

Revista de Direito da ADVOCEF

*Associação Nacional dos Advogados
da Caixa Econômica Federal*

RDA | Ano V | N° 10 | 320p | Mai 10



ADVOCEF

Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal

Rua Siqueira Campos, 940/201 - Porto Alegre - RS

Telefones: (51) 3286-5366 - 0800-6478899

www.advocef.org.br

revista@advocef.org.br

Revista de Direito da ADVOCEF. Porto Alegre, ADVOCEF, v.1, n.10, 2010

Semestral

ISSN: 1808-5822

1. Advogado. 2. Direito. 3. Legislação. 4. Banco. I. Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal. II. Título.

343.03

343.8103

Capa: *Marcelo Torrecillas*

Editoração Eletrônica: *José Roberto Vazquez Elmo*

Revisão: *Simone Diefenbach Borges*

Tiragem: 2.000 exemplares

Periodicidade: *semestral*

Impressão: *Gráfica Editora Pallotti*

Solicita-se Permuta

DIRETORIA EXECUTIVA DA ADVOCEF

Presidente

Davi Duarte (Porto Alegre)

Vice-Presidente

Bruno Vicente Becker Vanuzzi (Porto Alegre)

1º Tesoureiro

Fernando da Silva Abs da Cruz (Novo Hamburgo)

2º Tesoureiro

Mariano Moreira Júnior (Florianópolis)

1º Secretário

Ricardo Gonçalez Tavares (Porto Alegre)

2º Secretário

José Carlos Pinotti Filho (Londrina)

Diretor de Articulação

Carlos Alberto R. de Castro Silva (Recife)

Diretor de Comunicação

Roberto Maia (Porto Alegre)

Diretor de Honorários

Marcelo Quevedo do Amaral (Porto Alegre)

Diretor de Negociação

Anna Claudia de Vasconcellos (Florianópolis)

Diretor de Prerrogativas

Júlio Vítor Greve (Brasília)

CONSELHO EXECUTIVO DA REVISTA

Altair Rodrigues de Paula

Patrícia Raquel Caires Jost Guadanhim

Roberto Maia

CONSELHO EDITORIAL DA REVISTA

Alaim Giovani Fortes Stefanello

Doutorando em Direito Socioambiental pela PUC/PR. Mestre em Direito Ambiental pela UEA/AM. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela FADIVALE/MG.

Davi Duarte

Especialista em Direito Público pelo Centro de Estudos Fortium/ Faculdade Projeção/DF

Fabiano Jantalia Barbosa

Professor de Direito Econômico do Instituto Brasiliense de Direito Público/DF e do Instituto de Educação Superior de Brasília

João Pedro Silvestrin

Pós-graduado em Direito e Economia e da Empresa pela Fundação Getúlio Vargas e Especialista em Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e Direito Previdenciário - UNISC

CONSELHO DELIBERATIVO

Membros Efetivos

Henrique Chagas (Presidente Prudente)

Laert Nascimento Araújo (Aracaju)

Marcelo Dutra Victor (Belo Horizonte)

Patrícia Raquel Caires Jost Guadanhim (Londrina)

Renato Luiz Harmi Hino (Curitiba)

Membros Suplentes

Arcinélio de Azevedo Caldas (Campos dos Goytacazes)

Daniele Cristina Alaniz Macedo (São Paulo)

Maria Eliza Nogueira da Silva (Brasília)

CONSELHO FISCAL

Membros Efetivos

Alfredo Ambrósio Neto (Goiânia)

Liana Cunha Mousinho Coelho (Belém)

Rogério Rubim de Miranda Magalhães (Belo Horizonte)

Membros Suplentes

Fábio Romero de Souza Rangel (João Pessoa)

Sandro Cordeiro Lopes (Rio de Janeiro)

ISUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
MENSAGEM	9
PARTE 1 – ARTIGOS	
Habermas e direito autoral: entre a faticidade e a validade da Lei nº 9.610/98	
<i>Ciro de Lopes e Barbuda</i>	13
O afastamento da responsabilidade subsidiária da Administração Pública: o enfrentamento do Enunciado nº 331, item IV, do TST diante da Lei nº 8.666/93 e da Constituição Federal de 1988	
<i>André Luis Meireles Justi e Arquimedes Bucar Lages</i>	43
O perfil constitucional dos partidos políticos no Brasil	
<i>Bruno Queiroz Oliveira</i>	61
A modulação dos efeitos temporais no controle difuso de constitucionalidade	
<i>Luís Fernando Barbosa Pasquini</i>	79
Princípio do devido processo legal e sua aplicabilidade horizontal	
<i>Vinicius Cardona Franca</i>	109
Da aplicação dos precedentes jurisprudenciais	
<i>Ricardo Tavares Baraviera</i>	135
O abuso processual	
<i>Wilson de Souza Malcher</i>	149
Considerações acerca da ação rescisória com fundamento na violação à literal disposição de lei	
<i>Eduardo Henrique Videres de Albuquerque</i>	169
A fraude à execução após o advento da Lei nº 11.382/2006	
<i>Marcelo Quevedo do Amaral</i>	189

Procedimento de retificação extrajudicial – Artigos 212 e 213 da Lei nº 6.015/73	
<i>Luciana Buksztejn Gomes</i>	203
Os fundamentos econômicos e jurídicos justificadores da existência do instituto do <i>tag along</i> no direito societário brasileiro	
<i>Marcelo Augusto Mezacasa</i>	227

PARTE 2 – JURISPRUDÊNCIA

Superior Tribunal de Justiça	
<i>Ação civil pública. Eficácia. Limites. Jurisdição do Órgão prolator.....</i>	255
Superior Tribunal de Justiça	
<i>Recurso Repetitivo. Ação Coletiva. Macro-lide. Correção de saldos de cadernetas de poupança. Sustação de andamento de ações individuais. Possibilidade.....</i>	259
Superior Tribunal de Justiça	
<i>FGTS. Débitos relativos ao não-recolhimento. Embargos à execução fiscal. Correção monetária. TR. Incidência. Art. 543-C, do CPC</i>	267
Superior Tribunal de Justiça	
<i>Cédula de Crédito Bancário. Título com eficácia executiva. Súmula nº 233/STJ. Inaplicabilidade</i>	275
Superior Tribunal de Justiça	
<i>Loteria federal. Bilhete. Título ao portador</i>	287
Tribunal Regional Federal da 4ª Região	
<i>Usucapião especial urbana. Imóvel financiado pelo SFH. Impossibilidade</i>	309
Tribunal Regional Federal da 4ª Região	
<i>Honorários Advocatícios. Execução. Dissolução irregular da sociedade. Redirecionamento aos sócios.....</i>	313

APRESENTAÇÃO

Gestada inicialmente a partir de uma visão mais interna e corporativa, a Revista de Direito da ADVOCEF vem ocupando espaços crescentes, na divulgação da produção acadêmica e científica dos autores publicados.

Seu compromisso essencial de divulgar a produção intelectual dos advogados da Caixa Econômica Federal está incólume.

Tal premissa, no entanto, não pretende transformar a publicação em veículo difusor apenas de teses da empresa, mas propõe-se a trazer também ao debate as opiniões contrárias àquelas defendidas no labor cotidiano.

Isso porque a Associação editora acredita na multiplicidade de argumentações, na diversidade dos fundamentos e na riqueza que tais debates podem trazer ao crescimento intelectual de todos os Operadores do Direito.

Ampliando o universo de temas publicados, a Revista vem conferindo participação de artigos sobre temas não ligados exclusivamente ao direito bancário.

Tal viés amplia o universo de potenciais leitores, consultentes e colaboradores, proporcionando avanço na busca permanente de sua confirmação, enquanto importante veículo difusor da cultura jurídica.

Nesse caminho de sucesso, a publicação está inserida também no mundo da internet. Disponível no site oficial da entidade (www.advocef.org.br), possibilita a consulta às edições já publicadas, ampliando sua visibilidade e o acesso ao seu conteúdo pelos meios alternativos mais atualizados.

Ao completar seu primeiro quinquênio, a Revista de Direito da ADVOCEF saúda os profissionais que acreditaram no projeto de sua criação e investem permanentemente no seu aprimoramento e consolidação como eficaz instrumento em favor da democracia científica e cultural.

Diretoria Executiva da Advocef



MENSAGEM

Justiça e responsabilidade

A 13 de maio de 1888 foi decretada no Brasil, oficialmente, a libertação dos escravos. Desde então, a igualdade de direitos passou a ser buscada como um bem de relevante importância. Cuidar-se de valor humano muito idealizado mas de difícil concretização.

O poder, com aperfeiçoamentos constantes, sutis formas de exercício, inclusive com domínio sobre áreas do conhecimento, mantém a escravidão.

Quando o interesse econômico supera o ideal; o egoísmo, a solidariedade; a guerra, as propostas de paz; o caos, a ordem; o mal, o bem; o homem se torna pequeno, limitado, sem esperança, cativo. Mas não podem ser esquecidas as conquistas calcadas no mérito, na justiça do esforço adicional, no uso racional e inteligente de meios para chegar ao êxito.

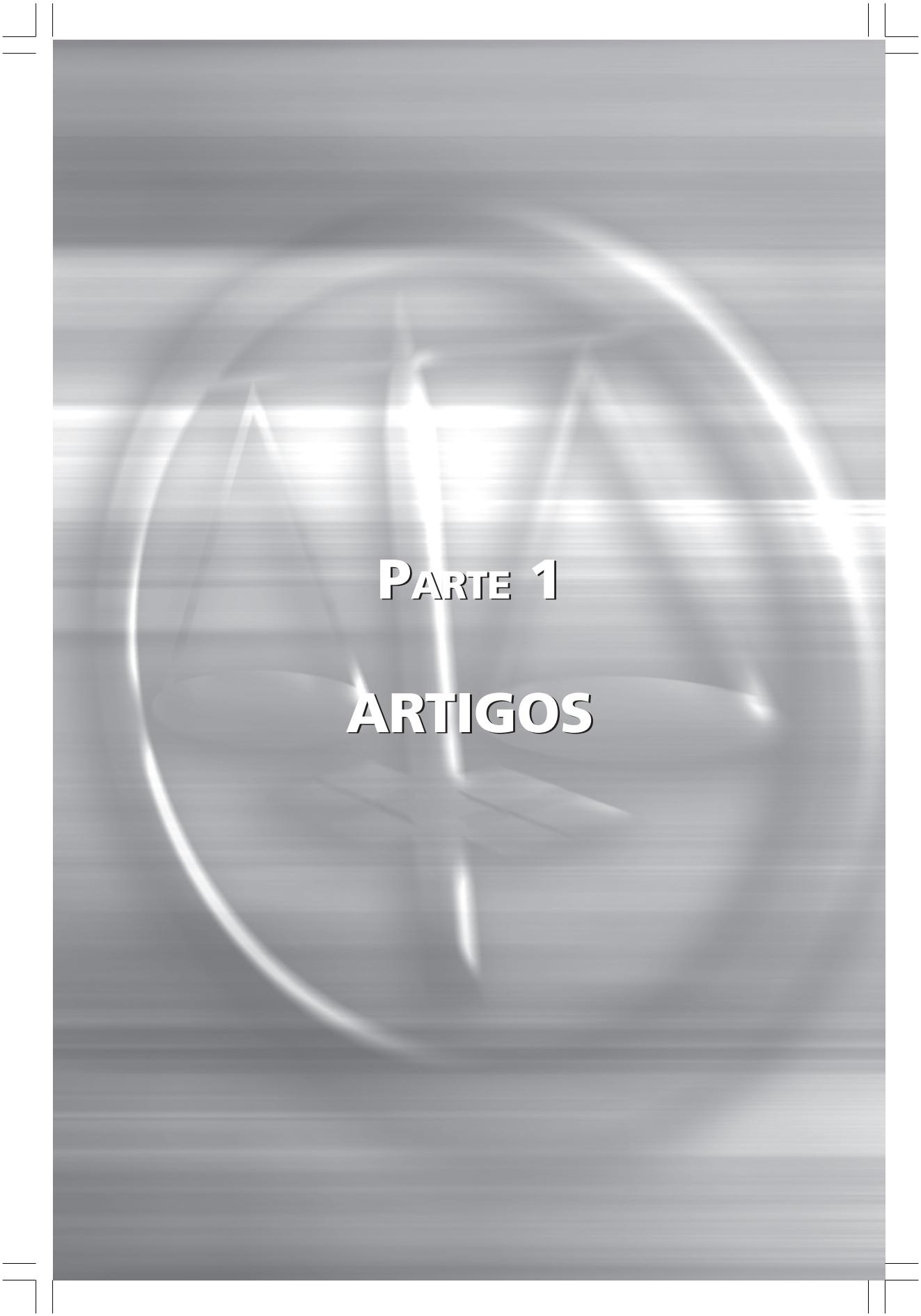
Todavia, a liberdade clama por complementos em profusão: responsabilidade, conduta devida, reta intenção. Sobretudo, simplicidade no agir, coragem ao decidir e persistência no caminho do bem.

O exercício de atos de cidadania, o voto e, principalmente, a ativa e positiva participação política representam sementes eficazes para alterar o quadro de limitação imposto pelo poder desprovido de autoridade.

Porto Alegre, 13 de maio de 2010.

**Davi Duarte
Presidente da ADVOCEF**





A grayscale abstract background featuring a central bright light source. From this center, several thin, bright, curved lines radiate outwards, creating a sunburst or lens flare effect. These lines are surrounded by a series of concentric, semi-transparent circles that appear to be glowing from within. The overall effect is one of motion, energy, or a celestial event.

PARTE 1

ARTIGOS



Habermas e direito autoral: entre a faticidade e a validade da Lei nº 9.610/98

Ciro de Lopes e Barbuda

Advogado da CAIXA na Bahia

Mestrando em Direito Privado e Econômico pela
Universidade Federal da Bahia

RESUMO

O presente artigo pretende projetar a Teoria do Agir Comunicativo, desenvolvida por Jürgen Habermas, sobre o problema da ineficácia do direito autoral brasileiro, intensificado com a proliferação dos novos meios de comunicação e do paradigma emergente de uma sociedade da informação. Para tanto, examinam-se, preambularmente, a história do direito autoral mundial e suas correntes teóricas, bem como as evidências da total inefetividade da tutela jurídica conferida pela vigente Lei nº 9.610/98. Em seguida, apreciam-se as bases da teoria discursiva habermasiana e seus prós e contras. Dessa forma, são apresentados, respectivamente, o atual “diagnóstico” da doença que acomete o ordenamento autoralista brasileiro e o possível “remédio” hermenêutico de tal disfunção. No projeto de emancipação do indivíduo, através de ações comunicativas visando à obtenção do consenso racional, reside, quiçá, uma boa solução para a reconstrução do direito autoral, mediante a revisão democrática de suas próprias premissas.

Palavras-chave: Direito autoral. Lei nº 9.610/98. Ineficácia. Conflito entre faticidade e validade. Efetivação da tutela jurídica. Jürgen Habermas. Teoria do Agir Comunicativo. Ação Comunicativa. Consenso.

RESUMÉ

Cette monographie souhaite faire une projection de la Théorie de l'Agir Communicationnel, développée par Jürgen Habermas, sur le problème de l'inefficacité du droit d'auteur brésilien, aggravé à cause de la prolifération des nouveaux médias et du nouveau paradigme d'une société de l'information. Pour ce, sont examinées, préambulement, l'histoire du droit d'auteur du monde entier et leur doctrines théoriques, ainsi que les évidences de l'inefficacité totale de la protection juridique conférée par la Loi n ° 9.610/98 en vigueur. Ensuite, sont évalués les fondements

de la théorie du discours de Habermas et ses avantages et ses inconvénients. Ainsi, sont présentés, respectivement, le "diagnostic" actuel de la maladie qui affecte le droit d'auteur brésilien et le possible "médicament" herméneutique pour ce dysfonctionnement. Dans le projet d'émancipation de la personne, à travers des actions communicationnelles visant à l'obtention d'un consensus rationnel, réside, peut-être, une bonne solution pour la reconstruction du droit d'auteur, par la révision démocratique de leurs propres prémisses.

Mots-clés: Droit d'auteur. Loi n° 9.610/98. Inefficacité. Conflit entre la faticité et la validité. Efficacité de la protection juridique. Jürgen Habermas. Théorie de l'agir communicationnel. Actions communicationnelles. Consensus.

Introdução

A presente monografia visa a projetar a Teoria do Agir Comunicativo, da lavra do jusfilósofo da Escola de Frankfurt, Jürgen Habermas, sobre o regramento jurídico do direito autoral, atualmente vigente no Brasil, que não obteve efetividade perante a realidade social brasileira.

Propõe-se, portanto, a aplicação das teorias discursivas habermasianas como uma maneira de aliviar a tensão entre faticidade e validade no campo do direito autoral, através do consenso e de uma postura crítica e emancipatória dos destinatários das regras autorais, de maneira a conferir eficácia à tutela jurídica dos direitos do autor.

Assim, no primeiro capítulo, traçar-se-á um breve histórico da consolidação do direito autoral como um ramo autônomo do direito, bem como do surgimento dos sistemas de proteção aos direitos do autor. Identificar-se-ão os pontos críticos do ordenamento autoralista pátrio, advindo da Lei n° 9.610/98, cuja falta de efetividade, facilmente verificada no bojo social, agravou-se com a emergência da sociedade da informação e dos novos meios de comunicação, sobretudo a internet.

No capítulo subsequente, serão traçadas as linhas gerais da Teoria da Ação Comunicativa de Habermas. Apresentados seus conceitos e elementos, proceder-se-á a uma análise do principal desenvolvimento teórico dessa teoria discursiva, fortemente marcada pelo racionalismo crítico, proceduralismo, consensualismo e emancipacionismo.

O terceiro capítulo, que contém o núcleo da presente investigação, registra uma tentativa hermenêutica de aplicar a Teoria da Ação Comunicativa sobre a questão do desequilíbrio entre teoria e *praxis* jurídica – ou, como preferiria Habermas, entre a validade e a

faticidade – em matéria de direito autoral brasileiro, com o escopo de oferecer uma saída filosófica e argumentativa para esse problema.

À guisa de conclusão, serão passadas em revista as ideias fulcrais deste estudo, com a nossa impressão final do tema abordado.

1 Escorço histórico do direito autoral e análise do problema contemporâneo de sua falta de efetividade

1.1 Breve histórico do direito autoral e da consolidação dos modelos autoralistas em voga

É com a invenção da imprensa, no século XV, atribuída ao tipógrafo alemão Johannes Gutenberg (1399-1468), que a informação começou a circular de maneira mais livre, visto que, até então, os livros eram, em geral, artesanalmente manuscritos, o que demandava maior tempo de confecção e alto custo de produção. Com o advento da impressão, emerge a questão da proteção dos direitos autorais, pois, somente a partir daí, ganha contorno o conceito de cópia ilícita (contrafação).

Dessa forma, o direito autoral, desde seu embrião, já revelara a tônica que mantém até hoje: a de um mecanismo de controle do avanço ilimitado da informação, através da prescrição de uma série de restrições à utilização da obra do intelecto humano como uma forma de garantecer os direitos patrimoniais e morais de seus criadores.

Além dessa justificativa objetiva, de fundo moral e econômico, há quem enxergue, como Silveira, uma justificativa subjetiva, de fundo metafísico, para a razão de ser do direito autoral:

Fundamentalmente, o trabalho criativo é de um só tipo, seja no campo das idéias abstratas, das invenções ou das obras artísticas. O que se protege é o fruto dessa atividade, quando esta resulta numa obra intelectual, ou seja, uma forma com unidade suficiente para ser reconhecida como ela mesma. O fundamento do direito sobre tais obras se explica pela própria origem da obra, do indivíduo para o mundo exterior. A obra lhe pertence originalmente pelo próprio processo de criação; só a ele compete decidir revelá-la pondo-a no mundo, e esse fato não destrói a ligação original entre obra e autor.¹

É preciso ter em conta, porém, que, originalmente, não foi o autor da obra artística, literária ou científica que ditou as normas de proteção de seus direitos:

¹ SILVEIRA, Newton. **A propriedade intelectual e as novas leis autorais:** propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 15.

Desde 1557, a Inglaterra dispunha de uma regulamentação da imprensa, atribuindo uma prerrogativa real (um direito exclusivo e perpétuo) a um grupo de comerciantes do ramo editorial (*Company of Stationers of London*). É importante observar que os autores não eram os detentores desse direito, que, tanto na teoria como na prática, era apenas dos editores, visto apenas como um mecanismo para proteger o investimento feito. Além do interesse econômico dos editores, é preciso ressaltar o interesse político da Coroa, pois a concessão de amplos poderes à *Company of Stationers of London* lhe permitia atuar como uma espécie de polícia da imprensa, fiscalizando e impedindo edições piratas, mas também exercendo uma censura prévia a toda informação difundida no reino. Vemos assim que a origem do *copyright* está intimamente associada à censura, pois juntamente com a invenção da imprensa surgiu a necessidade de se controlar a difusão das obras, impedindo a sedição e a heresia.²

Em 1709, o Parlamento britânico editou o *Statute of Anne*, que pôs fim ao monopólio perpétuo dos editores sobre a impressão das criações intelectuais, conferindo o *copyright* (direito de cópia) aos autores por certo período. Nada obstante, os editores recorreram aos Tribunais e conseguiram obter o *common law copyright*, que, embora reconhecesse a perpetuidade do direito natural do autor, admitia a sua cessão à indústria editorial.

Alves acrescenta ainda:

A história francesa também não é diferente da inglesa no essencial. Na França, até a Revolução, havia um grupo de editores parisienses que gozavam dos privilégios reais, permitindo o exercício do monopólio na área e a censura prévia (semelhante ao que ocorria na Inglaterra). Os autores, que dependiam de algum patrocínio real ou de um aristocrata, não gozavam de qualquer direito, seja porque, segundo o pensamento medieval, as idéias eram uma graça de Deus e não uma propriedade do autor, seja porque o representante de Deus na Terra era o rei, a quem cabia o exclusivo direito de dizer o que deve ser publicado, por quem, e por quanto tempo. Antes mesmo da Revolução, em 1777, a Coroa cedeu ao espírito da época (individualista e privatista) e reconheceu pela primeira vez o autor como detentor de direito, concedendo, ao lado dos *privilèges en librairie*, os *privilèges d'auteur*.

² ALVES, Marco Antônio Sousa. Genealogia e crítica do direito autoral: colocando em questão o autor e as formas de fomento e proteção das criações intelectuais. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2008, Brasília. *Anais eletrônicos...* Brasília: CONPEDI, 2008. p. 6452-6468. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus///arquivos/anais/brasilia/09_711.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2009, p. 6457-6458.

[...]. Nessa época, os debates sobre o tema estavam na ordem do dia, com importantes intervenções de Diderot (que em 1763 publicou a *Lettre sur le commerce des livres*, defendendo a legitimidade da propriedade do autor sobre sua obra como um direito inalienável e a mais natural das propriedades) e de Condorcet (que em 1776 publicou os *Fragments sur la liberté de La presse*, criticando a idéia individualista de que o autor é o proprietário natural de suas idéias, condenando a censura prévia e o monopólio comercial, e imaginando um mundo em que as idéias pudessem circular livremente).³

Em 19 de julho de 1793, é aprovada, na França, uma lei que concilia ambas as teses sobre o direito do autor, então em voga: a da inviolabilidade do direito do autor e a sua entrada em domínio público, após certo lapso de tempo.

A divisão, concebida pelo direito francês, entre o direito moral (imprescritível) e o direito patrimonial (prescritível) do autor é aprofundada na Convenção de Berna, tratado internacional celebrado na Suíça, em 1886, e sucessivamente completado em outras convenções⁴, que constitui união entre os países signatários para a tutela recíproca dos direitos autorais nele mencionados, garantindo a proteção das obras independentemente da formalização de seu registro, entre outros direitos.

É essa dicotomia histórica, entre o *droit d'auteur*, de origem francesa, e o *copyright*, de origem inglesa, que marcará os sistemas autoralistas vigentes no mundo até hoje. Enquanto o primeiro modelo privilegia os direitos da pessoa do autor, concedendo-lhe prerrogativas na condição de sujeito criador da obra, o segundo sistema centra-se na obra em si, regulando o seu direito de reprodução com a finalidade precípua de exploração de suas potencialidades econômicas.

O modelo francês foi o consagrado na Convenção de Berna, cujos países unionistas preocupam-se em garantir os direitos patrimoniais e morais do autor, ao passo que o modelo anglo-saxão, o *copyright*, exige registro prévio da obra para que o direito do autor seja reconhecido, numa feição muito mais mercadológica da proteção autoral, a qual foi formalizada na Convenção de Genebra de 1953, organizada pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO).

³ ALVES, 2008, p. 6459.

⁴ A Convenção de Berna para a proteção das obras literárias e artísticas, de 9 de setembro de 1886, foi completada em Paris, a 4 de maio de 1896; revista em Berlim, a 13 de novembro de 1908; completada em Berna, a 20 de março de 1914; revista em Roma, a 2 de junho de 1928; em Bruxelas, a 26 de junho de 1948; em Estocolmo, a 14 de julho de 1967; e em Paris, a 24 de julho de 1971.

Tal divisão ideológica das concepções de direitos autorais, contudo, não é absoluta no mundo hodierno, posto que a maioria dos países subscreveu a ambos os acordos internacionais e que ambos os modelos sofreram mitigações para adaptar-se às novas ideologias e tecnologias da humanidade. Nesse sentido, para Alves:

Cada vez mais os dois sistemas se confundem, sendo o *copyright* invadido pelo mito romântico e pelos argumentos do direito natural do autor, assim como o *droit d'auteur* passa a priorizar o direito dos investidores (como atesta a Diretiva Européia de 2001). Aliás, ao invés de ver nesses dois modelos algo de incompatível e excluente, não seria insensato afirmar que, embora estabeleçam certos conflitos, no fundo eles se complementam, o que deixa evidente a conexão íntima entre o discurso romântico do direito natural do gênio criador e o discurso econômico da apropriação proprietária das obras e da exploração das mesmas no mercado mediante a atribuição de um monopólio temporário cedido geralmente ao editor. O autor se torna proprietário de suas obras em nome de um suposto direito natural, e aqueles que exploram economicamente a arte e o conhecimento agradecem o monopólio que lhes é cedido, geralmente através de um contrato leonino.⁵

Os Estados Unidos, *exempli gratia*, maior exportador de produtos culturais (ou anticulturais, a depender do prisma sob o qual se enxergue a questão) do passado século XX, passou a reconhecer os direitos morais do autor, o que, numa perspectiva de mercado globalizante, não deixa de ser uma estratégia eficiente para, com um discurso pseudoético e moralizador, alavancar os interesses dos investidores da poderosa “indústria cultural”, numa paráfrase da nomenclatura celebremente atribuída por Edgar Morin.

Com a criação da OMC (Organização Mundial do Comércio), em 1994, foi celebrado o Acordo sobre Aspectos da Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (ADPIC ou, na sigla inglesa, TRIPS, Trade Related Aspects on Intellectual Property Rights), que, conforme relata Garzon:

[...] é acordo comercial a partir do qual os estados comprometem-se a colocar à disposição dos titulares de direitos exclusivos as medidas judiciais e administrativas eficazes contra infrações. Além disso, prevê-se o OSD (Órgão de Solução de Diferenças), integrado por todos os membros e com competência para solucionar litígios e aplicar sanções. Ainda no TRIPS impõe-se, principalmente aos países em desenvolvimento, a ampliação de um severo sistema repressivo e de punição; isto o dife-

⁵ ALVES, 2008, p. 6460.

rencia da Convenção de Berna, na qual se cuidou apenas de um sistema mínimo de proteção, permitindo que a própria matéria e as respectivas punições fossem tratadas pela legislação interna segundo o uso e costume de cada país.⁶

Outra prova da feição mercadológica com que os EUA encaram os direitos autorais é que o assunto, durante o governo de George W. Bush (filho), foi relegado à OMC em detrimento da UNESCO. Tal tendência de mercantilização da cultura – em que as criações do gênio humano transformam-se, simplesmente, num produto comercializável e, diga-se de passagem, bastante rentável – já fora, há algum tempo, detectada por Adorno, divulgador da própria expressão “indústria cultural”:

As mercadorias culturais da indústria se orientam, como disseram Brecht e Suhrkamp há já trinta anos, segundo o princípio de sua comercialização e não segundo seu próprio conteúdo e sua figuração adequada. Toda a *praxis* da indústria cultural transfere, sem mais, a motivação do lucro às criações espirituais. [...] As produções do espírito no estilo da indústria cultural não são mais também mercadorias, mas o são integralmente.⁷

A bem da verdade, pontue-se que tanto o paradigma franco-romântico quanto o anglo-americano foram eivados nos séculos XVIII e XIX, num contexto iluminista, onde vicejava o liberalismo econômico, e, por conseguinte, nenhum dos dois permanece adequado aos fundamentos do Estado Social que emergiu após a Segunda Guerra. Atualmente, é impensável que um Estado de molde não intervencionista – ou “neoliberal”, se se preferir – possa equalizar o conflito existente entre o interesse privado, do autor e da empresa cultural, relativo à salvaguarda da exploração econômica da propriedade intelectual, com o interesse público, relativo à livre difusão do conhecimento e da informação, abertura essa que é unanimemente tida como um pressuposto para o desenvolvimento científico, social e econômico de um povo.

A regulação dessa matéria, por parte do Estado, deve, necessariamente, implicar uma nova postura dos Poderes constituídos e dos

⁶ GARZON, Ana Rosa Lemos da Cunha. **Direitos autorais:** busca do equilíbrio. 2006. Dissertação (Mestrado em Artes Visuais) – Escola de Belas Artes da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006, p. 28. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/1843/EBAD-6VXGB9/1/mestrado_disserta_o.versaoCompleta.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2009.

⁷ ADORNO, Theodor Ludwig Wiesengrund. A indústria cultural. Tradução de Amélia Cohn. In: COHN, Gabriel (org.). **Comunicação e indústria cultural**. 5. ed. São Paulo: T.A. Queiroz, 1987, p. 288-289, grifos do autor.

cidadãos a eles submetidos em relação ao controvertido tema dos direitos autorais e conexos. Por isso é que tanto o *droit d'auteur* quanto o *copyright* hão de ser repensados, a fim de se compatibilizarem com o contexto cultural emergente de relativização e incertezas decorrentes da propagação das novas mídias.

Ademais, as vanguardas do direito autoral têm capitaneado o desenvolvimento de uma filosofia copyleft, em contraposição ao *copyright* estadunidense, com o intuito de criar licenças padronizadas para a gestão livre, aberta e compartilhada de conteúdos, denominadas *Creative Commons*. A força desse movimento é tal que levou o ex-ministro da Cultura, Gilberto Gil, a apelidá-lo, numa metáfora muito sugestiva e eloquente, de "reforma agrária no campo da propriedade intelectual".⁸

É justamente desse embate ideológico-teórico entre os dois paradigmas autoralistas, juntamente com o embate jurídico entre os ordenamentos positivos e a realidade social, em que os direitos autorais têm sido escamoteados, que emana a principal dificuldade do direito autoral contemporâneo, que se pode sintetizar na busca de uma forma de efetivar a tutela jurídica com a conciliação dos interesses públicos (culturais) e privados (econômicos) em questão.

1.2 Da ineficácia do direito autoral brasileiro e as novas tecnologias

Como já foi dito no tópico anterior, o grande desafio do direito autoral contemporâneo consiste em regular, de maneira harmônica, o interesse público e o privado, de modo que o sistema autoral não seja, de um lado, excessivamente punitivo, com o alheamento da propriedade intelectual de sua função social, a ruptura da noção de solidariedade social e o monopólio especulativo da informação, a qual é pressuposto para o desenvolvimento social e econômico de qualquer povo; nem, por outro, seja retirada a atratividade econômica e desincentivada comercialmente a atividade cultural e científica, com a abertura indiscriminada do sistema de regras de proteção da obra intelectual.

É compreensível que, num contexto globalizado e midiatisizado como o do mundo contemporâneo, apresentem-se, no ordenamento jurídico-autoralista brasileiro, os mesmos sintomas da "doença" que acomete internacionalmente o direito autoral. No caso do Brasil, nada obstante, a crise autoralista apresenta sinais bastante evidentes, que se buscará, doravante, identificar.

⁸ ASSIS, Diego. "Reforma Agrária" no direito autoral. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, p. E1, 3 jun. 2004.

A vigente Constituição Federal (CF), de 1988, conferiu ao direito de propriedade do autor o status de direito fundamental, no inciso XXVII de seu art. 5º, que verbera que “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”⁹. Entretanto, é preciso ter em conta que tal direito há de ser ponderado com a garantia do inciso XXIII do mesmo dispositivo constitucional supramencionado, segundo o qual “a propriedade atenderá a sua função social”.¹⁰

Ainda na Carta Magna, o constituinte fez constar, no art. 215, § 3º, incisos II e IV, que o Plano Nacional da Cultura deveria visar à “produção, promoção e difusão de bens culturais” e à “democratização do acesso aos bens de cultura”.¹¹ No art. 218, ao dispor sobre a Ciência e a Tecnologia, o Diploma Maior prescreveu: “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas”.¹²

Até agora, ficou claro o intuito do legislador constituinte brasileiro, que foi o de incentivar o desenvolvimento e difusão da cultura e da ciência no país, democratizando e universalizando o acesso a elas. Portanto, a CF desenhou, em eloquente traço, as linhas gerais que deveriam nortear o sistema autoralista nacional, sempre equacionando o interesse público, de ordem cultural e científica, com o interesse privado, de caráter econômico.

Infraconstitucionalmente, o direito autoral brasileiro é regulado, atualmente, pela Lei nº 9.610/98 (Lei dos Direitos Autorais – LDA). Ainda no campo do direito intelectual – do qual o direito autoral é, apenas, uma espécie, frise-se –, existem, também, a Lei nº 9.609/98, em matéria de programas de informática, a Lei nº 9.279/96, que trata do direito industrial, disciplinando a concessão de marcas e patentes, além da Lei de Cultivares, tombada sob o nº 9.456/97, sem prejuízo de toda a legislação extravagante afim.

No que concerne à vigente LDA, é nítido o fato de que ela ainda conserva uma feição tipicamente privatista, herdada da cultura liberal e individualista que serviu de pano de fundo para a positivação original do direito autoral.

Chega-se a tal conclusão em se analisando, *exempli gratia*, o fato de que, a rigor, qualquer reprodução não autorizada da obra científica, artística ou literária configurará, salvo as expressas auto-

⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. D.O.U. 05/10/1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao_Constituiçao_Compilado.htm>. Acesso em: 1 jun. 2009. 159 p. , p. 4.

¹⁰ Ibidem, p. 3.

¹¹ Ibidem, p. 119.

¹² Ibidem, p. 121.

rizações legais, o ilícito de contrafação, que, além de ter as perdas e danos indenizados, poderá sujeitar o contrafator às sanções civis e administrativas cominadas nos arts. 102 a 110 da LDA.

Atualmente, as únicas ressalvas ao direito de reprodução exclusiva da obra constam nos arts. 46 a 48 da LDA, no Capítulo intitulado “Limitações aos Direitos Autorais”, senão vejamos:

Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

I - a reprodução:

- a) na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos;
- b) em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza;
- c) de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros;
- d) de obras literárias, artísticas ou científicas, para uso exclusivo de deficientes visuais, sempre que a reprodução, sem fins comerciais, seja feita mediante o sistema Braille ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários;

II - a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro;

III - a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra;

IV - o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada sua publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou;

V - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas, fonogramas e transmissão de rádio e televisão em estabelecimentos comerciais, exclusivamente para demonstração à clientela, desde que esses estabelecimentos comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização;

VI - a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro;

VII - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova judiciária ou administrativa;

VIII - a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da

obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

Art. 47. São livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito.

Art. 48. As obras situadas permanentemente em logradouros públicos podem ser representadas livremente, por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais.¹³

Nas hipóteses acima – que a doutrina majoritária, de forma pusilânime, considera taxativas, ao argumento de que, em se tratando de restrições, devem ser interpretadas restritivamente –, julgou o legislador que a reprodução ou utilização da obra artística, científica ou literária não configuraria ato ilícito, dada a existência de superior interesse social (como nas hipóteses do inc. I, alínea “d”, do art. 46 da LDA, referente à reprodução de obras para uso exclusivo dos deficientes visuais, sem fins lucrativos, no sistema Braille ou equivalente, e do inciso VII, referente à utilização de obras para fins de produção de prova judiciária ou administrativa) ou a ocorrência de interesse privado justificado (demais incisos).

Para eminent doutrinador português, todavia, as limitações aos direitos do autor ainda são muito tímidas, revelando-se inadequadas à real consecução da *ratio legis* autoralista:

O hiperliberalismo selvagem em que vivemos manifesta-se, no domínio do direito de autor, pelo que se chama a “caça as exceções” [sic]. Toda a restrição é perseguida, invocando-se a qualificação do direito de autor como propriedade – quando, mesmo que a qualificação fosse verdadeira, nem por isso a “propriedade” deixaria de estar submetida às exigências da função social. [...]

As restrições ao direito de autor permitem a adaptação constante deste direito às condições de cada época. Agora, não só não se prevêm as restrições adequadas à evolução tecnológica como se impede toda a adaptação futura. O direito de autor torna-se rígido, insensível a todo o devir.¹⁴

Representando um símbolo do descompasso entre a realidade fática e as normas jurídicas abstratamente cominadas na seara do direito autoral, observe-se que é prática usual, máxime nas instituições de ensino superior, a xerocópia integral e, às vezes, em série de livros, a despeito de a LDA só permitir, a *contrario sensu*, a re-

¹³ BRASIL, 1988. p. 9-10.

¹⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da internet e da sociedade da informação:** estudos. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 135-137.

produção, “em um só exemplar”, de “pequenos trechos” de obras impressas, para “uso privado” e “sem intuito de lucro”.

Tal disposição legal, entretanto, é completamente desprovida de eficácia, pois não só alunos, como também qualquer cidadão do povo, conseguem obter cópias “ilícitas” de obras integrais. E a inadequação fática dessa norma revela-se ainda mais estupefaciente, à medida que o art. 49, inc. II da LDA revogada, a saber, a Lei nº 5.988, de 1973, permitia, numa postura muito mais razoável e tolerante (mesmo a despeito de o pensamento jurídico anterior ter feição mais conservadora e privatista do que, supõe-se, o atual), a reprodução integral de 1 (um) exemplar da obra, desde que sua utilização não tivesse fim lucrativo.

Assim como essa, inúmeras outras regras da LDA, ao imporem aos usuários de criações intelectuais alheias – ou, o que é pior, aos próprios autores, como se verá a seguir – várias abstenções ou obrigações, não têm obtido nenhum reconhecimento social, convertendo-se em mera “letra morta”.

Até mesmo o aparato axiológico em que se ampara a construção legislativa dos direitos morais do autor há que ser repensado, em razão da distorção teleológica do art. 27 da LDA, que atribui aos direitos morais do autor os predicados da inalienabilidade e irrenunciabilidade. Ora, sendo uma expressão dos direitos da personalidade, os direitos morais do autor, entre os quais, *verbi gratia*, a paternidade, a indicação da autoria, o ineditismo ou a retirada, deveriam possuir, a princípio, os mesmos atributos dos direitos de personalidade.

Ocorre que, como o direito autoral é um direito civil especializado e como o atual estágio da doutrina civilista sobre autonomia jurídica descrê da irrenunciabilidade e da inalienabilidade de certos direitos de personalidade – especialmente aqueles que podem expressar-se economicamente, a exemplo do direito à integridade física, vislumbrado na casuística dos casos de “barriga de aluguel”, por exemplo –, não há justificativa para que o Estado intervenha em direitos de personalidade que, a critério do sujeito, poderiam ser relativamente disponibilizados.

Essa disponibilidade relativa, em vez de afetar a dignidade da pessoa humana, como se poderia imaginar, reforça-a.¹⁵ Até mesmo porque, em se encarando a realidade material que envolve artistas, literatos e cientistas, amiúde, pode ser interessante para o autor da obra intelectual a alienação ou renúncia de certos direitos morais sobre ela, seja a título oneroso seja a título gratuito.

¹⁵ “Na verdade, o direito de personalidade, em si, não é disponível *stricto sensu*, ou seja: não é transmissível nem renunciável. A titularidade do direito não é objeto de transmissão. Ou seja: a imagem não se separa do seu titular original, assim

Dessa maneira, sustenta-se que o tratamento jurídico dispensado a tais situações, evidenciadoras da nova representatividade dos direitos morais do autor em face da evolução da teoria da autonomia jurídica, deveria ser idêntico àquele que é dispensado aos negócios jurídicos em geral. Logo, inexistindo vícios na manifestação de vontade do sujeito que pudessem vir a macular de nulidade ou anulabilidade o negócio, não subsistirá razão, *prima oculi*, para que o ordenamento jurídico repudie o pleno exercício da autonomia jurídica individual do autor.

Igualmente, considera-se descabida a restrição dos arts. 29 e 33 da LDA, que submetem à prévia autorização do autor (ou do editor, como habitualmente se verifica, na prática) qualquer utilização de sua obra. Parece ponderado admitir que, como o autor busca inspiração para suas criações no amplo repositório de informações existente no mundo, não deveria haver restrição a que qualquer ser humano, inserido nesse ambiente, pudesse fruir – desde que respeitando os direitos morais do autor, é lógico – dessa criação do espírito, sem necessidade de autorização prévia.

O parâmetro ideal para aferir a legitimidade da destinação acima propugnada da obra intelectual deveria ser, com efeito, a mera ausência de finalidade lucrativa. Assim, em se utilizando determinada obra, desde que na estrita observância dos direitos morais do autor e sem fins lucrativos, seria teleologicamente adequado à *ratio legis* do direito autoral, de índole constitucional, que a lei permitisse o uso pessoal, não empresarial, da obra, até mesmo como uma maneira de universalizar o acesso do cidadão comum aos bens da cultura.

Diante do exposto, fica patente a desconexão hodierna entre a teoria e a prática do direito autoral. Cada vez mais, e sobretudo após o advento da internet, parece que o direito autoral está em vias de extinguir-se, a não ser que ultrapasse uma profunda reformulação de suas premissas, de forma a reconduzi-lo a seu verdadeiro papel na sociedade.

Acerca da revolução paradigmática protagonizada pela hodierna sociedade da informação, merece alusão o magistério do advogado e professor baiano Rodrigo Moraes:

como sua intimidade. A imagem continuará sendo daquele sujeito, sendo impossível juridicamente – até fisicamente – sua transmissão a outrem ou, mesmo, sua renúncia. **Mas expressões do uso do direito de personalidade podem ser cedidas, de forma limitada, com especificações quanto à duração da cessão e quanto à finalidade do uso. Há, portanto, certa esfera de disponibilidade em alguns direitos de personalidade.** O exercício de alguns direitos de personalidade podem, sim, sofrer limitação voluntária, mas essa limitação é também relativa” (BORGES, 2007, p. 120-121, grifo nosso).

A digitalização não implode a edificação do Direito Autoral, mas impõe novo paradigma e uma profunda releitura. Antes, a proteção legal era vista como necessária aos custos da reprodução e à circulação de obras. Com o gigantesco poder da Internet, torna-se desnecessário o suporte físico. O *corpus mysticum* não necessita mais do *corpus mechanicum*. Metaforicamente, o gênio foge do confinamento da garrafa; a alma, do corpo biológico. O verbo não precisa mais se fazer carne. Na digitalização, o código binário, composto de “zeros e uns”, substitui o mundo físico. A desmaterialização dos suportes gera barateamento na circulação de idéias, obrigando um novo olhar sobre o papel do Direito Autoral, que, em suas primeiras leis, era justificado exatamente pelos custos da materialização e reprodução de obras.¹⁶

Ainda é subestimado o impacto dessa explosão da informação, conduzida através dos novos meios de comunicação e tecnologias, sobre a subsistência do direito autoral. Acerca das possibilidades ilimitadas de infringência da legislação autoral, que podem ser concretizadas por qualquer usuário da *World Wide Web*, vale ser citada a análise perpetrada por Lessig, teórico precursor da assim chamada “cultura livre” e incentivador das *Creative Commons*:

Nós vivemos em uma cultura de “copiar e colar” possibilitada pela tecnologia. Qualquer um que tenha criado uma apresentação sabe aproveitar a liberdade extraordinária que a arquitetura “copiar e colar” da Internet criou — em um segundo você pode localizar qualquer imagem que você desejar, e no segundo seguinte você pode implantá-la em sua apresentação.¹⁷

Diante de tamanha crise de legitimidade, validade e eficácia do direito autoral em vigor, impende uma análise hermenêutica dessa modalidade de discurso jurídico, que se tornou tão distanciada do “mundo circundante”, parafraseando a terminologia heideggeriana.

¹⁶ MORAES, Rodrigo. A função social da propriedade intelectual na era das novas tecnologias. In: BRASIL. Ministério da Cultura. **Direito autoral**. Brasília: Ministério da Cultura, 2006. (Coleção Cadernos de Políticas Culturais, v. 1), p. 258.

¹⁷ LESSIG, Lawrence. **Cultura livre**. Tradução de Fábio Emílio Costa. [S.l.]: Creative Commons 1.0, [2005], p. 113. Disponível em: <<http://ebooksgratis.com.br/livros-ebooks-gratis/tecnicos-e-cientificos/direito-autoral-cultura-livre-lawrence-lessig/>>. Acesso em: 22 jun. 2009.

No capítulo seguinte, far-se-á uma sucinta exposição da teoria discursiva de Habermas, especialmente no que tange à sua Teoria da Ação Comunicativa, que se propõe, segundo o escólio de seu próprio idealizador, tentar aliviar a tensão existente entre faticidade e validade através do consenso.

2 Considerações sobre a Teoria Democrática de Habermas

2.1 Da Teoria do Agir Comunicativo

Ao longo de sua obra, e especialmente em *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtstaats* (numa livre tradução, “Faticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e do Estado Democrático de Direito”), cuja tradução em língua portuguesa foi intitulada *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, Habermas debruça-se sobre o conflito, residente na linguagem discursiva, existente entre a faticidade e a validade, que ele sinteticamente define como “a tensão entre princípios normativistas, que correm o risco de perder o contato com a realidade social, e princípios objetivistas, que deixam fora de foco qualquer aspecto normativo”.¹⁸

O autor alemão descreve a razão prática, herança da sociedade industrial moderna, investindo na concepção de uma razão comunicativa. A diferença entre as duas formas de racionalidade não é, segundo Habermas, apenas uma “troca de etiqueta”¹⁹, pois, diferentemente da razão prática, a racionalidade comunicativa não se constitui como uma “fonte de normas do agir”.²⁰

A razão prática, também denominada instrumental ou clássica, revelar-se-ia como uma espécie de raciocínio metodológico, individualista e subjetivo, materializado pela relação sujeito-objeto e focado na relação meios-fins, de feição cognitiva e reguladora de condutas. Assim, enquanto essa racionalidade teria sentido normativo, interferindo na vontade e indicando soluções concretas para os embates pragmáticos da atividade humana, a razão comunicativa não evidenciaría tal natureza prescritiva, orientando as ações com base em pretensões de validade, com conteúdo coercitivo fraco.

¹⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 2003. v. 1, p. 23.

¹⁹ Ibidem, p. 19.

²⁰ Ibidem, p. 20.

Streck comenta com propriedade o *Leitmotiv* que levou o pensador germânico a postular a substituição da razão instrumental pela razão comunicativa:

Sua crítica [de Habermas] é que a razão prática, enquanto faculdade subjetiva, prescreve de forma concreta as regras de ação dos indivíduos, sendo que esse regramento tem base moral e teleológica, moldando as ações. Eis a razão pela qual é substituída a razão prática pela razão comunicativa. A razão prática não tem o condão de universalizar normas de conduta. Somente máximas universalizáveis desde a perspectiva de todos os afetados – e que somente podem ser formatadas em uma situação ideal de fala – valem como uma norma que pode encontrar aquiescência universal e, portanto, gera obrigatoriedade.²¹

E, em seguida, relativiza essa suposta separação, procedida pela teoria discursiva em xeque:

Em realidade, não se trata, em Habermas, de substituir a razão prática; o que ocorre é que a razão prática passa a se chamar de agir comunicativo (agora livre do sujeito solipsista, segundo o jusfilósofo alemão), simplesmente para acentuar o lado interativo, dialogal de todas as decisões que resultam da razão prática. Então, Habermas pretende superar a razão prática no sentido solipsista, representacional ou consciencialista, através de uma razão comunicativa, mas que, neste ponto, não deixa de ser prática, porque agora deslocada para outro lugar: a fundamentação prévia dos atos do mundo prático.²²

Contudo, de acordo com o filósofo e sociólogo da Escola de Frankfurt, a proposição da razão comunicativa situar-se-ia “no âmbito de uma teoria reconstrutiva da sociedade”.²³ A finalidade dessa nova racionalidade é, por conseguinte, provocar uma releitura da noção de democracia por parte do cidadão que, acomodado pela razão prática a um ambiente predominantemente técnico e a um *locus* social de omissão, deve assumir um comportamento crítico e, através de ações comunicativas intersubjetivas, fazer valer o seu direito de participação:

A teoria da Ação Comunicativa é, portanto, uma maneira reflexiva de observar o processo social e apontar

²¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso:** Constituição, hermenêutica e teorias discursivas – da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 43.

²² Ibidem, p. 44.

²³ HABERMAS, 2003, p. 21.

os hábitos e as estruturas sociais, é uma forma de descrever criticamente a razão funcionalista e de iniciar um processo de crítica social na busca da emancipação e do esclarecimento.²⁴

O direito, na visão habermasiana, aparece como um instrumento de mediação social entre os polos conflitantes da faticidade e da validade, cuja tensão é um problema que as suas teses pretendem pôr em equilíbrio:

A teoria do agir comunicativo tenta assimilar a tensão que existe entre faticidade e validade. E, ao tomar tal decisão arriscada, ela preserva, de um lado, o engate na interpretação clássica de um nexo interno entre sociedade e razão, que pode ser mediado de diferentes maneiras, portanto um nexo entre circunscrições e coerções pelas quais transcorre a reprodução da vida social; de outro lado, ela não abandona a idéia de uma condução consciente da vida.²⁵

Sendo a linguagem o *medium* universal de incorporação da razão²⁶, e o direito, o *medium* entre faticidade e validade, a Teoria do Agir Comunicativo propõe, justamente, unir o potencial ilocucionário da linguagem ao do direito, amplificando o princípio democrático através da ação comunicativa, concebida segundo uma racionalidade crítica orientada para o consenso racional.

Habermas levanta o que considera ser o problema típico das sociedades modernas, propondo-lhe, em seguida, uma solução comunicativa:

Como estabilizar, na perspectiva dos próprios atores, a validade de uma ordem social, na qual ações comunicativas tornam-se autônomas e claramente distintas de interações estratégicas? [...]

Se for verdade, como eu penso, seguindo Durkheim e Parsons, que complexos de interação não se estabilizam apenas através da influência recíproca de atores orientados pelo sucesso, então a sociedade tem que ser integrada, em última instância, através do agir comunicativo.²⁷

²⁴ COELHO, Adriano de Sales. **Contribuições da teoria do agir comunicativo de Habermas para a consolidação de uma educação crítica e reflexiva diante da sociedade da comunicação e informação.** 2005. Dissertação (Mestrado em Educação) – Pontifícia Universidade Católica, Curitiba, 2005, p. 43. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=322>. Acesso em: 20 jun. 2009.

²⁵ HABERMAS, 2003, p. 25.

²⁶ HABERMAS, loc. cit.

²⁷ HABERMAS, op. cit., p. 45.

Em outras palavras, no modelo ideal de ação comunicativa proposto por Habermas, a linguagem, *habitat* da tensão entre faticidade e validade, possibilita a organização social, em cuja interação intersubjetiva deve ser utilizada a racionalidade comunicativa para buscar, mediante uma manifestação isenta de qualquer coação interna ou externa, o consenso. Dessa maneira, a teoria habermasiana converte-se numa sociologia da ação comunicativa, configurando-se esta ação comunicativa como o *telos* do discurso jurídico, para que se emancipe o indivíduo-ator e se revitalize a esfera pública, manifestada no direito positivo.

Segundo tal ótica, o consenso assume a condição de pressuposto de validade do discurso:

No decurso de uma teoria consensual da verdade, Habermas chega à ideia de que o conceito de verdade não apresenta qualquer critério que permita distinguir um consenso verdadeiro de outro falso, já que só se pode chegar à própria verdade por meio de um consenso, num discurso. Segue-se que pressupomos, no discurso, que qualquer consenso a que se chegou, no âmbito de um discurso, pode ser considerado como um consenso verdadeiro.²⁸

Habermas alude, ademais, ao paradoxo existente no fato de a legitimidade decorrer, nos Estados modernos, da legalidade. Assim, a legiferação assumiria um papel de integração social, conferindo legitimidade ao sistema jurídico, que lhe seria inadequado, já que somente "a vontade livre e coincidente de todos os cidadãos livres e iguais"²⁹ poderia validar as normas jurídicas:

O direito moderno tira dos indivíduos o fardo das normas morais e as transfere para as leis que garantem a compatibilidade das liberdades de ação. Estas obtêm sua legitimidade através de um processo legislativo que, por sua vez, se apóia no princípio da soberania do povo. Com o auxílio dos direitos que garantem aos cidadãos o exercício de sua autonomia política, deve ser possível explicar o paradoxo do surgimento da legitimidade a partir da legalidade.

Por que se trata de um paradoxo? [...] Para preencher a sua função social de estabilização das expectativas nas sociedades modernas, o direito precisa conservar um nexo interno com a força socialmente integradora do agir comunicativo.³⁰

²⁸ BLEICHER, Joseph. O programa de Habermas de uma ciência social dialético-hermenêutica. In: _____. **Hermenêutica contemporânea**. Tradução de Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 1992. p. 215-231, p. 230.

²⁹ HABERMAS, 2003, p. 52-53.

³⁰ Ibidem, p. 114-115.

Esse aspecto é desenvolvido em excelente artigo de professor mineiro:

É o procedimento legislativo que garante legitimidade às leis: esse paradoxo da *derivação da legitimidade pela legalidade* se explica porque os direitos de participação política, enquanto direitos subjetivos, têm a mesma estrutura dos direitos que dão aos indivíduos liberdades de escolha. Outrossim, esse procedimento tem que apresentar aos cidadãos as expectativas normativas advindas da orientação pelo bem comum, uma vez que a força legitimadora do processo democrático surge do próprio entendimento dos sujeitos acerca do modo como pretendem regular sua convivência: é dizer, ele deve tentar cumprir sua função de integração social.³¹

Adiante, no entanto, o emérito professor da Universidade de Heidelberg revela que essa contradição é apenas aparente:

O surgimento da legitimidade a partir da legalidade não é paradoxal, a não ser para os que partem da premissa de que o sistema do direito tem que ser representado como um processo circular que se fecha recursivamente, legitimando-se *a si mesmo*. [...] A compreensão discursiva do sistema dos direitos conduz o olhar para dois lados: De um lado, a carga da legitimação da normatização jurídica das qualificações dos cidadãos desloca-se para os procedimentos da formação discursiva da opinião e da vontade, institucionalizados juridicamente. De outro lado, a juridificação da liberdade comunicativa significa também que o direito é levado a explorar fontes de legitimação das quais ele não pode dispor.³²

É nesse ponto que reside uma das críticas que se reputa plausível à teoria comunicativa de Habermas. Se o consenso valida o discurso, independentemente dos critérios que conduziram a esse consenso, o qual é encarado como pré-requisito da legitimidade do conteúdo discursivo, poder-se-ia objetar que, para a Teoria do Agir Comunicativo, quaisquer arbitrariedades seriam legítimas perante a ordem jurídica – desde que consensuais.

Outrossim, entre as várias admoestações feitas por Streck à teoria discursiva habermasiana, figura como central o embate entre as teses proceduralistas, nas quais o jurisconsulto gaúcho enquadra Habermas, e as teses substancialistas, nas quais ele próprio se enquadraria:

³¹ MEYER, Emílio Peluso Neder. A tese central de Jürgen Habermas em *Faticidade e validade*. **Estudos Jurídicos**, Belo Horizonte, v. 38, n. 3, p. 38-49, set.-dez. 2005, p. 39, grifo do autor.

³² HABERMAS, 2003, p. 168, grifo do autor.

Alinho-me, pois, aos defensores das teorias materiais-substancialistas da Constituição, porque trabalham com a perspectiva de que a implementação dos direitos fundamentais-sociais (substantivados no texto democrático da Constituição) afigura-se como condição de possibilidade da validade da própria Constituição, naquilo que ela representa de elo conteudístico que une política e direito.

[...]

Assim, entendo difícil sustentar as teses processuais-procedimentais em países como o Brasil, em que parte considerável dos direitos fundamentais-sociais continua incumprida, passados dezoito anos da promulgação da Constituição. Dito de outro modo: parece muito pouco – mormente se levarmos em conta a pretensão de se construir (sic) as bases de um Estado Social no Brasil – destinar ao Poder Judiciário tão-somente a função de zelar pelo respeito aos procedimentos democráticos para a formação da opinião e da vontade política, a partir da própria cidadania, como quer, por exemplo, o paradigma procedural.³³

Todavia, parece não subsistir razão à crítica supramencionada à teoria democrática de Habermas. A alegação de Streck, conforme a qual, em “países de modernidade tardia”, como o Brasil, o proceduralismo é uma forma de esvaziar a consecução dos direitos fundamentais, não procede. A proposta de Habermas é elaborar, sobremais, uma teoria do discurso, em que o consenso racional dos destinatários das normas é pressuposto de legitimidade do direito. Assim, é indevida a inferência de que ele teria alienado o poder do Judiciário de concretizar, com ações positivas, os direitos fundamentais. A tese habermasiana jamais fez apologia de tal conduta, até mesmo porque, em Habermas, o consenso é trabalhado em plano mais amplo, atingindo a seara pré-judiciária e, mormente, a legislativa.

Ao tratar da dupla dimensão da validade do direito, Habermas estabelece uma distinção interessante para os propósitos da presente investigação – que é aproximar o problema da ineficácia da tutela jurídica do direito autoral da teoria discursiva do referido filósofo – entre validade social ou fática (*Geltung*) e legitimidade (*Gültigkeit*):

A *validade social* de normas do direito é determinada pelo grau em que consegue se impor, ou seja, pela sua possível aceitação fática no círculo dos membros do direito. Ao contrário da validade convencional dos usos e costumes, o direito normatizado não se apóia sobre a facticidade de formas de vida consuetudinárias e tradi-

³³ STRECK, 2008, p. 25-26, grifo do autor.

cionais, e sim sobre a *faticidade artificial* da ameaça de sanções definidas conforme o direito e que podem ser impostas pelo tribunal. Ao passo que a legitimidade de regras se mede pela resgatabilidade discursiva de sua pretensão de validade normativa; e o que conta, em última instância, é o fato de elas terem surgido num processo legislativo racional – ou o fato de que elas poderiam ter sido justificadas sob pontos de vista pragmáticos, éticos e morais. A legitimidade de uma regra independe do fato de ela conseguir impor-se. Ao contrário, tanto a validade social, como a obediência fática, variam de acordo com a fé dos membros da comunidade de direito na legitimidade, e esta fé, por sua vez, apóia-se na suposição de legitimidade, isto é, na fundamentalidade das respectivas normas.³⁴

Habermas elenca, ainda, aqueles que considera os três mecanismos possíveis de integração social:

Dinheiro e poder administrativo constituem mecanismos da integração social, formadores de sistema, que coordenam as ações de forma objetiva, como que por trás das costas dos participantes da interação, portanto não necessariamente através da sua consciência intencional ou comunicativa. A “mão invisível” do mercado constitui, desde a época de Adam Smith, o exemplo clássico para esse tipo de regulamentação. Ambos os meios ancoram-se nas ordens do mundo da vida, integrados na sociedade através do agir comunicativo, seguindo o caminho da institucionalização do direito. Desta maneira, o direito está ligado às três fontes da integração social. Através de uma prática de autodeterminação, que exige dos cidadãos o exercício comum de suas liberdades comunicativas, o direito extraí sua força integradora, em última instância, de fontes de **solidariedade social**.³⁵

Em outro momento, o autor alemão demonstra o que deve ser o ideal da ordem jurídica com relação aos precitados mecanismos integradores:

Do ponto de vista sociológico, a idéia do Estado de Direito ilumina apenas o aspecto político da produção de um equilíbrio entre os três poderes da integração global da sociedade: dinheiro, poder administrativo e solidariedade.³⁶

E é sob essa perspectiva que Habermas pretende reconstruir a lógica e a organização do direito através da transformação do poder comunicativo em poder administrativo.

³⁴ HABERMAS, 2003, p. 50, grifos do autor.

³⁵ Ibidem, p. 61-62, grifos nossos.

³⁶ Ibidem, p. 190.

O discípulo dissidente de Adorno expõe, na formulação de sua teoria da sociedade, os três pilares sobre os quais se erige a prática comunicativa: a reprodução cultural, a integração social e a socialização, não deixando de considerar esses três elementos – cultura, sociedade e pessoa – como entes que se pressupõem reciprocamente.³⁷ Portanto, ao encarar esses três elementos em relação de interdependência, o autor sob comento, mais uma vez, evidencia a necessidade de ações comunicativas pautadas racionalmente segundo um referencial consensual de cooperação social:

A right, after all, is neither a gun nor a one-man show. It is a relationship and a social practice, and in both those essential aspects it is an expression of connectedness. Rights are publics propositions, involving obligations to others as well as entitlements against them. In appearance, at least, they are a form of social cooperation, no doubt, but still, in the final analysis, cooperation.³⁸

Ao contrapor, por seu turno, o princípio moral ao princípio do discurso, Habermas aduz:

Enquanto este último [o princípio moral] funciona como regra de argumentação para a decisão racional de questões morais, o princípio da democracia pressupõe preliminarmente a possibilidade da decisão racional de questões práticas, mais precisamente, a possibilidade de *todas* as fundamentações, a serem realizadas em discursos (e negociações reguladas pelo procedimento), das quais depende a legitimidade das leis. Por si mesmo, o princípio da democracia não é capaz de dizer se e como é possível abordar discursivamente questões políticas – esse problema teria que ser esclarecido preliminarmente numa teoria da argumentação. Partindo do pressuposto de que uma formação política racional da opinião e da vontade é possível, o princípio da democracia simplesmente afirma como esta pode ser institucionalizada – através de um sistema de direitos que garante a cada um igual participação num processo de normatização jurídica, já garantido em seus pressupostos comunicativos. Enquanto o princípio moral opera no nível da constituição *interna* de um determinado jogo de argumentação, o princípio da democracia refere-se ao nível de institucionalização *externa* e eficaz da participação simétrica numa formação discursiva da opinião e da vontade, a qual se realiza em formas de comunicação garantidas pelo direito.³⁹

³⁷ HABERMAS, 2003, p. 111-112.

³⁸ MICHELMANN, 1986 apud HABERMAS, 2003, p. 121.

³⁹ HABERMAS, op. cit., p. 145-146, grifos do autor.

Prosseguindo nessa caracterização, o autor esclarece que as proposições jurídicas têm eficácia imediata para a ação, ao contrário dos juízos morais. Igualmente, é embutido elevado grau de racionalidade nas máximas jurídicas, dogmaticamente construídas, ao passo que o saber consuetudinário, fixado nas regras morais, nem sempre se funda na razão formal.⁴⁰

Tendo isso em vista, conclui:

[...] o princípio básico da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica. Eu vejo esse entrelaçamento como uma gênese lógica de direitos, a qual pode ser reconstruída passo a passo. Ela começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito à liberdades subjetivas de ação em geral – constitutivo para a forma jurídica enquanto tal – e termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equipar retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica. Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um sistema de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de modo co-originário.⁴¹

Vale a pena trazer à baila a brilhante opinião de Meyer sobre o que reputa ser o cerne de *Direito e Democracia*:

Numa drástica redução, pode-se dizer que a tese central de *Faktizität und Geltung*, e partir [sic] da qual Habermas relacionará direito e poder político, constitui-se na relação de equíprimordialidade entre autonomia pública e autonomia privada, na complementariedade entre direito e moral e na relação recíproca entre direitos humanos e soberania popular que partem de um mesmo princípio do discurso. A fim de espousar sua tese da coesão interna entre direitos e democracia, Habermas introduz a categoria do direito moderno a partir do ponto de vista da teoria da ação comunicativa. O direito não se limita a cumprir os requisitos funcionais de uma sociedade complexa, não, mais do que isso, ele exerce a integração social por meio da aceitabilidade de pretensões de validade, e isto se dá pela superação do paradoxo da derivação da legitimidade pela legalidade, ou seja, o procedimento legislativo passa a ser visto como garante da legitimidade às leis. Mas isso só é possível perceber por meio de um conceito discursivo de direito que traga à luz a coesão interna

⁴⁰ HABERMAS, 2003, p. 150.

⁴¹ Ibidem, p. 158, grifos do autor.

entre autonomia pública e autonomia privada, algo de certa forma intuído por Kant e Rousseau, mas não levado devidamente a efeito, justamente por estarem presos à filosofia da consciência.⁴²

Em suma, o projeto de Habermas, de reconstrução crítico-racional da modernidade e redimensionamento do Estado Democrático de Direito, a partir das possibilidades discursivas embutidas no agir comunicativo, a despeito de situado no plano contrafáctico da linguagem e crente numa situação ideal de fala – o consenso livre e igualitário –, não deve ser desprezado pelos hermeneutas da atualidade. Afinal, o nobilíssimo intuito de Habermas é a emancipação do homem, reinserindo-o no contexto político, social, jurídico e moral, para, através de ações comunicativas, fazer valer seus direitos fundamentais e reinventar a sua própria cidadania.

3 Projeção da Teoria da Ação Comunicativa sobre o problema apresentado

3.1 De como as teses de Habermas podem representar uma solução hermenêutica para a tensão entre a faticidade e a validade do discurso jurídico autoralista

Como foi visto no capítulo anterior, a Teoria do Agir Comunicativo possibilita a superação da tensão que existe no interior da linguagem entre faticidade e validade. Segundo a criação habermasiana, a legitimidade do direito é constituída a partir do consenso livre e igualitário entre todos os potenciais destinatários da regra jurídica. Tal consenso, no Estado Democrático de Direito, normalmente se exprime mediante um processo legislativo racional, no qual os cidadãos possam fazer valer as suas ações comunicativas, aperfeiçoando o discurso na direção do bem-estar social.

A LDA brasileira não é reconhecida socialmente, tendo-se tornado mera letra morta: “pirateia-se” todo tipo de obra intelectual e vende-se esse produto em qualquer lugar e a qualquer hora; é possível, ao navegar na internet, em poucos segundos, fazer o download de obras cuja reprodução estaria, em tese, proibida; poucas pessoas sabem o que é o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD) ou lhe recolhem os direitos dos artistas; enfim, a sociedade consagra a total inobservância do texto legal autoralista.

Segundo a classificação de Habermas, pode-se dizer que a LDA não possui nenhuma validade: seja sob o prisma da legitimidade,

⁴² MEYER, 2005, p. 48-49, grifos do autor.

seja sob o prisma da validade social. Por um lado, é uma norma socialmente inválida, porque os seus mandamentos não são praticados pelos membros da sociedade a que se destinam, nela encontrando-se completamente diluída socialmente a mais comezinha noção de ilicitude, em matéria de direitos autorais, pois existe uma larga tolerância e, dir-se-ia até, uma cooperação social ao desrespeito dos direitos de autor. Por outro lado, é uma norma *ilegítima*, porque não se consegue impor juridicamente, arregimentando os instrumentos punitivos existentes para garantir a sua própria subsistência, mediante o mínimo de fiscalização do seu cumprimento.

Dentre todos os motivos já analisados, essa dupla invalidação da LDA sucede, em última instância, porque, em matéria autoral, no Brasil, o poder comunicativo não conseguiu atrelar-se ao poder administrativo, oficializando a vontade comum: "Se o poder da administração do Estado, constituído conforme o direito, não estiver apoiado num poder comunicativo normatizador, a fonte de justiça, da qual o direito extraí sua legitimidade, secará".⁴³

É nesse sentido que a tese habermasiana pode denominar-se francamente democrática. Além de ter que se pautar no consenso entre os cidadãos, a validade do direito também depende da assimilação desse consenso pelos poderes constituídos. E é justamente nesse ponto que falece de validade o direito autoral brasileiro, porquanto o poder administrativo desvinculou-se completamente do poder comunicativo do povo, o qual, como uma reação ao não acatamento de suas razões comunicativas, acaba por insurgir-se contra a tutela jurídica do direito autoral, ignorando, totalmente, o poder administrativo correlato.

A atenuação desse embate entre faticidade e validade, no âmbito do direito autoral brasileiro, somente ocorrerá – insista-se mais uma vez –, de acordo com os princípios da Teoria do Agir Comunicativo, mediante a incorporação de ações comunicativas no plano do discurso jurídico, que precisa, até para poder sobreviver, reajustar-se à vontade consensual do povo:

A *convicção comum* entre falante e ouvinte, que é produzida ou simplesmente reforçada através do reconhecimento intersubjetivo de uma pretensão de validade, significa a aceitação tácita de obrigações relevantes para ação; nesta medida, ela cria uma nova realidade social. A partir do momento em que as liberdades comunicativas dos civis são mobilizadas para a produção do direito legítimo, tais obrigações ilocucionárias se cristalizam num potencial com o qual os detentores de posições do poder administrativo têm que contar.⁴⁴

⁴³ ARENDT, 1960 apud HABERMAS, 2003, p. 186.

⁴⁴ HABERMAS, 2003, p. 186, grifo do autor.

Urge, portanto, que o direito autoral brasileiro adira à teoria democrática sob comento. E essa guinada do poder administrativo na direção do poder comunicativo há de acontecer, não somente na dimensão de sua forma jurídica, com a democratização da linguagem técnica e da dogmática autoralista, mas, principalmente, com a democratização de seu conteúdo jurídico, através da revisão consensual da principiologia subjacente, dos institutos jurídicos, das políticas e órgãos públicos, das sanções e penas, e, acima de tudo isso, da revisão consensual da finalidade e do papel do direito autoral.

Ainda é preciso salientar que a superação da tensão entre faticidade e validade através da democratização da esfera pública pelo consenso racional é uma via de mão dupla. Assim como é preciso que o poder administrativo caminhe na direção do poder comunicativo, é mister que o poder comunicativo busque o seu espaço na esfera do poder administrativo. Em outras palavras, da mesma forma como os poderes constituídos devem abrir-se para a opinião do povo, admitindo e fomentando a participação do cidadão comum nas decisões interferentes na vida pública, o povo deve vestir a indumentária da consciência coletiva e política e assumir o protagonismo no procedimento de transformação de sua liberdade e potencialidade comunicativas em agir comunicativo:

No caso de conflitos de ação, quando se impõem determinados problemas que precisam ser enfrentados cooperativamente ou solucionados consensualmente, uma coletividade é confrontada com a pergunta: "o que devemos fazer?". O tratamento racional dessas questões exige uma formação da opinião e da vontade que leva a resoluções fundamentadas sobre a persecução de fins coletivos e sobre a regulamentação normativa da convivência. No primeiro caso, a coletividade se comprehende como um quase-sujeito capaz de agir teleologicamente; no segundo, como uma comunidade de indivíduos que se entendem sobre o comportamento que eles podem esperar legitimamente uns dos outros. Tão logo se introduz o código do direito e do poder, as consultas e decisões assumem a figura diferenciada de uma formação *política* da opinião e da vontade. De um lado, a coletividade que delibera e conclui distancia-se daquelas partes ou instâncias que trabalham para ela, isto é, que podem realizar e aplicar programas que foram votados. De outro lado, a coletividade de parceiros do direito, os quais, enquanto cidadãos, exercitam sua autonomia no interior de um sistema de direitos carente de interpretação e de configuração.⁴⁵

⁴⁵ HABERMAS, 2003, p. 199.

Conforme explicitado no primeiro capítulo, os assuntos relativos à efetividade do direito autoral alcançam enorme polêmica perante a opinião pública, à vista dos diferentes interesses e valores em jogo. Habermas alerta para a necessidade de que, nesse tipo de debate, no qual o aspecto axiológico é preponderante em relação ao pragmático, o consenso não se restrinja ao plano discursivo apenas:

Todavia, a partir do momento em que os próprios valores orientadores tornam-se problemáticos, a pergunta: “o que devemos fazer?” aponta para além do horizonte da racionalidade teleológica. Preferências antagônicas exprimem às vezes oposições de interesses que não podem ser desarmadas no nível dos discursos. [...] Decisões axiológicas graves resultam da autocompreensão cultural e política de uma comunidade histórica e se transformam junto com ela. O esclarecimento dessa autocompreensão é dado por uma hermenêutica que se apropria criticamente das próprias tradições, contribuindo deste modo para a conscientização intersubjetiva de convicções axiológicas e orientações de vida autênticas.⁴⁶

Quanto a essa preocupação hermenêutica com as pré-compreensões do intérprete e a tradição em que ele se insere, inclusive, é bom que se mencione que a ética discursiva de Habermas acaba por tangenciar a hermenêutica filosófica de Gadamer, no que concerne ao sistema compreensivo de fusão entre o horizonte da tradição histórica e o do presente:

Todo encontro com a tradição realizado graças à consciência histórica experimenta por si mesmo a relação de tensão entre texto e presente. A tarefa hermenêutica consiste em não dissimular essa tensão em uma assimilação ingênua, mas em desenvolvê-la conscientemente. Esta é a razão por que o comportamento hermenêutico está obrigado a projetar um horizonte que se distinga do presente. A consciência histórica tem consciência de sua própria alteridade e por isso destaca o horizonte da tradição de seu próprio horizonte. Mas, por outro lado, ela mesma não é, como já procuramos mostrar, senão uma espécie de superposição sobre uma tradição que continua atuante. É por isso que logo em seguida ela recolhe o que acaba de destacar a fim de intermediar-se consigo mesma na unidade do horizonte histórico assim conquistado.⁴⁷

⁴⁶ HABERMAS, 2003, p. 201.

⁴⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I:** traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer, rev. trad. Enio Paulo Giachini. 9. ed. Rio de Janeiro: Vozes; São Paulo: Editora Universitária São Francisco, 2008. v. 1, p. 405.

Ante tudo quanto exposto, fica clara a pertinência da Teoria do Agir Comunicativo para o escopo hermenêutico de reabilitar a relação de validade da LDA com a sua faticidade. A conjugação do princípio do discurso com o referido texto legal há de resultar no renascimento do princípio da democracia no campo dos direitos de autor. E, em se possibilitando o incremento racional de ações comunicativas livres e igualitárias, nos procedimentos estatais, com o objetivo de alçar o consenso na dissolução dos conflitos jurídicos envolvendo a Lei nº 9.610/98, certamente se estará dando um grande passo para que os direitos autorais sejam respeitados, à medida que sejam repensados democraticamente.

Conclusão

A jornada monográfica que ora se encerra não tem grandes pretensões. Se tiver conseguido semeiar, em seu leitor, um pequeno raio de luz, para refletir sobre a situação do direito autoral no nosso país, o intento de seu subscritor já terá sido ultrapassado.

A verdade é que, embora Habermas tenha sofrido muitas críticas, devido a interpretações apressadas de sua obra, que a consideraram discursiva em excesso, inverossímil e estreme da realidade e a tacharam de prosélita de um proceduralismo incompatível com o Estado Social, prestacionista, é incontestável o grande contributo de suas teses para a concatenação da teoria do direito e do Estado à moral, cidadania, política, opinião pública e democracia.

Assim é que identificamos, na Teoria do Agir Comunicativo, um inesgotável manancial de soluções dialéticas para a crise do direito autoral no Brasil. Pareceu-nos, logo, de alguma valia traçar um paralelo entre esse tão polêmico e vasto tema, constante na ordem do dia das discussões jurídico-dogmáticas, e a obra habermasiana, também tão vasta e polêmica e que, outrrossim, se mantém ainda na ordem do dia das discussões hermenêutico-filosóficas.

Destarte, é cediço que a realidade social caminha em passos muito mais largos do que as leis, e que, em se tratando de direito autoral, essa discussão ganha ainda mais corpo, em virtude das perplexidades a que a comunidade jurídica tem assistido, com a expansão de veículos comunicacionais completamente ilimitados e irrefreáveis, como a internet.

Aplicando, portanto, os ensinamentos de Habermas ao contexto jurídico brasileiro, pode-se asseverar que essa distância entre faticidade e validade só poderá ser encurtada se o discurso legal autoralista for posto a reboque da sociedade, que deve assumir o papel que lhe cabe nessa discussão, qual seja, o de converter todo

o seu poder comunicativo em poder administrativo para que, só então, a vigente LDA adquira validade social e legitimidade.

Aristóteles asseverara que "o homem é um animal político".⁴⁸ Habermas pôde aprofundar essa máxima, acrescentando-lhe que o homem deveria assumir comunitariamente esse papel. E outro alemão, desta feita um poeta e dramaturgo – não menos genial do que o Grande Estagirita precitado –, conhecido como Bertolt Brecht, concluiu brilhantemente o raciocínio: "O pior analfabeto é o analfabeto político."⁴⁹

Referências

- ADORNO, Theodor Ludwig Wiesengrund. A indústria cultural. Tradução de Amélia Cohn. In: COHN, Gabriel (org.). **Comunicação e indústria cultural**. 5. ed. São Paulo: T.A. Queiroz, 1987.
- ALVES, Marco Antônio Sousa. Genealogia e crítica do direito autoral: colocando em questão o autor e as formas de fomento e proteção das criações intelectuais. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2008, Brasília. **Anais eletrônicos...** Brasília: CONPEDI, 2008. p. 6452-6468. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus///arquivos/anais/brasilia/09_711.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2009.
- ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Mário da Gama Kury. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da internet e da sociedade da informação: estudos**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- ASSIS, Diego. "Reforma Agrária" no direito autoral. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, p. E1, 3 jun. 2004.
- BLEICHER, Joseph. O programa de Habermas de uma ciência social dialético-hermenêutica. In: _____. **Hermenêutica contemporânea**. Tradução de Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 1992. p. 215-231.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. (Coleção Prof. Agostinho Alvim).
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. D.O.U. 05/10/1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao_Compilado.htm>. Acesso em: 1 jun. 2009. 159 p.
- _____. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. D.O.U. 20/02/1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao_Compilado.htm>.

⁴⁸ ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Mário da Gama Kury. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 14.

⁴⁹ BRECHT, Bertolt. **O analfabeto político**. [S.I.]: LCC Publicações Eletrônicas, [200-?], p. 14. Disponível em: <<http://www.culturabrasil.pro.br/brechtantologia.htm>>. Acesso em: 20 jun. 2009.

www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm. Acesso em: 1 jun. 2009. 21 p.

BRECHT, Bertolt. **O analfabeto político**. [S.I.]: LCC Publicações Eletrônicas, [200-?]. Disponível em: <<http://www.culturabrasil.pro.br/brechtantologia.htm>>. Acesso em: 20 jun. 2009.

COELHO, Adriano de Sales. **Contribuições da teoria do agir comunicativo de Habermas para a consolidação de uma educação crítica e reflexiva diante da sociedade da comunicação e informação**. 2005. Dissertação (Mestrado em Educação) – Pontifícia Universidade Católica, Curitiba, 2005. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=322>. Acesso em: 20 jun. 2009.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer, rev. trad. Enio Paulo Giachini. 9. ed. Rio de Janeiro: Vozes; São Paulo: Editora Universitária São Francisco, 2008. v. 1.

GARZON, Ana Rosa Lemos da Cunha. **Direitos autorais**: busca do equilíbrio. 2006. Dissertação (Mestrado em Artes Visuais) – Escola de Belas Artes da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/1843/EBAD-6VXGB9/1/mestrado_disserta_o.versaocompleta.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2009.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1. (Coleção Biblioteca Tempo Universitário, 101).

LESSIG, Lawrence. **Cultura livre**. Tradução de Fábio Emilio Costa. [S.I.]: Creative Commons 1.0, [2005]. Disponível em: <<http://ebooksgratis.com.br/livros-ebooks-gratis/tecnicos-e-cientificos/direito-autoral-cultura-livre-lawrence-lessig/>>. Acesso em: 22 jun. 2009.

MEYER, Emílio Peluso Neder. A tese central de Jürgen Habermas em Facticidade e validade. **Estudos Jurídicos**, Belo Horizonte, v. 38, n. 3, p. 38-49, set.-dez. 2005.

MORAES, Rodrigo. A função social da propriedade intelectual na era das novas tecnologias. In: BRASIL. Ministério da Cultura. **Direito autoral**. Brasília: Ministério da Cultura, 2006. (Coleção Cadernos de Políticas Culturais, v. 1).

SILVEIRA, Newton. **A propriedade intelectual e as novas leis autorais**: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas – da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

O afastamento da responsabilidade subsidiária da Administração Pública: o enfrentamento do Enunciado nº 331, item IV, do TST diante da Lei nº 8.666/93 e da Constituição Federal de 1988

André Luis Meireles Justi
Advogado da CAIXA no Ceará
Especialista em Direito Empresarial pela
Universidade de Fortaleza - UNIFOR

Arquimedes Bucar Lages
Advogado da CAIXA no Ceará

RESUMO

A atual interpretação dada pelo Tribunal Superior do Trabalho, por meio do Enunciado nº 331, IV, considerando a responsabilidade subsidiária da Administração Pública como tomadora de serviços terceirizados, afronta toda a estrutura do ordenamento publicista, notadamente com a ofensa do interesse público e da legalidade estrita, quebrando diversos princípios constitucionais. Submetida esta questão à análise, foi abordada a terceirização de serviços ao ente público, enfocando os reflexos da responsabilidade contratual e a supremacia do interesse público sobre o privado. O aprofundamento da matéria consolidou o entendimento de que não deve prevalecer a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, devendo ser aplicada a disposição do art. 71, § 1º, da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93).

Palavras-chave: Terceirização de serviços. Responsabilidade subsidiária. Primazia do interesse público. Prevalência da Lei de Licitações.

ABSTRACT

The Superior Court of Work current interpretation, by the Statement nº 331, IV, considering the subsidiary responsibility of the Public Administration as outsourcing services recruiter, goes against all public ordering structure, especially with the offense to the public interest and the strict legality, breaking several

constitutional principles. Being this subject submitted to an analysis, were dealled the outsourcing services to the public entity, focusing the contractual liability reflexes and the public interest supremacy over the private. The subject deepening has consolidated the understanding that the subsidiary liability of the Public Administration should not prevail, must be applied the disposition of the art. 71, § 1st, Procurement Law (Law nº 8.666/93).

Keywords: Outsourcing services. Subsidiary liability. Public interest primacy. Prevalence of Procurement Law.

Introdução

Este breve estudo tem como fim analisar o teor do item IV da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) em face da Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993) e da Constituição Federal de 1988 (CF/88).

Antes de se iniciar esta análise, é imperioso esclarecer que existe um grande embate doutrinário acerca da aplicação do item IV da Súmula 331/TST, havendo abalizadas opiniões em ambos os sentidos. A primeira corrente defende a tese de que o mencionado item da Súmula é plenamente aplicável, ao passo que a outra entende que este não deve ser aplicado em detrimento da legislação que versa sobre licitações e contratos celebrados no âmbito da Administração Pública.

Surge então uma dicotomia, o choque entre o interesse público e o privado. Por que inserir nesse contexto os entes da Administração Pública se estes são regidos por normas específicas ao direito público, tal como a Lei de Licitações, e aos princípios constitucionais da Administração Pública, normas incompatíveis com o interesse particular?

1 Da indevida invasão do interesse privado na terceirização do setor público

O Direito como ciência ramificou-se, a fim de especializar suas atuações na sociedade. Desse modo, têm-se como dois grandes troncos do Direito o ramo público e o privado, os quais possuem princípios e regras próprios, conforme o seu objeto e finalidade pretendidos.

A matéria abordada está permeada ora de interesse público, quando defende o erário público da persecução dos direitos trabalhistas, ora de interesse privado, quando protege o salário do obreiro diante da inadimplência da empresa prestadora do serviço.

