª edição

Medeiros, Arnaldo – Teoria Geral do Direito de Retenção, 1934