Não há dúvida de que o TST, enquanto instituição que resguarda sobretudo os interesses do trabalhador, inclinou-se pela recepção de um entendimento que privilegiasse o interesse privado em detrimento do público, porém, conforme se confirma neste texto, não se pode concluir pela responsabilidade subsidiária da Administração Pública, porquanto esta, segundo a lei específica (Lei 8.666/93) e a CF/88, possui domínio próprio, inerente ao direito público.

Em se tratando de terceirização no setor público, não há que se falar em relação de trabalho, uma vez que a relação jurídica será estabelecida entre o Estado e uma pessoa jurídica (e não física) de direito privado. Trata-se, na verdade, de contrato administrativo e, como tal, deve ser regido segundo institutos, princípios e normas próprios do direito administrativo.

Não há de se negar a interdependência entre os ramos trabalhista e administrativo, mas a interferência de um sobre o outro não deverá ultrapassar a esfera da compatibilidade entre eles, conforme entendimento da própria Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), artigo 8º, parágrafo único, *in verbis*: “O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, **naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste**”.

Noutro giro, importa ressaltar a incompetência da Justiça do Trabalho para declarar a responsabilidade do ente público, haja vista que, reconhecida a inexistência de vínculo empregatício, o TST atribui responsabilidade no âmbito civil/administrativo, por força da responsabilidade objetiva do Estado, ou, em última análise, de culpa *in vigilando* e *in eligendo*.

Com efeito, não existe relação trabalhista entre a Administração e os empregados da empresa contratada, mas verdadeira relação administrativa, na medida em que esta encontra-se fundada em contrato de prestação de serviços entre empresa terceirizada e ente público, submetido às normas de direito administrativo e de direito civil - nada que diga com direito do trabalho.

Por outro lado, não há que se falar em responsabilidade objetiva da Administração, cuja conduta deverá ser comissiva, enquanto o que o TST imputa ao ente administrativo é “comportamento omisso ou irregular, ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado”¹.

Ademais, o Enunciado nº 331 incorre em expressa ofensa ao artigo 37, II, da Constituição, que demanda aprovação em concur-

¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 297.751/RR. Recorrente: Banco do Brasil S/A. Recorrida: Maria Tereza Leite da Silva. Relator: Ministro MILTON DE MOURA FRANÇA. Brasília, DF, 11 de setembro de 2000. DJ 20/10/2000. Disponível em: <[http://brs02.tst.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=\(225550.nia.\)&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1](http://brs02.tst.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=(225550.nia.)&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1)>. Acesso em: 12 mar. 2007.

so público como requisito para investidura em cargo ou emprego público, uma vez que impõe a responsabilização subsidiária, repassando a dívida trabalhista do particular ao ente público.

Ora, se até mesmo na contratação direta de empregados pela Administração sem concurso público, o próprio TST entendeu pela exclusão das parcelas que não configurem salário *stricto sensu*,² o que dizer dos casos em que sequer existe contratação trabalhista com a Administração? Logicamente que, nestes casos, há um maior distanciamento da atuação do direito laboral, impondo maiores restrições quanto à aplicação do entendimento do Excelso Pretório Trabalhista.

1.1 O fenômeno da terceirização

A terceirização constitui-se num fenômeno resultante da evolução das relações trabalhistas no tempo.

O direito do trabalho teve a sua gênese, enquanto ramo jurídico, na Revolução Industrial (séc. XVIII), quando a produção em massa atraiu a aglomeração de mão de obra, cuja consciência coletiva favoreceu a luta por melhores condições de trabalho.

A Segunda Revolução Industrial, com a intensa mecanização do trabalho no campo e dos processos industriais de produção em série, provocou a transmigração do setor secundário para o terciário, assim como a primeira provocou a migração da mão de obra rural para os grandes centros urbanos.

A Terceira Revolução Industrial, a conhecida “Revolução Tecnológica”, representada pelos setores da cibernetica, informática e automação, já tem produzido profundas modificações nas relações de trabalho, exigindo mão de obra qualificada pelo conhecimento intelectual.

Outra grande alteração na absorção de contingente laboral resultou da globalização, produto maior dessa mais recente fase mutante. É que, como consequência da acirrada competitividade dos mercados mundiais, os empregadores despararam-se com pressões econômicas de tal monta que somente na terceirização e na flexibilização dos direitos trabalhistas vislumbraram sua amenização.

O grande objetivo das empresas tem sido toda possível diminuição de custo, no intuito de fomentar a concorrência, ao tempo em que extraí maior margem de potencial lucrativo. O setor público, por seu turno, não objetiva concorrência, tampouco lucratividade.

² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 363. Disponível em: <http://www.tst.gov.br/Cmjpn/livro_html_atual.html#Sumulas>. Acesso em 07 mar. 2007.

Foi primeiramente na esfera das relações públicas que a terceirização foi introduzida e se desenvolveu no Brasil. Como mentor da terceirização brasileira, o Poder Público estabeleceu como alvo o aprimoramento das estratégias de administração, descentralizando ao máximo as atividades sob a sua direção. O verdadeiro marco evolutivo da terceirização deita raízes no Decreto-Lei N° 200/67, o qual, no art. 10, § 7º, recomendava a terceirização nos seguintes termos:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.
[...] § 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle, e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material das tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

1.2 A repercussão da licitude das relações de trabalho na terceirização

Entende-se por lícita a terceirização cujo objeto contratual é a transferência das atividades meio do ente tomador de serviço para empresas que as desenvolvam como sua atividade fim. Trata-se de delegação de atribuições, e não de requisição de ativo obreiro. Já a terceirização ilícita configura-se justamente na intermediação de mão de obra por empresa interposta.

A grande diferença entre esses tipos de terceirização é que, na lícita, a transferência parte da esfera de atuação do tomador (delegação de atividades) para a do prestador. Na terceirização ilícita, esse procedimento se realiza em sentido inverso, isto é, a empresa terceirizada é quem fica responsável por transferir o objeto do contrato ao tomador, que, nesse caso, será a própria mão de obra cedida.

O direito brasileiro admite apenas os casos de intermediação abrigados pela Lei de Trabalho Temporário. Tanto é assim que, verificada a hipótese, considerar-se-á formado o vínculo com o tomador de serviços. Atente-se, ainda, para a advertência expedida pelo TST (Enunciado nº 331, III) de que, conquantos aparentemente lícita, na terceirização poderá vir a ser reconhecida a formação de vínculo empregatício com o tomador, se restarem provadas a coexistência de pessoalidade do serviço e a subordinação direta.

Nesse ponto, o Poder Público é tratado com distinção, não sendo possível, em qualquer que seja a hipótese, o reconhecimento de vínculo com a Administração Pública, em face do que estabelece a Constituição Federal no seu artigo 37, II. Sobre o referido enfoque constitucional e sumular, questiona-se a flagrante contradição que se estabelece entre o inciso II e o inciso IV do Enunciado nº 331 do TST:

II – A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da Constituição da República).
[...]

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da Administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas, da sociedade de economia mista, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

A incoerência que se instala é a seguinte: **se incorrendo na terceirização ilícita, o Estado é obrigado a arcar tão somente com a verba salarial correspondente ao período trabalhado, por que ao proceder de forma lícita, é apenado com a responsabilização subsidiária por todos os encargos sociais?**

Examinada a questão que ora se põe, não subsiste a mínima dúvida quanto ao fato de não ter qualquer validade a orientação emprestada pelo Colendo Tribunal Superior do Trabalho ao tema em comento, apresentando-se este, sob todos os aspectos, flagrantemente constitucional e ilegal, pois não se pode admitir que, de forma ilegítima, outorgue-se à Administração Pública encargos trabalhistas sem que decorram de relação licitamente constituída. E tais relações apenas poderão nascer validamente na forma estatuída no art. 37, II, da Constituição. Cumpre ver, por outro lado, que não se admite e não se prevê, nesse âmbito, hipótese de *responsabilidade objetiva* do Estado, limitado este às situações previstas no art. 37, § 6º, da vigente Carta Política, que proclama o dever de indenizar por decorrência de atos ilícitos, assegurado o direito de regresso contra o causador do dano.

2 A culpabilidade como elemento na aplicação de responsabilidades e a adoção do procedimento licitatório

A culpa *in eligendo* configura-se pela má eleição do preposto. Caracteriza-se pela negligência do contratante, ao delegar servi-

ço ou negócio da sua competência, sem a necessária investigação acerca da idoneidade e solvabilidade do contratado. Observe-se, entretanto, que, em se tratando de Administração Pública, a escolha é feita por lei, segundo critérios por ela mesma apontados, em razão de que o administrador assume o papel de mero executor da lei.

Ao transferir determinada atividade para uma pessoa jurídica de direito privado, o Poder Público o faz mediante procedimento licitatório, de acordo com regras e padrões legais dos quais não se pode desviar, estando, nesse ponto, afastada a discricionariedade da Administração Pública.

O trâmite inicial da licitação dá-se com a habilitação dos candidatos, quando então deverão, inclusive, apresentar regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), bem como situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei (art. 29, IV, da Lei nº 8.666/93).

Destarte, uma vez demonstrado que a empresa candidata não tem cumprido com suas obrigações trabalhistas, esta já é eliminada, de logo, na primeira etapa do processo seletivo, não podendo sequer ser aberto o envelope contendo suas propostas, entregue juntamente com o da habilitação.

Seguem-se, daí por diante, a avaliação e o julgamento das propostas dos candidatos habilitados, também sob o crivo da lei e dos critérios por esta predeterminados. A empresa que habilitada apresentar a melhor proposta, segundo os moldes legais, tem adjudicado o objeto da licitação, podendo formalizar desde já o contrato com a Administração Pública.

Eis a razão de não se poder imputar ao ente público tomador de serviço a culpa *in eligendo*. É a lei que dispõe sobre os critérios de escolha do contratado, figurando o administrador, nesse ponto, como mero executor da lei.

Não tendo sido constatada qualquer ilegalidade no procedimento licitatório, não há como se imputar a falta de precaução da Administração Pública quanto ao contratado, uma vez que este apresentou provas suficientemente reconhecidas por lei relativas à sua idoneidade enquanto empregador. Havendo descumprimento posterior deste quanto a suas obrigações trabalhistas, tratar-se-á de fato superveniente fora do alcance de cautela da Administração.

3 Responsabilidade objetiva do Estado

Muitos dos que sustentam a tese da subsidiariedade da Administração Pública quanto à responsabilidade por verbas trabalhistas na terceirização têm fundamentado a mesma simultaneamente

na responsabilidade subjetiva (*culpa in eligendo e in vigilando*) e na responsabilidade objetiva do Estado.

De logo, já se verifica franca contradição. É que se se cogita a responsabilidade objetiva, não há por que se falar da subjetiva, já que aquela dispensa a verificação da culpabilidade. Em suma, se há culpa, não há por que se lançar mão da *teoria do risco*.

A responsabilidade objetiva tem fundamento constitucional, cuja conceituação se consolidou nos seguintes termos:

Art. 37. [...] § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.³

Em primeira análise, sobressai a questão do causador do dano. De acordo com a Constituição Federal, as pessoas jurídicas de direito público responderão por atos de seus **agentes**. Não se enquadram nessa categoria as pessoas jurídicas de direito privado que contratam com o Poder Público, pelo contrário, estas também são passíveis de responsabilização objetiva.

Medauar⁴ define agente público como sendo "todo aquele que mantém vínculo de trabalho com os entes estatais, de qualquer poder". Di Pietro⁵ esboça conceito de semelhante conteúdo, segundo o qual "agente público é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta". Infere-se das referidas acepções do termo *agente*, por conseguinte, que, de nenhuma maneira, poderia ser utilizado para se referir à pessoa jurídica de direito privado.

Do exposto, pode-se deduzir a improriedade da conexão que muitos autores fazem entre a responsabilidade objetiva do Estado perante terceiros e a responsabilidade da prestadora de serviço para com os seus próprios empregados. O esclarecimento está no fato de se ter como pressuposto da responsabilidade objetiva a comissão de ato lesivo por agente, e não por contratado, da Administração Pública.

4 Princípios incidentes da administração pública

Os princípios representam o fundamento de validade de um sistema jurídico, servindo de fonte de interpretação para a com-

³ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. D.O.U. 05/10/1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 7 mar. 2007.

⁴ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 311.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 422.

preensão de toda a sua estrutura. Melo⁶ assim se pronuncia a respeito do tema:

Princípio [...] é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Cada vez mais o Judiciário encontra apoio para fundamentar suas decisões nos princípios gerais do direito e nos princípios específicos ao direito aplicado.

No caso vertente, ao fixar a responsabilidade subsidiária dos entes públicos, o TST, *data venia*, afastou-se dos princípios norteadores do direito público, notadamente no campo do direito administrativo, que rege a atuação daqueles entes.

É notório que os princípios relacionados a seguir foram transgredidos ou ignorados, a fim de fazer prevalecer o interesse do particular, como veremos.

4.1 Princípio da legalidade

Este princípio limita a atuação do Estado somente ao que a lei autoriza ou permite. Algo diferente ocorre para os particulares, que, pelo princípio da autonomia da vontade, podem fazer tudo o que a lei não proíbe, em consonância com o art. 5º, II, da CF, *in verbis*: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

O significado deste princípio consiste no fato de a Administração necessitar de habilitação legal para adotar atos e medidas. Exige-se base legal para o exercício de cada um dos seus poderes.

A contratação de pessoas jurídicas de direito privado, por exemplo, requer a observância de normas expressas, que vão desde a forma de escolha do contratante até o modo de execução do contrato. Referido regramento encontra-se disposto na Lei nºº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos). Oportuno ressaltar, nesse ponto, a existência de expressa previsão legal (art. 71, § 1º, da mencionada lei) vedando a responsabilização subsidiária estatal por verbas resultantes de contrato de trabalho entre a empresa terceirizada e seus empregados.

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 545.

É de se constatar, portanto, a impossibilidade de se dispensar o mesmo tratamento dado ao tomador de serviço do setor privado pelo ente público terceirizante, haja vista que desde a seleção do contratante, cuja escolha independe da vontade subjetiva do administrador, até a efetivação do contrato e os efeitos daí resultantes incide rigorosa disciplina legal. A vontade que se sobressai é a da lei, não sendo admissível, desse modo, a imputação de culpa *in eligendo*. Nesse sentido é a interpretação do autor constitucionalista Moraes⁷, afirmando que “esse princípio coaduna-se com a própria função administrativa, de executor do direito, que atua sem finalidade própria, mas sim em respeito à finalidade imposta pela lei, e com a necessidade de preservar-se a ordem jurídica”. Note-se que não há que se cogitar culpa subjetiva quando se age em nome da lei.

Ressalte-se, outrossim, que a Administração Pública está imune a qualquer atribuição de responsabilidade que não lhe seja imposta por lei. Em pertinente elucidação do tema, Mello⁸ enfatiza que somente a lei pode estabelecer proibições e vedações à Administração, bem como autorizá-la a agir, desde que sob o seu comando.

Destarte, convém atentar para o fato de que o Poder Judiciário exerce o chamado controle jurisdicional sobre os atos da Administração Pública, enquanto guardião da fiel aplicação da lei. Jamais poderá essa esfera do poder estatal usurpar a função legada ao Legislativo no que concerne ao regramento de condutas da Administração.

O Enunciado nº 331, IV, TST, conquanto se constitua fonte referencial de aplicação do direito para os magistrados trabalhistas, não pode ultrapassar a esfera da relação entre particulares para adentrar a esfera do direito público, criando obrigações, que, ao ente estatal, somente podem ser impostas por lei.

4.2 Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado constitui-se princípio regente de todos os demais princípios do direito administrativo. Funda-se no pressuposto de que o bem-estar coletivo deve prevalecer quando da ponderação dos interesses presentes em determinada circunstância. Em razão de tal princípio é que, por exemplo, a Administração desapropria, intervém na propriedade privada, policia, pune etc. Em outras palavras,

⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 311.

⁸ MELLO, 2001.

o bem-estar do particular não sobressairá quando a Administração estiver no cumprimento de uma finalidade pública.

Ao terceirizar serviço que não compõe a atividade fim de determinado setor da Administração Pública, o Estado não faz nada mais do que pôr em prática o constitucionalmente consagrado princípio da eficiência, segundo o qual o Poder Público deve otimizar suas atividades observando o trinômio qualidade, celeridade e menor custo. O fenômeno da terceirização visa exatamente à possibilidade de o ente público concentrar seus esforços gerenciais em sua atividade principal, especializando, por outro lado, a atividade meio, que, gerida por uma empresa que a tem como sua atividade fim, propicia a redução dos gastos públicos.

Se um dos objetivos da terceirização do serviço público, além da qualidade, é a contenção de despesas, não há que se falar em responsabilidade subsidiária, uma vez que se responsabilizando por verbas trabalhistas a Administração Pública desvia-se de sua finalidade, que é justamente a minoração de despesas.

Como princípio norteador da relação do Estado com o particular, a supremacia do interesse público é destacada também pela CLT, quando da utilização de fontes secundárias do direito do trabalho. O texto normativo reporta-se inclusive à jurisprudência, enfatizando que ela não poderá fazer sobressair interesse particular diante de um interesse público a ser resguardado. Dispõe o art. 8º da CLT:

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por eqüidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. (grifo nosso)

Ao dispor contrariamente à finalidade pública da terceirização estatal, o Enunciado nº 331, IV, TST, entra em confronto não sómente com o princípio da supremacia do interesse público, mas com a própria Consolidação das Leis do Trabalho pela qual está sujeito e tem por dever zelar.

4.3 Princípio da indisponibilidade do interesse público

O Estado, como representante da vontade coletiva, não tem interesses próprios a perseguir, a não ser aqueles que coincidam com a aspiração social. Na função que lhe foi outorgada de admi-

nistrar, há de se ocupar com a mera condução dos negócios públicos, de forma a atingir a finalidade declarada na lei.

No exercício da mordomia de bens e interesses públicos, não pode o administrador deles “abrir mão”, por não lhes possuir a titularidade. Oportuno recordar que o poder emana do povo, que é o seu titular, sendo exercido por seus representantes. Exterioriza-se a vontade popular quando da elaboração das leis, pelas quais a máquina administrativa deve nortear as suas ações. Assim é que, ao dispor de algum interesse público, renunciando-o ou omitindo-o, a Administração afronta o *mandamus* legal, por vício de finalidade.

A Lei N° 9.784/99, no seu art. 2º, parágrafo único, II, pontuando sobre os critérios a serem observados pela Administração, dispõe nos seguintes termos: “atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial, de poderes ou competências, salvo autorização em lei”. É a legislação confirmado o princípio sobre o qual se estrutura.

É em razão do princípio da indisponibilidade do interesse público que os poderes conferidos à Administração Pública não são dotados de facultatividade, mas, ao contrário, constituem-se verdadeiros poderes-dever, isto é, poderes que não se pode deixar de exercer, sob pena de se responder por omissão. Isso diz respeito, por exemplo, ao poder de punir, coibir direitos individuais, intervir na propriedade privada, mas também ao poder de gestão das finanças públicas, o qual se enfoca a seguir.

Antes de proceder à contratação de pessoa jurídica de direito privado, o Poder Público promove o procedimento licitatório, através do qual selecionará, segundo critérios preeterminados na lei e no edital, a proposta mais vantajosa para a Administração. Eleita a proposta, conforme seja o tipo, melhor técnica ou técnica e preço, nas hipóteses de terceirização de serviços, o Estado fará sua previsão orçamentária de acordo com o *quantum* pré-estipulado no instrumento contratual.

Não há nada na lei, no procedimento licitatório ou no contrato, que possibilite a imposição ao Estado de obrigações que excedam as já constantes nesses instrumentos normativos. É dessa forma que os encargos sociais do contratado não se transferem para a esfera pública. Em última análise, tal imposição refletiria uma oneração à base orçamentária do poder público, impondo um ônus suplementar ao objeto contratual.

Assim, a utilização de finanças públicas para qualquer outro fim que não seja o disposto no contrato caracterizará desvio de finalidade - um confronto bilateral com a lei e com o princípio da indisponibilidade do interesse público.

5 Da flagrante constitucionalidade do Enunciado nº 331 do TST e da necessidade de provação do STF

A nossa atual Carta Magna é bem clara ao afirmar em seu artigo 5º, II, que “**ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei**”.

Por mais que o direito do trabalho seja eminentemente protetivo, a segurança do trabalhador hipossuficiente não pode ser promovida ao arrepio da legislação federal. Caso isso ocorra, estar-se-á diante de uma ofensa a um dispositivo constitucional, que deve ser repudiada com veemência por todos os operadores do direito. O primado da lei no ordenamento jurídico pátrio, consagrado no princípio da legalidade, deve ser respeitado por mais que, à primeira vista, o obreiro esteja sendo prejudicado. Se a lei está sendo prejudicial de alguma forma, que esta seja reformada pelo poder competente, enquanto isso não acontece, que a mesma seja cumprida.

Atualmente, o Enunciado nº 331 do TST, por seu inciso IV, com a modificação instituída pela Resolução nº 96/2000 daquela Corte, prevê expressamente a responsabilidade subsidiária dos órgãos da Administração Direta e Indireta em decorrência do inadimplemento, por parte de suas contratadas, das obrigações trabalhistas diante dos empregados destas últimas.

As súmulas de orientação jurisprudencial são instrumentos eficazes para traçar nortes aos operadores do direito por demonstrarem a estes a forma com que determinado tribunal interpreta dispositivos legais. Contudo, jamais se pode admitir a utilização de súmulas com o intuito de negar a aplicabilidade de dispositivo legal que se encontra plenamente em vigor.

Ao agir dessa forma, o Poder Judiciário acaba por subtrair a função de um dos outros três Poderes da República, qual seja: o Legislativo, a quem cabe precipuamente a função de editar normas gerais e abstratas de conduta, as leis.

A Resolução do TST nº 96/2000 configura evidente menoscabo a dois dos mais basilares princípios não só da República Federativa do Brasil como também de qualquer Estado Democrático de Direito: o da legalidade, consoante o já exposto alhures, e o da independência harmônica dos Poderes, por meio da consagrada fórmula de freios e contrapesos, nascida em meio ao iluminado pensamento de Montesquieu.

Aqui não se questionam os princípios do direito trabalhista, sobretudo o da proteção ao trabalhador hipossuficiente, apenas se combate a defesa de um princípio jurídico em detrimento de outros princípios de igual, ou talvez, superior importância.

Kelsen⁹, o maior dos defensores do positivismo jurídico, em sua Teoria Pura do Direito, com a autoridade já consagrada secularmente, afirmava que "o fundamento da validade de uma norma apenas pode ser a validade de outra norma". Esse postulado é a base da teoria da estrutura piramidal das normas jurídicas, na qual as subordinadas ou inferiores, sob pena de padecerem de víncio de ilegalidade ou mesmo constitucionalidade, devem se harmonizar com as normas hierarquicamente superiores. Nos Estados Democráticos de Direito, as normas constitucionais ocupam a posição de prevalência, sendo o fundamento de validade de todas as demais.

Ocorre que, ao se analisarem as normas constitucionais, facilmente se verifica que estas não possuem todas igual relevância: enquanto algumas configuram apenas regras procedimentais, outras atingem o caráter de princípio, sendo capazes de balizar o ordenamento jurídico como um todo.

Dentro da complexa arquitetura do sistema jurídico brasileiro, o desrespeito a qualquer um dos princípios constitucionais é suficiente para o desmoronamento do edifício da legalidade, mesmo porque os princípios são as vigas mestras deste. A proeminência das normas jurídicas, que consagram princípios sobre as demais, é opinião uníssona na doutrina, sobretudo a publicística.

Ao editar uma Súmula que ataca frontalmente lei federal em vigor, de forma a negar a sua aplicabilidade maculando sua eficácia, o TST acaba por desrespeitar o princípio da tripartição dos Poderes da República e da autonomia de cada um destes. Aquele, instituído na função de julgar, acaba por subtrair a função de legislar própria dos parlamentos, colaborando para a derrocada de todo um sistema jurídico.

Assim sendo, resta clara uma dupla violação a princípios basilares do nosso ordenamento jurídico, quais sejam: o da legalidade e o da tripartição harmônica dos poderes.

Entende-se que o trabalhador, hipossuficiente por excelência, deve ser protegido da inadimplência de seu empregador, contudo, *de lege lata*, tal proteção não pode ocorrer da forma em que o Enunciado nº 331, IV, do TST prenuncia, razão pela qual tal enunciado deve ser combatido, no intuito de evitar que esta ilegalidade se perpetue no tempo, tornando-se verdadeiro arquétipo eterno.

Cumpre ainda destacar que não só o princípio da legalidade, como previsto no art. 5º, II , da CF/88 foi ferido. O princípio da legalidade também é informador da atividade administrativa, sendo previsto de forma expressa no *caput* do artigo 37 da Carta Magna.

⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 2. ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1962, p. 2.

Dada a forma pela qual a Administração Pública se submete a esse princípio, a doutrina acaba por denominá-lo de princípio da legalidade estrita. Essa terminologia surge do fato de que, ao contrário do particular, que pode fazer tudo aquilo que não lhe é vedado por lei, a Administração Pública só pode fazer aquilo que a lei expressamente permite. Vejam as sábias palavras do saudoso Meirelles¹⁰:

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa "pode fazer assim", para o administrador público significa "deve fazer assim".

O artigo 71 da Lei 8.666/93 proíbe expressamente que a Administração Pública seja responsabilizada pelos débitos trabalhistas de suas contratadas, qualquer decisão em contrário fere o artigo 37, *caput*, da Constituição.

A legalidade, em sentido lato ou estrito, a tripartição harmônica dos poderes e mesmo a supremacia do interesse público devem ser protegidas de forma tão ou mais intensa que os interesses do trabalhador, razão pela qual se deve buscar responsabilizar de forma eficaz não o Poder Público, mas sim quem realmente se locupleta não só por meio do trabalho alheio como também dos contratos firmados com o Poder Público: os sócios das empresas prestadoras de serviços contínuos.

A par do questionamento sobre quem deveria ser responsabilizado, cumpre buscar uma solução que evite a responsabilização do ente público, respeitando-se, assim, a vontade soberana do cidadão brasileiro, consubstanciada na legislação federal em vigor, que obsta essa responsabilização.

Consoante o declinado alhures, o Enunciado nº 331, IV , do TST estaria violando preceitos fundamentais de nossa Carta Magna, quais sejam: os consagrados em seu artigo 2º (princípio da tripartição dos poderes); 5º, II (princípio da legalidade) e 37, *caput* (princípio da legalidade estrita).

A Constituição Federal confere ao STF a tarefa precípua de realizar a sua guarda, criando uma série de mecanismos para operacionalizar essa defesa, entre eles, destaca-se o previsto no artigo 102, § 1º, denominado Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF.

A Lei nº 9.882/99 regula o processo e o julgamento da ADPF, estabelecendo as hipóteses de cabimento, a legitimidade ativa, os

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 88, grifo nosso.

requisitos da petição inicial e todos os outros aspectos atinentes a esse tipo de procedimento.

Considera-se que o Enunciado nº 331, IV, do TST poder-se-ia enquadrar na hipótese do artigo 1º do mencionado diploma legal, posto que é um ato do Poder Público (*in casu* o Poder Judiciário) que fulmina a descrita série de preceitos fundamentais da nossa Constituição, causando uma série de danos ao patrimônio público. Desse modo, caberia solicitar ao STF que se manifestasse acerca dessa controvérsia, a fim de que o TST não exorbitasse da faculdade de que lhe assiste – unificar a jurisprudência trabalhista – sumulando *contra legem*.

Qualquer interessado pode, nos termos do artigo 2º, § 1º, da Lei 9.882/99, representar perante o Procurador-Geral da República, pleiteando o ajuizamento da ADPF. Feito isso, nossa Suprema Corte poderá decidir, de forma irrecorrível, se é possível algum tribunal editar súmula que contrarie expressamente lei federal em vigor, prática esta que, em nossa ótica, deve ser repudiada com veemência.

Conclusão

A sociologia jurídica já concluiu que o Direito como ciência deve ser o reflexo das relações travadas no âmbito da sociedade, e não o contrário.

Como advogados de empresa pública, os autores testemunham a sobrevida de várias empresas terceirizadas – em sua maioria cooperativas – criadas para o fim específico de contratar com o setor público, não tendo sido poucas as “empresas” que vieram a fechar as portas em razão de má administração ou ausência de compromisso com a atividade prestada.

Certo é que, independentemente das circunstâncias que levaram essas empresas a descumprir o pacto laboral firmado com os seus empregados, o ente público, com base no citado enunciado, tem sido coagido ao pagamento dos créditos trabalhistas.

O entendimento, em que pese o posicionamento jurisprudencial contrário, ofende frontalmente a Constituição, desconsiderando os princípios da legalidade, da supremacia do interesse público sobre o particular e da indisponibilidade do interesse público, gerando enriquecimento ilícito aos sócios ou administradores da “empresa” contratada pelo ente público.

Com efeito, a terceirização na Administração Pública é gerida por regime jurídico próprio, uma vez que se instrumentaliza por intermédio das espécies contratuais previstas na Lei de Licitações e Contratos. Estrutura-se, ainda, sobre os pilares do direito adminis-

trativo, tais como os princípios da legalidade, da supremacia do interesse público sobre o particular, da indisponibilidade do interesse público e o constitucionalmente consagrado princípio da eficiência.

Na verdade, o regime jurídico trabalhista difere, e muito, do regime jurídico administrativo, não devendo açambarcar a esfera de ingerência deste, em que pese ainda o fato de a própria CLT, no seu artigo 8º, fazer enfática advertência sobre a impossibilidade de direitos trabalhistas sobrepor-se ao interesse coletivo.

Em se tratando de terceirização, principalmente, se o Poder Público não é responsabilizado pelo montante das parcelas trabalhistas, quando da verificação da ilicitude desta, maior razão haverá para que não seja responsabilizado quando agir licitamente.

O Enunciado nº 331, IV, do TST fere flagrantemente os princípios da administração pública, afronta a legislação administrativa, que veda a responsabilidade subsidiária do Estado no tocante a verbas trabalhistas, e, ainda, insurge-se contra a própria legislação que representa, a qual não só confere, mas determina tratamento preferencial ao interesse público.

O aplicador do direito, portanto, deverá zelar pela correlação harmônica dos ramos de direito, infligindo, para isso, as limitações cabíveis.

Assim sendo, faz-se necessário reconhecer que não há, no plano legal, a possibilidade jurídica de imputar-se à Administração Pública a responsabilidade por encargos trabalhistas inadimplidos por empresas prestadoras de serviços, excedendo e afrontando o Enunciado nº 331 do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho os limites da competência constitucionalmente atribuída a tal Corte pela Constituição Federal.

Demandado em tal condição, pode e deve o ente contratante arguir não só a impossibilidade jurídica do pedido como também a ilegitimidade para responder à demanda que envolve questões pertinentes a empregado e empregador, não lhe dizendo respeito diretamente, porquanto não contratou, assalariou ou dirigiu a prestação de serviços, sequer detendo condições de formular defesa em seu favor.

Referências

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. D.O.U 05/10/1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 5 mar. 2007.
- _____. Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 7 mar. 2007.

_____. Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 mar. 2007.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 mar. 2007.

_____. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 mar. 2007.

_____. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 mar. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 179.147-SP. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrida: Analia Vieira dos Santos. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 12 de dezembro de 1997. DJ 27/02/1998. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS2/STF/IT/RE_179147_SP%20_12.12.1997.pdf>. Acesso em 7 mar. 2007.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 297.751/RR. Recorrente: Banco do Brasil S/A. Recorrida: Maria Tereza Leite da Silva. Relator: Ministro MILTON DE MOURA FRANÇA. Brasília, DF, 11 de setembro de 2000. DJ 20/10/2000. Disponível em: <[http://brs02.tst.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=\(225550.nia.\)&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1](http://brs02.tst.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=(225550.nia.)&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1)>. Acesso em: 12 mar. 2007.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução nº 96/2000. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br/DGCJ/IndiceResolucoes/Resolucoes/index.html>>. Acesso em: 7 mar. 2007.

_____. _____. Súmula nº 331. Disponível em: <http://www.tst.gov.br/Cmjpn/livro_html_atual.html#Sumulas>. Acesso em: 7 mar. 2007.

_____. _____. Súmula nº 363. Disponível em: <http://www.tst.gov.br/Cmjpn/livro_html_atual.html#Sumulas>. Acesso em 07 mar. 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 2. ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1962.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

O perfil constitucional dos partidos políticos no Brasil

Bruno Queiroz Oliveira

Advogado da CAIXA no Ceará

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará

Professor do Curso de Direito da Faculdade Christus e no

Programa de Pós-Graduação da Escola Superior

do Ministério Público do Ceará

Conselheiro na OAB/CE

RESUMO

Estudo breve sobre os princípios que regem a dinâmica de atuação dos partidos políticos no ordenamento jurídico brasileiro, com ênfase na disciplina estabelecida na Constituição Federal de 1998, que erigiu o direito ao funcionamento, participação e organização dos partidos políticos à categoria de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Partidos políticos. Regime democrático. Autonomia partidária. Pluripartidarismo.

ABSTRACT

Brief study on the principles governing the dynamics of political parties in the Brazilian legal system, with emphasis on discipline established in the Constitution of 1998, which set the law in operation, participation and organization of political parties to the category of fundamental rights.

Keywords: Political parties. Democratic regime. Party autonomy. Multiparty system.

Introdução

A Constituição Federal de 1988 regulamentou os partidos políticos como instrumentos indispensáveis para a preservação do Estado Democrático de Direito, asseverando a liberdade de criação, fusão, incorporação e extinção, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os preceitos de caráter nacional, vale dizer, proibição de recebimento de recursos financeiros de entidades ou governos estrangeiros ou de subordinação a estes; prestação de contas à Justiça Eleitoral e

funcionamento parlamentar de acordo com a lei. Tal disciplina encontra-se no artigo 17 da Carta Magna, dentro de um capítulo próprio do título Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Pela norma ora em vigor, a criação, alteração e extinção de um partido político é decisão *interna corporis*, tomada com inteira liberdade pelos próprios órgãos, exigindo-se apenas respeito e obediência aos princípios fundamentais do sistema partidário inscritos na Constituição.

A Carta Magna assegura ainda aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, devendo seus estatutos estabelecer normas de fidelidade e disciplina partidárias, sendo ainda vedada aos partidos a organização paramilitar. Além disso, as agremiações partidárias, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral e terão direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, tudo na forma da lei.

Assim, organizados, agora, como pessoa jurídica de direito privado, os partidos políticos adquirem personalidade jurídica na forma da lei civil, ficando, porém, sua atividade, a ser exercida de acordo com a legislação, sob a supervisão da Justiça Eleitoral, no que concerne à sua participação no processo eleitoral e parlamentar, bem como ao uso do dinheiro para a realização de suas atividades, com a obrigação, outrossim, de prestar contas ao órgão competente do Poder Judiciário Eleitoral.

Como exposto anteriormente, os partidos têm o dever de resguardar e proteger, em suas atividades, o regime democrático, o pluripartidarismo e os direitos fundamentais da pessoa humana. Desse modo, os seus programas não poderão estabelecer metas que contrariem os preceitos democráticos estabelecidos na Carta Magna, como, por exemplo, mudança do regime de governo. Tais entidades prestam contas à Justiça Eleitoral, numa clara relativização da autonomia partidária, cedendo espaço ao controle jurisdicional das contas das entidades em apreço.

1 Partidos políticos: conceito

Não é tarefa simples conceituar corretamente os partidos políticos. Paulo Bonavides, ao tratar sobre as agremiações partidárias em sua obra Ciência Política, logo alerta o leitor para a mencionada dificuldade, haja vista que nas três obras máximas escritas no século XX sobre o tema – os clássicos de Ortogorsky (*La Démocratie et L'Organization des Partis Politiques*), Michels (*Les partis politiques: essai sur les tendances oligarchiques de démocraties*) e Duverger

(Les partis politiques) – não existe uma boa definição de partido político.¹

Na literatura especializada sobre as agremiações partidárias, as diversas definições encontradas podem ser divididas em dois tipos: amplas e restritas. As definições amplas procuram dar conta de todas as dimensões do fenômeno partidário, englobando agremiações que atuam na arena eleitoral em países democráticos, partidos únicos de regimes fechados e partidos militantes (religiosos, étnicos, regionais, ideológicos) que atuam à margem do sistema político com ação extraparlamentar.

Segundo Jairo Marconi Nicolau, um partido pode ser definido como organização que tem por objetivo colocar seus representantes no governo. Ao qualificar sua definição, esse autor alerta que existem três mecanismos utilizados pelos partidos para conquistar o poder: via competição eleitoral, por ação direta administrativa (quando um partido no governo não permite competição eleitoral) ou por intermédio da força (quando um partido procura subverter o sistema e conquistar o governo). Assim sendo, os partidos possuem três tipos de estratégia para atingir seus objetivos: competitivas, restritivas e subversivas.²

Por outro lado, consoante a definição restrita, o conceito de partido está intimamente ligado à dimensão competitiva, vale dizer, os partidos são organizações que participam diretamente das eleições em países democráticos, de modo que o partido político é um conjunto de indivíduos que procuram controlar o aparato de governo por intermédio da conquista de cargos eleitorais.³

Na doutrina nacional, José Afonso da Silva define o partido político como “uma forma de agremiação de um grupo social que se propõe organizar, coordenar e instrumentar a vontade popular com o fim de assumir o poder para realizar o seu programa de governo”.⁴

Por sua vez, alargando o conceito de partido político, uma vez que nele inclui vontade de exercer influência na administração da coisa pública, e não apenas a tomada do poder propriamente dita, Celso Ribeiro Bastos define o partido político como “uma organização de pessoas reunidas em torno de um mesmo programa político com a finalidade de assumir o poder e de mantê-lo ou, ao menos, de influenciar na gestão da coisa pública, através da oposição”.⁵

¹ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 344.

² NICOLAU, Jairo Marconi. **Multipartidarismo e Democracia:** um estudo sobre o sistema partidário brasileiro. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1996, p. 9

³ Ibidem, p. 10.

⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 393.

⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 275.

Ainda no âmbito da doutrina nacional, José Bispo Sobrinho acentua que “o partido político é uma organização de parte ou parcela do povo, segundo os mesmos ideais políticos, com objetivo de desenvolver uma ação comum voltada ao exercício dos negócios do Governo”.⁶ De forma muito semelhante ao conceito anterior, Pinto Ferreira assevera que o partido político é “uma associação de pessoas que, tendo a mesma concepção de vida sobre a forma ideal da sociedade e do Estado, se congrega para a conquista do poder político, a fim de realizar determinado programa”.⁷

Interessante registro da definição dos partidos é feito por Marcello Baquero. O autor discorre acerca do conceito de partido na América Latina. Segundo ele, a palavra partido foi inicialmente utilizada neste conjunto de países de maneira bastante particular. *In verbis*:

A rigor, a palavra partido, portanto, foi inicialmente utilizada neste continente com uma conotação muito peculiar. Distintas facções armadas aglutinaram-se em grupos políticos sob a liderança e direção de um líder, convertendo-se, posteriormente, em uma organização orientada para a conquista do poder, na qual prevalecia o caráter personalista, bem como escassas posturas ideológicas.⁸

Hans Kelsen define os partidos políticos como organizações que congregam homens de opiniões convergentes, visando a afiançar-lhes verdadeira influência na consecução dos negócios públicos. Para o mestre de Viena, qualquer hostilidade à formação dos partidos políticos, e, portanto, em última análise, à democracia, serve a forças políticas que visam ao domínio absoluto dos interesses de um só grupo.⁹

Como se percebe, várias definições foram elaboradas para buscar o significado dos partidos políticos, muitas delas apresentando pontos de identificação.

Dentre as características necessárias para a configuração de uma agremiação partidária, o cientista político francês Jean Charlot, com base na doutrina de Joseph la Palombara, cita a necessidade de

⁶ BISPO SOBRINHO, José. **Comentários à Lei Orgânica dos Partidos Políticos**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 18.

⁷ FERREIRA, Pinto. **Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, tomo I, p. 376.

⁸ BAQUERO, Marcello. **A Vulnerabilidade dos Partidos Políticos e a Crise da Democracia na América Latina**. 1. ed. Porto Alegre: Editora da Universidade/UFRGS, 2000, p. 56.

⁹ KELSEN, Hans. **A Democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti et al. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 41.

organização estável, uma organização completa, incluída a escala local, a vontade deliberada de exercer diretamente o poder e, por fim, a intenção de procurar o apoio popular.¹⁰

Não obstante o peso doutrinário dos conceitos citados, pensamos que a melhor definição de partido político deve refletir a sociedade em que vivemos, de modo que nos valemos do magistério do professor Paulo Bonavides, para com ele afirmar que "partido político é uma organização de pessoas que, inspiradas por idéias ou movidas por interesses, buscam tomar o poder, normalmente pelo emprego de meios legais, e nele conservar-se para realização dos fins propugnados".¹¹

2 Princípios constitucionais de organização partidária

Etimologicamente, o termo "princípio" encerra a ideia de começo, origem, base. Em linguagem leiga é, de fato, ponto de início ou alicerce de um processo qualquer. Por igual modo, em qualquer ciência, princípio é o começo, o que pressupõe a ideia de um pilar privilegiado que torna mais inteligível a demonstração de algo.

O Direito, por sua vez, não é mero somatório de regras avulsas, produto de atos de vontade ou simples concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si. A ciência jurídica implica coerência, projetando-se num sistema de normas, e esse ordenamento traduz-se em princípios. O Direito, portanto, é uma realidade dinâmica, que está em permanente movimento, acompanhando as relações humanas, modificando-as e adaptando-as às novas necessidades do cotidiano social.

O professor catedrático da Universidade de Lisboa Jorge Miranda esclarece a função dos princípios no ordenamento jurídico:

A função ordenadora dos princípios revela-se particularmente nítida e forte em momentos revolucionários, quando é nos princípios – nos quais se traduz uma nova idéia de direito – e não nos poucos e precários preceitos escritos, que assenta directamente a vida jurídico-política do país. Mas não menos sensível se apresenta em épocas de normalidade e estabilidade institucional. Eles exercem uma acção imediata enquanto directamente aplicáveis ou directamente capazes de conformarem as relações político-constitucionais. E exercem também uma ação mediata tanto num plano integrativo e construtivo como num plano essencialmente prospectivo. A acção mediata dos princípios consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critérios de interpretação e de integração, pois

¹⁰ CHARLOT, Jean. **Os Partidos Políticos**. Tradução de Carlos Alberto Lamback. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982, p. 6-7.

¹¹ BONAVIDES, 2000, p. 346.

são eles que dão a coerência geral do sistema. Servem, depois, os princípios de elementos de construção e qualificação: os conceitos básicos de estruturação do sistema constitucional aparecem estreitamente conexos com os princípios ou através da prescrição de princípios.¹²

Entendemos que os princípios exercem, outrossim, uma função prospectiva, dinamizadora, transformadora e integradora, em razão de seu maior grau de generalidade e indeterminação, além da força expansiva que possuem, uma vez que se acham desprovidos de preceitos.

O professor Raimundo Bezerra Falcão, ao discorrer sobre a interpretação integradora, ensina que se trata de interpretação que convida o aplicador do direito a libertar-se da estrita e direta relação norma-fato, de modo a melhor vislumbrar todos os fatores a serem levados em conta:

Interpretação integradora é a que leva em conta dois aspectos: plenitude lógica e plenitude axiológica, forcejando na constante descoberta desta para qualificar aquela com a verdadeira justiça. É a interpretação viva e completa. Viva, porque atuante na plenificação. Completa, porque não só ajustamento de peças normativas, mas também qualificação valorativa. Desperta o intérprete para os envolvimentos funcionais da parte — inclusive ele, como parte que também é — dentro do sistema. Alerta-o, de igual modo, para as responsabilidades da parte perante o sistema, assim como em relação às repercussões mútuas dos sistemas entre si, compreendidos, é óbvio, quando falamos em sistemas, também os subsistemas. Convida o intérprete a sair da estrita e direta relação norma-fato, vista isoladamente, e partir para um alargamento da percepção e da sensibilidade, melhor desfraldando o leque de fatores e alternativas a serem considerados na interpretação.¹³

Ainda no que concerne aos princípios, hodiernamente não mais se acha em discussão no meio jurídico se os princípios são normas ou não. Os princípios não se contrapõem às normas. Como bem ressalva Germana de Oliveira Moraes, após a superação do antagonismo jusnaturalismo versus positivismo, é reconhecida a normatividade dos princípios:

Com o pós-positivismo, dominante no constitucionalismo deste final de século XX, reconhece-se, além da normatividade dos princípios, a hegemonia normativa

¹² MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 434.

¹³ FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 225.

dos princípios em relação às regras. Deve-se sobretudo à teoria de Ronald Dworkin, jurista de Havard, nos Estados Unidos, e ao jurista alemão Robert Alexy o reconhecimento da normatividade dos princípios, e mais do que isso, o tratamento dos princípios gerais como Direito.¹⁴

Discorrendo sobre os princípios, Robert Alexy, depois de reconhecê-los como normas jurídicas, afirma que os princípios atuam como mandatos de otimização, que podem ser cumpridos em diferentes graus e de acordo com as possibilidades reais e jurídicas do ordenamento:

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.¹⁵

Feitas essas considerações acerca da moderna compreensão do Direito por meio dos princípios, no que tange à organização dos partidos políticos, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 17, estabelece as diretrizes a que devem estar subordinadas nossas agremiações partidárias.

3 Liberdade de organização partidária

O primeiro postulado insculpido pela Carta Magna acerca dos partidos é o Princípio da Liberdade de Organização Partidária, isto porque a Constituição Federal declara, no *caput* do artigo 17, ser livre “a criação, fusão, incorporação e extinção dos partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo e os princípios fundamentais da pessoa humana”. Houve um consenso nos trabalhos da Constituinte de que a nova Constituição não deveria delimitar a existência de um número mínimo de partidos, tampouco estabelecer condições para sua criação.

¹⁴ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdiccional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999, p. 20.

¹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Traducción (versión castellana) de Ernesto Garzón Valdés. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 86.

Tal princípio encontra-se, outrossim, prescrito no artigo 2º da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, vale dizer, Lei Orgânica dos Partidos Políticos.¹⁶

Como se depreende da inteligência do dispositivo, contudo, o Princípio da Liberdade de Organização Partidária não possui caráter absoluto, de tal monta que sua aplicação deve estar em consonância com a existência de outros princípios, como a Soberania Nacional, o Regime Democrático, o Pluripartidarismo e os Direitos Fundamentais da Pessoa Humana. Dessa forma, caso algum partido pregasse em seus programas a implantação do sistema de partido único em nosso ordenamento jurídico, por exemplo, tal circunstância poderia ensejar a cassação do registro dessa agremiação.

Lenio Luiz Streck ressalta que a Constituição Federal de 1988 adotou, no que concerne à organização dos partidos, uma concepção minimalista, permitindo uma ampla liberdade de organização, ou seja, não existe um controle quantitativo (embora seja possível fazê-lo por lei ordinária), mas um controle qualitativo atinente à necessidade de respeito ao Estado Constitucional Democrático.¹⁷

O denominado controle quantitativo, também chamado de controle formal ou instrumental, consiste no estabelecimento dos requisitos formais que devem reunir as agremiações para serem reconhecidas, tais como número mínimo de filiados, inscrição num registro especial, apoio mínimo de eleitores e outros. A Lei Orgânica dos Partidos Políticos, por exemplo, exige, quando do registro do partido no Tribunal Superior Eleitoral, o apoio básico de eleitores correspondente a, pelo menos, meio por cento dos votos dados na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, não computados os votos brancos e nulos, distribuídos por um terço dos estados da Federação.¹⁸

Já o controle qualitativo encontra-se expressamente consagrado na própria Constituição Federal em função do regime democrático. Assim, fica proibido aos partidos adotar uma determinada ori-

¹⁶ "Art. 2º - É livre a criação, fusão, incorporação e extinção dos partidos políticos cujos programas respeitem a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo e os direitos fundamentais da pessoa humana" (BRASIL, 2009b, p. 505).

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 178.

¹⁸ "Art. 7º [...] § 1º Só é admitido o registro do estatuto do partido que tenha caráter nacional, considerando-se tal aquele que comprove o apoio mínimo de eleitores correspondente a, pelo menos, meio por cento dos votos dados na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, não computados os votos em branco e os nulos, distribuídos por um terço, ou mais do Estado, com um mínimo de um décimo por cento do eleitorado que haja votado em cada um deles" (BRASIL, 2009b, p. 506).

entação ideológica contrária às prescrições fundamentais previstas na Carta Magna.

Nesse sentido, vem a lição do professor José Afonso da Silva:

Assim, unicamente alcançarão o reconhecimento de partidos aquelas agrupações que afinem fervorosamente sua homogeneidade ideológica com o sistema imperante, quer dizer, com as pautas dominantes do regime político vigente, de tal modo que resulta inconcebível – para este critério – que sejam admitidos partidos de tendência autoritária ou monocrática num Estado que garanta o pluralismo.¹⁹

4 Soberania nacional

Outro princípio fundamental que deve nortear o programa do partido político é o respeito à soberania nacional. Tecnicamente, soberania nacional é o conjunto de atribuições do Estado politicamente organizado.

Soberania é o poder exclusivo e absoluto do Estado (nação) de organizar-se e dirigir-se de acordo com a sua vontade incoercível e incontrastável sancionada pela força. É o poder de auto-determinação [sic]. A soberania nacional, nos estados democráticos, emana do povo e em seu nome é exercida. Como poder de Governo pertence à nação e só encontra limites na determinação do próprio Estado.²⁰

A soberania não se restringe, portanto, ao poder coercitivo e à independência do Estado. Compreende um complexo de princípios voltados à convivência pacífica dos povos, à garantia das liberdades, à prevalência dos direitos humanos, à defesa da paz e solução pacífica dos conflitos, ao repúdio ao terrorismo e ao racismo e à concessão de asilo político.

Nesta senda, os partidos políticos não podem estabelecer nos seus programas quaisquer diretrizes implícita ou expressamente contrárias aos valores ora mencionados, sob pena de afronta ao princípio em comento.

5 Respeito ao regime democrático

O regime democrático é considerado, atualmente, como processo histórico e dinâmico por excelência. Assim, a Constituição Federal estabeleceu que o respeito ao regime democrático é mais um

¹⁹ SILVA, 2003, p. 381.

²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 80.

dos princípios aos quais os partidos políticos encontram-se vinculados.

Consoante os ensinamentos de Aristóteles, democracia constitui forma de governo, ao lado da monarquia e da aristocracia. Para Aristóteles, a democracia é o governo constitucional para muitos, modelo governativo assemelhado à politeia (governo exercido pela maioria dos cidadãos, para o bem de toda a comunidade).²¹

A democracia é um conceito histórico. Constitui instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem. Nesse contexto, a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, e sim processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que este vai conquistando no correr da história. Assim, a investigação pela essência e pelas características da democracia não se pode dar em determinado momento, pois, como se disse, é fenômeno de constante mutação.

A democracia é, portanto, um *continuum*, um processo, que se demonstra numa experiência permanente, e não numa solução final. Imanentes ao regime democrático existem alguns postulados essenciais, como a garantia dos direitos fundamentais do homem, a valorização do indivíduo e da personalidade integrada e o compromisso entre ideias opostas, para uma solução pacífica.²²

No regime democrático, prevalece o postulado da soberania popular, vale dizer, as decisões são tomadas pela maioria, preservados os direitos das minorias. Todos, portanto, têm direitos e oportunidades iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Os representantes do povo, por sua vez, são aqueles cidadãos que, vinculados aos partidos políticos, elegem-se para pôr em prática as ações governamentais de interesse popular.

Na moderna democracia representativa, a vontade popular e a do Estado apresentam-se intermediadas não somente pelos partidos políticos, que por definição têm o propósito de serem instrumentos através dos quais o povo decide o meio de orientação política do governo, mas também por toda uma série de entidades que, sem se declararem de fins políticos, mas sim restritas à promoção de seus interesses, sem dúvida, interferem quer na vida dos partidos, quer na vida do Estado.

Os ideais de liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana, reprimidos durante séculos, emergiram com o Estado de Di-

²¹ ARISTÓTELES. **Política**. Livro III. Tradução de Therezinha Monteiro Deutsch Baby Aragão. São Paulo: Nova Cultural, 2000, p. 224.

²² GARCIA, Maria. A Democracia e o Modelo Representativo. In: GARCIA, Maria (Org.). **Democracia, hoje**. Um modelo político para o Brasil. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997, p. 41-83, p. 43.

reito moderno, concebendo governos democráticos e distribuindo as funções do poder entre diversos detentores.

6 Pluripartidarismo

O pluripartidarismo, em oposição aos sistemas unipartidário e bipartidário, revela-se como elemento essencial ao regime democrático e à acomodação das várias tendências políticas dominantes em determinada época do cenário político nacional.

Num regime democrático como o nosso, com predominância de várias correntes de opinião partidárias, a acomodação dessas tendências em organizações ou agremiações de três ou mais partidos atende ao requisito do pluripartidarismo estabelecido no artigo 17 da Constituição.

Nem poderia mesmo a Carta Magna restringir o número de partidos, isso porque constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1.º, inciso V) o pluralismo político, de modo que seria um grande contrassenso qualquer limitação expressa à existência de partidos políticos contida no próprio corpo da Constituição. Evidentemente, isso não significa que a legislação ordinária não possa estabelecer requisitos para o registro e funcionamento dos partidos políticos.

Ressaltando a importância do pluralismo político, o professor italiano Umberto Cerroni assevera:

O pluralismo é uma necessidade orgânica para a fundação de uma sociedade diversa e de um Estado diverso, que se queiram desenvolver com base na liberdade política. O confronto entre vários partidos é, na verdade, a garantia de que os ritmos do processo de integração entre democracia direta e democracia representativa serão ritmos calibrados pela avaliação simulada de todas as razões, inclusive das razões de tradição liberal, referidas todas ao consenso e à soberania popular.²³

7 Caráter nacional

De acordo com a Carta Magna de 1988, a existência de partidos políticos ficou condicionada a fatores como a necessidade do caráter nacional das agremiações. A Lei Orgânica dos Partidos Políticos também exige a organização dos partidos em caráter nacional.²⁴

²³ CERRONI, Umberto. **Teoria do Partido Político**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira e Silvia Anette Kneip. São Paulo: Ciências Humanas, 1982, p. 72.

²⁴ "Art. 5º - A ação do partido tem caráter nacional e é exercida de acordo com seu estatuto e programa, sem subordinação a entidades ou governos estrangeiros" (BRASIL, 2009b, p. 504).

Não obstante o partido político se constituir de uma parcela do povo, representada por pessoas unidas por um ideal político, isso não significa que a atuação partidária se restrinja a uma determinada área territorial do País, ou seja, a uma determinada região apenas.²⁵

Pode-se argumentar que a implantação de partidos estaduais no Brasil seria plenamente válida, uma vez que atenderia aos interesses mais específicos; entretanto, o receio da formação das oligarquias regionais, a exemplo do que aconteceu no período da República Velha, fez com que fosse aprovada a proposta de necessidade do caráter nacional.

Historicamente, até os idos de 1945, os partidos políticos eram organizações de caráter regional. A partir de então e até 1965, predominaram três grandes partidos de âmbito nacional (Partido Social Democrático, União Democrática Nacional e Partido Trabalhista Brasileiro), ao lado das pequenas agremiações de caráter regional.

Em fevereiro de 2002, o Tribunal Superior Eleitoral emitiu a Resolução nºº 20.993, determinando que os partidos políticos que ajustarem coligação para eleição de presidente da República não poderão formar coligações para eleições de governador de estado, senador, deputado federal e estadual com outros partidos que tenham, isoladamente, ou em aliança diversa, lançado candidato à eleição presidencial.²⁶

A dita Resolução teve como fundamento maior justamente a aplicação do Princípio do Caráter Nacional dos Partidos Políticos, de modo a conduzir as agremiações à necessária congruência política, evitando que partidos políticos adversários na eleição nacional pudessem ser formalmente aliados na eleição estadual.

Apesar da boa intenção do Tribunal Superior Eleitoral, ao que tudo indica, houve grave ofensa ao preceito contido no artigo 16 da Constituição Federal, que determina claramente: "A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência".²⁷

A resolução é lei em sentido formal, portanto, houve mácula ao espírito da norma, que tem por objetivo garantir a segurança

²⁵ BISPO SOBRINHO, 1996, p. 28.

²⁶ "Art. 4º [...] § 1º Os partidos políticos que lançarem, isoladamente ou em coligação, candidato à eleição de presidente da República não poderão formar coligações para eleição de governador/a de Estado ou do Distrito Federal, senador/a, deputado/a federal e deputado/a estadual ou distrital com partido político que tenha, isoladamente ou em aliança diversa, lançado candidato/a à eleição presidencial" (BRASIL, 2009c, p. 306).

²⁷ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. In: _____. Vade Mecum Compascto. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2009a, p. 14.

jurídica do processo eleitoral, evitando a ocorrência de casuismos eleitorais. Assim, as regras das eleições deverão estar definidas com antecedência mínima de um ano, o que não ocorreu no pleito de 2002.

Logo depois, ainda em 2002, a Câmara dos Deputados iniciou a tramitação de uma emenda constitucional para anular a verticalização, mas a Emenda Constitucional nº 52 foi aprovada somente em 8 de março de 2006. Em junho do mesmo ano, o TSE decidiu que a emenda somente vigoraria para as eleições de 2010, já que o Congresso não havia respeitado o artigo 16 da Constituição Federal de 1988, que proíbe alterações nas regras eleitorais um ano antes do próximo pleito.²⁸

8 Não subordinação a governos estrangeiros

Outro preceito dirigido à organização partidária, previsto no inciso II do artigo 17 da Constituição Federal, é o da não subordinação das agremiações a governos estrangeiros, que, aliás, já se encontra implícito no alcance do Princípio do Respeito à Soberania Nacional, previsto no *caput* do mencionado artigo. Achou por bem, todavia, o legislador constituinte consignar expressamente tal princípio.

Assim sendo, resta claro que o partido político não poderá, ao abrigo de qualquer pretexto, receber recursos financeiros de entidades e governos estrangeiros, bem como manter com eles qualquer relação de subordinação, sob pena de agressão ao preceito constitucional.

A finalidade do dispositivo é evidente. Procura a Constituição Federal eliminar a ação de partidos extremistas, vinculados a países estrangeiros, assim como a influência econômico-financeira de alguns governos.

9 Autonomia partidária

É inegável que a autonomia assegurada aos partidos políticos para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento trata-se de uma novidade introduzida pela Carta Magna de 1988. Antes desse marco constitucional, os partidos políticos não gozavam dessa autonomia. Todos os atos interna corporis, bem como a organização dos partidos, dependiam de norma geral destinada a todas as agremiações.

²⁸ AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antonio Octávio (Orgs.). **Sistema Político Brasileiro:** uma introdução. 2. ed. Rio de Janeiro: Unesp, 2007, p. 336.

Com efeito, a organização dos partidos, a composição dos seus quadros e o seu modo de funcionamento eram impostos pela antiga Lei Orgânica dos Partidos Políticos e por normas esparsas destinadas para cada eleição, de modo que o partido não tinha liberdade de auto-organização.

Sobre a autonomia partidária, dispõe a Constituição Federal que ficam assegurados aos partidos poderes para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento. Seus estatutos devem, outrossim, definir normas sobre fidelidade e disciplina partidárias.²⁹

Tal autonomia compreende, entre outras prerrogativas, o estabelecimento de critérios para a realização de suas convenções, a fixação de prazos diferentes daqueles previstos em lei para que o filiado possa concorrer à convenção e a criação de uma estrutura diferente da existente em outros partidos. Torquato Jardim esclarece que tal autonomia compreende a realização válida de prévias eleitorais para escolha de candidatos do partido, desde que não se exclua nem se condicione a competência da convenção partidária prevista em lei.³⁰

Quanto à fidelidade partidária, cabe esclarecer que a competência dos partidos para estabelecer normas nos seus estatutos não é absoluta, ou seja, capaz de impor a perda do mandato eletivo dos seus filiados nas casas legislativas, isso porque o comando previsto no artigo 15 da Constituição Federal veda expressamente a cassação de direitos políticos. Assim, quando muito, poderá o estatuto possibilitar a imposição de sanções partidárias, tais como a suspensão ou o afastamento de cargos no diretório ou até mesmo a expulsão dos órgãos partidários. Outro não é o entendimento de José Bispo Sobrinho:

A declaração da perda do mandato eletivo por infidelidade partidária somente será possível se prevista na Constituição. Portanto, a previsão de fidelidade partidária prevista nos estatutos dos partidos políticos não é bastante para atingir os mandatos eletivos dos parlamentares nas casas legislativas das três esferas de governo.³¹

²⁹ “Art. 17 [...] § 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 52, de 2006)” (BRASIL, 2009a, p. 14).

³⁰ JARDIM, Torquato. **Direito Eleitoral Positivo**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1988, p. 94.

³¹ BISPO SOBRINHO, 1996, p. 27.

No entanto, no julgamento do Mandado de Segurança nº 26.602-DF, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o abandono de legenda enseja a extinção do mandato do parlamentar, ressalvadas situações específicas, tais como mudança de ideologia do partido ou perseguições políticas, a serem definidas e apreciadas caso a caso pelo Tribunal Superior Eleitoral.³²

Por último, ainda no que se refere ao Princípio da Autonomia Partidária, cabe ressaltar que a autonomia dos partidos políticos, assegurada pela Constituição Federal, não pode sobrepor-se ao Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário, também previsto no artigo 5º da Carta Magna, segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão. Com efeito, há um choque de princípios (Inafastabilidade do Poder Judiciário *versus* Autonomia Partidária) que se resolve em prol do primeiro, homenageando a supremacia dos interesses públicos, políticos e sociais, na linha do que já decidiu o Tribunal Superior Eleitoral, conforme o voto abaixo.

A autonomia a que se refere o preceito constitucional diz respeito ao estabelecimento de normas que tenham por escopo delinear a estruturação de seus quadros, o estabelecimento de órgãos partidários e seu funcionamento. Esse mister se desempenha precipuamente na definição das normas estatutárias, que se destinam a reger, entre outras coisas, as relações jurídicas entre seus filiados e entre estes e o partido. Contudo, uma vez estabelecidas tais normas, delas decorrerão direitos subjetivos que, uma vez violados, poderão ser amparados pelo Poder Judiciário a teor do artigo 5º XXXV, da Constituição Federal. E nisso não haverá qualquer vilipêndio ao Princípio da Autonomia Partidária; ao contrário, cuidar-se-á de revelar o exato sentido das normas definidas pelo próprio partido.³³

Em sentido contrário, poder-se-ia argumentar que essa tarefa haveria sido incumbida aos órgãos internos do partido, não sendo dado ao Poder Judiciário nela imiscuir-se, no entanto, tal conclusão denegaria vigência ao citado inciso XXXV, do artigo 5º da Cons-

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 26.602-DF. Impetrante: Partido Popular Socialista-PPS. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 4 de outubro de 2007. DJe 17/10/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555539>>. Acesso em: 12 fev. 2010.

³³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 13.750-TO. Recorrente: Comissão Municipal Provisória do PSDB, por seu Presidente. Recorrido: José Ancelmo Soares, candidato a Vereador pelo PSDB. Relator: Ministro Eduardo Alckmin. Brasília, 12 de novembro de 1996. Disponível em: <http://www.tse.gov.br/internet/jurisprudencia/inteiro_teor_blank.htm>. Acesso em: 12 ago 2009.

tituição Federal de 1988, pois estar-se-ia admitindo a exclusão de violação de direito ou ameaça da apreciação do Poder Judiciário.

Conclusão

A disciplina constitucional atribuída aos partidos políticos na Carta Magna de 1988, ao menos do ponto de vista de fortalecimento e reconhecimento dessas agremiações, é bastante satisfatória. Os princípios de organização partidária estão previstos no Capítulo V, do Título II da Constituição Federal, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, o que nos permite concluir que o desejo do legislador não foi outro senão o de alçar o direito à organização e funcionamento dos partidos políticos à categoria dos direitos fundamentais.

Infelizmente, sem embargo do bom regramento constitucional, é público e notório que os partidos não conseguem desempenhar o seu verdadeiro papel no contexto político e social brasileiro, daí a necessidade urgente de reformas pontuais, de modo a coibir as conhecidas práticas do fisiologismo, patronagem e do clientelismo. Questões como a fidelidade partidária, o sistema de representação proporcional de listas abertas, o individualismo político e o financiamento privado das campanhas eleitorais constituem, certamente, os grandes entraves para o melhor desempenho do mister constitucional atribuído às agremiações partidárias.

A reforma política do Estado tramita a passos lentos no Congresso Nacional. Ao que tudo indica, existe consenso acerca da sua importância para o desenvolvimento do País. São muitos os projetos de lei em tramitação tratando de questões políticas relevantes. A despeito disso, falta vontade política para levar adiante esse precioso projeto de modernização das instituições políticas no Brasil. Neste diapasão, o fortalecimento dos partidos poderá significar diminuição dos favorecimentos políticos e das benesses dirigidas aos detentores de mandatos eletivos, cujas negociatas no meio político são reveladas à sociedade brasileira.

Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Tradução (versión castellana) de Ernesto Garzón Valdés. 3. ed. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ARISTÓTELES. **Política**. Livro III. Tradução de Therezinha Monteiro Deutsch Baby Aragão. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

- FLEISCHER, David. Os partidos políticos. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (Orgs.). **Sistema Político Brasileiro: uma introdução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Unesp, 2007. p. 303-348.
- BAQUERO, Marcello. **A Vulnerabilidade dos Partidos Políticos e a Crise da Democracia na América Latina**. 1. ed. Porto Alegre: Editora da Universidade/UFRGS, 2000.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BISPO SOBRINHO, José. **Comentários à Lei Orgânica dos Partidos Políticos**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. In: _____. Vade Mecum Compascto. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2009a.
- _____. Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. In: _____. Vade Mecum Compascto. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2009b.
- _____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Vade Mecum Compacto**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. **Vade Mecum Compacto**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 26.602-DF. Impetrante: Partido Popular Socialista-PPS. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 4 de outubro de 2007. DJe 17/10/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador.jsp?doCTP=AC&docID=555539>>. Acesso em: 12 fev. 2010.
- _____. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 13.750-TO. Recorrente: Comissão Municipal Provisória do PSDB, por seu Presidente. Recorrido: José Ancelmo Soares, candidato a Vereador pelo PSDB. Relator: Ministro Eduardo Alckmin. Brasília, 12 de novembro de 1996. Disponível em: <INFORMAR ENDEREÇO QUE REMETE DIRETAMENTE À FONTE CONSULTADA>. Acesso em: 12 ago 2009.
- _____. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 20.993, de 2002. In: _____. Vade Mecum Compascto. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2009c.
- CERRONI, Umberto. **Teoria do Partido Político**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira e Silvia Anette Kneip. São Paulo: Ciências Humanas, 1982.
- CHARLOT, Jean. **Os Partidos Políticos**. Tradução de Carlos Alberto Lamback. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.
- FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermêneutica**. São Paulo: Malheiros, 2000.
- FERREIRA, Pinto. **Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. tomo I.
- GARCIA, Maria. A Democracia e o Modelo Representativo. In: GARCIA, Maria (Org.). **Democracia, hoje**. Um modelo político para o Brasil. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997. p. 41-83.

JARDIM, Torquato. **Direito Eleitoral Positivo**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1988.

KELSEN, Hans. **A Democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti et al. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

NICOLAU, Jairo Marconi. **Multipartidarismo e Democracia: um estudo sobre o sistema partidário brasileiro**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

A modulação dos efeitos temporais no controle difuso de constitucionalidade

Luís Fernando Barbosa Pasquini

Advogado da CAIXA no Mato Grosso do Sul
Especialista em Direito Processual pela
UniToledo (Araçatuba/SP)

Especialista em Direito Público com ênfase em Direito
Constitucional pela Universidade Potiguar – UnP

RESUMO

Para um rígido controle de constitucionalidade, o ordenamento jurídico brasileiro acolheu um sistema misto. Através dele é possível realizar o controle tanto de modo abstrato ou concentrado quanto de modo difuso ou concreto. O controle difuso de constitucionalidade ocorre diante de um caso concreto e sempre teve como regra, até mesmo por influência do direito norte-americano, efeitos apenas entre as partes – *inter partes* – e retroativos, ou seja, *ex tunc*. Entretanto, o entendimento quanto ao tema tem sofrido modificações, mesmo sem qualquer alteração legislativa. Passou-se a se admitir a modulação dos efeitos temporais da norma declarada inconstitucional, já que diante de algumas situações atribuir efeitos retroativos poderia ocasionar um caos jurídico, social e econômico. Assim, diante de um caso concreto, ao ser declarada a inconstitucionalidade da norma, através de um juízo de proporcionalidade e razoabilidade, poderá o julgador limitar os efeitos da decisão, atribuindo a ela efeitos *ex nunc* ou *pro futuro*.

Palavras-chave: Controle difuso de constitucionalidade. Efeitos temporais. Modulação. Possibilidade.

ABSTRACT

For a rigid control of constitutionality of laws, the brazilian judicial ordainment accepted a mix system. By this system, it's possible realize an abstract control as much as a diffuse control. The diffuse control of constitutionality happens in a concrete case and always had as rule, by the north-american influence, just effects between the parts - *inter partes* - and retrospective, in other words, *ex tunc*. However, the understanding about the subject has had modification, yet no legislative changing. Begging to accept the modulation of temporal effects from the law declared unconstitutional, because in a couple of situations, attribute retrospective effects, could bring a judicial, social and economic

chaos. So, in a concrete case, declared the unconstitutionality of law, by proportionality and reasonable judgment, may the judge to narrow the effects of decision, attributing it *ex nunc* or *pro future effects*.

Keywords: Control diffuse of constitutionality. Temporal effects. Modulation.

Introdução

Desde 1891, quando a Constituição passou a prever o controle judicial difuso, o controle de constitucionalidade das leis se tornou tema assente no cenário jurídico, gerando inúmeras celeumas tanto na doutrina quanto na jurisprudência, que o enriqueceram ainda mais.

A gama de aspectos a serem abordados no controle judicial de constitucionalidade é infinita. Contudo, após o julgamento do Recurso Extraordinário nº 197.917-SP, um tema ganhou destaque: os efeitos temporais no controle difuso de constitucionalidade.

Diferentemente do controle abstrato, não há qualquer previsão legal que possibilite a limitação ou modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade naquele modelo de controle. Mesmo assim, entendeu o egrégio Supremo Tribunal Federal ser possível a modulação de efeitos no controle difuso.

Nesse contexto, é preciso analisar as raízes do controle difuso e demonstrar que os efeitos anteriormente previstos já não se coadunam com as perspectivas atuais. E mais, esclarecer que não é necessária a existência de legislação própria para se determinar a limitação de efeitos.

A limitação ou modulação dos efeitos temporais não se resumem a teorias emergidas para simples debate acadêmico. Seus efeitos influenciam sobremaneira o cotidiano das pessoas e do Poder Público, gerando reflexos sociais, jurídicos e econômicos.

Por essa razão, antes da análise dos efeitos temporais produzidos sem sede de controle difuso de constitucionalidade, faz-se mister análise de todo sistema de controle existente no ordenamento, ainda que de maneira perfunctória. Após, é imprescindível imiscuir-se no sistema difuso de controle de constitucionalidade e nos efeitos por ele produzidos, não se olvidando do papel do Senado Federal.

Para tanto, buscou-se, através de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, trazer a lume os fundamentos que envolvem o tema proposto, captando com precisão seus aspectos essenciais e acidentais, com contraposição de ideias e observando como os Tribunais têm-no analisado.

1 Noções propedêuticas sobre o controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro

Logo em seu primeiro artigo, a Constituição da República consignou que a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito, sendo que uma das vigas que sustenta esse modelo de Estado é o princípio da legalidade. É, pois, pela lei que será possível vislumbrar a atuação da vontade popular e o cumprimento dos objetivos elencados pelo constituinte (art. 3º da Constituição) e dos diversos direitos e garantias assegurados àqueles que se encontram em *terrae brasilis*.

Nesse diapasão, José da Silva¹, atento à importância da lei, ressalta, *in verbis*:

Deve, pois, ser destacada a relevância da lei no Estado Democrático de Direito, não apenas quanto ao seu conteúdo formal de ato jurídico abstrato, geral, obrigatório e modificativo da ordem jurídica existente, mas também à sua função de regulamentação fundamental, produzida segundo um procedimento constitucional qualificado.

Como corolário, surge o princípio da constitucionalidade que revela que o Estado Democrático de Direito se funda na legitimidade de uma Constituição rígida, proveniente da vontade popular e que, dotada de supremacia, vincule todos os poderes e os atos dele provenientes.²

Em razão dessa supremacia da Constituição, impõe-se que todas as situações jurídicas existentes estejam em conformidade com os princípios e preceitos nela elencados – princípio da supremacia formal da Constituição. Isso significa afastar toda norma que venha em sentido contrário ao estabelecido pelo legislador constituinte originário, de modo a existir uma compatibilidade vertical entre as normas de grau inferior e as de grau superior.

Veloso³, ao tecer comentários sobre a hierarquia constitucional, de maneira lapidar, constata:

As normas constitucionais são dotadas de preeminência, supremacia em relação às demais leis e atos normativos que integram o ordenamento jurídico estatal. Para manter a harmonia do sistema, e até por uma

¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 121.

² Ibidem, p. 122.

³ VELOSO, Zeno. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional**: controle de constitucionalidade. Bahia: JusPodivm, 2007. cap. 7, p. 135.

questão de lógica, coerência, todas as normas devem se adequar, têm de ser pertinentes, precisam se conformar com a Constituição, que é o parâmetro, o valor supremo, o nível mais elevado do direito positivo, a *lex legum* (Leis das leis).

Consequentemente, toda manifestação do legislador ou Poder Público que trouxer à baila uma norma que estiver em desacordo com a Constituição será considerada inconstitucional, devendo ser extirpada do ordenamento jurídico. Para isso, é imperiosa a existência de um órgão independente, apto a analisar eventual incompatibilidade da norma com a Constituição.

De fato, ao se cogitar um Estado de Direito, como bem ressaltou Alexandrino e Paulo⁴, é imprescindível que haja um órgão independente daquele encarregado da elaboração normativa, ao qual a Constituição atribua competência para verificar a conformidade das normas ordinárias com os princípios e regras estabelecidos no texto constitucional. E o motivo é simples: se as funções (poder) de legislar e julgar estivessem concentradas na mão de uma única pessoa (dеспota), nenhum provimento por ele emitido seria considerado ilegal, ilegítimo, enfim, contrário ao direito. Seria, pois, necessário se fazer uma divisão.

Os primeiros passos para uma efetiva divisão, separação dos poderes, ou das funções atribuídas aos órgãos⁵, iniciaram-se com Aristóteles ao identificar o exercício de três funções estatais distintas, concentradas na figura de uma só pessoa. Posteriormente, tal teoria restou aperfeiçoada por Montesquieu, que ressaltou que tais funções estariam conectadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes⁶ entre si.⁷

⁴ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Controle de constitucionalidade**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, p. 2.

⁵ Muitos criticam a expressão “poder” ao se referir a tripartição de Poderes. Isso porque o poder é uno e indivisível. O que se divide são as funções, que são atribuídas a órgãos distintos. Nesse sentido, ressalta Dallari (1998, p. 216), “existe uma relação muito estreita entre as idéias de poder e de função do Estado, havendo mesmo quem sustente que é totalmente inadequado falar-se em uma separação de poderes, quando o que existe de fato é apenas uma distribuição de funções”.

⁶ Com a “tripartição de poderes” surgiu o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), como demonstrou de modo preciso Dallari (1998, p. 218), *in verbis*: “Segundo essa teoria [sistema de freios e contrapesos], os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos gerais ou são atos especiais. Os atos gerais, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, constituem-se a emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o poder legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar a uma pessoa ou a um grupo

Consagrada nas Constituições de vários países, a separação dos poderes, que era ligada à ideia de Estado Democrático⁸, também foi adotada pela Constituição brasileira como cláusula pétreas, ao estabelecer que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são poderes independentes e harmônicos entre si (art. 2º e art. 60, § 4º, inc. III).

Nesse passo, ao Poder Judiciário foi atribuída a função jurisdicional de dirimir as lides que lhe eram levadas, aplicando a lei no caso concreto. Nesses conflitos, por vezes, o que se discute é a (in)constitucionalidade da lei perante a Constituição da República, seja de modo incidental ou principal. Em qualquer das situações, *mutatis mutandis*, será realizado um controle de constitucionalidade.

Desse modo, como bem aduz Moraes⁹, “controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais”. No mesmo sentido e com a mesma sapiência assevera Paulo da Silva¹⁰ que “o controle da constitucionalidade das leis é uma consequência lógica do princípio da supremacia da Constituição, que envolve a distinção entre matéria constitucional e matéria ordinária”.

Com efeito, a incompatibilidade da norma infraconstitucional com a Constituição decorre de vícios, os quais acabam por gerar sua inconstitucionalidade. Há dois tipos de vícios.

O primeiro deles é denominado de vício formal e ocorre quando a norma infraconstitucional contiver um vício em sua formação, ou seja, no processo legislativo de sua elaboração.¹¹ Em casos tais, o conteúdo da norma até pode ser compatível com o texto constitucional, porém alguma formalidade exigida no tocante ao trâmite

em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de atos especiais. O executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de suas respectivas esferas de competência”.

⁷ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 10. ed. São Paulo: Método, 2006, p. 222.

⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 218.

⁹ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 559.

¹⁰ SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. **A evolução do controle de constitucionalidade e a competência do Senado Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 14.

¹¹ LENZA, 2006, p. 99.

legislativo ou às regras de competência foi desobedecida.¹² O vício formal pode ser de natureza subjetiva ou objetiva.

O vício formal subjetivo é verificado na fase de iniciativa e ocorre a partir do momento em que o projeto de lei é apresentado por quem não detinha competência. Melhor explicando: de acordo com o art. 61, § 1º, inc. II, "a" da Constituição da República, são de iniciativa privativa do Presidente as leis que disponham sobre a criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica. Desse modo, se porventura um deputado federal deflagrar o processo legislativo tratando da matéria acima delineada, estar-se-á diante de um vício formal subjetivo, já que tal matéria só poderia ser tratada em projeto de lei de iniciativa do Presidente.

O vício também poderá ser verificado nas fases posteriores à fase de iniciativa. Assim ocorrendo, mediante a inobservância das regras constitucionais referentes à fase constitutiva e complementar do processo legislativo, como votação, sanção, voto, configurar-se-á a chamada inconstitucionalidade por vício formal objetivo. Por exemplo: a lei complementar só é aprovada por maioria absoluta (art. 69 da Constituição); se ela for votada por um *quorum* de maioria relativa, haverá um vício formal objetivo que macula a norma, tornando-a inconstitucional.

O segundo vício que torna inconstitucional a norma é o material que está relacionado ao seu conteúdo. Mesmo que o processo legislativo tenha sido fielmente obedecido, a norma será inconstitucional, pois ela é incompatível com a Carta Política. Seria o caso da lei que, em circunstâncias normais, instituisse pena de caráter perpétuo (art. 5º, inc. XLVII, "b" da Constituição).

A análise acerca da existência desses vícios, acarretando, por consequência, um controle de constitucionalidade, não cabe tão somente ao Poder Judiciário, já que tal controle pode ocorrer em dois momentos distintos, ou seja, pode tanto ser realizado preventivamente – antes de o projeto de lei se tornar lei - como de modo repressivo, retirando do ordenamento a lei geradora de efeitos.

O controle prévio ou preventivo é aquele realizado durante o processo legislativo e pode ser feito tanto pelo Legislativo quanto pelo Executivo e Judiciário.

No **Legislativo**, o projeto de lei passará pelo crivo das comissões de constituição e justiça¹³, que emitirão um parecer acerca da compatibilidade do projeto com o texto constitucional; se negativo o parecer, o projeto de lei será rejeitado e arquivado definitiva-

¹² ALEXANDRINO; PAULO, 2007, p. 9.

¹³ Na Câmara dos Deputados a comissão é denominada de "Comissão de Constituição, Justiça e Redação", enquanto no Senado Federal é denominada de "Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania".

mente (art. 101, § 1º, do Regimento Interno do Senado Federal e art. 54, inc. I, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados)¹⁴.

O **Executivo** poderá exercitar o controle prévio mediante o voto, por entender que o projeto de lei é inconstitucional (veto jurídico) ou contrário aos interesses públicos (veto político).

Já o controle prévio feito pelo **Judiciário**¹⁵ pode ser realizado em uma única hipótese, qual seja, garantia de um devido processo legislativo, de modo a vedar a participação do parlamentar em procedimentos contrários à Constituição¹⁶, como, por exemplo, deliberação de emenda tendente a abolir a separação dos Poderes (art. 60, § 4º, inc. III, da Constituição da República). Nesse diapasão,

[...] somente o membro do Poder Legislativo tem legitimidade para pedir esse controle, visto que somente o parlamentar tem interesse na estrita observância do processo de que participa. Todos os demais, não parlamentares, não tem legitimidade ad causam ativa para exercer esse controle.¹⁷

Acolhido como regra no ordenamento jurídico brasileiro, o controle posterior ou repressivo de constitucionalidade é realizado pelo Poder Judiciário através de um controle difuso-incidental (concreto) ou concentrado (abstrato).

¹⁴ É possível, desde que o parecer pela inconstitucionalidade não seja unânime, recurso por parte de pelo menos um décimo dos membros do Senado para que se dê prosseguimento ao projeto.

¹⁵ "Mandado de Segurança contra ato da Mesa do Congresso que admitiu a deliberação de proposta de emenda constitucional que a impetração alega ser tendente a abolição da república. Cabimento do mandado de segurança em hipóteses em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando a sua apresentação (como é o caso previsto no parágrafo único do artigo 57) ou a sua deliberação (como na espécie). Nesses casos, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a constituição não quer - em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas - que sequer se chegue a deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, se ocorrente, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a constituição. Inexistência, no caso, da pretendida inconstitucionalidade, uma vez que a prorrogação de mandato de dois para quatro anos, tendo em vista a conveniência da coincidência de mandatos nos vários níveis da federação, não implica introdução do princípio de que os mandatos não mais são temporários, nem envolve, indiretamente, sua adoção de fato. Mandado de segurança indeferido" (STF. MS 20.257/DF; relator Ministro Décio Miranda; julgamento em 8/10/1980; DJ 27/2/1981; p. 1.304; Tribunal Pleno).

¹⁶ LENZA, 2006, p. 103.

¹⁷ KÜMPPEL, Vitor Frederico. **Introdução ao estudo do Direito:** Lei de introdução ao Código Civil e hermenéutica jurídica. São Paulo: Método, 2007, p. 128.

O primeiro, cuja análise será realizada pormenorizadamente na seção seguinte, é cabível diante de um caso concreto, em que a parte sustenta a constitucionalidade da lei ou ato normativo.

Já o controle concentrado, em que o objeto principal da demanda é a própria declaração de (in)constitucionalidade da norma e que tem como características a generalidade, a impessoalidade e a abstração do questionamento¹⁸, pode ocorrer mediante os seguintes meios¹⁹: ação direta de constitucionalidade (ADI) – art. 102, inc. I, alínea a; arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) – art. 102, § 1º; ação direta de constitucionalidade por omissão – art. 103, § 2º; ação direta de constitucionalidade interventiva – art. 36, inc. II; e ação declaratória de constitucionalidade (ADC) – art. 102, inc. I, alínea a, todos da Constituição da República.

Denota-se, portanto, que o Brasil adotou um modelo **misto** ou **eclético** de controle judicial de constitucionalidade, já que, conforme pondera Cunha Júnior²⁰, foram combinados o sistema difuso-incidental (oriundo do direito norte-americano) e o concentrado-principal (proveniente dos países europeus continentais).

Cumpre assinalar ainda que, excepcionalmente, caberá ao Poder Legislativo realizar o controle posterior de constitucionalidade em duas hipóteses, ambas previstas na Constituição da República: a primeira delas, inserida no artigo 49, inciso V, permite ao Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem o poder regulamentar ou os limites da delegação legislativa; a segunda hipótese, prevista no artigo 62, consiste na possibilidade de o Congresso Nacional taxar de constitucional uma medida provisória submetida à votação.²¹

Tecidas essas breves linhas sobre o controle de constitucionalidade, faz-se mister imiscuir-se no tema proposto, a iniciar pelo detalhamento do controle difuso-incidental.

2 O controle difuso de constitucionalidade na constituição brasileira

O controle difuso de constitucionalidade encontra raízes históricas no direito norte-americano, especificamente no caso *Marbury*

¹⁸ KÜMPEL, 2007, p. 129.

¹⁹ As ações referentes ao controle concentrado de constitucionalidade receberam tratamento legislativo específico através das Leis nº 9.868 e nº 9.882, ambas de 1999.

²⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. O princípio do “stare decisis” e a decisão do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional:** controle de constitucionalidade. Bahia: JusPodivm, 2007. cap. 4, p. 84.

²¹ LENZA, 2006, p. 106.

versus *Madison*, em 1803, quando o Juiz John Marshall da Suprema Corte entendeu que, havendo conflito entre a aplicação de uma lei e a Constituição em um caso concreto, deve prevalecer sempre a norma hierarquicamente superior.²²

Sintetizando os argumentos tecidos no *leading case* em testilha, Cunha Júnior²³ enfatiza:

A decisão de MARSHALL representou a consagração não só da supremacia da constituição em face de todas as demais normas jurídicas, como também do poder e dever dos juízes de negar aplicação às leis contrárias à Constituição. Considerou-se que a interpretação das leis era uma atividade específica dos juízes, e que entre essas figurava a lei constitucional, como a lei suprema, de tal modo que, em caso de conflito entre duas leis a aplicar a um caso concreto, o juiz deve aplicar a lei constitucional e rejeitar, não a aplicando, a lei inferior.

Com isso, acolheu-se a tese de que as Constituições, mormente aquelas tidas como rígidas, tal como a Constituição brasileira, são normas jurídicas fundamentais e supremas a qualquer outra, devendo sempre prevalecer, em detrimento de leis infraconstitucionais.

Com efeito, o modelo norte-americano de controle de constitucionalidade – *judicial review* – restou encampado inicialmente pela Constituição Republicana de 1891, que não previa qualquer outra espécie de controle, mantendo-se vigente até então. É certo que durante esse lapso temporal – 1891 a 1988 – outras constituições fizeram parte do cenário nacional e trouxeram algumas inovações.

Ao longo do século XX, o sistema norte-americano (baseado no *common law*) foi perdendo espaço para um novo modelo de controle surgido na Europa continental (baseado no *civil law*). Trata-se do sistema de controle concentrado de constitucionalidade, atualmente também adotado pelo Brasil²⁴, em que a análise da norma infraconstitucional ocorre de maneira abstrata, sem necessidade de se estar diante de um caso concreto²⁵.

²² LENZA, 2006, p. 107.

²³ CUNHA JÚNIOR, 2007, p. 75.

²⁴ O controle concentrado de constitucionalidade somente apareceu quando da Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, então oferecendo nova redação ao artigo 101 da Constituição de 1946.

²⁵ Conforme ressaltado alhures, o Brasil adotou um sistema misto ou eclético de controle de constitucionalidade. Sintetizando, adotou-se tanto o modelo difuso, possibilitando a todos os órgãos do Poder Judiciário a realização do controle incidental de constitucionalidade de leis e atos normativos, quanto concentrado, proveniente dos países europeus continentais, em que o órgão de cúpula do Poder Judiciário realiza o controle abstrato de constitucionalidade das normas jurídicas (ALEXANDRINO; PAULO, 2007, p. 21).

Tradição no ordenamento jurídico brasileiro, o controle difuso de constitucionalidade, também conhecido como posterior, repressivo ou controle pela via de exceção ou defesa, é imprescindível para o deslinde do caso concreto²⁶. Isso porque, diante de uma relação jurídica controvertida posta ao crivo do Poder Judiciário, é possível questionar acerca da constitucionalidade do ato normativo aplicado ao caso. Sem aferir se a norma é ou não constitucional, não poderá o magistrado decidir o mérito da lide.

Nesse diapasão, ensinam Alexandrino e Paulo²⁷:

Então, sendo argüida a inconstitucionalidade da norma, o juiz, para reconhecer ou negar o direito do autor, vê-se obrigado a examinar a questão de constitucionalidade suscitada. Por isso se diz que no controle difuso o objeto da ação não é a constitucionalidade em si, mas sim uma relação jurídica concreta qualquer.

Por esse motivo, o controle difuso é também denominado de incidental ou *incidenter tantum*, já que a declaração de inconstitucionalidade da norma é meramente acessória, porquanto a questão principal a ser decidida é o reconhecimento ou proteção de um direito alegado. Outorga-se, portanto, ao litigante o direito de obter uma declaração de inconstitucionalidade somente para o efeito de isentá-lo, no caso concreto, do cumprimento da lei ou ato normativo elaborados em desacordo com a Carta Magna.²⁸

Pelo fato de a controvérsia surgir no caso concreto, esse controle poderá ser realizado por qualquer órgão do Poder Judiciário, seja pelos juízes de primeiro grau²⁹, pelos Tribunais locais ou superiores, podendo a controvérsia, inclusive, ser levada ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal (STF) através do recurso extraordinário ou ordinário – art. 102, inc. II e III da Constituição. Todos

²⁶ Não importa qual a espécie de processo no caso, pois o incidente de inconstitucionalidade poderá ser suscitado tanto em processos de conhecimento quanto nos de execução ou cautelares.

²⁷ ALEXANDRINO; PAULO, 2007, p. 39.

²⁸ MORAES, 2001, p. 565.

²⁹ “CONTROLE DIFUSO DA CONSTITUCIONALIDADE. PRINCÍPIO DA RESERVA DE PLENÁRIO. O juiz singular pode deixar de aplicar lei inconstitucional; os órgãos fracionários dos tribunais, não - porque, mesmo no âmbito do controle difuso da constitucionalidade, os tribunais só podem deixar de aplicar a lei pelo seu plenário ou, se for o caso, pelo respectivo órgão especial (CF, art. 97), observado o procedimento previsto no artigo 480 e seguintes do Código de Processo Civil, salvo se já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão (CPC, art. 481, parágrafo único). Recurso especial conhecido e provido” (REsp 89.297/MG, relator Ministro Ari Pargendler, julgado em 6/12/1999, DJ 7/2/2000, p. 151).

têm, no âmbito de sua competência, a aptidão para aferir a constitucionalidade da norma.

Em relação ao recurso extraordinário interposto perante a cúpula do Judiciário, salutares são os escólios de Streck, Oliveira e Lima³⁰:

O Supremo Tribunal, aqui, não funciona nem mesmo como mera corte de cassação, mas como corte de apelação, cabendo-lhe julgar tanto o *error in procedendo* quanto o *error in iudicando*. Assim, o resultado da atuação do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade nunca é o julgamento de uma tese, e dessa atuação não resulta uma teoria, mas uma decisão; e essa decisão trata da inconstitucionalidade como preliminar de mérito para tratar do caso concreto, devolvido a ele por meio de recurso, sob pena de se estar negando jurisdição (art. 5º, XXXV e LV, da Constituição da República).

Entretanto, em relação aos tribunais³¹ cabe uma observação. Caso haja, no julgamento da lide, um questionamento incidental sobre a constitucionalidade de alguma lei, faz-se mister que seja suscitada uma questão de ordem que será remetida ao pleno ou órgão especial do respectivo tribunal para análise de sua compatibilidade com a Constituição.

É a chamada **cláusula de reserva de plenário**, que está prevista no artigo 97 da Constituição. A Carta Política exige que somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial³² poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Observa-se que a norma refere-se aos tribunais e não aos juízes monocráticos que atuam em primeira instância. Consequentemente, a cláusula de reserva de plenário não impede que o juiz que atue

³⁰ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso:** mutação constitucional e limites da legitimidade da Jurisdição Constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, nº 1498, ago. 2007, p. 4, grifo dos autores. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10253>>. Acesso em: 6 nov. 2007.

³¹ A expressão “tribunais” refere-se tanto aos tribunais locais quanto aos superiores e ao próprio Supremo Tribunal Federal.

³² De acordo com a Constituição da República – art. 93, inc. XI –, nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno.

em primeira instância declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.³³

Com a exigência do quórum qualificado, busca-se garantir maior segurança jurídica às decisões e uma maior estabilidade ao ordenamento jurídico³⁴, já que a inobservância da cláusula tornará ilegítima, totalmente nula, a decisão do órgão colegiado. Não é por outro motivo que a súmula vinculante nº 10 ressalta que viola cláusula de reserva de plenário a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afaste sua incidência, no todo ou em parte.

Por essa razão é que Moraes³⁵ aduz que essa cláusula atua como verdadeira condição de eficácia jurídica da própria declaração jurisdicional de inconstitucionalidade.

Essa necessidade de maioria absoluta apenas corrobora o princípio da constitucionalidade das leis, que sempre deve prevalecer caso não seja alcançado o quórum desejado. Aliás, é como doutrina José da Silva³⁶, *in verbis*: “milita presunção de validade constitucional em favor de leis e atos normativos do Poder Público, que só se desfaz quando incide o mecanismo de controle jurisdicional estatuído na Constituição”.

Ressalte-se, no entanto, que nem todo tribunal possui um órgão especial. Na falta, a declaração de inconstitucionalidade somente poderá ser proferida por deliberação do plenário. Isso significa que os órgãos fracionários do tribunal – turmas, câmara e seções – não poderão se manifestar acerca da constitucionalidade da norma, nem mesmo pela unanimidade de seus membros.

Todavia, a aplicação do art. 97 em comento tem sido mitigada pela jurisprudência.³⁷ Dando um maior enfoque aos princípios da

³³ MORAES, 2001, p. 566.

³⁴ ALEXANDRINO; PAULO, 2007, p. 43.

³⁵ MORAES, op. cit., p. 566.

³⁶ SILVA, J. 2006, p. 53.

³⁷ “INCONSTITUCIONALIDADE - INCIDENTE - DESLOCAMENTO DO PROCESSO PARA O ÓRGÃO ESPECIAL OU PARA O PLENO - DESNECESSIDADE. Versando a controvérsia sobre ato normativo já declarado inconstitucional pelo guardião maior da Carta Política da República - o Supremo Tribunal Federal - descabe o deslocamento previsto no artigo 97 do referido Diploma maior. O julgamento de plano pelo órgão fracionado homenageia não só a racionalidade, como também implica interpretação teleológica do artigo 97 em comento, evitando a burocratização dos atos judiciais no que nefasta ao princípio da economia e da celeridade. A razão de ser do preceito está na necessidade de evitar-se que órgãos fracionados apreciem, pela vez primeira, a pecha de inconstitucionalidade argüida em relação a um certo ato normativo” (AgR nº 168.149-RS; relator Ministro Marco Aurélio; julgamento em 26/6/1995; DJ 4/8/1995).

economia processual e segurança jurídica, tem-se admitido a dispensa da aplicação do dispositivo legal sempre que houver decisão do órgão especial ou pleno do Tribunal, ou do Supremo Tribunal Federal, no mesmo sentido.³⁸

Essa orientação jurisprudencial restou positivada no artigo 481, parágrafo único do Código de Processo Civil, que enfatizou que os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Declarada a inconstitucionalidade de qualquer ato normativo, afastando sua aplicação no caso concreto, é necessário delimitar a partir de quando essa declaração produzirá efeitos e para quem produzirá. O modelo clássico, referente ao controle difuso-incidental de constitucionalidade, impõe que tal declaração produza efeitos *inter partes*, alcançando tão somente as partes do processo, e *ex tunc*, isto é, retroativos à data da edição do ato normativo.

Todavia, diante de situações peculiares, podem-se conceder efeitos distintos daqueles normalmente aplicados no controle incidental de constitucionalidade. É possível que esses efeitos atinjam terceiras pessoas – efeito *erga omnes* – ou não retroajam diante da existência de alguma circunstância – efeitos *ex nunc*.

3 Os efeitos da decisão no controle difuso de constitucionalidade e o papel do Senado Federal

Declarada a inconstitucionalidade através do controle difuso-incidental, a lei não terá qualquer validade no caso concreto *sub judice*, ou seja, ela não será aplicada às partes do processo; e tão somente a elas. É que, diferentemente do controle abstrato de constitucionalidade, em que os efeitos da decisão são estendidos a todos³⁹ (*erga omnes*), no controle difuso, a inconstitucionalidade só produzirá efeitos em relação àqueles que faziam parte da lide (*inter partes*).

A lei, portanto, continuará sendo aplicada e tendo total eficácia em relação a terceiros, que poderão, diante de uma situação concreta, requerer que seja reconhecida, de modo incidental, a

³⁸ LENZA, 2006, p. 109.

³⁹ “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública, direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal” (art. 102, § 2º, da Constituição).

inconstitucionalidade da lei, para que ela não produza efeitos na relação jurídica controvertida.

Contudo, a decisão em controle difuso-incidental, eventualmente, pode ter seus efeitos estendidos a terceiros, passando, pois, a ter efeitos *erga omnes*, como no sistema objetivo de controle abstrato de constitucionalidade.

Para isso, é preciso atentar-se ao art. 52, inc. X, da Constituição, que dispõe que caberá privativamente ao Senado Federal “suspen-der a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. Essa suspen-são pode se dar em relação às leis federais, estaduais, distritais e municipais, desde que, é claro, sua inconstitucionalidade tenha sido reconhecida em controle difuso.⁴⁰

Nesse ínterim, a partir do momento em que for publicada a resolução do Senado Federal, a suspensão atingirá a todos – efeitos *erga omnes* – e produzirá efeitos *ex nunc*.⁴¹ É certo, todavia, que há autores como Alexandrino e Paulo⁴² que sustentam que os efeitos temporais seriam retroativos, ou seja, *ex tunc*, semelhantes aos concedidos no controle concentrado.

Contudo, atribuir a uma decisão de controle difuso de constitucionalidade os mesmos efeitos de uma decisão em controle concentrado faria com que caísse por terra a distinção entre os dois sistemas, que, aliás, foram bem delineados no ordenamento jurídi-co brasileiro.

É preciso, nesse particular, fazer uma diferenciação entre “reti-rada de eficácia” da lei, em sede de controle concentrado, e “sus-pensão” que faz o Senado Federal, em sede de controle difuso.

São expressões que, embora semelhantes, não significam a mesma coisa. Suspender é como revogar a lei, à espera da retirada de sua eficácia, deixando ela de produzir efeitos a partir de certo momento (*ex nunc*). Retirada sua eficácia, ela se torna nula, como se nunca tivesse existido, o que a faz produzir efeitos *ex tunc*.

É possível, nesse contexto, *mutatis mutandis*, fazer uma analo-gia entre a suspensão e a norma anulável e entre a retirada da eficácia da norma e a norma nula.

De acordo com Kümpel⁴³, a norma anulável existe, é válida, mas é suspensa em determinado momento. Ela vigora até o mo-mento em que alguém requer a cessação de seus efeitos, sendo que os efeitos anteriores à sua desconstituição são válidos e efica-zes (*ex nunc*). Já a norma nula não possui qualquer validade, não

⁴⁰ LENZA, 2006, p. 113.

⁴¹ MORAES, 2001, p. 569; LENZA, 2006, p. 114.

⁴² ALEXANDRINO; PAULO, 2007, p. 53.

⁴³ KÜMPEL, 2007, p. 115.

tendo potencialidade para produzir efeitos concretos; a norma é inaplicável desde o início de seu período de vigência (*ex tunc*).

Em outras palavras, Streck, Oliveira e Lima⁴⁴ certificam que “quando se revoga uma lei, seus efeitos permanecem; quando se a nulifica, é esta irrita, nenhuma”. Não fosse assim, continuam os doutrinadores, “bastaria que o Supremo Tribunal mandasse a lei declarada inconstitucional, em sede de controle difuso, ao Senado, para que os efeitos fossem equiparados aos da ação direta de inconstitucionalidade”.

Pela clareza com que tratam o tema, faz-se mister, mais uma vez, a transcrição *ipsis litteris* dos escólios dos autores acima mencionados:

[...] o Senado, integrante do Poder Legislativo, ao editar a resolução que suspende a execução da lei, atuará *não no plano da eficácia da lei* (esse é feita em controle concentrado pelo STF), mas, sim, *no plano da vigência da lei*. Daí que, no primeiro caso – controle concentrado – o efeito pode ser *ex tunc*; no segundo caso – controle difuso – o efeito somente poderá ser *ex tunc* para aquele caso concreto e *ex nunc* após o recebimento desse *plus* eficacial advindo de um órgão do Poder Legislativo.⁴⁵

No mais, é válido esclarecer que o Senado, além de não poder em hipótese alguma modificar os termos da decisão, não estará obrigado a suspender, no todo ou em parte, a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Se suspender, certo é que deverá fazê-lo nos termos delineados pela decisão proferida pelo Tribunal; não poderá ampliá-la, restringi-la ou interpretá-la.

Trata-se, pois, de ato discricionário, facultativo, em que o Senado, analisando critérios de oportunidade e conveniência, editará ou não a resolução. Consequentemente, não há qualquer prazo para sua manifestação, tampouco uma sanção para eventual recusa à suspensão. De qualquer sorte, editada e aprovada a resolução, não será possível ao Senado revogá-la.⁴⁶ Corroborando o papel discricionário do Senado Federal, Lenza⁴⁷ sintetiza:

[...] o Senado Federal não está obrigado a suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Trata-se de discricionariedade política, tendo o Senado Federal total liberdade para cumprir o art. 52, X da CF/88. Caso

⁴⁴ STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007, p. 9, grifos dos autores.

⁴⁵ Ibidem, p. 11.

⁴⁶ ALEXANDRINO; PAULO, 2007, p. 54.

⁴⁷ LENZA, 2006, p. 114.

contrário, estaríamos diante de afronta ao princípio da separação de poderes.

Destarte, a resolução do Senado Federal, se emitida, irá gerar efeitos prospectivos apenas, ou seja, *ex nunc*. Excepcionalmente, apenas em relação à Administração Pública Federal direta e indireta, o § 2º do art. 1º do Decreto nº 2.346/97 estabelece que a produção de efeitos será *ex tunc*.

Contudo, o papel do Senado Federal, previsto no art. 52, inc. X da Constituição, ao que tudo indica, tende a ser revisto. Com efeito, após o advento da Constituição de 1988, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito do controle difuso, acabaram por refazer uma releitura de todo o sistema de controle de constitucionalidade, em particular quanto aos efeitos produzidos.

De fato, os sistemas de controle de constitucionalidade, abstrato ou concreto, possuem a mesma finalidade, razão pela qual não mais parece ser legítima a distinção quanto aos efeitos produzidos, *se inter partes ou erga omnes*.

De acordo com Gilmar Mendes⁴⁸, Ministro do Supremo Tribunal Federal e autoridade salutar quando se faz referência a controle de constitucionalidade, é possível se falar em uma autêntica “mutação constitucional”, uma reforma da Constituição sem expressa modificação do texto.

Através dessa “mutação constitucional”, tem-se buscado fazer uma releitura do papel do Senado Federal diante de uma decisão em controle difuso-incidental de constitucionalidade. Com a nova leitura do art. 52, inc. X, não caberia mais à Casa Legislativa suspender a execução, no todo ou em parte, da norma declarada inconstitucional pelo STF.

Com isso, o próprio Supremo, diante de uma declaração de inconstitucionalidade em sede de controle difuso, passaria a estender os efeitos de sua decisão a terceiros. Ou seja, os efeitos que no controle difuso-incidental de constitucionalidade sempre foram *inter partes* passam a ser *erga omnes*.

E qual seria o papel do Senado? Caberia a ele tão somente a obrigatoriedade de publicar a decisão no Diário do Congresso; e, caso não a publique, não haverá qualquer empecilho para que a decisão do Supremo assuma sua real eficácia jurídica.⁴⁹

Nesses termos, ressalta o eminentíssimo Ministro, *in verbis*:

Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo de-

⁴⁸ MENDES, 2004, p. 165.

⁴⁹ Ibidem.

finitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão do Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. [...] Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não se cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação [...].⁵⁰

Com isso, estar-se-á assemelhando o controle difuso-incidental ao judicial review norte americano, cujo princípio do *stare decisis*, típico dos países da *common law*, implica a vinculação dos demais órgãos judiciários às decisões da Suprema Corte. Por fim, sintetiza Cunha Júnior⁵¹, a força desses precedentes acaba assumindo uma verdadeira eficácia *erga omnes*, a despeito de a decisão ter sido prolatada em um caso concreto.

Nesse passo, não se pode olvidar que, diferentemente do modelo norte-americano, o ordenamento jurídico brasileiro está tradicionalmente vinculado ao *civil law*, de derivação romano-germânica, e possui um sistema misto de controle de constitucionalidade, que pode ocorrer tanto de modo concentrado como de modo difuso. Via de consequência, é temerário, a princípio, assemelhar aquele sistema a este.

Conforme preconizado, a “mutação constitucional” nada mais é do que uma alteração no próprio texto constitucional que, *data maxima venia*, não pode prosperar, ao menos nesse sentido, por quanto ocorreria uma ruptura na famigerada separação dos poderes. Haveria uma substituição do poder constituinte pelo Poder Judiciário e, com isso, revela Streck, Oliveira e Lima⁵², soçobraria a democracia.

Assim, nos termos pretendidos pela supracitada “mutação”, o texto constitucional sofreria uma alteração de redação que seria realizada pelo próprio Poder Judiciário, isto é, de “compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” passaria para “compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo”.⁵³

⁵⁰ MENDES, 2004, p. 168.

⁵¹ CUNHA JUNIOR, 2007, p. 83.

⁵² STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007, p. 19.

⁵³ Ibidem, p. 3.

Além do mais, equiparar os efeitos do controle difuso-incidental – *inter partes* – aos do controle concentrado – *erga omnes* – é ferir uma gama de princípios constitucionais, entre os quais podem se destacar o do devido processo legal e o da ampla defesa. Seria como impor uma decisão àqueles que não participaram do processo, sem se estar diante de um controle concentrado.- Aliás, não haveria diferenças substanciais quanto aos efeitos produzidos pelos meios de controle de constitucionalidade existentes.

Dessa feita, uma decisão de controle difuso de constitucionalidade proferida por seis votos poderá proceder a alterações na estrutura jurídica do país, ao passo que para se aprovar uma súmula no Supremo são necessários, no mínimo, oito votos (quórum mínimo).

Streck, Oliveira e Lima, veementemente contrários à “mutação” pretendida, destacam:

Excluir a competência do Senado Federal – ou conferir-lhe apenas um caráter de tornar público o entendimento do Supremo Tribunal Federal – significa reduzir as atribuições do Senado Federal à de uma secretaria de divulgação infralegislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal; significa, por fim, retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo, o que não parece ser sequer sugerido pela Constituição da República de 1988.⁵⁴

Comungando do mesmo entendimento, Lenza⁵⁵ entende não ser possível a mutação, atribuindo efeito *erga omnes* para as decisões em sede de controle difuso, pois não há dispositivos e regras, processuais ou constitucionais, para sua implementação. Seria necessário, pois, uma reforma constitucional.

Assim, rechaçar a aplicação do art. 52, inc. X da Constituição e conferir efeitos *erga omnes* às decisões proferidas pelo Supremo em sede de recurso extraordinário, ou até mesmo ordinário, seria ferir de morte o modelo constitucional do processo e lesar gravemente os direitos fundamentais assegurados pelo constituinte.

4 A modulação dos efeitos temporais no controle difuso de constitucionalidade

O ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema misto de controle de constitucionalidade. Um deles, o abstrato, cujos efeitos são *erga omnes* e, em regra, *ex tunc*, foi disciplinado pela Lei nº

⁵⁴ STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007, p. 7, grifos dos autores.

⁵⁵ LENZA, 2006.

9.868/99. O outro, denominado de controle difuso-incidental, prescinde de lei reguladora, posto que sua verificação ocorre *in concreto* – como causa de pedir de uma lide –, gerando efeitos *inter partes* e *ex tunc*.

Conforme outrora analisado, o controle difuso deriva do sistema norte-americano – *judicial review* –, o qual influenciou demasiadamente o sistema brasileiro. Por essa razão, a doutrina brasileira se orientou pelo princípio de que todo ato legislativo contrário à Constituição é nulo⁵⁶: “the unconstitutional statute is not law at all”.⁵⁷ Nesse contexto, asseveram Alexandrino e Paulo⁵⁸:

[...] no Brasil, em regra, a norma jurídica inconstitucional é nula; assim, com a declaração de sua inconstitucionalidade, é retirada do ordenamento jurídico com eficácia retroativa (*ex tunc*), desde o seu nascimento. Também, por decorrência, como regra, são considerados evadidos de vícios todos os atos com base nela praticados.

Diferentemente da norma anulável, em que a norma é válida, mas tem sua validade suspensa em determinado momento, produzindo tão somente efeitos *ex nunc*, a norma ou ato nulo não possui qualquer validade, não tendo potencialidade de produzir efeitos concretos. A norma nula, portanto, é inaplicável desde o início de sua vigência, gerando efeitos *ex tunc*.⁵⁹

Com efeito, o direito norte-americano, mesmo sendo adepto inexorável da doutrina da “*the unconstitutional statute is not law at all*”, em que os efeitos produzidos são *ex tunc*, passou a admitir a necessidade de se estabelecer limites à declaração de inconstitucionalidade.

Essa necessidade veio a ser considerada pela Suprema Corte americana em razão dos problemas gerados em processos criminais. Se as leis ou atos inconstitucionais nunca existiram, eventuais condenações com base neles mostravam-se ilegítimas e ilegais, abrindo-se a possibilidade, diante de um juízo de inconstitucionalidade, de

⁵⁶ “Atos inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em consequência, de qualquer carga de eficácia jurídica. A declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vínculo jurídico, que inquinava de total nulidade os atos emanados do poder público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe — ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos — a possibilidade de invocação de qualquer direito.” (ADI 652-MA, relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 2/4/92, DJ de 2/4/93). No mesmo sentido: ADI-MC 1.434-SP, relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 29/8/96, DJ de 22/11/1996.

⁵⁷ VELOSO, 2007, p. 143.

⁵⁸ ALEXANDRINO; PAULO, 2007, p. 116.

⁵⁹ KÜMPEL, 2007, p. 115.

impugnar todas as condenações efetuadas sob a vigência da norma inconstitucional.⁶⁰

Passou-se, desse modo, na jurisprudência norte-americana, a admitir que as decisões emanadas da Suprema Corte tivessem seus efeitos modificados, modulados, adequando-os à situação concreta. Além dos efeitos retroativos – *ex tunc* –, admitiu-se também, de modo excepcional, a produção de efeitos prospectivos ou para data futura.

Corroborando o novo entendimento fixado pela Corte americana, Gilmar Mendes⁶¹ leciona:

Vê-se, pois, que o sistema difuso-incidental mais tradicional do mundo passou a admitir a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e, em casos determinados, acolheu até mesmo a pura declaração de inconstitucionalidade com efeito exclusivamente *pro futuro*.

Seguindo o entendimento norte-americano, diversas Cortes passaram a limitar os efeitos na declaração de inconstitucionalidade. Entre elas, pode-se citar a Constituição Portuguesa, que em seu art. 282, nº 4, ressaltou que, quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos nºs 1 e 2⁶², que preveem efeitos retroativos.

O sistema jurídico brasileiro somente trouxe a lume disposição nesse sentido quando da promulgação da Lei nº 9.868/99, *in verbis*:

Art. 27.⁶³ Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração

⁶⁰ Lembre-se que o *judicial review* norte-americano, ao qual se assemelha o controle difuso-incidental de constitucionalidade, segue o princípio do *stare decisis*, no qual a decisão proferida em um caso concreto pela *Supreme Court* produz efeitos *erga omnes*.

⁶¹ Conforme voto proferido no Recurso Extraordinário nº 197.917-SP.

⁶² "1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repriseitura das normas que ela, eventualmente, haja revogado. 2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infração de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última".

⁶³ O artigo 27 da Lei nº 9.868/99 é objeto de duas ações diretas de inconstitucionalidade: ADI's nº 2.154 e nº 2.258, relator Ministro Sepúlveda Pertence, pendentes de julgamento.

ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Nota-se, todavia, que tal instituto refere-se tão somente às ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade. Ou seja, sua aplicação se restringe às hipóteses de controle abstrato ou concentrado de constitucionalidade. Em relação ao controle difuso-incidental não há qualquer disposição semelhante. Poder-se-ia, então, afirmar que não é possível a limitação ou modulação dos efeitos temporais no controle difuso?

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 79.343-BA, em 1977, o então Ministro Leitão de Abreu, relator do processo, teceu, de maneira passageira, secundária (*obter dictum*), breves linhas sobre a modulação dos efeitos na declaração de inconstitucionalidade. Sustentou ele, com base na doutrina de Kelsen e nas novas teorias norte-americanas, que deveria ser abandonada a teoria da nulidade (cujos efeitos produzidos eram *ex tunc*), adotando-se, consequentemente, a teoria da anulabilidade para o caso concreto, em que os efeitos produzidos são *ex nunc*.

Ao proferir seu voto no supracitado recurso, o Ministro Leitão de Abreu destacou que lhe parece acertado o entendimento de que não se deve ter como nulo *ab initio* ato legislativo que entrou no mundo jurídico munido de presunção de validade. Segundo ele, razoável é a inteligência de que se cuida de ato anulável. E conclui da seguinte maneira:

Tenho que procede a tese, consagrada pela corrente discrepante, a que se refere o “*Corpus Juris Secundum*”, de que a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação da inconstitucionalidade, podendo ter consequências que não é lícito ignorar. A tutela da boa-fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabelecerem relações entre o particular e o Poder Público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo.

De fato, conferir eficácia *ex tunc* às declarações de inconstitucionalidade sem quaisquer restrições ou atenuações, seja em controle concentrado ou difuso, pode, em muitas situações, gerar um verdadeiro caos social, jurídico e financeiro. Imaginem-se, de acordo com a reflexão de Veloso⁶⁴, as consequências advindas da

⁶⁴ VELOSO, 2007, p. 144.

desconstituição de inúmeras relações jurídicas que se realizaram com base na lei tida, posteriormente, como inconstitucional e as relações desenvolvidas e criadas com base na boa-fé, na confiança, amparadas em uma lei devidamente promulgada, publicada e em pleno vigor.

Nesse diapasão, pode-se concluir que mesmo diante de uma lei inconstitucional é preciso, por vezes, assegurar os efeitos por ela produzidos, atribuindo à decisão de inconstitucionalidade efeitos *ex nunc*, sendo despicienda a existência de lei que autorize a atribuição de tais efeitos. E isso, diga-se, vale para o controle difuso-incidental de constitucionalidade.

A produção dos efeitos na declaração de inconstitucionalidade já causou preocupação ao Ministro Maurício Corrêa que, ao proferir seu voto em ação direta de inconstitucionalidade (ADI nº 1.102-DF), assim se manifestou:

Creio não constituir-se afronta ao ordenamento constitucional exercer a Corte política judicial de conveniência, se viesse a adotar a sistemática, caso por caso, para a aplicação de quais os efeitos que deveriam ser impostos, quando, nesta hipótese, defluísse situação tal a recomendar, na salvaguarda dos superiores interesses do Estado e em razão da calamidade dos cofres da Previdência Social, se buscassem o *dies a quo*, para a eficácia dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, a data do deferimento cautelar.

A modulação dos efeitos temporais acabou ganhando maiores proporções quando do julgamento, em 07 de maio de 2004, do Recurso Extraordinário nº 197.917 – *leading case* –, em que foi designado relator o Ministro Maurício Corrêa. Na decisão, o Supremo reduziu o número de vereadores do município de Mira Estrela de 11 para 9 e determinou que a aludida decisão só atingisse a próxima legislatura, ou seja, atribuiu-se à decisão efeitos *pro futuro*. Na parte referente aos efeitos, restou emanada da seguinte maneira a decisão:

Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos *pro futuro* à declaração incidental de inconstitucionalidade.

Observa-se que no caso *leading case* retratado, optou-se, mediante um juízo de ponderação, pela aplicação do princípio da segurança jurídica em detrimento do princípio da nulidade, que torna irrita a norma *ab initio*, gerando efeitos *ex tunc*. A não mo-

dulação dos efeitos no caso geraria inúmeros transtornos, atingindo decisões que foram tomadas em momento anterior às eleições que determinaram a composição da Câmara Municipal (fixação do número de candidatos e definição do quociente eleitoral) e decisões posteriores ao pleito, como a validade da deliberação da Câmara nos diversos projetos e leis aprovados.

A segurança jurídica, sem dúvida, é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, pois é por meio dela que os jurisdicionados irão pautar suas condutas, sabendo das consequências advindas de seus atos. Terá conhecimento, diante de uma lide, se a decisão a ser emitida pelo órgão jurisdicional ser-lhe-á ou não favorável.

Sua aplicação diante de um caso concreto, todavia, incomoda a muitos, conforme enfatizou o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Herman Benjamin⁶⁵, ressaltando ainda que a segurança jurídica é um daqueles objetivos maiores do Direito. Aduz o Ministro:

De início, incomoda ao legislador, pois a função legislativa contemporânea é fragmentária, apressada e, muitas vezes, atécnica, quando não caótica. Incomoda ao administrador, pois a velocidade do tráfego dos negócios que devem ser regulados exige atuação imediata e, amiúde, com desvios radicais de rota e de ponto de destino. Incomoda ao juiz, já que a complexidade e a diversidade dos conflitos, individuais e coletivos, estão permanentemente conclamando-o a explorar novos territórios na aplicação da lei, o que leva, inexoravelmente, à alteração das decisões e posições jurisprudenciais consolidadas. Finalmente, incomoda à doutrina e aos próprios jurisdicionados que ora festejam inovações judiciais em temas polêmicos, ora criticam o conservadorismo do magistrado, quando esse se apegue aos precedentes e à letra da lei.

Mas não é só em razão do princípio da segurança jurídica que se pode justificar a não aplicação da teoria da nulidade constitucional. Outro princípio que enseja a não aplicação da teoria é o do excepcional interesse social, que também é previsto no art. 27 da Lei nº 9.868/99, que regulou os efeitos no controle abstrato, e pode encontrar fundamento em diversas normas constitucionais.

Imagine, por exemplo, centenas de famílias que foram direcionadas a um terreno expropriado e lá construíram suas residências, sendo reconhecida, posteriormente, a inconstitucionalidade do decreto expropriatório. Conceder efeitos retroativos geraria um caos social, já que não haveria locais adequados e suficientes para o alojamento dessas famílias.

⁶⁵ Conforme voto proferido nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 738.689-PR.

A aplicação do princípio da segurança jurídica ou do excepcional interesse público, em detrimento ao princípio da nulidade, deverá ser analisada caso a caso, ponderando-se os efeitos que serão produzidos, mediante um juízo de proporcionalidade e razoabilidade.

Em escólio bastante autorizado, Gilmar Mendes⁶⁶ doutrina que o princípio da nulidade somente há de ser afastado se for possível demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social.

Com isso, certo é que não é caso de se buscar aplicação analógica irrestrita do disposto no art. 27 da Lei nº 9.868/99, mas sim de fazer valer, diante de casos concretos, princípios constitucionalmente assegurados, que se destacam diante de um juízo de ponderação. Referido artigo projeta-se, na verdade, como uma orientação a ser seguida diante de um controle incidental de constitucionalidade.

Nessa esteira, ao analisar a possibilidade de modulação dos efeitos temporais no controle difuso, proclama o Ministro Herman Benjamin⁶⁷, do STJ, que não se trata de, simplesmente, aplicarem-se as normas veiculadas pela Lei nº 9.868/99 por analogia, mas sim de adotar como válidos e inafastáveis os pressupostos valorativos e principiológicos que fundamentam essas normas e que, independentemente da produção legislativa ordinária, haveriam de ser observados tanto pelo Supremo quanto pelo Superior Tribunal de Justiça.

De outra feita, o Ministro César Peluso, do Supremo Tribunal Federal⁶⁸, afirma não haver motivos para não se legitimar a limitação dos efeitos no controle difuso, pois, no fundo, as técnicas de controle servem ambas, com caráter alternativo e consequências próprias, adequados a cada situação histórica, ao mesmíssimo propósito constitucional.

De toda sorte, para que haja uma modulação dos efeitos temporais é mister que se profira um juízo de inconstitucionalidade.⁶⁹ Assim, caso a norma não tenha sido recepcionada pela Constituição, não poderá se falar em sua inconstitucionalidade, mas sim em

⁶⁶ Recurso Extraordinário nº 197.917-SP.

⁶⁷ Conforme voto proferido nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 738.689-PR.

⁶⁸ Conforme voto proferido no Recurso Extraordinário nº 197.917-SP.

⁶⁹ "RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO PELO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO/RJ - PLEITO RECURSAL QUE BUSCA A APLICAÇÃO, NO CASO, DA TÉCNICA DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - IMPOSSIBILIDADE, PELO FATO DE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NÃO HAVER PROFERIDO DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PERTINENTE AO ATO ESTATAL QUESTIONADO - JULGAMENTO DA SUPREMA CORTE

sua revogação.⁷⁰ Portanto, se a norma não foi recepcionada, faltará um dos pressupostos indispensáveis à utilização da técnica da modulação temporal.

Desta maneira, é plenamente lícito admitir a modulação dos efeitos temporais no controle difuso de constitucionalidade, em razão da segurança jurídica ou do excepcional interesse social analisado no caso concreto. Consequentemente, o efeito *ex tunc* da decisão será rechaçado, devendo-se fixar um dos momentos previstos no art. 27 da Lei nº 9.868/99, cuja aplicação analógica, nesse ponto, se impõe.

QUE SE LIMITOU A FORMULAR, NA ESPÉCIE, MERO JUÍZO NEGATIVO DE RECEPÇÃO - NÃO-RECEPÇÃO E INCONSTITUCIONALIDADE: NOÇÕES CONCEITUAIS QUE NÃO SE CONFUNDEM - RECURSO IMPROVIDO. MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE: TÉCNICA INAPLICÁVEL QUANDO SE TRATAR DE JUÍZO NEGATIVO DE RECEPÇÃO DE ATOS PRÉ-CONSTITUCIONAIS. - A declaração de inconstitucionalidade reveste-se, ordinariamente, de eficácia "ex tunc" (RTJ 146/461-462 - RTJ 164/506-509), retroagindo ao momento em que editado o ato estatal reconhecido inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. **O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido, excepcionalmente, a possibilidade de proceder à modulação ou limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, mesmo quando proferida, por esta Corte, em sede de controle difuso.** Precedente: RE 197.917/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA (Pleno). Revela-se inaplicável, no entanto, a teoria da limitação temporal dos efeitos, se e quando o Supremo Tribunal Federal, ao julgar determinada causa, nesta formular juízo negativo de recepção, por entender que certa lei pré-constitucional mostra-se materialmente incompatível com normas constitucionais a ela supervenientes. A não-recepção de ato estatal pré-constitucional, por não implicar a declaração de sua inconstitucionalidade - mas o reconhecimento de sua pura e simples revogação (RTJ 143/355 - RTJ 145/339), descaracteriza um dos pressupostos indispensáveis à utilização da técnica da modulação temporal, que supõe, para incidir, dentre outros elementos, a necessária existência de um juízo de inconstitucionalidade. Inaplicabilidade, ao caso em exame, da técnica da modulação dos efeitos, por tratar-se de diploma legislativo, que, editado em 1984, não foi recepcionado, no ponto concernente à norma questionada, pelo vigente ordenamento constitucional" (RE-AgR nº 395.902-RJ; relator Ministro Celso de Mello; julgamento em 7/3/2006; DJ 25/8/2006, grifo nosso).

⁷⁰ "CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE. 1. A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional na medida em que a desrespeita, dispendo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. 2. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinqüentenária. 3. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido." (ADI 521-MT, relator Ministro Paulo Brossard, julgamento em 7/2/1992, DJ 24/04/1992).

Nos termos do supracitado artigo – considerando que se trata de controle difuso, em que os efeitos se dão apenas entre as partes do litígio – é possível deliberar que os efeitos da decisão só tenham eficácia: 1) a partir do seu trânsito em julgado ou 2) em outro momento que venha a ser fixado.

No primeiro caso, a decisão que declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo só produzirá efeitos prospectivos – *ex nunc* –, ou seja, a partir do trânsito em julgado de sua decisão. Via de consequência, todos os atos praticados antes, com base na lei, permanecerão válidos. Já na segunda hipótese, é possível fixar outro momento para que a declaração de inconstitucionalidade comece a produzir efeitos – efeitos *pro futuro*. Esse momento a ser fixado pode ser qualquer um, antes ou depois da data da declaração de inconstitucionalidade.⁷¹

Em vista do exposto, não obstante a falta de norma expressa, é possível afastar a incidência da nulidade da norma constitucional⁷², mediante um juízo de ponderação no caso concreto, e aplicar a modulação dos efeitos temporais quando da declaração de inconstitucionalidade em sede de controle difuso-incidental.

Conclusão

Em razão da rigidez da Constituição, foi necessário criar mecanismos para que as leis e normas infraconstitucionais que viesssem a

⁷¹ ALEXANDRINO; PAULO, 2007, p. 107.

⁷² “A teoria da nulidade tem sido sustentada por importantes constitucionalistas. Fundada na antiga doutrina americana, segundo a qual ‘the unconstitutional statute is not law at all’, significativa parcela da doutrina brasileira posicionou-se pela equiparação entre inconstitucionalidade e nulidade. Afirmava-se, em favor dessa tese, que o reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição. Razões de segurança jurídica podem revelar-se, no entanto, aptas a justificar a não-aplicação do princípio da nulidade da lei inconstitucional. Não há negar, ademais, que aceita a idéia da situação ‘ainda constitucional’, deverá o Tribunal, se tiver que declarar a inconstitucionalidade da norma, em outro momento fazê-lo com eficácia restritiva ou limitada. Em outros termos, o ‘apelo ao legislador’ e a declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados ou restritos estão intimamente ligados. Afinal, como admitir, para ficarmos no exemplo de Walter Jellinek, a declaração de inconstitucionalidade total com efeitos retroativos de uma lei eleitoral tempos depois da posse dos novos eleitos em um dado Estado? Nesse caso, adota-se a teoria da nulidade e declara-se inconstitucional e *ipso jure* a lei, com todas as consequências, ainda que dentre elas esteja a eventual acefalia do Estado? Questões semelhantes podem ser suscitadas em torno da inconstitucionalidade de normas orçamentárias. Há de se admitir, também aqui, a aplicação da teoria da nulidade *tout court*? Dúvida semelhante poderia suscitar o pedido de inconstitucionalidade, formulado anos após a promulgação da lei de organização judiciária que instituiu um número elevado de comarcas, como já se verificou

ser produzidas não contrariassem o texto constitucional, sob pena de serem declaradas inconstitucionais.

Surge então o controle de constitucionalidade, adotando o ordenamento jurídico brasileiro um sistema misto. Consequentemente, essa verificação de compatibilidade de normas infraconstitucionais perante a Carta Magna poderá ocorrer tanto de modo abstrato ou concentrado quanto de modo difuso ou concreto.

Diferentemente do controle abstrato, em que a constitucionalidade da norma é verificada em tese, o controle difuso ocorre diante de casos concretos, em que as partes litigantes, de maneira incidental, pedem que se declare determinado ato ou norma inconstitucional naquele caso.

Por essa razão, qualquer órgão do Poder Judiciário poderá realizar esse controle de constitucionalidade. Ressalte-se, todavia, que, quando a inconstitucionalidade for declarada pelo Tribunal, é necessário que este o faça pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial, conforme regra do art. 97 da Constituição. Entretanto, caso a inconstitucionalidade já tenha sido declarada outrora pelo órgão especial ou pleno do Tribunal ou do Supremo, dispensa-se a aplicação do dispositivo legal supracitado.

Como o controle difuso-incidental ocorre tão somente entre as partes, somente entre elas é que a decisão terá efeito – efeitos *inter partes*. Já se a decisão for definitiva e emanar do Supremo Tribunal Federal, será possível estender os efeitos dessa decisão a terceiros (efeitos *erga omnes*), mediante a publicação, pelo Senado Federal, de Resolução suspendendo a execução, no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional (art. 52, inc. X da Constituição). Nesse caso, a decisão somente irá gerar efeitos *ex nunc*, não atingindo situações pretéritas.

Entretanto, no caso concreto, os efeitos da decisão irão retroagir, produzindo efeitos *ex tunc*, já que se adotou o princípio da nulidade da norma, em detrimento do princípio da anulabilidade.

entre nós. Ou, ainda, o caso de declaração de inconstitucionalidade de regime de servidores aplicado por anos sem contestação. Essas questões — e haveria outras igualmente relevantes — parecem suficientes para demonstrar que, sem abandonar a doutrina tradicional da nulidade da lei inconstitucional, é possível e, muitas vezes, inevitável, com base no princípio da segurança jurídica, afastar a incidência do princípio da nulidade em determinadas situações. Não se nega o caráter de princípio constitucional ao princípio da nulidade da lei inconstitucional. Entende-se, porém, que tal princípio não poderá ser aplicado nos casos em que se revelar absolutamente inidôneo para a finalidade perseguida (casos de omissão ou de exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade), bem como nas hipóteses em que a sua aplicação pudesse trazer danos para o próprio sistema jurídico constitucional (grave ameaça à segurança jurídica)“ (RE-AgR 364.304-RJ, voto do Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 3/10/2006, DJ 6/11/2006).

Excepcionalmente, tem-se admitido a modulação dos efeitos temporais da norma, visto que, diante de algumas situações, atribuir efeitos retroativos poderia ocasionar um caos jurídico, social e econômico. Passou-se, pois, a admitir efeito *ex nunc* ou *pro futuro* no controle difuso-incidental de constitucionalidade.

Embora não haja disposição expressa permitindo a modulação dos efeitos, tal como ocorre no controle abstrato de constitucionalidade, sua aplicação é totalmente possível, invocando-se para tanto a aplicação de princípios constitucionais como o da segurança jurídica e o do excepcional interesse público.

De qualquer sorte, a aplicação desses princípios deverá ser analisada caso a caso, ponderando-se os efeitos que serão produzidos, através de um juízo de proporcionalidade e razoabilidade.

Referências

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Controle de constitucionalidade**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 30 mai. 2009.
- _____. Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2346.htm>. Acesso em: 15 mai. 2009.
- _____. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm>. Acesso em: 4 mar. 2009. (abaixo de BRASIL. Decreto nº 2.346).
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 738.689-PR. Embargante: Dalmaci Curtume LTDA. Embargado: Fazenda Nacional. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Brasília, 27 de junho de 2007. DJ 22/10/2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=738689&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>>. Acesso em: 19 abr. 2009.
- _____. Recurso Especial nº 89.297-MG. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Geovane Morais Silva. Relator: Ministro Ari Pargendler. Brasília, 6 de dezembro de 1999. DJ 7/2/2000. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudenciadoc.jsp?processo=89297&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 19 abr. 2009.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 652-MA. Requerente: Procurador-geral da República. Requeridos: Governador do Estado do Maranhão e Assembleia Legislativa do Estado do Maranhão. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 2 de abril de 1992. DJ 2/4/1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/ADI/ADI652MA/documento/decisao/decisaoADI652MA.html>>. Acesso em: 19 abr. 2009.

www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?classe=ADI&numero=652. Acesso em: 27 abr. 2009.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.434-SP (Medida Cautelar). Requerente: Governador do Estado de São Paulo. Requerida: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 29 de agosto de 1996. DJ 22/11/1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?classe=ADI%2DMC&numero=1434>>. Acesso em: 30 jun. 2009.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.102-DF. Requerente: Confederação Nacional da Indústria. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 5 de outubro de 1995. DJ 17/11/1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000116292&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 22 abr. 2009.

_____. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 168.149-RS. Agravante: União Federal. Agravado: Farmácia Verdebranco Ltda. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 26 de junho de 1995. DJ 4/8/1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000108479&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 8 abr. 2009.

_____. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 364.304-RJ. Agravante: Município do Rio de Janeiro. Agravado: Lino Ramos Cundines. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 3 de outubro de 2006. DJ 6/11/2006. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000093352&base=baseAcordaos>>. Acesso em 8 abr. 2009.

_____. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 395.902-RJ. Agravante: Município do Rio de Janeiro. Agravado: ABM Arquitetura Participações Ltda e outro (a/s). Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 7 de março de 2006. DJ 25/8/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000094259&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 8 abr. 2009.

_____. Mandado de Segurança nº 20.257-DF. Impetrantes: Itamar Augusto Cautiero Franco e Antonio Mendes Canale. Aut. coatora: Mesa do Congresso Nacional. Relator: Ministro Décio Miranda. Brasília, DF, Brasília, DF, 8 de outubro de 1980. DJ 27/2/1981. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000151968&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 15 jan. 2009. (abaixo de BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 395.902-RJ).

_____. Recurso Extraordinário nº 197.917-SP. Recorrente: Ministério Público Estadual. Recorridos: Câmara Municipal de Mira Estrela e outros. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 24 de março de 2004. DJ 7/5/2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>>. Acesso em: 14 mar. 2008.

_____. Recurso Extraordinário nº 79.343-BA. Recorrente: José Pereira Cesar. Recorrido: Aurélio Paz Boullosa. Relator: Ministro Leitão de

Abreu. Brasília, DF, 31 de maio de 1977. DJ 2/9/1977. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(79343.NUME.%20OU%2079343.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(79343.NUME.%20OU%2079343.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 22 abr. 2009.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 521-MT. Requerente: Assembléia Legislativa do Mato Grosso. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Paulo Brossard. Brasília, DF, 7 de fevereiro de 1992. DJ 24/4/1992. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=00003442&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 24 jun. 2009.

_____. Súmula vinculante nº 10. Brasília, 18 de junho de 2008. DJ 27/6/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=10.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em 22 abr. 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. O princípio do "stare decisis" e a decisão do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional:** controle de constitucionalidade. Bahia: JusPodivm, 2007. cap. 4.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

KÜMPPEL, Vitor Frederico. **Introdução ao estudo do Direito:** Lei de introdução ao Código Civil e hermenêutica jurídica. São Paulo: Método, 2007.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado.** 10. ed. São Paulo: Método, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 41, nº 162, p. 149-168, abr./jun. 2004. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_162/R162-12.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2009.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

PRTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <<http://www.parla-mento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 10 mai. 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo.** 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. **A evolução do controle de constitucionalidade e a competência do Senado Federal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso:** mutação constitucional e limites da legitimidade da Jurisdição Constitucional. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, nº 1498, ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10253>>. Acesso em: 6 nov. 2007.

VELOSO, Zeno. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional:** controle de constitucionalidade. Bahia: JusPodivm, 2007. cap. 7.

Princípio do devido processo legal e sua aplicabilidade horizontal

Vinicio Cardona Franca

Advogado da CAIXA na Bahia

*Mestre em Direito Público pela Universidade Federal
da Bahia, junto à linha de pesquisa Cidadania e*

Efetividade dos Direitos

*Especialista em Direito do Estado pelo curso
JusPodivm/Unyahna*

RESUMO

Este artigo tem por objeto a análise da aplicabilidade do princípio do devido processo legal nas relações particulares. É apresentado um esboço da doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e seu desenvolvimento pela jurisprudência alemã a partir do caso Lüth. Em seguida, apresenta-se um esboço dos principais modelos teóricos que procuram explicar a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Apresenta-se a ideia de obrigação como processo, a partir da teoria do fato jurídico e da ideia de ato complexo. Exploram-se as repercussões do *Drittewirkung* processual nos processos particulares em geral, na aplicação das sanções convencionais no âmbito privado e na execução do contrato de trabalho. Por fim, apresentam-se a teoria dos princípios e a regra da proporcionalidade como método harmonizador da aplicabilidade horizontal do *due process* com o princípio fundamental da autonomia da vontade.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Processo. *Due process of Law*. Constituição. Fato jurídico. Teoria dos princípios. Ponderação.

ABSTRACT

This article aims to analyze the applicability of the principle of due process of law in the private relations. It is presented a sketch of the doctrine of the horizontal effectiveness of fundamental rights and its development by the German jurisprudence since the Lüth case. Furthermore, it is presented a sketch of the main theoretical models that try to explain the so called horizontal effectiveness of the fundamental rights. It is presented the idea of obligation as a process, based on the theory of the legal fact and the idea of complex act. The repercussions of procedural *Drittewirkung* in the particular processes, the application of the conventional sanctions and the development of the employment contract are explored. Finally, it is presented the

theory of the principles and the rule of the proportionality as a method of compromise between the horizontal applicability of due process and the fundamental principle of the autonomy of the will.

Keywords: Fundamental rights. Process. Due process of law. Constitution. Legal fact. Theory of principles. Balancing.

Introdução

Entre os palpitantes problemas fornecidos pela dogmática dos direitos fundamentais, destaca-se por seu especial relevo aquele que acena com a possibilidade de efeitos jusfundamentais nas relações entre particulares, também denominado eficácia externa dos direitos fundamentais, ou sua eficácia contra terceiros (*Drittewirkung*), ou, ainda, efeitos horizontais dos direitos fundamentais (*Horizontalwirkung*).¹

O tema está longe de poder ser predicado como alguma novidade. Seu desenvolvimento iniciou-se pelo esforço jurisprudencial alemão no final da década de 50, já sob a vigência da Lei Fundamental de Bonn. As construções teutônicas, por sua vez, refletiram-se com vigor nas doutrinas espanhola e portuguesa, para só recentemente aportarem nos trópicos.

A eficácia horizontal, isto é, a possibilidade de os direitos fundamentais vincularem também os particulares em suas relações jurídicas privadas, contratuais ou não, tem sido tratada por constitucionalistas brasileiros de destacada produção acadêmica, tais como Ingo Wolfgang Sarlet, Luís Roberto Barroso, Daniel Sarmento, Wilson Steinmetz, Virgílio Afonso da Silva, entre outros. Contudo, é de se notar que as investigações levadas a cabo, entre nós, praticamente circunscrevem-se à eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas em geral.

Todavia, novas abordagens vêm surgindo, em busca de analisar a aplicabilidade, nas relações privadas, de determinados direitos fundamentais em particular. É o caso do direito fundamental ao devido processo legal, que outrora se cria oponível somente ao Estado. Hoje, ao se falar, no âmbito da teoria do negócio jurídico, na ideia de obrigação como processo, cada vez mais se admite e se reconhece a eficácia do *due process* no assim denominado processo negocial.

É este, pois, o assunto a ser enfrentado neste excuso: a cláusula do devido processo legal nas relações privadas, suas premissas teóricas e os problemas decorrentes desta proposta.

¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 1286.

1 Notas sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas

Pretende-se, aqui, apresentar uma abordagem sumária da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, acentuando-se sua origem histórica mais remota, seu resgate e desenvolvimento na jurisprudência alemã e seu tratamento na doutrina estrangeira, para somente depois cuidar especificamente da aplicabilidade da cláusula *due process of law* nas relações jurídicas privadas.

1.1 Eficácia horizontal: gênese e desenvolvimento histórico

É assaz difundida a ideia de que os direitos fundamentais de primeira geração, chamados negativos, de defesa etc., foram concebidos para serem exercidos pelo indivíduo somente contra o Estado, que em razão das limitações jusfundamentais deveria se abster de violar injustamente (fora das hipóteses de lei e sem o devido processo) a vida, liberdades, propriedade e o patrimônio jurídico do cidadão como um todo.

Essa foi, de fato, a função precípua dos direitos fundamentais no calor das revoluções liberais em fins do século XVIII. Todavia, como bem observou Sarmento², tal acepção não foi de todo fiel ao jusnaturalismo contratualista legado pelo Iluminismo, pois, na ótica do Direito Natural, os direitos do homem eram realidades pré-políticas, anteriores à fundação do Estado e, por conseguinte, plenamente aplicáveis às relações privadas e a qualquer relação de poder, a bem da verdade.

Também não é incomum a assertiva de que o movimento do Estado Liberal para o Estado Social e o advento dos direitos sociais, econômicos e culturais ampliaram a significação dos direitos fundamentais e, como efeito, ensejaram sua extensão às relações privadas. É o que se percebe, por exemplo, na afirmação de Simm³:

Por isso as transformações sofridas pelo Estado e a evolução dos direitos fundamentais fizeram com que estes se tornassem também aplicáveis às relações privadas, entre particulares, especialmente para eliminar ou reduzir as desigualdades entre as pessoas, na busca de uma igualdade material e não meramente formal, até porque os direitos fundamentais alicerçam-se nos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade substancial.

² SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 27.

³ SIMM, Zeno. Os direitos fundamentais nas relações de trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, v. 69, nº 11, p. 1287-1303, nov. 2005, p. 1293.

Contudo, sugerir que há uma relação direta de causalidade entre advento do Estado Social e eficácia horizontal dos direitos fundamentais não é exato. É uma acepção que merece reservas por sua imprecisão histórica.

De fato, o movimento do Estado Liberal para o Estado-Providência deu azo a profundas transformações na concepção do papel dos direitos fundamentais, de modo a ampliar seu significado. Todavia, a ideia de eficácia horizontal não pode ter surgido automaticamente dos direitos fundamentais prestacionais, simplesmente pelo fato de que tais direitos também foram precipuamente designados para serem exercitados contra o Estado. Embora alguns direitos fundamentais de segunda geração tivessem (e tenham) os detentores do poder econômico como sujeitos passivos, a exemplo dos direitos trabalhistas, o fato é que, na viragem do século XIX para o século XX, o Estado era (como ainda é) o grande garante da realização de direitos fundamentais, e dele se esperava (como ainda se espera) a intervenção no jogo das forças econômicas para assegurar trabalho, previdência social, saúde, educação etc.

Entretanto, na sua origem, início do século XX, o projeto do Estado Social contava com sérios problemas no plano da eficácia jurídica para vincular o Estado e *a fortiori* os particulares. Ao discorrer sobre os percalços para a efetiva implementação de Weimar, Alexy⁴ aduz:

O problema principal dos direitos fundamentais de Weimar era o de sua força de validade. [...] Na literatura bramia um litígio sobre isso, se e em qual proporção as normas de direitos fundamentais, do título de direitos fundamentais, eram meras proposições programáticas sem força vinculativa jurídica.

Não obstante, impende reconhecer que, embora não se possa falar em relação direta de causa e efeito entre Estado Social e eficácia horizontal, pode-se vislumbrar uma causalidade mediata, pois a própria construção das ideias de ordem objetiva de valores e efeitos irradiantes pela Corte Constitucional alemã tem em Weimar sua gênese. Assim vaticina Alexy⁵:

O balanço positivo deve estar no início. Dele faz parte a teoria do ordenamento de valores dos direitos fundamentais, que nos anos 50 foi acolhida pela jurisprudência e, naturalmente, tem raízes de Weimar. Ela é – sem prejuízo de algumas irritações – a base para a irradia-

⁴ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 98.

⁵ Ibidem, p. 101.

ção dos direitos fundamentais sobre todos os âmbitos, portanto também sobre o direito privado.

Fique, pois, bem firmado que a noção de eficácia horizontal não surgiu *tout court* (e nem assim poderia ser) do advento do Estado Social. Sua origem remota repousa nas formulações jusnaturais do Iluminismo por um lado, e, por outro, somente com os avanços e retrocessos, isto é, com a gradativa e dialética afirmação dos direitos fundamentais sociais, desde Weimar até o pós-Segunda Guerra, puderam a jurisprudência e doutrina alemãs amadurecer a concepção de direitos fundamentais sociais, para só então desenvolverem teoricamente a ideia de eficácia horizontal. É esse um aspecto que, embora sutil e aparentemente despicando, passa ao largo da percepção de boa parte dos doutrinadores, segundo cremos.

1.1.1 A importância da sentença Lüth

O caso Lüth foi objeto de pronunciamento pelo Tribunal Constitucional Federal alemão em 1958.⁶ A seguir, um pequeno excerto do julgado, segundo a tradução livre de Silva⁷:

A Constituição, que não pretende ser uma ordenação axiologicamente neutra, funda, no título dos direitos fundamentais, uma ordem objetiva de valores, por meio da qual se expressa um [...] fortalecimento da validade [...] dos direitos fundamentais. Esse sistema de valores, que tem seu ponto central no livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade humana no seio da comunidade social, deve valer como decisão fundamental para todos os ramos do direito; legislação, administração e jurisprudência recebem dele diretrizes e impulsos.

O Tribunal Constitucional entendeu que o chamamento ao boicote levado a cabo por Lüth estava *prima facie* protegido pela

⁶ Erich Lüth, presidente do clube de imprensa de Hamburgo, durante um festival de cinema em 1950, concitou o público, os produtores e os exibidores de cinema a boicotar os filmes de Veit Harlan, a quem acusava de propagar a ideologia nacional – socialista durante o Terceiro Reich, especialmente através da película *Judeu doce*, principal filme da propaganda nazista antissemita. O tribunal de segunda instância de Hamburgo condenou Lüth à obrigação de não fazer, isto é, de omitir-se de cada chamamento ao boicote do novo filme de Harlan, *Amante imortal*, sob fundamento de que o chamado ao boicote violaria o § 826 do Código Civil, que proíbe ocasional, “em um modo que infringe os bons costumes, um dano doloso a outrem”. Lüth interpôs recurso de apelação perante o Tribunal Superior do Land, bem como reclamação constitucional diante do Tribunal Constitucional Federal.

⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 42.

liberdade de manifestação de opinião (artigo 5, alínea 1 da Lei Fundamental). Argumentou que, sempre que a aplicação de normas do direito civil conduz à limitação de um direito fundamental, deve haver uma ponderação dos princípios constitucionais colidentes. O resultado da ponderação efetuada pelo Tribunal foi que ao princípio da liberdade de opinião deve ser dada a primazia diante de princípios em sentido contrário. Lüth, então, venceu.⁸

Alexy⁹ esclarece que, através do caso Lüth, pela primeira vez a Corte Constitucional alemã pôde desenvolver uma perspectiva mais ampla ou holística dos direitos fundamentais, qual seja, a de essa categoria não se esgotar apenas na proteção de determinadas posições do cidadão frente ao Estado.

Prossegue a afirmar que a sentença Lüth reúne três ideias que formaram fundamentalmente o direito constitucional alemão. A primeira reside em que a proteção dos direitos individuais não se subsume apenas à garantia de direitos clássicos de defesa do cidadão contra o Estado. Por isso os direitos fundamentais personificam uma “ordem objetiva de valores”, ideia que foi amadurecida e desenvolvida *a posteriori* pela Corte. Depois o Tribunal referiu-se aos “princípios [...] que se expressam nos direitos fundamentais”. Assim, a primeira ideia fundamental lançada pela sentença Lüth pode resumir-se em que os direitos fundamentais detêm caráter não apenas de regras como também de princípios. A segunda ideia, intimamente imbricada com a primeira, consiste em que os valores ou princípios jurídico-fundamentais valem não apenas para as relações cidadão-Estado, mas além, “para todos os âmbitos do Direito”. Assim é que surge a ideia de efeito de irradiação dos direitos fundamentais sobre todo o ordenamento jurídico. A terceira ideia repousa em que tanto valores como princípios, dadas suas estruturas, tendem a colidir. Diante da colisão de princípios, diz o Tribunal alemão: “Torna-se necessária, por conseguinte, uma ponderação de bens”.¹⁰

Destarte, foi a partir das noções de ordem objetiva de valores e de eficácia irradiante dos direitos fundamentais (*Ausstrahlungswirkung*) e dos deveres de proteção do Estado que se preparou terreno fértil para que germinasse a ideia da eficácia horizontal. Na sua dimensão objetiva, os direitos fundamentais funcionariam como regentes de todos os âmbitos do Direito, já que corresponderiam à decisão constitucional básica, ou ainda, às bases da ordem jurídica.¹¹ Nessa perspectiva, a raio

⁸ ALEXY, 2007, p. 107.

⁹ Ibidem, p. 106.

¹⁰ Ibidem, p. 107 et seq.

¹¹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2004, p. 107.

de incidência dos direitos fundamentais transcenderia a relação indivíduo-Estado para proteger a pessoa humana em toda e qualquer situação de perigo ou ameaça de aviltamento de suas posições jurídicas fundamentais, inclusive nas relações mantidas com outros particulares, que a um só tempo figurariam como titulares e destinatários de direitos fundamentais.

1.2 Teorias sobre a relação entre direitos fundamentais e direito privado

Muito embora não seja este o espaço idôneo para apresentar e criticar a contento as teorias que procuram explicar o fenômeno da eficácia horizontal, não se pode fugir a uma explanação, ainda que superficial, dos principais elementos de tais modelos teóricos, sem os quais qualquer abordagem do presente tema fatalmente se mostrará incompleta.

O primeiro de tais modelos, em verdade um não modelo, consistiu na “negação dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas”.¹² Tratava-se de uma doutrina minoritária, que sustentava a inaplicabilidade horizontal dos direitos fundamentais baseada, sobretudo, em razões históricas ou na dita função “clássica” que os direitos fundamentais desempenham ou deveriam desempenhar no ordenamento jurídico: funcionar exclusivamente como direitos de defesa do cidadão perante o Estado.¹³

Outro grupo minoritário no direito estrangeiro envolve os modelos chamados de “equiparação” e “imputação”. O modelo conhecido como equiparação corresponde à construção pretoriana da *State Action Doctrine*, concebida nos Estados Unidos, onde a doutrina e a jurisprudência se mantiveram fiéis a uma acepção liberal dos direitos fundamentais.¹⁴ Nessa ótica, a constituição e os direitos fundamentais nela insculpidos só vinculam, *prima facie*, o próprio Estado. Para a *Supreme Court*, admitir-se-á a incidência de direitos fundamentais na esfera privada se e tão somente o particular se encontrar investido do desempenho delegado de alguma função pública típica (*public function theory*) ou se em sua conduta puder ser vislumbrada, substancialmente, alguma implicação imputável aos poderes públicos.¹⁵

Já o modelo da imputação corresponde à teoria de Jürgen Schwabe, para quem, ao contrário da *state action*, em que ações

¹² SILVA, 2005, p. 68.

¹³ Consoante Silva (2005), nessa linha destacou-se o pensamento de Uwe Diederichsen.

¹⁴ Ibidem, p. 99.

¹⁵ SARMENTO, 2004, p. 229.

privadas são equiparadas a ações estatais para vincular os particulares aos direitos fundamentais, o particular é “liberado” dessa vinculação e seus atos são imputados diretamente ao Estado. O fundamento de Schwabe consiste em que, se um particular viola o direito fundamental de outro, e tal ação violadora não é disciplinada por norma infraconstitucional, essa conduta deve ser encarada como permitida pelo Estado, a quem a responsabilidade da violação deve ser imputada diretamente, em razão de sua omissão na esfera legislativa para reputar ilegal a conduta do particular.¹⁶

Foi na Alemanha, entretanto, que se desenharam os dois modelos que recepcionam em maior grau a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, a saber: o modelo de efeitos indiretos e o modelo de efeitos diretos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

O modelo de efeitos indiretos, também conhecido como teoria da eficácia indireta ou mediata, foi desenvolvido especialmente pela doutrina de Günter Dürig.¹⁷ O ponto de partida desse modelo é o reconhecimento de um direito geral de liberdade, ou um direito fundamental à autonomia privada e à responsabilidade individual. A fim de conciliar os direitos fundamentais e o direito privado sem que haja um domínio dos primeiros sobre o segundo, propõe-se a influência dos direitos fundamentais nas relações privadas por intermédio do material normativo próprio do direito privado. Exige-se a intermediação do legislador, que deverá elaborar lei infraconstitucional contemplando e imprimindo maior concreção à previsão constitucional. O juiz, por sua vez, em caso de ausência de norma ordinária reguladora, deverá, no máximo, invocar cláusulas gerais e “conceitos indeterminados” presentes no sistema privado ou, ainda, princípios constitucionais apenas como vetores hermenêuticos para interpretação e aplicação do direito privado, mas jamais aplicar diretamente os direitos fundamentais para solucionar lides entre particulares.

O modelo de efeitos diretos ou teoria da eficácia direta ou imediata foi pioneiramente defendido por Hans Carl Nipperdey, quando na presidência do Tribunal Federal do Trabalho alemão, a partir de uma decisão sobre igualdade de salários entre homens e mulheres, em 1957. Para Nipperdey, os direitos fundamentais têm “efeitos absolutos” e, portanto, prescindem de mediação legislativa para lograr eficácia nas relações privadas. Nisso repousa a diferença fundamental entre o modelo de efeitos indiretos e o de efeitos diretos, posto que, neste último, mesmo sem o material normativo do direito privado e, sobretudo, a despeito desse material, os direi-

¹⁶ SILVA, 2005, p. 104.

¹⁷ Ibidem, p. 80.

tos fundamentais conferem diretamente direitos subjetivos aos particulares nas relações que travam entre si. Além disso, Nipperdey sustentava que a aplicação horizontal dispensa o uso de "artimanhas interpretativas", vale dizer, os direitos fundamentais não precisam de qualquer "porta de entrada", ou dos "pontos de infiltração" das cláusulas gerais, para surtir efeitos nas relações interprivadas.¹⁸

Cabe alertar, contudo, que a complexidade dos problemas que envolvem a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas vai muito além da mera adesão irrefletida a um dos modelos citados. Sucede que muitas análises acerca da eficácia horizontal limitam-se à exposição dos modelos consagrados doutrinariamente e à opção por um deles, ainda que acompanhadas por algumas poucas proposições originais. A mera descrição formal de modelos, bem como a adesão a um deles, não é suficiente para uma teorização coerente sobre a constitucionalização do Direito e, mais especificamente, sobre os efeitos de direitos fundamentais nas relações privadas.

Com efeito, a pretensa dicotomia entre eficácia direta e eficácia indireta já não se justifica teoricamente, assim como a acepção que põe necessariamente em campos opostos os direitos fundamentais e o princípio da autonomia da vontade. Como se verá ao fim deste excuso, o viés de solução dos problemas que envolvem a ampla aplicação de posições jusfundamentais nas relações privadas passa pela teoria dos princípios e pela técnica da ponderação. Por ora, debrucemo-nos sobre o tema principal aqui versado: a eficácia do direito fundamental ao devido processo legal nas relações privadas.

2 Devido processo legal nas relações privadas: o *Drittewirkung* processual

Avulta de modo especial a cizânia em torno da aplicabilidade do direito fundamental ao devido processo legal no âmbito do "processo negocial", expressão de que se valem alguns processualistas para designar as relações privadas sob um prisma eminentemente processual, sobretudo o *iter* de formação do negócio jurídico.¹⁹

Talvez essa seja uma das mais revolucionárias consequências da doutrina da eficácia horizontal, pois exige que o direito fundamental ao *due process of law* e seus consectários, contraditório,

¹⁸ SILVA, 2005, p. 87.

¹⁹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 7 ed. Salvador: JusPodivm, 2007. v 1, p. 27 et seq.

ampla defesa, produção de provas, juiz natural, publicidade etc. vinculem não somente o Estado como também os particulares. A ideia repousa em que os particulares, vinculados entre si por relações jurídicas, não se valham de prerrogativas contratuais ou legais para modificar a situação jurídica da outra parte sem a sua prévia oitiva e oportunidade de defesa.

São exemplos comuns: a aplicação de pena ao condômino que violou a convenção condominial; a organização religiosa que excomunga um fiel; o clube que aplica determinada penalidade a um associado etc. Nessas e noutras situações, sustenta-se que ao sujeito deve ser concedida a oportunidade de se defender amplamente e de ser ouvido efetivamente, de modo a procurar convencer em seu favor a instância decisória privada.

Em alentado estudo sobre o tema, a processualista Paula Sarno Braga, a partir da teoria do fato jurídico, adota a noção de *ato complexo* como combinação de atos necessários para a realização de uma finalidade, os quais podem se relacionar de diferentes maneiras. O procedimento, nessa ótica, é um tipo de *ato complexo* de formação sucessiva, cujos atos integrantes reúnem-se numa cadeia causal, ordenada e progressiva, que segue rumo à obtenção de um ato único e final.²⁰

No bojo do conceito de procedimento está o conceito de processo. Os processos estatais têm como importante e comum característica o fato de se dirigirem à formação de uma decisão, típico ato jurídico de natureza normativa. De tal arte, identificam-se o processo jurisdicional, vocacionado à produção de uma norma jurídica de efeitos concretos, destinada a regular a situação jurídica apresentada ao Poder Judiciário pelas partes interessadas e marcada pela predisposição à imutabilidade (coisa julgada); o processo administrativo, que se desenvolve perante o Estado-Administrador e destina-se a produzir uma decisão reguladora de situação jurídica que envolve Estado e agente público, Estado e administrado ou mesmo administrados e administrados, não caracterizada pela imutabilidade; e, ao cabo, o processo legislativo, cuja competência é constitucionalmente conferida ao Poder Legislativo, produtor de atos jurídicos normativos gerais e abstratos, leis em sentido amplo, que regulam as mais variadas situações jurídicas e servem de pontos de partida para a formação das decisões jurisdicionais e administrativas.²¹

Os processos estatais, de maneira geral, estão vinculados à cláusula do devido processo legal, é dizer, estão jungidos a regras

²⁰ BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal nas relações privadas.** Salvador: JusPodivm, 2008, p. 35 et seq.

²¹ Ibidem, p. 37 et seq.

previamente estabelecidas que regem seu desenvolvimento no *iter* de formação da decisão e das quais não devem se afastar (devido processo em sua dimensão procedural). De maneira específica, estão vinculados à pretensão de correção, justiça e razoabilidade dos resultados da decisão (devido processo em sua dimensão material ou substantiva), pretensão esta que advém da exigência da observância de um ordenamento jurídico justo, a saber, aquele que consubstancia um Estado Democrático de Direito.

Sucede que já não se fala exclusivamente em processos estatais de produção de norma jurídica. Fala-se hoje com tranquilidade em processos particulares, isto é, atos complexos, de formação sucessiva, de natureza negocial. A doutrina atual reconhece a obrigação como um processo, o qual alberga diferentes etapas que podem ser alcunhadas de nascimento, desenvolvimento e adimplemento da obrigação, que além da prestação principal agrupa um amplo leque de direitos, deveres, faculdades, ônus, sujeições etc., a configurar uma relação jurídica complexa e dinâmica.²² Nessa perspectiva, é de se reconhecer um processo particular obrigacional, consistente em ato complexo de formação sucessiva destinado à produção de um ato normativo (ato negocial), cujo escopo é regular os interesses das partes envolvidas.²³

O processo obrigacional tem por fundamento o poder negocial que é conferido aos particulares pelo ordenamento jurídico, a saber, verdadeiro poder privado conhecido como *autonomia da vontade*. Trata-se do poder atribuído pela ordem jurídica aos particulares a fim de que, livres e soberanamente, autorregulem seus próprios interesses ligados a seus bens, direitos, fins e pretensões. A autonomia da vontade manifesta-se como a atribuição de autodeterminação e de autovinculação dos particulares, que no exercício dos seus afazeres se tornam legisladores dos próprios interesses, seja para criar direitos, seja para criar deveres.²⁴ Tal é a típica acepção civilística de autonomia da vontade ou autonomia privada, expressões que aqui serão manejadas de forma indistinta. Assim a concebia Orlando Gomes, *in verbis*:

O Direito Positivo reconhece às pessoas o poder de provocar efeitos jurídicos por meio de certos atos. Tal é o território da *autonomia privada*, isto é, do poder atribuído ao particular de partejar, por sua vontade, relações jurídicas concretas, admitidas e reguladas, *in abstrato*, na lei.

Na conceituação de autonomia privada reúnem-se os dois institutos centrais do Direito Privado: a *proprie-*

²² BRAGA, 2008, p. 40.

²³ Ibidem, p. 47.

²⁴ STEINMETZ, 2004, p. 190.

*dade e o contrato ou o negócio jurídico que, sendo mais amplo, a este abrange.*²⁵

No que respeita à vigente ordem constitucional brasileira, diversos são os dispositivos, esparsos por todo o Texto Magno, que dão fundamento à autonomia privada enquanto verdadeiro princípio constitucional, a saber: (a) a cláusula geral de liberdade, insculpida no art. 5º, *caput*; (b) o princípio da livre iniciativa, no art. 1º, IV e art. 170, *caput*; (c) o direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, no art. 5º, XIII; (d) o direito de propriedade, art. 5º, *caput* e XVII; (e) direito de herança, art. 5º, XXX; (f) direito das classes profissional e econômica de regularem seus interesses por meio de convenção ou acordo coletivo de trabalho, no art. 7º, XXVI; tutela da família, casamento e união estável, art. 226, *caput*, §§ 1º *usque* 4º.

Na perspectiva constitucional, entretanto, a autonomia privada envolve não apenas bens de interesse econômico-patrimonial como também interesses de caráter existencial e personalíssimo. Assim é que cada indivíduo está autorizado a fazer suas próprias escolhas, tais como que carreira profissional seguir, como orientar sua conduta sexual, de que religião ser adepto, com que pessoa contrair núpcias e assim por diante.

Isso posto e devidamente compreendida a ideia de processos privados obrigacionais, tutelados pelo princípio da autonomia da vontade, vejamos mais a fundo os processos negociais em geral, alguns processos negociais em particular e de que maneira a cláusula *due process* neles é aplicável.

2.1 Devido processo legal nos processos particulares em geral

Entendida a obrigação como processo, propõe-se cindi-lo em *processo de formação* ou *aperfeiçoamento* do negócio jurídico, no qual avulta a preocupação com os requisitos de validade, e em *processo de execução* do negócio jurídico, no qual interessa o adimplemento restritivo dos negócios, isto é, a imposição de limitações e privações de direitos das partes envolvidas.²⁶

No que toca à formação dos negócios jurídicos, aos contratos em particular, sua conclusão nem sempre exsurge automaticamente do encontro de vontades das partes, e sim de uma sequência de entendimentos, ajustes, proposições, contrapropostas e aceites, os quais constituem momentos ou etapas distintos e que muita vez geram consequências jurídicas específicas.

²⁵ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 263.

²⁶ BRAGA, 2008.

De maneira muito genérica, podem-se observar no processo de aperfeiçoamento dos contratos uma fase inicial desencadeada por tratativas preliminares – fase de *puntuação ou negociação* –, que gera uma proposta definitiva –; uma fase de postulação – por uma das partes, que será aceita ou não pela contraparte –; e uma fase de decisão.²⁷

Na fase de *puntuação ou negociação*, as partes efetuam contatos preambulares, verbalmente ou por escrito (documentados em correspondências epistolares ou eletrônicas), que podem envolver anotações, rascunhos, cartas de intenções etc. Cuida-se de pura negociação, sondagem das partes entre si. Aqui, as partes não estão vinculadas juridicamente: não há obrigação de contratar. Todavia, a legítima expectativa de contratação, eventualmente frustrada por deslealdade, falta de informação, ardil e má-fé, pode ser tutelada juridicamente, e a parte que der ensejo a tal frustração ilegítima pode responder pelos danos causados, máxime no que tange a possíveis despesas efetuadas na negociação, a não contratação com terceiros etc., tudo em razão da transgressão da boa-fé objetiva.²⁸

A cláusula do devido processo legal está a exigir precisamente que a etapa formativa do negócio se desenrole num tom de cooperação e solidariedade entre as partes, de modo que o conteúdo material das tratativas seja equilibrado e proporcional e realizem-se os princípios da boa-fé objetiva e da equidade contratual.²⁹

A fase de *postulação* equivale à proposta, oferta, oblação ou políciação, isto é, o negócio jurídico unilateral receptício mediante o qual o proponente, ofertante ou pollicitante exterioriza sua vontade de celebrar o negócio. Salvo nas hipóteses dos artigos 427 e 428 do Código Civil de 2002, a proposta vincula o proponente, não cabendo retratação ou modificação, visto que seu destinatário, o oblato, não raro faz investimentos, realiza despesas, dispensa outras propostas e contrata análises mercadológicas na expectativa de celebrar o negócio nos termos ofertados. Já a *aceitação* consiste em negócio jurídico unilateral receptício através do qual o oblato revela sua concordância com a proposta formulada.³⁰

Tanto a fase de postulação como a de aceitação, no bojo do processo negocial, também sofrem os efeitos do *due process*, na sua qualidade de princípio limitador dos poderes privados. Com efeito, todo o processo negocial deve ser marcado de forma inde-

²⁷ BRAGA, 2008, p. 88.

²⁸ Ibidem.

²⁹ Ibidem, p. 204 et seq.

³⁰ Ibidem, p. 89 et seq.

lível pela dimensão substantiva do devido processo legal, ou seja, por solidariedade, cooperação, probidade e transparência entre as partes.

É preciso ter em mente que, ao se cogitar a aplicação do devido processo legal em relações entre particulares, o escopo último outro não é senão a contenção ou limitação dos poderes privados. Não é incomum a situação de grave desigualdade no poder econômico das partes, o que acarreta iniquidades já desde a formação do negócio, que fatalmente serão refletidas no seu próprio conteúdo, isto é, em prestações desproporcionais, ou mesmo na hipótese de não conclusão do negócio, a gerar graves prejuízos a uma das partes pela não observância da boa-fé objetiva.

Situações de desproporcionalidade são também usuais na fase de execução dos negócios, a exigir a atuação do *due process*, como se verá a seguir.

2.2 Devido processo legal no adimplemento restritivo dos negócios

O negócio jurídico, também na sua fase de execução, está sujeito a situações que impõem a observância do devido processo legal. O chamado processo de “adimplemento restritivo” consiste naquele em que uma das partes tem o poder de infligir restrições à esfera jurídica da outra mediante decisão unilateral, parcial e não jurisdicional.³¹

Tal é o caso das chamadas sanções convencionais, a exemplo da penalidade infligida ao cooperativado que viola disposição do estatuto da cooperativa; da multa imposta a condômino que pratica conduta antissocial tipificada na convenção condominial e respectivo regimento interno; da sanção aplicada ao membro de certo clube, por violar regra do respectivo estatuto; e assim por diante.

A aplicação das penalidades convencionais está sujeita à observância do devido processo legal. A decisão restritiva ou limitativa de direitos deve ser precedida de prévio procedimento que atenda às regras convencionadas no negócio, sobretudo regras que contemplem a possibilidade de oitiva e defesa da parte, produção de provas em seu favor, publicidade da decisão, isto é, todos os corolários da cláusula *due process*.

É possível, à luz da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, levar essa proposta a âmbitos em que o Estado, desde o advento do paradigma liberal, não se imiscui, tais como as relações entre organizações religiosas e membro fiel, por exemplo.

³¹ BRAGA, 2008, p. 205.

As igrejas e instituições religiosas em geral contam com ampla tutela constitucional de seu direito de auto-organização e independência do Estado. E assim de fato deve ser. Contudo, tal liberdade não pode constituir um cheque em branco que enseje a violação de direitos fundamentais, como sói ocorrer. A igreja ou denominação religiosa que excomunga um membro, por exemplo, está jungida a suas próprias normas. Não pode olvidá-las. Além disso, a fim de excluir um membro, deve observar o devido processo legal, sob pena de ter a reintegração determinada pela via judicial.

Idêntica postura devem adotar as organizações desportivas, como as federações e confederações que cuidam das mais variadas modalidades de esporte. A punição de um atleta ou de um clube tem de observar o devido processo legal, pelos mesmos fundamentos antes apontados.

No que respeita à jurisprudência brasileira, há que se reconhecer que não são tão raras as manifestações dos tribunais a respeito do tema. Todavia, o fato é que ainda não encontrou eco nos nossos pretórios uma discussão fértil e profícua acerca das condições e limites da aplicabilidade horizontal. Seja como for, há, no Supremo Tribunal Federal, algumas decisões que merecem destaque.

Por ocasião do Recurso Extraordinário nº 158.215-RS (relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 07/06/1996), a Segunda Turma do Pretório Excelso preconizou a incidência direta dos direitos fundamentais sobre relações entre particulares. Cuidou-se da hipótese de um membro expulso de cooperativa sem a observância da garantia do contraditório e da ampla defesa no âmbito do devido processo legal. A ementa do julgado restou lavrada nos seguintes termos:

DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS – EXAME – LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubstância da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a

pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA – EXCLUSÃO DE ASSOCIADO – CARÁTER PUNITIVO – DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembleia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa (RE nº 158.215-RS, relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 07/06/1996).

No Recurso Extraordinário nº 201.819-RJ, através do seu voto-vista, o Ministro Gilmar Mendes enfrentou um caso típico de aplicabilidade horizontal, para o que se valeu da doutrina alemã e do histórico jurisprudencial da Corte Constitucional alemã, bem como das poucas e recentes manifestações da doutrina e da jurisprudência brasileiras. Trata-se de aresto paradigmático, pois corresponde a um dos poucos, entre a nossa jurisprudência, em que se discute mais a fundo as questões atinentes aos direitos fundamentais e sua eficácia nas relações privadas. Mais uma vez, a questão cingiu-se à liberdade e autonomia de associação versus direito ao contraditório e à ampla defesa. Importa, pois, destacar as considerações tecidas pelo Ministro no seu voto-vista, retiradas do Informativo nº 405 do Supremo Tribunal Federal:

Destarte, a exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. De outro lado, diante da iminência de expulsão disciplinar, ainda que o recorrido tivesse optado por ingressar em outras entidades congêneres, nacionais ou estrangeiras, o ônus subsistiria em razão da eliminação automática do associado, nos termos do art. 18 do Estatuto Social da recorrente (fl. 48). [...] Essas considerações parecem fornecer diretrizes mais ou menos seguras e, até certa parte, amplas, para a aplicação do direito de defesa no caso de exclusão de associados.

Todavia, afigura-se-me decisivo no caso em apreço, tal como destacado, a singular situação da entidade associativa, integrante do sistema ECAD, que, como se viu na ADI nº 2.054-DF, exerce uma atividade essencial na cobrança de direitos autorais, que poderia até configurar um serviço público por delegação legislativa. Esse caráter público ou geral da atividade parece decisivo aqui para legitimar a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF) ao processo de exclusão de sócio de entidade.

Estando convencido, portanto, de que as particularidades do caso concreto legitimam a aplicabilidade dos direitos fundamentais referidos já pelo caráter público — ainda que não estatal — desempenhado pela entidade, peço vénia para divergir, parcialmente, da tese apresentada pela Eminente Relatora. Voto, portanto, pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu desprovimento.

Como se pode inferir da passagem transcrita acima, o Ministro Gilmar Mendes considerou legítima a aplicação *direta* do direito fundamental ao devido processo legal à relação privada em questão. Sem embargo, a decisão em comento não está a sugerir que o direito fundamental ao devido processo legal é sempre diretamente eficaz nas relações entre particulares. Sucede que, à luz das especificidades do caso concreto, ponderou-se que o caráter público de que se reveste uma das atividades da associação – ainda que esta se organize como pessoa jurídica de direito privado – confere um peso maior em favor da aplicação do direito fundamental discutido.

2.3 Devido processo legal na execução e na resilição dos contratos de trabalho

O mesmo se cogita para as relações trabalhistas, ao menos pela doutrina europeia mais vanguardista. Fala-se em direito de defesa do trabalhador nas hipóteses de despedida por justa causa. Gil y Gil apresenta a controvérsia no Direito Espanhol em termos da aplicabilidade imediata ou apenas indireta do art. 7 da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), o qual dispõe:

No deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad.³²

O mesmo autor coloca o direito de defesa na relação de trabalho como um princípio elementar de justiça, ao partir da noção de despedida como a máxima das sanções, que não pode prescindir de prévio diálogo entre as partes. A observância do devido processo, aduz ainda o citado autor, permite que um sistema de relações trabalhistas possa ser qualificado como minimamente civilizado.

³² GIL Y GIL, Jose Luis. **Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa.** Madrid: Secretaria General Técnica (Centro de Publicaciones), 1993, p. 102.

Ainda que não se admita a aplicabilidade direta do princípio des de a constituição ou convenção da OIT, sustenta-se a aplicabilidade do direito de defesa através do princípio da boa-fé objetiva como fonte de integração do contrato, solução que consubstancia a teoria da eficácia indireta.³³

Sem embargo, a própria Convenção 158 da OIT estabelece o princípio da razoabilidade como critério de limitação do direito de defesa. Ora, na qualidade de norma-princípio, o direito fundamental de defesa é relativo e está sujeito à ponderação na sua aplicação ao fato. O próprio Gil sustenta que o direito de defesa na relação de trabalho não deve se converter numa prerrogativa aos moldes do Direito Administrativo. A normação de um procedimento rígido no âmbito da CLT, por exemplo, se mostraria incompatível com a dinâmica necessária à gestão empresarial.³⁴

Ideal seria, para a satisfação do princípio sem comprometimento da autonomia da vontade empresarial, o estabelecimento em acordo ou convenção coletiva, ou mesmo em regulamento de empresa, de procedimento que albergasse minimamente a notificação regular e escrita do trabalhador, prazo para defesa, com possibilidade de apresentação de documentos, ouvida de pessoas etc, assistência facultativa pelo sindicato ou advogado, ou seja, um procedimento que impedisse a aplicação da despedida como pena, sem a possibilidade de o empregado influir na decisão em seu próprio favor.

Para muitos, a aplicação dessa doutrina no Brasil soaria quase herética. De pronto argumentar-se-ia que a possibilidade de restringir, dificultar, burocratizar ou engessar a livre despedida do empregado não se coaduna com as necessidades do livre mercado e comprometeria a competitividade das empresas no mercado global, especialmente de países emergentes como o Brasil, cujas possibilidades de competição já se mostram assaz prejudicadas por fatores diversos. O argumento, porém, só é válido para quem enxerga o trabalhador como mais um insumo do processo produtivo, de que se quer dispor livremente, e não como um ser humano e cidadão, portador de valor e dignidade e merecedor de cuidados, como elemento central e imprescindível de qualquer organização.

Verifica-se no ordenamento juslaboral francês dispositivo que consagra o direito de defesa do empregado diante da iminência de sanção disciplinar ou mesmo despedida. Dispõe o art. L 122-14, parágrafo primeiro, do *Code du Travail*, que o trabalhador faz jus a uma “entrevista prévia”, na qual o empregador deverá expor os motivos da decisão e ouvir as razões do obreiro.³⁵

³³ GIL Y GIL, 1993, p. 105.

³⁴ Ibidem, p. 113.

³⁵ Ibidem, p. 112.

A questão de fundo que subjaz a essa celeuma conduz a perguntar se o empregador dispõe livremente ou não do posto de trabalho do empregado. Ainda se justifica aceitar, entre nós, um direito potestativo do empregador de resiliar o contrato de trabalho? A questão deve ser respondida à luz da função histórica e ideológica do Direito do Trabalho e, sobretudo, ao lume da ordem econômica instituída pela Constituição Federal de 1988.

Manual Carlos Palomeque Lopez³⁶ apresenta o conflito laboral como “conflito matriz ou arquétipo da sociedade capitalista”, que ensejou o surgimento do Direito do Trabalho como uma resposta defensiva do Estado a fim de conter e institucionalizar o conflito entre capital e trabalho em termos compatíveis com o sistema econômico estabelecido, de modo a impor a esse conflito um canal de desenvolvimento compatível com a permanência e o progresso do capitalismo das vigas mestras da sociedade burguesa. A função histórica e ideológica do Direito do Trabalho se insere no quadro mais amplo do Estado Social, que representa, ao fim e ao cabo, uma tentativa de solução de compromisso entre o interesse do capital e os interesses econômicos, sociais, culturais e políticos de legiões de vitimados pelo capitalismo industrial inconsequente do século XIX.³⁷

O Estado Social como solução compromissória é visto por muitos como fracassado e hoje superado pela pós-modernidade. Falasse da incompatibilidade de princípios e projetos que o Estado-Providência procurou harmonizar. Buelga procura apresentar o espírito de Weimar nos seguintes termos:

La existencia de principios contradictorios en la Constitución expresa la naturaleza pacticia del nuevo Estado, resultado de la confluencia de intereses de clase antagónicos en el proceso constituyente. [...] Así, Weimar es una constitución sin decisión, en la medida en que su contenido no expresa proyecto político alternativo. Weimar es la impotencia o la inexistencia de compromiso que permitiera desplegar efectos a los principios socialistas incorporados a la constitución.³⁸

O fato, porém, é que essa tentativa conciliatória está ainda juridicizada em boa parte das constituições ocidentais, inclusive na Constituição Federal brasileira de 1988, que tem como um dos princípios fundamentais internos “os valores sociais do trabalho e da

³⁶ LOPEZ, Manuel Carlos Palomeque. **Direito do trabalho e ideologia**. Tradução de António Moreira. Coimbra: Almedina, 2001, p. 19.

³⁷ LOPEZ, loc. cit.

³⁸ BUELGA, Gonzalo Maestro. **La constitución del trabajo en el Estado Social**. Granada: Comares, 2002, p. 25 et seq.

livre iniciativa” (art. 1º, IV), como objetivo “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 2º, III), como princípios da Ordem Econômica a propriedade privada (art. 170, II), a função social da propriedade (art. 170, III), a livre concorrência (art. 170, IV), a busca do pleno emprego (art. 170, VIII) e como base e objetivo da Ordem Social, respectivamente, o primado do trabalho e o bem-estar e justiça sociais (art. 193).

Parece que se por um lado a livre iniciativa é garantida ao empresário, permitindo-o decidir sobre os rumos que deve dar ao seu empreendimento, por outro lado a incidência de direitos fundamentais, como o devido processo legal, nas relações de trabalho homenageia os objetivos constitucionais de cada vez mais aproximar a economia nacional duma situação de pleno emprego. Assim, por mais que haja imperativos macro ou microeconômicos, crises e necessidade de reestruturação empresarial acompanhada de despedidas em massa, nada disso deveria passar ao largo da plena fiscalização e acompanhamento sindical, cujo papel é exigir do dador de trabalho, nesses casos, a exposição clara dos motivos econômicos ou simplesmente estratégicos que conduziram à decisão e, além disso, a negociação como forma de contenção dos efeitos colaterais das decisões empresariais sobre os trabalhadores. Tudo isso consagra um amplo processo coletivo de diálogo que amiúde tem acontecido, mas que também deve ocorrer no plano individual, através da jurisdicção de um *due process of law*.

Baylos, considerando o direito ao trabalho na Ordem Social da Constituição de Espanha, afirma:

[...] as políticas públicas de emprego devem continuar centradas no fomento do emprego indefinido e na transformação do trabalho temporário em trabalho por tempo indefinido, pressionando, assim de maneira modesta certamente, para limitar os processos de precarização e de destruição do emprego. [...] A todas essas esferas de regulamentação, deve unificar o princípio do pleno emprego, entendido num sentido forte como emprego com qualidade, base do exercício da cidadania.³⁹

É possível e necessária, mesmo num contexto de economia emergente, como o contexto brasileiro, a aplicação do devido processo às relações de trabalho, quer se trate de despedida enquanto sanção disciplinar, quer se trate de despedida por razões financeiras, de gestão estratégica etc. Na segunda hipótese, que suscitaria mais controvérsias, ainda que não se possa falar, entre nós, no di-

³⁹ BAYLOS, Antonio. Proteção de direitos fundamentais na ordem social – o direito ao trabalho como direito constitucional. **Revista trabalhista – direito e processo**, v. 10, p. 21-51, 2004, p. 50.

reito subjetivo a um posto de trabalho, é possível conter e controlar despedidas absolutamente arbitrárias através da exigência de um processo que envolva diálogo, possibilidade de convencimento em contrário, fiscalização sindical e plena, exaustiva e satisfatória motivação da decisão empresarial, inclusive com o fito de desestimular a possibilidade do empregador de sempre solucionar pecuniariamente a resilição do contrato.

3 Teoria dos princípios, colisão de direitos fundamentais e ponderação

Admitida a hipótese de aplicabilidade do devido processo legal nas relações privadas, como harmonizar os efeitos desse princípio com a autonomia da vontade? Seria possível a restrição contratual ou convencional do direito fundamental ao devido processo?

Boa parte da doutrina tem buscado enfrentar a questão da eficácia horizontal colocando necessariamente em campos opostos os direitos fundamentais e o princípio da autonomia da vontade. Não se trata de uma necessária relação de oposição, mas de gênero e espécie, visto que a autonomia privada é ela mesma um direito fundamental. Sucede que, em certas situações, ela poderá colidir com outros direitos fundamentais, pois é esperado que assim aconteça. Segundo cremos, pois, eventuais problemas relacionados à aplicação de direitos fundamentais nas relações privadas em geral, inclusive trabalhistas, devem ser examinados e tratados como colisão de direitos fundamentais.

Para Alexy, “não existe catálogo de direitos fundamentais sem colisão de direitos fundamentais e também um tal não pode existir”.⁴⁰ Essa afirmação peremptória repousa em que a interpretação dos catálogos de direitos fundamentais, como tarefa primeira da ciência dos direitos fundamentais, encontra claros limites na própria estrutura dessa categoria normativa. É a estrutura dos direitos fundamentais que enseja sua inexorável colisão de uns com os outros, o que por seu turno impõe limites às regras usuais de interpretação jurídica.

A solução reclamada pelo problema das colisões de direitos fundamentais reside em que se admitam limitações e sacrifícios a serem efetuados de um lado ou mesmo de ambos. A questão, assim, é como tais limitações e sacrifícios devem ocorrer. Para tanto, é preciso responder se direitos fundamentais têm caráter de princípios ou de regras. Trata-se da distinção teórico-estrutural da norma em princípios e regras. Segundo Alexy, para muito além de uma

⁴⁰ ALEXY, op. cit., p. 56 et seq.

diferença gradual – abstração e generalidade – há, sobretudo, uma diferença qualitativa: princípios são mandamentos de otimização, enquanto regras têm o caráter de mandamentos definitivos. Os princípios, enquanto mandamentos de otimização, são comandos que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Estas últimas são, além de outras regras, determinadas essencialmente por princípios em sentido contrário. Portanto, os princípios admitem graus diferentes de realização e a ponderação é a forma de aplicação do Direito que os caracteriza. Já as regras, como mandamentos definitivos, consistem em normas que ou são satisfeitas ou não são. Se válidas e aplicáveis, as regras estão a exigir o cumprimento do seu conteúdo *in totum*. Sua aplicação é uma questão de tudo ou nada. Não são suscetíveis de ponderação: a subsunção é sua forma característica de aplicação. As regras contêm, portanto, fixações no espaço do fática e juridicamente possível.⁴¹

É com fulcro nas circunstâncias relevantes do caso concreto que um princípio terá de ceder diante do outro, pois são as circunstâncias que determinam o peso relativo de cada princípio no caso concreto. Contudo, ao contrário do que sucede com as regras, um princípio que preferiu a outro num dado caso não necessariamente terá a mesma precedência diante de outras circunstâncias fáticas. Alexy⁴² afirma que nos casos concretos os princípios têm diferentes pesos, prevalecendo o de maior peso. Esse procedimento racional de identificar e valorar as condições sob as quais, no caso concreto, um princípio precede ao outro e de fundamentar por que, sob certas condições, ocorre essa precedência consiste no método de ponderação de bens, o que remete àquilo que comumente se chama de princípio da proporcionalidade.

Adequação ou idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito são os elementos constitutivos daquilo que na doutrina e jurisprudência constitucionais contemporâneas, de matriz germânica, chama-se princípio da proporcionalidade. O princípio da idoneidade exige que se verifique, no caso concreto, se a decisão normativa restritiva – o meio, a medida – do direito fundamental enseja o alcance da finalidade perseguida. Deve-se excluir o emprego de meios que prejudiquem a realização de um princípio sem ao menos fomentar o princípio colidente, cuja realização eles pretendem servir. O princípio da necessidade ordena que se examine se, entre os meios de restrição disponíveis e igualmente

⁴¹ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 86 et seq.

⁴² ALEXY, 2002 apud STEINMETZ, 2004, p. 206.

eficazes para atingir o fim pretendido, o escolhido é o menos gravoso ao direito fundamental em questão.⁴³

Já o princípio da proporcionalidade em sentido estrito demonstra o que significa a otimização relativamente às possibilidades jurídicas. Ordena-se que os meios eleitos devem se manter em uma relação razoável com o resultado perseguido. Esse princípio tem por objeto a ponderação propriamente dita e é sintetizado por Alexy no que por ele foi chamado de “lei de ponderação”, que reza: “quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”.⁴⁴

Essa ponderação é realizada em três passos ou graus. O primeiro passo reside em aferir o grau de prejuízo ou não cumprimento de um princípio. O passo seguinte consiste em verificar a importância do cumprimento ou realização do princípio em sentido contrário. No derradeiro passo, requer-se atestar se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo do outro. Esse último passo ou grau do princípio da proporcionalidade em sentido estrito é o que Alexy chama de “ponderação no sentido restrito e verdadeiro”.⁴⁵

O objetivo desse passeio pelas linhas elementares do pensamento de Alexy foi afirmar que os direitos fundamentais, na qualidade de princípios constitucionais, são relativos e requerem ponderação, seja nas relações dos particulares entre si, seja nas relações destes com o próprio Estado. Como bem observou Freitas:

[...] resulta imperiosa a conclusão no sentido da inexistência, ao menos no atual estágio de desenvolvimento do Direito, de alternativa plausível ao método da ponderação de bens quando se cuida de apor limites e restrições a direitos fundamentais sem reserva legal e de se efetivar o controle de constitucionalidade acerca destas afetações desvantajosas.⁴⁶

Diante do atual estágio da ciência jurídica, já não se pode falar em princípios e direitos fundamentais caso não se esteja efetivamente disposto a ponderar. E ponderar requer, amiúde, em frente de determinadas situações, fazer concessões, restringir garantias e conquistas, dar um passo atrás, assim como, diante de outras condições fáticas, se faz possível avançar.

⁴³ ALEYX, 2007, p. 110.

⁴⁴ Ibidem, p. 65.

⁴⁵ Ibidem, p. 68.

⁴⁶ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais** – Limites e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 162.

Acerca das potencialidades dos direitos fundamentais, com acerto observou Alexy

[...] o que os direitos fundamentais realmente são de nenhum modo decide somente o texto constitucional. Decisivo [sic] são a vontade política do povo, a situação econômica e a prática jurídica e a ciência do direito.⁴⁷

É preciso, de fato, lançar fora todo o fundamentalismo dos direitos fundamentais.

Conclusão

Buscou-se, neste excuso, sustentar uma plena aplicabilidade do direito fundamental ao devido processo legal nas relações privadas como consectário da eficácia horizontal dos direitos fundamentais em geral.

Embora legatária da acepção iluminista de direitos do homem, a ideia da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas teve sua gênese nas construções da jurisprudência alemã, que desenvolveu as noções de ordem objetivas de valores, irradiação de direitos fundamentais por todo ordenamento jurídico e ponderação de interesses. Apenas de forma mediata a ideia da eficácia horizontal surgiu como consectário do Estado Social.

A partir da teoria do fato jurídico e da ideia de ato complexo, é possível se admitir a obrigação como processo, para então se admitir, por conseguinte, a eficácia do devido processo nos processos negociais em geral, nas hipóteses de adimplemento restritivo dos negócios (aplicação de sanções convencionais) e mesmo na execução do contrato de trabalho.

Os direitos fundamentais, contudo, na qualidade de princípios, são relativos e sujeitos à ponderação, quando em colisão com outros princípios, o que é natural e esperado num catálogo amplo como o brasileiro. A busca de soluções para os problemas que envolvem colisões de direitos fundamentais, segundo a teoria dos princípios hegemônica, requer que se aceite a ponderação como procedimento racional e compatibilizador dos conflitos, que por vezes reclama restrições e sacrifícios de certos interesses.

Tal concepção dos direitos fundamentais é, segundo cremos, a maneira mais racional de compatibilizar uma plena aplicabilidade do princípio do devido processo legal com o princípio da autonomia da vontade, de modo a proteger o indivíduo submetido aos poderes privados de eventuais abusos tendo em conta, ainda as-

⁴⁷ ALEXY, 2007, p. 100.

sim, a possibilidade de restrição e limitação de seus próprios direitos fundamentais, inclusive o direito a um processo devido.

Referências

- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- BAYLOS, Antonio. Proteção de direitos fundamentais na ordem social – o direito ao trabalho como direito constitucional. **Revista trabalhista – direito e processo**, Rio de Janeiro, v. 10, p. 21-51, 2004.
- BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal nas relações privadas**. Salvador: JusPodivm, 2008.
- BUELGA, Gonzalo Maestro. **La constitución del trabajo en el Estado Social**. Granada: Comares, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- DIDIER JR., Freddie. **Curso de Direito Processual Civil**. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2007. v. 1.
- FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais – Limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- GIL Y GIL, Jose Luis. **Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa**. Madrid: Secretaría General Técnica (Centro de Publicaciones), 1993.
- GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- LOPEZ, Manuel Carlos Palomeque. **Direito do trabalho e ideologia**. Tradução de António Moreira. Coimbra: Almedina, 2001.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SIMM, Zeno. Os direitos fundamentais nas relações de trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, v. 69, n° 11, p. 1287-1303, nov. 2005.
- STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.



Da aplicação dos precedentes jurisprudenciais

Ricardo Tavares Baraviera

Advogado da CAIXA em Brasília
Pós-graduando em Direito Processual Civil pela
Universidade de Santa Cruz do Sul

RESUMO

O presente artigo tem por finalidade efetuar uma breve análise da natureza jurídica dos precedentes jurisprudenciais e, a partir daí, avaliar a forma nem sempre criteriosa de sua aplicação, além de sua utilização inadequada como mero instrumento de eliminação de processos, especialmente porque o sistema jurídico vem evoluindo no sentido de uma maior utilização da jurisprudência nas decisões.

Palavras-chave: Jurisprudência. Precedentes. Aplicação. Natureza jurídica. Regra.

ABSTRACT

The present article intends to perform a brief analysis on the juridical nature of the jurisprudence precedents and, from this point, evaluate the not always discerning way of its applying, and even the inadequate usage as a mere instrument of eliminating lawsuits, specially because the juridical system evolves in the sense of greater usage of jurisprudence in the decisions.

Keywords: Jurisprudence. Precedents. Applying. Juridical nature. Rule.

Introdução

Como efeito da globalização e da evolução do Direito, o sistema jurídico pátrio, baseado nos textos legais, importou do *common law* não só a maior liberdade para julgamento como também a utilização frequente dos precedentes jurisprudenciais como norte para as decisões. Diante dessa realidade, torna-se imperioso ao operador do Direito estudar a forma correta de aplicação da jurisprudência como meio de realização da justiça e da segurança jurídica.

1 O estado social, a aplicação e a interpretação da lei

A lei foi o instrumento de proteção do cidadão contra o Estado no momento da derrocada do absolutismo e surgimento do Estado Liberal. Diante de um Judiciário com histórico de arbitrariedades, cumpria ao novo sistema defender os direitos individuais a partir de uma legislação abrangente e uma rígida partição entre os Poderes. Nesse contexto, “o conceito de segurança ou de certeza jurídica se confundia com a lei”.¹

Mas isso ainda não era suficiente, já que o juiz, no trabalho de interpretação, poderia desvirtuar as conquistas dos cidadãos. Dessa forma, o trabalho interpretativo foi restringido ao máximo, impedindo o julgador de maiores liberalidades sob qualquer pretexto, sendo exigida a observação do texto legal e o enquadramento dos fatos em exame, em procedimento conhecido como subsunção. “Os princípios não eram reconhecidos como fonte autônoma do direito”,² sendo meros subsídios ao legislador.

Com a consolidação da democracia – a despeito de soluções de continuidade³ – e da experiência democrática, tal regime firmou-se no Ocidente, especialmente após a Segunda Guerra Mundial. Diante da nova realidade, o direito e a sociedade evoluíram do Estado Liberal para o Estado Social, implicando profundas alterações:

Enquanto o Estado Liberal apenas protegia as liberdades negativas, de cunho eminentemente individual, o que era coerente com a neutralização política do Judiciário, o Estado Social trabalha com as liberdades positivas. Com isso, passa-se a exigir do poder público condutas positivas (obrigações de fazer), no sentido de prestar ações materiais voltadas à efetivação de direitos de proteção ou de prestação.⁴

No novo contexto de poderes e liberdades⁵, foram abandonadas “as fórmulas abstratas e o paradigma jurídico transfere-se da

¹ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo** – direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 147.

² Ibidem, p. 81.

³ Lembremos que, à exceção dos Estados Unidos e Inglaterra, praticamente todos os países ocidentais vivenciam períodos de autoritarismo.

⁴ CAMBI, op. cit., p. 194, grifo do autor.

⁵ “Todas as declarações recentes dos direitos do homem compreendem, além dos direitos individuais tradicionais, que consistem em *liberdades*, também os chamados direitos sociais, que consistem em *poderes*. Os primeiros exigem da parte dos outros (incluídos aqui os órgãos públicos) obrigações puramente negativas, que implicam a abstenção de determinados comportamentos; os segundos só podem ser realizados se for imposto a outros (incluídos aqui os órgãos públicos) um certo número de obrigações positivas” (BOBBIO, 2004, p. 21).

lei para o caso concreto, confiando no processo argumentativo dialético e, ao final, ao julgador, a melhor solução, singular, à questão a ser resolvida.⁶ A narração congruente “reflete o conjunto dos fatos” ou, em outras palavras, “estabelece uma ligação com o conjunto dos fatos”.⁷

O julgador passivo começa a agir, interferindo no meio e criando novas realidades a partir dos casos concretos que lhe são propostos, uma vez que, se “todo Direito escrito encerra uma parcela de injustiça”⁸, a injustiça não pode ser tolerada e deve ser corrigida pelo que se vai escrever.

Ao invés da lei, os fundamentos são encontrados nos princípios constitucionais, já que a busca pela eficácia da Constituição está na dianteira do processo renovador. “No atual estágio de desenvolvimento jurídico, os direitos fundamentais representam os elementos definidores e legitimadores de todo o ordenamento jurídico positivo, proclamando um concreto e objetivo sistema de valores de aplicação imediata e de vinculação do poder público.”⁹

Não se trata de ignorar a lei e, por conseguinte, o Legislativo, mas buscar a melhor solução para o caso concreto, coisa de que a lei, genérica e abstrata por definição, não é, necessariamente, capaz. “Para fins metodológicos, a interpretação do ordenamento jurídico deve ser marcada pela *força expansiva* dos direitos fundamentais”¹⁰, que influenciam todo o Direito.

Ademais, por mais extenso que seja o ordenamento, é impossível regular todas as situações jurídicas, seja pela quantidade, seja pela constante inovação. Pela subsunção pura e simples é possível enquadrar os fatos a um ditame, mas quanto mais forçado for o encaixe, mais ficará patente a inadequação dos meios e, por conseguinte, do resultado.

No Estado Liberal, o conceito de pacificação social poderia ser resumido como a solução definitiva para um caso. O Estado Social acrescentou o elemento *justiça*. Não basta a resolução do caso, é preciso que essa resolução seja justa. De certo modo, as rédeas curtas do Estado Liberal eram sua própria antítese, já que a solução certa, mas injusta, somente acarreta pacificação social pela existência da coerção – o mesmo ente opressor que sustentava o Estado Absolutista.

⁶ CAMBI, 2009, p. 133.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil –** Processo de Conhecimento, v. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 488.

⁸ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.66.

⁹ CAMBI, op. cit., p. 24.

¹⁰ Ibidem, p. 38.

"A estrutura das regras facilita a realização do valor *segurança jurídica*, enquanto a dos princípios favorece a *justiça* das decisões."¹¹ Para que se atinja o melhor resultado, exige-se "a manutenção da permanente tensão entre a busca da segurança jurídica – que requer a observância dos precedentes pelos juízes – e a realização da justiça material do caso concreto, que exige a capacidade dos juízes de atualizar as normas às situações novas".¹²

Da situação moderna surgiu uma nova Teoria do Direito, denominada neoconstitucionalismo, que vê a Constituição como instrumento de grande amplitude e flexibilidade, capaz de adaptar-se à evolução social sem necessidade de alteração no texto, cabendo precipuamente ao julgador a avaliação acerca do melhor entendimento para cada dispositivo. Segundo Bulos¹³, são aspectos principais do neoconstitucionalismo:

- a) mais respeito a princípios, em vez de normas;
- b) mais ponderação do que subsunção;
- c) mais direito constitucional, em vez de conflitos desnecessários;
- d) mais trabalho judicial, em vez de ficar esperando os legisladores cumprirem seu papel; e
- e) mais valores, em lugar de dogmas e axiomas indiscutíveis.

Conforme Mendes, cabe ao magistrado encontrar o equilíbrio entre a maior atuação judicial e a passividade, não pecando nem pela falta nem pelo excesso, como forma de preservar os direitos fundamentais e a própria Constituição:

Em suma, nem o *protagonismo* irresponsável, nem o *alheamento* apassivador, porque um e outro não se compadecem com o princípio da *lealdade constitucional* e, ainda, podem comprometer a credibilidade e a própria sobrevivência da jurisdição constitucional como criatura da Constituição.¹⁴

Mas tal entendimento não se restringiu ao julgador constitucional. A faculdade criativa estendeu-se a todos os julgadores como um poder/dever, por meio do qual se busca a materialização da justiça a partir dos princípios constitucionais:

Diz-se que a decisão judicial é um ato jurídico que contém uma norma jurídica individualizada, ou simplesmen-

¹¹ CAMBI, 2009, p. 88-89.

¹² Ibidem, p. 170.

¹³ BULOS, Uadi Lammégo. **Direito Constitucional ao Alcance de Todos**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 10.

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 135.

te *norma individual*, definida pelo Poder Judiciário, que se diferencia das demais normas jurídicas (leis, por exemplo) em razão da possibilidade de tornar-se indiscutível pela coisa julgada material. Para a formulação dessa norma jurídica individualizada, contudo, não basta que o juiz promova, pura e simplesmente, a aplicação da norma geral e abstrata ao caso concreto. Em virtude do chamado pós-positivismo que caracteriza o atual Estado constitucional, exige-se uma postura muito mais ativa, cumprindo-lhe compreender as particularidades do caso concreto e encontrar, na norma geral e abstrata, uma solução que esteja em conformidade com as disposições e princípios constitucionais, bem assim com os direitos fundamentais. Em outras palavras, o princípio da supremacia da lei, amplamente influenciado pelos valores do Estado liberal, que enxergava na atividade legislativa algo perfeito e acabado, atualmente deve ceder espaço à crítica judicial, no sentido de que o magistrado, necessariamente, deve dar à norma geral e abstrata aplicável ao caso concreto uma interpretação conforme a Constituição, sobre ela exercendo o controle da constitucionalidade, se for necessário, bem como viabilizando a melhor forma de tutelar os direitos fundamentais.¹⁵

Resta indubioso que o Judiciário procura, em todas as instâncias, dar efetividade aos direitos fundamentais, o que não é outra coisa senão dar efetividade à própria Constituição, superando os formalismos em busca do direito material e considerando este não somente o constante da lei, mas sim uma construção que parte do fato e busca referências na lei e, acima dela, nos princípios constitucionais.

Tais princípios, a bem dizer, são a garantia do tutelado contra o subjetivismo do julgador, já que não basta o bom-senso¹⁶ de quem decide, isto é, não é suficiente a solução que o juiz entende mais adequada: é necessário encontrar a solução que atenda da melhor forma os direitos fundamentais, que expressam uma vontade coletiva, e não apenas a visão única do magistrado:

O método concretista apostava na *teoria da argumentação* como forma de concretização da norma jurídica. Tal teoria evita, de um lado, que se confunda o texto legislativo com a norma (resultado da interpretação). De outro, inibe o *subjetivismo* e o *decisionismo*, pois não resulta na possibilidade de o intérprete dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa. Não sendo admissível que as

¹⁵ DIDIER JR, Fred. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. v. 1. Salvador: Jus Podium, 2009, p. 71-72.

¹⁶ Bom-senso é uma questão valorativa e subjetiva, não sendo um índice preciso e regular.

decisões judiciais sejam tomadas a partir de impulsos ou fatores puramente emotivos [...] O neopositivismo não deve dar margem para o subjetivismo dos intérpretes, fazendo imperar a desordem e a descrença na Constituição.¹⁷

Dessa equação surge a norma jurídica, que vai tutelar a situação pontual levada ao Judiciário.

2 Diferença entre regras e princípios

Embora a subsunção tenha sido relativizada como método de aplicação do Direito, e a própria aplicação tenha se tornado passo posterior à interpretação, a ponderação é também uma possibilidade, não aplicada necessariamente em todos os casos. De acordo com Cambi, “as regras são aplicadas por *subsunção*, enquanto os princípios, por *ponderação*”.¹⁸ Assim, diante de um texto jurídico, há que se verificar se estamos diante de regra ou princípio:

As regras se esgotam em si mesmas, não tendo nenhuma força constitutiva fora do que elas mesmas significam [...] Em contrapartida, os princípios não dizem, diretamente, como se deve agir, podendo ser aplicados tão somente diante de situações concretas. Diferentemente das regras, não possuem *suporte fático*, tendo significado operativo apenas frente a determinado caso concreto, vale dizer, não podem ser concebidos em abstrato e seu alcance somente pode ser entendido em razão dos casos concretos.¹⁹

O princípio é uma ideia vaga, que encontra nos fatos seus contornos, e apresenta moldura distinta para fatos distintos, além de acomodar-se a outros princípios, sendo que somente no caso concreto poderá ser encontrada alguma preponderância. A regra é a descrição de um fato. Quem se depara com a regra, sem esforço, enxerga a situação.

Critério similar para avaliar se é o caso de ponderação ou subsunção é a análise quanto à força (no sentido de objetividade) do texto:

A *letra* da Constituição ou da lei pode ter uma influência maior ou menor, dependendo da força do texto normativo. Quando o imperativo linguístico do texto é forte (v.g., prazos, definições e normas de organização e competência), a sua influência na definição do caso

¹⁷ CAMBI, 2009, p. 111.

¹⁸ Ibidem, p. 94.

¹⁹ Ibidem, p. 90.

concreto é maior, quando o texto da norma contém conceitos vagos ou prevê elementos valorativos (v.g., dignidade humana, boa-fé, erradicação da pobreza, promoção do bem comum, diminuição das desigualdades regionais etc.), menor é sua capacidade de influir na decisão dos casos concretos.²⁰

Somente diante de uma situação absolutamente inusitada e de grave repercussão seria possível superar uma regra como a que define o prazo para um recurso. Já na defesa da dignidade humana, um princípio constitucional, embora seja necessário o discurso de justificação, não há um óbice claro e objetivo aos entendimentos possíveis, a não ser em situações limítrofes – ainda assim se deve considerar o instante do evento, porque o normal e o absurdo variam ao logo da História.

É clara a inter-relação entre regras e princípios, já que as regras legais podem ser afetadas pelos princípios, fazendo surgir uma nova regra para o caso em análise. Contudo, há que ser apreciado se o mesmo pode ocorrer quando a regra não decorre da lei, mas da jurisprudência.

3 Natureza jurídica dos precedentes jurisprudenciais

O julgador, ao analisar um caso, primeiramente deve analisar se trata-se de regra ou princípio. Sendo regra, aplica-se a subsunção, salvo alguma excepcionalidade justificável. No outro extremo, encontra-se os princípios, disposições que somente se materializam no caso prático. Entre um e outro, há inúmeros dispositivos que regulam matérias sem a força da regra, mas também sem apelos profundos aos princípios constitucionais.

São casos em que o legislador regulou a matéria com generalidade e abstração, cabendo ao julgador analisar as particularidades do caso concreto para ver se é possível também a subsunção, ou a aplicação mitigada por princípios constitucionais, mediante criação judicial parcial. Em casos extremos, e com forte fundamento nos princípios maiores, é possível o julgamento contra legem. Trata-se de uma espécie de declaração de inconstitucionalidade da lei para o caso concreto – ainda que a lei, abstratamente considerada, seja constitucional.

Mesmo no caso do julgamento contra legem, não há que se falar em ofensa ao princípio da separação dos poderes, uma vez que “o princípio da separação dos poderes não é um fim em si mesmo. Somente tem sentido se funcionar como instrumento de proteção dos direitos fundamentais e, destarte, não pode ser invocado

²⁰ CAMBI, 2009, p. 87.

contra o objetivo da tutela desses direitos".²¹ Ademais, sem ignorar as diferenças, é certo que "a liberdade de exegese, atribuída aos magistrados, não surgiu recentemente, sustentaram-na aca-tados romanistas", que consideravam que era dever do magistra-do não só observar o texto legal, mas "inquirir a vontade, ou intenção, do respectivo prolator".²²

Além disso, "a interpretação criadora é uma atividade legíti-ma, que o juiz desempenha – *naturalmente* – no curso do processo de aplicação do direito, e não um procedimento espúrio, que deva ser coibido porque, supostamente, estaria situado à *margem da lei*".²³ Marinoni²⁴ assim acrescenta:

Se nas teorias clássicas o juiz apenas declarava a *lei* ou criava a *norma individual a partir da norma geral*, agora ele constrói a *norma jurídica* a partir da interpretação de acordo com a Constituição, do controle da constitucionalidade e da adoção da regra do balanceamento (ou da regra da proporcionalidade em sentido estrito) dos di-reitos fundamentais no caso concreto.

Diante do analisado, sendo a lei literalmente aplicada, os pre-cedentes jurisprudenciais somente servem para confirmar o legisla-dor. Mas não havendo aplicação literal, quanto mais se avançar na criação jurídica, mais se particulariza a situação e menor é a possi-bilidade de a decisão ser replicada.

Contudo, independentemente da aplicação literal ou da cria-ção, não resta dúvida de que a decisão judicial, ao misturar todos os elementos gerais e específicos, cria uma regra para o caso em análise, até porque as regras, como visto, ditam uma conduta, en-quanto os princípios servem para subsidiar o julgador na decisão. A construção, inclusive, afasta a ideia de que o trabalho do hermeneuta é revelar a verdade contida na lei, uma verdade que sempre teria estado lá. Criar é colocar o direito em exercício, seja pela lei ou por princípios. Com ressalta Cambi, "não se pode igno-rar que a norma não é produto apenas de uma *interpretação cognitiva*, mas também de *ato volitivo* do aplicador do texto jurídi-co".²⁵ Se "é impossível ao intérprete realizar sua atividade sem ler a lei"²⁶, isso também não é o bastante.

²¹ CAMBI, 2009, p. 193.

²² MAXIMILIANO, 2006, p. 52.

²³ MENDES; COELHO; BRANCO, 2004, p. 89.

²⁴ MARINONI, 2006, p.99 apud DIDIER JR., 2009, p. 72.

²⁵ CAMBI, op. cit., p. 121.

²⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 25.

Regulando uma situação específica e concreta, não resta dúvida de que os precedentes jurisprudenciais são regras, e não princípios, realidade da qual não pode fugir o julgador.

4 Aplicação dos precedentes jurisprudenciais

Sendo os precedentes jurisprudenciais regras, sua aplicação é absolutamente restrita e se dá por subsunção. Não se pode falar em interpretação dos precedentes, porque não é neles que está a essência, mas sim nos fatos, na lei e na Constituição. Pensar diferente seria alçar a jurisprudência à condição de lei, com o agravante de ser lei no sentido dado pelo Estado Liberal, ou seja, de verdade inquestionável.

A impossibilidade de interpretação, nesse caso, não se dá porque o precedente é uma verdade indiscutível, mas sim porque o precedente regula uma situação específica. Se o caso em análise não for similar ao do precedente, não há que se falar em interpretação, mas em não aplicação. Constatada a incompatibilidade, cumpre ao julgador abandonar o precedente e buscar o método interpretativo adequado para reiniciar seu trabalho.

Logo, não podem ser aplicados precedentes com base apenas na ementa, nem súmulas com espeque apenas no enunciado. A questão da súmula é ainda mais complexa porque, após sua publicação, de forma indevida, ela adquire vida própria e se dissocia das razões que a embasaram, transformando-se em verdadeiro texto legal. Conforme Cambi, “o uso do precedente, na formação da jurisprudência, deve ser duramente criticado, porque reconduz a um positivismo jurisprudencial judicial”²⁷, fato que ganha relevo com o uso cada vez mais constante da jurisprudência:

Consequência inevitável da globalização, no plano cultural, é a circulação dos modelos jurídicos de civil law e de common law. Neste sentido, o ordenamento constitucional-processual brasileiro, mediante reformas recentes, vem adotando mecanismos que privilegiam o uso da jurisprudência como técnica de agilização processual.²⁸

A nova sistemática do Código de Processo Civil (CPC) valoriza os precedentes, inclusive impedindo recursos que contrariem a jurisprudência dos Tribunais²⁹, além da instituição, por meio da EC

²⁷ CAMBI, 2009, p. 155.

²⁸ Ibidem, p. 145.

²⁹ Conforme artigo 518, § 1º do CPC: “O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal” e artigo 557, também do CPC:

45/2004, da súmula vinculante no âmbito do STF³⁰, e do julgamento único para recursos repetitivos.³¹ Contudo, assim como a jurisprudência, a súmula tem que ser avaliada diante das reais circunstâncias em que foi editada, de forma a delimitar a abrangência e os efeitos.

Nesses termos, cumpre aos operadores do Direito avaliar cuidadosamente os precedentes de forma a se certificar de que as circunstâncias fáticas são similares e, somente então, aplicar o precedente ao caso em exame, ou justificar sua não aplicação.

Ressalte-se que o reforço na utilização dos precedentes, em especial dos Tribunais Superiores, é bem-vindo ao ordenamento jurídico, já que garante maior estabilidade nas relações e certeza jurídica. O que se discute é a aplicação não criteriosa da jurisprudência.

5 Busca da efetividade e eliminação de processos

Conforme exposto, o Direito atual busca a efetividade da Constituição em determinado momento histórico e, por conseguinte, a realização da justiça, rompendo os obstáculos do formalismo. Para atingir tal finalidade, o julgador deve libertar-se da lei e analisar o caso concreto, dele extraindo a solução justa, tendo como amparo os princípios constitucionais para que a decisão não seja personalista. Conforme Canotilho³²:

Na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental. Consequentemente, deve dar-se primazia a soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitem a

"O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior".

³⁰ De acordo com o artigo 2º da EC 45/2004: "[...] Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei".

³¹ Conforme artigo 543-C do CPC: "Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo".

³² CANOTILHO apud LENZA, 2009, p. 96.

<<actualização>> normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência.

Dante de tal escopo, mesmo julgamentos *contra legem* são admitidos, uma vez que a lei não pode ser obstáculo à realização da justiça, nem pode sobrepor-se à Constituição. Diga-se, por oportuno, que aqui falamos da constitucionalidade no caso em exame, situação que não guarda semelhança com a análise da constitucionalidade em abstrato, e mesmo com o controle difuso como ordinariamente visto, uma vez que, como regra, tanto o controle difuso quanto o abstrato analisam a lei em tese, variando apenas os efeitos da decisão. Na situação em exame, são as características de fato que provocam a inconstitucionalidade (por ação ou omissão) e exigem a construção de regra constitucionalmente válida.

Tal efetividade, preconizada por tantos doutrinadores, sofre fortes golpes em face do volume de processos no Judiciário pátrio. Na ânsia de reduzir o acervo, contrariam-se as tendências e a forma sobrepõe-se ao conteúdo. O formalismo faz o certo virar errado e o errado virar certo, o que não condiz com a ciência jurídica moderna, que prima pela realização do direito material:

O neoprocessualismo, destarte, implica coragem para romper com as amarras do positivismo e do formalismo jurídicos, concebendo o processo como um mero veículo da tutela dos direitos materiais. Para tanto, é preciso ter percepção aguçada para, na medida do possível, ampliar o alcance dos princípios da instrumentalidade das formas e da fungibilidade dos atos processuais.³³

Seja por impossibilidade temporal, seja por vontade deliberada, os precedentes jurisprudenciais, especialmente os sumulados, são aplicados desenfreadamente, sem maior análise das situações que os geraram, provocando graves injustiças. A redução do número de processos não pode se dar a qualquer preço.

Outra situação observada é a criação de exigências que têm como única finalidade evitar a subida de recursos. É o caso da recém-editada Súmula 418/STJ: “É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação”.

Se, havendo um acórdão, é possível apresentar recurso especial ou embargos de declaração, a parte que se sente lesada em matéria infraconstitucional, mas que não vislumbra omissão, contradição ou obscuridade, pode apresentar recurso especial. Uma vez

³³ CAMBI, 2009, p. 177.

manifestada a vontade, volta-se ao princípio do impulso oficial do processo.

O entendimento sumulado, sem razão, inverte a lógica processual – e mesmo a geral. Uma vez manifestada uma vontade (recorrer), tal vontade somente é elidida se os fatos se alterarem de forma a destruir a situação existente no momento em que se manifestou essa vontade (um acolhimento dos declaratórios que torne aquele recurso absolutamente desconectado com o processo) ou se há nova manifestação dessa mesma vontade, mas em sentido inverso (desistência do recurso).

O que temos, no caso, é que uma vontade manifesta, sem qualquer razão, perde eficácia, devendo ser reiterada. Não deveria ser necessário reiterar o que está dito, o explícito. Não deveria ser necessário juntar mais um documento ao processo, com todo o custo que isso representa, em especial porque a decisão abrange qualquer resultado para os declaratórios, ou seja, mesmo que a decisão recorrida mantenha-se intacta, é preciso reiterar o recurso. Ainda que os declaratórios alterassem a decisão, deveria o Judiciário aproveitar o recurso naquilo que fosse possível.

A redução de acervo não pode erodir a efetividade do processo e a justiça. Com a devida vénia, não é o caso de criação judicial, mas de invenção.

O legislador tem-se demonstrado atento às necessidades do Judiciário, promovendo grandes alterações no CPC para beneficiar a celeridade sem perda da segurança jurídica e efetividade, inclusive constituindo comissão de juristas para a elaboração de um novo CPC. Esse nos parece o melhor caminho, e não a criação de disposições que não encontram respaldo nos ditames da justiça.

Nessa senda, o reforço das decisões dos Tribunais Superiores é uma das melhores alternativas, já que algumas análises são o bastante para que muitas ações sejam concluídas, propiciando justiça, celeridade e segurança.

Conclusão

Os precedentes jurisprudenciais, sumulados ou não, são regras de direito e, como tal, têm aplicação clara e restrita. Clara porque a regra é peremptória na conduta indicada, e restrita porque somente podem ser utilizados se a situação fática do caso em análise for similar à do analisado.

A despeito disso, amiúde os precedentes são aplicados com base na ementa, e as súmulas, com fulcro no enunciado, sem que seja observado o caso que engendrou o precedente, podendo provocar graves injustiças.

Cumpre aos operadores do Direito analisar os fundamentos e as situações fáticas dos precedentes, para que sejam aplicados somente quando o enquadramento for correto, sob pena de serem perdidas duas inestimáveis conquistas do Direito moderno: a efetividade da Constituição e a justiça nas decisões judiciais.

Referências

- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito Constitucional ao alcance de todos**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo** – direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- DIDIER JR., Fred. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. v. 1. Salvador: Jus Podium, 2009.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil** – Processo de conhecimento. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2004.



O abuso processual

Wilson de Souza Malcher

*Advogado da CAIXA no Rio Grande do Sul
Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual
Especialista em Direito Processual Civil – IBDP
MBA em Direito Econômico e das Empresas - FGV/DF
Mestre em Direito Processual - Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra - Portugal
Doutorando em Direito Processual - Faculdade de
Direito da Universidade de Salamanca-Espanha*

RESUMO

Pelo menos sob o aspecto legal, todo cidadão pode livremente exercer o direito à prestação jurisdicional. Essa liberdade, contudo, é relativa, devendo ser respeitados os limites legais e constitucionais vigentes, sob pena de se incorrer em desvio de direito. O uso irregular de uma prerrogativa ou uma faculdade processual constitui abuso de direito e, como tal, ao prejudicar a parte contrária ou, até mesmo, a estrutura do Poder Judiciário, torna-se passível de responsabilização, embora não considerado um ilícito civil. O legislador brasileiro ao conceber o CPC de 1973 valorizou o *dever de probidade processual*, que deve ser observado pelas partes e seus procuradores. Em verdade, todos os sujeitos da relação processual, aqui compreendido o próprio juiz, devem respeitar os chamados limites processuais, pois, em contrário, podem cometer algum tipo de *abuso processual*.

Palavras-chave: Abuso. Processo. Limite. Ilícito.

RESUMEN

Al menos en el aspecto legal, todo ciudadano puede libremente ejercer el derecho a la prestación jurisdiccional. Esta libertad, por supuesto, es relativa, debiendo ser respectados los límites legales y constitucionales vigentes, sobre pena de si incurrir en desvío de derecho. El uso irregular de una prerrogativa o una facultad procesal constituye abuso de derecho y, como tal, al perjudicar la parte contraria o, hasta mismo, la estructura del Poder Judicial, se torna pasible de ser responsabilizado civilmente, aunque, no considerado un ilícito civil. El legislador brasileño al concebir el CPC de 1973 ha valorizado el *deber de probidad procesal*, que debe ser observado por las partes y sus procuradores. En verdad, todos los sujetos de la relación procesal, aquí comprendido el propio juez, deben respetar los llamados

límites procesales, pues, en contrario, pueden cometer algún tipo de *abuso procesal*.

Palavras-chave: Abuso. Proceso. Límite. Ilícito.

Introdução

Este trabalho, na sua singeleza, busca reunir elementos teóricos acerca do abuso processual, a partir da Teoria do Abuso de Direito, como resultado das expectativas de uma sociedade em constante mudança.

A doutrina do abuso de direito vem ganhando forma e consistência, sobretudo a partir da interpretação do art. 1.392 do Código Civil francês. O mundo moderno, como não poderia deixar de ser, não admite o uso irregular do direito, e, por conseguinte, o uso irregular do processo, como instrumento a serviço do direito material.

Examinaremos, de maneira breve, as teorias que procuraram estabelecer os critérios do abuso de direito e, para enriquecer o estudo, faremos referência ao ordenamento jurídico espanhol, em especial às disposições contidas na *Ley de Enjuiciamiento Civil* (LEC) e na *Ley Orgánica del Poder Judicial* (LOPJ).

É fundamental dizer que, no Brasil, até o advento do novo Código Civil não havia qualquer referência expressa ao abuso de direito. Todavia, o ordenamento processual brasileiro, a partir da ideia de ato ilícito, já contemplava hipóteses que configuram o uso irregular de prerrogativa ou faculdade processual, portanto, o abuso de direito processual.

Assim, as teorias do abuso de direito e as tipificações de abuso processual no ordenamento jurídico brasileiro constituem o objeto de estudo deste trabalho.

1 O abuso de direito processual: conceito e objeto

A Constituição brasileira de 1988, no art. 5º, inciso XXXV, dispõe expressamente: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Em outras palavras, a Carta Magna de 1988 determina que, sempre que houver violação de direito, mediante lesão ou ameaça, e desde que promovido o pedido de prestação judicial pelo interessado, o Poder Judiciário estará obrigado a intervir. Está garantido assim, pelo menos na Lei Maior, o direito de acesso à Justiça.

No mesmo sentido, a Constituição espanhola, no artigo 24, declara o caráter fundamental de acesso à jurisdição e a obtenção

satisfatória das pretensões dos jurisdicionados mediante um processo justo e com as garantias devidas. Confira-se:

Todas las personas tiene derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión.

Desta forma, os cidadãos podem livremente exercer o direito à prestação jurisdicional diante de um caso concreto. Essa liberdade, contudo, é relativa. Devem os cidadãos, portanto, considerar os limites legais e constitucionais vigentes, sob pena de incorrer em desvio de direito.

Abusar de um direito equivale a exceder aos limites do poder ou da faculdade (*facultas agendi*) que o direito objetivo (*normas agendi*) confere ao indivíduo, na qualidade de sujeito de direitos (*sui iuris*), de acordo com Helena Abdo, em brilhante trabalho de investigação sobre o tema e valioso em sugestões.¹

Em verdade, todos os *sujeitos*² da relação processual – aqui compreendidas as duas partes do processo (polo ativo e passivo), como também o juiz – devem respeitar os chamados limites processuais, pois, em contrário, podem cometer algum tipo de *abuso processual*.

Por certo, o *juiz* também pode cometer abusos, porém distintos daqueles cometidos pelas partes. Em primeiro lugar, o juiz é autoridade no processo e seu abuso está ligado ao abuso de poder. Em segundo lugar, o juiz detém *poderes-deveres* de direção e gestão do processo; por outro lado, as partes detêm poderes, deveres, encargos e faculdades, separadamente, como leciona Helena Abdo.³

Resta evidente, por conseguinte, que a *teoria do abuso do processo* aplica-se da mesma forma tanto para as partes como para os juízes. Sem olvidar o Ministério Público, que também funciona ora como parte ora como fiscal da lei.

É importante frisar que somente os *sujeitos processuais* são titulares de *situações jurídicas processuais*, as quais constituem o verdadeiro objeto do abuso processual. Também é importante ter em mente: há abuso de direito processual diante do uso irregular de uma prerrogativa ou faculdade estampada na lei.

¹ ABDO, Helena Najjar. **O abuso do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 32.

² Toda relação processual tem seus sujeitos. Importante dizer: “sujeitos do processo” e “partes” são conceitos distintos. *Sujeitos do processo* são o juiz e as partes (em sentido processual, o autor e o réu; aqueles cujos interesses suscitam conflitos, com a pretensão de um e a resistência do outro, em sentido material), assinala Fidélis dos Santos (2003, v. 1, p. 61).

³ ABDO, op. cit., p. 50.

Distingue-se, portanto, o *ato abusivo* do *ato ilícito* – estamos a tratar da esfera civil, naturalmente. Com efeito, a ilicitude civil é uma violação frontal da lei e resulta numa lesão de direito subjetivo, uma antijuridicidade. A abusividade do direito, por sua vez, pressupõe uma maneira anormal, um desvio de finalidade desse direito subjetivo.

A abusividade do direito, não é demais repetir, está no uso irregular de uma prerrogativa ou de faculdade processual. O ato abusivo, ademais, tem uma aparência de legalidade, o que não afasta, contudo, a possível responsabilidade do agente, muito embora não seja considerado um ilícito civil.

2 A Teoria do Abuso de Direito

A origem da Teoria do Abuso de Direito, como assunto em si, é tema polêmico. Sua base histórica até hoje está longe de encontrar consenso. Há aqueles que buscam no direito romano a sua origem; outros acreditam se tratar de uma teoria mais moderna, contemporânea inclusive.

Helena Abdo nos traz o brocado romano, atribuído a Cícero e considerado por alguns o germe da teoria do abuso processual: *summum jus, summa injuria*.⁴

A autora brasileira, como não poderia deixar de ser, é cautelosa e faz lembrar que o brocado, em verdade, constitui uma das raras fórmulas genéricas sugestivas de proibição ao abuso de direito na doutrina romana.

Luiz Souza, com maior firmeza, aponta a suscetibilidade da posição daqueles que buscam no direito romano a origem da Teoria do Abuso de Direito.⁵ Cita inclusive o estudo de Alexandre Correa, Notas sobre o abuso dos direitos em Direito Romano Clássico, apresentado no Seminário Internacional de Direito Romano (Perugia, 1971) - não obstante este partidário da teoria que admite a origem romana sustentar que não há uma formulação doutrinária, mas um *sentimento*, uma *intuição* de regras de proibição do abuso processual no direito romano. Aqui, mais uma vez, observa-se a falta de consenso.

Para alguns, como Josserand, haveria no direito romano sérios indícios de formulação de uma teoria geral de abuso, como, por exemplo, nas regras que tratavam da interdição dos pródigos e da proibição de maltratar os escravos (*male enim nostro jure uti non debemus*).⁶

⁴ ABDO, 2007, p. 26-27.

⁵ SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. **Abuso de direito processual**. Uma teoria pragmática. São Paulo: Revista do Tribunais, 2005, p. 17.

⁶ Josserand (1939 apud SOUZA, 2005, p. 18)

Para Perozzi, todavia, os exemplos retirados dos textos antigos referem-se, em sua grande maioria, às regras de caráter particular⁷ que não podem ser elevadas à categoria de proibição geral.⁸

Essa conclusão é compartilhada pela grande maioria dos autores, a exemplo de Cornil, Campion, León e Henry Mazeaud, Josserand, Butera, Enneccerus, Giuseppe Grossi, Martín Bernal e Pedro Baptista Martins.⁹

É assim que, por não encontrar fundamento na *æmulatio*, a grande maioria dos estudiosos concorda com a premissa de que o abuso de direito não tem origem na Antiguidade.

A Teoria do Ato Emulativo, com efeito, influenciou o direito medieval, sobretudo nas novas relações de servidão, mediante o surgimento de uma concepção de natureza objetivista, que não considera a intenção de lesionar, porém observa o efetivo resultado da lesão.

Trata-se, no caso, da *Teoria das Immissões*, que considera todo tipo de incômodo que extrapole os limites de normalidade e de utilidade, como, por exemplo, a penetração de ruídos, calor, fumaça e óleos.¹⁰

Nota-se, desde logo, a mescla de abuso de direito com ato emulativo. De acordo com Dourado de Gusmão¹¹, por muito tempo confundiu-se abuso de direito e ato emulativo, de tal modo que era conferido ao titular de um direito subjetivo um poder absoluto para seu exercício, salvo quando constatado o *animus nocendi*, pressuposto típico do ato emulativo, porém não essencial ao ato abusivo.

Sem dúvida, nota-se a ocorrência de um desenvolvimento em relação à ideia de ilicitude. Porém, é importante que se diga: a

⁷ Neste caso, estamos tratando do chamado ato emulativo ou *æmulatio*, para cuja configuração, segundo Martins (1997 apud SOUZA, 2005), era necessária a convergência dos seguintes requisitos: (1) o exercício de um direito; (2) um dano decorrente desse exercício; (3) que o ato realizado fora inútil ao agente; (4) que a realização fora determinada exclusivamente pela intenção de causar um dano a alguém. Como proibição de atos emulativos, no direito romano, registram-se: (a) a proibição de atos do proprietário (*est same non debet habere: si non animo vicino nocendi, sed suum arrun meliorem faciendi id fecit*) e (b) da emulação entre marido e mulher (*de lo quod uxoris in aedificium viu ita conjunctum est, ut detractum alicujus usus ese possit, dicendum est agi posse; posse eum haec detrahere quae usuai ejus futura sint, sine muliersi tamen damno*), conforme citações de Correa (1974 apud Souza, 2005, p. 19-20).

⁸ PEROZZI apud ROTONDI, 1979 apud ABDO, 2007, p. 27.

⁹ CURNIL, 1924; CAMPION, 1935; MAZEAUD, 1934; JOSSERAND, 1936; BUTERA, 1945; ENNECCERUS, 1957; GROSSO, 1958; BERNAL, 1972; MARTINS, 1997 apud SOUZA, 2005, p. 21.

¹⁰ SOUZA, 2005, p. 24.

¹¹ GUSMÃO, Paulo Dourado de. O abuso de direito. **RF**, Rio de Janeiro, v. 118, n. 12, p. 359-371, jul. 1948.

Idade Média também não teve papel relevante na construção da teoria do abuso de direito na dogmática jurídica.

Ao certo, a doutrina do abuso de direito, em grande parte, influenciada pela jurisprudência francesa dos séculos XIX e XX, obteve independência e autonomia, nomeadamente, a partir da interpretação do art. 1.382 do Código Civil francês – dispositivo geral sobre a responsabilidade civil, correspondente ao art. 1.902 do Código Civil espanhol e ao art. 186 do diploma civilista brasileiro.¹²

O processo de industrialização, próprio do século XIX, provocou novas preocupações por parte dos tribunais franceses. Essas preocupações, inspiradas na solidariedade social, segundo Charmont¹³, permitiram o desenvolvimento da Teoria do Abuso de Direito, em uma concepção de *uso anormal do direito*, a partir da percepção de situações nas quais o direito era exercido com manifesto propósito de prejudicar, sem utilidade própria, como também em hipóteses de exercício antissocial do direito previsto em lei.

2.1 A sistematização da teoria

A Teoria do Abuso de Direito ou, melhor dizendo, a sua tentativa de sistematização é resultado das expectativas de uma sociedade em ebulação própria do século XIX; de mudanças que interferiram na maneira de ser e de viver das pessoas e que influenciaram os campos das ciências culturais, particularmente na concepção do direito.

Surgem, então, estudos e teses que procuraram estabelecer os critérios do abuso de direito, entre os quais se destacam três grupos: (1) a tese *subjetivista ou psicológica*; (2) a tese *objetivista ou finalista*; e (3) a tese *mista ou eclética*.

Na conclusão de Helena Abdo, as três teorias comungam de opiniões, porém ao mesmo tempo divergem, principalmente em face da análise e da relevância do elemento subjetivo (dolo ou culpa) na configuração do ato abusivo.¹⁴ E com a qual devemos concordar.

¹² Art. 1.382 do CC francês: "Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer". Art. 1.902 do CC espanhol: "El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado". Art. 186 do CC brasileiro: "Aquele que, por ação ou omissão, voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

¹³ CHAMONT, 1902 apud SOUZA, 2005, p. 24.

¹⁴ ABDO, 2007, p. 37.

A seguir, passamos a discorrer sobre cada uma dessas teses doutrinárias, sem a pretensão, é claro, de proceder a uma análise por menorizada, em face da singeleza do presente estudo.

2.1.1 Tese subjetivista

Como o próprio nome sugere, essa tese confere relevância ao elemento subjetivo (dolo ou culpa). Representando, em verdade, um desdobramento da teoria dos atos ilícitos, segundo a qual para a configuração do ato abusivo é imprescindível a presunção do elemento volitivo. Seus representantes mais destacados são Bonnecasse, Demoche e Lalou.

Ao longo do tempo, essa tese foi se mostrando insuficiente para atender à profusão de novas situações engendradas pela sociedade industrial. Por esse motivo, sofreu várias críticas, já que não era fácil provar o intento maléfico do sujeito processual.

Com efeito, na falta de um rigoroso sistema de presunções, a tarefa de investigação da motivação e da intenção do agente consiste numa tarefa árdua.¹⁵

Na tentativa de identificação dos países que adotaram a teoria subjetivista do abuso de direito, Souza cita como exemplo os seguintes ordenamentos jurídicos:¹⁶

(1) O Código Civil da Alemanha, art. 226 (1896), segundo o qual *o exercício de um direito é inadmissível se tiver por fim, somente, causar dano a alguém*. Na mesma linha, o art. 826 dispõe: *Todo aquele que, de um modo contrário aos bons costumes, causar voluntariamente danos a alguém ficará obrigado a indenizar*;

(2) O Código Civil da Áustria (1906, com a revisão de 1916), segundo o qual é vedado o exercício de um direito com menosprezo aos bons costumes e com evidente intenção de lesar;

(3) O Código Civil da Polônia (1934), cujo art. 5º estabelece: *Não se pode usar um direito em proveito pessoal, se isso não estiver de acordo com as finalidades sociais e econômicas desse direito ou em conformidade com o bem comum*;

(4) De igual modo, encontram-se disposições na legislação da China (1929), de cujo Código Civil extrai-se: *É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito*;

(5) O modelo subjetivista também é adotado pelas legislações do México (1928) e da Rússia (1922).

¹⁵ MAZEAUD; MAZEAUD, 1947 apud SOUZA, 2005, p. 29.

¹⁶ SOUZA, 2005, p. 54-68.

2.1.2 Tese objetivista

O principal representante desta teoria é Saleilles¹⁷, legítimo defensor da finalidade social do direito subjetivo. Outro jurista de renome é Josserand, que, por sua vez, acabou por reconhecer a fragilidade desse critério e recorreu à noção de motivo legítimo, atribuindo relevo ao elemento subjetivo.¹⁸

Essa teoria, de fato, procura abstrair o elemento subjetivo e considera que abusa do direito aquele que não respeita a sua finalidade, em contrariedade às regras sociais.

Segundo anotações de Souza, as legislações dos seguintes países adotam a orientação objetivista: Suíça (1907), Argentina (com a reforma de 1968), Portugal (1966), Grécia (1940), Bolívia (1976), Venezuela (1942, com a reforma de 1982) e Paraguai (1987).¹⁹

O Código Civil da Suíça (1907) foi o primeiro a utilizar a expressão “abuso de direito”, ao proclamar no art. 2º: “Todos têm, no exercício de seus direitos e na execução de suas obrigações, de atuar de acordo com a boa-fé. O abuso evidente de um direito não encontra proteção legal”.

O Código Civil argentino, no art. 1.071, estatui:

El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquéllo tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

A legislação civil argentina considera, por conseguinte, como abuso de direito o exercício irregular de um direito que excede os limites da boa-fé, a moral e os bons costumes, taxando-o de ato ilícito e, por fim, de “delito”:

Art. 1072.- El acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro, se llama en este Código ‘delito’.

No Código Civil de Portugal (1966), precisamente no art. 334, encontra-se a seguinte disposição acerca do abuso de direito:

¹⁷ Segundo anotações de Fernández Sessarego (1992, p. 198), na primeira edição da obra *Étude sur la théorie générale de l'obligation, d'après le premier projet de Code Civil pour l'empire Ilemand*, a posição de Saleilles é, contudo, subjetivista.

¹⁸ JOSSERAND, 1950 apud LUNA, 1959, p. 102.

¹⁹ SOUZA, 2005, p. 57-58.

É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular excede manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito.

Segundo assinala o autor do Código Civil português Cunha de Sá, mesmo na época do Código anterior (1867), havia o reconhecimento da doutrina e da vivência jurisprudencial do abuso de direito, ainda que com base subjetivista.²⁰

No ordenamento grego, o art. 281 do CC veda o exercício de direito de modo contrário às finalidades econômicas e sociais previstas na lei.²¹

2.1.3 Tese mista

Tem como principal expoente o francês Josserrand, o qual sugere a combinação dos dois critérios: (1) o *motivo legítimo* (subjetivo) e (2) a *função social* (objetivo).

Em relação ao critério subjetivo, procura-se investigar a *conduta do agente*, analisando as razões da prática do ato e os meios utilizados. Isso levaria à comprovação do motivo ilegítimo, capaz de tornar o ato abusivo, visto que é difícil provar a ausência de motivo legítimo.

O critério objetivo, por sua vez, consistiria na interpretação da norma em consonância com a sua missão social e teleológica, emanada da consciência coletiva.

3 O abuso de direito no ordenamento brasileiro

O Brasil, como província portuguesa até 1822 – e, ainda, até algum tempo depois –, por absoluta falta de leis brasileiras, utilizou-se do ordenamento lusitano²², inclusive e principalmente das Ordenações Filipinas, em seguida substituídas pelos Regulamentos 737 e 738, como também pelo Código Criminal de 1830 e pelo Código Comercial de 1850.

Na verdade, até o advento do novo Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002) não havia qualquer referência expressa ao abuso de direito, tal como disposto no artigo 187, nos seguintes termos:

²⁰ SÁ, Fernando Augusto Cunha de. **Abuso do direito**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 143.

²¹ SOUZA, 2005, p. 67.

²² No próprio ordenamento jurídico português recebido pelo Brasil, não havia referência ao abuso de direito.

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

Há quem afirme que com o Código Civil de 1916, mais especificamente com a redação dada ao artigo 160, I, havia proibição legal ao abuso de direito no ordenamento brasileiro, porém de "forma negativa"²³ ou "oblíqua".²⁴

Dizia o artigo 160, I, do extinto Código Civil brasileiro de 1916: "Art. 160. Não constituem atos ilícitos: I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido".

Como se nota, a norma jurídica continha hipóteses excepcionais que não constituíam atos ilícitos. Assim, o procedimento lesivo do agente, por motivo legítimo estabelecido em lei, não causava o dever de indenização.²⁵

Segundo Beviláqua, autor do projeto do Código Civil de 1916, a norma jurídica brasileira teria adotado a doutrina de Saleilles, para quem o ato abusivo é aquele praticado a partir do exercício anormal de um direito subjetivo.²⁶

Com efeito, formou-se a construção doutrinária a partir do exercício irregular de um direito, considerado como ato ilícito. Muitas são as disposições legais ao longo da formação do ordenamento brasileiro que encampam a noção de abuso de direito como espécie de ato ilícito, a saber: o Código de Águas (Decreto nº 24.643/1934), o Código Penal (Decreto-lei nº 2.848/1940, com suas diversas alterações), a Lei de Contravenções Legais (Decreto-lei nº 3.688/1941), a Lei de Imprensa (Lei nº 5.750/1967), a Lei de Proteção da Fauna (Lei nº 5.197/1967), o Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/1973, com suas diversas alterações), a Lei de Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/1976), a Lei de Greve (Lei nº 7.783/1989), a lei que disciplina a ação de indenização por prejuízos causados por investidores mobiliários (Lei nº 7.913/1989), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), a Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária (Lei nº 8.137/1990), a Lei de Arrendamento (Lei nº 8.245/1991), a Lei de Abuso do Poder Econômico (Lei nº 8.884/1994), o Estatuto dos Advogados (Lei nº 8.906/1994), a lei que veda a dispensa abusiva

²³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Fontes e evolução do Direito Civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 62 e p. 163.

²⁴ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, v. 1, p. 548.

²⁵ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 170.

²⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Rio de Janeiro: 1959, v. 1, p. 348.

(Lei nº 9.029/1995), a Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.274/1996), a Lei que pune as atividades lesivas ao meio ambiente (Lei nº 9.605/1998) e a Lei de Falência e de Recuperação de Empresas (Lei nº 11.101/2005).²⁷ Há, ainda, o atual Código Civil de 2002, que inseriu a figura do abuso de direito no Título pertinente aos atos ilícitos.

Porém, não se pode confundir abuso de direito com ato ilícito. Existe, com certeza, um fator determinante de diferenciação: a natureza da violação. Enquanto no ato ilícito há violação direta ao comando legal, no abuso de direito o sujeito aparentemente atua no exercício de seu direito, porém excede os limites, violando os valores que justificam o reconhecimento desse mesmo direito.

4 O abuso de direito no ordenamento espanhol

A lei civil espanhola, como todo sistema normativo contemporâneo, não ampara o abuso de direito ou o exercício antissocial do mesmo. O Código Civil (art. 7º.2, inserido no Capítulo III, da eficácia geral das normas jurídicas) diz expressamente:

La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antissocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y la adopción de medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso.

O número 2 do artigo 7º é fruto da reforma do Código Civil de 1974, resultante de uma longa cadeia de construções e formulações jurisprudenciais e, principalmente, de análises doutrinárias para a assunção deste princípio na Espanha.

Alfonso Muñoz²⁸ cita, com efeito, a sentença de 14 de fevereiro de 1944 como importante contribuição na definição dos elementos básicos para a configuração do abuso de direito, a saber:

- a) O uso de um direito, objetiva ou externamente legal;
- b) O dano a um interesse não protegido por uma específica prerrogativa jurídica;

²⁷ SOUZA, 2005, p. 78-79.

²⁸ ALFONSO, Bisel Muñoz. **El abuso del derecho y la tutela del medio ambiente.** Disponível em: <<http://www.monografias.com/trabajos15/abuso-derecho/abuso-derecho.shtml>>.

c) A imoralidade ou a antissocialidade desse dano, manifestada em forma subjetiva, quando se utiliza do direito com a intenção de prejudicar ou simplesmente sem um interesse final sério e legítimo ou sob forma objetiva (quando o dano provém do excesso ou anormalidade no exercício do direito).

Assim, a configuração do abuso de direito se estabelece a partir de atos considerados anormais, ou seja, quando ultrapassam os limites normais do exercício de um direito, em que a extralimitação permite qualificá-lo de antissocial e injusto.

5 O abuso processual: tipificações

A preocupação que se apresenta e que justifica o presente estudo diz respeito a possíveis abusos ou excessos cometidos através do mau uso do processo, por meio de “abuso macroscópico” (considerada a tutela jurisdicional de forma ampla) ou “microscópico” (utilização de outros mecanismos processuais que não a ação e a defesa), conforme lição de Abdo.²⁹

No ordenamento processual brasileiro, destacam-se algumas tipificações do “abuso macroscópico”, como mecanismos que, em sua maioria, tendem a prolongar a ação, a saber:³⁰

1. a simulação processual (CPC, art. 129);³¹
2. a utilização do processo para obtenção de ilegalidades (CPC, art. 17, III);³²
3. a dedução de pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso (CPC, art. 17, I);³³

²⁹ Segundo a autora, o “abuso macroscópico” diz respeito ao abuso relativo à tutela jurisdicional considerada em seu conjunto. Contudo, é possível, ainda, a consideração do abuso em sua dimensão individual, considerando os instrumentos processuais específicos (abuso microscópico).

³⁰ ABDO, 2007, p. 189-190.

³¹ Proíbe-se o processo *simulado ou fraudulento*, ou seja, quando as partes, sem a vontade de aproveitar-se do resultado da demanda e sem interesse na obtenção dos efeitos jurídicos advindos da prestação jurisdicional, simulam a existência de um conflito entre elas, com a finalidade de prejudicar terceiros ou desviar o processo de sua finalidade constitucional de servir como instrumento de pacificação social. (NERY JUNIOR; NERY, 2007, p. 388).

³² A hipótese acima trata da maquinção entre as partes do processo. A hipótese presente trata de ato unilateral da parte, que pretende obter algo vedado pela lei.

³³ Aqui é importante dizer que não se trata apenas dos atos de pretensão (autor) ou de defesa (réu), como também de qualquer ato no desenvolvimento do processo, inclusive em recursos. Assim, os fundamentos de fato deverão ser deduzidos em consonância com os fatos incontroversos, pois de modo contrário se configurará a má-fé. Segundo Nery Junior e Nery (2007, p. 214), o fato incontroverso contém um *plus* caracterizado pela impossibilidade de seu desconhecimento pela parte que deduz suas alegações no processo.

4. o abuso de defesa ou manifesto propósito dilatório do réu (CPC, art. 273, II).³⁴

Com relação ao ordenamento processual espanhol, não se pode dizer que se destacam as tipificações específicas do “abuso macroscópico” nem do “microscópico” (mecanismos processuais que prolongam a ação ou a defesa), no entanto, há disposições na Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), bem como na Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), que rechaçam as atuações com manifesto abuso de direito, como exposto a seguir.

A LEC estabelece de forma geral:

247. Respecto a las reglas de la buena fe procesal. Multas por su incumplimiento.

1. Los intervenientes en todo tipo de proceso deberán ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe.
2. Los tribunales rechazarán fundamentalmente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal.
3. Si los tribunales estimaren que alguna de las partes ha actuado conculcando las reglas de la buena fe procesal, podrá imponerle, de forma motivada, y respetando el principio de proporcionalidad, una multa que podrá oscilar de 180 a 6.000 euros, sin que en ningún caso pueda superar la tercera parte de la cuantía del litigio.

Com efeito, no sistema processual moderno, os intervenientes do processo são livres para atuar e defender-se nas ações, na realização de seus objetivos; porém, deverão primar pelas regras de boa-fé, o que constitui, portanto, dever de todos os intervenientes (autor, réu, juízes e demais pessoas envolvidas no processo), sob pena de imposição de multa que poderá oscilar entre 180 e 6.000 euros.

No mesmo sentido, as disposições contidas na LOPJ³⁵, *in verbis*:

³⁴ A Lei nº 8.952/1994 introduziu um novo instituto processual no ordenamento jurídico brasileiro: a *tutela prévia*, como espécie do gênero *tutelas de urgências*. Trata-se, portanto, da antecipação da pretensão deduzida pelo autor, ou seja, uma tutela satisfativa, já que realiza o direito pretendido pelo demandante, respeitados alguns requisitos, entre eles, o de afastar o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito dilatório do réu. Assim, quando a defesa apresentada pelo réu demonstra-se de mera formalidade, sem qualquer consistência, a situação pode subsumir-se à hipótese do CPC 273, II, o que autoriza a antecipação da pretensão do autor (NERY JUNIOR; NERY, 2007, p. 529).

³⁵ A Lei Orgânica do Poder Judiciário espanhol, prevista na Constituição de 1978 (arts. 122 e 152.1, parágrafo segundo *in fine*) e somente aprovada em 1985, regula as funções e estrutura do Conselho Geral do Poder Judiciário e contém numerosas normas processuais.

11. 1. En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe...

2. Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundamentalmente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal.

A LOPJ, como visto, preocupa-se com os atos processuais que deverão ser produzidos também com a observância das regras da boa-fé. A lei inclusive cita a possibilidade de imediato rechaço de petições, incidentes e excepcionais formulados com manifesto abuso de direito.

Nesse caso, o rechaço é fenômeno de ineficácia ligado à antijuridicidade; portanto, resultará na nulidade absoluta do ato processual, com eficácia *ex tunc*; sem se esquecer da possibilidade de imposição de multa, como a mencionada no artigo 247.3 da LEC.

O legislador brasileiro, ao conceber o CPC de 1973 por influência europeia, valorizou o *dover de probidade processual*, que deve ser observado pelas partes e seus procuradores (art. 14).³⁶ E, como se vê nas hipóteses previstas no artigo 17, preferiu pormenorizar o que se deve considerar como *litigância de má-fé*:

- I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
- II – alterar a verdade dos fatos;
- III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
- IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
- V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
- VI – provocar incidentes manifestamente infundados;
- VII – interpuser recurso manifestamente protelatório.

São, portanto, atos abusivos que, por se encontrarem positivados, até poderiam, na hipótese de ocorrência, ser taxados de *atos ilícitos*. Como não se pode confundir ato ilícito com abuso de direito, este último contendo características próprias: aparência de legalidade, exercício de uma situação subjetiva e desvio de finalidade; tem-se que são exemplos de descumprimento do dever de probidade, como acima mencionado.

A primeira hipótese contemplada no artigo 17 do CPC, já mencionada acima como exemplo de "abuso macroscópico", veda

³⁶ Na lição, sempre abalizada, de Nery Junior e Nery (2007, p. 207), o princípio da *probidade processual* consiste em a parte sustentar suas razões dentro da ética e da moral, não utilizando mecanismos de chicana e fraude processual, dividindo-se em: a) dever de agir de acordo com a verdade (CPC 14 I); b) dever de agir com lealdade e boa-fé (CPC 14 II e III); c) dever de agir praticando somente atos necessários à sua defesa (CPC 14 IV).

à parte deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso. Em relação ao autor, o problema da alegação situa-se na causa de pedir e no pedido; quanto ao réu, normalmente na contestação.

Alterar a verdade dos fatos é a segunda hipótese caracterizadora de litigância de má-fé (CPC, art. 17, inciso II). Consiste, como lecionam Nery Junior e Nery, em afirmar fato inexistente, negar fato existente ou dar versão mentirosa para fato verdadeiro.³⁷

Como exemplo, trazemos a decisão proferida na Apelação Cível nº 2006.71.00.028262-0/RS³⁸, quando a Caixa Econômica Federal (CEF) foi condenada em litigância de má-fé ao alegar que os saques bancários contestados pela parte teriam ocorrido em agência lotérica mediante senha e cartão. Ocorre que na época dos fatos – 1993 a 1994 – não havia a possibilidade de saque em agências lotéricas, operação somente introduzida em 2000. A alegação, portanto, caracterizou a litigância de má-fé, diante da impossibilidade de seu desconhecimento pela própria CEF que a deduzira em juízo.

O CPC prevê no inciso III do artigo 17 a hipótese de utilização do processo para consecução de objetivo ilegal, à semelhança do processo simulado. O que a difere deste último é o ato *unilateral*, pois prescinde do *conluio* entre as partes, necessário à caracterização do vício previsto no artigo 129, antes mencionado.

A hipótese seguinte, contemplada no inciso IV, diz respeito à resistência injustificada ao andamento do processo, isto é, ao seu desenvolvimento regular. Assim, atitudes tendentes a dificultar, a embaraçar, a procrastinar a marcha do feito caracterizam a resistência injustificada.³⁹

O inciso V do art. 17 prevê a litigância de má-fé decorrente de comportamento temerário. Proceder de modo temerário é agir afoitamente, de forma açodada e anormal, tendo consciência do injusto, de que não tem razão.⁴⁰

A provocação de incidentes manifestamente infundados também é reputada como litigância de má-fé pelo CPC (art. 17, inciso

³⁷ NERY JUNIOR; NERY, 2007, p. 214.

³⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Apelação Cível nº 2006.71.00.028262-RS. Apelante: Caixa Econômica Federal. Apelado: Oscar Bacilícia da Conceição. Relator Juiz Federal Nicolau Konkel Junior. Porto Alegre, 28 de janeiro de 2010. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=3302640&hash=b5abe88e022321e8a2fb80e6eefa057>. Acesso em: 10 abr. 2009.

³⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro**. Temas de direito processual civil. Primeira série. São Paulo: Saraiva, 1988.

⁴⁰ CHIOVENDA, 1901 apud NERY JUNIOR; NERY, 2007, p. 214.

VI). A parte, nessa hipótese, provoca incidentes destituídos de fundamentação com propósito procrastinatório.

É o caso da interposição de diversos mandados de segurança cujos pedidos, conforme referiu o juízo, “se sobrepõem entre si e não levam a lugar algum”.⁴¹ No caso, entendeu o Tribunal Regional Federal (TRF) que a litigiosidade exacerbada e injustificada autoriza a imposição da pena por litigância de má-fé.

Na mesma linha, o CPC (art. 17, inciso VII, acrescentado pela Lei nº 9.669/98) considera litigância de má-fé interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.

Esse novo dispositivo legal, por sua vez, não interfere ou impede a aplicação da multa prevista no artigo 538, parágrafo único, também do CPC, para o caso de embargos de declaração manifestamente protelatórios. No caso, serão aplicadas duas penalidades distintas e cumulativas (multa de até 1% - art. 538) e indenização de importância não excedente a 20% sobre o valor da causa (art. 18, § 2º).

Citamos como exemplo a condenação da parte em litigância de má-fé, ao opor embargos de declaração com intuito manifestamente protelatório (CPC, art. 17, incisos VI e VII), além da aplicação da multa à taxa de 1% sobre o valor atualizado dado à causa.⁴²

Por mais que o legislador tenha, de forma objetiva, caracterizado as hipóteses de litigância de má-fé, não se pode admitir a ideia de que se trata de um rol taxativo, afinal, a dinâmica processual e a relatividade da vida moderna não permitiriam ao legislador o dom de prever todos os possíveis casos de abuso processual.

Desta feita, ousamos discordar do posicionamento do consagrado Arruda Alvim (CPCC, II, p. 149) em relação à posição de que o artigo 17 do CPC contempla, *numerus clausus*, taxativamente, as hipóteses de litigância de má-fé.

⁴¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Apelação Cível nº 2008.70.00.014491-6/PR. Apelante: Américo Augusto Nogueira Vieira. Apelada: Universidade Federal do Paraná. Relator: Juiz Federal Sérgio Renato Tejada Garcia. Porto Alegre, 18 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/jurisjud/imprimir.php?selecionados='TRF400194333'&pp=&cp=TODO_DOCUMENTO>. Acesso em: 18 abr. 2010.

⁴² BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Embargos de Declaração em Apelação/Reexame Necessário nº 2008.72.04.000647-0/SC. Apelante: União Federal. Apelado: Luiz Augusto da Silva Severo. Relator: Juiz Federal Marcos Roberto Araújo dos Santos. Porto Alegre, 3 de fevereiro de 2010. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processosvisualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=3266608&hash=fe72bb1c87a6c58aadf8cdec3349382d>. Acesso em: 18 abr. 2010.

5.1 A possibilidade de condenação do advogado da parte por litigância de má-fé

A norma processual prevê a responsabilidade das partes por dano processual por ato do litigante de má-fé. Ou seja, não sanciona o advogado da parte. Ocorre que, relativamente aos fundamentos jurídicos, a falha deve ser atribuída ao advogado, que possui os conhecimentos técnicos para saber se está ou não litigando com abuso processual.

Em sendo assim, reputada litigante de má-fé por conduta de seu advogado, terá a parte direito de regresso contra o seu advogado.

Oportuno citar a possibilidade de condenação direta do próprio advogado da parte em litigância de má-fé, tal qual ocorreu no AI nº 2009.04.00.028369-4/RS⁴³, de cujo voto transcreve-se o seguinte excerto, *in verbis*:

Saliento, nesse passo, que a excepcionalidade da medida, condenação do próprio procurador, e não da parte, em litigância de má-fé, é cabível no caso em apreço ante a sua diferenciada peculiaridade, muito evidente por tudo que já se expôs, bem como ante ao fato de que noutras oportunidades o mesmo procurador já foi advertido da inadequação deste mesmo seu proceder em casos e situações similares.

Por fim, é de destacar que há base legal para a condenação em litigância de má-fé do próprio advogado, em nosso sistema processual, quando se considera o que consta do artigo 14 do CPC: "São deveres das partes e de todos aqueles que de **qualquer forma participam do processo**", dentre outros, "II - proceder com lealdade e boa-fé" e "III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento". E, a par disso, há necessidade objetiva destes deveres serem observados impositivamente, inclusive por meio de alguma forma de sanção processual efetiva em caso de descumprimento (mormente reiterado, renitente e, até, acintoso) - por meio de decisão judicial - que não aquela meramente administrativa, prevista no EOAB.

Anoto, ainda, que mesmo que esta não seja a posição predominante na jurisprudência, já se registrou prece-

⁴³ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Agravo de Instrumento 2009.04.00.028369-4/RS. Agravante: Edgard Darcy Schulz Norbert. Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Relator: Desembargador Federal Celso Kipper. Porto Alegre, 3 de novembro de 2009. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=3042619&hash=240e3f6d 184d35c40b38218ccd139905>. Acesso em: 18 abr. 2010.

dente neste sentido no próprio TRF da 4^a Região, como se extrai da AC 2002.04.01.024666-3/RS, Relator o Desembargador Federal Nylson Paim de Abreu, onde se consignou e decidiu, em julgamento havido em 23-02-2005, que “o ajuizamento de lide temerária, alterando intencional e conscientemente a verdade dos fatos, caracteriza litigância de má-fé da parte autora e de seu procurador (arts. 14 e 17 do CPC)” (excerto da ementa, destaque aposto).

De resto, ante os questionamentos e discussões para a aplicação da figura do atentado à Corte (contempt of court), de forma efetiva, em casos como o presente (artigo 14, V, do CPC) - inclusive com aparente limitação deste instituto específico -, bem como ao fato de que, em casos como este, invariavelmente ocorre um escudar-se do patrono de desvalidos na Assistência Judiciária Gratuita (aqui também deferida pela Justiça Estadual), é de se ressaltar que esta interpretação é provavelmente a única que se mostra capaz de tornar de alguma forma minimamente efetiva uma intervenção judicial reguladora do agir eventualmente excessivo dos procuradores no feito, em casos excepcionalíssimos - ainda que, reitero, sempre deva ser reservada a casos extremos, de invulgar e reiterada afronta aos deveres processuais inscritos no art. 14 do CPC, inelimináveis de outra forma, como, de fato e sem dúvidas, é o presente.

Logo, por mais que o conceito de litigante de má-fé esteja adequado à parte ou interveniente que se utiliza de meios escusos para obter sucesso ou procrastinar o feito, a conduta dolosa ou culposa poderá ser atribuída diretamente ao advogado, a quem caberá inclusive o pagamento da indenização à parte prejudicada.

Conclusão

Resta claro que a Teoria do Abuso Processual encontra fundamento nas teses que procuraram estabelecer os critérios do abuso de direito. Contudo, não se pode confundir *ato ilícito* e *ato abusivo*. Este último possui características próprias e específicas que o distingue da ilicitude civil, quais sejam: a aparência de legalidade, o exercício de uma situação subjetiva e o desvio de finalidade.

Assim sendo, por mais que a teoria do abuso de direito processual tenha se desenvolvido a partir do ato ilícito, esses conceitos não podem se confundir.

O Código de Processo Civil brasileiro, inspirado nas doutrinas europeias, valorizou o *dever de probidade processual*; devendo, portanto, os sujeitos processuais envolvidos primar pela ética e pela moral, não se utilizando de meios escusos ou procrastinatórios ca-

pazes de prejudicar a efetividade do processo e causar danos a qualquer das partes.

O CPC dedica um capítulo aos deveres das partes e dos seus procuradores, inclusive prevendo a responsabilidade por dano processual por ato de litigância de má-fé, no caso, a imposição de multa (nunca superior a 1% do valor dado à causa) e a indenização à parte pelos danos sofridos.

O legislador espanhol, como visto, preocupou-se com a observância das regras de boa-fé, inclusive prevendo a possibilidade de rechaço imediato de petições em desconformidade e, em alguns casos, a imposição de multa que poderá oscilar entre 180 e 6.000 euros.

Referências

- ABDO, Helena Najjar. **O abuso do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- ALFONSO, Bisel Muñoz. **El abuso del derecho y la tutela del medio ambiente**. Disponível em: <<http://www.monografias.com/trabajos15/abuso-derecho/abuso-derecho.shtml>>. Acesso em: 14 jan. 2010.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1959. v. 1.
- BRASIL. **Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. _____. Agravo de Instrumento 2009.04.00.028369-4. Agravante: Edgard Darcy Schulz Norbert. Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Relator: Desembargador Federal Celso Kipper. Porto Alegre, 3 de novembro de 2009. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=3042619&hash=240e3f6d184d35c40b38218cccd139905>. Acesso em: 18 abr. 2010.
- _____. Tribunal Regional Federal (4. Região). Apelação Cível nº 2006.71.00.028262-0/RS. Apelante: Caixa Econômica Federal. Apelado: Oscar Bacilicia da Conceição. Relator: Juiz Federal Nicolau Konkel Junior. Porto Alegre, 28 de janeiro de 2010. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=3302640&hash=b5abe88e022321e8a2fbc80e6eefa057>. Acesso em: 10 abr. 2009.
- _____. _____. Apelação Cível nº 2008.70.00.014491-6/PR. Apelante: Américo Augusto Nogueira Vieira. Apelada: Universidade Federal do Paraná. Relator: Juiz Federal Sérgio Renato Tejada Garcia. Porto Alegre, 18 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/jurisjud/imprimir.php?selecionados='TRF400194333'&pp=&cp=TODO_DOCUMENTO>. Acesso em: 18 abr. 2010.

_____. _____. Embargos de Declaração em Apelação/Reexame Necessário nº 2008.72.04.000647-0/SC. Apelação Cível nº 2007.70.00.022414-2/PR. Apelante: União Federal. Apelado: Luiz Augusto da Silva Severo. Relator: Juiz Federal Marcos Roberto Araújo dos Santos. Porto Alegre, 3 de fevereiro de 2010. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=3266608&hash=fe72bb1c87a6c58aadf8cdec3349382d>. Acesso em: 18 abr. 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 1997.

ESPAÑA. **Código Civil y Ley y Reglamento del Registro Civil**. 6. ed. Madrid: Colex, 2007.

FRANÇA. **Code Civil dês Français**. Disponível em <<http://books.google.com.br>>. Acesso em: 18 abr. 2010.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **O abuso de direito**. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 118, n. 12, p. 359-371, jul. 1948.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. v. 1.

LUNA, Everardo da Cunha. **Abuso de direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Fontes e evolução do Direito Civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro**. Temas de direito processual civil. Primeira série. São Paulo: Saraiva, 1988.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SÁ, Fernando Augusto Cunha de. **Abuso do direito**. Coimbra: Almedina, 1997.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

SESSAREGO, Carlos Fernández. **Abuso del derecho**. Buenos Aires: Astrea, 1992.

SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. **Abuso de direito processual**. Uma teoria pragmática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

Considerações acerca da ação rescisória com fundamento na violação à literal disposição de lei

Eduardo Henrique Videres de Albuquerque

*Advogado da CAIXA na Paraíba
Especialista em Direito Processual Civil e em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina*

RESUMO

Este artigo busca chamar a atenção do leitor para as principais controvérsias inseridas no âmbito das ações rescisórias, notadamente no que se refere à hipótese de cabimento descrita no art. 485, inc. V, do Código de Processo Civil. Procura-se demonstrar com o presente estudo que a rescisão de um julgado vai muito além da simples interpretação gramatical dos termos da legislação, exigindo do intérprete uma compreensão não apenas da real finalidade da ação rescisória no ordenamento, mas também das implicações constitucionais que uma demanda dessa natureza pode trazer.

Palavras-Chave: Ação rescisória. Violação. Literal. Lei.

RESUMEN

Este artículo busca llamar la atención del lector para las principales controversias que existen en el ámbito de las acciones rescisorias, principalmente cuando se refiere a la hipótesis descripta en el art. 485, inc. V, del Código de Proceso Civil. Con este estudio, se procura demostrar que la rescisión de un juicio está muy lejos de la simple interpretación gramatical de las palabras de la legislación, exige del intérprete una comprensión de la real finalidad de la acción rescisoria en la estructura de las leyes, y también las implicaciones constitucionales que un hecho de esta naturaleza puede traer.

Palabras-llave: Acción rescisória. Violación. Literal. Ley.

Introdução

Em um rol relativamente grande de hipóteses, prevê o Código de Processo Civil a possibilidade de propositura da Ação Rescisória contra sentenças que por ventura venham a ofender literalmente

disposição legal. Essa é a previsão do artigo 485, V, daquele *codex* e que, em verdade, reproduz uma situação já contida no ordenamento pátrio desde o Código de Processo de 1939.

Muito embora a previsão normativa não seja exatamente uma novidade do sistema, a interpretação do artigo 485, inciso V, do CPC continua levantando controvérsias aos mais diversos tribunais do país, inclusive no âmbito dos Tribunais Superiores.

Isso se deve, acreditamos, a uma série de fatores que circundam o tema da rescisória, tais como limites de cognição, garantia da coisa julgada, interpretação das hipóteses de cabimento, análise do conteúdo da decisão rescindenda, duplicidade de juízos etc. Esses fatos, por vezes, contribuem para que as divergências entre os tribunais se intensifiquem a ponto mesmo de provocarem certo desvirtuamento da própria função da ação rescisória no ordenamento, que é a de permitir a revisão do julgado em casos considerados relevantes pelo legislador.

A amplitude de cognição da rescisória aliada às suas limitações de cabimento tem levado os tribunais a desconsiderarem as restrições impostas pela própria legislação processual no tocante à análise da ocorrência ou não de violação literal a dispositivo de lei, em alguns casos, reapreciando provas em um momento processual inadequado, o que levou o Ministro Adhemar Maciel a identificar a falha como um desvirtuamento da rescisória tendente a transformá-la em um verdadeiro “recurso ordinário com prazo de interposição de dois anos”.¹

Conforme será oportunamente demonstrado, além dessa questão, outras também afloram do tema, a exemplo: rescindibilidade de sentenças de mérito com base em violação a disposições exclusivamente processuais; necessidade de “prequestionamento” dos dispositivos de lei tidos como violados; mudança de orientação jurisprudencial etc.

O presente trabalho visa justamente a abordar algumas dessas questões mantendo sempre o foco no cabimento da ação rescisória em decorrência da violação a literal dispositivo de lei.

1 Considerações gerais

A ação rescisória figura no ordenamento jurídico como uma ação típica, destinada exclusivamente a afastar a autoridade da

¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 9.086-SP. Recorrente: Maria Lúcia de Vita Macieira de Oliveira. Recorrido: Município de Cotia. Relator: Ministro Adhemar Maciel. Brasília, DF, 29 de abril de 1996. DJ 05/08/1996, p. 26424. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev1/files/JUS2/STJ/IT/RESP_9086_SP_1249748356951.pdf>. Acesso em: 15 set. 2009.

coisa julgada material em hipóteses prévia e exaustivamente determinadas pelo legislador, autorizando, com isso, o rejulgamento da lide. Trata-se de ação autônoma que em nada se assemelha aos recursos, muito embora faça parte de um grupo de medidas processuais adequadas a atacar decisões judiciais.

As hipóteses de cabimento partem da consideração valorativa por parte do legislador ordinário de que determinados vícios, em virtude da sua gravidade e por questões de justiça, devem autorizar a rescisão do julgado, afastando na espécie, ainda que por um curto período de tempo, a segurança jurídica que se espera da coisa julgada material que reveste a decisão rescindenda.

Em verdade, apesar de a coisa julgada ser um direito fundamental de índole eminentemente normativa (dependente, portanto, daquilo que o legislador ordinário venha a reconhecer como tal), os contornos e as hipóteses de cabimento da rescisória não podem ser estabelecidos de forma desmedida, desmesurada, ao puro arbítrio do legislador, sob pena de pôr em risco o próprio núcleo fundamental daquela garantia que é a segurança jurídica.

Nesse contexto, somente algumas e poucas situações dentro de um juízo de ponderação acerca da proporcionalidade (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito) podem autorizar a restrição à garantia fundamental da coisa julgada. Essa é a regra; a exceção é a sua rescindibilidade.

Não se defende aqui a tese de que seria impossível acrescer alguma outra hipótese de cabimento da ação rescisória, mas apenas que há sempre por trás de uma demanda dessa natureza a garantia da coisa julgada prestes a ser afastada, razão pela qual é exigível do legislador e também por parte do intérprete certa cautela.

Sendo dessa forma, as hipóteses de cabimento previstas no artigo 485 do Código de Processo Civil não comportam ampliação casuística, já que compõem um rol exaustivo, muito embora sejam passíveis de interpretação extensiva. E admitem tal interpretação justamente em razão do móvel que determina a previsão de certa hipótese como autorizadora da propositura da ação rescisória.

Em outras palavras, autoriza-se uma interpretação extensiva em nome da justiça² e da necessidade de se corrigir as distorções

² É importante advertir que a simples injustiça da decisão ou a errônea apreciação das provas, por si sós, não autorizam a propositura da ação rescisória, regra esta que já era prevista desde o Código de Processo de 1939. Entretanto, esse argumento calcado no conceito de justiça, em que pese a imprecisão deste último termo, nos parece válido como vetor de interpretação em relação ao cabimento e à viabilidade da propositura da rescisória, quando o intérprete se ponha diante de um caso de violação da lei ou de qualquer outra situação expressamente prevista no art. 485 do atual CPC.

criadas pela decisão rescindenda, de modo que não se eternize, sob o manto da coisa julgada, uma situação flagrantemente ilegal ou constitucional.

Exemplo disso é justamente a extensão que se tem dado ao termo “lei” mencionado no inciso V do artigo 485 do CPC. Sobre esse aspecto, pontua Moreira:

O ordenamento jurídico evidentemente não se exaure naquilo que a letra da lei revela à primeira vista. Nem é menos grave o erro do julgador na solução da *quaestio júris* quando afronte norma que integra o ordenamento sem constar literalmente de texto algum. Lei, no dispositivo sob exame, há de entender-se em sentido amplo. Compreende, à evidência, a Constituição, a lei complementar, ordinária ou delegada, a medida provisória, o decreto legislativo, a resolução (Carta de República, art. 59), o decreto emanado do Executivo, o ato normativo baixado por órgão do Poder Judiciário (v.g., regimento interno: Constituição federal, art. 96, nº I, Letra a).³

Talvez por isso o projeto do novo Código de Processo Civil, captaneado pelo Ministro Luiz Fux, pretende alterar o termo “violação à literal disposição de lei” por “violação ao direito”, termo este muito mais amplo e mais adequado à finalidade do dispositivo.⁴

Cabe ainda não perder de vista que, ao contrário do Código de Processo Civil de 1939, a disciplina da ação rescisória no Código de 1973 é substancialmente menos formal e mais ampla, facilitando, de certa maneira, a rescindibilidade das sentenças.

Com efeito, o legislador de 1973, além de acrescer outras hipóteses de cabimento ao antigo rol previsto no artigo 798 do Código de 1939⁵, afastou outras limitações que antes constavam no antigo código, a exemplo da impossibilidade de propositura de ação rescisória com fundamento em violação de literal dispositivo de lei, contra acórdão proferido em outra ação rescisória.⁶

³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 5, p. 131.

⁴ BRASIL. Congresso. Senado. Decisões acerca das proposições temáticas para a elaboração do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Brasília, DF, dezembro de 2009. Disponível em: http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1541. Acesso em: 16 mar. 2010.

⁵ “Art. 798. Será nula a sentença: I – quando proferida: a) para juiz peitado, impedido, ou incompetente racione material e; b) com ofensa à coisa julgada; c) contra literal disposição de lei. II – quando fundada em prova cuja falsidade se tenha apurado no juízo criminal” (BRASIL, 1939).

⁶ “Art. 799. Admitir-se-á, ainda, ação rescisória de sentença proferida em outra ação rescisória, quando se verificar qualquer das hipóteses previstas no nº I, letras a e b ou no caso do nº II, do artigo anterior” (BRASIL, 1939).

Bastante pertinente, nesse ponto, é a observação do professor Moreira:

Tal orientação denotava talvez no anteprojeto BUZAID o intuito de contrabalançar, de um lado, a forte tendência a prestigiar – ao nosso ver, com exagero – a chamada ‘verdade formal’, através da consagração de numerosas presunções e nomeadamente do rigoroso tratamento dispensado ao revel; de outro lado, a redução do número de recursos: com efeito, haviam-se eliminado não só a revista, mas também os embargos a acórdãos. É possível que se tenha achado conveniente, por tudo isso, permitir em termos mais amplos a revisão de decisões passadas em julgado. Manteve-se no projeto a diretriz, apesar de reincluídos os embargos infringentes no elenco dos recursos.⁷

Essa observação é importante para percebermos que existe de certa forma um equilíbrio entre a tensão provocada pela desconstituição da coisa julgada e a necessidade de não se eternizar uma injustiça ou ilegalidade flagrante. Esse equilíbrio é fruto justamente do reconhecimento de que a manutenção isolada e sem critérios de quaisquer daquelas situações é prejudicial à Constituição.

Deveras, pode-se dizer que nenhum dos extremos atenderia aos anseios Constitucionais, ou seja, nem se poderia conferir tamanha força à coisa julgada a ponto de tornar imutável uma situação de ilegalidade ou constitucionalidade, nem, ao mesmo tempo, se poderia conferir tanta maleabilidade àquele direito fundamental a ponto de suplantá-lo em qualquer hipótese.

É justamente essa dificuldade de coordenar as tensões que torna tormentosa a atividade tanto do legislador como do jurista diante de uma demanda rescisória. De toda forma, a sistemática da ação rescisória veio no Código de 1973 de forma mais aprimorada, consentânea e adequada à total reestruturação pela qual passou o sistema processual civil naquela década, facilitando, com isso, a compreensão dos limites da rescisória.

1.1 Extensão do termo “sentenças de mérito transitadas em julgado” no CPC

O atual Código dispõe também que somente desafiam ação rescisória as “sentenças de mérito transitadas em julgado”. O termo, no entanto, deve ser lido com as devidas advertências, visto que por “sentença” deve-se entender “decisão em sentido amplo”, não importando se de natureza final (sentença ou acórdão) ou

⁷ MOREIRA, 2008, p. 13.

interlocutória (decisão proferida em julgamento de agravo de instrumento). O importante é que a decisão efetivamente aprecie o mérito, pondo fim à controvérsia e impedindo que o autor venha a rediscutir a questão em juízo posteriormente.⁸

Por esse motivo, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já admitiu a propositura da ação rescisória contra a decisão que extingue a execução ao fundamento de que a obrigação já teria sido paga, uma vez que, declarado o cumprimento da obrigação, não haveria mais como revolver a matéria se não fosse a propositura da rescisória. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DE SENTENÇA QUE EXTINGUIU EXECUÇÃO PELO PAGAMENTO. POSSIBILIDADE. CONTEÚDO MATERIAL DO JULGADO. VIOLAÇÃO AO ART. 485 DO CPC NÃO CONFIGURADA. RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. Para verificar o cabimento da ação rescisória em uma sentença extintiva de execução, deve se aferir se o provimento jurisdicional produziu efeitos na órbita do direito material, gerando, portanto, coisa julgada material, ou se seus reflexos restringem-se, unicamente, ao âmbito processual, caso em que haveria coisa julgada formal.

2. No caso, julgador monocrático declarou extinta a execução por entender que o INSS já havia feito o pagamento integral do débito, tendo fundamentado sua decisão no artigo 794, I, do Código de Processo Civil, que dispõe extinguir-se a execução quando “o devedor satisfaz a obrigação”.

3. A decisão que extingue execução pelo pagamento reveste-se de conteúdo material, sendo, portanto, atacável pela ação rescisória.

4. Recurso especial não conhecido.⁹

O mesmo Tribunal, em algumas oportunidades, já chegou a admitir também o uso da ação rescisória contra decisões que extinguiram o processo sem resolução do mérito, mas que, ao fim e ao cabo, impediam o reclamante de rediscutir a causa em juízo.

Com efeito, no julgamento do REsp nº 395.139-RS, em que se discutiu o cabimento da ação rescisória contra acórdão que extin-

⁸ Com efeito, é plenamente possível a propositura de ação rescisória contra acórdão que, julgando agravo de instrumento, extingue o processo ao reconhecer a prescrição, uma vez que a decisão, por ter enfrentado o mérito, possui natureza definitiva. Nesse sentido, ver acórdão na nota 3b, em comentário ao art. 485 em Negrão e Gouvêa (2008, p. 619).

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 238.059-RN. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Recorrido: Joana Ana da Conceição. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, DF, 21 de março de 2000. DJ 10/04/2000, p. 144. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/359571/recurso-especial-resp-238059-rn-1999-0102641-5-stj>>. Acesso em: 15 set. 2009.

guira o processo sem resolução de mérito face ao reconhecimento da coisa julgada, destacou o relator, Ministro José Delgado:

A não apreciação da matéria de fundo referente à segunda ação ajuizada pela recorrida não pode transformar-se em óbice à apreciação da ação rescisória.

Não obstante o Tribunal Estadual haver confirmado sentença que decretou extinto o processo sem julgamento do *meritum causae*, não é dado ao Poder Judiciário absolver-se de reparar o próprio erro, sob pena de incorrer em erro maior.

Ademais, o rigor da expressão “sentença de mérito, transitada em julgado” contida no *caput*, do art. 485, do Código de Processo Civil, tem sido abrandada pela doutrina e jurisprudência [...]

Ao meu julgar, excepcionalmente, a ação rescisória pode ser manejada para rescindir *decisum* transitado em julgado que não tratou de matéria de mérito, como no caso em epígrafe.

Pelo panorama dos autos, negar o direito à ação rescisória é o mesmo que fechar os olhos para o preceito estatuído no inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal, pois mesmo ausente a tríplice identidade entre as ações ajuizadas, não é facultada à recorrida a propositura de nova demanda face o dispositivo no parágrafo único, do artigo 268, do CPC.¹⁰

Não é necessário, contudo, que a ação rescisória ataque exatamente questões meritórias contidas na sentença, podendo o víncio que a justifica estar presente no capítulo da sentença que analisa pontos exclusivamente processuais, tais como condição da ação e pressupostos processuais.

Embora o ato atacado seja a sentença de mérito, nada impede que o fundamento da violação a literal dispositivo de lei tenha origem em uma questão tipicamente processual, *verbi gratia*, a ilegitimidade da parte.

É óbvio que, nesses casos, a matéria antes tratada como questão pré-meritória na ação rescisória torna-se mérito na medida em que se constitui no próprio fundamento pelo qual o autor deduz a pretensão rescisória.

Por fim, outra inovação importante inserida recentemente no Código de Processo Civil diz respeito à possibilidade de concessão de medidas liminares em ação rescisória, desde que, é claro, observados os requisitos legais.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 395.139-RS. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Vedana Vedana e Companhia Ltda. Relator: Ministro José Delgado. Brasília, DF, 7 de maio de 2002. DJ 10/06/2002, p. 149. Disponível em: <<https://www2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=10840&nreg=200101428258&dt=2002061>>. Acesso em: 15 set. 2009.

O dispositivo que trata da matéria é o artigo 489 do CPC, cuja redação, depois da Lei nº 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, passou a ser a seguinte:

Art. 489. O ajuizamento da ação rescisória não impede o cumprimento da sentença ou acórdão rescindendo, ressalvada a concessão, caso imprescindíveis e sob os pressupostos previstos em lei, de medidas de natureza cautelar ou antecipatória de tutela.

Sem embargo dos entraves doutrinários já enfrentados sobre o tema, a observação que merece ser feita nesta oportunidade é a de que a previsão de concessão de medidas de natureza cautelar no âmbito da ação rescisória nada mais é do que a densificação do poder geral de cautela do magistrado.

A previsão do artigo, em suma, reforça a ideia de que o magistrado condutor da ação rescisória, em homenagem ao princípio encartado no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição, tem não só o poder, mas o dever de atuar em prol da pacificação social; pacificação esta buscada, inclusive, valendo-se de poderes correlatos, explícitos ou implícitos, concedidos pela própria ordem e capazes de assegurar o resultado útil.

Retirar a capacidade de preservação da utilidade do provimento rescisório no final seria o mesmo que conferir uma tutela jurídica meramente formal, mesmo diante de casos reconhecidamente graves por parte do legislador, como ocorre, por exemplo, em sentenças proferidas por juiz corrupto ou que agiu com prevaricação.

Por outro lado, embora a previsão de concessão de medidas antecipatórias tenha ampliado ainda mais as possibilidades dentro do processo rescisório e, em contrapartida, reduzido a força da coisa julgada, ao final acabou por trazer efeitos importantes para a solução da controvérsia, na medida em que conferiu ao juiz o poder de minimizar os danos provocados pela eficácia da decisão rescindenda.

Justamente considerando essa situação é que o STJ tem reafirmado que somente em casos excepcionalíssimos justifica-se a concessão de medida de urgência visando à sustação dos efeitos do julgado rescindendo. Como adverte a Ministra Laurita Vaz, "não é razoável presumir-se a existência da aparência do bom direito contra quem tem a seu favor uma coisa julgada obtida em processo de cognição exauriente".¹¹

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Ação Rescisória nº 3.154-TO. Agravantes: Antônio Miguel Abrão et al. Agravado: Estado do Tocantins. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, DF, 11 de maio de 2005. DJ 06/06/2005, p. 177. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS2/STJ/IT/AGRG-AR_3154_TO_11.05.2005.pdf>. Acesso em: 15 set. 2009.

2 Da violação à literal disposição de lei

O enunciado do inciso V do artigo 485 do CPC, em verdade, diz menos do que aquilo que pretendeu disciplinar. De início, vale registrar que também nas ações rescisórias são plenamente aplicáveis os brocados *jura novit curia e da mihi factum, dabo tibi jus*, de modo que, ainda que equivocada a indicação do fundamento jurídico para a propositura da referida ação, pode o julgador corrigi-la em julgamento.

Assim, caso o autor proponha a rescisória com fundamento nos incisos IV e VI do art. 485 do CPC, mas o julgador extraia a partir da causa de pedir e pedido da rescisória que, em verdade, se trata de ofensa à literal disposição de lei (inc. V), este fato não impede o julgamento da ação. Enfim, estando clara a pretensão do autor, não importa a correta indicação do inciso em que se funda a demanda.

Outra questão que suscita controvérsias no âmbito das ações rescisórias fundadas em violação de literal dispositivo de lei consiste na necessidade ou não de a questão estar prequestionada no processo em que foi proferida a decisão rescindenda.

A questão ainda não está pacificada nos tribunais, não sendo difícil encontrar decisões contraditórias inclusive dentro de uma mesma Corte. Nesse sentido, citem-se os seguintes arestos:

AGRAVO REGIMENTAL - AÇÃO RESCISÓRIA FUNDADA NO ART. 485, V, DO CPC - INTERPRETAÇÃO RAZOÁVEL DA LEGISLAÇÃO - DESCABIMENTO DA VIA RESCISÓRIA - MATÉRIA DOS DISPOSITIVOS TIDOS POR VIOLADOS NÃO APRECIADA PELO ACÓRDÃO RESCINDENDO - EXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO LITERAL DE DISPOSITIVO DE LEI - DESCABIMENTO - AGRAVO IMPROVIDO. 1. Não há falar em violação literal de dispositivo legal a amparar a medida extrema da ação rescisória, quando o decisório impugnado conferiu interpretação razoável à legislação. 2. **O conteúdo dos preceitos havidos por violados não foi agitado no acórdão rescindendo, pelo que se torna descabido cogitar de violação literal deles.** 3. Agravo regimental improvido.¹²
[Contra:] PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. LITERAL VIOLAÇÃO A LEI. ART. 485, V, DO CPC. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO NO ACÓRDÃO RESCINDENDO. DESNECESSIDADE. 1. **A admissibilidade da ação rescisória fundada em literal violação a lei (art.**

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Regimento nº 987.406-RS. Agravante: Olide Brus Amarello Rodrigues. Agravado: Edison Blaya Perez. Relator: Ministro Massami Uyeda. Brasília, DF, 15 de maio de 2008. Dje 06/06/2008, grifo nosso. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=987406&b=ACOR>. Acesso em 15 set 2009.

485, V, do CPC) não exige que os dispositivos legais supostamente vulnerados tenham sido debatidos no acórdão rescindendo. Precedentes do STF e do STJ. 2. Recurso especial provido.¹³

Com todas as vêniás aos que defendem a necessidade do “prequestionamento”, ousamos discordar dessa posição e o fazemos pelos seguintes motivos.

A exigência apontada não contempla as hipóteses em que o vício que justifica a propositura da ação rescisória tem origem na própria decisão rescindenda, ou seja, casos em que o vício surge com a própria prolação da sentença. É o caso, por exemplo, de uma sentença proferida carente de fundamentação. Nessa situação, o vício (carência de fundamentação) surge com a própria elaboração da sentença, não havendo como se exigir que a questão fosse enfrentada na decisão. Como exigir o prequestionamento da matéria no processo original quando a ofensa à legislação se deu por ato de omissão?

Esse entendimento também implicaria reconhecer que a parte haveria, invariavelmente, de opor embargos de declaração ou mesmo apelação contra aquela decisão a fim de resguardar seu direito à ação rescisória, o que não nos parece razoável, além de representar verdadeira exigência processual sem previsão legal. A exigência acabaria por conduzir o resultado a absurdos, desconsiderando, por completo, a real finalidade da ação rescisória ante a violação flagrante da lei, que é preservar a autoridade e a normatividade da legislação.

Para melhor elucidação da incoerência que esse entendimento poderia conduzir, vale citar o acórdão proferido no julgamento da Ação Rescisória nº 200.2001.032858-7/004 no Tribunal de Justiça da Paraíba, no qual a tese do “prequestionamento” foi, a nosso ver, corretamente afastada:

AÇÃO RESCISÓRIA – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA — EXECUÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS — LEGITIMIDADE DÚPLICE — CAUSÍDICO E PARTE VENCEDORA — REJEIÇÃO — PREJUDICIAL DE MÉRITO — INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA — AUSÊNCIA DE EXIGÊNCIA LEGAL PARA PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA DISCUSIDA NA DESCISÃO ATACADA — MÉRITO — VIOLAÇÃO A DISPO-

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 797.127-DF. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Agroquima Produtos Agropecuários Ltda e Outro. Relator: Ministro Castro Meira. Brasília, DF, 25 de novembro de 2008. DJe 18/12/2008, grifo nosso. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=797127&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em 15 set 2009.

SITIVO LITERAL DE LEI — ART. 20 § 4º, CPC — AUSÊNCIA DE PROPORCIONALIDADE — NÍTIDO EXAGERO — ALEGAÇÃO DE SENTENÇA CITRA PETITA — INSUBSTÂNCIA — PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA REALIZADO POSTERIORMENTE À SENTENÇA E AO ACÓRDÃO — IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE EFEITO EX TUNC — PROCEDÊNCIA DO PEDIDO RESCINDENTE E PROCEDÊNCIA EM PARTE DO PEDIDO RESCISÓRIO.

— A jurisprudência desta Corte já se firmou no sentido de que o art. 23 da Lei nº 8.906/94, apesar de estabelecer que o advogado tem o direito autônomo de executar a verba sucumbencial, em nenhum momento afasta a legitimidade da própria parte para executar os honorários de seu patrono, mormente não havendo entre eles qualquer conflito. (AR 975/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/06/2008, DJe 12/11/2008). O prequestionamento não pode ser erigido a requisito de admissibilidade da ação rescisória fulcrada no art. 485, V, do CPC (violação a “literal disposição de lei”), seja em face da ausência de previsão legal, como da própria natureza jurídica do instituto. (REsp 741753/RS, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 09.05.2006, DJ 07.08.2006 p. 234). Nas causas onde não há condenação, os honorários devem ser fixados com base no art. 20, § 4º, do CPC. Precedentes; O quantum arbitrado pelas instâncias ordinárias a título de honorários advocatícios somente comporta redução quando fixado de forma exagerada; - Na espécie, os honorários devem ser fixados de acordo com as regras do art. 20, § 4º, do CPC e tendo como parâmetro as disposições do § 3º, alíneas “a”, “b” e “c”. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (REsp 978.253/SE, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/09/2008, DJe 03/10/2008). Todavia, a gratuidade não opera efeitos ex tunc, de sorte que somente passa a valer para os atos ulteriores à data do pedido, não afastando a sucumbência sofrida pela parte em condenação de 1º grau, que somente pode ser revista se, porventura, acatado o mérito da sua apelação, quando do julgamento desta. (REsp 556081/SP/RECURSO ESPECIAL 2003/0092210-2/ Relator(a) Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR (1110)/ Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA/Data do Julgamento 14/12/2004/Data da Publicação/Fonte DJ 28.03.2005 p. 264 /RDDP vol. 26 p. 201).¹⁴

¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça da Paraíba. Ação Rescisória nº 200.2001.032858-7/004-PB. Autor: Luiz de Araújo Silva e outros. Réu: Caixa Seguradora S/A. Relator: Desembargador Saulo Henrique de Sá e Benevides. João Pessoa, 20 de maio de 2009. DJ/PB 03.06.2009, pág. 5. Disponível em: <http://www.tjpb.jus.br/carga_diariocarga_documentos.download?p_file=dj_03_06_2009.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2009.

Nesse caso, os autores haviam ingressado com uma ação pleiteando diferenças decorrentes de um seguro de vida em grupo, de modo que o somatório de todas as apólices alcançava um patamar bastante elevado. Todavia, ao final, a demanda foi julgada improcedente, tendo o magistrado sentenciante condenado os autores ao pagamento de honorários advocatícios no importe de 10% sobre o somatório daquelas apólices, totalizando mais de R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais). Contra essa sentença foi interposto recurso de apelação que, no entanto, não atacou o capítulo da decisão que arbitrou a verba honorária.

A ofensa ao § 4º do artigo 20 do CPC era flagrante na espécie, notadamente pelo fato de a decisão ter criado uma nova base de cálculo para a fixação dos honorários (somatório das apólices) além de ter fixado a verba com base no § 3º do mesmo artigo.

Na oportunidade, destacou o relator, Desembargador Dr. Saulo Henriques de Sá e Benevides:

Esta exigência [prequestionamento], no entanto, não encontra guarida em relação à Ação Rescisória. Primeiro, porque não sendo a ação rescisória tecnicamente um recurso, não é correto falar-se em efeito devolutivo. Segundo, porque a ação rescisória submete-se às regras do procedimento ordinário, amplo e exauriente por excelência, não sofrendo restrições de conhecimento em sua extensão ou profundidade.¹⁵

Esse entendimento também encontra respaldo no próprio Supremo Tribunal Federal (STF), conforme se observa no seguinte julgado:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. RESCISÓRIA. CABIMENTO. EXIGÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. PRAZO DECADENCIAL. INOBSERVÂNCIA. VIOLAÇÃO EFETIVA À COISA JULGADA. 1. Ação rescisória. Cabimento. Exigência de prequestionamento para a sua admissibilidade. Insubsistência. **O Supremo Tribunal Federal, à época em que detinha competência para apreciar a negativa de vigência de legislação federal, assentou que as hipóteses enunciadas nos incisos do artigo 485 do Código de Processo Civil evidenciam a inaplicabilidade, à rescisória, do pressuposto concernente ao prequestionamento, dado que a rescisória não é recurso, mas ação contra a sentença transitada em julgado.** Precedentes. 2. Ação rescisória. Julgamento sem observância do prazo bienal. Decadência. Há efetiva violação à coisa julgada, se conhecida e julgada procedente ação rescisória pro-

¹⁵ BRASIL, 2009.

posta quando já decorrido o prazo bienal, contado a partir do trânsito em julgado da decisão rescindenda. Agravo regimental não provido.¹⁶

Logo, não concordamos com a tese que exige a prévia discussão da matéria no processo em que é proferida a decisão rescindenda, uma vez que não parece ter sido a intenção do legislador fechar de forma exagerada as portas para a ação rescisória.

3 A análise do juízo rescindendo nas ações rescisórias com fundamento no inciso V do artigo 485 do CPC

A outro giro, a violação à literal disposição de lei não pode se exaurir em mera conformidade gramatical do enunciado normativo com o caso julgado. Tal confronto, a despeito de também configurar uma violação palmar a dispositivo de lei, representa apenas a ponta de um *iceberg*.

Em verdade, a ofensa literal ao dispositivo de lei há de ser entendida como aquela que salta aos olhos de quem se propõe a analisar o caso, que afronte de tal maneira aberrante o comando normativo (não simplesmente a letra pura e fria da lei) que permita ao julgador identificar a ofensa ao ordenamento *primum ictu oculi* sem ter que se imiscuir nas provas que conduziram o julgador a entender dessa ou daquela forma.

Negrão e Gouvêa¹⁷ citam acórdão do STJ que resume bem o sentido da expressão “literal”:

O que o art. 485, V, do CPC, reclama para a procedência da rescisória é que o julgado rescindendo, ao aplicar determinada norma na decisão da causa (portanto, ao fazer incidir sobre o litígio norma legal escrita) tenha violado seu sentido, seu propósito: sentido e propósito que, como não pode deixar de ser, admitem e até mesmo impõem variada compreensão do conteúdo do imperativo legal, ao longo do tempo e ao sabor de circunstâncias diversas da ordem social, que a jurisprudência não pode simplesmente ignorar ou mesmo negligenciar.

Como consequência, quando o dispositivo tido por violado, à época em que proferida a decisão rescindenda, for de interpreta-

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 444.810-DF. Agravante: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA). Agravado: Eliane Maria de Castro Rocha. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 29 de março de 2005. DJ 22/04/2005, grifo nosso. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(444810.NUME.%20OU%20444810.ACMS.\)&base=base](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(444810.NUME.%20OU%20444810.ACMS.)&base=base)>. Acesso em: 28 set. 2009.

¹⁷ NEGRÃO; GOUVÊA, 2008, p. 626.

ção controvertida nos tribunais, não será cabível a ação rescisória, como, de resto, está pacificado no teor da súmula 343 do STF.¹⁸

Essa afirmação conduz a uma primeira conclusão no sentido de que, se a controvérsia de interpretação surgiu somente depois de proferida a decisão rescindenda, é perfeitamente possível a rescisória, já que à época a interpretação do dispositivo em sua maioria era uniforme.

Isso não se confunde com as hipóteses de mera alteração de jurisprudência na Corte, situação esta que, por si só, não faculta a propositura da ação rescisória, uma vez que não é contemplada entre as hipóteses previstas no artigo 485 do CPC.

Se a controvérsia existir apenas dentro do próprio tribunal (divergência entre turmas), é possível a propositura da ação rescisória contra o acórdão que adotou a interpretação que contraria a interpretação uniforme da legislação, já que nesse caso a decisão expressa um entendimento isolado de um órgão fracionário.

No tocante à violação à literal disposição da Constituição, a interpretação tem sido um pouco diferente. É que por razões de preservação da força normativa da Constituição, bem como da máxima efetividade de suas normas, o STF vem afastando a aplicação da referida súmula quando a decisão rescindenda tenha violado dispositivo constitucional ainda que de interpretação controvértida.

Embora pareça um tanto fora do razoável permitir a propositura da ação rescisória com fundamento no artigo 485, V, do CPC, quando houver violação a dispositivo da constituição de interpretação divergente entre tribunais e não a permitir quando se tratar de dispositivo de lei infraconstitucional, o entendimento acaba por resguardar a supremacia da Constituição, conferindo-lhe uma capacidade de autopreservação decorrente de sua força normativa contra interpretações casuísticas.

Há, inclusive, precedentes do STJ autorizando a propositura da Ação Rescisória com base em violação de literal disposição de lei quando, após o trânsito em julgado da decisão rescindenda, vem a Suprema Corte a declarar a inconstitucionalidade do dispositivo no qual se baseou o juízo originário para proferir a referida decisão.¹⁹

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 343. Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvértida nos tribunais. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000000343&base=baseSumulas>>. Acesso em: 28 set. 2009.

¹⁹ O STJ tem admitido que a declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade feita pelo STF tenha se dado em controle difuso. Nesse sentido, ver STJ - EREsp 608.122/RJ, relator Ministro Teori Albino Zavascki, julgamento em 09/05/2007, DJ de 28/05/2007, p. 280.

Nesse caso, a declaração posterior de constitucionalidade somente justifica o cabimento da ação como fundamento para a rescisão, sem, no entanto, alterar o termo inicial para sua propositura que começa a correr a partir do trânsito em julgado da decisão rescindenda.

A expressão “literal” também induz ao raciocínio de que não cabe ao julgador, ainda em juízo rescindendo, chegar a conclusão, em relação aos fatos, diversa daquela encontrada pelo juízo prolator da decisão originária para, a partir daí, verificar a ocorrência de violação à lei. Não cabe justamente porque em juízo rescindendo a verificação há de se restringir a simples contraposição de teses, ou seja, cabe ao relator da rescisória verificar se a solução jurídica aplicada aos fatos é ou não contrária à legislação. Em outras palavras, cabe verificar se a qualificação jurídica dos fatos feita pelo juízo prolator da decisão rescindenda afronta ou não a legislação.

A situação aqui descrita assemelha-se àquela prevista como hipótese de cabimento do recurso especial, prevista no artigo 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal²⁰, em que é facultada a interposição do recurso constitucional quando a decisão recorrida contraria tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência.

Dizemos “semelhante” no tocante à forma como se dá a apreciação da violação da lei²¹, já que em relação ao objeto a ação rescisória é mais ampla do que o recurso especial, na medida em que não faz limitações quanto ao nível federativo da lei violada, podendo ser federal, estadual ou municipal.

De fato, trata-se de entendimento pacificado há muito tempo no STJ²² e também no STF²³, em relação ao recurso extraordinário, que não cabe, na instância superior, a reapreciação das provas, de modo que o julgamento há de se limitar a verificar a violação da lei a partir dos fatos tais como reconhecidos pelos tribunais *a quo*.

²⁰ “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] III – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência” (BRASIL, 1988).

²¹ Por interpretação extensiva, acreditamos ser possível a propositura de ação rescisória em face de violação literal a dispositivo previsto em tratado internacional assinado pelo Brasil, notadamente naqueles casos em que o tema abordado envolva direitos humanos, já que a esses o STF reservou o “status” de supralegalidade.

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 07. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=7&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=1#>>. Acesso em: 15 set. 2009.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 279. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000000279&base=baseSumulas>>. Acesso em: 28 set. 2009.

É óbvio que em determinadas situações os próprios Tribunais Superiores vêm abrandando esse rigorosismo e se permitindo adentrar no contexto probatório quando a situação posta sob apreciação é manifestamente abusiva, a exemplo das indenizações por danos morais fixadas em patamares muito além do razoável, ou ainda nas condenações em honorários advocatícios fixados muito abaixo do permitido.

Entretanto, repitamos, trata-se de exceção, não sendo permitido, via de regra, ao julgador revolver o contexto probatório a pretexto de identificar eventual ofensa à lei.

Assim, o juízo rescindendo (oportunidade em que se verifica a viabilidade da ação rescisória por violação à literal disposição de lei), a exemplo do que ocorre em relação ao recurso especial, não admite revolvimento de provas que permita concluir, em relação aos fatos, de maneira diversa daquela encontrada pelo juízo prolator da decisão rescindenda. Aliás, como bem destacado pelo Ministro Teori Albino Zavascki²⁴, “é incabível ação rescisória por violação de lei (inc. V do art. 485 do CPC) se, para apurar a pretensa violação, for indispensável reexaminar matéria probatória debatida nos autos”.

Deve-se advertir, no entanto, que a análise das provas a que nos referimos nos parágrafos precedentes é somente aquela que diga respeito ao próprio mérito da decisão a qual se pretende ver rescindida. Tal não impede, por outro lado, que o relator verifique se a ação rescisória está instruída com todos os documentos essenciais à sua propositura, tais como certidão do trânsito em julgado do processo originário, decisão rescindenda, demais provas que permitam o julgamento rescisório (caso ultrapassado o juízo rescindendo) etc. A valoração das provas e dos fatos deve ficar restrita ao juízo rescisório, oportunidade em que já se terá afastado a autoridade da coisa julgada, permitindo um completo julgamento da lide originária.

Nesse momento, ao relator é conferida a oportunidade de reapreciar todas as provas do processo originário, inclusive podendo chegar à conclusão diversa (em relação aos fatos) daquela encontrada pelo juízo prolator da decisão originária. Isso permite que a situação de ofensa ao dispositivo de lei seja suprimida sem que se atribua nova qualificação jurídica aos fatos.

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Ação Rescisória nº 3.731-PE. Agravante: União. Agravados: Maria Odete Almeida Farias et al. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Brasília, DF, 23 de maio de 2007. DJ 04/06/2007, p. 283. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=3731&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 15 set. 2009.

Na espécie, a situação que ensejou a propositura da ação rescisória pode ser facilmente corrigida tanto se aplicando um novo dispositivo de lei, como conferindo outra interpretação ao dispositivo de lei tido como violado, ou, ainda, rejugando a causa e chegando a conclusão fática diversa.

Como exemplo dessa última situação, imagine-se a hipótese em que o juízo da ação originária, a qual versava sobre a responsabilidade civil de determinada empresa, tenha condenado esta última ao pagamento de uma indenização, apoiando-se, para tanto, na teoria da responsabilidade objetiva, dispensando, assim, a análise acerca do elemento subjetivo. O réu, então, ingressa com uma rescisória com fundamento no inciso V do artigo 485 do CPC, alegando que sua responsabilidade civil, segundo a legislação vigente, é de natureza subjetiva, razão pela qual a demonstração da culpa é essencial para a fundamentação da condenação.

Nessa situação, caso o relator entenda realmente que a responsabilidade da empresa é de natureza subjetiva, poderá suprimir a situação de ilegalidade da decisão rescindenda das seguintes formas: ou comprehende que a responsabilidade da empresa efetivamente se ampara na teoria subjetiva, sendo necessária a demonstração da culpa, ou entende que as provas contidas nos autos não demonstraram a existência do nexo causal (ou qualquer outro elemento da responsabilidade civil), motivo pelo qual não há que se falar em responsabilidade civil da empresa, seja sob o aspecto subjetivo, seja sob o objetivo.

Perceba-se que em ambas as situações o relator do processo teve que, invariavelmente, adentrar na questão fática para resolver a questão jurídica. No primeiro caso, não havia como constatar o elemento subjetivo sem investigar o que as provas coligidas aos autos demonstravam (já que esse aspecto não foi considerado pelo juízo prolator da decisão rescindenda) e, no segundo, somente poderia aplicar a responsabilidade civil à empresa (tanto no aspecto subjetivo quanto no objetivo) se constatassem estarem comprovados todos os requisitos exigidos pela lei (fato – resultado – nexo causal – culpa).

Veja-se, portanto, que a violação à disposição de lei pode ser suprimida na rescisória tanto atribuindo aos fatos uma qualificação jurídica diversa daquela atribuída pelo prolator da decisão rescindenda, como promovendo o rejugamento da causa a ponto de encontrar solução fática diversa.

Assim, ao contrário do juízo rescindendo, no juízo rescisório o relator está livre para reapreciar todas as questões, não só porque afastada a *autorictas rei judicati*, como também porque o âmbito de cognição da rescisória permite em sua extensão e profundidade tal conclusão.

Conclusão

Por esta breve exposição já é possível ter uma pequena ideia de como o inciso V do artigo 485 do CPC suscita controvérsias. Essa demonstração é exatamente a finalidade última deste trabalho, que, muito mais do que expor nossa opinião a respeito dos aspectos específicos com os quais já nos deparamos ao longo da vida profissional, é incutir na mente daquele que busca um estudo mais detalhado da ação rescisória as principais dificuldades de interpretação surgidas no âmbito da ofensa à legislação.

Numa perspectiva favorável, a partir de considerações acerca da evolução do sistema de revisão das decisões judiciais, acreditamos que os tribunais hoje se encontram numa tendência muito mais unificadora e mais preocupada em solucionar os litígios de modo rápido e eficiente do que outrora, fato este que proporciona, inevitavelmente, a diminuição das divergências interpretativas.

Com efeito, a previsão de sistemas como a súmula vinculante, o julgamento de recursos repetitivos, os procedimentos de uniformização de jurisprudência, assim como outros elementos extrajurídicos, como a pesquisa de jurisprudência na internet, acabam por conferir unidade ao sistema de correção das decisões judiciais, facilitando a coerência e a lógica de interpretação, além de assegurar, como resultado último de uma atividade jurisdicional cada vez mais cara, frise-se, a tão almejada solução pacífica, ágil, segura e eficiente dos conflitos.

Referências

- BRASIL. Congresso. Senado. Decisões acerca das proposições temáticas para a elaboração do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Brasília, DF, dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1541>. Acesso em: 16 mar. 2010.
- _____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. D.O.U. 05/10/1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 28 set. 2009.
- _____. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2009.
- _____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L5869.htm>>. Acesso em 20 nov. 2009.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Ação Rescisória nº 3.154-TG. Agravantes: Antônio Miguel Abrão et al. Agravado: Estado do Tocantins. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, DF, 11 de maio de 2005. DJ 06/06/2005, p. 177. Disponível em

<http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS2/STJ/IT/AGRG-AR_3154_TO_11.05.2005.pdf>. Acesso em: 15 set. 2009.

_____. _____. Agravo Regimental na Ação Rescisória nº 3.731-PE. Agravante: União. Agravados: Maria Odete Almeida Farias et al. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Brasília, DF, 23 de maio de 2007. DJ 04/06/2007, p. 283. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=3731&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 15 set. 2009.

_____. _____. Agravo Regimental no Agravo de Regimento nº 987.406-RS. Agravante: Olide Brus Amarello Rodrigues. Agravado: Edison Blaya Perez. Relator: Ministro Massami Uyeda. Brasília, DF, 15 de maio de 2008. DJe 06/06/2008. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=987406&b=ACOR>. Acesso em 15 set. 2009.

_____. _____. Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 608.122-RJ. Embargante: Fazenda Nacinal. Embargado: Rogério Freire Engenharia Ltda. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Brasília, 9 de maio de 2007. DJ 28/05/2007, p. 280. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=608122&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 15 set. 2009.

_____. _____. Recurso Especial nº 9.086-SP. Recorrente: Maria Lúcia de Vita Macieira de Oliveira. Recorrido: Município de Cotia. Relator: Ministro Adhemar Maciel. Brasília, DF, 29 de abril de 1996. DJ 05/08/1996, p. 26424. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev1/>>

files/JUS2/STJ/IT/RESP_9086_SP_1249748356951.pdf>. Acesso em: 15 set. 2009.

_____. _____. Recurso Especial nº 238.059-RN. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Recorrido: Joana Ana da Conceição. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, DF, 21 de março de 2000. DJ 10/04/2000, p. 144. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/359571/recurso-especial-resp-238059-rn-1999-0102641-5-stj>>. Acesso em: 15 set. 2009.

_____. _____. Recurso Especial nº 395.139-RS. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Vedana Vedana e Companhia Ltda. Relator: Ministro José Delgado. Brasília, DF, 7 de maio de 2002. DJ 10/06/2002, p. 149. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=10840&nreg=200101428258&dt=2002061>>. Acesso em: 15 set. 2009.

_____. _____. Recurso Especial nº 797.127-DF. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Agroquima Produtos Agropecuários Ltda e Outro. Relator: Ministro Castro Meira. Brasília, DF, 25 de novembro de 2008. DJe 18/12/2008. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=797127&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em 15 set. 2009.

_____. _____. Súmula nº 07: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=7&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=1#>>. Acesso em: 15 set. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 444.810-DF. Agravante: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA). Agravado: Eliane Maria de Castro Rocha. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 29 de março de 2005. DJ 22/04/2005. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(444810.NUME.%20OU%20444810.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(444810.NUME.%20OU%20444810.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 28 set. 2009.

_____. _____. Súmula nº 279. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000000279&base=baseSumulas>>. Acesso em: 28 set. 2009.

_____. _____. Súmula nº 343. Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvérida nos tribunais. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000000343&base=baseSumulas>>. Acesso em: 28 set. 2009.

_____. Tribunal de Justiça da Paraíba. Ação Rescisória nº 200.2001.032858-7/004. Autor: Luiz de Araújo Silva e outros. Réu: Caixa Seguradora S/A. Relator: Desem-bargador Saulo Henriques de Sá e Benevides. João Pessoa, 20 de maio de 2009. DJ/PB 03/06/2009, pág. 5. Disponível em: <http://www.tjpb.jus.br/carga_diario/carga_documentos.download?p_file=dj_03_06_2009.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 5.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÉA, José Roberto Ferreira. **Código de Processo Civil**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

A fraude à execução após o advento da Lei nº 11.382/2006

Marcelo Quevedo do Amaral

*Advogado da CAIXA no Rio Grande do Sul
Pós-graduado em Direito Processual Civil pela
Universidade de Santa Cruz do Sul*

RESUMO

A constituição de institutos jurídicos para evitar e punir a fraude contra credores acompanha a história da humanidade. O direito romano já previa a ação pauliana contra a fraude contra credores, caracterizada pelos seus elementos tradicionais: *eventus damni* e *consilium fraudis*. Os sistemas jurídicos estrangeiros adotam instrumentos de proteção aos credores e defesa do processo de execução únicos, tratando a fraude à execução como espécie do gênero fraude a credores. O direito pátrio deu tratamento especial à fraude à execução, a qual poderá ser decretada nos próprios autos da execução, sem necessidade da propositura de ação própria, tornando a alienação do bem ineficaz. A caracterização da fraude de execução, anteriormente, dispensava a valoração do elemento subjetivo (agir de boa ou má-fé), bastando a oneração ou alienação na pendência de execução, ocasionando a insuficiência patrimonial do devedor para satisfazer a dívida em execução. Esse entendimento contrariava o princípio da boa-fé objetiva consagrado no novo Código Civil e causava séria insegurança jurídica nas transações imobiliárias. A doutrina e jurisprudência lentamente foram incorporando o elemento subjetivo nos requisitos essenciais para caracterização da fraude de execução. Todavia, a verificação da configuração da fraude de execução concretamente permanecia tormentosa. As alterações trazidas pela Lei nº 11.382/2006 buscam justamente superar o problema, ao permitir ao credor averbar certidão de ajuizamento da demanda na matrícula imobiliária, gerando presunção *juris et de jure* de fraude de execução. A nova sistemática melhor se coaduna com os princípios do direito imobiliário registral pátrio, significando um grande avanço legislativo.

Palavras-chave: Lei nº 11.382/2006. Fraude à execução. Fraude contra credores. Registro imobiliário. Certidão comprobatória do ajuizamento da execução.

ABSTRACT

The establishment of legal institutions to prevent and punish fraud against creditors follows the history of mankind. Roman law

already provided for the action paulienne fraud against creditors, characterized by its traditional elements: *eventus damni* and *consilium fraudis*. The foreign legal systems adopt unique instruments of creditor protection and defense of the implementation process, dealing with fraud enforcement as a species of the fraud to creditors kind. The native law gave special treatment to fraud enforcement, which can be ordered on their own record of execution, without the need of bringing their own action, making the alienation of the property inefficient. The characterization of fraud enforcement, previously dispensed an assessment by the subjective element (act in good or bad faith), just the mortgage or sale pending execution, causing the debtor's failure to satisfy a debt running. This understanding was contrary to the principle of objective good faith enshrined in the new Civil Code and used to cause serious legal uncertainty in real estate transactions. The doctrine and jurisprudence have been slowly incorporating the subjective element in the essential requirements for characterization of fraud enforcement. However, the fraud enforcement configuration check remained particularly stormy. The changes introduced by Law No. 11.382/2006 intend to overcome the problem by allowing the creditor to endorse the certificate of filing of the demand in the real estate registration, creating a presumption *juris et de jure* of fraud enforcement. The new system fits better with the principles of property law registral native, meaning a major legislative advance.

Key words: Law No. 11.382/2006. Fraud enforcement. Fraud against creditors. Real estate registration. Certificate evidencing the filing of the application.

Introdução

O estudo da fraude de execução sempre caminhou conjuntamente com o da fraude contra credores, especialmente por ambas as figuras jurídicas envolverem a tentativa do devedor de furtar-se a sua responsabilidade patrimonial. No direito brasileiro, a fraude de execução obteve tratamento especial e diferenciado da fraude contra credores, permitindo que a alienação fraudulenta do bem pelo devedor a terceiro seja ineficaz em relação ao credor. Assim prescrevendo, a ordem jurídica possibilitou que o terceiro adquirente responda por dívida que não contratou, criando a possibilidade de responsabilidade sem débito.

O entendimento acerca da caracterização dessa figura jurídica tem gerado uma série de críticas e questionamentos durante a evolução do nosso ordenamento jurídico. A Constituição Federal de 1988, por exemplo, ao estabelecer no art. 5º os direitos e garantias individuais, no seu inciso LIV, consagrou que "ninguém será priva-

do da liberdade de seus bens sem o devido processo legal”, ensejando uma série de construções doutrinárias críticas ao procedimento, principalmente em razão da sujeição dos bens do terceiro à execução da qual não faz parte e do suposto prejuízo ao seu direito de defesa. Ainda, por muito tempo, discutiu-se sobre a necessidade ou não da verificação do elemento subjetivo, má-fé do adquirente, como constituinte da fraude contra execução.

Esse cenário foi diretamente impactado pelas inovações promovidas pela Lei nº 11.382/2006. Dessa forma, este breve trabalho, a partir da análise da evolução legal e doutrinária, terá por objetivo apresentar e discutir as principais alterações que a reforma legal promoveu quanto à fraude contra execução de bens imóveis.

1 Uma breve perspectiva histórica

A preocupação da civilização em evitar e punir a fraude remonta aos primórdios dos sistemas jurídicos. O Direito Romano, já no século I antes de Cristo, previu mecanismos para evitar que o credor fosse prejudicado por negócios jurídicos realizados pelo devedor com objetivo de provocar ou agravar o seu estado de insolvência. Naquela época, a execução podia ser promovida sobre a pessoa do réu ou sobre seus bens. Quando a execução era promovida sobre os bens do réu, o credor requeria ao magistrado a imissão provisória na posse dos bens do devedor com objetivo de conservá-los de modo a melhor assegurar o adimplemento do crédito.

Após decretada a imissão na posse, era realizada a venda dos bens através de leilão. O arrematante, então denominado *emptor bonorum* (comprador de bens), sucedia ao réu em seus bens, créditos e certas dívidas, podendo reaver os bens que se encontrassem em mãos de terceiros através do *interdictum possessorium*.

Enquanto não decretada a imissão na posse, o magistrado poderia revogar os atos praticados em *fraus creditorum* (fraude contra credores), obrigando o terceiro adquirente a restituir os bens que recebera do devedor (*interdictum fraudatorium*). Posteriormente, no direito justiniano, surge a tradicional *actio Pauliana*.

A *actio Pauliana*, segundo leciona Alves¹, tinha por pressuposto:

- a) que a transferência dos bens do devedor resultasse prejuízo para seus credores (*eventus damni*);
- b) que o devedor tivesse consciência de estar causando prejuízo para seus credores (*consilium fraudis*);
- c) que o terceiro adquirente tivesse conhecimento da fraude (*scientia fraudis*); esse requisito, porém, era em geral dispensado quando a aquisição tivesse sido a título gratuito.

¹ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

Os sistemas jurídicos, desde então, têm adotado sistemas de proteção aos credores e combate à fraude com algum grau de similaridade. Nesse aspecto, cumpre registrar que a figura da fraude à execução é exclusiva do direito brasileiro, sendo desconhecida na legislação e doutrina estrangeiras. No direito estrangeiro, a fraude à execução é uma especialização da fraude contra credores, sendo tratada integralmente dentro da modalidade de fraude a credores. Conforme ensina Souza:

[...] na tradicional fraude contra credores, também chamada de fraude pauliana, ela acontece antes de qualquer processo ou formação de qualquer relação processual. Ao passo que, na chamada fraude à execução ou fraude de execução, exige-se uma demanda pendente (art. 593, I e II do CPC) e esta somente ocorre após a formação da relação processual entre exequente e executado.²

Como visto, o ajuizamento da demanda executória adquire no direito brasileiro uma importância ímpar para diferenciar a fraude à execução da fraude contra credores. O devedor somente praticará fraude à execução quando o ato fraudulento for praticado após o ajuizamento da demanda e já houver citação válida.

Novamente recorremos à lição de Souza:

[...] retirada a figura temporal, nada mais resta para distinguir estas modalidades de fraude. Ambas visam ao prejuízo ao credor com alienação ou oneração de bens. O fundamento matriz de todas essas figuras é o mesmo, ou seja, a vontade livre e consciente de prejudicar o credor.³

Nesse caso, a fraude praticada possui especial gravidade, pois não só viola o patrimônio pessoal do credor como também, segundo Santos⁴, burla a própria execução, a atividade jurisdicional, em uma de suas específicas funções, agredindo a própria ordem jurisdicional do Estado. Em razão disso, o legislador pátrio teria atribuído à fraude de execução efeitos mais abrangentes e rígidos. A fraude contra credores permite a anulabilidade⁵ do negócio jurídico (art. 171, II), a qual deve ser buscada em ação própria, a famo-

² SOUZA, Gelson Amaro de. **Fraude à Execução e o Direito de Defesa do Adquirente**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 33.

³ SOUZA, op. cit.

⁴ SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil**: execução e processo cautelar. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

⁵ Importante registrar que vários autores defendem que a fraude a credores também gera a ineficácia do negócio jurídico, a exemplo de Dinamarco (1986) e Theodoro Júnior (1997). Essa posição reforçaria o movimento de aproximação entre os dois institutos, fraude à execução e fraude contra credores, seguindo o exemplo do direito estrangeiro.

sa “ação pauliana”. Sobre a fraude contra credores dispõe o novo Código Civil:

Art. 158. Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos ao seu direito.

Art. 159 - Serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante.

Sobre a fraude contra credores leciona Theodoro Júnior:

[...] essa ação, que serve especificamente para os casos de fraude contra credores, comumente denominada *ação pauliana*, funda-se no duplo pressuposto do *eventus damni* e do *consilium fraudis*. Aquele consiste no prejuízo suportado pela garantia dos credores, diante da insolvência do devedor, e este no elemento subjetivo, que vem a ser o conhecimento, ou a consciência, dos contraentes de que a alienação irá prejudicar os credores do transmitente, desfalcando o seu patrimônio dos bens que serviriam de suporte para a eventual execução. O exercício vitorioso da pauliana restabelece, portanto, a responsabilidade dos bens alienados em fraude contra credores.⁶

Já na fraude à execução os atos de alienação ou oneração em detrimento dos credores são ineficazes, não podendo ser opostos ao exequente, num caso típico de responsabilidade patrimonial de terceiro. Assis comenta:

Feita a alienação do objeto do pronunciamento declaratório da fraude competirá ao juiz da execução mandar registrar o título (carta de arrematação ou adjudicação), independentemente do cancelamento do registro fraudulento, que é somente ineficaz.⁷

Portanto, não há necessidade de se manejá nenhuma ação própria para declarar a ineficácia, bastando a determinação judicial sujeitando os bens do terceiro à responsabilidade pela dívida do executado.⁸ Nesse caso, restará ao terceiro discutir a respeito da

⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: processo de execução e processo cautelar. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense 1997, p. 110.

⁷ ASSIS, Araken. **Manual do Processo de Execução**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 356.

⁸ Souza (2002) sustenta que a decisão pela fraude de execução sem ação própria que possibilite a oitiva do devedor-alienante e do terceiro adquirente afronta o princípio constitucional do devido processo legal – art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal.

fraude e suas consequências através da interposição de embargos de terceiro.

2 Sistemática da fraude à execução anterior à Lei nº 11.382/2006

A fraude contra o processo executivo, na lição de Assis⁹, se configura mediante a conjunção de dois requisitos: a litispendência e a frustração dos meios executórios; portanto, o devedor que alienar ou onerar bens durante o curso do processo com intuito de evitar o cumprimento da sua obrigação, levando à ineficácia dos meios executórios, agirá em fraude à execução, conforme estabelece o Código de Processo Civil:

Art. 593 - Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens:

- I - quando sobre eles pender ação fundada em direito real;
- II - quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência;
- III - nos demais casos expressos em lei.

Conforme lição de Santos:

A insolvência se verifica sempre que a importância das dívidas do devedor suplantar o valor de seus bens. Demanda capaz de causar a insolvência é aquela que provoca, no caso de procedência do pedido, obrigação de o devedor pagar quantia certa. As alienações ou onerações que ele fizer, reduzindo a garantia patrimonial para a referida causa, se consideram fraudatórias da execução e ineficazes com relação a ela.¹⁰

Portanto, o conceito de demanda estabelecido no art. 593, II, do CPC, abarca inclusive o processo de conhecimento. Nesse ponto, é elucidativo o seguinte acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

PROCESSO CIVIL. FRAUDE DE EXECUÇÃO. DEPOIS DO PROCESSO DE CONHECIMENTO E ANTES DA CITAÇÃO DE EXECUÇÃO. Pode incidir a regra contida no inciso II do art. 593 do Código de Processo Civil, ocorrendo a fraude contra a execução, após a citação para o processo de conhecimento, não sendo indispensável que já te-

⁹ ASSIS, 1997.

¹⁰ SANTOS, 2006, p. 72.

nha se instaurado a ação de execução. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.¹¹

Assim, o entendimento tradicional da caracterização da fraude à execução era baseado em critérios excessivamente objetivos. Uma vez alienado ou onerado imóvel e pendente processo contra o vendedor que venha resultar na sua insolvência, ou seja, na incapacidade de arcar com a responsabilidade patrimonial resultante da decisão judicial, estaria caracterizada a fraude contra a execução. Como ensina Theodoro Júnior:

[...] não se requer, por isso, a presença do elemento subjetivo da fraude (*consilium fraudis*) para que o negócio incida no conceito de fraude de execução. Pouco importa, também, a boa-fé do adquirente. No dizer de Liebman, “a intenção fraudulenta está *in re ipsa*; e a ordem jurídica não pode permitir que, enquanto pende o processo, o réu altere a sua posição patrimonial, dificultando a realização da função jurisdicional”. É irrelevante, finalmente, que o ato seja real ou simulado, de boa ou má-fé.¹²

Essa posição tinha sérias implicações para o terceiro adquirente, gerando elevados custos econômicos e insegurança jurídica nas transações imobiliárias. O comprador era obrigado a se cercar de dispendiosas e custosas diligências pré-contratuais para obter certidões do distribuidor nos fóruns cíveis, nos trabalhistas e na Justiça Federal, sempre restando o temor de que alguma demanda judicial, que não tivesse chegado ao conhecimento do adquirente, pudesse comprometer os recursos empenhados na aquisição do imóvel.

2.1 A evolução da doutrina e da jurisprudência

A caracterização exclusivamente objetiva para a fraude de execução dispensava a análise do elemento subjetivo do devedor e do adquirente, ou seja, o agir de boa ou má-fé não seria indispensável para existência da fraude.

Além de desrespeitar o princípio da boa-fé objetiva, consagrado no novo Código Civil, essa posição causava sérios problemas lógicos e de bom-senso. A caracterização objetiva da fraude contra a execução pressupõe a integral responsabilidade do adquirente

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 233.152-MG. Recorrente: Dirceu de Oliveira Passos e outros. Recorrido: Rotchester Soares Ponciano e cônjuge. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Brasília, DF, 21 de novembro de 2002. DJ 10/03/2003, p. 222. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revista_eletronica/ita.asp?registro=199900885740&dt_publicacao=10/03/2003>. Acesso em: 21 abr. 2010.

¹² THEODORO JÚNIOR, 1997, p. 111.

pela verificação da situação do imóvel. Ocorre que a complexidade e a onerosidade das diligências e cautelas exigidas para tal, especialmente para o cidadão comum, afrontam o princípio da segurança jurídica e da proteção da boa-fé. Souza exemplifica esse problema:

A lei não diz em qual foro em que deve correr a demanda, se no foro do domicílio do réu, do autor ou qualquer “foro” espalhado por esse imenso Brasil e nem esclarece se deva restringir à demanda corrente no Brasil ou se também alcança as demandas do exterior.

A questão torna-se complexa em razão da dificuldade em se descobrir através de pesquisas junto a Cartório distribuidor do domicílio do vendedor (demandado) se ele tem ou não ação pendente. Pior ainda, se esta demanda pender no exterior.¹³

Ora, a dinâmica da vida moderna e a quantidade e a velocidade atuais das transações comerciais não mais comportam tal entendimento, gerador de enorme insegurança jurídica e custos econômicos. Além disso, a configuração simplesmente objetiva penaliza o comprador que agiu de boa-fé, que tomou cautelas necessárias, mas não suficientes, para verificar a situação do bem, em verdadeira afronta ao princípio jurídico de proteção da boa-fé. Não é razoável e justo penalizar quem age de boa-fé e adquire bem aparentemente perfeito e desembaraçado.

Com essa preocupação, a doutrina e a jurisprudência foram evoluindo lentamente para considerar o elemento subjetivo na caracterização da fraude à execução. Um fato importante, nesse sentido, foi a promulgação da Lei nº 8.953, de 13 de dezembro de 1994, que alterou o art. 659, § 4º do CPC, tornando obrigatória a inscrição da penhora do bem imóvel no registro imobiliário. Novamente recorremos à lição de Santos¹⁴:

O § 4º, do art. 659 exigia o registro da penhora para seu aperfeiçoamento, o que não foi aceito pela doutrina dominante. A lei nº 10.444/2002, atendendo os apelos doutrinários, alterou o dispositivo, para considerar o registro simplesmente como meio de criação de presunção absoluta de conhecimento de terceiros da constrição.

Não obstante, a discussão doutrinária e jurisprudencial continuou acirrada, encontrando muitos obstáculos no instrumental jurídico e normativo para caracterização da fraude à execução. A di-

¹³ SOUZA, 2002, p. 81.

¹⁴ SANTOS, 2006, p. 74.

nâmica das relações sociais continuava a tornar tortuosa a apreciação fática capaz de aplicar a justiça com observância à segurança jurídica das transações e com resguardo à boa-fé das partes envolvidas.

3 Inovações da Lei nº 11.382/2006 e o sistema registral

A alteração do art. 615-A pela Lei nº 11.382/2006 trouxe relevantes inovações na caracterização da fraude à execução, incorporando importantes princípios do direito registral imobiliário como forma de resolução de muitos dos problemas existentes. Dispõe a referida lei:

Art. 615-A. O exeqüente poderá, no ato da distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto.

§ 1º. O exeqüente deverá comunicar ao juízo as averbações efetivadas, no prazo de 10 (dez) dias de sua concretização.

§ 2º. Formalizada penhora sobre bens suficientes para cobrir o valor da dívida, será determinado o cancelamento das averbações de que trata este artigo relativas àqueles que não tenham sido penhorados.

§ 3º. Presume-se em fraude à execução a alienação ou oneração de bens efetuada após a averbação (art. 593).

§ 4º. O exeqüente que promover averbação manifestamente indevida indenizará a parte contrária, nos termos do § 2º do art. 18 desta Lei, processando-se o incidente em autos apartados.

§ 5º. Os tribunais poderão expedir instruções sobre o cumprimento deste artigo.

As alterações trazidas no Código de Processo Civil pela lei em comento permitem ao credor averbar na matrícula do imóvel correspondente certidão da distribuição com a identificação das partes e do valor da causa. Tal providência servirá como prova inequívoca do conhecimento de terceiros, presumindo em fraude à execução a alienação ou oneração de bens posteriormente realizada.

A nova sistemática respeita o princípio da boa-fé objetiva e garante segurança jurídica nas transações, se coadunando com os princípios e finalidades do sistema imobiliário registral pátrio. O legislador buscou nos princípios registrais da segurança jurídica, da publicidade, da concentração e da presunção e fé pública os alicerces necessários a conferir aos credores e adquirentes de boa-fé a segurança e a credibilidade indissociáveis de uma sociedade pautada pelo estado democrático de direito.

Comentando os fins do registro público, Ceneviva ensina:

A segurança, como libertação do risco, é, em parte, atingida pelos registros públicos. Aperfeiçoando-se seus sistemas de controle e sendo obrigatórias as remissões recíprocas, tendem a constituir malha firme e completa de informações.

Eficácia é aptidão de produzir efeitos jurídicos, calcada na segurança dos assentos, na autenticidade dos negócios e declarações para eles transpostos. O registro, propiciando publicidade em relação a todos os terceiros, no sentido mais amplo, produz o efeito de afirmar a boa-fé dos que praticam atos jurídicos baseados na presunção de certeza daqueles assentamentos.¹⁵

Na sistemática trazida pelo novo diploma legal são fundamentais os seguintes princípios do sistema imobiliário registral:

a) PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA – A garantia dos negócios jurídicos é um elemento central do próprio estado democrático de direito, assegurando o respeito, a certeza e a previsibilidade das normas jurídicas e das relações dela decorrentes. A sociedade em geral e os indivíduos em particular devem poder prever as consequências dos seus atos e das relações que estabelecem e confiar na proteção do ordenamento jurídico vigente, afastando a possibilidade do arbítrio, da instabilidade e da imprevisibilidade;

b) PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE – A publicidade é um dos princípios basilares do direito registral, tendo por finalidade tanto dar segurança quanto garantir a eficácia dos atos e fatos jurídicos. A publicação previne a sociedade de transmissões fraudulentas, protegendo o terceiro de boa-fé. Além disso, pode ser elemento formador do ato jurídico, seja como instrumento comprobatório do conhecimento de terceiros seja como elemento da constituição do direito, como ocorre nos direitos reais em geral. Melo Júnior¹⁶ leciona que a publicidade pode ser material (ou de fundo) e formal. Será material quando servir para proteger os interessados e terceiros no ato registrário, para afetar o bem jurídico registrado e para constituir os direitos dele derivados. Já a publicidade formal é orgânica, correspondendo ao conjunto de serviços públicos que disponibilizam, a todos, as informações contidas nos assentos das repartições registrais;

c) PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO E FÉ PÚBLICA – O registro tem presunção de veracidade, presunção que somente poderá ser afas-

¹⁵ CENEVIVA, Walter. **Lei dos registros públicos comentada**. 18. ed. atual. até 31 de maio de 2007. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 5.

¹⁶ MELO Júnior, Regnóberto Marques de. **Lei de registros públicos comentada**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.

tada mediante o devido procedimento legal capaz de firmar prova em contrário. Essa presunção deriva da fé pública depositada nos atos praticados pelo oficial registrador que permitem à sociedade gozar da segurança e certeza nos assentos por eles praticados, os quais são portadores de valor probante advindo da sua veracidade presumida;

d) PRINCÍPIO DA CONCENTRAÇÃO – Como repositório dos fatos e atos jurídicos que digam respeito aos imóveis capazes de garantir ampla publicidade e resguardar a indispensável segurança jurídica nas transações, deve a matrícula do Ofício Imobiliário competente concentrar todos os atos relacionados ao imóvel e os direitos a ele pertinentes.

A incorporação dos princípios registrais pela nova sistemática introduzida pela Lei nº 11.382/2006 permitiu o estabelecimento de um critério objetivo de verificação da ocorrência de fraude contra a execução, sem desconsiderar o elemento subjetivo, com respeito à boa-fé dos adquirentes e à segurança jurídica das transações. Assim, o credor ao averbar na matrícula do imóvel do registro imobiliário competente a certidão de ajuizamento da ação, chamada de averbação premonitória, garante ampla publicidade do fato jurídico (princípio da publicidade) no repositório no qual estão concentradas todas as informações sobre o imóvel (princípio da concentração) protegidas pela presunção de veracidade e fé pública outorgadas ao oficial registrador, resguardando a necessária segurança jurídica às futuras relações negociais.

Cumpre registrar ainda que, caso o credor não proceda à averbação premonitória, deverá arcar com o ônus da prova de possível alegação de má-fé de terceiro adquirente em procedimento próprio, pois sua boa-fé será presumida. Assim, as críticas direcionadas ao procedimento de caracterização da fraude à execução por inobservância do princípio do contraditório, da ampla defesa e da proteção da boa-fé não são mais pertinentes. O elemento subjetivo agora é aferido por critério objetivo, sem o qual o credor deverá submeter sua alegação a procedimento ordinário em muito semelhante ao previsto para fraude contra credores.

Nesse contexto deve ser interpretada a súmula 375 do STJ, publicada em 30 de março de 2009, com o seguinte enunciado:

Súmula 375 STJ - O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.

Finalmente, foi sábio e previdente o legislador ao estabelecer no § 4º, do art. 615-A, a penalização do exequente que promover averbação de certidão premonitória manifestamente indevida, evi-

tando abusos no uso de uma prerrogativa criada justamente para dar mais eficácia ao processo e segurança jurídica à sociedade.

Conclusão

Ao permitir ao credor averbar certidão de ajuizamento da demanda na matrícula do imóvel, a Lei nº 11.282/2006 criou um critério objetivo de delimitação do momento de configuração da fraude contra execução, garantindo ampla publicidade para proteção do adquirente. Ao mesmo tempo, a nova sistemática conseguiu dar maior efetividade à execução, pois, ao averbar na matrícula a existência da ação, o credor assegura a certeza da execução.

A inovação legislativa soube utilizar os mecanismos do sistema imobiliário registral para garantir segurança às relações jurídicas e dar maior clareza e previsibilidade ao direito processual. A concentração na matrícula do imóvel de todas as informações que possam causar risco na aquisição do bem, por exemplo, preserva o princípio da boa-fé e afasta questionamentos quanto ao cerceamento do direito de defesa do terceiro adquirente na decisão que torna ineficaz a aquisição por fraude durante a execução. Da mesma forma, não acautelando seu direito com a averbação do ajuizamento na matrícula, restará ao credor alegar em procedimento próprio que a aquisição se deu em fraude à execução, preservando-se integralmente o contraditório e a ampla defesa.

Enfim, a reforma processual, no que diz respeito à fraude contra a execução, superou problemas e debilidades existentes no ordenamento jurídico anterior, permitindo maior celeridade processual ao mesmo tempo em que assegurou transparência, economicidade e segurança jurídica ao mercado imobiliário.

Referências

- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- ASSIS, Araken. **Manual do Processo de Execução**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. D.O.U. 5/10/1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 fev. 2010.
- _____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. D.O.U. 17/1/1973. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L5869.htm>>. Acesso em: 13 fev. 2010.
- _____. **Novo Código Civil** – Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. São Paulo: Atlas, 2003.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 233.152-MG. Reorrente: Dirceu de Oliveira Passos e

outros. Recorrido: Rotchester Soares Ponciano e cônjuge. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Brasília, DF, 21 de novembro de 2002. DJ 10/03/2003, p. 222. Disponível em <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Acordaos/IntegraAcordao.asp?num_registro=199900885740&dt_publicacao=10/03/2003>. Acesso em: 16 abr. 2010.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos registros públicos comentada.** 18. ed. atual. até 31 de maio de 2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

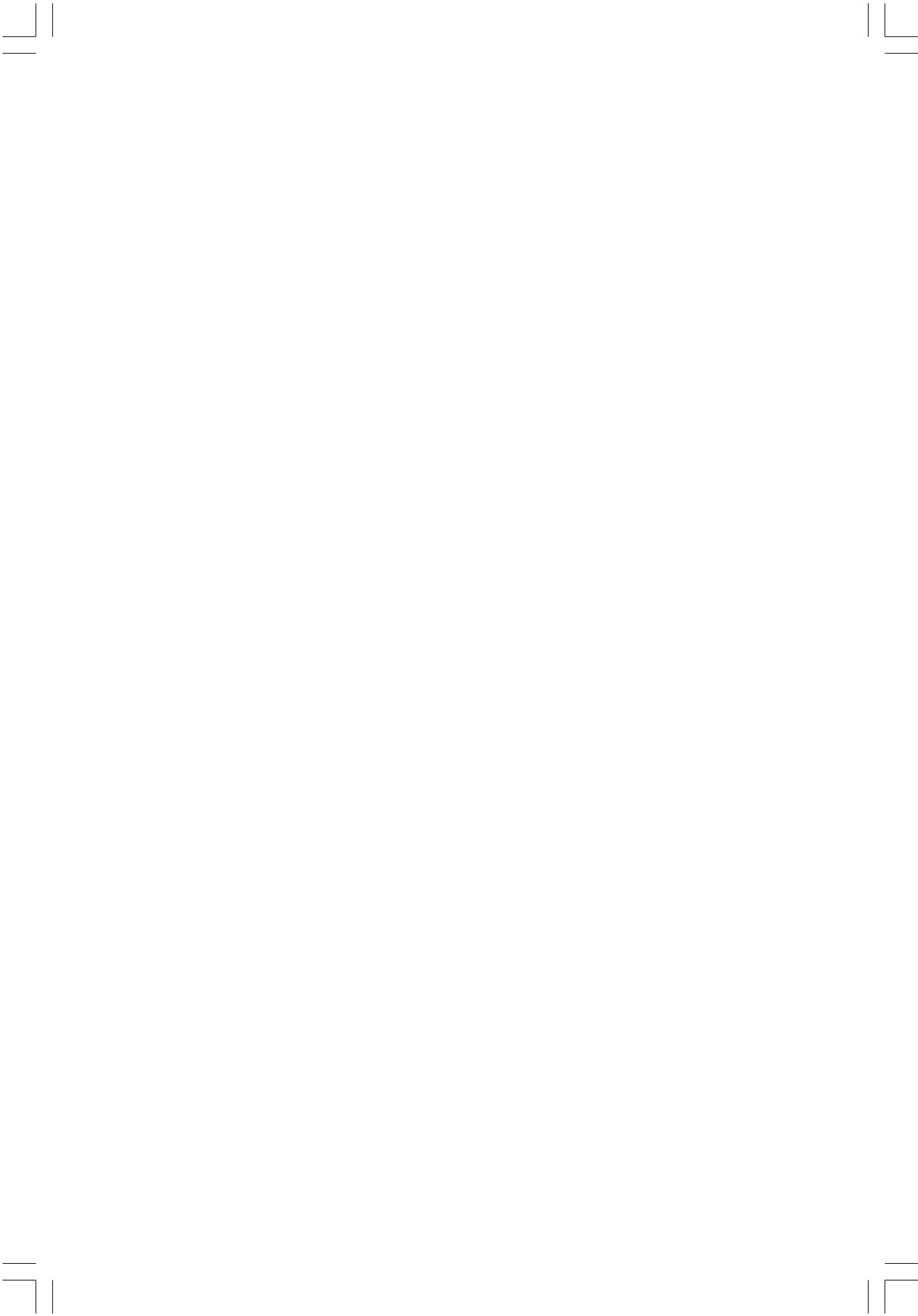
DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

MELO JÚNIOR, Regnoberto Marques de. **Lei de registros públicos comentada.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil:** execução e processo cautelar. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SOUZA, Gelson Amaro de. **Fraude à Execução e o Direito de Defesa do Adquirente.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil:** processo de execução e processo cautelar. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense 1997.



Procedimento de retificação extrajudicial – Artigos 212 e 213 da Lei nº 6.015/73

Luciana Buksztein Gomes

Advogada do Rio Grande do Sul

Especialista em Direito Imobiliário, Notarial e Registral

RESUMO

Este trabalho trata do procedimento de retificação extrajudicial, introduzido pela Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004, que alterou os artigos 212 e 213 da Lei de Registros Públicos, permitindo ao interessado requerer a retificação diretamente ao Oficial de Registro de Imóveis, sem passar, obrigatoriamente, pelo Poder Judiciário. Os artigos mencionados permitem ao registrador, em certos casos, de ofício, alterar dados constantes da matrícula ou ligados à pessoa do interessado, no caso de inserção ou modificação dos dados de qualificação pessoal das partes. Outra possibilidade trazida pela Lei foi a de alteração ou inserção de medida perimetral, mesmo se isso resultar em aumento de área, mediante requerimento do interessado e de memorial descritivo de profissional legalmente habilitado, desde que com a anuência dos confrontantes. Nessa hipótese, anuindo os confrontantes, poderá ser feita a retificação, caso contrário o assunto será encaminhado à via judicial.

Palavras-chave: Lei nº 10.931. Retificação extrajudicial. Matrícula. Registro de Imóveis.

ABSTRACT

This paper is about the proceeding of extrajudicial adjustment, introduced by Law 10.931, august the 2nd, 2004, which changed articles 212 and 213 of Public Register Law, authorizing the interested person to request the adjustment right to the Register of Deeds Officer, without making it through the Judiciary. The referred articles allow the registrar, in certain situations, to change, by himself, registration or personal data, in case of addition or modification of perimeter measure, even if it results on area increase, through request of the interested person and descriptive brief made by a legally qualified professional, since authorized by the abutter. In this case, with the abutter's consent, it will be possible to make the adjustment, otherwise the matter will be sent to judicial way.

Keywords: Law nº 10.931. Extrajudicial adjustment. Registration. Register of Deeds.

Introdução

É comum que as áreas constantes em uma matrícula não estejam de acordo com a situação fática existente sobre determinado terreno. As razões para isso são inúmeras, seja porque houve recuo viário ou porque a descrição não era precisa – antigamente era comum na descrição do imóvel que o confrontante fosse “a quem de direito”-, ou ainda porque houve avanço de vizinhos. Ao elaborar o projeto, o empreendedor verifica que a área no local não confere com a da matrícula.

Da mesma forma, às vezes, alguns dados constantes na matrícula, como dados pessoais das partes, confrontações, nome de loteiros, não expressam a realidade.

Ocorre que o registrador trabalha com precisão de informações e, por isso, não pode registrar um título que esteja em discordância com as informações constantes na matrícula, salvo, é claro, se há prova de que houve alteração pelo decurso do tempo.

Pelo princípio da instância, todos os dados a serem retificados devem partir de iniciativa da parte interessada. No entanto, pode o registrador, de ofício, também retificá-los? A retificação deve ser sempre extrajudicial ou há casos em que a Lei exige que seja feita via judicial?

A retificação extrajudicial foi introduzida pela Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004, e permitiu ao titular do direito real retificar alguns dados diretamente via Registro de Imóveis, sem precisar passar pelo Poder Judiciário.

Diante dessa inovação legislativa, surgem alguns questionamentos acerca da legitimidade para requerê-la: a que tempo pode ser requerida, como a Consolidação Normativa Notarial e Registral do Rio Grande do Sul disciplina a matéria e se o registrador pode, de ofício, determinar a retificação de áreas e medidas perimetrais, dependendo do caso.

A importância de um estudo focado na interpretação dos artigos legais relacionados à retificação extrajudicial é grande, uma vez que os profissionais que atuam nessa área se deparam com exigências diferentes junto a cada Registro de Imóveis. A Lei deixou a desejar quando não especificou maiores detalhes acerca das exigências para a retificação. Entender qual o embasamento teórico, principiológico do instituto ajuda na argumentação jurídica e na prática, frente a certos casos. Assim, pretendemos nesse estudo, sem a intenção de esgotar o assunto, verificar o procedimento e as hipóteses de aplicação da retificação extrajudicial. Para tanto, utilizaremos a Lei dos Registros Públicos (LRP), assim como a interpretação de alguns autores acerca dos dispositivos que tratam do tema.

O trabalho será dividido em duas seções: na primeira, abordaremos o sistema registral, através de uma breve evolução legislativa,

noções gerais acerca do Registro de Imóveis e princípios de regência; na segunda, trataremos de analisar os artigos 212 e 213 da Lei nº 6.015, seção esta também dividida em três subseções, para facilitar a compreensão do leitor.

1 Retificação extrajudicial

Com o advento da Lei nº 10.931, o procedimento referente às retificações extrajudiciais se tornou mais célere e simples. Antes, a necessidade de retificação via judicial onerava as partes e podia demorar, o que trazia, por vezes, prejuízo às mesmas. O registrador, que bem conhecia a situação específica proposta, se via impossibilitado de proceder à retificação até a manifestação jurisdicional.

Com a retificação extrajudicial e a competência transferida ao registrador, este passa a cumprir "a função social do registro, que é a garantia da segurança jurídica dos direitos reais imobiliários.¹

1.1 Evolução legislativa do sistema registral

Ensina Afrânio de Carvalho que, ao descobrir o Brasil, o rei de Portugal adquiriu sobre o território brasileiro o título originário da posse. Através das cartas de sesmarias, passou a destacar do domínio público glebas de terras, que viriam a constituir domínio privado. Esse sistema vigorou até a independência do Brasil, em 1822. O autor explica que "se abriu um hiato na atividade legislativa sobre terras que se prolongou até 1850"², ano em que entrou em vigor a Lei nº 601 e, posteriormente, em 1854, o Regulamento nº 1.318, que passaram a legitimar a aquisição pela posse, "separando assim, do domínio público, todas as posses que fossem levadas ao registro da Paróquia Católica, o chamado registro do vigário".³ No entanto, era comum a existência de hipotecas ocultas, o que gerava certa insegurança ao sistema e aos compradores, que não tinham como saber ao certo se o imóvel estava livre ou não de ônus. Nesse momento, a propriedade se transmitia pela tradição, de acordo com a teoria romana do título e do modo de adquirir.⁴

¹ AUGUSTO, Eduardo Agostinho Arruda. **Retificação de registro imobiliário e georreferenciamento**: Curso ministrado durante o II Seminário de Direito Notarial e Registral de São Paulo, Lins, 10 jul. 2006. Disponível em: <http://www.educartorio.com.br/docs_IIseminario/CursodeRetificacaoeGeoJun06.pdf>. Acesso em: 10 set. 2009, 17:00.

² CARVALHO, Afrânio de. **Registro de Imóveis**: comentários ao sistema de registro em face da Lei nº 6015, de 1973, com as alterações da Lei nº 6216, de 1975. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 1 et seq.

³ Ibidem, p. 2.

⁴ Ibidem, p. 1 et seq.

O autor explica que, em 1843, a Lei Orçamentária, regulamentada posteriormente pelo Decreto nº 482, de 1846, criou o registro de hipotecas, “uma vez que a necessidade que primeiro se sentiu foi a de tornar a terra base para o crédito”.⁵ Por essa razão é que se entende que o aparelho registral teve, no início, por objetivo principal a constituição de direitos hipotecários. Acrescenta que em 1864, através da Lei nº 1237, foi criado o Registro Geral, que substituiu a tradição pela transcrição como modo de transferência.

Ensinam os doutrinadores, entre eles Pontes de Miranda, que referida lei permitiu uma ordem na transmissão de imóveis entre os vivos e a constituição de ônus sobre os mesmos. Antes dela, quem tinha título podia tomar posse, exibindo o título, e os tabeliões eram autorizados a passar instrumentos públicos das posses.⁶ No mesmo ano, foi instituído o Decreto 451-B – Registro Torrens – como modalidade de registro facultativo, que após sentença, levada ao Registro Geral, tornou absoluto o direito de domínio. Esse sistema ainda vigora, atualmente, com relação aos imóveis rurais.⁷

Posteriormente, em 1890, referida lei foi substituída pelo Decreto 169-A e seu regulamento, Decreto nº 370, que “mantendo o nome de Registro Geral, consagraram a especialização das hipotecas legais”.⁸ Em 1916, o Código Civil incorporou o Registro Geral, mas com o nome de Registro de Imóveis.

O Decreto nº 4.827, de 1924, acrescentou a figura da inscrição preventiva, que tinha por objetivo informar terceiros acerca das eventuais pendências existentes sobre o imóvel. Também, naquele momento, foi introduzido o princípio da continuidade – que será abordado oportunamente.

O Decreto nº 58, de 1937 (chamado de lei do loteamento), inovou o sistema, permitindo, como título hábil para registro da promessa, a escritura particular.

O Decreto nº 4.827, de 1924, foi transformado na Lei nº 1.000, que, posteriormente, teve seu lugar tomado pela Lei nº 6.015, de 1973, vigente até os dias de hoje.⁹

Para Pontes de Miranda, o Registro de Imóveis teve sua origem no direito alemão, ligando-se ao testemunho judicial. Inicialmente, a transmissão supunha o acordo sobre a transferência da

⁵ CARVALHO, 1982, p. 3.

⁶ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 213 et seq.

⁷ PIRES NETO, Ari Álvares. Registro, cancelamento e bloqueio de matrícula. In: TUTIKIAN, Cláudia Finseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana (Coord.). **Novo Direito Imobiliário e Registral**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 456-477.

⁸ CARVALHO, op. cit., p. 6.

⁹ CARVALHO, loc. cit.

propriedade e a entrega corporal (*investidura*) no lugar do imóvel. Depois, no direito francês, a transmissão passou a ser feita junto a um tribunal. A evolução, até a fundação dos registros com fé pública, foi marcada pela instituição dos títulos justificativos da investidura judicial e pela criação dos livros especiais de registro de imóveis, em que se registravam os acordos de transmissão. O autor salienta, no entanto, que a “traditio ainda era exigida e que a linha evolucionária foi no sentido de vir a ter o registro a eficácia do antigo testemunho judicial e a do documento que se registrava (título justificativo)”.¹⁰

Hoje, sabe-se que a escritura é título, mas que a propriedade só é adquirida mediante o registro, ou seja, o registro tem efeito constitutivo (no usucapião, entretanto, o registro tem efeito declaratório, pois a posse é que constitui o direito da parte). Nesse sentido, o caput do artigo 1.245 do Código Civil determina: “Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis”.

1.2 Noções gerais acerca do registro de imóveis

Ensina Nicolau Balbino Filho que o direito antigo já adotava os termos transcrição e inscrição para os atos do registro. A Lei nº 6.015, relativamente ao registro de imóveis, englobou na designação genérica de registro os atos sujeitos à inscrição e transcrição contemplados na lei civil. O autor segue explicando:

Compete ao oficial de registro de imóveis a prática dos seguintes atos:

- a) O *registro*, compreendendo os atos que anteriormente eram inscritos ou transcritos;
- b) A *averbação*, que é o lançamento de todas as ocorrências que, por qualquer modo, alterem o registro;
- c) E a *matrícula*, que é a especialização do imóvel.¹¹

Sobre o tema, Walter Cenenviva leciona que “os títulos não são transpostos inteiramente para fins de matrícula e de registro. Deles são extraídos dados fundamentais, indicadores de direitos envolvidos, imóveis a que são pertinentes e pessoas com interesse no correspondente ato ou negócio jurídico”.¹² Segue, afirmando que o ordenamento brasileiro optou pelo sistema de inscrição, consistente na retirada dos elementos que a lei impõe, dos documen-

¹⁰ MIRANDA, 1983, p. 213 et seq.

¹¹ BALBINO FILHO, Nicolau. **Registro de Imóveis:** doutrina, prática e jurisprudência. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 33, grifos do autor.

¹² CENEVIVA, Walter. **Lei dos Registros Públicos Comentada.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 340.

tos apresentados para o registro. No entanto, salienta que, em alguns pontos, coincide com o sistema da transcrição, e traz como exemplo as incorporações imobiliárias, em que se faz necessário o depósito das certidões exigidas pela Lei nº 4.591, em inteiro teor.

Explica Walter Ceneniva que o sistema de registro é misto. Ao citar Lacerda de Almeida, lembra que, para o autor, o registro teria duas funções distintas: servir de cadastro à propriedade imobiliária e de “espelho e indicador dos contratos que se passam, com relação à propriedade imobiliária [...]”, seu mister é trazê-los à publicidade”.¹³

Afrânio de Carvalho ensina que “a publicidade dos direitos imobiliários pode ser organizada em mais de uma maneira, conforme a eficácia que a legislação queira lhe atribuir”.¹⁴ No Brasil utiliza-se o sistema eclético, que combina o título com o modo de adquirir, a tradição é substituída pela publicidade registral, à qual concede duplo efeito de constituir o direito real e de anunciar-lo a terceiros.

Para o referido autor, os Registros Públicos a que se refere a Lei nº 6.015/73 destinam-se a constituir, comprovar e dar publicidade a fatos e atos jurídicos, constituindo meios de provas especiais, cuja base primordial reside na publicidade e tem no direito a função de tornar conhecidas (públicas) certas situações jurídicas, prevenindo direitos que repercutem na esfera jurídica de terceiros. Ensina que a Lei tem por objetivo o ato de registro (*lato sensu*), equivalente a lançar em livro próprio destinado à escrituração de documentos e/ou declarações. A finalidade dos registros públicos é dar publicidade, autenticidade, segurança jurídica e eficácia aos atos e fatos jurídicos registrados, averbados e/ou anotados (art. 1º da Lei nº 6.015/73), surtindo, assim, três efeitos: constitutivo, que só “nasceria” com o registro (exemplo: emancipação); comprobatório, pois o registro prova a existência e a veracidade do ato ao qual se reporta (exemplo: usucapião); e publicitário, já que o ato registral é acessível ao conhecimento de todos, salvo raras exceções (exemplo: adoção judicial).¹⁵

1.3 Conceitos e princípios de regência

Segundo Luiz Egon Richter, o Registro de Imóveis trabalha em dois planos: o da formalização (direitos), chamado verdade extra e endorregistral, e o da representação (fato). Explica que, na hipótese de omissão, imprecisão ou inverdade no plano da formalização,

¹³ CENEVIVA, 1983, p. 339.

¹⁴ CARVALHO, Afrânio de. **Registro de Imóveis:** comentários ao sistema de registro em face da Lei nº 6.015, de 1973, com as alterações da Lei nº 6.216, de 1975. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 18.

¹⁵ Ibidem, p. 19.

a retificação atinge o direito inscrito, diferentemente se referente à representação, quando diz respeito aos fatos. A primeira ocorre em juízo ou via retificação do título, enquanto a segunda poderá ser feita em juízo ou administrativamente junto ao Registro de Imóveis. O objetivo dessa retificação é a segurança jurídica.¹⁶

O autor, explica, ainda, que “trata-se de um procedimento de jurisdição voluntária, ainda que executado por autoridade estranha ao Poder Judiciário, considerando a condição atual dos registradores públicos e notários, estabelecida pelo artigo 236 da CF e a Lei Federal 8935/94”.¹⁷

Os autores divergem quanto à classificação exata dos princípios no Registro de Imóveis e abordar a todos seria tema para trabalho próprio. No entanto, tal se faz necessário para compreensão do instituto ora proposto e da lógica registrária.

De certa forma, estão todos vinculados. O princípio da publicidade, por exemplo, é aplicável a todos os registros públicos e, como o nome já diz, objetiva trazer a publicidade do ato para conhecimento de todos. Dessa forma, o terceiro que adquirir um imóvel não poderá alegar desconhecimento de um gravame que pendia sobre este (por exemplo, uma hipoteca), se estiver registrado.

Pela continuidade, entende-se que os atos registrários devem estar em ordem cronológica, vinculados um com o outro, daí porque nenhum registro pode ser efetuado sem o prévio registro do título anterior. Deve haver uma cadeia de titularidade. Essa é a regra, mas podemos levantar uma situação em que a continuidade registral pode ser afetada: o usucapião. Isso porque, na ação de usucapião, o juiz vai declarar o direito da parte, e estando o título com todos os requisitos necessários, o registrador vai registrá-lo, dispensando a ordem cronológica dos proprietários. Não é por outra razão que se diz que o usucapião é modo originário de aquisição da propriedade.

Por sua vez, o princípio da disponibilidade permite verificar se o imóvel está disponível, em condições de ser alienado ou onerado.

Já a eficácia relaciona-se ao efeito do ato sujeito ao registro, que só produz efeito a partir do efetivo registro.

Princípio ligado a todo ordenamento jurídico, a legalidade diz que os títulos a serem registrados devem ter previsão legal. Assim, a Lei nº 6.015/73 elenca em seus artigos o que deve ser registrado e o que deve ser averbado.

¹⁶ RICHTER, Luiz Egon. Do procedimento de retificação administrativa no Registro de Imóveis. **Revista de Direito Imobiliário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 28, nº 59, p. 134-152, jul./dez. 2005, p. 139.

¹⁷ Ibidem, p. 140.

A presunção e a fé pública estão também vinculadas, sendo que o registro tem força probatória e existe a presunção de titularidade em nome de quem está feito o registro. Essa presunção, no entanto, não é absoluta (*jure et jure*), e sim relativa (*juris tantum*), o que permite a retificação, anulação etc, de registros já efetuados, ou seja, admite prova em contrário. Assim, o Código Civil no *caput* do artigo 1.247 estabelece: "Se o teor do registro não exprimir a verdade, poderá o interessado reclamar que se retifique ou anule". Nesse sentido, explica Afrânio de Carvalho, ao comentar artigo do Código Civil de 1916¹⁸, "essa disposição permissiva está redigida com tal amplitude que pode abranger tanto o erro de direito como o erro de fato, de modo que mediante a retificação, se consiga obter sempre a correta correspondência entre a realidade e o registro".¹⁹

Pedro Elias Avvad e Rafael Augusto de Mendonça ensinam que a fé pública está intimamente ligada à presunção de validade do registro. O oficial do registro tem fé pública, ou seja, credibilidade para os registros, declarações e certidões, até prova em contrário.²⁰

Os autores lecionam que o princípio da prioridade significa que o título registrado em primeiro lugar tem preferência em relação aos outros que forem apresentados.

Já o princípio da instância, para Afrânio de Carvalho, significa que

ação do registrador deve ser solicitada pela parte ou pela autoridade. É que no direito alemão se costuma chamar de instância, expressão adequada também no direito brasileiro, por traduzir bem a necessidade de postulação do registro. Sem solicitação ou instância da parte ou da autoridade, o registrador não pratica os atos de seu ofício.²¹

Walter Ceneviva explica que o princípio da instância está consagrado na Lei dos Registros Públicos, no artigo 13, quando estabelece que a regra é que ao serventuário se veda prática de ofício dos atos de registro, salvo os obrigatórios.²²

Intimamente ligados ao instituto da retificação estão os princípios da especialidade e legitimação registral. Para Kioitsi Chicuta,

¹⁸ No Código Civil de 1916, o art. 860 assim dispunha: "Se o teor do registro de imóveis não exprimir a verdade, poderá o prejudicado reclamar que se retifique".

¹⁹ CARVALHO, 1984, p. 29.

²⁰ AVVAD, Pedro Elias; LIMA, Rafael Augusto de Mendonça. **Direito Imobiliário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 156.

²¹ CARVALHO, 1983 apud AVVAD; LIMA, 2001, p. 157.

²² CENEVIVA, 1983, p. 22.

pelo primeiro, entende-se a correta descrição do imóvel e a perfeita indicação das pessoas referidas nos atos; já o segundo seria a presunção relativa de exatidão e integralidade do registro.²³

Segundo Eduardo Agostinho Arruda Augusto, por especialidade objetiva deve-se entender que “todo o imóvel deve possuir descrição suficientemente exaustiva a ponto de distingui-lo dos demais (individualizá-lo) e demonstrar com clareza sua grandeza (disponibilidade quantitativa) e formato (disponibilidade qualitativa)”.²⁴ Segue ensinando que, na maioria das vezes, a descrição constante na matrícula não obedece a esse princípio, por tratar-se de descrição antiga, elaborada numa época em que a importância da determinação física do imóvel não era tão relevante como é hoje.

Ulysses da Silva leciona que a especialidade subjetiva tem por objetivo dar a certeza sobre quem são as partes envolvidas em determinado ato, por isso devem ser bem qualificadas e identificadas. Nesse sentido, o art. 176 da Lei nº 6.015 coloca, como requisitos da matrícula, o nome, domicílio e nacionalidade do proprietário, transmitente ou devedor e do adquirente ou credor, estado civil, profissão, RG ou CPF etc. Alerta o autor que, quando o registro anterior, por ser antigo, não contiver CPF ou RG, mas apenas o nome da parte, tendo certeza o oficial de tratar-se da mesma pessoa, poderá inserir os dados faltantes por meio de averbação. Também deverá haver cautela com relação à alteração do nome da mulher, em virtude de casamento, separação ou divórcio, pois uma coisa é a averbação dessa alteração e outra a retificação de nome em razão de erro, sendo que essa vai exigir procedimento próprio e mandado judicial.²⁵

Para Eduardo Agostinho Arruda Augusto, são três os princípios basilares da matrícula: o da especialidade (tanto objetiva como subjetiva), o da unitariedade da matrícula e o da disponibilidade (tanto quantitativa como qualitativa). A unitariedade significa que, para cada imóvel, há apenas uma matrícula (e salienta que é com base nesse princípio que não se pode abrir matrícula para fração ideal ou para servidões). Os demais foram abordados anteriormente.²⁶

²³ CHICUTA, Kioitsi. Anotações sobre as recentes alterações no procedimento de retificação de registro. **Revista de Direito Imobiliário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 28, nº 58, p. 74-100, jan./jun. 2005, p. 76.

²⁴ AUGUSTO, Eduardo Agostinho Arruda. Especialidade Objetiva e Georreferenciamento. **Boletim Eletrônico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil – IRIB**, nº 1.811, 17/06/2005. Disponível em <http://www.irib.org.br/notas_notiboletim1811.asp>. Acesso em 8 out. 2009, 20:58.

²⁵ SILVA, Ulysses da. **O registro de imóveis e suas atribuições:** a nova caminhada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 171.

²⁶ AUGUSTO, op. cit.

O presente estudo pretende analisar as retificações de terrenos urbanos e demais hipóteses trazidas nos arts. 212 e 213. No entanto, a título de complemento, citaremos dispositivo legal que trata dos imóveis rurais. A Lei nº 6.015 determina, como requisito da matrícula, a "identificação do imóvel", que, conforme visto, atende ao princípio da especialidade objetiva (art. 176, § 1º, II, 3). No entanto, quando o imóvel for rural, existem algumas exigências inseridas pela Lei nº 10.267, de 28 de agosto de 2001.

O art. 176, caput e parágrafos a seguir disciplinam assim a matéria:

Art. 176. O Livro nº 2 - Registro Geral - será destinado, à matrícula dos imóveis e ao registro ou averbação dos atos relacionados no art. 167 e não atribuídos ao Livro nº 3. [...] § 3º Nos casos de desmembramento, parcelamento ou remembramento de imóveis rurais, a identificação prevista na alínea a do item 3 do inciso II do § 1º será obtida a partir de memorial descritivo, assinado por profissional habilitado e com a devida Anotação de Responsabilidade Técnica – ART, contendo as coordenadas dos vértices definidores dos limites dos imóveis rurais, georeferenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro e com precisão posicional a ser fixada pelo INCRA, garantida a isenção de custos financeiros aos proprietários de imóveis rurais cuja somatória da área não exceda a quatro módulos fiscais.

§ 4º A identificação de que trata o § 3º tornar-se-á obrigatória para efetivação de registro, em qualquer situação de transferência de imóvel rural, nos prazos fixados por ato do Poder Executivo.

§ 5º Nas hipóteses do § 3º, caberá ao Incra certificar que a poligonal objeto do memorial descritivo não se sobrepõe a nenhuma outra constante de seu cadastro georreferenciado e que o memorial atende às exigências técnicas, conforme ato normativo próprio.

§ 6º A certificação do memorial descritivo de glebas públicas será referente apenas ao seu perímetro originário.

§ 7º Não se exigirá, por ocasião da efetivação do registro do imóvel destacado de glebas públicas, a retificação do memorial descritivo da área remanescente, que somente ocorrerá a cada 3 (três) anos, contados a partir do primeiro destaque, englobando todos os destiques realizados no período.

2 Análise de artigos - Lei nº 6.015/73

Quando ocorre uma inovação legislativa, a doutrina se manifesta acerca da interpretação mais adequada a ser implementada. A jurisprudência, com o passar do tempo, também direciona o entendimento dominante referente a determinado assunto. Por essa

razão, entendemos necessário tecer algumas considerações sobre os artigos da Lei nº 6.015 que foram alterados pela Lei nº 10.931 no tocante a retificação extrajudicial.

Nessa esteira, as exigências dos Registros de Imóveis não são uniformes, isto é, cada um exige certos documentos para que seja feito o registro ou averbação pleiteados pelas partes. No entanto, apesar das peculiaridades, existem documentos que são essenciais a todos os cartórios, os quais pretendemos comentar nesta seção. Salienta-se que as razões da diversidade das exigências são compreendidas, já que o registrador deve se convencer e, para tanto, exigir o que entender necessário. Mas, se por um lado temos a necessidade da certeza do registrador, por outro temos a dúvida da parte sobre quais documentos apresentar.

2.1 Artigo 212

Determina o art. 212 da LRP:

Se o registro ou a averbação for omissa, imprecisa ou não exprimir a verdade, a retificação será feita pelo Oficial do Registro de Imóveis competente, a requerimento do interessado, por meio do procedimento administrativo previsto no art. 213, facultado ao interessado requerer a retificação por meio de procedimento judicial.

Parágrafo único. A opção pelo procedimento administrativo previsto no art. 213 não exclui a prestação jurisdicional, a requerimento da parte prejudicada.

Pelo dispositivo acima, percebe-se que há três casos em que a retificação poderá ser feita: se o registro ou a averbação for omissa, imprecisa ou não exprimir a verdade. A averbação ou registro é omissos se está incompleto, “se nele faltou alguma informação a respeito do ato ou do fato jurídico que lhe deu origem, ou das partes ou pessoa (s) envolvidas em tal ato ou negócio jurídico”. Haverá imprecisão quando for vago, impreciso, “aquele que não é determinado, é incerto”²⁷. E por último, como o próprio artigo explica, quando não exprimir a verdade, isto é, estiver em desconformidade com a realidade.²⁸

Walter Swensson, Renato Swensson Neto e Alessandra Swensson colocam situações em que é comum haver omissões, imprecisões e incorreções. Exemplificam três hipóteses: 1) transcrições antigas em

²⁷ SWENSSON, Walter Cruz; SWENSSON NETO, Renato; SWENSSON, Alessandra Seino Gtanja. **Lei de Registros Públicos Anotada**. 4. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006, p. 499.

²⁸ Ibidem, p. 500.

que a descrição do imóvel tinha por confrontantes “a quem de direito”, ou indicações de medidas perimetrais (“vai de uma vala até uma pedra”); 2) omissões, imprecisões ou incorreções existentes no título ou instrumento levado a registro. Nesse caso, desde que não haja influência na substância do ato, é possível a retificação; 3) por vezes, tentava da parte de usar do instituto da retificação para agregar área cuja incorporação deveria ser feita via ação de usucapião. E justificam: “Não pode o proprietário de um imóvel adicionar ao seu, outro, do qual tem apenas a posse. Terá de valer-se da ação própria para adquirir o domínio desse outro imóvel, e essa ação é a de usucapião”.²⁹

Friza Ulysses da Silva que a parte fará requerimento ao registrador, dispensada a correção do título; este requerimento seguirá o procedimento administrativo, sendo autuado com a data da prenotação do pedido.³⁰ Lembra que os erros evidentes serão corrigidos de ofício, como, por exemplo, o cometido na transposição de dados dos títulos para o registro, como previsto na alínea a do inciso I do artigo 213.

Para Marcelo Martins Berthe, o parágrafo único trouxe uma inversão de raciocínio. Antes, fazia-se a retificação para corrigir erros, uma vez que o erro é o pressuposto da retificação, mas o novo procedimento permitiu que a retificação possa ser feita apenas com a apresentação de um memorial assinado por profissional com responsabilidade técnica e a concordância dos confrontantes. Agora, segundo o autor, se houver prejuízo, se o memorial não refletir a verdade, os responsáveis responderão perante os prejudicados, ou seja, a prestação jurisdicional fica reservada aos prejudicados.³¹

É de se observar que o legislador não excluiu a possibilidade de a parte recorrer ao judiciário, ou seja, a Lei facultou à parte a via extrajudicial, mas não a impôs. Na realidade, esse novo procedimento veio com o objetivo de tornar mais célere o processo.

2.2 Artigo 213, I

Dispõe referido artigo:

Art. 213. O oficial retificará o registro ou a averbação:
I - de ofício ou a requerimento do interessado nos casos de:

²⁹ SWENSSON; SWENSSON NETO; SWENSSON, 2006, p. 501.

³⁰ SILVA, Ulysses da. Retificação de Registro. **Revista de Direito Imobiliário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 28, n. 58, p. 101-112, jul./dez. 2005, p. 101.

³¹ BERTHE, Marcelo Martins. **Retificação judicial de registro**. Palestra proferida no XII Seminário de Direito Notarial e Registral de São Paulo, Barueri, 2 jun. 2007. Disponível em: <http://www.irib.org.br/EducartorioAlphaville_MarceloBerthe.asp>. Acesso em: 12 out. 2009, 19:50.

- a) omissão ou erro cometido na transposição de qualquer elemento do título; b) indicação ou atualização de confrontação;
[...]
- c) alteração de denominação de logradouro público, comprovada por documento oficial; d) retificação que vise a indicação de rumos, ângulos de deflexão ou inserção de coordenadas georeferenciadas, em que não haja alteração das medidas perimetrais;
- e) alteração ou inserção que resulte de mero cálculo matemático feito a partir das medidas perimetrais constantes do registro;
- f) reprodução de descrição de linha divisória de imóvel confrontante que já tenha sido objeto de retificação;
- g) inserção ou modificação dos dados de qualificação pessoal das partes, comprovada por documentos oficiais, ou mediante despacho judicial quando houver necessidade de produção de outras provas.

Ricardo Kollet apresenta uma classificação quanto às retificações imobiliárias: objetivas unilaterais, objetivas bilaterais ou ainda subjetivas unilaterais³². A grosso modo, as retificações objetivas unilaterais compreenderiam as hipóteses mencionadas no inciso I do art. 213 – hipóteses em que não há envolvimento dos confrontantes. Já as retificações objetivas bilaterais compreenderiam as hipóteses mencionadas no inciso II do art. 213 – hipóteses em que há envolvimento dos confrontantes e que serão tratadas no próximo item deste estudo.

Diríamos que o objeto da retificação no inciso I é, basicamente, a inserção ou alteração de medidas perimetrais, com ou sem aumento de área superficial, havendo a possibilidade de retificações que poderão ser feitas a requerimento ou de ofício, por tratarem de erro ou omissão ocorridos na transposição do título, como indicação ou atualização de confrontação, alteração de denominação de logradouro público, indicação de rumos, ângulos (se não houver alteração de medidas perimetrais), entre outros.

Primeiramente se deve definir quem é a parte interessada. Segundo Walter Swensson, Renato Swensson Neto e Alessandra Swensson, “vê-se, portanto, que a legislação registrária não restringe a legitimidade para pleitear a retificação de registro apenas ao titular do domínio do imóvel, mas admite que tal pedido possa ser formulado por quem demonstre interesse em tal correção, por aquele que comprove estar sendo prejudicado pela incorreção ou omissão”.³³ E segue: “na verdade, na maioria dos casos, é o próprio titular do

³² KOLLET, Ricardo. **As retificações no registro imobiliário: teoria e prática:** com alterações da Lei 10931, de 2.8.2004. Porto Alegre: K & K, 2005. p. 30 et seq.

³³ SWENSSON; SWENSSON NETO; SWENSSON, 2006, p. 505.

domínio ou do direito real imobiliário o interessado na retificação de erro ou suprimento de omissão contida na matrícula, registro ou averbação”.³⁴ Nesse sentido, traz-se à colação o julgado abaixo:

EMENTA: RETIFICAÇÃO DO REGISTRO DE IMÓVEL. O promitente comprador tem legitimidade para requerer a retificação ou atualização do registro do imóvel, no caso, porque estabelecido no próprio contrato de compra e venda, com alvará judicial de outorga de escritura definitiva. Circunstância que legitima os compradores a requererem a retificação do Registro diretamente ao Sr. Oficial do Registro de Imóveis ou por meio judicial. AGRAVO PROVIDO. UNÂNIME.³⁵

No caso da alínea a, para Walter Swensson, Renato Swensson Neto e Alessandra Swensson, é necessária a apresentação do traslado, certidão ou cópia reprográfica autenticada do respectivo título.³⁶

Luciano Lopes Passarelli entende que é erro evidente aquele que decorre do erro do registrador na tomada de dados do título. Exemplifica: título que instrumentalizava uma alienação fiduciária e, por equívoco, no registro, constou como uma hipoteca. Levanta outro exemplo muito interessante: por alguma razão, existe duplicidade de matrículas (sabemos que isso é vedado, mas pode acontecer por alguma falha), ambas referentes ao mesmo imóvel. A solução seria o cancelamento da matrícula aberta em último lugar. Pede para imaginarmos que, em novo erro, não é feito referido cancelamento, mesmo que constando tal determinação em mandado judicial. Ambas as matrículas seguem de forma autônoma, inclusive com atos de transferência, até que um dia surge um conflito. Poderia o registrador, à vista daquele mandado judicial que à época determinara o cancelamento da segunda matrícula, proceder a uma averbação dessa circunstância por erro evidente? Responde o autor: “Parece-nos, em conclusão, que se já houver direitos de terceiros envolvidos na situação, tais averbações corretivas não podem ser feitas, ou, noutro dizer, os direitos de terceiros criam uma barreira, um limite, à lavratura de averbações de erros evidentes”.³⁷

³⁴ SWENSSON; SWENSSON NETO; SWENSSON, 2006, p. 505.

³⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70023841752. Agravante: Ilca Aguirra Rodrigues. Agravado: Espólio de João Paulimercio Vieira e Eloha Anna Binfare. Relator: Desembargador Rubem Duarte. Porto Alegre, 25 de março de 2009. DJ 6/5/2009. Disponível em: <http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?codigo=343460&ano=2009>. Acesso em: 20 fev. 2010 às 22:15.

³⁶ SWENSSON; SWENSSON NETO; SWENSSON, op. cit., p. 504.

³⁷ PASSARELLI, Luciano Lopes. **As retificações no registro de imóveis**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 84.

Nesse sentido, o julgado abaixo:

EMENTA: REGISTRO DE IMÓVEIS. DÚVIDA. RETIFICAÇÃO. Princípio da unitariedade da matrícula. Art. 176, §1º, I, Lei nº 6.015/73. Impossibilidade de haver duas matrículas para um lote. Interesse de terceiros. Inviabilidade de retificação na via administrativa. Negaram provimento.³⁸

Entende Ulysses da Silva que também a atualização de confrontantes e a alteração do nome de logradouro público, referidas nas alíneas b e c do inciso I do artigo 213, independem de procedimento administrativo, podendo ser levadas a cabo por meio de simples averbação, comprovada por certidão municipal ou outro documento hábil.³⁹

Ricardo Kollet, ao comentar a alínea b, entende que a hipótese pode dar-se em virtude de omissão, ou em função de mutações subjetivas que ocorreram nos imóveis confinantes. No Rio Grande do Sul, segue o autor, o Ofício Circular 126/00 e o art. 348 da Consolidação Normativa Notarial e Registral⁴⁰, ambos da Corregedoria-Geral de Justiça, não consideram imperfeitos os títulos apresentados a registro em que houver correções de omissões ou atualizações de nomes de confrontantes – estas últimas entendidas, nesse caso, como sendo a referência expressa aos confrontantes anteriores e aos que os substituíram. No Rio Grande do Sul, são exigidos requerimento e certidão cadastral da Prefeitura Municipal, o que, para o autor, é uma medida descabida, uma vez que não existe exigência legal e, na maioria das vezes, o cadastro municipal não está atualizado.⁴¹

³⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70018625087 Apelado: Juvencio Jose Farias da Silveira. Apelante: Armindo Luiz Salvador. Relator: Desembargador Carlos Rafael dos Santos Júnior. Porto Alegre, 22 de maio de 2007. DJ 4/6/2007. Disponível em: <http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?codigo=591337&ano=2007>. Acesso em: 20 fev. 2010 às 22:00.

³⁹ SILVA, 2008, p. 175.

⁴⁰ Dispõe referido art.: “Não reputar-se-ão imperfeitos os títulos a corrigirem omissões ou atualizarem nomes de confrontantes mencionados em títulos presentes, respeitando o princípio da continuidade. § 1º– Entender-se-á como atualização dos confrontantes a referência expressa aos anteriores e aos que os substituíram. § 2º– Sendo possível, mencionar-se-ão como confrontantes os prédios, e não os seus proprietários, observado o disposto no parágrafo antecedente. § 3º– Não constando, por qualquer motivo do título, da certidão ou do registro anterior, os elementos indispensáveis à matrícula, poderão os interessados completá-los exclusivamente com documentos oficiais (ex.: certidão da Prefeitura Municipal). § 4º– Poderão ser registrados, independente de devolução ao apresentante, para complementação ou retificação, os papéis levados a registro com eventuais omissões de elementos determinados pela Lei nº 6.015/73, se a lei não os exigir à época do negócio jurídico e da sua produção”.

⁴¹ KOLLET, 2005, p. 35 e 36.

Na alínea c, normalmente é suficiente a apresentação da lei municipal que alterou a denominação do logradouro público. Aqui é comum uma confusão entre esse dispositivo e o previsto no art. 167, II, 13, que assim dispõe: "No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos: [...] II- a averbação: [...] 13) "ex officio", dos nomes dos logradouros, decretados pelo poder público".

Ricardo Kollet bem distingue uma hipótese da outra: o art. 213 trata das alterações de nome de logradouro já consignado na descrição do imóvel, ao passo que o art. 167 comprehende as de casos em que se averba originariamente o nome de um logradouro.⁴²

Ulysses da Silva recomenda cautela na hipótese da alínea d e diz que a descrição deve ser extraída de planta assinada por profissional responsável. Cita parte de parecer que menciona decisão normativa baixada pelo Dr. Kioitsi Chicuta, que ora se transcreve:

a) matrículas ou transcrições que descrevem o imóvel com determinada metragem na frente e na lateral, omitindo as medidas dos fundos e de um dos lados podem e devem ser retificadas EX OFFICIO, pelo próprio registrador, desde que tenha elementos tabulares ou oficiais denunciadores da ocorrência de erro evidente (plantas de loteamento, mapa da Emplasa, transcrições e registros de imóveis contíguos, títulos que deram origem ao registro retificando, planta cadastral da Prefeitura, etc.

Deverá haver evidências de que as medidas faltantes são as mesmas já enunciadas no registro, assim como da regularidade do formato geométrico.

b) a inserção de área de superfície em imóvel que contenha medidas perimetrais é possível, desde que possa ser ela inferida por singelo cálculo aritmético.

Mais uma vez deve o registrador valer-se de elementos tabulares, ou daqueles acima mencionados, para obter a evidência das medidas omissas e de ângulos de deflexão entre elas, chegando, assim, à área de superfície.⁴³

Os autores na sua maioria concordam que esse dispositivo estaria deslocado, por estar no inciso I do artigo, e não no inciso II. Isso porque as hipóteses trazidas pelo inciso I, em tese, não causam prejuízos a terceiros, enquanto as do inciso II podem trazer. Assim, há entendimento no sentido da necessidade da anuência dos confrontantes, já que com as mesmas medidas podem ser formadas diversas figuras. Explica Carlos Alberto Cordeiro dos Santos que "uma medida de 20mx20m pode formar um losango, um quadrado ou um paralelogramo. Diante disto não se pode ter nenhuma

⁴² KOLLET, 2005, p. 41.

⁴³ CHICUTA apud SILVA, 2008, p. 104.

segurança de que não se invadiu terrenos lindeiros ao fazer estas inserções, ainda que se mantenha as mesmas medidas perimetrais”.⁴⁴

Com relação à alínea e, já houve casos em que o Registro de Imóveis solicitou a inserção da distância até a esquina de determinado lote, o que foi feito pelo engenheiro responsável pelo projeto na própria planta a ser arquivada no Ofício Imobiliário.

Ricardo Kollet frisa a expressão “meros cálculos matemáticos” e questiona qual o critério para se definir o que é “mero” em cada caso. Entende que a relatividade do conceito impede a adoção de um sistema padrão, razão pela qual o cálculo matemático, ainda que “mero”, deve ser feito pelos profissionais habilitados (arquitetos ou engenheiros) e mediante a apresentação da Anotação de Responsabilidade Técnica do Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (ART/CREA) e laudo.⁴⁵

Walter Swensson, Renato Swensson Neto e Alessandra Swensson explicam que, se já foi retificada a linha divisória, nos termos da alínea f, entre dois imóveis, por iniciativa do proprietário de um deles, não pode a mesma linha divisória ter duas descrições, cada uma constante em um registro. Por isso é que se uniformiza a descrição da divisa de cada um.⁴⁶

Para Carlos Alberto Cordeiro dos Santos, a alínea g (inserção ou modificação dos dados de qualificação pessoal das partes, comprovada por documentos oficiais, ou mediante despacho judicial quando houver necessidade de produção de outras provas) “traz expressão que deve ser analisada com cuidado: ‘comprovada por documentos oficiais’”.⁴⁷ Entende que não é qualquer documento oficial que servirá como suporte para uma alteração no registro. Servirão os documentos oficiais primários, como certidão de nascimento ou casamento e documento emitido pela Secretaria da Receita Federal (em sendo o caso de averbar o CPF, por exemplo).

2.3 Artigo 213, II

Dispõem o inciso II e parágrafo primeiro:

II - a requerimento do interessado, no caso de inserção ou alteração de medida perimetral de que resulte, ou não, alteração de área, instruído com planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade téc-

⁴⁴ SANTOS, Carlos Alberto Cordeiro dos. **A retificação de registro e sua nova sistemática de execução**. Pitangui: [s.n.], 2004, p. 11. Disponível em: <<http://www регистрациоn imoveispitangui.com.br/diversos.php>>. Acesso em: 8 out. 2009, 21:50.

⁴⁵ KOLLET, 2005, p. 56.

⁴⁶ SWENSSON; SWENSSON NETO; SWENSSON, 2006, p. 505.

⁴⁷ SANTOS, loc. cit.

nica no competente Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura - CREA, bem assim pelos confrontantes.

§ 1º Uma vez atendidos os requisitos de que trata o caput do art. 225, o oficial averbará a retificação.

Conforme mencionado anteriormente, as retificações objetivas bilaterais compreenderiam as hipóteses mencionadas nesse inciso, em que há o envolvimento dos confrontantes.

O interessado deverá apresentar requerimento, com firma reconhecida (com base no art. 221, II, da LRP), acompanhado de planta e memorial, ambos assinados por profissional habilitado e ART/CREA, bem como, na planta, a assinatura de todos os confrontantes.

Surge questionamento se o reconhecimento de firma deve ser por autenticidade ou semelhança, variando o entendimento de Oficial para Oficial. Ricardo Kollet explica que, de acordo com o art. 369 do Código de Processo Civil, se presume a veracidade das assinaturas apostas na presença do Tabelião. Entende, por essa razão, que o reconhecimento de firma deve ser por autenticidade.⁴⁸

Se algum dos confrontantes⁴⁹ não anuir, a parte que requereu a retificação deverá encaminhar ao Registro de Imóveis o processo e este notificará o confrontante que não anuiu, nos termos do § 2º do art. 213. O registrador pode optar entre quatro modalidades para tanto: a) pessoalmente, através de um funcionário seu; b) pelo correio, com carta de aviso de recebimento; c) via Cartório de Títulos e Documentos; ou d) por edital. No caso de notificação via edital, será aberto o prazo de 15 dias, contados da segunda publicação do edital em jornal de grande circulação.

O confrontante tem 15 dias para se manifestar, devendo essa manifestação ser fundamentada. O silêncio é tido como anuência. Em caso de manifestação, o oficial intimará o requerente e o profissional que assinou a planta, sendo aberto o prazo de cinco dias para manifestação. Vale ressaltar que, “verificado a qualquer tempo não serem verdadeiros os fatos constantes do memorial descriptivo, responderão os requerentes e o profissional que o elaborou pelos prejuízos causados, independentemente das sanções disciplinares e penais”, nos termos do § 14º do inc. II do art. 213.

⁴⁸ KOLLET, 2005, p. 73.

⁴⁹ O § 10 estabelece: “Entendem-se como confrontantes não só os proprietários dos imóveis contiguos, mas, também, seus eventuais ocupantes; o condomínio geral, de que tratam os arts. 1.314 e seguintes do Código Civil, será representado por qualquer dos condôminos e o condomínio edilício, de que tratam os arts. 1.331 e seguintes do Código Civil, será representado, conforme o caso, pelo síndico ou pela Comissão de Representantes”. Passarelli (2008, p. 85) ensina que esse parágrafo distingue bem os proprietários de eventuais ocupantes – que podem ser confrontantes tabulares (têm seus títulos aquisitivos regularmente registrados), ou confrontantes ocupantes.

Luciano Lopes Passarelli questiona sobre os critérios que se deve utilizar para saber se a manifestação é ou não desarrazoada e responde que não é atribuição do registrador fazer esse julgamento; este deve verificar se há alguma fundamentação, qualquer que seja, e deixar ao juiz a decisão.⁵⁰

Ensina o referido autor que, aberto prazo para o requerente e o profissional que assinou a planta, não havendo transação, o oficial remeterá ao juiz, que poderá realizar uma instrução sumária⁵¹ ou decidir de plano sobre a razoabilidade da fundamentação. Depois, julgará pela procedência ou não do pedido retificatório.

Acrescentam Walter Swensson, Renato Swensson Neto e Alessandra Swensson que a Lei nº 6.015 dispensa a retificação prévia de matrícula ou registro nas hipóteses dos incisos I e II do § 11 do art. 213.⁵² O inciso I prevê: “a regularização fundiária de interesse social realizada em Zonas Especiais de Interesse Social, nos termos da Lei 10.257, de 10 de julho de 2001, promovida por Município ou pelo Distrito Federal, quando os lotes já estiverem cadastrados individualmente ou com lançamento fiscal há mais de vinte anos”. Já o inciso II determina: “a adequação da descrição de imóvel rural às exigências dos arts. 176, §§ 3º e 4º, e 225⁵³, § 3º, desta Lei”. Pela leitura dos artigos mencionados, a indicação do imóvel rural será feita com indicação do código do imóvel, dos dados constantes do Certificado do Cadastro de Imóvel Rural (CCIR) e demais documentos elencados.

Como já referido, pelo princípio da especialidade objetiva, o imóvel deve estar individualizado através de uma descrição técnica. De acordo com o art. 176 da Lei nº 6.015, o proprietário de imóvel rural tem a obrigação de adaptar a descrição de seu imóvel

⁵⁰ PASSARELLI, 2008, p. 115.

⁵¹ Entende-se por instrução sumária a oitiva das partes, parecer do registrador, juntada de algum documento complementar etc.

⁵² SWENSSON; SWENSSON NETO; SWENSSON, 2006, p. 515.

⁵³ “Art. 225 - Os tabeliães, escrivães e juizes farão com que, nas escrituras e nos autos judiciais, as partes indiquem, com precisão, os característicos, as confrontações e as localizações dos imóveis, mencionando os nomes dos confrontantes e, ainda, quando se tratar só de terreno, se esse fica do lado par ou do lado ímpar do logradouro, em que quadra e a que distância métrica da edificação ou da esquina mais próxima, exigindo dos interessados certidão do registro imobiliário. [...] § 3º Nos autos judiciais que versem sobre imóveis rurais, a localização, os limites e as confrontações serão obtidos a partir de memorial descritivo assinado por profissional habilitado e com a devida Anotação de Responsabilidade Técnica – ART, contendo as coordenadas dos vértices definidores dos limites dos imóveis rurais, geo-referenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro e com precisão posicional a ser fixada pelo INCRA, garantida a isenção de custos financeiros aos proprietários de imóveis rurais cuja somatória da área não exceda a quatro módulos fiscais.”

ao modelo georreferenciado. A Lei não diz que, se não o fizer, o imóvel estará irregular, indisponível. No entanto, dispõe como exigência a ser cumprida quando for o caso de alienar, desmembrar, parcelar ou remembrar o imóvel rural.

Eduardo Agostinho Arruda Augusto afirma que, nos casos de hipoteca, arresto, penhora e sequestro, esses atos teriam acesso à matrícula sem a nova descrição georreferenciada, mas, se o proprietário do imóvel não cumprir suas obrigações e o imóvel for alienado judicialmente, como fica a situação do arrematante? Entende de que o § 4º do art. 176 deveria ter mencionado “transferência voluntária”, e não toda e qualquer transferência. Nesse sentido, para o autor, também não seria justo exigir o georreferenciamento para o registro de uma transmissão *causa mortis*.⁵⁴

A Consolidação Normativa Notarial e Registral do Rio Grande do Sul, no art. 543, §§ 1º e 2º, determina:

Art. 543 – Incumbirá ao Oficial o exame de correspondência entre as medidas do terreno constantes no registro e as configuradas nas plantas de situação e de localização.

§ 1º – Havendo divergência, deverá ser intentada a correspondente retificação, se qualquer medida do projeto for maior do que a constante no registro ou importar em aumento de área.

§ 2º – No caso contrário, importando em diminuição de área, bastará o requerimento do proprietário ao Ofício, descrevendo o terreno titulado e o realmente existente in loco coincidente com o do projeto.

Verifica-se que, no parágrafo primeiro, há a previsão da retificação, sendo necessários todos os documentos já arrolados e a anuência dos confrontantes. A novidade está no parágrafo segundo, que permite que a retificação de área, quando para menor, seja feita no próprio requerimento firmado pelo proprietário, bastando um projeto que demonstre tal realidade e anotação de responsabilidade técnica (ART) pelo responsável técnico. Na prática, temos nos utilizado muito desse permissivo legal quando elaboramos requerimento de incorporação imobiliária, ao descrevermos o terreno conforme a matrícula e depois: “considerando as medidas realmente existentes no local, o terreno possui a seguinte descrição, a saber [...]”.

Ricardo Kollet ensina ainda que as retificações podem ser subjetivas unilaterais, quando disserem respeito ao elemento subjetivo do registro, compreendidas aí duas hipóteses: a) omissão ou erro cometido na transposição de qualquer elemento subjetivo do título (erro evidente) e b) inserção ou modificação dos dados de

⁵⁴ AUGUSTO, 2006.

qualificação pessoal das partes, comprovada por documentos oficiais – ambas hipóteses já tratadas anteriormente.

Conclusão

Com o advento da Lei nº 10.931/04, as retificações de registro imobiliário sofreram algumas modificações, dando ao requerente a opção de procedimento administrativo, e não mais obrigatoriamente judicial, como até então. Independentemente da via escolhida pelo interessado – administrativa ou contenciosa – a retificação tem efeito declaratório, retroagindo à data da prenotação do título que deu causa ao registro.

As retificações administrativas podem ser objetivas unilaterais, que compreendem as hipóteses mencionadas no inciso I do art. 213, em que não há envolvimento dos confrontantes; objetivas bilaterais, que compreendem as hipóteses mencionadas no inciso II do art. 213; ou, ainda, subjetivas unilaterais, quando disserem respeito ao elemento subjetivo do registro.

Assim, as retificações ditas objetivas do art. 213 podem ou não envolver os confrontantes, que compreendem não apenas “os proprietários dos imóveis contíguos, mas, também, seus eventuais ocupantes”, nos termos do § 10.

O art. 212 permite que determinadas retificações sejam feitas através de simples requerimento do interessado, diretamente ao Oficial do Registro, sendo essa uma faculdade, já que o interessado poderá requerer a retificação via judicial. O artigo menciona que essa retificação poderá ser feita nos casos em que “o registro ou a averbação for omissa, imprecisa ou não exprimir a verdade”.

A hipótese trazida pelo art. 212 é diferente do que a Lei dos Registros Públicos chama de erro evidente, previsto na alínea a do inciso I do art. 213, que estabelece que a “omissão ou erro cometido na transposição de qualquer elemento do título” poderá ser retificado de ofício ou a requerimento do interessado.

Cabe salientar que o requerente e o profissional que participar da retificação têm responsabilidade sobre as informações prestadas, sendo punidos pela eventual falsidade prestada no memorial descritivo que instrui o pedido de retificação do registro.

A retificação extrajudicial tornou mais célere e menos oneroso o procedimento retificatório. O instituto, como já antes da Lei 10.931/04, tem por objetivo a busca da verdade real, para que os dados constantes no Ofício Imobiliário estejam de acordo com a realidade.

Referências

AUGUSTO, Eduardo Agostinho Arruda. Especialidade Objetiva e Georreferenciamento. **Boletim Eletrônico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil – Irib**, nº 1.811, 17/06/2005. Disponível em <http://www.irib.org.br/notas_noti/boletimel1811.asp>. Acesso em 8 out. 2009, 20:58.

_____. **Retificação de registro imobiliário e georreferenciamento**. Curso ministrado durante o II Seminário de Direito Notarial e Registral de São Paulo, Lins, 10 jul. 2006. Disponível em: <http://www.educartorio.com.br/docs_IIseminario/CursodeRetificacaoGeoJun06.pdf>. Acesso em: 10 set. 2009, 17:00.

AVVAD, Pedro Elias; LIMA, Rafael Augusto de Mendonça. **Direito Imobiliário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BALBINO FILHO, Nicolau. **Registro de Imóveis: doutrina, prática e jurisprudência**. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BERTHE, Marcelo Martins. **Retificação judicial de registro**. Palestra proferida no XII Seminário de Direito Notarial e Registral de São Paulo, Barueri, 2 jun. 2007. Disponível em: <http://www.irib.org.br/EducartorioAlphaville_MarceloBerthe.asp>. Acesso em: 12 out. 2009, 19:50.

BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6015.htm>. Acesso em: 20 fev. 2010 às 20:19.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 fev. 2010, 19:20.

CARVALHO, Afrânio de. **Registro de Imóveis**: comentários ao sistema de registro em face da Lei nº 6015, de 1973, com as alterações da Lei nº 6216, de 1975. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

_____. Retificação de erros do registro. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 285, a. 80, p. 29-35, 1984.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos Registros Públicos Comentada**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

CHICUTA, Kioitsi. Anotações sobre as recentes alterações no procedimento de retificação de registro. **Revista de Direito Imobiliário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 28, nº 58, p. 74-100, jan./jun. 2005.

CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Consolidação Normativa Notarial e Registral, 2004. Disponível em: <<http://www.colegioregistralsr.org.br/anexos/consolidacao.pdf>>. Acesso em 20 fev. 2010, 19:41.

KOLLET, Ricardo. **As retificações no registro imobiliário**: teoria e prática: com alterações da Lei 10931, de 2.8.2004. Porto Alegre: K & K, 2005.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

PASSARELLI, Luciano Lopes. **As retificações no registro de imóveis.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

PIRES NETO, Ari Álvares. Registro, cancelamento e bloqueio de matrícula. In: TUTIKIAN, Cláudia Finseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana (Coord.). **Novo Direito Imobiliário e Registral.** São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 456-477.

RICHTER, Luiz Egon. Do procedimento de retificação administrativa no Registro de Imóveis. **Revista de Direito Imobiliário.** São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 28, nº 59, p. 134-152, jul./dez. 2005.

SANTOS, Carlos Alberto Cordeiro dos. **A retificação de registro e sua nova sistemática de execução.** Pitangui: [s.n.], 2004. Disponível em: <<http://www регистрацией и недвижимости в Питанги.ру>> Acesso em: 8 out. 2009, 21:50.

SILVA, Ulysses da. Retificação de Registro. **Revista de Direito Imobiliário.** São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 28, nº 59, p. 101-112, jul./dez. 2005.

_____. **O registro de imóveis e suas atribuições:** a nova caminhada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

SWENSSON, Walter Cruz; SWENSSON NETO, Renato; SWENSSON, Alessandra Seino Gtanja. **Lei de Registros Públicos Anotada.** 4. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.



Os fundamentos econômicos e jurídicos justificadores da existência do instituto do *tag along* no direito societário brasileiro

Marcelo Augusto Mezacasa

*Advogado da CAIXA no Rio Grande do Sul
Pós-graduado em Direito Empresarial pela UFRGS*

RESUMO

O presente artigo aborda a problemática do *tag along* no direito societário brasileiro a partir das principais teorias em torno do poder de controle na sociedade anônima. Busca-se identificar a razão de ser deste instituto e sua importância no âmbito do conflito de interesses entre controladores e acionistas minoritários, buscando demonstrar que somente é possível compreender e interpretar a oferta pública obrigatória na cessão de controle da companhia aberta enquanto instrumento econômico de incentivo ao desenvolvimento do mercado de capitais. Assim, procura-se desenvolver o debate em torno deste importante instituto, demonstrando as dificuldades de enquadrá-lo dentro das tradicionais categorias jurídicas e a necessidade de uma interpretação que leve em consideração seus efeitos econômicos.

Palavras-chave: Alienação de controle. *Tag along*.

ABSTRACT

The present paper approaches the problem of the *tag along* in the brasilian corporate law starting from the main theorys about control in the corporate. It looks for the reason of this corporate institution and its role in the conflict between controlling shareholders and minority stockholders trying to show that the public *tender offers* can only be understood and consider as an economyc tool to development financial markets. Thus, the paper tries to increase the discussion on the *tag along*, showing the hardness of dealing with it as an usual law device and the necessity of a reasoning that considers its economic results.

Keywords: Public tender offers. *Tag along*.

Introdução

O desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro nos últimos anos trouxe consigo novos institutos que ainda carecem de maior atenção por parte da doutrina brasileira, entre os quais se destaca o *tag along*, objeto de estudo do presente trabalho.

A concepção institucionalista da sociedade anônima hoje predominante traz em seu entorno a necessidade de conjugação e harmonização dos interesses dos mais diversos grupos.¹ Nesse contexto, o interesse dos acionistas não pode mais ser confundido puramente com o interesse social, visão esta desenvolvida pelo contratualismo e que já se encontra hoje superada.²

Na sociedade anônima moderna, a problemática teórica que se impõe não é mais tão somente o velho debate que confronta as duas concepções acima referidas, mas sim a busca por uma visão mais abrangente, identificando quais os interesses passíveis de tutela interna, ou seja, os que possam vir a ser resguardados pela organização da própria sociedade e os que necessitam de regulamentação externa à mesma.³

O tema relativo à tutela dos interesses envolvidos em uma companhia ganha importante avanço e apoio na teoria de Coase, que via a empresa como um feixe de relações jurídicas, bem como na doutrina do contrato-organização, na qual o interesse social desata-se da soma dos interesses individuais.

No âmbito da problemática exposta, o conflito entre os diversos grupos de acionistas no centro da organização social é tema dos mais relevantes para o direito societário moderno. Contudo, tal conflito somente pode ser compreendido à medida que se percebe a existência de núcleos de poder que comandam e determinam as sociedades anônimas (poder de controle), que podem, basicamente, ser classificados em quatro espécies, mas sem que um seja excludente dos demais: controle majoritário, controle obtido mediante expedientes legais, controle minoritário e controle administrativo ou gerencial.⁴

No bojo do conflito de interesses entre grupos de acionistas e com a consolidação da doutrina em torno da existência de um poder de controle na sociedade anônima, surgem novos problemas relativos à cessão do referido controle, tema que, nos dizeres de

¹ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO Filho, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 376.

² Ibidem, p. 374. Como bem ressalvam os autores em relação à teoria contratualista: “Essa posição de Tullio Ascarielli, bastante compreensível na época em que foi exarada, está hoje superada”.

³ Ibidem, p. 376-379.

⁴ BERLE JR., Adolf Augustus; MEANS, Gardiner. **The modern corporation and private property.** Nova Jersey: Transaction Publishers, 2006, p. 67 et seq.

Comparato, "se encontra em tal estado embrionário que a doutrina hesita em lançar os seus habituais usos, e a jurisprudência é quase que totalmente desprovida de precedentes".⁵

É justamente em tal ponto que se posiciona o instituto do *tag along*: tutela dos interesses internos dos acionistas em face à alienação de controle da companhia. Apesar de extremamente atual, o tema ainda não foi objeto de estudos mais profundos na doutrina brasileira que pudessem vir a esclarecer os fundamentos econômicos e jurídicos que inspiram a sua existência (art. 254-A, da Lei das S/A). São esses fundamentos que se pretende desenvolver ao longo da presente pesquisa.

1 A titularidade do poder de controle na sociedade anônima

O desenvolvimento de estudos mais aprofundados sobre o poder de controle nas sociedades anônimas ganhou grande propulsão com a doutrina americana dos anos 60 que percebe a existência de um "mercado de controle societário".⁶ Os estudiosos do tema, à época, analisaram a questão sob o viés econômico da necessidade ou não de regulação das alienações de controle, evidenciando o caráter utilitarista das pesquisas, que relegaram a um segundo plano questionamentos jurídicos relativos à titularidade jurídica do poder de controle.

Contudo, frente às posições sustentadas por diversos autores no campo da necessidade ou não de regulação das alienações de controle, pode-se deduzir alguns conceitos por eles preestabelecidos no tocante à titularidade do referido poder.

Como exemplo, podem ser citados Manne⁷, Easterbrook e Fischel⁸, bem como Richard Posner⁹, autores que, entendendo a desnecessidade de regulação das alienações de controle em face da eficiência que o próprio mercado teria, acabam por incorporar como pressuposto de suas teses econômicas que a titularidade do poder de controle não pertence a ninguém mais que não o próprio controlador.

No mesmo sentido pode ser enquadrada a doutrina de Bayne¹⁰, a qual entende que a alienação de controle implica quebra do

⁵ COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 261.

⁶ MANNE, Henry G. Mergers and the market for corporate control. **Journal of Politics and Economics**, Chicago, v. 73, abr. 1965, n. 2, p. 73-116.

⁷ Ibidem.

⁸ EASTERBROOK, Frank H.; FISCHEL, Daniel R. Corporate control transactions. **Yale Law Journal**, New Haven, n. 91, p. 698-737, 1982.

⁹ POSNER, Richard. **Economic analysis of law**. 3. ed. Boston: Little Brown, 1986.

¹⁰ BAYNE, David. Corporate control as a strict trustee. **The Georgetown Law Journal**. Washington, v. 53, n. 3, p. 543-584, 1965.

dever de fidúcia, contudo, ainda assim, não questiona a titularidade do poder de controle.

Entretanto, ainda que haja uma ausência de questionamento por parte dos doutrinadores referidos quanto à premissa de titularidade do poder de controle da qual partem, percebe-se que já em 1932, em seu célebre estudo (talvez um dos mais importantes sobre o tema “poder de controle” nas companhias), Berle Junior e Means passaram a sustentar que o poder de controle é um ativo que pertence à companhia e como tal deveria ser dividido igualmente por todos os acionistas.¹¹

Tal definição relativa à titularidade do poder de controle resulta do conceito da nova sociedade anônima formulado por Berle Junior e Means, o qual, não se pode negar, inspira-se em Rathenau¹², que afirmou que ninguém mais é permanentemente dono, ou seja, que a propriedade foi despersonalizada e está em constante movimento, de tal sorte que a companhia ganha vida independente. Propriedade e controle não mais se confundem, conforme já ressalvava Champaud.¹³ Contudo, a dissociação entre propriedade e administração dos bens na pessoa jurídica não acarreta necessariamente o aparecimento do poder de controle, mas facilita o seu desenvolvimento.¹⁴

1.1 A classificação do poder de controle de Berle Junior e Means

No contexto exposto, mostra-se de grande relevância a classificação das espécies de poder de controle no âmbito da sociedade anônima desenvolvida por Berle Junior e Means, que o dividiram basicamente em quatro espécies: controle majoritário (aqui incluído o denominado controle com a quase completa titularidade acionária, mas que para os fins do presente trabalho não será diferenciado), controle obtido mediante expedientes legais, controle minoritário e controle administrativo ou gerencial.¹⁵

1.1.1 O controle majoritário

O poder de controle majoritário inspira-se no princípio social da maioria, no sentido de que o ordenamento das atividades sociais da companhia deve estar de acordo com a vontade daqueles que possuem a maior parte das ações com direito a voto. Ademais, a gê-

¹¹ BERLE JR; Means, 2006, p. 67 et seq.

¹² RATHENAU, Walter. *Von Kommanden Dingen*. Berlim: S. Fischer, 1924.

¹³ CHAMPAUD, Claude. *Le pouvoir de concentration de la societe par actions*. Paris: Sirey, 1962.

¹⁴ COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 121.

¹⁵ Ibidem, p. 52.

nese histórica da sociedade anônima, utilizada como instrumento de captação de recursos para o desenvolvimento da atividade econômica, fez surgir companhias com milhares de acionistas, sendo inimaginável cogitar-se uma regra contratual que exigiria consentimento unânime dos sócios na condução da atividade social.

Apesar do desenvolvimento da teoria institucionalista, que reconhece os interesses diversos afetados pela sociedade anônima (trabalhadores, comunidade em que atua, entre outros), ainda se pode dizer, em regra, que a sociedade existe no interesse dos sócios. Assim, a eles cabe decidir pelos interesses da companhia, prevalecendo a vontade do maior número.¹⁶

A despeito de existir distinções quanto às espécies de poder de controle majoritário, como a de Comparato e Salomão Filho¹⁷, que o dividem em controle majoritário simples e absoluto, dependendo ou não da existência de uma minoria qualificada, tal aspecto não será aqui abordado, uma vez que foge do tema central do trabalho, que é analisar o *tag along* tal qual o encontramos na legislação societária brasileira.

1.1.2 O controle mediante artifícios legais

O controle mediante artifício legais, de acordo com Berle Junior e Means, seria aquele exercido por meio de expedientes como *pyramiding* (controle piramidal), emissão de ações com direto de voto restrito ou até mesmo sem esse direito, bem como o *voting trust*.¹⁸ Contudo, como bem observam Comparato e Salomão Filho¹⁹, somente a última espécie, o *voting trust*, pode ser considerada um controle diferente dos demais, visto que o trustee não pode ser qualificado ou equiparado a um proprietário, exercendo, portanto, o controle sem a propriedade das ações.

O *voting trust* pode ser observado nos EUA e, como bem ressalvam Berle Junior e Means, a despeito de já haver sido considerado ilegal por separar o poder de controle dos proprietários das ações de uma companhia, passou a ser permitido na maioria dos estados, desde que houvesse previsão estatutária para sua instituição.²⁰

¹⁶ COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 60.

¹⁷ Ibidem, p. 63.

¹⁸ BERLE JR; MEANS, 2006, p. 69-75.

¹⁹ COMPARATO; SALOMÃO FILHO, op. cit., p. 64.

²⁰ BERLE JR; MEANS, 2006, p. 73. Nos dizeres dos autores: "The voting trust, more completely than any device we have hitherto considered, separates control from all ownership interest. Originally bitterly opposed by the law and held illegal by the courts in the ground that the vote could not be separated from the stock, it came to be permitted by statutory provision in most states".

1.1.3 O controle minoritário

O controle minoritário, baseado em número de ações inferior à metade do capital votante, reforça a ideia já presente na estrutura da comandita da existência de dois tipos de acionistas na grande sociedade por ações. De um lado, uma pequena minoria de empresários (empresário na acepção de homem de negócios, que conduz as atividades de uma companhia), e do outro, uma maioria de investidores, sejam de longo ou curto prazo, que buscam na sociedade anônima um retorno para o seu capital empregado. Nesse sentido se dá a distinção feita pela doutrina francesa, que divide os dois tipos de acionistas entre *participation* e *placement*.²¹

A existência de um controle minoritário pode ser comprovada em várias legislações ao fixarem, por exemplo, as regras de *quorum* do funcionamento de uma assembleia da companhia. Com efeito, ao permitir que em segunda convocação a assembleia funcione com qualquer número (artigo 125 da Lei das S/A no Brasil), tem-se o reconhecimento da possibilidade de uma tomada de decisão por uma minoria de acionistas.²²

O mesmo ocorre nos Estados Unidos, onde o *Investment Company Act* de 1940 reconheceu que poderia haver controle da sociedade por parte daquele que detinha mais de 25% do capital votante de determinada sociedade. Também na Itália, em 1991, com a alteração da redação do artigo 2.359, inciso I, do Código Civil italiano, houve uma ampliação do conceito de controlador, já que assim considerou as sociedades que exerçam influência dominante sobre outra por dispor de votos suficientes, não exigindo mais a rigidez da maioria de votos nas deliberações da assembleia ordinária.²³

No Brasil, contudo, em face da peculiaridade da nossa legislação societária, que atualmente admite que até metade do capital social da companhia seja formado por ações preferenciais sem direito a voto, o fenômeno do controle minoritário deve ser analisado com maior cuidado, o que se fará no tópico seguinte.

1.1.4 O controle administrativo ou gerencial

O controle administrativo ou gerencial (*management control*), na classificação de Berle Junior e Means²⁴, seria aquele baseado nas prerrogativas dos administradores da companhia. Necessário se

²¹ CHAMPAUD, 1962, p. 239 et seq.

²² COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 67.

²³ COMPARATO; SALOMÃO FILHO, loc. cit.

²⁴ BERLE JR; MEANS, 2006, p. 78.

mostra, para tal espécie de controle se fazer presente, que as ações em que se divide o capital social da sociedade estejam de tal forma pulverizadas entre todos os acionistas que ninguém individualmente, ou mesmo uma minoria, tenha poder suficiente para determinar os rumos da empresa.

Este tipo de controle, ainda afastado da realidade brasileira, na qual o poder de controle das grandes companhias encontra-se concentrado em grandes blocos acionários, é amplamente percebido no direito norte-americano. Não por outro motivo, Berle Junior e Means afirmam a existência do controle administrativo quando as maiores participações acionárias individualmente consideradas não chegam sequer a 1% do capital votante da companhia, caso de grande parte das companhias de capital aberto nos Estados Unidos.²⁵

Em tais casos, o controle administrativo baseia-se no desinteresse do acionista em exercer diretamente na assembleia da sociedade o seu direito de voto, principalmente na eleição dos administradores. Assim, esse absenteísmo é utilizado pelos administradores por meio de mecanismos que permitem a eles captar votos, tais como a *proxy machinery*.²⁶ A *proxy machinery* consiste na representação dos acionistas que se abstêm, mediante procuração, por parte de um comitê, denominado *proxy committee*. Assim, podendo os administradores da companhia escolher os membros do comitê, que por consequência irão deliberar de acordo com a vontade dos gestores, cria-se um mecanismo que permite a perpetuação do management na direção da companhia, passando a exercer o controle de fato da companhia.²⁷ Contudo, tal espécie de controle encontra-se ainda distante da realidade societária brasileira, de ampla concentração acionária.

1.2 A titularidade do poder de controle na legislação societária brasileira

O conceito de acionista controlador, no direito societário brasileiro, encontra-se disposto no artigo 116 da Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas). O diploma societário define como controlador a pessoa natural ou jurídica, bem como o grupo de pessoas vinculadas por acordo que assegure, em face dos direitos

²⁵ BERLE JR; MEANS, 2006, p. 78.. Os autores citam como exemplo a Pennsylvania Railroad, na qual o maior acionista detinha apenas 0,34% do capital da companhia: "We have already seen that the largest stockholder of the Pennsylvania Railroad held but 34 hundredths of one per cento of the total stock outstanding".

²⁶ Ibidem, p. 80-81.

²⁷ Ibidem, p. 83-84.

de sócio de que são titulares, a maioria de votos, de modo permanente, na assembleia geral da companhia e a possibilidade de eleger seus administradores. Ademais, a alínea "b", do referido dispositivo, exige ainda que aqueles que se enquadrem na definição de controlador usem efetivamente seu poder para dirigir as atividades e na orientação dos órgãos da sociedade.²⁸

Não obstante, como bem observam Comparato e Salomão Filho²⁹, o segundo requisito acima mencionado mostra-se pertinente tão somente quando se tratar de hipótese de controle minoritário, uma vez que, em se tratando de controle majoritário, conforme salienta o autor, é irrelevante o uso efetivo do poder, visto que, por expressa disposição legal, o acionista já ocupará a posição de controlador com toda a responsabilidade daí resultante.

Todavia, em face da peculiaridade da legislação societária brasileira, é necessário diferenciar o controle minoritário em relação ao capital total da companhia daquele controle minoritário em relação apenas às ações ordinárias com direito a voto.³⁰ Com efeito, é possível afirmar que o controle minoritário em relação ao capital da sociedade é regra expressa e princípio da Lei nº 6.404/76, à medida que permite, atualmente, que até metade das ações emitidas pela companhia sejam ações preferenciais sem direito a voto (antes da reforma instituída pela Lei 10.303/01, esse limite era de até dois terços das ações).

Porém, o controle minoritário dentro do capital votante é tema mais controverso e merece observações mais acuradas por parte da doutrina. O artigo 129 da Lei nº 6.404/76, referente à assembleia geral, dispõe que, com exceção dos casos previstos em lei, as deliberações serão tomadas por maioria de votos. Contudo, tal norma não tem o condão de conduzir à interpretação de não ser permitida votação por meio da minoria existente dentro das ações ordinárias³¹, já que tal regra não é nada mais que um procedimento da assembleia. Ou seja, a decisão tomada na assembleia deve ser por maioria, mas nada impede que a mesma seja instaurada sem a maioria do capital votante. Ademais, a interpretação sistemática da Lei nº 6.404/76 leva à conclusão inarredável quanto à deliberação pela minoria do capital votante, uma vez que o artigo 136 do referido diploma legal arrola as hipóteses em que *quorum* deve ser qualificado (pelo menos metade do capital votante, se maior *quorum* não estiver previsto no estatuto da sociedade). Logo, em sentido

²⁸ BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. D.O.U. 17/12/1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm>. Acesso em: 20 dez. 2008.

²⁹ COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 68-70.

³⁰ COMPARATO; SALOMÃO FILHO, *ibidem*, loc. cit..

³¹ COMPARATO; SALOMÃO FILHO, loc. cit.

contrário, subtende-se que nas demais hipóteses a deliberação pode dar-se pela minoria do capital.³²

A aparente contradição que surge do entendimento acima mencionado, no sentido de poder haver deliberação determinante para a companhia de acordo com a vontade daquele que não possui participação majoritária no capital com direito a voto, não subsiste se a definição do controle puder ser separada, conforme sustentam Comparato e Salomão Filho.³³ Defendem os autores que, para fins de atribuição de deveres e responsabilidades ao controlador, mostra-se imprescindível a noção de poder de controle enquanto situação de fato. Logo, tendo em vista que as situações que importam em responsabilidade do controlador são, em sua maioria, atividades de duração determinada cuja execução pode ser delimitada no tempo, o controle minoritário também pode ser facilmente delimitado, ainda que seja um controle momentâneo.

Por outro lado, quando a disciplina relativa a alguma matéria exija uma definição consolidada de controlador, ou seja, uma posição jurídica delimitada, como no caso da alienação do poder de controle na companhia aberta, é necessário avaliar a posição sob o ponto de vista patrimonial.³⁴ De fato, o ágio pago pelas ações integrantes do bloco de controle (prêmio, o qual será objeto de tópico específico na próxima seção) somente tem razão de ser se esse controle gerar um poder que seja estável sobre a determinação dos rumos da companhia.

Percebe-se, assim, como bem ilustram Comparato e Salomão Filho³⁵, que a discussão entre controle majoritário ou minoritário não é uma categoria estática com hipótese legal predeterminada, mas sim definição jurídica que depende da disciplina legal a ser aplicada.

Dessa forma, apesar da possibilidade de existência de um controle minoritário em relação ao capital votante no Brasil, para fins de alienação do poder de controle é necessário que consideremos o fenômeno do controle sob o ponto de vista patrimonial daqueles que detêm, seja por serem proprietários, seja por estarem vinculados a acordo de acionistas, o poder de fazer prevalecer a sua vontade nas deliberações da assembleia geral. Logo, dentro da classificação de Berle Junior e Means³⁶ a respeito da titularidade do poder de controle, para os fins do tema referente à alienação

³² COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 68-70.

³³ COMPARATO; SALOMÃO FILHO, loc. cit.

³⁴ COMPARATO; SALOMÃO FILHO, loc. cit.

³⁵ Ibidem.

³⁶ BERLE JR; MEANS, 2006.

do controle, é a espécie majoritária (seja com a maioria ou com a quase totalidade das ações com direito a voto) que ganha importância.

2 O *tag along* e seu desenvolvimento no direito brasileiro

O instituto do *tag along* (ou oferta pública obrigatória a *posteriori*, conforme alguns preferem) ainda possui tratamento incipiente por parte da doutrina e jurisprudência brasileira. O *tag along* começa a se desenvolver com base na doutrina americana dos anos 60, que percebe a existência de um “mercado de controle societário”³⁷ e analisa a questão sob o viés econômico da necessidade ou não de regulação das alienações do controle. Contudo, observa-se naquele momento a ausência de questionamento quanto à titularidade jurídica deste poder-dever acionário.

Por um lado, destacam-se como expoentes dessa análise econômica, entendendo a desnecessidade de regulação em face da eficiência do próprio mercado, Manne³⁸, Easterbrook e Fischel³⁹, bem como Posner.⁴⁰ De outra banda, percebe-se que, anteriormente, no ano de 1932, em seu célebre estudo, Berle Junior e Means passaram a sustentar que o poder de controle é um ativo que pertence à companhia e como tal deveria ser dividido igualmente por todos os acionistas.⁴¹ Tal entendimento busca inspiração no conceito da nova sociedade anônima formulado pelos próprios autores e, em parte, inspira-se também em Rathenau⁴², que afirmou que ninguém mais é permanentemente dono, ou seja, que a propriedade foi despersonalizada e está em constante movimento, de tal sorte que a companhia ganha vida independente. Propriedade e controle passam a ser não mais noções necessariamente concorrentes no âmbito das empresas como o eram no entendimento de Champaud.⁴³

Em face de tais posições, é possível concluir que o pressuposto das teses econômicas defendidas por parte da doutrina americana da década de 60 é o de que o poder de controle não pertence a ninguém mais que não o próprio controlador, contrariando as conclusões anteriores de Berle Junior e Means.⁴⁴ Apenas posteriormen-

³⁷ MANNE, 1965.

³⁸ Ibidem.

³⁹ EASTERBROOK; FISCHEL, 1982.

⁴⁰ POSNER, 1986.

⁴¹ BERLE JR; MEANS, op. cit., p. 67 et seq.

⁴² RATHENAU, 1924.

⁴³ CHAMPAUD, 1962.

⁴⁴ BERLE JR; MEANS, 2006.

te surge a doutrina de Andrews⁴⁵ no sentido de que o prêmio de controle pertence a todos os acionistas em face do princípio da igualdade.

No direito brasileiro, o *tag along* tem previsão no artigo 254-A, da Lei 6.404/76⁴⁶, o qual assenta a obrigatoriedade por parte do controlador, na aquisição direta ou indireta do controle de companhia aberta, em fazer oferta pública abrangendo todas as ações da companhia com direito a voto, assegurando-lhes, no mínimo, valor que corresponda a 80% daquilo que foi pago pelas ações que integram o bloco de controle.

Assim, a partir do referido dispositivo legal, proceder-se-á à análise do referido instituto no direito brasileiro sob o enfoque da titularidade do prêmio pago na alienação de controle (a quem pertence o prêmio), da mensuração do seu valor, da forma de divisão entre os acionistas, bem como da distinção de hipóteses de alienação do controle daquelas em que há alienação do ativo da companhia, acarretando consequências jurídicas diversas.

2.1 O titular do prêmio pago na alienação do controle no direito brasileiro

Antes da introdução no direito societário brasileiro do comando expresso no artigo 254-A, da Lei nº 6.404/76, parte da doutrina defendia que o prêmio pago na alienação de controle deveria sempre reverter ao controlador. Nesse sentido dá-se o entendimento de Bulhões/Lamy.⁴⁷ Contudo, em face do tratamento legislativo que recebeu o tema, o entendimento que vem prevalecendo é aquele defendido por Comparato e Salomão Filho⁴⁸, Wald⁴⁹ e também Carvalhosa e Eizirik⁵⁰ no sentido de que o prêmio deve ser dividido por todos os acionistas de mesma espécie e classe, no caso de se tratar de ações com direito a voto.

Com efeito, a teoria de Berle Junior e Means sustentando tratar-se o controle de um ativo da companhia e como tal o prêmio

⁴⁵ ANDREWS, William D. The stockholder's right to equal opportunity on the sale of shares. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 78, p. 505-563, 1965.

⁴⁶ BRASIL, 1976.

⁴⁷ PRADO, Roberta Nioac. Fundamentos Jurídicos e Econômicos da OPA *a posteriori* (*tag along*) e a questão sob a ótica de empresas que praticam boas práticas de governança corporativa. **Revista de Direito da Fundação Getúlio Vargas**, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 167-190, jan.-jun. 2006.

⁴⁸ COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 376.

⁴⁹ WALD, Arnoldo. Do descabimento da oferta pública de compra em relação às ações preferenciais. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, ano XXI, n. 45, p. 9-19, 1982.

⁵⁰ CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. **A nova Lei das S/A**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 385.

pago por esse poder deveria reverter em favor da sociedade não logrou a adesão de ninguém.⁵¹ Isso implicaria ação que seria movida pelos não controladores contra a própria sociedade para haver sua parte no prêmio e, se ativo da sociedade for, os novos controladores dela participarão em grande quantidade. Ademais, como bem salienta Comparato, se os controladores pagassem o prêmio pelo controle para a sociedade, estariam, de igual forma, adquirindo algo por meio de contrato comutativo e não haveria como negar-lhes dispor desse direito em momento posterior.⁵²

Em face dessa contradição referida, surge a doutrina de Andrews⁵³, que sustentou a igual oportunidade entre todos os acionistas de mesma classe em uma cessão de controle. Mostra-se imperioso mencionar que tal autor defendia não somente a possibilidade de os demais acionistas alienarem suas ações pelo mesmo valor pago ao controlador, mas também que a alienação deveria se dar de forma *pro rata*, ou seja, cada acionista teria o direito de alienar o mesmo percentual em relação à sua posição acionária. Contudo, tal teoria se mostrou irreal, por impedir a venda do bloco de controle como um todo, bem como por proibir que negociações fossem conduzidas de forma sigilosa. Ou seja, essa teoria poderia levar à situação surreal de obrigar o cessionário a adquirir a quase totalidade das ações da companhia ou apenas uma pequena parte do bloco de controle (que seria completada com as ações dos demais minoritários), esvaziando o valor do controlador.

Apesar de superada, a teoria de Andrews possibilitou o desenvolvimento na jurisprudência americana da disciplina das *tender offers*, mas com aplicação no caso concreto e baseada no dever de boa-fé (fidúcia) do controlador para com os demais acionistas. Assim, apesar de não se reconhecer ainda expressamente no sistema norte-americano um direito dos acionistas não controladores em receberem parte do prêmio pago na cessão do controle⁵⁴, pode-se perceber que, de certa forma, a referida jurisprudência influenciou certos países do Ocidente, que desenvolveram uma tendência em assegurar a todos os acionistas tratamento igualitário, independentemente da questão relativa ao dever fiduciário do controlador.

No Brasil, o artigo 254-A da Lei nº 6.404/76 estende aos minoritários o direito de receber, via oferta pública a ser realizada pelo cessionário, valor equivalente a, no mínimo, 80% daquele pago pelas ações integrantes do bloco de controle. A princípio, o que se percebe é que a legislação societária brasileira adotou posi-

⁵¹ COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 300.

⁵² COMPARATO; SALOMÃO FILHO, loc. cit.

⁵³ ANDREWS, 1965.

⁵⁴ COMPARATO; SALOMÃO FILHO, op. cit, p. 304-315.

ção que considera que o prêmio relativo às ações do bloco de controle pertence ao próprio controlador. Contudo, por meio do referido artigo, buscou-se inserir um elemento de equidade entre o controlador e os demais acionistas, mas que, mesmo assim, conduz a certas ambiguidades.⁵⁵

O artigo 254-A sequer pode ser entendido como norma que busca colocar os acionistas não controladores e controladores em pé de igualdade por ocasião de uma cessão do poder de controle, visto que já traz em sua gênese limitador diferencial que obriga o ofertante a oferecer pelas demais ações com direito a voto somente 80% do valor pago por aquelas integrantes do bloco de controle. Nesse ponto reside a primeira dificuldade em buscar conceituar o *tag along* do ponto de vista jurídico, de acordo com a dogmática.

Ademais, ao determinar a obrigação de oferta somente no caso de alienação da companhia aberta, o legislador deixou o acionista minoritário das companhias fechadas sem qualquer proteção contra o controlador, sendo que em tais casos, via de regra, não há sequer mercado que possibilite ao minoritário negociar suas ações se não com o próprio controlador.⁵⁶ Ainda, ao ser atribuído um valor pelo controle, que consiste em verdadeiro poder-dever, qual seria o sentido, do ponto de vista jurídico, em dividir o valor deste poder-dever com quem não possui nem o poder nem o dever inerente ao controle?⁵⁷

Percebe-se que Comparato e Salomão Filho⁵⁸ também tiveram dificuldades em conceituar juridicamente o *tag along*, definindo a quem de direito deve ser atribuído o prêmio quando da alienação do controle. Assim, propuseram os autores, primeiramente, delimitar o interesse do acionista não controlador em uma sociedade anônima, distinguindo o interesse puramente especulativo daquele do investidor de longo prazo.

Contudo, tal solução, a despeito de tentar contribuir na definição e alcance jurídico do *tag along*, traz consigo conceitos que na prática mostram-se inviáveis de serem delimitados pelo intér-

⁵⁵ COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 316.

⁵⁶ COMPARATO; SALOMÃO FILHO, loc. cit.

⁵⁷ COMPARATO; SALOMÃO FILHO, loc. cit. Nesse ponto é importante transcrever a posição do professor Comparato, que assinala: “Mas seria lógico partilhar esse valor entre os que não assumem as responsabilidades de poder, num sistema econômico que justifica a apropriação do lucro empresarial, perante os trabalhadores, justamente com base no exclusivismo da responsabilidade empresarial? Para serem consequentes [sic], os partidários dessa “democratização” do poder de controle deveriam propugnar a partilha do seu preço, por ocasião dos negócios de cessão, entre todos os componentes do complexo empresarial; não somente do corpo acionário, mas também do quadro de empregados”.

⁵⁸ COMPARATO; SALOMÃO FILHO, loc. cit.

prete, por exemplo, como diferenciar o investidor “especulativo” daquele de “longo prazo”. Com efeito, fundos de investimentos que possuem às vezes participação acionária em praticamente todas as companhias abertas de determinado país, muitas vezes tendo um horizonte de longo prazo, trocam de papéis buscando manter o portfólio mais rentável de acordo com as variáveis econômicas dos mais diversos setores. Ou seja, como definir o que é longo prazo e curto prazo? Com certeza, dependendo do perfil de risco e capital alocado, muitos investidores consideram um, dois ou três anos um horizonte de longo prazo, enquanto outros definirão tal interregno como curto prazo. Assim, a solução preconizada por Comparato e Salomão Filho está longe de clarear a interpretação em torno do artigo 254-A da Lei nº 6.404/76.

Ao que parece, da maneira como definido no referido artigo, o *tag along* não encontra suporte lógico, ainda que do ponto de vista de uma interpretação sistemática, para uma definição através de uma construção baseada em conceitos jurídicos preexistentes. Como explicar, então, a razão de sua existência? Ao que tudo indica, conforme demonstrar-se-á na próxima seção, o *tag along* tem sua lógica de ser dentro de uma visão econômica do direito, como instrumento de desenvolvimento do mercado de capitais.

2.2 A diferença entre alienação do poder de controle e alienação da própria companhia – consequências quanto ao *tag along*

Em se tratando do tema relativo à oferta pública obrigatória em face da alienação do controle da companhia aberta, aspecto que possui fundamental importância é a definição do valor do ágio pago pelas ações do bloco de controle, ou seja, definir em que consiste esse sobre-valor e quais são os aspectos levados em conta na sua mensuração.

Assim, tratando-se de valor de controle de uma companhia, é imprescindível primeiramente estabelecer o conceito de “empresa” a partir do qual se pode mensurar qual seria o valor econômico dela.⁵⁹ Considerando-se a empresa como a atividade econômica organizada que tem normalmente no estabelecimento seu instrumento⁶⁰ para desenvolvimento de seus objetivos, pode-se chegar a um ‘potencial de lucratividade’⁶¹ valorável.

⁵⁹ PRADO, 2006.

⁶⁰ ASCARELLI, Tullio. **Iniciación al estudio del Derecho Mercantil**. Barcelona: BOSCH, 1964, p. 318.

⁶¹ PRADO, op. cit., p. 173.

Com efeito, o estabelecimento considerado como uma universalidade de bens corpóreos e incorpóreos organizados para o desenvolvimento de uma atividade⁶² possui um valor, também denominado *goodwill*, superior à soma de todos os bens considerados isoladamente.⁶³ Contudo, a doutrina recente, especialmente em face dos avanços na ciência da economia, começa a perceber que, caso o preço pago pelas ações integrantes do bloco de controle de uma companhia aberta fosse definido tão somente com base no potencial lucrativo da mesma (*goodwill*), sua diferença em relação às demais ações seria mínima⁶⁴, ou inexistente, no caso de um mercado totalmente eficiente, já que, nessa hipótese, todas as informações existentes são absorvidas pelo mercado e se refletem no preço das ações. Nesse sentido, são de extrema relevância os estudos realizados por Zingales.⁶⁵

Com efeito, os estudos realizados por Zingales⁶⁶ apontam que o ágio pago pelas ações integrantes do bloco de controle é menor naqueles mercados em que as informações são mais difundidas, ou seja, em que os benefícios oriundos do controle de determinada companhia são previamente conhecidos pelo mercado. Ou seja, o prêmio será menor quando os benefícios oriundos do poder de controle forem menores, o que nada tem a ver com o nível de concentração do controle.

Em face de tais estudos econômicos em torno do prêmio pago na alienação de controle, pode-se observar que não só a lucratividade da empresa influiu na formação de seu preço, mas também os benefícios aproveitados somente pelos administradores, benefícios estes insuscetíveis de serem conhecidos pelo mercado em geral, incluindo os acionistas minoritários.⁶⁷

De fato, se somente for considerado o ágio pago pelo controle com base no retorno que a companhia pode gerar do ponto de vista de sua lucratividade (perspectiva de rentabilidade), teríamos que quanto mais lucrativa a sociedade maior o prêmio pago pelas ações integrantes do bloco de controle. Contudo, na prática isso nem sempre ocorre, tendo em vista que, muitas vezes, companhias extremamente lucrativas têm seu controle alienado por ágio não

⁶² ASQUINI, Alberto. Profili dell'impresa. **Rivista del Diritto Commerciale e del diritto Generale delle Obbligazioni**, Padova, v. 41, 1943.

⁶³ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 306.

⁶⁴ FAMA, Eugene F. Efficient Capital Markets: A Review of Theory and Empirical Work. **The Journal of Finance**, New York, v. 25, nº 2, p. 383-417, maio 1970.

⁶⁵ ZINGALES, Luigi. What Determines the Value of Corporate Votes? **Quartely Journal of Economics**. p. 1047-1072, nov. 1995. Disponível em: <<http://faculty.chicago Booth.edu/luigi.zingales/research/papers/value.pdf>>. Acesso em: 8 set. 2008.

⁶⁶ Ibidem.

⁶⁷ Ibidem.

muito elevado em face da eficiência de informação de seus dados de governança. Ou seja, há casos em que o mercado já specificou o valor do controle de determinada sociedade em que o ágio será mínimo. Por outro lado, percebe-se que nem sempre, mesmo em um mercado eficiente e com liquidez adequada (*efficient market hypothesis*), hipótese em que o preço das ações deveria subir até o valor do investimento no controle, tendo em vista o retorno lucrativo da empresa, isso ocorre. E qual seriam os motivos? A razão são os benefícios insuscetíveis de avaliação oriundos do poder de controle.

Os benefícios privados auferidos pelo controlador foram muito bem observados por Nenova⁶⁸, que cita como exemplo o poder de nomear membros do conselho de administração e o presidente da companhia, bem como utilizar e consumir bens custeados pela sociedade.

Baseada nos estudos de Nenova, Prado justifica os motivos pelos quais os acionistas minoritários, no Brasil, via de regra, utilizam-se da oferta pública *a posteriori* para se retirar da sociedade.⁶⁹

Os estudos de Nenova e Prado em torno do fundamento econômico do *tag along* são de extrema valia para análise do mercado brasileiro, tomado pela assimetria de informações e ineficiência, seja por problemas de atuação da entidade reguladora (Comissão de Valores Mobiliários) ou falta de proteção do acionista minoritário na própria lei societária.⁷⁰

Assim, em relação à mensuração do valor do prêmio pago pelo controle de uma companhia aberta, tem-se que o mesmo é influenciado não somente pelo retorno lucrativo da sociedade passível de ser avaliado contabilmente e auferido pelo mercado, mas sim por benefícios oriundos do poder de controle que não podem ser totalmente mensurados pelos investidores em geral (como, por exemplo, o poder do controlador de pagar altos salários a si próprio).⁷¹

⁶⁸ NENOVA, Tatiana. The Value of Corporate Votes and Control Benefits: A Cross-country Analysis. jul. 2001. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=237809>>. Acesso em: 20 dez. 2008.

⁶⁹ PRADO, Roberta Nioac. **Oferta pública de ações obrigatória nas S.A – Tag along.** São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 343. A autora, comentando as conclusões de Nenova, afirma: “Destas considerações, resta um pouco mais claro por que o minoritário, no Brasil, sempre quer usar a OPA para sair da empresa”.

⁷⁰ Ibidem, p. 349-350.

⁷¹ ZINGALES, 2001, p. 1.069. Afirma o autor: “Unfortunately, it is difficult, if not impossible, to directly measure a company's private benefits. In fact, some corporate benefits are enjoyed exclusively by the management precisely because they cannot be easily measures (and thus claimed) by minority shareholders. One possible source of private benefits of control is the higher than normal salary that a controlling shareholder might pay to himself”.

2.3 A mensuração do valor do controle

Ao tratar da oferta pública obrigatória por ocasião da alienação de controle da companhia aberta como instrumento econômico auxiliar no desenvolvimento do mercado de capitais, mostra-se necessário distinguir antes a hipótese de cessão do controle da companhia daquela em que há a cessão da própria organização empresarial, o que conduz a consequências jurídicas totalmente distintas.

Como anteriormente referido, o valor do controle de uma organização empresarial é medido tanto pelo retorno proporcionado por determinada companhia (há diversos métodos contábeis de fazê-lo, sendo que o mais usual é o fluxo de caixa descontado) como por privilégios insuscetíveis de avaliação puramente econômico-contábil que são auferidos pelo controlador.

Contudo, como bem advertem Comparato e Salomão Filho⁷², quando ao controlador se atribui o valor de um grande bem material, ou mesmo imaterial, não se está diante de uma pura alienação do poder de controle da sociedade. Com efeito, os autores aduzem que uma organização em funcionamento produz lucros e deve ser avaliada de acordo com a sua rentabilidade, somente fazendo sentido a avaliação de acordo com o patrimônio líquido da companhia, no caso de extinção da organização. Assim, são frequentes as avaliações com base no patrimônio da companhia quando o objetivo da alienação de controle é o término de suas atividades.

Em tais hipóteses, de acordo com Comparato e Salomão Filho⁷³, mostra-se lógico que se estenda a oferta pública a todos os acionistas da sociedade, sejam eles titulares de ações ordinárias ou preferenciais. Oportuno ressalvar que a favor de tal posição existe precedente do Superior Tribunal de Justiça⁷⁴, julgando caso relativo a sociedade dependente de autorização, no qual se determinou que a oferta se estendesse também aos acionistas preferencialistas.

Na espécie, tratava-se de julgamento de operação de aquisição de controle de um banco, visando a sua posterior incorporação, o que era praxe comum no mercado. As instituições financei-

⁷² COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 269.

⁷³ COMPARATO; SALOMÃO FILHO, loc. cit.

⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sociedade Anônima. Aquisição do controle acionário. Controle acionário visando a posterior incorporação, hipótese em que as ações preferenciais devem também ser objeto de oferta pública de aquisição. Circunstância incorrente no acródão-paradigma. Embargos de divergência não conhecidos por não caracterizado o dissenso. Recurso Especial nº 3.483-4/PR. Recorrente: Banco Bamerindus do Brasil S.A. Recorrido: Renê Zamlutti. Relator: Ministro José Dantas. Brasília, DF, 2 de dezembro de 1994. DJ 20/3/1995. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 nov. 2008.

ras possuíam carta-patente conferida pelo Banco Central autorizando seu funcionamento, mas dentro de um número limitado e de um ambiente com forte regulação e presença estatal. Assim, a forma que as instituições encontraram de expandir seus negócios e consolidar o setor bancário foi a aquisição de outras instituições, visando não somente a sua rede de agências e clientes, mas também a carta-patente.⁷⁵ Assim, o valor de incorporação era calculado com base no patrimônio líquido, sendo que o valor de controle era estabelecido adicionando-se, ainda, o valor da carta-patente.

Contudo, os acionistas minoritários dessas instituições financeiras recebiam tão somente na troca entre ações quando da incorporação valores baseados no patrimônio líquido das duas companhias, sem levar-se em conta a carta-patente, o que acarretava enorme prejuízo, principalmente aos preferencialistas.

Ao trazer à baila o problema relativo ao rateio dos intangíveis da companhia, inspirados no exemplo brasileiro das alienações das instituições financeiras, Comparato e Salomão Filho⁷⁶ percebem que o problema é muito mais amplo e que seu correto entendimento se faz necessário, a fim de possibilitar a proteção dos acionistas minoritários, em especial os preferencialistas. Com efeito, sempre que na aquisição de controle de determinada companhia, por meio das informações prestadas referentes ao negócio, restar implícito que o objetivo é dispor da organização empresarial, perceber-se-á um prejuízo iminente ao minoritário.⁷⁷

Em tais hipóteses, o direito de retirada por si só não tem o condão de substituir com a mesma eficácia protetiva a oferta pública, na qual os minoritários também recebem o sobrepreço pago pelas ações integrantes do bloco de controle. Primeiramente, isso se deve ao fato de que a jurisprudência e doutrina majoritárias não incluem os intangíveis na contabilização do valor da retirada.⁷⁸ Ademais, e este sim, ao que parece, é o argumento mais contundente no sentido de que o direito de retirada não substitui a oferta pública, na hipótese de retirada o ônus recai sobre a sociedade, e não sobre o adquirente do controle.⁷⁹ Ou seja, além de adquirir patrimônio da empresa (na hipótese da alienação com fins de disposição da organização empresarial) sem repartir os valores relativos aos intangíveis da companhia com os demais acionistas, o

⁷⁵ COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 270.

⁷⁶ COMPARATO; SALOMÃO FILHO, op. cit., p. 272.

⁷⁷ COMPARATO; SALOMÃO FILHO, loc. cit.

⁷⁸ ESTRELLA, Hernani. **Apuração dos haveres de sócio**. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 197.

⁷⁹ COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 272.

adquirente ainda distribuirá o ônus da retirada sobre todos os sócios, inclusive os minoritários. Assim, em tais casos, além de acarretar problemas em relação à capitalização da sociedade, mostra-se por demais injusto impor à companhia um ônus que compete ao controlador, uma vez que a contraprestação, que é a aquisição de controle, somente a ele favorece.

Apesar de revogado o artigo 255⁸⁰ da Lei nº 6.404/76, que em seu parágrafo primeiro garantia tratamento equitativo entre os acionistas da companhia aberta sujeita à autorização, seja por meio de oferta pública ou por participação nos intangíveis da empresa, não se pode concluir que tal direito dos minoritários não mais subsiste. Ocorre justamente o contrário, visto que a revogação do referido dispositivo implica o tratamento igualitário a todos os acionistas, e não somente nas sociedades sujeitas à autorização. Contudo, tal tratamento igualitário passa a ter como fonte o dever fiduciário do controlador em relação a todos os minoritários⁸¹, nos termos do artigo 116, parágrafo único, da lei societária brasileira.

Contudo, essa obrigação decorrente do dever fiduciário não se verifica em todas as hipóteses de alienação do controle. De fato, não se pode deixar de considerar as diferenças estabelecidas no direito societário brasileiro entre as ações ordinárias e preferenciais, de modo que a inclusão das ações preferenciais em oferta pública decorrente da alienação do controle de companhia aberta somente poderá ocorrer quando o valor do controle se confundir com o valor dos intangíveis da companhia, caso em que não se justifica tratamento diferenciado entre as espécies acionárias.

Assim, tem-se que o *tag along* previsto no artigo 254-A da Lei nº 6.404/76, impondo a oferta pública somente às ações ordinárias, tem aplicação quando se estiver diante de uma alienação de controle pura, com o objetivo de continuidade da atividade empresarial. Por outro lado, quando pela finalidade do negócio for possível concluir que se trata de alienação cujo objetivo é a disposição da organização empresarial, pode-se concluir pela extensão da oferta a todos os acionistas. Nessa última hipótese, também não há sentido em se falar na limitação de 80%, já que não se trata de aplicação do artigo 254-A da Lei nº 6.404/76, mas sim de direito oriundo da quebra do dever fiduciário do controlador (artigo 116, parágrafo único, da lei societária).

⁸⁰ BRASIL, 1976.

⁸¹ COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 273.

3 O *tag along* como instrumento para desenvolvimento do mercado de capitais

Percebe-se que foram tecidas considerações a respeito das espécies de controle observadas na legislação societária brasileira, bem como do modelo adotado no que tange à titularidade do prêmio pago na hipótese de alienação. Assim, levando em conta os fatores que servem de parâmetro para a formação do valor do controle e diferenciando-os da alienação da própria organização empresarial conforme anteriormente exposto, passa-se agora a analisar a utilidade, do ponto de vista econômico, do *tag along* no desenvolvimento do mercado de capitais.

Como referido anteriormente, no tópico que tratou da formação do valor do prêmio pago na alienação do controle em uma companhia aberta, a falta de informações ao alcance do mercado quanto aos benefícios auferidos pelo controlador é fator que ocasiona a saída de minoritários da sociedade e reduz a liquidez e dispersão acionária do mercado de capitais.

Assim, tem-se que a oferta pública *a posteriori* (*tag along*) serve como mecanismo gerador de liquidez para o investidor minoritário, atraindo-o para o investimento ainda que ele desconheça o alcance de todos os benefícios auferidos pelo controlador, uma vez que, por força de eventual cessão de controle, tem a garantia de que receberá, no mínimo, valor correspondente a 80% daquele pago sobre as ações integrantes do bloco de controle.

Todavia, como bem ressalva Prado⁸², apesar de o *tag along* funcionar como um mecanismo que proporciona o aumento de liquidez à medida que possibilita ao investidor uma saída (evitando, dessa maneira, o que muitos chamam de "efeito brete", ou seja, o afastamento do investidor devido à não visualização de uma forma de saída), o mesmo não substitui a necessidade de um mercado secundário desenvolvido e com boa liquidez. De fato, a autora observa que a oferta pública obrigatória privilegia mais o investidor de curto prazo, mas sem esquecer que o denominado especulador também tem importância no desenvolvimento do mercado secundário, ainda mais em países emergentes, como é o caso do Brasil.

Ainda que o *tag long* sirva como ferramenta que possibilita a saída do acionista minoritário da companhia, o que em tese poderia contribuir para reduzir a liquidez ao invés de aumentá-la, não se pode esquecer que a realidade do mercado de capitais é distorcida. No Brasil, as grandes companhias surgem artificialmen-

⁸² PRADO, 2006.

te no seio do Estado, mediante leis de incentivo fiscal e financeiro. O controle é extremamente concentrado e o controlador também é artificialmente incentivado a abrir o capital para obter vantagens fiscais e financeiras junto ao Estado. Por outro lado, também o investidor não procura o mercado financeiro como forma de investir na companhia para tomar parte do negócio e ter um bom retorno financeiro, mas sim pelas vantagens fiscais que são oferecidas (redução da carga tributária, como o Imposto de Renda da Pessoa Física, por exemplo).⁸³

Logo, percebe-se que a realidade do mercado de capitais brasileiro é distorcida (também é verdade que isso vem se alterando nos últimos anos), fugindo da lógica natural do empresário que vem buscar recursos junto à iniciativa privada e do investidor que aplica seu capital em busca de um retorno maior do que a poupança do sistema financeiro. Dessa forma, o *tag along* apresenta-se como uma reação do ordenamento jurídico a essa situação tópica, à medida que se parte do pressuposto de que as normas e práticas do mercado não visam a incentivar a permanência do acionista minoritário na companhia. Ou seja, o *tag along* pode ser considerado um dispositivo de defesa do acionista minoritário inserido em face da necessidade externada pelo próprio mercado, visto que a sua existência tem como pressuposto uma deficiência estrutural nas informações disponíveis. Portanto, ainda que não o faça expressamente, ao inserir o artigo 254-A na Lei nº 6.404/76, o legislador acaba por reconhecer a existência de benefícios insusceptíveis de mensuração pelos minoritários auferidos pelo controlador em prejuízo daqueles.

A possibilidade de os controladores expropriarem bens em seu benefício particular foi observada por Nenova em seu importante trabalho realizado na Universidade de Harvard.⁸⁴ A autora observa que o percentual de variação da expropriação ilícita varia muito, de acordo com o país que for analisado. Na Dinamarca, por exemplo, foi observado o ágio de controle mais baixo do mundo (em torno de 1%), enquanto no México o percentual pode chegar a até 51% (no Brasil varia entre 25% e 33% do valor de mercado da empresa). Ou seja, quanto maior o ágio, maior é a expropriação dos controladores em detrimento da companhia e demais acionistas. No exemplo citado da Dinamarca, a expropriação é praticamente inexistente, o que torna o ágio irrelevante, já que o mercado já especificou as ações de acordo com o retorno econômico da companhia, não havendo fatores desconhecidos (fatores estes ilícitos ao se considerar a expropriação de bens pelo controlador) a serem considerados.

⁸³ PRADO, 2006.

⁸⁴ NENOVA, 2001.

Nesse contexto, Black⁸⁵, ao estudar o tema, constatou que os maiores ágios de controle foram identificados por ocasião da privatização das petrolíferas russas devido ao fato de ser a Rússia um país com cultura de administradores e controladores que buscam usurpar direitos dos minoritários.

Assim, pode-se concluir que o Brasil, a despeito da melhora gradual verificada nos últimos anos, possui grandes distorções em seu mercado de capitais, o que faz com que o prêmio pago na alienação de controle de determinada companhia seja uma combinação da capacidade da empresa de gerar lucros com a possibilidade de expropriar tais valores dos minoritários. Ou seja, o prêmio pago é em parte mensurado em virtude da possibilidade que a companhia tem de gerar lucro em favor apenas do controlador.

Logo, em um ambiente como o mercado de capitais brasileiro, o *tag along* faz todo o sentido, como forma de amenizar a situação de expropriação a que fica o minoritário suscetível. Enquanto os problemas relativos à liquidez, dispersão acionária, eficiência do mercado e proteção jurídica dos minoritários não forem sanados, a oferta pública obrigatória exercerá função minimizadora dessas distorções, possibilitando a atração do investidor para o mercado de capitais.

Por fim, percebe-se que, muito embora o *tag along* tenha suas premissas oriundas dos Estados Unidos, a sua construção legal se desenvolve em países com mercados desajustados, como é o caso do Brasil. Isto é, a oferta pública obrigatória somente aplicada no caso concreto nos Estados Unidos e que tem como fundamento a quebra do dever fiduciário por parte do controlador, no Brasil, é a regra. É como se o legislador nacional reconhecesse que a quebra da fiducia e a expropriação de bens das empresas em proveito do controlador são a situação de normalidade a ser corrigida no nosso mercado de capitais.

Conclusão

O tratamento dispensado ao *tag along* pelo legislador brasileiro torna árdua a tarefa do jurista que busca encontrar um fundamento jurídico para sua existência. Como visto, o artigo 254-A da Lei nº 6.404/76 não pode ser considerado como uma norma que objetiva a igualdade entre os acionistas. Primeiramente, pelo fato de que a lei reconhece, ainda que indiretamente, que o controle pertence ao acionista majoritário, ou seja, a estrutura enxergada pelo legislador é a da existência de um controlador com a maioria

⁸⁵ BLACK, Bernard. Does Corporate Governance Matter? A Crude Test Using Russian Data. **Law Review**, Pennsylvania, v. 149, nº 6, p. 2131-2151?, jun. 2001.

das ações ordinárias com direito a voto da companhia. Ademais, a limitação da obrigação de oferta pública somente aos acionistas detentores de ações ordinárias, desconsiderando, portanto, os preferencialistas, bem como limitando, em relação aos demais, a obrigação do ofertante em 80% do valor pago por cada ação integrante do bloco de controle, faz crer que não se trata de norma que busca a igualdade entre acionistas.

Assim, conforme desenvolvido ao longo da presente pesquisa, o *tag along* somente pode ser compreendido e interpretado com base em uma análise econômica do Direito. Com efeito, partindo da observação das consequências da oferta pública obrigatória no mercado de capitais, percebe-se que se trata de um mecanismo de utilidade econômica que busca atrair o investidor em face da situação comum de expropriação sofrida por parte dos minoritários, bem como da assimetria de informações existentes no mercado. De outra forma, não seria possível justificar que a limitação da oferta fosse fixada em apenas parte do valor pago pelas ações do bloco de controle.

Contudo, como mecanismo de incentivo que visa a desenvolver o mercado de capitais brasileiro, o *tag along* da nossa legislação societária ainda deixa muito a desejar, seja pelo fato de o controlador ainda se apropriar de 20% do valor pago pelo prêmio, seja em virtude da não inclusão das ações preferenciais na oferta.

Ademais, é preciso lembrar que no Brasil os investidores pessoa física e os pequenos acionistas são, em sua esmagadora maioria, detentores de ações preferenciais e muitas vezes saem extremamente prejudicados quando da alienação de controle da empresa. Ou seja, a estrutura das grandes empresas no Brasil, assim consideradas aquelas que compõem o índice do IBOVESPA (os 50 papéis mais negociados na Bolsa de São Paulo), é composta por um bloco sólido de controle com poucas ações ordinárias em circulação em que todo o restante do capital oriundo dos investidores divide-se em ações preferenciais. Assim, como deixar de incluir as ações preferenciais na oferta pública obrigatória, se esses acionistas são, em sua esmagadora maioria, os minoritários das empresas de capital aberto no Brasil?

Enfim, percebe-se que o *tag along* no Brasil cumpre muito precariamente a função para a qual foi criado, e, como historicamente ocorreu com o direito societário pátrio, os interesses do mercado como um todo que possibilitariam o desenvolvimento da economia por meio da capitalização das empresas via captação da poupança popular não são os que mais influenciam o legislador. Dessa forma, ou amplia-se a tímida proteção conferida no artigo 254-A

da Lei nº 6.404/76 ou o mercado de capitais brasileiro ainda levará muitos anos para chegar a um nível de desenvolvimento adequado que lhe permita cumprir o seu papel.

Referências

- ANDREWS, William D. The stockholder's right to equal opportunity on the sale of shares. **Harvard Law Review**, v. 78, p. 505-563, 1965.
- ASCARELLI, Tullio. **Iniciación al estudio del Derecho Mercantil**. Barcelona: BOSCH, 1964.
- ASQUINI, Alberto. Profili dell'impresa. **Rivista del Diritto Commerciale e del diritto Generale delle Obbligazioni**, Padova, v. 41, 1943.
- BAYNE, David. Corporate control as a strict trustee. **The Georgetown Law Journal**, Washington, v. 53, n. 3, p. 543-584, 1965.
- BERLE JR., Adolf Augustus; MEANS, Gardiner. **The modern corporation and private property**. Nova Jersey: Transaction Publishers, 2006.
- BLACK, Bernard. Does Corporate Governance Matter? A Crude Test Using Russian Data. **Law Review**, Pennsylvania, v. 149, n. 6, p. 2131-2151, jun. 2001.
- BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. D.O.U 17/12/1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm>. Acesso em: 20 dez. 2008.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Sociedade Anônima. Aquisição do controle acionário. Controle acionário visando a posterior incorporação, hipótese em que as ações preferenciais devem também ser objeto de oferta pública de aquisição. Circunstância incoorrente no acórdão-paradigma. Embargos de divergência não conhecidos por não caracterizado o dissenso. Recurso Especial nº 3.483-4/PR. Recorrente: Banco Bamerindus do Brasil S.A. Recorrido: Renê Zamlutti. Relator: Ministro José Dantas. Brasília-DF, 2 de dezembro de 1994. DJ 20/3/1995, p. 6073. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 nov. 2008.
- CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. **A nova Lei das S/A**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CHAMPAUD, Claude. **Le pouvoir de concentration de la société par actions**. Paris: Sirey, 1962.
- COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- EASTERBROOK, Frank H; FISCHEL, Daniel R. Corporate control transactions. **Yale Law Journal** New Haven, n. 91, p 698-737, 1982. p. 91-968.
- ESTRELLA, Hernani. **Apuração de haveres do sócio**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- FAMA, Eugene F. Efficient Capital Markets: A Review of Theory and Empirical Work. **The journal of Finance**, New York, v. 25, n. 2, p. 383-417, maio 1970.

- MANNE, Henry G. Mergers and the market for corporate control. **Journal of Politics and Economics**. Chicago, v. 73, n. 2, p. 110-120, abr. 1965. p. 73-116.
- NENOVA, Tatiana. The Value of Corporate Votes and Control Benefits: A Cross-country Analysis. jul. 2001. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=237809>>. Acesso em: 20 dez. 2008.
- POSNER, Richard. **Economic analysis of law**. 3. ed. Boston: Little Brown, 1986.
- PRADO, Roberta Nioac. Fundamentos Jurídicos e Econômicos da OPA a posteriori (*tag along*) e a questão sob a ótica de empresas que praticam boas práticas de governança corporativa. **Revista de Direito da Fundação Getúlio Vargas**, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 167-190, jan.-jun. 2006.
- _____. **Oferta pública de ações obrigatória nas S.A – Tag along**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- RATHENAU, Walter. **Von Kommenden Dingen**. Berlim: S. Fischer, 1924.
- REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 21. ed. São Paulo: Saraiava, 1998.
- WALD, Arnoldo. Do descabimento da oferta pública de compra em relação às ações preferenciais. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, ano XXI , n. 45, p. 9-19, 1982.
- ZINGALES, Luigi. What Determines the Value of Corporate Votes? **Quartely Journal of Economics**, p. 1047-1072, nov. 2005. Disponível em: <<http://faculty.chicagobooth.edu/luiji.zingales/research/papers/value.pdf>>. Acesso em: 8 nov. 2009.



PARTE 2

JURISPRUDÊNCIA



Superior Tribunal de Justiça

Ação civil pública. Eficácia. Limites. Jurisdição do Órgão prolator

EMENTA OFICIAL

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EFICÁCIA. LIMITES. JURISDIÇÃO DO ÓRGÃO PROLATOR.

1. Consoante entendimento consignado nesta Corte, a sentença proferida em ação civil pública fará coisa julgada *erga omnes* nos limites da competência do órgão prolator da decisão, nos termos do art. 16 da Lei nº 7.347/85, alterado pela Lei nº 9.494/97. Precedentes.

2. Embargos de divergência acolhidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, acolher os embargos de divergência. Os Ministros Aldir Passarinho Junior, Nancy Andrighi, Sidnei Beneti, Luis Felipe Salomão, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ/BA) e Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP) votaram com o Ministro Relator. Impedido o Ministro Massami Uyeda.

Brasília, 09 de setembro de 2009. (data de julgamento)

MINISTRO FERNANDO GONÇALVES, Relator.

EREsp 399.357/SP - DJe 14/12/09.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES:

Versa a espécie acerca de embargos de divergência interpostos por BANCO DE CRÉDITO NACIONAL S/A contra acórdão da Terceira Turma desta Corte, cuja ementa tem o seguinte teor:

"PROCESSO CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO COLETIVA AJUIZADA POR ASSOCIAÇÃO CIVIL EM DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS DEVIDOS EM CADERNETA DE POUPANÇA EM JANEIRO DE 1989. DISTINÇÃO ENTRE EFICÁCIA DA SENTENÇA E COISA JULGADA. EFICÁCIA NACIONAL DA DECISÃO.

- A Lei da Ação Civil Pública, originariamente, foi criada para regular a defesa em juízo de direitos difusos e coletivos. A figura dos direitos individuais homogêneos surgiu a partir do Código de Defesa do Consumidor, como uma terceira categoria equiparada aos primeiros, porém ontologicamente diversa.

- Distinguem-se os conceitos de eficácia e de coisa julgada. A

coisa julgada é meramente a imutabilidade dos efeitos da sentença. O art. 16 da LAP, ao impor limitação territorial à coisa julgada, não alcança os efeitos que propriamente emanam da sentença.

- Os efeitos da sentença produzem-se "*erga omnes*", para além dos limites da competência territorial do órgão julgador. Recurso Especial improvido." (fls. 1155)

Afirma o embargante não subsistir o julgado em comento, por quanto a eficácia da sentença proferida em ação civil pública sobre expurgos inflacionários devidos em caderneta de poupança é restrita aos limites da competência do órgão prolator, conforme ressalvi dos precedentes, emanados da Quarta Turma, REsp nº 253.589/SP e REsp nº 293.407/SP, rel. o Min. Ruy Rosado de Aguiar, assim ementados:

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Caderneta de poupança. Relação de consumo. Código de Defesa do Consumidor. Legitimidade do IDEC. Cabimento da ação. Correção monetária. Janeiro/89. Eficácia *erga omnes*. Limite.

- A relação que se estabelece entre o depositante das cadernetas de poupança e o banco é de consumo, e a ela se aplica o CDC.

- Cabe ação civil pública para a defesa do direito individual homogêneo.

- O IDEC tem legitimidade para promover a ação.

- A eficácia *erga omnes* circunscreve-se aos limites da jurisdição do tribunal competente para julgar o recurso ordinário.

- A correção monetária do saldo de poupança em janeiro/89 deve ser calculada pelo índice de 42,72%.

- Recurso conhecido em parte e parcialmente provido." (REsp 253.589/ SP, DJ 18/03/2002)

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA . Eficácia *erga omnes*. Limite.

A eficácia *erga omnes* circunscreve-se aos limites da jurisdição do tribunal competente para julgar o recurso ordinário. Recurso conhecido e provido." (REsp 29.3407/ SP, DJ 07/04/2003)

Admitidos os embargos (fls. 1.220), foi apresentada impugnação (fls. 1.256-1.282).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES (RELATOR):

De início, no tocante ao conhecimento dos embargos, registre-se que as bases fáticas dos arrestos confrontados são idênticas, sendo certo que a solução jurídica foi diversa em cada um deles.

Enquanto o acórdão embargado afasta a aplicação da regra do art. 16 da LACP, nas ações coletivas em defesa de interesses individuais e homogêneos dos consumidores, porque a matéria é regida, especificamente, pelo art. 103 do Código de Defesa do Consumidor e determina a eficácia da sentença em todo território nacional, os paradigmas apresentados pelo embargante afirmam que a "*eficácia erga omnes circunscreve-se aos limites da jurisdição do tribunal competente para julgar o recurso ordinário*".

Nesse contexto, a divergência resta configurada, uma vez observados os ditames do art. 266, § 1º, do RISTJ.

A hipótese versada nos autos é de ação civil pública proposta pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC - pleiteando complemento de diferença de correção monetária devido em caderneta de poupança em janeiro de 1989.

Julgada improcedente no Juízo de primeiro grau, foi interposta apelação perante o Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, que dá provimento para condenar o Banco de Crédito Nacional S.A a pagar a diferença entre a inflação apurada no mês de janeiro de 1.989, de 42,72% e o índice creditado no mês subsequente aos titulares de caderneta de poupança, estendendo os efeitos da decisão a todos os associados do IDEC residentes no território nacional, consoante regra estabelecida no artigo 103, inciso III, do CDC.

Manejado recurso especial, foi negado provimento pela Ministra Nancy Andrighi, que reconhece a eficácia *erga omnes* das sentenças proferidas em ações coletivas propostas por associações, na defesa de direitos e interesses de seus associados, sem limite territorial.

Assiste razão ao embargante.

Com efeito, no julgamento do EREsp nº 293407/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, foi pacificado, pela Corte Especial, o entendimento de que a sentença proferida em ação civil pública fará coisa julgada *erga omnes* nos limites da competência territorial do

órgão prolator da decisão, nos termos do art. 16 da Lei nº 7.347/85, alterado pela Lei nº 9.494/97.

São os termos da ementa:

"EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AUSÊNCIA DE DISSENTO ENTRE OS ARESTOS CONFRONTADOS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SENTENÇA. EFEITOS ERGA OMNES. ABRANGÊNCIA RESTRITA AOS LIMITES DA COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO PROLATOR.

1. Não há falar em dissídio jurisprudencial quando os arrestos em confronto, na questão em foco, decidem na mesma linha de entendimento.

2. Nos termos do art. 16 da Lei nº 7.347/85, alterado pela Lei nº 9.494/97, a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes* nos limites da competência territorial do órgão prolator.

3. Embargos de divergência não-conhecidos." (EREsp 293.407/ SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, DJ 01/08/2006)

No mesmo sentido:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. DISSÍDIO NOTÓRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CADERNETA DE POUPANÇA. RELAÇÃO DE CONSUMO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CORREÇÃO MONETÁRIA. JANEIRO/89. COISA JULGADA. LIMITES. DISSENTO JURISPRUDENCIAL SUPERADO. SÚMULA 168/STJ.

1. A sentença na ação civil pública faz coisa julgada *erga*

omnes nos limites da competência territorial do órgão prolator, nos termos do art. 16 da Lei nº 7.347/85, com a novel redação dada pela Lei 9.494/97. Precedentes do STJ: EREsp 293407/ SP, CORTE ESPECIAL, DJ 01.08.2006; REsp 838.978/ MG, PRIMEIRA TURMA, DJ 14.12.2006 e REsp 422.671/ RS, PRIMEIRA TURMA, DJ 30.11.2006.

2. *In casu*, embora a notoriedade do dissídio enseje o conhecimento dos embargos de divergência, a consonância entre o entendimento externado no acórdão embargado e a hodierna jurisprudência do STJ, notadamente da Corte Especial, conduz à inarredável incidência da Súmula 168, do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*: "Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado." 3. Agravo regimental desprovido, mantida a inadmissibilidade dos embargos de divergência, com supedâneo na Súmula 168/STJ." (AgRg nos EREsp 253589/ SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, DJe 01/07/2008)

De outra banda, cumpre assinalar, em consonância com os ven. acórdãos paradigmas que, na atualidade, *legem patemus*, qual seja o art. 2º da Lei 9.494/97 (MP 2.180-35/2001), dando nova redação ao art. 16 da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, *verbis*:

"Art. 2º. O art. 16 da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator."

Assim, acolho os embargos de divergência.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

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

A Seção, por unanimidade, acolheu os Embargos de Divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, Nancy Andrighi, Sidnei Beneti, Luis Felipe Salomão, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ/BA) e Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Massami Uyeda.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília, 09 de setembro de 2009.

RICARDO MAFFEIS MARTINS
Secretário

Superior Tribunal de Justiça

Recurso Repetitivo. Ação Coletiva. Macro-lide. Correção de saldos de cadernetas de poupança. Sustação de andamento de ações individuais. Possibilidade.

EMENTA OFICIAL

RECURSO REPETITIVO. PROCESUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA. MACRO-LIDE. CORREÇÃO DE SALDOS DE CADERNETAS DE POUPANÇA. SUSTAÇÃO DE ANDAMENTO DE AÇÕES INDIVIDUAIS. POSSIBILIDADE.

1. Ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva.

2. Entendimento que não nega vigência aos arts. 51, IV e § 1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º do Código de Processo Civil, com os quais se harmoniza, atualizando-lhes a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a diretriz legal resultante do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei dos Recursos Repetitivos (Lei nº 11.672, de 8.5.2008).

3.- Recurso Especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribu-

nal de Justiça, por maioria, negar provimento ao Recurso Especial, vencido o Sr. Ministro Honildo Amaral (Desembargador convocado do TJ/AP).

Para os efeitos do artigo 543-C, do CPC, ajuizada ação coletiva, suspendem-se as ações individuais até o julgamento da ação coletiva.

Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ/BA), Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator. Impedido o Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS).

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília, 28 de outubro de 2009 (Data do Julgamento)

Ministro SIDNEI BENETI

Relator

REsp nº 1.110.549 - RS. DJE 14/12/2009.

RELATÓRIO

RELATOR: MINISTRO SIDNEI BENETI:

1. EDVIGES MISLERI FERNANDES interpõe Recurso Especial contra Acórdão proferido pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Relator Desembargador

SÉRGIO LUIZ GRASSI BECK), proferido em sede de Agravo Interno no Agravo de Instrumento, confirmado decisão de 1º Grau, proferida em ação movida por depositante de caderneta de poupança visando ao recebimento de correção monetária que seria devida em virtude de Planos Econômicos, suspendendo o processo individual dada a existência de ação coletiva antes instaurada.

O Acórdão recorrido está assim ementado (fls. 57):

AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA NEGANDO SEGUIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MANTIDA POR SEUS FUNDAMENTOS, NÃO ALTERADA PELAS RAZÕES RECURSAIS.
NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

2. Em suas razões, alega a recorrente violação dos arts. 51, IV e § 1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º do Código de Processo Civil, sustentando, em síntese o descabimento da suspensão da demanda individual em virtude do ajuizamento da ação coletiva pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Argumenta que *não tem interesse individual que sua ação fique suspensa e baixada até o trânsito em julgado da ação coletiva, eis que além de aumentar o tempo de conclusão da sua ação individual, os seus pedidos sucessivos ao principal são diversos aos formulados na ação coletiva referida na deci-*

são recorrida, causando visível prejuízo à mesma (fls. 78).

3. O Recurso foi admitido na origem (fls. 105/108) e selecionado, conforme o disposto no art. 543-C, § 1º, do CPC, como representativo da controvérsia (fls. 111/112).

4. Instado, o Ministério Públco Federal, na pessoa do Dr. PEDRO HENRIQUE TÁVORA NIESS, opinou pelo não conhecimento do recurso (fls. 153/155), por não ter a recorrente informado o permissivo constitucional que embasa o seu inconformismo.

É o relatório.

VOTO

RELATOR: MINISTRO SIDNEI BENETI:

5. Inicialmente, cumpre consignar que a ação coletiva que ensejou a suspensão (decisão - fls. 12) da ação individual em tela foi proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO contra o BANCO SANTANDER BANESPA S.A (processo nº 001/1.07.0104379-6) e não pela Defensoria Pública Estadual, como afirma a recorrente.

De qualquer forma, o pormenor não é relevante, no tipo de questão, pois o que importa é o tema central posto pelo presente recurso, ou seja, a suspensão, nos termos da legislação atual, do andamento de milhares de processos, para o aguardo de prévio julgamento da mesma tese jurídica de fundo neles contida, bastando a certeza, no caso, da legitimidade para propositura de Ação Civil Pública, o que é inquestionável no caso, por se tratar do Ministério

Público (Lei da Ação Civil Pública, CPC, art. 5º, I).

6. Pertinente ao fundamento para o não conhecimento do Recurso Especial, apontado pelo Ministério Público Federal, qual seja, a ausência de indicação do permissivo constitucional viabilizador da instância especial, cumpre ressaltar diversos julgados nesta Corte no sentido de que, não obstante a ausência de indicação da alínea do inciso III do art. 105 da Constituição Federal em que se funda o recurso, este é viável desde que a petição recursal indique de forma clara os dispositivos infraconstitucionais entendidos como violados, como ocorreu no presente caso.

Nesse sentido os seguintes precedentes: AgRg no REsp 948.326/MG, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, DJe 19/12/2008; EDcl no REsp 974304/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, DJe 05/08/2008; AgRg no REsp 845134/SP, Min. FRANCISCO FALCÃO, DJ 23.10.2006; REsp 96070/RS, Min. JOSE DE JESUS FLHO, DJ 17.03.1997.

Ademais, trata-se de recurso representativo da controvérsia em que os rigores formais de admissibilidade devem ser mitigados, diante relevância da tese principal, a fim de que se cumpra o que a Lei atualmente determina, ou seja, que o Tribunal julgue de vez, com celeridade e consistência, a macro-lide multitudinária, que se espalha em milhares de processos, cujo andamento individual, repetindo o julgamento da mesma questão milhares de vezes, leva ao verdadeiro estrangulamento dos órgãos jurisdicionais, em prejuízo

da totalidade dos jurisdicionados, entre os quais os próprios litigantes do caso.

7. Quanto ao tema de fundo, deve-se manter a suspensão dos processos individuais, determinada pelo Tribunal de origem, à luz da legislação processual mais recente, mormente ante a Lei dos Recursos Repetitivos (Lei 11.672, de 8.5.2008), sem contradição com a orientação que antes se firmara nos termos da legislação anterior, ou seja, ante a só consideração dos dispositivos da Lei da Ação Civil Pública.

O enfoque jurisdicional dos processos repetitivos vem decididamente no sentido de fazer agrupar a macro-lide neles contida, a qual em cada um deles identicamente se repete, em poucos processos, suficientes para o conhecimento e a decisão de todos os aspectos da lide, de modo a cumprir-se a prestação jurisdicional sem verdadeira inundação dos órgãos judiciais pela massa de processos individuais, que, por vezes às centenas de milhares, inviabilizam a atuação judiciária.

Efetivamente o sistema processual brasileiro vem buscando soluções para os processos que repetem a mesma lide, que se caracteriza, em verdade, como uma macro-lide, pelos efeitos processuais multitudinários que produz.

Enorme avanço da defesa do consumidor realizou-se na dignificação constitucional da defesa do consumidor (CF/1988, arts. 5º, XXXII, e 170, V). Seguiu-se a construção de sede legal às ações coletivas (CDC, art. 81, e seu par.

ún., I, II e III). Veio, após, a instrumentalização processual por intermédio da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85, art. 1º, II), que realmente abriu o campo de atuação para o Ministério Público e de tantas relevantíssimas entidades de defesa do consumidor, de Direito Público ou Privado.

Mas o mais firme e decidido passo recente no sentido de "enxugamento" da multidão de processos em poucos autos pelos quais seja julgada a mesma lide em todos contida veio na recente Lei dos Recursos Repetitivos (Lei 11.672, de 8.5.2008), que alterou o art. 543-C do Código de Processo Civil, para "quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito" - o que é, sem dúvida, o caso presente.

8. No atual contexto da evolução histórica do sistema processual relativo à efetividade da atividade jurisdicional nos Tribunais Superiores e nos próprios Tribunais de origem, as normas processuais infraconstitucionais devem ser interpretadas teleologicamente, tendo em vista não só a realização dos direitos dos consumidores mas também a própria viabilização da atividade judiciária, de modo a efetivamente assegurar o disposto no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, de forma que se deve manter a orientação firmada no Tribunal de origem, de aguardo do julgamento da ação coletiva, prevalecendo, pois, a suspensão do processo, tal como determinado pelo Juízo de 1º Grau e confirmado pelo Acórdão ora recorrido.

Atualizando-se a interpretação jurisprudencial, de modo a adequar-se às exigências da realidade processual de agora, deve-se interpretar o disposto no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, preservando o direito de ajuizamento da pretensão individual na pendência de ação coletiva, mas suspendendo-se o prosseguimento desses processos individuais, para o aguardo do julgamento de processo de ação coletiva que contenha a mesma macro-lide.

A suspensão do processo individual pode perfeitamente dar-se já ao início, assim que ajuizado, porque, diante do julgamento da tese central na Ação Civil Pública, o processo individual poderá ser julgado de plano, por sentença liminar de mérito (CPC, art. 285-A), para a extinção do processo, no caso de insucesso da tese na Ação Civil Pública, ou, no caso de sucesso da tese em aludida ação, poderá ocorrer a conversão da ação individual em cumprimento de sentença da ação coletiva.

9. Não há incongruência, mas, ao contrário, harmonização e atualização de interpretação, em atenção à Lei de Recursos Repetitivos, com os julgados que asseguraram o ajuizamento do processo individual na pendência de ação coletiva - o que, de resto, é da literalidade do aludido art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, cujo *caput* dispõe que "a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo".

O direito ao *ajuizamento individual* deve também ser assegurado, no caso de processos multitudinários repetitivos, porque, se não o fosse, o autor poderia sofrer consequências nocivas ao seu direito, decorrentes de accidentalidades que levassem à frustração circunstancial, por motivo secundário, do processo principal, mas esse *ajuizamento* não impede a suspensão.

A interpretação presente preserva a faculdade de o autor individual acionar (*poderá*, diz o art 81 do Código de Defesa do Consumidor) e observa precedentes deste Tribunal, não fulminando o processo individual pela litispendência (REsp 14.473, 3ª Turma, Rel. Min. EDUARDO RIBEIRO, DJ 16.3.98 e REsp 160.288, 4ª Turma, Rel. Min. BARROS MONTEIRO, DJ 13.8.01), precedentes esses que, ainda recentemente levaram a julgamento nesse sentido pela 3ª Turma, inclusive com o voto concordante do subscritor do presente (REsp 1.037.314, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, DJ 20.6.2008).

Mas a faculdade de suspensão, nos casos multitudinários abre-se ao Juízo, em atenção ao interesse público de preservação da efetividade da Justiça, que se frustra se estrangulada por processos individuais multitudinários, contendo a mesma e única lide, de modo que válida a determinação de suspensão do processo individual, no aguardo do julgamento da macro-lide trazida no processo de ação coletiva.

A interpretação não se antagoniza, antes se harmoniza à luz

da Lei dos Processos Repetitivos, com os precedentes desta Corte antes assinalados.

Note-se que não bastaria, no caso, a utilização apenas parcial do sistema da Lei dos Processos Repetitivos, com o bloqueio de subida dos Recursos ao Tribunal Superior, restando a multidão de processos, contudo, a girar, desgastante e inutilmente, por toda a máquina jurisdicional em 1º Grau e perante o Tribunal de Justiça competente, inclusive até a interposição, no caso, do Recurso Especial. Seria, convenha-se, longo e custoso caminho desnecessário, de cujo inútil trilhar os órgãos judiciários e as próprias partes conscientes concordarão em poupar-se, inclusive, repita-se, em atenção ao interesse público de preservar a viabilidade do próprio sistema judiciário ante as demandas multitudinárias decorrentes de macro-lides.

A suspensão dos processos individuais, portanto, repousa em entendimento que não nega vigência, aos arts. 51, IV e § 1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor, 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º do Código de Processo Civil, com os quais se harmoniza, apenas lhes atualizando a interpretação extraída de toda a potencialidade desses dispositivos legais.

10. Na identificação da macro-lide multitudinária, deve-se considerar apenas o capítulo principal substancial do processo coletivo.

No ato de suspensão não se devem levar em conta peculiaridades da contrariedade (p. ex., alegações diversas, como as de ilegitimidade

de parte, de prescrição, de irretroatividade de lei, de nomeação de gestor, de julgamento por Câmaras Especiais e outras que porventura surjam, ressalvada, naturalmente, a extinção devido à proclamação absolutamente evidente e sólida de pressupostos processuais ou condições da ação), pois, dada a multiplicidade de questões que podem ser enxertadas pelas partes, na sustentação de suas pretensões, o não sobrerestamento devido a accidentalidades de cada processo individual levaria à ineficácia do sistema.

Questões incidentais restarão no aguardo de eventual movimentação do processo individual no futuro, ou, se não houverem sido julgados antes, posteriormente serão julgadas no próprio bojo da defesa na execução de sentença coletiva.

Em decorrência da reserva de questões incidentais, não haverá nenhum prejuízo para as partes, pois, além da acentuada probabilidade de todas as questões possíveis virem a ser deduzidas nas ações coletivas, tem-se que, repita-se, se julgadas estas procedentes, as matérias poderão ser trazidas à contrariedade processual pelas partes na execução individual que porventura se instaure – não sendo absurdo, aliás, imaginar, em alguns casos, o cumprimento espontâneo, como se dá no dia-a-dia de vários setores da atividade econômico-produtiva, noticiados pela imprensa.

E sempre sobrará a possibilidade de intervenção como amicus

curiae, atendidos seus pressupostos, na dinâmica moderna dos processos coletivizados, como dá mostra a previsão recente na Lei dos Processos Repetitivos (Lei nº 11.672/2008).

11. Pelo exposto, nega-se provimento ao Recurso Especial.

Ministro SIDNEI BENETI
Relator

VOTO-VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP):

(...)

VOTO

O SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES: Sr. Presidente, acompanho o Sr. Ministro Relator, negando provimento ao recurso especial, com o adendo do Sr. Ministro Honildo de Mello Castro.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR: Sr. Presidente, acompanho o eminentíssimo Relator, louvando o voto de S. Exa.

Nego provimento ao recurso especial.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

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

A Seção, por maioria, negou provimento ao Recurso Especial,

vencido o Sr. Ministro Honildo Amaral (Desembargador convocado do TJ/AP).

Para os efeitos do artigo 543-C, do CPC, ajuizada ação coletiva, suspendem-se as ações individuais até o julgamento da ação coletiva.

Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ/BA), Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior e Nancy Andrighi votaram com o Sr.

Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS).

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília, 28 de outubro de 2009.

RICARDO MAFFEIS MARTINS

Secretário



Superior Tribunal de Justiça

FGTS. Débitos relativos ao não-recolhimento. Embargos à execução fiscal. Correção monetária. TR. Incidência. Art. 543-C, do CPC.

EMENTA OFICIAL

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. DÉBITOS RELATIVOS AO NÃO-RECOLHIMENTO DE FGTS. CORREÇÃO MONETÁRIA. TR. INCIDÊNCIA. RECURSO

ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC.

1. A TR é índice aplicável, a título de correção monetária, aos débitos do FGTS decorrentes dos valores recolhidos pelos fundistas e não repassados ao Fundo. Precedentes: REsp 992415/SC, Rel. Ministro José Delgado, DJ. 05/03/2008; REsp 654.365/SC, Rel. Min. Denisa Arruda, DJ 01/10/2007; REsp 480.328/PR, Rel. in. Denise Arruda, DJ 06/06/2005; REsp 830.495/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 23.11.2006.

2. É que a taxa SELIC não tem aplicação na hipótese, porquanto há previsão legal apenas para que incida sobre tributos federais, consoante o previsto no art. 13, da Lei 9.065/95, não se aplicando às contribuições do FGTS, que conforme assinalado, não têm natureza tributária.

3. Consectariamente, os débitos perante o FGTS possuem disciplina própria de atualização monetária e de cobrança de juros moratórios, prevista na Lei 8.036/

90, prescrevendo o mencionado diploma legal que sobre tais valores deve incidir a TR e juros de mora à razão de 0,5% ao mês, critérios que se adotam no caso em tela.

4. O art. 22, § 1º, da Lei 8.036/90 diz respeito a correção monetária e juros de mora a que está sujeito o empregador quando não efetua os depósitos ao FGTS, *verbis*:

Art. 22. O empregador que não realizar os depósitos previstos nessa Lei, no prazo fixado no art. 15, responderá pela incidência da Taxa Referencial - TR sobre a importância correspondente.

§ 1º Sobre o valor dos depósitos, acrescido da TR, incidirão, ainda, juros de mora de 0,5% a.m. (cinco décimos por cento ao mês) ou fração e multa, sujeitando-se, também, às obrigações e sanções previstas no Decreto-Lei no 368, de 19 de dezembro de 1968.

5. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar pro-

vimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Denise Arruda, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Hamilton Carvalhido e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Compareceu à sessão o Dr. André Banhara Barbosa de Oliveira, pela recorrente.

Brasília (DF), 11 de novembro de 2009(Data do Julgamento)

MINISTRO LUIZ FUX, Relator.

REsp nº 1.032.606 - DF. DJe 25/11/2009.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator): Trata-se de recurso especial interposto pela CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF, com fulcro no art. 105, III, "a", do permissivo constitucional, em face do acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. COBRANÇA DE DÉBITOS RELATIVOS AO FGTS. APLICAÇÃO DA TR/TRD COMO FATOR DE CORREÇÃO MONETÁRIA. ILEGITIMIDADE.

I - Consoante entendimento jurisprudencial já consagrado no âmbito de nossos Tribunais, afigura-se ilegítima a aplicação da TR/TRD, como fator de correção monetária do débito fiscal.

II - Apelações e remessa oficial desprovidas.

Foram opostos embargos de declaração, que restaram rejeitados nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO INEXISTENTE. CARÁTER INFRINGENTE DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE.

I - Inexistindo, no acórdão embargado, qualquer omissão, contradição ou obscuridade, afiguram-se incabíveis os embargos declaratórios, mormente quando manifestamente infringentes do julgado, como no caso, devendo a pretensão recursal ser deduzida na via processual adequada.

II - Embargos de declaração desprovidos.

Versam os autos acerca de embargos à execução opostos pela ora recorrente em face da execução fiscal promovida pela CEF em razão de não-recolhimento de parcelas do FGTS.

O juízo de primeira instância julgou parcialmente procedentes os embargos opostos, determinando a exclusão da TR como fator de correção monetária do débito fiscal, referente ao FGTS, substituindo-a pelo IPC.

Ambas as partes interpuseram recurso de apelação, tendo o TRF/1ª Região negado provimento aos recursos, nos termos da ementa supra destacada.

No recurso especial, pugna a Caixa Econômica Federal - CEF pela manutenção da incidência da TR sobre os débitos questionados, alegando-se violação aos arts. 13, caput; 22, §§ 1º e 2º, da Lei nº

8.036/90, bem como ao art. 9º da Lei nº 8.177/91, por intermédio da edição da redação dada pela Lei nº 8.218/91, cujo art. 30 assim dispõe:

Art. 30. O "caput" do artigo 9º, da Lei nº 8.177, de março de 1991, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 9º. A partir de fevereiro de 1991, incidirão juros de mora equivalentes à TRD sobre os débitos de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional, com a Seguridade Social, com o Fundo de Participação PIS-PASEP, com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS e sobre os passivos de empresas concordatárias, em falência e de instituições em regime de liquidação extrajudicial, intervenção e administração especial temporária.

Ausência de contra-razões conforme certidão de fl. 192.

Proferido juízo positivo de admissibilidade, subiram os autos ao Superior Tribunal de Justiça.

Ante o caráter de recurso representativo de controvérsia, sujeito ao procedimento do artigo 543-C, do CPC, o thema iudicandum restou afetado à Primeira Seção do STJ.

O Ministério Público Federal apresentou parecer às fls. 212/220, opinando pelo provimento do recurso especial, aplicando-se os efeitos do art. 543, "c", § 7º, do CPC, nos termos da seguinte ementa:

"EMENTA. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. INCIDENTE PROCESSUAL DE APRECI-

AÇÃO E JULGAMENTO DE RECURSOS COM FUNDAMENTO EM IDÊNTICA QUESTÃO DE DIREITO (RECURSOS REPETITIVOS), NOS TERMOS DO ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (CPC, NA REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI N.º 11.672, DE 08 DE MAIO DE 2008). QUESTÃO PROPOSTA PARA DISCUSSÃO: INCIDÊNCIA DA TAXA REFERENCIAL COMO ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA E DE JUROS DE MORA AOS DÉBITOS DE FGTS. PRELIMINAR DE CABIMENTO DO RECURSO ESPECIAL: CONHECIMENTO DA PRETENSÃO RECURSAL. DELIMITAÇÃO, DE MODO ESTRITO, DO ESCOPO DA COGNIÇÃO QUANTO À MATÉRIA A SER DEBATIDA E JULGADA NO RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO PARA FINS DE ESTABILIZAÇÃO DE EXPECTATIVAS NOS TERMOS DO ART. 543-C DO CPC.

I - DESCRIÇÃO DA PRETENSÃO RECURSAL: Trata-se de recurso especial interposto pelas alíneas "a" e "c" do inciso III do art. 105 da Constituição Federal (CF) contra acórdão da Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região em que a Caixa Econômica Federal (recorrente) sustenta violação aos artigos 13, caput, 22, §§ 1º, 2º, ambos da Lei nº 8.036/90, e artigo 9º, da Lei 8.177/91.

II - PRELIMINAR DE CONHECIMENTO DO RECURSO: Propõe-se o conhecimento da pretensão recursal tanto pela alínea "a", quanto pela "c", do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

III - DELIMITAÇÃO DA MATÉRIA A SER JULGADA NO RECURSO

ESPECIAL INTERPOSTO: Considerando a relevância da matéria e a delimitação dos aspectos a serem discutidos no presente recurso especial, mostra-se adequada a submissão do julgamento deste recurso especial ao procedimento instituído pela Lei nº 11.672/2008, que introduziu o incidente de processos repetitivos de que trata o art. 543-C, do CPC.

IV - ANÁLISE DE MÉRITO. PROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO RECURSAL DO RECORRENTE: A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de permitir a incidência da TR nos débitos relativos ao não recolhimento das contribuições ao FGTS, bem como à aplicação dos juros de mora, nos termos da Lei nº 8.036/90.

V - CONCLUSÃO DA MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL: Parecer pelo conhecimento da pretensão recursal e, no mérito, o Ministério Público Federal opina pelo provimento do recurso especial, aplicando ao caso os efeitos do art. 543, "C", § 7º do CPC".

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator): Assiste razão ao recorrente.

Isto porque é cediço no e. STJ que a TR é índice aplicável, a título de correção monetária, aos débitos do FGTS decorrentes dos valores recolhidos pelos fundistas e não-repassados ao Fundo.

Nesse sentido, confiram-se os seguintes precedentes deste Tribunal Superior:

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. DÉBITOS RELATIVOS AO NÃO-RECOLHIMENTO DE FGTS. CORREÇÃO MONETÁRIA. TR. INCIDÊNCIA.

1. Versam os autos sobre embargos à execução opostos por Algemiro Manique Barreto e Companhia Ltda. em face da execução fiscal promovida pela CEF em razão de não-recolhimento de parcelas do FGTS.

A sentença de improcedência foi confirmada pelo Tribunal de origem que afirmou que "a legislação de regência (artigos 13 e 22 da Lei nº 8.036/90) dispõe que os saldos em contas vinculadas devem ser corrigidos pelos mesmos índices dos depósitos em poupança, ou seja, TR (Lei nº 8.177/91, artigo 12, I)". Recurso especial que se insurge quanto à manutenção da incidência da TR sobre os débitos questionados, alegando-se violação da nova redação dada ao art. 9º da Lei nº 8.177/91, por intermédio da edição da Lei nº 8.218/91.

Pugna-se pelo afastamento da aplicação da TR a título de correção monetária.

2. O acórdão recorrido está em consonância com o entendimento firmado nesta Corte, no sentido de que a TR é índice aplicável, a título de correção monetária, aos débitos do FGTS decorrentes dos valores recolhidos pelos fundistas e não-repassados ao Fundo.

3. Precedentes: REsp 654.365/SC, Rel. Min. Denisa Arruda, DJ 01/

10/2007; REsp 480.328/PR, Rel. Min. Denise Arruda, DJ 06/06/2005; REsp 830.495/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 23.11.2006.

4. Recurso especial não-provido. (REsp 992415/SC, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/02/2008, DJe 05/03/2008)

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. DÉBITO PARA COM O FGTS. INAPLICABILIDADE DA TAXA SELIC. APLICAÇÃO DO ART. 22 DA LEI 8.036/90.

[...]

5. Esta Turma, ao julgar o REsp 830.495/RS (Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 23.11.2006), enfrentou situação semelhante à dos presentes autos, ocasião em que ementou o seguinte entendimento: "A taxa SELIC não tem aplicação na hipótese, porquanto há previsão legal apenas para que incida sobre tributos federais, consoante o previsto no art. 13, da Lei 9.065/95, não se aplicando às contribuições do FGTS, que conforme assinalado, não têm natureza tributária, merecendo reforma o julgado recorrido neste particular. Os débitos perante o FGTS possuem disciplina própria de atualização monetária e de cobrança de juros moratórios, prevista na Lei 8.036/90, prescrevendo o mencionado diploma legal que sobre tais valores deve incidir a TR e juros de mora à razão de 0,5% ao mês, critérios que se adotam no caso em tela, conforme restou fixado na sentença."

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão,

também em parte provido, tão-somente para afastar a aplicação da taxa Selic, determinando-se, contudo, que sobre o débito, acrescido da TR, incidam juros moratórios de 0,5% a.m. ou fração, nos termos do art. 22 da Lei 8.036/90. (REsp 654.365/SC, Rel. Min. Denisa Arruda, Primeira Turma, DJ 01/10/2007).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO PARA COM O FGTS. LEGITIMIDADE PASSIVA CONCORRENTE DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. ADMISSIBILIDADE DE SUA INTEGRAÇÃO À LIDE. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA NOTIFICAÇÃO PARA DEPÓSITO E DE NÃO-CARACTERIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA EMPREITEIRA POR CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS PELAS SUBEMPREITEIRAS. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA AOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. NÃO-CONHECIMENTO (SÚMULA 283/STF). PRETENDIDA INVALIDAÇÃO DO TERMO DE CONFISSAO DE DÍVIDA E PARCELAMENTO DO DÉBITO. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISIBILIDADE (SÚMULA 7/STJ). LEVANTAMENTO DO DÉBITO POR AFERIÇÃO INDIRETA. CABIMENTO. INCIDÊNCIA DA TR/TRD NO CÁLCULO DE RECOLHIMENTOS MENSAIS AO FGTS EM ATRASO. LEGALIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

5. A Taxa Referencial - TR - não foi excluída do ordenamento jurídico como fator de correção

monetária (ADIIns 493, 768 e 959 - STF). Se os saldos das contas vinculadas ao FGTS são corrigidos monetariamente com base nos parâmetros fixados para atualização dos depósitos de poupança (art. 13, caput, da Lei 8.036/90), que, de sua vez, são remunerados pela TR/TRD (art. 12, I, da Lei 8.177/91), os débitos para com o FGTS - decorrentes dos valores recolhidos dos fundistas e não-repassados ao Fundo - igualmente devem ser atualizados pela TR. A não-incidência desse índice e/ou a utilização de indexador diverso de menor variação, além de premiar o empregador inadimplente, afetaria o equilíbrio da equação financeira. Precedentes do STF e deste STJ.

6. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 480.328/PR, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 06/06/2005).

FGTS. FALTA DE DEPÓSITOS. EMPRESA DEVEDORA. NATUREZA JURÍDICA DAS CONTRIBUIÇÕES. DIREITO TRABALHISTA. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. EXCLUSÃO DE MULTA DE MORA. BENEFÍCIO. CONCESSÃO. IMPOSSIBILIDADE. TAXA SELIC. INAPLICABILIDADE. TR E JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA.
[...]

IV - A taxa SELIC não tem aplicação na hipótese, porquanto há previsão legal apenas para que incida sobre tributos federais, consoante o previsto no art. 13, da Lei 9.065/95, não se aplicando às contribuições do FGTS, que conforme assinalado, não têm natureza tributária, mere-

cendo reforma o julgado recorrido neste particular.

V - Os débitos perante o FGTS possuem disciplina própria de atualização monetária e de cobrança de juros moratórios, prevista na Lei 8.036/90, prescrevendo o mencionado diploma legal que sobre tais valores deve incidir a TR e juros de mora à razão de 0,5% ao mês, critérios que se adotam no caso em tela, conforme restou fixado na sentença.

VI - Recurso especial provido parcialmente. (REsp 830.495/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ de 23.11.2006).

Ex positis, DOU PROVIMENTO ao recurso especial.

Por quanto tratar-se de recurso representativo da controvérsia, sujeito ao procedimento do art. 543-C do Código de Processo Civil, determino, após a publicação do acórdão, a comunicação à Presidência do STJ, aos Ministros dessa Colenda Primeira Seção, aos Tribunais Regionais Federais, bem como aos Tribunais de Justiça dos Estados, com fins de cumprimento do disposto no parágrafo 7º do artigo 543-C do Código de Processo Civil (arts. 5º, II, e 6º, da Resolução 08/2008).

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

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

"A Seção, por unanimidade, deu provimento ao recurso especi-

al, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Castro Meira, Denise Arruda, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Hamilton Carvalhido e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília, 11 de novembro de 2009.

Carolina Véras
Secretária



Superior Tribunal de Justiça

Cédula de Crédito Bancário. Título com eficácia executiva. Súmula nº 233/STJ. Inaplicabilidade.

EMENTA OFICIAL

AGRAVO REGIMENTAL. PROVIMENTO PARA DAR PROSEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. TÍTULO COM EFICÁCIA EXECUTIVA. SÚMULA N. 233/STJ. INAPLICABILIDADE.

1. As cédulas de crédito bancário, instituídas pela MP nº 1.925 e vigentes em nosso sistema por meio da Lei nº 10.931/2004, são títulos que, se emitidos em conformidade com os requisitos na lei exigidos, expressam obrigação líquida e certa.

2. O fato de ter-se de apurar o *quantum debeatur* por meio de cálculos aritméticos não retira a liquidez do título, desde que ele contenha os elementos imprescindíveis para que se encontre a quantia a ser cobrada mediante execução. Portanto, não cabe extinguir a execução aparelhada por cédula de crédito bancário, fazendo-se aplicar o enunciado nº 233 da Súmula do STJ ao fundamento de que a apuração do saldo devedor, mediante cálculos efetuados credor, torna o título ilíquido. A liquidez decorre da emissão da cédula, com a promessa de pagamento nela constante, que é aperfeiçoada com a planilha de débitos.

3. Os artigos 586 e 618, I, do Código de Processo Civil estabelecem normas de caráter geral em

relação às ações executivas, inibindo o ajuizamento nas hipóteses em que o título seja destituído de obrigação líquida, certa ou que não seja exigível.

Esses dispositivos não encerram normas sobre títulos de crédito e muito menos sobre a cédula de crédito bancário.

4. Agravo de instrumento provido para dar prosseguimento ao recurso especial.

5 . Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUARTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça. Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista antecipado do Sr. Ministro João Otávio de Noronha dando provimento ao agravo regimental para conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior, divergindo do voto do Sr. Ministro Luis Felipe Salomão, Relator, que negava provimento ao agravo regimental, por maioria, dar provimento ao agravo regimental para conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento.

Lavrará o acórdão o Sr. Ministro João Otávio de Noronha. Vencido o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Votaram com o Sr. Ministro João Otávio de Noronha os Srs. Ministros Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior.

Brasília, 15 de dezembro de 2009(data de julgamento)

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Relator.

AgRgREsp 599.609/SP. DJe 08/03/2010.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

Cuida-se de agravo regimental interposto por Banco Itaú S/A contra decisão singular de fls. 239/240, que negou provimento ao recurso especial sob o seguinte fundamento:

"2. Não assiste razão ao recorrente.

Em linha de princípio, há de se ter sob mira que o Tribunal a quo consignou que o contrato em apreço "configura modalidade de contrato de abertura de crédito em conta corrente, o que, inclusive, consta de sua denominação ('Cédula de Crédito Bancário - Abertura de Crédito em Conta Corrente')", de modo que rever tais conclusões para caracterizá-lo apenas como cédula de crédito bancário ensejaria o reexame fático-probatório, o que é vedado em sede de recurso especial, nos ter-

mos dos verbetes nº 5 e 7, da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Por conseguinte, o entendimento da Corte de origem está em conformidade com a jurisprudência desse Tribunal Superior, já que, nos termos do seu enunciado sumular nº 233, "o contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extrato da conta-corrente, não é título executivo," de sorte que correto o acolhimento da exceção de pré-executividade na espécie, a fim de extinguir a execução.

Nesse sentido: AG 873.941, Rel. min. Aldir Passarinho Junior, DJ 01.06.07; AG 734.360, Rel. Min. Massami Uyeda, DJ 28.03.07; AG 832.488, Rel. Min. Castro Filho, DJ 30.03.07; REsp 921.058, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 27.03.07.

3. Diante do exposto, com fundamento no artigo 557, caput, do CPC, nego provimento ao recurso especial."

Sustenta a agravante, em síntese, a ausência dos requisitos autorizadores do julgamento monocrático, tendo em vista a inaplicabilidade dos enunciados das súmulas 5 e 7 do STJ ao presente caso. Afirma que se trata de discussão essencialmente de direito, qual seja a resistência do Tribunal de origem em aplicar o art. 3º caput, § 2º, I e II, da MP 2.160-25/2001, o qual prevê a eficácia executiva das cédulas de crédito bancárias.

É o relatório.

VOTO VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):
(...)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA:

Tratam os autos de agravo regimental interposto contra decisão do Ministro Relator que não admitiu recurso especial ao entendimento de que seu conhecimento esbarrava nos óbices das Súmulas ns. 5 e 7/STJ.

Em que pesem os argumentos expendidos pelo agravante, Sua Excelência manteve a decisão, negando provimento ao agravo. Então, pedi vista dos autos para melhor analisar as questões propostas e opto, *data venia*, por dar provimento ao agravo ante os motivos abaixo alinhados.

a) Do agravo regimental

A controvérsia surgiu nos autos de ação de execução que o Banco Itaú promoveu em desfavor do ora recorrido, Antônio Carlos Martins. Essa execução tem por objeto o recebimento de dívida representada por uma cédula de crédito bancário. Todavia, restou consignado, nas decisões das instâncias ordinárias, com base em interpretação da MP nº 2.160-25, que o título em questão não se prestava para instruir uma ação executiva porque encerrava débito de contrato de abertura de crédito em conta corrente, que, segundo reiterados entendimentos deste Superior Tribunal de Justiça, não possui força executiva.

O Tribunal a quo asseverou que: "Deve ser aplicado em relação ao mencionado contrato, pois isso, o mesmo entendimento da jurisprudência que restou consolidado pela Súmula nº 233 do E. Superior Tribunal de Justiça..."

E concluiu:

"Também por estes motivos não importa que a Medida Provisória nº 2.160-25, de 23.08.2001, que criou a referida cédula lhe tenha conferido a qualidade de título executivo extrajudicial, uma vez que a lei somente pode prever a criação de um título e rotula-lo como título executivo extrajudicial se ele tiver, efetivamente, tais características, consoante estabelecido na legislação processual, a qual prevalece como norma de caráter geral e que estabelece os princípios que devem reger o direito processual civil, princípios estes que são inderrogáveis, porquanto dizentes com as condições da ação e o devido processo legal. E, em se tratando de execução por título extra-judicial, determina o artigo 586 do Código de Processo Civil que 'fundar-se-á sempre em título líquido, certo e exegível', acrescentando o art. 618, inc. I, desse mesmo Código que "É nula a execução: I - se o título não for líquido, certo e exegível." (fl. 155).

Com base no exposto, peço vênia ao ilustre Relator, pois entendendo que o recurso especial deve ter trânsito, uma vez que a matéria nele encerrada é jurídica.

O acórdão objurgado, como depreende-se da citação acima, fixou que a cédula de crédito bancário, apesar de criada por lei, não tem eficácia executiva nas hipóteses em que o valor nela corporificado seja oriundo de saldo devedor em contrato de abertura de crédito em conta corrente.

E mais: concluiu-se também que a Medida Provisória nº 2.160-25 é confrontante com os artigos 586 e 618, I, do Código de Processo Civil, o qual deve prevalecer por conter normas de caráter geral, inderrogáveis frente à MP mencionada.

Como se constata, a questão ventilada no recurso especial é eminentemente de direito, nada tendo com relação aos fatos que informam a causa. Por isso, entendendo não incidir, na espécie, os enunciados nº 5 e 7 da Súmula deste Tribunal, visto que o debate diz respeito ao seguinte: a cédula de crédito bancário, prevista na Medida Provisória nº 2.160-MP, subsume-se, ou não, à categoria de título de crédito certo, líquido e exigível.

b) Do recurso especial

Como visto, o Tribunal a quo entendeu que a cédula de crédito bancário não tem eficácia executiva porque representa débitos oriundos de contrato de abertura de crédito em conta corrente. Fez prevalecer, então, a jurisprudência uniforme dos Tribunais pátios, corporificada no enunciado nº 233 da Súmula deste Tribunal.

Todavia, esse entendimento nada mais representa que uma resistência em face da mencionada cédula, título executivo instituído por lei, resultado de uma opção

política do Legislativo em resposta à jurisprudência que se consolidou ante contrato de abertura de crédito e à afetação que esse entendimento representou no mercado de crédito.

Melhor elucidado. Segundo a artigo 17 da Lei nº 4.595/95, os intermediários financeiros são:

"As pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros."

Por palavras bem resumidas - pois não se tem a intenção de formular um estudo sobre economia, mas apenas alinhar melhor o pensamento sobre o que será desenvolvido -, pode-se dizer que tais instituições fazem a captação de dinheiro no mercado/poupança, distribuindo esses recursos em forma de crédito.

Nada obstante essa atividade conter riscos, como sói acontecer com quaisquer atividades econômicas, há interferência direta na economia e no modo de funcionamento do Sistema Financeiro da forma como está estruturado atualmente; então, busca-se minimizar os riscos, visando a circulação segura do dinheiro, ou seja, que haja maiores garantias de retorno, de forma a não comprometer a liquidez do mercado.

Os riscos são vários, e, entre eles, o risco de crédito vinculado à

inadimplência costuma comprometer um percentual considerável dessa liquidez. Isso afeta o sistema de forma geral, pois, quanto maiores os riscos de retorno, maiores são os custos para o tomador de recursos e maiores as exigências dele requeridas.

Daí a interferência dos Poderes Executivo e Legislativo e as leis que afetam o sistema, reflexo da opção política de uma sociedade para manutenção de um sistema econômico que, se não o melhor, é o que se entende mais adequado. Não se busca afetar ou beneficiar nenhuma das partes desse sistema em particular, mas apenas manter seu funcionamento.

O Professor Humberto Theodoro Júnior afirmou, em estudo que realizou, o seguinte:

"É preciso que o dinheiro circule com segurança de retorno. A política monetária e as regras jurídicas sobre o crédito têm, pois, fins sociais, públicos, macroeconômicos. Não têm as regras jurídicas, nesse campo, propósitos de tutelar e favorecer nenhuma das partes, credor ou devedor. Isso se faz, ora ou outra, apenas como meio de alcançar um fim público."

O contrato de abertura de crédito em conta corrente representa um volume grande dos negócios bancários. Isso associado ao alto índice de inadimplência observado nos últimos quinze anos (cujos motivos não cabem aqui ser mensurados) e à necessidade de as instituições terem o retorno do capital emprestado, pois não po-

deriam encontrar na ação de cobrança um meio eficaz de regresso desse capital. Daí a criação da cédula em questão, sendo o resultado de uma opção de política monetária, como afirmei anteriormente.

Com base nisso, nem sequer haveria necessidade de se discutir no Judiciário a "qualidade de título executivo extrajudicial" (acórdão fl. 155), uma vez que a cédula é título criado por lei com essa natureza. Idealizada por uma comissão de juristas que representavam o mercado financeiro, surgiu no mundo jurídico pátrio com a edição da MP nº 1.925, de 14 de outubro de 1999. A MP nº 2.160 deu-lhe vigência por algum tempo até que a Lei nº 10.931/2004 lesgou, em definitivo, o título ao sistema jurídico pátrio.

A Medida Provisória nº 2.160-25, sob a qual o recurso especial veio a este Tribunal, define a cédula como sendo título executivo extrajudicial certo, líquido e exigível. Observe-se:

Art. 3º A Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial e representa dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos da conta-corrente, elaborados conforme previsto no § 2º.

Portanto, o requisito de que os títulos de crédito só são assim considerados se criados por lei, ou seja, aqueles que observam o rigor for-

mal estipulados pela lei, está atendido. Também os demais requisitos inerentes aos títulos de crédito estão atendidos, conforme se dessume do artigo 4º da MP em questão. Confira-se:

Art. 4º A Cédula de Crédito Bancário deve conter os seguintes requisitos essenciais:

I - a denominação "Cédula de Crédito Bancário";

II - a promessa do emitente de pagar a dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível no seu vencimento ou, no caso de dívida oriunda de contrato de abertura de crédito bancário, a promessa do emitente de pagar a dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível correspondente ao crédito utilizado;

III - a data e o lugar do pagamento da dívida e, no caso de pagamento parcelado, as datas e os valores de cada prestação, ou os critérios para essa determinação;

IV - o nome da instituição credora, podendo conter cláusula à ordem;

V - a data e o lugar de sua emissão; e

VI - a assinatura do emitente e, se for o caso, do terceiro garantidor da obrigação, ou de seus respectivos mandatários.

Portanto, a cédula de crédito bancário é título de crédito com força executiva, assim considerado pela lei que a instituiu, sendo hábil a aparelhar uma ação executiva.

c) Da certeza, liquidez e exigibilidade da obrigação con-

tida na cédula de crédito bancário e da Súmula nº 233 deste Tribunal

O Tribunal *a quo*, afirmando que a dívida representada pela cédula de crédito bancário, *in casu*, é oriunda de saldo devedor em contrato de abertura de crédito em conta corrente, afastou a eficácia executiva da cédula, ao fundamento de que o título não encerra obrigação de pagar e que não poderia "ser completado com extratos unilateralmente fornecidos pelo credor". Aplicou, então, a Súmula nº 233 deste Tribunal.

Contudo, a cédula foi criada com esse objetivo, pois é título que se constitui não só pela simples emissão (atendo às formalidades exigidas), mas pela utilização de crédito aberto. A obrigação do mutuário será cobrada com base no saldo devedor do crédito que tiver utilizado.

O parágrafo segundo da MP nº 2.160-25 deixa estabelecido que o valor da obrigação será apurado pelo credor em planilha de cálculos ou por meio dos extratos de conta-corrente.

Veja-se:

Art. 3º. *omissis*

§ 2º Sempre que necessário, a apuração do valor exato da obrigação, ou de seu saldo devedor, representado pela Cédula de Crédito Bancário, será feita pelo credor por meio de planilha de cálculo ou dos extratos da conta-corrente, ou de ambos, documentos esses que integrarão a Cédula, observado que:

I - *omissis*

II - a Cédula de Crédito Bancário representativa de dívida oriunda de contrato de abertura de crédito bancário em conta-corrente será emitida pelo valor total do crédito posto à disposição do emitente, competindo ao credor, nos termos deste parágrafo, discriminar nos extratos da conta-corrente ou nas planilhas de cálculo, que serão anexados à Cédula, as parcelas utilizadas do crédito aberto, os aumentos do limite do crédito inicialmente concedido, as eventuais amortizações da dívida e a incidência dos encargos nos vários períodos de utilização do crédito aberto.

Trata-se de utilização de crédito aberto. A instituição financeira deixa à disposição do seu cliente um determinado crédito, que é utilizado conforme sua conveniência e na quantidade que entender necessária, respeitado apenas o limite do crédito.

Vê-se, portanto, que a lei deixou estipulado, de forma nítida, que esse é um título que se integra posteriormente, com as planilhas de cálculos, apurados pelo credor, que - é bom ressalvar - só pode nelas incluir o saldo utilizado, abatido de eventuais depósitos, acrescidos dos encargos que na cédula houverem sido ajustados.

Amador Paes de Almeida conceitua a cédula, com base no artigo 1º da MP nº 1.925, como sendo uma promessa de pagamento em dinheiro, que deve ser restituído à instituição financeira, conforme for utilizado, sendo que pode ser decorrente de operação de cré-

dito de qualquer modalidade (in Teoria e Prática dos Títulos de Crédito, 25ª edição, pág. 375). Elucida o autor:

"A Cédula de Crédito Bancário tem, pois, vasta amplitude, já que pode ser utilizada em toda e qualquer operação de crédito bancário, não estando, portanto, vinculada a determinadas aplicações, como ocorre, por exemplo, com os títulos de crédito rural e industrial. Assim, pode ser, igualmente, utilizada pelas instituições financeiras como garantia resultante do fornecimento de cartões de crédito, em substituições aos usuais contratos, já que admite utilização parcelada do crédito colocado à disposição do emitente.

(...)

O crédito colocado à disposição do emitente pode ser utilizado imediatamente, integralmente, como pode ser levantado de forma parcelada. Na segunda hipótese, deve a cédula fazer expressa menção à obrigação de o devedor pagar, em data pré-determinada, a parcela utilizada do crédito colocado à sua disposição - 'a data e o lugar do pagamento da dívida, e, no caso de pagamento parcelado, as datas e os valores de cada prestação, ou o critério para essa determinação.'

Essa possibilidade de utilização do crédito ao alvedrio do mutuário (respeitado o limite) não torna o título ilíquido. Ocorre que, tendo o devedor feito uso do crédito, e não o restituindo no prazo

avençado, os lançamentos a serem efetuados na conta gráfica apenas completam o título. Entenda-se: a liquidez advém da emissão da cédula, com a promessa de pagamento nela constante, que é aperfeiçoado com a planilha de débitos. Isso não constitui ato unilateral do credor, como exposto no acórdão recorrido, pois os extratos ou planilhas nada mais são que a apuração do saldo utilizado, com os encargos previstos na cédula.

Cândido R. Dinamarco, in Execução Civil, 2^a edição, pág. 281, esclarece o que constitui a liquidez de um título. *Verbis*:

"Constitui judicioso entendimento dominante o de que a liquidez do crédito se contenta com a determinabilidade do *quantum debeatur*, não sendo necessário que o título se refira, desde logo, a um montante determinado. O que importa é que o título executivo forneça todos os elementos imprescindíveis para que, mediante simples operação aritmética, possa ser encontrado o número de unidades de moeda pelo qual a execução se fará: sendo necessário buscar elementos *aluide*, faltará o requisito da liquidez. Com esses dados, vê-se que não padece de falta desse predicado indispensável o título referido a uma importância à qual se devem acrescer juros ou 'comissão de permanência'; ou quando há correção monetária a fazer sobre o valor indicado; ou mesmo quando o valor vem expresso em certas medidas de valor diferentes da moeda de paga-

mento, como é o caso das ORTNs que durante muito tempo tiveram vigor entre nós; ou ainda quando agora, na vigência do dec-lei nº 2.284, de 10 de março de 1986, for o caso de converter cruzeiros em cruzados mediante aplicação dos coeficientes legais. Firmou-se a jurisprudência, também, no sentido de não ficar eliminada a liquidez do crédito, quando são feitos adiantamentos por conta dele e lançados na cártula (mera conta dirá qual é o valor da obrigação.)"

Em nota de rodapé, completa o autor:

"Bem expressiva é a seguinte manifestação: 'a liquidez de um título não se enevoa tão-somente porque o *quantum* deva sofrer uma subtração aritmética, de importância também líquida, certa e indubiosa. O título sujeito a incidência de uma elementar operação de diminuição de parcela determinada mostra de imediato o *quantum debeatur* resultante.' (Cfr. TAMG, ap. nº 23.888, j. 16.12.83, rel. Sálvio de Figueiredo, v.u., ADV em 14.705.)

Assentando-se a execução em "contrato de abertura de crédito", instrumentalizada por meio de cédula de crédito bancário, instituída pela MP nº 2.160-25, que a elege como título executivo extra-judicial (CPC, art. 580 c/c o art. 585-VII), há de se afastar, na espécie, a incidência do enunciado nº 233 da súmula deste Tribunal, visto que, sendo a lei a única fonte insti-

tuidora de títulos executivos, no caso, encontra-se satisfeito o princípio da legalidade.

Reporto-me, novamente, ao estudo do Professor Humberto Theodoro Júnior, pois traz interessante inserção sobre a resistência de alguns julgadores com relação a conferir executividade ao título em questão:

"De qualquer maneira, o caso, de fato, é de opção política do Estado. A lei quis criar, e efetivamente criou, um título de crédito dotado de força executiva, não deixando qualquer margem ao arbítrio ou juízo subjetivo do aplicador do Direito. Nessa escolha, balizou dois valores consagrados na Constituição: a efetividade da Justiça (especialmente importante, no caso concreto, para o Sistema Financeiro Nacional e a Ordem Econômica e a Ordem Econômica regulados na Carta Constitucional) e a segurança jurídica (que no caso envolve a ampla defesa e o devido processual legal).

(...)

No Estado Democrático de Direito não é o legislador que tem de se curvar perante a jurisprudência, mas esta que deve amoldar-se aos preceitos estatuídos por aquele.

(...)

A propósito, o comando do art. 126 do CPC é muito claro ao dispor que ao juiz, no julgamento da lide, caberá, em primeiro lugar, 'aplicar as normas legais'. Portanto, somente 'não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princí-

pios gerais do direito'. No mesmo sentido dispõe também o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei nº 4.657, de 04.09.1942).

Quer dizer que a jurisprudência não vincula o Poder Legislativo e, havendo norma legal em vigor, esta é que vincula o Poder Judiciário." (In www.abdpc.org.br/artigos/artigo48).

d) Da ação de execução

O acórdão recorrido extinguiu a ação ao fundamento de que a MP nº 2.160/25 não fez frente às disposições dos artigos 586 e 618, I, do Código de Processo Civil, com a redação anterior à Lei nº 11.382/2006. Sustentou que a lei especial deve ceder quando em confronto com a lei de caráter geral.

Existe aí alguma confusão, que merece ser elucidada.

Em primeiro lugar, a MP nº 2.160-25 e o Código de Processo Civil não são confrontantes, quanto aquela instituiu um título de crédito novo, atribuindo-lhe a característica de certeza, liquidez e exigibilidade hábeis a instruir um processo executivo; e este estabelece normas de caráter geral em relação às ações executivas, nada disciplinando sobre títulos de crédito e muito menos sobre a cédula de crédito bancário ou outros títulos.

Em segundo lugar, os dispositivos do CPC indicados no acórdão - artigos 586 e 618, I - inibem a cobrança de crédito caso a execução venha a ser aparelhada por título sem os requisitos de liquidez, certeza ou exigibilidade. Assim, a cé-

dula de crédito bancário só não pode aparelhar uma ação executiva em hipóteses específicas a serem mensuradas no caso concreto, quando aí sim, será verificada, por uma razão ou outra, a falta daqueles requisitos. Todavia, de forma nenhuma tais dispositivos dizem sobre a cédula considerada em gênero.

Há críticas na doutrina sobre esses dispositivos (mormente o artigo 586), que teria confundido atributos que seriam inerentes ao crédito, computando-os como sendo do título. Na verdade, tais normas visam a restringir a ação executiva, limitando-a apenas às hipóteses em que o direito da parte esteja corporificado por meio de um título, seja judicial ou não. Isso porque entendeu o legislador que essa espécie de ação tem a característica de invadir a esfera patrimonial, portanto, jurídica, do devedor. Assim, sua utilização deve pressupor (e daí as críticas) que tenha havido um descumprimento de um preceito material.

Portanto, se há um título de crédito com força executiva criado por lei, representando direito líquido, certo e exigível, nada obsta a que venha aparelhar uma ação executiva, caso descumpriida a obrigação dele constante.

e) Conclusão

Com base em todo o exposto, e tratando a cédula de crédito bancário de título de crédito com força executiva, sendo típico (porque criado por lei), representando direito líquido, certo e sendo exigível, há de ser refutado o incidente de exceção de pré-

executividade ajuizado pelo devedor. Portanto, expresso meu voto, com a venia do i. Relator, no seguinte sentido: conheço do recurso especial e dou-lhe provimento para cassar a sentença e o acórdão recorrido e, consequentemente, determinar o prosseguimento da execução.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP) (Relator):

Sr. Presidente, ouvi com atenção os debates entre dois eminentes Ministros.

Estamos aqui julgando um agravo regimental em que a cédula de crédito bancário, segundo o voto do eminente Ministro João Otávio de Noronha, foi criada pela Medida Provisória nº 1.925 de 14 de outubro de 1999.

Portanto, anterior à contratação do débito. A Medida Provisória nº 2.160 deu-lhe vigência um tempo maior até que a Lei nº 10.931 de 2004 deu em definitivo o título ao sistema jurídico pátrio.

A Medida Provisória nº 2.160 foi reeditada vinte e cinco vezes, sobre a qual o recurso especial veio a este Tribunal e define a cédula como sendo título executivo extrajudicial, certo e exigível. E o art. 3º define, com propriedade, a cédula de crédito bancário como título executivo. Interpretar o texto legal como óbice das Súmulas nºs 5 e 7 não me parece mais consentâneo com a realidade.

Com esses modestos entendimentos, acompanho o voto do eminentíssimo Ministro João Otávio de Noronha, dando provimento ao agravo regimental para conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento.

VOTO

O SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES (PRESIDENTE): Srs. Ministros, acompanho o voto do Sr. Ministro João Otávio de Noronha, dando provimento ao agravo regimental para conhecer do recurso especial e lhe dar provimento.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR: Sr. Presidente, a questão preliminar é que não existe, realmente, obstáculo em se julgar o recurso especial no agravo regimental. Não digo que teria sido adequado. Parece-me que não porque é tese nova; e tese nova é sempre interessante que se traga a julgamento em recurso especial para proporcionar às partes um amplo debate. Essa, realmente, é uma tese nova.

Parece-me, rogando vénia, e entrando no mérito, já que assim fomos, que a questão está enquadrada no art. 585, inciso VIII, do Código de Processo Civil, que diz:

"São títulos executivos extrajudiciais todos os demais títulos a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva."

Que é o caso. A cédula veio com esse propósito.

No caso dos autos, realmente o Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa aplicou as Súmulas 5 e 7, e, à primeira vista, pareceu-me que poderia ser essa a hipótese. Porém, examinando os termos do acórdão, vi que era uma execução de cédula. Não se está discutindo exatamente os termos do contrato. O banco propôs uma execução da cédula em si.

O eminentíssimo Sr. Ministro João Otávio de Noronha afirma que a legislação já estava em vigor, como de fato, pois isso é uma repetição da medida provisória desde antes, mas mesmo que fosse depois, como a lei processual aplica-se de imediato, a execução foi promovida dessa segunda medida provisória. Por isso, muito embora a cédula seja anterior, a medida provisória é posterior, mas anterior à execução. Quando promovida a execução ela era considerada título executivo extrajudicial, no meu entender.

Desse modo, o que o Tribunal *a quo* fez, na verdade, foi desconstituir um título extrajudicial, usando a argumentação antiga que, aqui, inclusive, foi prestigiada pela Súmula 233, mas que não prevalece em relação à cédula de crédito bancário, em função da legislação específica.

Com essas considerações, ambos os argumentos, ambos os pontos de vista são judiciosos, mas fico com a divergência, com a máxima vénia.

Dou provimento ao agravo regimental para conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

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

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista antecipado do Sr. Ministro João Otávio de Noronha dando provimento ao agravo regimental para conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior, divergindo do voto do Sr. Ministro Luis Felipe Salomão, Relator, que nega-

va provimento ao agravo regimental, a Turma, por maioria, deu provimento ao agravo regimental para conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento.

Lavrará o acórdão o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Vencido o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Votaram com o Sr. Ministro João Otávio de Noronha os Srs. Ministros Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior.

Brasília, 15 de dezembro de 2009.

Romildo Luiz Langamer
Secretário

Superior Tribunal de Justiça

Loteria federal. Super-sena. Bilhete. Título ao portador.

EMENTA OFICIAL

RECURSO ESPECIAL. LOTERIA FEDERAL. BILHETE QUE FAZ REFERÊNCIA A SORTEIO QUE NÃO CONTEMPOU OS NÚMEROS INDICADOS PELO AUTOR. PROVA DE QUE A APOSTA FOI REALIZADA NO PRAZO PARA O SORTEIO ANTERIOR. IRRELEVÂNCIA. BILHETE NÃO NOMINATIVO QUE OSTENTA CARÁTER DE TÍTULO AO PORTADOR.

1. Pode e deve o Tribunal *a quo*, em sede de embargos de declaração, sanar eventual contradição ou omissão existente na apreciação de determinada prova produzida em primeiro grau, sob pena de, nesse caso, violar o art. 535 do CPC.

2. Em se tratando de aposta em loteria, com bilhete não nominativo, mostra-se irrelevante a perquirição acerca do propósito do autor, tampouco se a aposta foi realizada neste ou naquele dia, tendo em vista que o que deve nortear o pagamento de prêmios de loterias federais, em casos tais, é a literalidade do bilhete, eis que ostenta este características de título ao portador.

3. É que o bilhete premiado veicula um direito autônomo, cuja obrigação se incorpora no próprio documento, podendo ser transferido por simples tradição, característica que torna irrelevante a discussão acerca das circunstâncias em que se aperfeiçoou a aposta.

4. Recurso especial do Ministério Público Federal conhecido e provido. Prejudicado o recurso especial da Caixa Econômica Federal.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista antecipado do Sr. Ministro João Otávio de Noronha, conhecendo e dando provimento ao recurso especial do Ministério Público Federal, e julgando prejudicado o recurso especial da Caixa Econômica Federal, acompanhando o voto do Sr. Ministro Luis Felipe Salomão, Relator, a Turma, por maioria, conheceu do recurso especial do Ministério Público Federal e deu-lhe provimento, e por unanimidade, julgou prejudicado o recurso especial da Caixa Econômica Federal. Vencido, em parte, o Sr. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP) que conhecia e dava parcial provimento ao recurso especial do Ministério Público Federal. Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e João Otávio de Noronha (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.

Brasília (DF), 06 de abril de 2010 (Data do Julgamento).

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO
Relator

REsp nº 902.158/RJ. DJe 26/04/2010.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. Adão Antônio Pereira ajuizou ação em face da Caixa Econômica Federal (CEF), objetivando a condenação da ré ao pagamento de R\$ 22.000.000,00 (vinte e dois milhões de reais), alegando ter sido o único acertador do sorteio nº 0083 da "Supersena". Aduziu que, conquanto o bilhete fizesse referência ao sorteio nº 0084, tal ocorreu por erro de processamento, tendo em vista que realizou a aposta em 01.11.96, último dia permitido para concorrer ao concurso nº 0083.

O Juízo da 3ª Vara Federal de Volta Redonda julgou improcedente o pedido inicial fls. 249/256).

Em grau de apelação, a sentença foi inicialmente mantida, nos termos da seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL - PAGAMENTO DE PÊMIO DA SUPERSENA - BILHETE DE APOSTA CONSTANDO A NUMERAÇÃO DE CONCURSO POSTERIOR AO QUE O APELANTE ALEGOU TER APOSTADO - "VIRADA" DE CONCURSO FEITA MANUALMENTE - AUSÊNCIA DE PROVAS - RECURSO IMPROVIDO.

I - O ora apelante efetuou o jogo para o concurso posterior ao que sustenta ter apostado, eis que no seu bilhete - única prova material do fato - consta o número do concurso 0084, não podendo, portanto, trazer como

consequência jurídica o pagamento do prêmio do concurso do qual comprovadamente não participou.

II - À época dos fatos, a "virada" de um concurso para outro era feita manualmente e não "on line" como ocorre hoje, ou seja, uma lotérica no interior do Estado teria que encerrar suas apostas antes, a fim de entregar os dados no mesmo horário que uma outra, mais próxima à Central, e que, por isso, poderia encerrar suas apostas depois.

III - Apesar do autor ter alegado que o dito jogo foi realizado conjuntamente com os acostados às fls. 40/44, nos quais está registrado o dia 01/11/96 e a hora 10:31, na primeira linha, inexiste nos autos qualquer prova que permita precisar, em relação ao pretenso jogo premiado, tais dados.

IV - O código "BIL 0084.060.908", segundo os depoimentos que instruíram a ação cautelar de produção antecipada de prova, é um número seqüencial dos volantes de apostas sucessivas, não servido como prova do alegado no presente caso, eis que nenhum daqueles bilhetes acostados se referem ao jogo da SUPERSENA.

V - Quanto à data do recibo de custódia, onde consta o dia 13/11/96, antes, portanto, do sorteio do concurso 0084 (ocorrido em 14/11/96), em nada prova que o ora apelante apostou para o concurso anterior, eis que o recibo de custódia se presta, justamente, para a confirmação de que o referido bilhete apresentado é o bilhete premiado,

após pesquisa feita pela Central de Loterias.

VI - Precedentes.

VII - Recurso improvido. (fl. 312)

Opostos embargos de declaração, foram eles acolhidos para julgar procedente o pedido inaugural, *verbis*:

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. EFEITOS INFRINGENTES. SUPER-SENA. CONCURSO DE N° 083. EFETIVAÇÃO DA APOSTA. DÚVIDA QUANTO AO CONCURSO AO QUAL O EMBARGATE CONCORRIA. APENSA CAUTELAR DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. CIRCULAR N° 65/1995. DIREITO AO PRÊMIO.

Estando afirmado na peça de fls. 61 da medida cautelar de produção antecipada de provas, em apenso, que *o autor fez sua aposta em 01.11.1996, concurso nº 083 da SUPERSENA* - a respeito do que se omitiu o v. acórdão recorrido - tal registro contradiz a assertiva, posta no d. voto condutor do v. acórdão recorrido, de inexistir nos autos "qualquer prova que permita precisar, em relação ao pretenso jogo premiado, tais dados", concernentes, precisamente, ao dia e à hora em que feita a aposta, impondo-se, assim, declarar evidenciada a circunstância fática de que ora embargante fez sua aposta no dia 01.11.1996.

E mais, omitiu-se o acórdão embargado quanto ao registro constante às fls. 23 dos presentes e fls. 05 da cautelar em apenso, de que a CEF, em 13.11.1996 - antes, portanto, do

sorteio do concurso nº 084, ocorrido em 14.11.1996 - recebeu o bilhete premiado das mãos do autor e que este a autorizou a creditar o prêmio a que fazia jus, em sua conta corrente.

Destarte, reconhecendo o d. voto condutor, às fls. 310, que o sorteio do concurso 0084 ocorreu em 14.11.1996 e que o recibo de custódia se presta, justamente, para a confirmação de que o referido bilhete apresentado é o bilhete premiado, após pesquisa feita pela Central de Loterias, não há como admitir a possibilidade de um recibo de custódia de bilhete premiado, no dia 13 de novembro de 1996, que se refira a sorteio de jogo realizado no dia seguinte. Por outro lado, a hipótese de inexatidão material do número do jogo, a que se refere a aposta, está prevista no item 1.9.1 do Anexo II, da Circular n° 60/95 (fls. 15) do seguinte modo: "1.9 - Apostas às expensas do revendedor: 1.9.1 - A aposta vendida com o número do concurso posterior terá o seguinte tratamento: - concorre normalmente no concurso em que foi efetuada ; - concorre às expensas do revendedor do concurso que consta do bilhete". Embargos declaratórios providos. (fl. 377)

Sobrevieram, assim, recursos especiais interpuestos pela CEF e pelo

Ministério Público Federal (MPF).

Do recurso especial interposto pela CEF:

Cuida-se de recurso especial interposto com amparo nas alíneas

"a" e "c" do permissivo constitucional, no qual se alega ofensa ao art. 535 do CPC, uma vez que "foi dado provimento a embargos de declaração para reexame meritório da demanda, sendo certo que inexiste qualquer omissão ou contradição intrínseca no julgado" (fl. 391). Alega a CEF que a contradição apontada no julgamento dos embargos de declaração residiria na análise das provas dos autos e não na própria decisão embargada.

Sinaliza, por derradeiro, dissídio jurisprudencial em torno da aplicação do art. 535 do CPC.

Do recurso especial interposto pelo MPF:

O Ministério Pùblico Federal, com base no art. 499, § 2º, do CPC, também interpõe recurso especial, fundado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional.

Sustenta, também, maltrato ao art. 535 do CPC, uma vez que, em nenhuma hipótese, é autorizado o reexame de provas na via dos embargos declaratórios; e art. 20, § 4º, no que tange ao valor dos honorários advocatícios.

Alega o MPF, ademais, ofensa aos arts. 332 e 333 do CPC, por quanto somente seria cabível a prova da apostila com a apresentação original do bilhete, por se tratar este de título ao portador, valendo o que nele está escrito. No caso, fotocópias de bilhete ou de "recibos de custódia de bilhetes", sem autenticação, não seriam aptas a provar o alegado na inicial.

Aduz, de outra parte, violação ao art. 6º do Decreto-Lei nº 204, de 27 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a exploração de loterias.

Sinaliza, de resto, dissídio jurisprudencial em relação ao REsp nº 146.436/RJ, de relatoria do e. Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma.

Contra-arrazoados (fls. 498/524), ambos os recursos especiais foram admitidos.

A Subprocuradoria-Geral da República opina pelo provimento do recurso especial interposto pelo Ministério Pùblico Federal (fl. 549).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. Analiso, por primeiro, o recurso especial interposto pelo Ministério Pùblico Federal, diante da prejudicialidade e maior abrangência em relação ao da CEF, que fundamentalmente alega ofensa ao art. 535 do CPC.

2.1. Afasto, de saída, a preliminar arguida em contra-razões, acerca da ilegitimidade do Ministério Pùblico para recorrer.

Nos termos do art. 499 do CPC, pode o órgão do *Parquet* interpor recurso tanto em processos em que figurar como parte, quanto naqueles em que for fiscal da lei, nas hipóteses disciplinadas no art. 82 do CPC e em outros diplomas legais.

Muito embora o puro interesse econômico/financeiro do Estado, ou de suas empresas públicas, não se confunda com o "interesse público" a que faz referência o inciso III, do art. 82, do CPC, no caso ora posto em julgamento, afigura-se-me presente a legitimidade do Ministério Pùblico Federal para in-

tervir no feito e, como conseqüário, manejar recursos.

É que as receitas auferidas com as loterias administradas pela Caixa Econômica Federal têm destinação eminentemente social, nos termos do Decreto-lei nº 204/67, da Lei nº 6.717/79 e da Lei nº 6.168/74.

O § único, do art. 1º, do Decreto-lei nº 204/67, está assim redigido:

Art. 1º A exploração de loteria, como derrogação excepcional das normas do Direito Penal, constitui serviço público exclusivo da União não suscetível de concessão e só será permitida nos termos do presente Decreto-lei.

Parágrafo único. A renda líquida obtida com a exploração do serviço de loteria será obrigatoriamente destinada a aplicações de caráter social e de assistência médica, empreendimentos do interesse público.

De outra parte, o resultado líquido do concurso de prognóstico destina-se às aplicações previstas no art. 5º, da Lei nº 6.168/74, por força do que dispõe a Lei nº 6.717/79, *verbis*:

Art. 5º As aplicações a cargo da Caixa Econômica Federal, dentro das normas estabelecidas pelo Poder Executivo, serão feitas sob a forma de financiamentos, destinados, preferencialmente, a:

I - Projetos de interesse do setor público, nas áreas de Saúde e Saneamento, Educação, Traba-

lho e Previdência e Assistência social;

II - Projetos de interesse do setor privado, nas áreas referidas no item anterior;

III - Programas de caráter social, para atendimento a pessoas físicas.

Com efeito, a discussão acerca do pagamento de prêmios da Loteria Federal tem reflexo imediato na receita a ser destinada a programas de interesse social.

Ademais, os concursos de loteria são oferecidos em larga escala ao público em geral, e a credibilidade dos sorteios diz respeito diretamente ao direito do consumidor, refletindo manifesto interesse difuso.

Se tudo não fosse suficiente, bem de ver que o Ministério Público oficia no feito desde junho de 2002 (fls. 294/296), atuando como fiscal da lei. Assim, incide a Súmula nº 99/STJ: "O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que atuou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte".

Por esses motivos, patente a legitimidade do Ministério Público Federal em interpor recurso especial com base no § 2º, do art. 499, combinado com o art. 82, ambos do CPC.

Preliminar rejeitada.

2.2. Também não colhe êxito a alegada violação ao art. 535, CPC.

Com efeito, noticiam os autos que Adão Antônio Pereira pleiteou a condenação da CEF ao pagamento de R\$ 22.000.000,00 (vinte e dois milhões de reais), alegando ter

ganho prêmio da "Supersena" referente ao concurso nº 0083. A tese articulada pelo autor, em resumo, é a de que a referência ao concurso nº 0084, constante em documento acostado na inicial, decorreu de erro da máquina registradora, uma vez que realizou o jogo na sexta-feira, dia 01.11.96, às 10:31 h, quando ainda não encerradas as apostas para o concurso 0083.

O fundamentos da sentença de improcedência foram os seguintes:

Com efeito, o bilhete acostado às fls. 23 não contém a data e hora da realização da aposta. Consoante consta dos depoimentos prestados quando da cautelar de produção antecipada de provas, pelas testemunhas ROSANE APARECIDA ORTOGALLI e ROSIMAR CHIMENTES DE ANDRADE SILVA (fls. 56 e 58), o registro do dia e da hora do jogo só aparecia no início do talão, não se repetindo no volante de cada aposta.

Assim, não há como se ter certeza sobre esses dados quanto ao bilhete em questão.

Em que pese o fato de o Autor argumentar que dito jogo foi realizado junto com aqueles cujos bilhetes encontram-se às fls. 40/44, em que está registrado, na primeira linha, "01/11/96 10:31", inexiste prova efetiva disso.

(...)

Por outro lado, as testemunhas SOLANGE DE JESUS VICENTE e ROSANE APARECIDA ORTOGALLI, em seus depoimentos, foram precisas em afirmar que a "virada" para o concurso seguinte, à época em que os fatos ocor-

reram, era feita manualmente. Tal fato permite concluir-se, inclusive com base em outros depoimentos e elementos constantes dos autos, que antes de o sistema ser on line, a "virada" de um concurso para o seguinte não era realizado ao mesmo tempo em todas as casas lotéricas, sendo certo que "uma lotérica no interior do Estado localizada mais distante desta Central, teria que encerrar suas apostas antes para entregar os dados no mesmo horário que uma outra lotérica que, por estar mais próxima àquela Central, poderia ter encerrados suas apostas depois" (fl. 52)

Em sendo assim, não há prova nos autos que permita a essa Magistrada formar seu convencimento não apenas quanto ao real momento em que a aposta do Autor ocorreu, como igualmente em que horário do dia 01.11.96 foram encerradas, na casa lotérica em que foi feito o jogo referenciado, as apostas relativas ao sorteio 0083.

E, em razão disso, exsurge como incontestável ter o Autor participado do concurso número 0084, à vista do registro efetuado em seu bilhete. (fl. 252)

Por sua vez, o voto condutor do acórdão de apelação, de lavra do então Juiz do TRF da 2ª Região Benedito Gonçalves, acrescenta que:

Como bem ressaltou a magistrada a quo, o registro no bilhete consta o "concurso 0084" e foi para esse sorteio que con-

correu o ora apelante, de forma consciente, que poderia, no momento da aposta, ter contestado aquele registro da máquina, se efetivamente existiu erro, como o mesmo sustenta.

Quanto à data do recibo de custódia, onde consta o dia 13/11/96, antes, portanto, do sorteio do concurso 0084 (ocorrido em 14/11/96), em nada prova que o ora apelante apostou para o concurso anterior, eis que o recibo de custódia se presta, justamente, para a confirmação de que o referido bilhete apresentado é o bilhete premiado, após pesquisa feita pela Central de Loterias.

Ora, em face dos documentos e de tudo o mais que consta dos autos, e, considerando, ainda, que a recusa no pagamento do prêmio em nada beneficia a Caixa Econômica Federal nem a agência lotérica, é de se ter por legítima a conclusão do Juízo *a quo* no sentido de que, na verdade, o apelante efetuou o jogo para o concurso posterior ao que sustenta ter apostado, eis que no seu bilhete - única prova material do fato - consta o número do concurso 0084, não podendo, portanto, trazer como consequência jurídica o pagamento do prêmio do concurso do qual comprovadamente não participou. (fls. 309/310)

Todavia, em sede de embargos de declaração, entendeu por bem o TRF da 2ª Região reconsiderar a posição firmada no acórdão que apreciou a apelação, julgando procedente o pedido inicial para condenar a CEF

a pagar R\$ 22.000.000,00 atualizados ao autor. E assim o fez pelos seguintes fundamentos:

(...)

Somam-se, contudo, aos dizeres acima, o seguinte: a) - omite-se o v. acórdão recorrido quanto ao que consta às fls. 23 destes autos e fls. 5 da medida cautelar, mencionada no d. voto condutor do v. acórdão recorrido. Em tal documento se lê: "recebemos o bilhete acima mencionado" e "autorizo creditar em minha conta o prêmio a que vier a fazer jus". Tais peças evidenciam entrega de bilhete premiado, com autorização de creditar o prêmio na conta do autor. Assim, briga o d. voto condutor do v. acórdão recorrido, por omissão, com o conjunto probatório. A prova material, a que se refere o d. voto condutor do v. acórdão recorrido, é o certificado de custódia;

b) - incide em contradição o d. voto condutor do v. acórdão embargado, às fls. 310, ao dizer: "Quanto à data do recibo de custódia, onde consta o dia 13/11/96, antes, portanto, do sorteio do concurso 0084 (ocorrido em 14/11/96), em nada prova que o ora apelante apostou para o concurso anterior, eis que o recibo de custódia se presta, justamente, para a confirmação de que o referido bilhete apresentado é o bilhete premiado, após pesquisa feita pela Central de Loterias". A contradição de tais proposições advém da impossibilidade fático - jurídica da emissão de "certificado de cus-

tódia de bilhete premiado (fls. 23) no dia 13, para um concurso que só iria correr no dia 14". Ou, em outros termos, reconhecendo o d. voto condutor, às fls. 310, que o sorteio do concurso 0084 ocorreu em 14/11/1996 e que o recibo de custódia se presta, justamente, para a confirmação de que o referido bilhete apresentado é o bilhete premiado, após pesquisa feita pela Central de Loterias, como admitir a possibilidade de um recibo de custódia de bilhete premiado , no dia 13 de novembro de 1996, referente a sorteio de jogo realizado no dia seguinte ? ... ; c) - a hipótese de inexatidão material do número do jogo , a que se refere a aposta, está prevista no item 1.9.1 do Anexo II, da Circular nº 60/95,(fls. 15) do seguinte modo: "1.9 - Apostas às expensas do revendedor: 1.9.1 - A aposta vendida com o número do concurso posterior terá o seguinte tratamento: - concorre normalmente no concurso em que foi efetuada ; - concorre às expensas do revendedor do concurso que consta do bilhete".

ISTO POSTO:

Dou provimento ao recurso para, sanando omissão e contradição do v. acórdão recorrido, declarar que a aposta do Autor, a que se refere a peça *vestibular* ocorreu, como dito , expressamente, pela Ré, às fls. 61 da medida cautelar de produção antecipada de provas, em apenso, no dia 1/11/1996, concorrendo ao concurso de nº 083, no qual foi premiado (fls. 25) e, em consequência, atribuir efeitos modificativos ao v. acórdão

recorrido, dando provimento ao apelo para, reformada a r. sentença de fls. 249/256 , julgar procedente o pedido inaugural , condenando a Ré no pagamento ao Autor da quantia de R\$ 22.000.000,00 (vinte e dois milhões de reais) , com acréscimo de correção monetária, desde a data em que deveria ter sido pago, no dia 07 de novembro de 1996, e juros de mora , a partir da citação. Condeno a Ré, outrossim, no pagamento das custas e em honorários advocatícios de 10% do valor da condenação. (fls. 359/360).

Colhe-se dos autos, ademais, que somente foi apresentado o "certificado de cautela" em substituição do bilhete alegadamente entregue à Caixa Econômica Federal e extraviado. Também informou o MPF na peça recursal que o valor cobrado na inicial era bem diferente do valor que seria pago ao acertador do indigitado concurso (R\$ 10.357.697,77).

Diante da acolhida dos embargos de declaração com efeitos infringentes, bate-se o Ministério Público Federal em ofensa ao art. 535 do CPC, alegando que foi reexaminado todo o contexto probatório dos autos para se chegar a conclusão diversa.

Sem razão, todavia.

É que, em verdade, pode e deve o Tribunal *a quo*, em sede de embargos de declaração, sanar eventual contradição ou omissão existente na apreciação de determinada prova, tal como produzida em primeiro grau, sob pena de, nesse caso, violar o art. 535 do CPC.

Havendo, em decorrência do novo exame, supressão da omissão ou contradição, resultando novos contornos acerca da prova produzida, tal possibilidade está contemplada pela excepcionalidade de se emprestar efeitos infringentes aos aclaratórios.

Esta Corte sufraga tal assertiva:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO TRIBUNAL A QUO SOBRE TEMAS SUSCITADOS NA APELAÇÃO E REITERADOS EM EMBARGOS DECLARATÓRIOS. CPC, ART. 535, II. ANULAÇÃO.

I. Se os temas suscitados pela parte tanto na apelação, como nos embargos de declaração, por versarem sobre a contradição da prova dos autos, somente podem ser apreciados na instância ordinária, identifica-se omissão no julgamento do Tribunal estadual que, inobstante a relevância, no caso, da matéria de defesa, notadamente em relação ao valor da indenização, deixa de se manifestar a respeito.

II. Recurso especial conhecido em parte e provido, para que, anulado o julgamento dos embargos declaratórios, outro seja proferido apreciando os pontos nele abordados em ratificação à peça apelatória.

(REsp 169.055/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 11/04/2000, DJ 26/06/2000 p. 176)

Embargos de declaração. Omissão e contradição.

1. Apontando os declaratórios contradição entre a prova técnica negativa e a condenação em perdas e danos, em período abrangido pela perícia, mas decorrente de descumprimento de liminar e omissão sobre o deferimento de verba não incluída no pedido, impõe-se ao Tribunal de origem o desate específico dos pontos indicados, no âmbito do art. 535 do Código de Processo Civil.

2. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 160.072/RJ, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DI-REITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/03/1999, DJ 17/05/1999 p. 197)

Com efeito, em tese, era mesmo possível ao Tribunal emprestar efeitos infringentes aos embargos para suprir omissão ou contradição alusiva à análise da prova.

Porém, não é possível deslindar nesta instância se o Tribunal, quando do julgamento da apelação, já teria ou não manifestado juízo acerca do ponto alegadamente omisso ou contraditório, por ser matéria eminentemente probatória. Incide, assim, a Súmula 7.

Além do mais, como se verá, é caso de aplicação do art. 249, § 2º, do CPC, que assim preleciona: "Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta".

Nesse sentido, também é o seguinte precedente: REsp 282716/SP,

Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/02/2006, DJ 10/04/2006 p. 168.

3. Quanto ao mérito, o recurso merece acolhida.

É incontrovertido o fato de que o autor somente apresentou, com a inicial, o chamado "recibo de custódia", documento entregue pela CEF quando um apostador se diz ganhador de concurso de loteria, mediante a contra-entrega pelo alegado ganhador do bilhete supostamente premiado.

O recibo - e isso também é incontrovertido -, faz referência ao concurso nº 0084 da "Supersena", sendo certo, ademais, que os números apostados pelo autor foram sorteados no concurso nº 0083. Em relação ao bilhete original, o próprio autor esclarece na inicial que constava mesmo a referência ao concurso nº 0084.

Esse fato é justificado pelo autor nos seguintes termos:

Acontece que o Autor foi até a Caixa Econômica Federal, se dirigiu ao Gerente com o bilhete n. 19.2.11114-0T-01/015-01/0186867-1, que estava qualificado como concurso 0084, deixando o Autor surpreso.

Como a máquina registradora da Loteria Esportiva mudou o concurso 0083 para 0084, ainda dentro da semana do concurso 0083, trouxe um prejuízo incalculável ao Autor. (fl. 03)

O Tribunal *a quo*, por sua vez, dirigiu sua análise à existência de provas de que o autor teria realizado sua aposta no prazo para concorrer ao sorteio nº 0083, malgrado

tenha sido processada somente para o de nº 0084, chegando a conclusão de que essa circunstância seria suficiente para o acolhimento do pleito.

Contudo, mostra-se irrelevante a perquirição acerca do propósito do autor, tampouco se a aposta foi realizada neste ou naquele dia, tendo em vista que o que deve nortear o pagamento de prêmios de loterias federais, em se tratando de apostas não nominativas, é a literalidade do bilhete, eis que ostenta este características de título ao portador.

Tal conclusão se extrai da leitura dos dispositivos da legislação regente, como, por exemplo, os arts. 6º e 12, *caput* e § 2º, do Decreto-lei nº 204/67:

Art. 6º O bilhete de loteria, ou sua fração, será considerado nominativo e intransferível quando contiver o nome e endereço do possuidor. A falta desses elementos será tido como ao portador, para todos os efeitos.

Art. 12. Em caso de roubo, furto ou extravio, aplicar-se-á ao bilhete ou fração de bilhete de loteria, não nominativo, e no que couber, o disposto na legislação sobre ação de recuperação de título ao portador.
(...)

§ 2º Somente mediante ordem judicial deixará de ser pago algum prêmio ao portador ou ao titular do bilhete ou fração premiados.

Percebe-se que da generalidade, senão unanimidade, das apostas

relativas a prêmios oferecidos pela Loteria Federal, extraem-se bilhetes não nominativos, como é o caso dos autos, devendo o prêmio ser pago a quem, no prazo estipulado em lei, apresentar o bilhete premiado.

Se é assim, o bilhete premiado veicula um direito autônomo, cuja obrigação se incorpora no próprio documento, podendo ser transferido por simples tradição, característica que torna irrelevante a discussão acerca das circunstâncias em que se aperfeiçoou a aposta.

Caio Mário, em suas *Instituições*, esclarece com precisão tal característica dos títulos ao portador:

"O princípio cardeal em matéria deste instrumento é que a legitimidade do direito representado pelo título de crédito assenta na conjugação da *materialidade* do instrumento e sua posse, presumindo-se credor quem se apresenta como *possuidor do documento*. E seu fundamento é encontrado na teoria da *incorporação* segundo a qual o direito permanece desde a origem, e em todas as fases de sua existência circulatória, vinculado ao documento que o exprime e delimita; a aquisição do título induz a do direito, da mesma forma que a transmissão de um produz a do outro.

(...) Não é mero instrumento probatório, porém documento constitutivo da obrigação, como não se configura como simples reconhecimento de uma dívida, mas um título obrigatório em si mesmo. (Institui-

ções de direito civil, vol. III. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 474)

Por sua vez, Pontes de Miranda, em sua mais monumental obra, bem diferencia os bilhetes de loteria nominativos - que caracterizam, em última análise, um contrato de loteria - daqueles bilhetes ao portador, *verbis*:

Lotérias são jogos de azar entre muitos e um só, mediante determinado plano, pelo qual a tirada de uma ficha, ou a aparição de um número, ou, ainda, qualquer outro meio semelhante de sortear, decide sobre a perda do jogador correspondente, ou de seu ganho. (...) Pelo contrato de loteria (bilhete nominativo), obriga-se o empreendedor do jogo, perante grande número de contraentes, que de seu lado lhe pagam soma em dinheiro, ou outro valor, a prestar ao vencedor no sorteio prêmio a que o legitima o bilhete nominativo suscetível de se reger pelas regras jurídicas concernentes aos títulos nominativos. Supõem-se transferíveis. Sempre que nos referirmos à loteria, tratamos somente do bilhete ao portador, que é hoje quase o único usado, sem os caracteres do contrato de loteria, pois constitui a figura do título ao portador. (Tratado de direito privado, Tomo XXXII, 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971, p. 440)

Com efeito, tratando-se de títulos ao portador, e levando em consideração que os sistemas de

loterias são bastante visados por toda sorte de fraudes, a cautela no pagamento de prêmios deve ser a maior possível, não podendo haver pagamento além daquilo que está estampado no bilhete apresentado.

Por exemplo, se um bilhete premiado é extraviado e a Caixa Econômica Federal paga a quem fez a aposta, mediante provas incontestes - como pretende o autor, ora recorrido -, ainda assim não estará desobrigada a pagar a outrem que apresentar o título no prazo, por força do que dispõe o § 2º, art. 12, do Decreto-lei nº 204/67.

4. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal era nesse sentido:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONTRA ACÓRDÃO QUE JULGOU IMPROCEDENTE A AÇÃO DO PORTADOR DE UM BILHETE DE LOTERIA INUTILIZADO POR ERRO - EXATA APLICAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES DO DECRETO-LEI 6259 - DENEGAÇÃO DO RECURSO - AGRAVE DESPROVIDO.
(AI 23127, Relator(a): Min. ANTONIO VILLAS BOAS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/10/1960, ADJ DATA 29-05-1961 PP-00089 EMENT VOL-00438 PP-00189)

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a e. Terceira Turma, em duas oportunidades, apreciou o tema, exarando sempre o mesmo entendimento:

CIVIL. LOTECA DO CERTO E DO ERRADO. O direito do apostador se limita ao que está contido no título ao portador, nada

importando que possa ter sido confundido por informações imprecisas de concursos anteriores, já corrigidas por ocasião de sua aposta. Recurso especial não conhecido.

(REsp 146436/RJ, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/09/1999, DJ 25/10/1999 p. 77)

Direito processual civil. Loteria. Prêmio. Ônus da prova.

- Não há relevância em possível equívoco momentâneo, relativo a informações imprecisas, concernentes a concursos anteriores, prevalecendo, tão-somente, o que está descrito no título ao portador, o qual constitui o único e, portanto, restrito direito do apostador, notadamente quando já corrigida a falha humana, no momento da efetivação da aposta, que gerou a incoerência no sistema.

- Se o Tribunal de origem referendou a apreciação fática da questão dada pelo Juiz, no sentido de que as provas produzidas atestam para a carência de comprovação da alegada data em que se operou a aposta, considerando-se que, de acordo com o título, prevalece aquela nele contida, nada há para retocar no acórdão recorrido.

- Cabe, portanto, ao apostador conferir o bilhete de loteria no momento da sua emissão.

- O ônus da prova, por conseguinte, incumbe ao portador do título.

Recurso especial não conhecido.
(REsp 960284/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA

TURMA, julgado em 24/06/2008,
DJe 05/08/2008)

5. Ressalte-se, ademais, que a tese veiculada pelo autor da ação, de que devido a erro no processamento de sua aposta não foi possível receber o prêmio, somente seria apta a lastrear ação de responsabilidade civil, com vistas à reparação do apontado dano sofrido, contra quem entender de direito, mas não para receber o prêmio da loteria com base em bilhete que não ostenta os números sorteados para o concurso indicado.

6. Assim, o recurso especial interposto pelo Ministério Pùblico Federal deve ser conhecido pela divergência e provido, restando prejudicadas as demais teses, bem como prejudicado está o recurso interposto pela Caixa Econômica Federal.

7. Diante do exposto, conheço do recurso especial interposto pelo Ministério Pùblico Federal e dou-lhe provimento, para julgar improcedentes os pedidos deduzidos na inicial; e julgo prejudicado o recurso especial interposto pela Caixa Econômica Federal.

A cargo do recorrido, custas e honorários advocatícios, estes ora fixados em R\$ 1.500,00, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, observados, se for o caso, os benefícios previstos na Lei nº 1.060/50.

É como voto.

VOTO

O SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES (PRESIDENTE): Srs. Mi-

nistros, como se vê, trata-se de um tema quase de auto indagação. Porém, assim, não se apresenta pelos fatos que encerra. Lembrem-me do livro "Títulos de Crédito", do Prof. JOÃO EUNÁPIO BORGES, onde ele leciona que o bilhete de loteria, a passagem de ônibus, etc, não são títulos de crédito, mas, sim, comprovantes de legitimação. Quando, por exemplo, se compra uma passagem de ônibus e nela vem assinalada a cadeira de número 27, trata-se de um comprovante de legitimação de que, naquela viagem, o passageiro - adquirente do bilhete - terá posse (direito) daquela cadeira e nada mais. Vale o comprovante pela sua literalidade, pelo que nela está escrito. Não serve a compra da cadeira nº 2, recebendo, no entanto, a de nº 27 e querer reivindicar a de nº 2.

Aliás, o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão menciona um precedente da Terceira Turma, do Sr. Ministro Ari Pargendler, no Recurso Especial nº 146.436/RJ, que diz:

"O direito do apostador se limita ao que está contido no título ao portador, nada importando que possa ter sido confundido por informações imprecisas de concursos anteriores."

Li os memoriais que o Dr. Aldir Guimarães Passarinho ofereceu e fiquei muito preocupado com este caso, mas entendo, como o Sr. Ministro João Otávio de Noronha, que vale o que está escrito. Se o recorrido fez a aposta, julgando apostar no jogo oitenta e três, mas o

fez no jogo oitenta e quatro, vale o oitenta e quatro e não o oitenta e três; se foi um erro de digitação ou da lotérica, esse é outro problema, mas esse erro não confere o direito ao prêmio.

Não vejo como deferir um prêmio de um concurso para quem, pelo comprovante de legitimação que exibiu, fez aposta em outro.

Com a devida vênia do Sr. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator para julgar improcedente a ação.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA:

A controvérsia instaurada nos autos diz respeito ao suposto prêmio da Super Sena, concurso n. 0083, sorteado em 06 de novembro de 1996, sem ganhadores.

Os fatos estão bem delineados no seguinte sentido: o autor da presente ação alegou que participou do certame, mas que, por erro na máquina registradora da casa lotérica, teria ficado registrado no seu bilhete que concorria para o concurso n. 84. Nada obstante, os números que apostou foram sorteados no concurso 0083. Assim, veio ao judiciário reclamar o prêmio.

A ação foi julgada improcedente em primeiro grau, ao fundamento de que as provas constantes dos autos não são suficientes para demonstrar que efetivamente participou do concurso n. 0083, já que no bilhete constava o n. 0084.

A sentença foi mantida pelo Tribunal do Estado do Rio de Janei-

ro. Contudo, esse tribunal, ao decidir os embargos declaratórios opostos pelo autor da ação, os acolheu com efeito infringente, determinando à CEF que pague o valor de vinte e dois milhões de reais corrigidos desde 1996 (valor este posteriormente retificado para cerca de dez milhões).

Interposto recurso especial pela CEF e Ministério Público, o Ministro Luiz Felipe Salomão votou no sentido de conhecer e prover o recurso. Já o Ministro Honildo Amaral de Mello Castro, iniciou divergência, no sentido de manter o acórdão recorrido.

Pedi vista para melhor exame, e constato que a questão é punjante, pois há uma pessoa reclamando o prêmio de vinte e dois milhões de reais, fez provas que até corroboram sua tese como expendida na inicial, mas que não chegam a ser conclusivas. Tanto assim é, que o Tribunal a quo ao conferir efeito modificativo aos embargos, interpretou às mesmas provas anteriormente analisadas, apenas concluindo diversamente sobre fatos já debatidos.

Contudo, isso indica um caminho a ser seguido para solução da lide e, trilhando por ele, inicio por me posicionar em sentido diverso do Ministro Honildo Amaral, *data venia*.

a) da legitimidade do Ministério Público para propor o recurso especial.

Inicialmente, não tenho nada a acrescentar aos votos que me precederam sobre a legitimidade do Ministério Público para aviar o recurso especial, pelo que corroboro

inteiramente com as conclusões do Relator.

b) da violação às disposições do artigo 535, I e II, do Código de Processo Civil.

É fato incontrovertido que o autor da ação, no dia 01.11.1996, fez uma aposta para concorrer na SUPER SENA e saiu com um bilhete indicando que estava participando do concurso n. 0084. De outro lado, restou sem solução se efetivamente concorreu para o concurso de n. 0084, ou se fez sua aposta a tempo de concorrer no concurso anterior, o de nº 0083, hipótese que se seria possível acaso tivesse apostado antes das 14:00 horas do dia 01.11.1996. E, isso não foi comprovado, segundo a sentença, pois não trouxe aos autos o original do bilhete de aposta.

Também não trouxe o original do recibo de custódia fornecido pela CEF, que ele obrigatoriamente deveria ter, caso seu bilhete tivesse ficado retido na CEF, conforme alegou.

Não cuidou sequer de fornecer cópias autenticadas.

Face a essas inconsistência e à falta do original do bilhete, a sentença concluiu que, não havendo elementos suficientes que pudessem levar ao convencimento de que a aposta feita pelo autor fora a tempo e hora de participar do concurso n. 0083, surgia, incontestavelmente, que havia participado do concurso nº 0084 (fl. 252).

Nessa esteira, concluiu o Tribunal *a quo*, ao julgar a apelação:

"Ora, em face dos documentos e de tudo o mais que consta dos

autos, e, considerando, ainda, que a recusa no pagamento do prêmio em nada beneficia a Caixa Econômica Federal e a agência lotérica, é de se ter por legítima a conclusão do Juízo a quo no sentido de que, na verdade, o apelante efetuou o jogo para o concurso posterior ao que sustenta ter apostado, eis que no seu bilhete - única prova material do fato - consta o número do concurso 0084, não podendo, portanto, trazer como consequência jurídica o pagamento do prêmio do concurso do qual comprovadamente não participou." (fl. 310).

Esse entendimento foi alterado no julgamento dos embargos declaratórios e neste ponto reside o cerne da controvérsia trazida no recurso especial.

Quando o Tribunal alterou suas conclusões no julgamento dos embargos declaratórios, entendeu que se o jogo fora feito no dia 1.11.1996, então haveria de se deduzir que estava o autor concorrendo para o concurso da semana, o de número 83. Também presunziu que o acolhimento pela CEF do bilhete premiado na data de 13.11.1996 era indício de que não poderia ter concorrido para o concurso de nº 0084 que seria sorteado no dia seguinte. Além disso, afirmou que a hipótese de inexatidão material era prevista pelo CEF. Observa-se:

"Reconhecendo, como o reconheço, efetivamente, que a aposta se fez no dia 1/11/1996, o que daí se segue, necessaria-

mente, é que , como dito , às fls. 320, "as apostas feitas no dia 1º foram sorteadas no dia 7, como se vê de fls. 149 da medida cautelar (a que - repita-se - se refere o d. voto condutor do v. acórdão embargado) e pode ser confirmado na Internet a qualquer tempo. No dia 7 correu o concurso 83 e não o 84. Assim, se o recorrente lançou seus números no dia 1º, necessariamente estavam concorrendo ao concurso 83, embora do certificado conste o nº 84, por um evidente erro de digitação". Somam-se, contudo, aos dizeres acima, o seguinte: a) - omite-se o v. acórdão recorrido quanto ao que contido às fls. 23 destes autos e fls. 5 da medida cautelar, mencionada no d. voto condutor do v. acórdão recorrido. Em tal documento se lê: "recebemos o bilhete acima mencionado" e "autorizo creditar em minha conta o prêmio a que vier a fazer jus" . Tais peças evidenciam entrega de bilhete premiado, com autorização de creditar o prêmio na conta do autor. Assim, briga o d. voto condutor do v. acórdão recorrido , por omissão, com o conjunto probatório. A prova material, a que se refere o d. voto condutor do v. acórdão recorrido, é o certificado de custódia; b) - incide em contradição o d. voto condutor do v. acórdão embargado, às fls. 310, ao dizer: "Quanto à data do recibo de custódia, onde consta o dia 13/11/96, antes, portanto, do sorteio do concurso 0084 (ocorrido em 14/11/96), em nada prova que o ora apelante apostou

para o concurso anterior, eis que o recibo de custódia se presta, justamente, para a confirmação de que o referido bilhete apresentado é o bilhete premiado, após pesquisa feita pela Central de Loterias". A contradição de tais proposições advém da impossibilidade fático - jurídica da emissão de "certificado de custódia de bilhete premiado (fls. 23) no dia 13, para um concurso que só iria correr no dia 14". Ou, em outros termos, reconhecendo o d. voto condutor, às fls. 310, que o sorteio do concurso 0084 ocorreu em 14/11/1996 e que o recibo de custódia se presta, justamente, para a confirmação de que o referido bilhete apresentado é o bilhete premiado, após pesquisa feita pela Central de Loterias, como admitir a possibilidade de um recibo de custódia de bilhete premiado , no dia 13 de novembro de 1996, referente a sorteio de jogo realizado no dia seguinte ? ... ; c) - a hipótese de inexatidão material do número do jogo, a que se refere a aposta, está prevista no item 1.9.1 do Anexo II, da Circular nº 60/95,(fls. 15) do seguinte modo: "1.9 - Apostas às expensas do revendedor: 1.9.1 - A aposta vendida com o número do concurso posterior terá o seguinte tratamento: - concorre normalmente no concurso em que foi efetuada ; - concorre às expensas do revendedor do concurso que consta do bilhete".

Isso tudo são conclusões extraídas dos mesmos fatos, anteriormente considerados, deixando

anterver que o julgador alterou seu entendimento, sem que houvesse nenhuma omissão ou contradição no acórdão recorrido; basta ver que dos mesmos fatos extraiu outras deduções, pois sequer apontou alguma prova que eventualmente tivesse deixado de considerar. Observa-se os termos do acórdão embargado:

Dessa forma, a questão posta nos autos resume-se à qual concurso se dirigiu a aposta feita pelo autor, que sustenta ter havido um defeito do maquinário ou, ainda, uma conduta delituosa por parte do preposto da ré, quando emitiu bilhete referente a concurso posterior, quando ainda não encerradas as apostas do concurso anterior, realizada, segundo alega, em 01/11/96, às 10:31 horas.

Conforme salientado na r. sentença, a única prova material constante dos autos é o bilhete de apostas, constando o número do concurso como sendo o de 0084.

Os depoimentos constantes na ação cautelar de produção antecipada de provas esclarecem que os registros do dia e da hora do jogo só aparecem no início do talão, não se repetindo no volante de cada aposta, sendo que o bilhete acostado aos autos não contém nem a data nem a hora da realização do jogo. Apesar de o autor ter alegado que o dito jogo foi realizado conjuntamente com os acostados às fls. 40/44, nos quais está registrado o dia 01/11/96 e a hora 10:31, na primeira linha, inexiste nos autos qualquer pro-

va que permita precisar, em relação ao pretenso jogo premiado, tais dados.

Frise-se que, segundo o depoimento da testemunha ROSIMAR CHIMENTES, ex-funcionária da Casa de Apostas Volta Redonda, o código "BIL 0084.060.908" é um número seqüencial dos volantes de apostas sucessivas, não servido como prova do alegado no presente caso, eis que nenhum daqueles bilhetes acostados se referem ao jogo da SUPERSENA.

De se destacar, ainda, segundo os diversos depoimentos, que, à época dos fatos, a "virada" de um concurso para outro era feita manualmente e não "on line" como ocorre hoje, ou seja, uma lotérica no interior do Estado teria que encerrar suas apostas antes, a fim de entregar os dados no mesmo horário que uma outra, mais próxima à Central, e que, por isso, poderia encerrar suas apostas depois (fls. 52).

Como bem ressaltou a magistrada *a quo*, o registro no bilhete consta o "concurso 0084" e foi para esse sorteio que correu o ora apelante, de forma consciente, que poderia, no momento da aposta, ter contestado aquele registro da máquina, se efetivamente existiu erro, como o mesmo sustenta.

Quanto à data do recibo de custódia, onde consta o dia 13/11/96, antes, portanto, do sorteio do concurso 0084 (ocorrido em 14/11/96), em nada prova que o ora apelante apostou para o concurso anterior, eis que o recibo de custódia se presta, jus-

tamente, para a confirmação de que o referido bilhete apresentado é o bilhete premiado, após pesquisa feita pela Central de Loterias.

Ora, em face dos documentos e de tudo o mais que consta dos autos, e, considerando, ainda, que a recusa no pagamento do prêmio em nada beneficia a Caixa Econômica Federal nem a agência lotérica, é de se ter por legítima a conclusão do Juízo a quo no sentido de que, na verdade, o apelante efetuou o jogo para o concurso posterior ao que sustenta ter apostado, eis que no seu bilhete - única prova material do fato - consta o número do concurso 0084, não podendo, portanto, trazer como consequência jurídica o pagamento do prêmio do concurso do qual comprovadamente não participou.

Comunente sabido que a irresignação da parte quanto às conclusões do julgamento não é sinônimo de negativa de prestação jurisdicional. Nem mesmo o *error in iudicando*, indica a existência de omissão ou contradição no acórdão embargado.

As hipóteses de cabimento dos embargos declaratórios são restritas e não comportam

mera reapreciação da matéria.

Nesse contexto, oportuno transcrever as palavras do insigne Ministro Carlos Velloso, para quem

"Os Edcl. tem pressupostos certos no CPC 535, não se prestando para corrigir 'error in judicando'. Só se admite a oposição do recurso de Edcl quando o erro cometido pela

decisão embargada for no procedimento, quer dizer, erro na aplicação de norma de processo ou procedimento. Quando o erro for de julgamento, ou seja, de aplicação incorreta do direito à espécie, não cabem os Edcl." (STF, Segunda Turma, EDclROMS nº 22835-4, DJ de 23.10.1998).

In casu, colheu-se os embargos declaratórios, conferindo-lhe efeito infringente, para meramente, alterar as conclusões acerca dos mesmos fatos anteriormente analisados.

E, me estendi nas citações quantos às questões abordadas em ambos os acórdãos para deixar claro que houve alteração de conclusão, ou seja, reapreciação da matéria anterior, fato que efetivamente levou à vulneração das disposições do artigo 535, I e II do Código de Processo Civil, mas, dessa vez - o que não é comum verificar-se nesta Corte - pelo excesso e não pela falta, ou seja, o Tribunal mudou o entendimento anterior e aproveitou-se da oportunidade dos embargos para alterar as conclusões do acórdão sem que houvesse, realmente, algum dos vícios previstos na norma processual que autorizasse esse procedimento.

Os embargos declaratórios, tal qual o recurso especial, tem natureza vinculada, e somente comportam reexame da matéria nos estreitos limites estabelecidos pela norma.

Ultrapassando-se esses limites, seja para deixar de corrigi-los quando efetivamente verificados, seja para alterar o julgado sob entendimento de que há omissão ou

contradição quando não o há de fato, a norma encontra-se vulnerada.

Vejo, por conseguinte, que houve vulneração às disposições do art. 535, I e II do Código de Processo Civil, pelo que dou provimento aos recursos especiais da CEF e do Ministério Público, para desacolher os embargos declaratórios opostos por Adão Antonio Pereira, restabelecendo, por conseguinte, a eficácia do acórdão embargado de fls. 309/311.

c) do bilhete de aposta na SUPERSENA.

Se superada a vulneração às disposições do art. 535, do CPC, adentrando-se ao mérito da questão tratada nos autos, não há como deixar de concordar com o Ministro Relator Luis Felipe Salomão.

Como efeito, amplamente debatido nos autos que a cópia do bilhete de aposta (trazida aos autos de forma incompleta, eis que não consta dele a data e hora da aposta), ou do recibo de custódia fornecido pela CEF, dão conta de que o recorrido participou do concurso de n. 0084.

O que deve nortear o pagamento de prêmios de loterias federais é a literalidade do bilhete, já que as apostas não são nominativas. As hipóteses são balizadas com as características de título ao portador.

Veja precedente a respeito no âmbito deste Tribunal:

Direito processual civil. **Loteria**. Prêmio. Ônus da prova.

- Não há relevância em possível equívoco momentâneo, relativo a informações imprecisas,

concernentes a concursos anteriores, prevalecendo, tão-somente, o que está descrito no título ao portador, o qual constitui o único e, portanto, restrito direito do apostador, notadamente quando já corrigida a falha humana, no momento da efetivação da aposta, que gerou a incoerência no sistema.

- Se o Tribunal de origem referendou a apreciação fática da questão dada pelo Juiz, no sentido de que as provas produzidas atestam para a carência de comprovação da alegada data em que se operou a aposta, considerando-se que, de acordo com o título, prevalece aquela nele contida, nada há para retocar no acórdão recorrido.

- Cabe, portanto, ao apostador conferir o bilhete de **loteria** no momento da sua emissão.

- O ônus da prova, por conseguinte, incumbe ao portador do título.

Recurso especial não conhecido. (REsp 960.284-RS, relatora Ministra Nancy Andrighi, DJe 05.08.2008).

Isto posto, dou provimento ao recurso especial para cassar a decisão proferida nos embargos declaratórios e, por conseguinte, restabelecer a eficácia do acórdão de fls. 309/311. Se vencido neste fundamento, acompanho o eminente Relator para dar provimento ao recurso a fim de julgar improcedentes os pedidos da petição inicial.

É como voto.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP):
(...)

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

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

Após o voto do Sr. Ministro Luis Felipe Salomão, conhecendo e dando provimento ao recurso especial do Ministério Público Federal e julgando prejudicado o recurso especial interposto pela Caixa Econômica Federal, PEDIU VISTA o Sr. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP). Aguardam os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e João Otávio de Noronha. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.

Brasília, 05 de novembro de 2009

TERESA HELENA DA ROCHA
BASEVI
Secretária

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

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

Adiado por indicação do Sr. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP).

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Fernando Gonçalves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília, 16 de março de 2010
TERESA HELENA DA ROCHA
BASEVI
Secretária

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

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

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), conhecendo e dando parcial provimento ao recurso especial do Ministério Público Federal e julgando prejudicado o recurso da Caixa Econômica Federal, divergindo do voto do Sr. Ministro Luis Felipe Salomão, Relator, que conhecia e dava provimento ao recurso especial do Ministério Público Federal, julgando prejudicado o recurso especial da Caixa Econômica, PE-DIU VISTA antecipada o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Aguarda o Sr. Ministro Fernando Gonçalves.

Impedido o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.

Brasília, 18 de março de 2010
TERESA HELENA DA ROCHA
BASEVI
Secretária

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo

em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista antecipado do Sr. Ministro João Otávio de Noronha, conhecendo e dando provimento ao recurso especial do Ministério Público Federal, e julgando prejudicado o recurso especial da Caixa Econômica Federal, acompanhando o voto do Sr. Ministro Luis Felipe Salomão, Relator, a Turma, por maioria, conheceu do recurso especial do Ministério Público Federal e deu-lhe provimento, e por unanimidade, julgou prejudicado o recurso especial da Caixa Econômica Federal. Vencido, em parte, o Sr. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP) que conhecia e dava parcial provimento ao recurso especial do Ministério Público Federal.

Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e João Otávio de Noronha (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.

Brasília, 06 de abril de 2010

TERESA HELENA DA ROCHA
BASEVI
Secretária



Tribunal Regional Federal da 4^a Região

Usucapião especial urbana. Imóvel financiado pelo SFH. Impossibilidade.

EMENTA OFICIAL

ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA. IMÓVEL FINANCIADO PELO SFH. IMPOSSIBILIDADE.

O usucapião especial constitui modalidade de aquisição originária da propriedade preconizada à luz da função social da propriedade, visando conferir solução a problema recorrentemente vivenciado nas cidades, especialmente nas periferias e favelas, possibilitando o acesso à propriedade urbana e, destarte, à moradia, de camada desfavorecida da população das grandes cidades, que se vê obrigada a permanecer na ilegalidade, precariedade habitacional e clandestinidade.

A vinculação do imóvel ao Sistema Financeiro de Habitação constitui óbice intransponível à aquisição da propriedade por usucapião.

Inversão da sucumbência, fixados os honorários advocatícios em 10% sobre o valor atribuído à causa.

Preqüestionamento quanto à legislação invocada estabelecido pelas razões de decidir.

Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas,

decide a Egrégia 3^a Turma do Tribunal Regional Federal da 4^a Região, por unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 24 de novembro de 2009.

NICOLAU KONKEL JUNIOR,
Relator.

AC 2004.71.00.038106.6/RS - DE
11/12/2009.

RELATÓRIO

Trata-se de ação de usucapião de imóvel situado em Porto Alegre, em que a parte autora sustenta preencher os requisitos legais necessários para que a ação seja julgada procedente.

A sentença julgou procedente o pedido para o fim de declarar a propriedade da parte autora sobre o imóvel descrito na cópia da certidão juntada à fl. 16 dos autos.

Embargos de declaração às fls. 307/309, os quais foram impugnados às fls. 321/326, sendo julgados à fl. 337.

A CEF interpôs apelação às fls. 340/344, alegando, em suma, a impossibilidade de usucapião de imóvel do SFH por configurar a ocupação fato típico penal, conforme entendimento do STF. Sustenta que a hipoteca do imóvel em questão foi

constituída em data anterior ao início da posse da parte autora. Ressalta, ainda, que no presente caso deve se atender à função social que justifica o financiamento de imóveis pelo Sistema Financeiro de Habitação.

Contra-arrazoado o recurso, subiram os autos a este Tribunal.

O Procurador da República opinou pelo conhecimento e improvimento do apelo.

É o relatório.

NICOLAU KONKEL JUNIOR,
Relator.

VOTO

O presente apelo deve ser conhecido, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade e, no mérito, merece integral acolhida.

O art. 183 da CF prevê a possibilidade de aquisição da propriedade de área urbana de até 250 m², utilizada para moradia, conforme instituto do usucapião especial, nos seguintes termos:

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º - Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º - Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

A regulamentação de referido dispositivo constitucional se implementou consoante Estatuto das Cidades (Lei nº 10.257/01), que estabelece, quanto ao usucapião especial urbano individual que:

Art. 9º Aquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio será conferido ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, a posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.

A leitura dos dispositivos supra torna claro, de plano, que o usucapião especial não se destina à aquisição de propriedade de um "imóvel", mas sim de uma "área urbana", do que se conclui referir a hipóteses de ocupação de lotes ou terrenos urbanos, até a metragem referida, quando há a construção de morada própria, ou para sua família.

De fato, o usucapião especial constitui modalidade de aquisição originária da propriedade preconizada à luz da função social da propriedade, visando conferir solução a problema recorrentemente vivenciado nas cidades, especialmente nas periferias e favelas.

Busca-se com este instituto conferir a possibilidade de acesso à propriedade urbana e, destarte, à moradia, de camada desfavorecida da população das grandes cidades, que se vê obrigada a permanecer na ilegalidade, precariedade habitacional e clandestinidade.

A previsão constitucional, destacadamente voltada ao bem comum, decorre da ponderação de que o possuidor de terreno a título de acúmulo de capital, sem lhe conferir aproveitamento social por tempo razoável, ou verificar a sua situação específica, deva perder o domínio respectivo para quem no terreno se abrigar, vindo a constituir no local sua moradia.

Desta feita, torna-se irrefutável a conclusão de ser descabida a pretensão da parte autora, que ocupa indevidamente imóvel urbano financiado por outrem junto à CEF, com recursos do Sistema Financeiro de Habitação-SFH, possa adquirir a sua propriedade mediante usucapião especial, em prejuízo a aqueles que necessitam do retorno dos recursos atinentes ao mútuo havido junto ao SFH.

Reafirma-se, nesse aspecto, a função social e qualificação diferenciada dos recursos públicos oriundos do SFH, que trata de órgão destinado à condução de política habitacional beneficiária de popu-

lação de baixa renda, tornando evidente que a permissão de usucapião de imóvel vinculado ao SFH importaria em privilégio de interesse de particular em detrimento do interesse público, com o que não pode se coadunar.

Nesse sentido, a jurisprudência deste Tribunal:

**DIREITO ADMINISTRATIVO.
USUCAPIÃO URBANO. ARTIGO
183 CF. AUSÊNCIA DOS REQUISI-
TOS. IMÓVEL FINANCIADO PELO
SFH. IMPOSSIBILIDADE.**

1. O usucapião especial não tem por objeto "imóvel", como ocorre com o usucapião ordinário ou o extraordinário do Código Civil, mas especificamente "área urbana", ou seja, lote ou terreno. Não se aplica, evidentemente, às situações de ocupação de imóvel, cuja aquisição foi financiada pelo SFH.
2. Não se pode admitir que ocupantes clandestinos de imóveis financiados no âmbito de programas habitacionais governamentais, como é o caso do SFH, possam adquiri-los mediante usucapião, pois aí ficarão prejudicados todos os que dependem do retorno dos recursos mutuados para também serem beneficiados e terem acesso à moradia.
3. A autora nunca esteve vinculada ao agente financeiro por nenhuma relação jurídica, nunca teve posse com ânimo de dono, limitando-se à ocupação ou detenção.
4. Considerando a data da propositura da ação e a posse mais remota comprovada, verifica-se que não se passaram 5 anos, não preenchendo assim, a auto-

ra, o requisito exigido pelo artigo 183 da CF.
(TRF4, AC 2000.71.00.026228-0, Quarta Turma, Relatora Marga Inge Barth Tessler, D.E. 13/10/2009).

CIVIL. AÇÃO DE USUCAPIÃO. PEDIDO REJEITADO. Ante a ausência dos requisitos previstos na CR/88 e, também, a circunstância de o imóvel ter sido adquirido com recursos públicos, provenientes do Sistema Financeiro da Habitação, não possível '*in casu*' o reconhecimento da usucapião
(TRF4, AC 2006.70.03.002540-4, Quarta Turma, Relator Valdemar Capeletti, D.E. 07/07/2008).

Neste diapasão, sem que seja necessário ingressar no exame dos pressupostos específicos do usucapião especial, conclui-se pela existência de óbice intransponível à aquisição da propriedade do imóvel referido na inicial pela parte autora, qual seja, a sua vinculação ao SFH.

Tendo em vista a reforma da sentença, cumpre condenar a parte autora no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em 10% sobre o valor atribuído à causa, nos termos do art. 20, § 4º do CPC. Fica suspensa, contudo, a execução de referidas verbas, conforme art. 12 da Lei nº 1.050/50, por se tratar o demandante de beneficiário da justiça gratuita.

Prequestionamento:

O prequestionamento quanto à legislação invocada fica estabelecido pelas razões de decidir, o que dispensa considerações a respeito, vez que deixo de aplicar os dispositivos legais tidos como aptos a ob-

ter pronunciamento jurisdicional diverso do que até aqui foi declinado, considerando-se aqui transcritos todos os artigos da Constituição e/ou de lei referidos pelas partes, dando-os por prequestionados (arts. 5, LV, e 93, IX, da CF e arts. 131, 458, II, 535, I e II, do CPC).

Ante o exposto, voto por dar provimento ao recurso, ao efeito de julgar improcedente o pedido formulado na inicial de usucapião especial, condenando o autor nos ônus sucumbenciais, nos termos da fundamentação supra.

NICOLAU KONKEL JUNIOR,
Relator.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que este processo foi incluído na Pauta do dia 24/11/2009, na seqüência 332, disponibilizada no DE de 13/11/2009, da qual foi intimado(a) o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e as demais PROCURADORIAS FEDERAIS.

Certifico que o(a) 3ª TURMA, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A TURMA, POR UNANIMIDADE, DECIDIU DAR PROVIMENTO AO RECURSO, AO EFEITO DE JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO FORMULADO NA INICIAL DE USU-CAPIÃO ESPECIAL, CONDENANDO O AUTOR NOS ÔNUS SUCUM-BENCIAIS, NOS TERMOS DA FUNDAMENTAÇÃO SUPRA.

Letícia Pereira Carello
Diretor de Secretaria

Tribunal Regional Federal da 4^a Região

Honorários Advocatícios. Execução. Dissolução irregular da sociedade. Redirecionamento aos sócios.

DECISÃO

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, de decisão que indeferiu o pedido de redirecionamento de execução de dívida de honorários advocatícios, nos seguintes termos:

Trata-se de execução de sentença movida pela Caixa Econômica Federal contra Sociedade Agropastoril Remanso Ltda., na qual, após diversas tentativas na localização de bens da executada passíveis de penhora, pretende a parte credora o redirecionamento da execução contra os sócios da empresa executada, efetuando-se, assim, a desconsideração da personificação jurídica da firma.

Decido.
Compartilho do entendimento de somente ser possível operar-se o redirecionamento da execução para os sócios-gerentes das pessoas jurídicas quando da ocorrência das hipóteses previstas em lei, ou seja, aquelas previstas no artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) e artigo 135 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66), ou, excepcionalmente, nos casos em que a empresa seja utiliza-

da pelos sócios como disfarce para a realização de atos abusivos ou fraude a credores. Nesse sentido já se manifestou o Egrégio Tribunal Regional Federal da 4^a Região no seguinte precedente:

EMENTA: EXECUÇÃO DE SENTENÇA. REDIRECIONAMENTO PARA O SÓCIO-GERENTE. HIPÓTESES DE CABIMENTO. Os Tribunais vêm admitindo a tese da desconsideração da personalidade jurídica nos casos em que a sociedade se presta como disfarce para ato abusivo ou em fraude a credores. Todavia, para que seja declarada, é necessária a prova cabal da fraude realizada pelos sócios ou administradores da pessoa jurídica. (TRF4, 2006.04.00.011446-9, Terceira Turma, Relator Vânia Hack de Almeida, DJ 16/11/2006)

As hipóteses legais de desconsideração da personalidade jurídica nitidamente não restam caracterizadas nos autos.

Quanto à ocorrência de fraude, a situação não se apresenta diferente.

Com efeito, não há notícia de que a existência de dívidas pela empresa tenha sido ocasionada por atos dolosos de

seus sócios, realizados com o fito de fraudar o direito de terceiros, sendo fato notório serem decorrência das atividades negociais por ela desenvolvidas.

Ante o exposto, indefiro o pedido formulado às fls. 210/211.

Alega a parte agravante, em suma, que há elementos nos autos demonstrando a ocorrência da dissolução irregular da empresa, pois encerradas as atividades sem a devida baixa na Junta Comercial e sem que restassem bens para garantir as dívidas, sendo aplicável ao caso o art. 10 do Decreto-lei nº 3.708/19.

É o relatório.

AI 2009.04.00.041337-1/RS.
DE 07/12/2009.

Decido

A jurisprudência desta Corte firmou-se, em consonância com o entendimento atual da 1^a e da 2^a Turmas do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a responsabilização pessoal do sócio-gerente, fulcrada na dicção do artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, só tem lugar se comprovado que o sócio agiu com excesso de mandato ou infringência à lei ou estatuto. Assim, não há falar em responsabilidade presumida ou objetiva do sócio-gerente, na hipótese do não-pagamento do tributo da pessoa jurídica.

É o que se depreende da análise dos arrestos adiante colacionados:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA - RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS-GERENTES - SUBJETIVIDADE - CTN, ART 135, III - PRECEDENTES. - Tem-se por caracterizada a responsabilidade tributária do sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente pelas dívidas sociais quando dissolvida irregularmente a sociedade ou comprovada infração à lei praticada pelo dirigente, resultantes de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou com infração de lei, contrato social ou estatutos. - O simples inadimplemento tributário não constitui infração à lei para fins de responsabilização dos sócios-gerentes. - Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 335404 / SE; 2^a Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, decisão unânime, publicada no DJ em 20.06.2005)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO . ART. 135, INC. III, DO CTN. FUNDAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA. 1. Não é possível o redirecionamento do feito ao responsável pela empresa devedora de tributo, a menos que o inadimplemento resulte de atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei, aos estatutos ou ao contrato social. Precedentes. 2. Apenas o inadimplemento e a insuficiência de bens não autorizam o redirecionamento da execução fiscal. 3. No caso dos autos, todavia, não há pro-

va de que o instituidor da fundação compunha o seu órgão diretivo, nem de que houve o encerramento irregular de suas atividades. (TRF 4ª Região, AG nº 2005.04.01.053908-4/SC, 1ª Turma, Rel. Des. Fed. Álvaro Eduardo Junqueira, decisão unânime, publicada no DJ em 22.03.2006)

Assim, o mesmo entendimento que a jurisprudência tem dado ao art. 135, III, CTN, deve ser dado ao art. 10 do Decreto 3708/19, o qual prevê, no seu artigo 10, que "os sócios-gerentes ou que derem o nome à firma não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei."

No tocante à hipótese de dissolução irregular, Luiz Felipe Silveira Difini expõe o seguinte:

Convencionou-se chamar dissolução irregular o ato pelo qual os sócios, em vez de liquidar legalmente a sociedade, fazendo o respectivo distrato (ou, se contencioso, pela ação própria de liquidação de sociedades, ainda regulada pelos arts. 655 a 674 do CPC de 1939) e providencian- do seu registro, simplesmente fecham o estabelecimento e dividem (ou dissipam) o estoque (bens sociais), sem saldar obrigações pendentes, inclusive fiscais. Sem dúvida, há aí

infração à lei (que dispõe sobre a forma de liquidação de sociedades) e ao contrato social (que dispõe sobre a forma de liquidação e partilha - Código Civil, art. 1.035), de que participam todos os sócios que dispõem irregular mente sobre o destino dos bens sociais, gerando sua responsabilidade. (Manual de Direito Tributário - 3ª ed. São Paulo, Ed. Saraiva, p. 219).

Resta claro, pois, que a justificativa para o redirecionamento é de que a provável inativação da empresa sem pagamento da dívida existente em seu nome, alia- da à ausência de baixa do regis- tro na Junta Comercial e de bens para suportar os débitos, é suficiente para caracterizar a dissolu- ção irregular, configurando-se o ato como infração à lei. Nesse sen- tido o seguinte julgado do e. Su- perior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO - REDIRECIONA- MENTO DA EXECUÇÃO FISCAL - SÓCIO-GERENTE - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC - FALTA DE PREQUESTIO- NAMENTO- INCIDÊNCIA DA SÚMULA 211/STJ - DISSOLU- ÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE - REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA.

1. Não-violção do artigo 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, conforme se depreende da aná- lise do acórdão do Tribunal a quo.

2. A matéria infraconstitucional tida por violada no recurso especial - os artigos 1044 e 1033 do Código Civil de 1916, 335 do Código Comercial, 206 da Lei nº 6.404/76, e 596 do CPC - não foram objeto de análise pelo Tribunal de origem; razão pela qual ausente o prequestionamento, de acordo com enunciado da Súmula 211/STJ.

3. Na hipótese dos autos, o acórdão do Tribunal *a quo* manifestou-se no sentido de que a empresa estava desativada, demonstrando sua dissolução irregular, uma vez que não foi dada a devida baixa na Junta Comercial. Assim, possível o redirecionamento, porque comprovada uma das hipóteses do art. 135 do CTN. Esta Corte tem o entendimento de que os indícios que atestem ter a empresa encerrado irregularmente suas atividades são considerados suficientes para o redirecionamento da execução fiscal. (negritei)

4. *omissis*

(AgRg no REsp 672346/PR, Relator Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJ 01.04.2008, p. 1)

Assim, ausente processo de apuração do ativo e de liquidação do passivo, não são criadas as condições necessárias para que as dívidas da empresa sejam saldadas de acordo com as preferências legalmente estabelecidas, submetidas ao crivo judicial. Nesse passo, há posições doutrinárias que, tendo em conta o dever de todos os sócios - administradores ou não - de promover a li-

quidação regular da empresa, sustentam a possibilidade de cobrança dos tributos inadimplidos não só daqueles que detêm o poder de mando na empresa, mas de todos os sócios .

Todavia, considerando os termos do art. 135, inc. III, do CTN, no qual há referência aos "*diretores, gerentes e representantes de pessoas jurídicas de direito privado*", embora a causa de responsabilização seja a dissolução irregular, entendo que somente as pessoas que se enquadraram nessas posições de mando na empresa é que podem ser responsabilizadas no âmbito tributário. Ademais, a disposição contida no art. 134, inc. VII, do CTN só se aplica a sociedades de pessoas, não a sociedades comerciais.

Hugo de Brito Machado, a esse respeito, sustenta que somente o administrador pode ser responsabilizado, nos seguintes termos:

Destaque-se desde logo que a simples condição de sócio não implica responsabilidade tributária. O que gera a responsabilidade, nos termos do art. 135, inc. III, do CTN, é a condição de administrador de bens alheios. Por isto a lei fala em diretores, gerentes ou representantes. Não em sócios. Assim, se o sócio não é diretor, nem gerente, isto é, se não pratica atos de administração da sociedade, responsabilidade não tem pelos débitos tributários desta. (Curso de Direito Tributário - 21^a ed. São Paulo, Ed. Malheiros, 2002, p. 131)

Ademais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em passado recente não acolhia de forma tranquila essa tese, situação que se modificou na atualidade. Como decisão exemplificativa desse entendimento, transcrevo a seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL - VIOLAÇÃO DO ART. 515 DO CPC - INEXISTÊNCIA - TRIBUTÁRIO - SÓCIO-GERENTE - RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - NATUREZA SUBJETIVA - REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL - PRECEDENTES - DISSOLUÇÃO IRREGULAR - RESPONSABILIDADE DO SÓCIO MINORITÁRIO: IMPOSSIBILIDADE - PRECEDENTES.
(...)

3. Em caso de dissolução irregular da pessoa jurídica, somente as pessoas com poder de mando devem ser responsabilizadas. Sendo incontroverso nos autos que a empresa (sociedade por quotas de responsabilidade limitada) foi dissolvida irregularmente e que a sócia executada não detinha poderes de gerência, descabe a sua responsabilização (art. 10 do Decreto 3.708/1919).

4. Recurso especial improvido. (REsp 656.860/RS, 2ª Turma do STJ, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 16.08.2007, p. 307)

Destarte, dissolvida irregularmente a sociedade sem remanescerem bens para garantia dos seus credores, passa a ser ônus de seus administradores provar que esses bens não foram desviados, dilapidados ou aplicados no paga-

mento de credores sem observância das preferências legais. Contudo, para que se possa responsabilizar o sócio pela dissolução irregular, é condição essencial que este tenha exercido poderes de gerência/administração na sociedade e detenha tais poderes quando da ocorrência dos indícios da extinção irregular, ou seja, o redirecionamento da execução com base nesse fundamento deve-se dar com relação aos sócios-gerentes/administradores contemporâneos à época em que se verificaram os sinais de extinção irregular da empresa.

É o que se depreende da análise dos arestos adiante colacionados:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA - SÓCIO-GERENTE DA EMPRESA: RESPONSABILIDADE - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - SÚMULA 282/STF - REDIRECIONAMENTO - CITAÇÃO NA PESSOA DO SÓCIO-GERENTE - ART. 135, III DO CTN - DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA EMPRESA.

1. Nos termos da Súmula 282/STF, inadmissível o recurso especial quanto à questão que não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*. 2. Tese em torno do art. 13 da Lei 8.620/93 examinada pela Corte de Apelação sob o enfoque exclusivamente constitucional. 3. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que o simples inadimplemento da obrigação tributária não caracteriza infração à lei, de modo a ensejar

a redirecionamento da execução para a pessoa dos sócios. 4. Entretanto, em matéria de responsabilidade dos sócios de sociedade limitada, é necessário fazer a distinção entre empresa que se dissolve irregularmente daquela que continua a funcionar. 5. Tratando-se de sociedade que se extingue irregularmente, cabe a responsabilidade dos sócios, os quais devem provar que não agiram com dolo, culpa, fraude ou excesso de poder, para se eximir da obrigação. 6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido.
(REsp 922543/RS, Relator(a) Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJ 29/06/2007 p. 572)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ART. 535, II, DO CPC. OMISSÃO. INEXIS-TÊNCIA. NULIDADE DA CITAÇÃO POR EDITAL. SÚMULA 7/STJ. AUSÊNCIA DE NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL. PRESCRIÇÃO. FALTA DE PREQUESTO-NAMENTO. RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS-GERENTES. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. POSSIBILIDADE. MULTA POR CARÁTER PROTELATÓRIO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SÚMULA 284/STF. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA.

1. Não há que se falar em ofensa ao art. 535 do CPC, se o Tribunal de segundo grau resolveu a controvérsia de maneira sólida e fundamentada, apenas

não adotando a tese do recorrente. 2. Firmada pelo Tribunal a quo a premissa de que foram esgotados todos os meios para o localização do executado, o que, de acordo com o entendimento desta Corte, torna possível a citação por edital, não há como rever tal entendimento sem incursionar no contexto fático-probatório da demanda. Incidência da Súmula 7/STJ. 3. Falta de prequestionamento dos arts. 9º, II, do CPC e 174, parágrafo único, do CTN. 4. É possível a responsabilização dos sócios-gerentes da pessoa jurídica executada pelas dívidas tributárias pendentes, nos casos em que constatado o encerramento irregular de suas atividades. 5. A ausência de indicação precisa do dispositivo de lei federal supostamente violado faz incidir o teor da Súmula 284/STF. 6. Falta de comprovação do dissídio pretoriano, em virtude da inobservância das formalidades exigidas pelos arts. 541, parágrafo único, do Código de Ritos e 255 do RISTJ. 7. Recurso especial conhecido em parte e improvido.
(REsp 899343/RS, Relator(a) Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJ 09/03/2007, p. 308)

Na hipótese em tela, a certidão do oficial de justiça da fl. 206v. certifica que a empresa encerrou suas atividades sem deixar bens. Outrossim, o contrato social das fls. 22-27 demonstra que, em tese, os sócios Hugo Poetsh e Jose Bonifacio da Costa Poetsch

exerciam a gerência/administração da sociedade à época de sua dissolução irregular, o que viabiliza o redirecionamento da execução contra eles.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do art. 557, § 1º-A, do CPC.

Comunique-se. Intimem-se. Oportunamente, à origem.

Porto Alegre, 01 de dezembro de 2009.

Des. Federal LUCIANE AMARAL
CORRÊA MÜNCH

Relatora

