



Revista de Direito da ADVOCEF

*Associação Nacional dos Advogados
da Caixa Econômica Federal*

**ADVOCEF**

Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal

Brasília/DF:

SBS, Quadra 2, Bloco Q, Lote 3, Sala 1410 - Edifício João Carlos Saad - Fone (61) 3224-3020

www.advocef.org.br
revista@advocef.org.br

Revista de Direito da ADVOCEF. Porto Alegre, ADVOCEF, v.1, n.11, 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

Carlos Alberto Regueira de Castro e Silva (Recife)

Vice-Presidente

Anna Claudia de Vasconcellos (Florianópolis)

1º Tesoureiro

Isabella Gomes Machado (Brasília)

2º Tesoureiro

Estanislau Luciano de Oliveira (Brasília)

1º Secretário

Luciano Caixeta Amâncio (Brasília)

2º Secretário

Jair Oliveira Figueiredo Mendes (Salvador)

Diretor de Articulação

Júlio Vitor Greve (Brasília)

Diretor de Comunicação

Roberto Maia (Porto Alegre)

Diretor de Honorários

Álvaro Sérgio Weiler Junior (Porto Alegre)

Diretor de Negociação Coletiva

Marcelo Dutra Victor (Belo Horizonte)

Diretor de Prerrogativas

Pedro Jorge Santana Pereira (Recife)

Diretor Jurídico

Fernando da Silva Abs da Cruz (Porto Alegre)

Diretor Social

Elenise Peruzzo dos Santos (Porto Alegre)

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

Bruno Queiroz Oliveira

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará

Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade

Estácio de Sá/RJ. Professor do Curso de Direito da Faculdade

Christus e da Escola Superior do Ministério Público no Ceará

Davi Duarte

Especialista em Direito Público pelo Centro de Estudos Fortium/

Faculdade Projeção/DF

Iliane Rosa Pagliarini

Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade

Paranaense - UNIPAR. Especialista em Direito Tributário pela

Universidade da Amazonia. Pós-graduanda em Gestão Pública pela

Universidade Estadual de Maringá

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

Davi Duarte (Porto Alegre)

Renato Luiz Harmi Hino (Curitiba)

Alfredo Ambrósio Neto (Goiânia)

Juliana Varella Barca de Miranda Porto (Brasília)

Elton Nobre de Oliveira (Rio de Janeiro)

Membros Suplentes

Antônio Xavier de Moraes Primo (Recife)

Fábio Romero de Souza Rangel (João Pessoa)

Jayme de Azevedo Lima (Curitiba)

CONSELHO FISCAL

Membros Efetivos

Gisela Ladeira Bizarra Morone (Brasília)

Rogério Rubim de Miranda Magalhães (Belo Horizonte)

Adonias Melo de Cordeiro (Fortaleza)

Membros Suplentes

Daniele Cristina Alaniz Macedo (São Paulo)

Melissa Santos Pinheiro Vassoler Silva (Porto Velho)

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	9
MENSAGEM	11
PARTE 1 – ARTIGOS	13
Ao encontro dos princípios: crítica à proporcionalidade como solução aos casos de conflito aparente de normas jurídicas	
<i>Damião Alves de Azevedo</i>	<i>15</i>
Ensaio crítico do Direito Civil – rompimento com os dogmas da prescrição e decadência – ponte para construção de um novo paradigma jurídico – mitigação dos institutos	
<i>Victor de Almeida Conselvan</i>	<i>49</i>
Gestão pública participativa: a democracia direta, o planejamento e orçamento participativos e a sua viabilidade nos municípios brasileiros	
<i>Janete Ortolani</i>	<i>69</i>
O controle judicial dos atos discricionários da Administração Pública: análise prática à luz da doutrina e da jurisprudência	
<i>Florianio Benevides de Magalhães Neto</i>	<i>79</i>
O recurso extraordinário e o papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade	
<i>Juliana Varella Barca de Miranda Porto</i>	<i>103</i>
Ação de consignação em pagamento e seus efeitos nos contratos de mútuo habitacional	
<i>Vívian Daniele Corrêa Pereira</i>	<i>127</i>
O julgamento dos recursos repetitivos no âmbito do STJ e as ações de massa do SFH	
<i>Ana Paula Gonçalves da Silva</i>	<i>157</i>

**Exercício da competência para criar tributos:
dever constitucional?***Simone Klitzke* 193**A torpeza do credor diante da multa do artigo 461
do CPC***Daniel Bürkle Ward* 203**O excesso de recursos no processo de conhecimento
cível brasileiro: necessidade de simplificação do
sistema recursal como meio de otimizar a
prestação jurisdicional***José Antonio Andrade* 227**PARTE 2 – JURISPRUDÊNCIA** 257**Superior Tribunal de Justiça***Corte Especial. Cumprimento de sentença. Art. 475-J.
Juízo competente. Termo inicial. Obrigatoriedade
de intimação* 259**Superior Tribunal de Justiça***SFH. Liquidação Antecipada. Lei nº 10.150/00.
Requisitos. FCVS* 261**Superior Tribunal de Justiça***Exercício da advocacia. Ofensas em juízo. Independência
técnica e ética. Responsabilidade pessoal* 273**Superior Tribunal de Justiça***Alienação fiduciária. Sequestro. Embargos de terceiro
credor fiduciário. Possibilidade* 281**Superior Tribunal de Justiça***Embargos à execução. Depósito judicial. Levantamento.
Juros moratórios indevidos* 287**PARTE 3 – NORMAS EDITORIAIS DE PUBLICAÇÃO** 291

APRESENTAÇÃO

O 11º número da Revista da ADVOCEF chega ao nosso público leitor, assumindo desafios e acumulando conquistas. Sabemos que, desde sua criação, nossa Revista vem garantindo qualidade no seu conteúdo e esmero editorial, o que, por si só, já constitui razão suficiente de admiração para os que a leem e regozijo para os que a fazem.

Com este volume, mantemos em dia a publicação da Revista da ADVOCEF. A linha, já conhecida do leitor, é a diversidade de temas jurídicos, todos atualizados e subscritos por colegas profissionais e estudiosos da Ciência Jurídica do país inteiro.

Nesta edição, destacamos, além da qualidade e excelência acadêmica do material encaminhado pelos articulistas, a seção destinada aos recentes julgados colhidos, especialmente no Superior Tribunal de Justiça, o que também constitui rica fonte de pesquisa para os leitores.

Por fim, desejosos de que todos façam boa leitura, agradecemos desde logo a todos aqueles que, de um modo ou de outro, contribuem para o sucesso e divulgação do nosso periódico.

Conselho Editorial da Revista de Direito da ADVOCEF

A Revista de Direito da ADVOCEF, em seu sexto ano de existência, publica sua 11ª edição.

Repleto de artigos de vivo interesse prático dos militantes da Advocacia, este número é revelador do sucesso do projeto.

Acolhendo trabalhos de advogados da CAIXA e externos aos quadros da instituição, a publicação vem se firmando como difusora da cultura jurídica.

Os atos de lançamento desta edição contam com a parceria da Ordem dos Advogados do Brasil, entidade máxima dos advogados, em demonstração de apoio e reconhecimento ao trabalho desenvolvido pelos advogados da CAIXA e de sua entidade associativa.

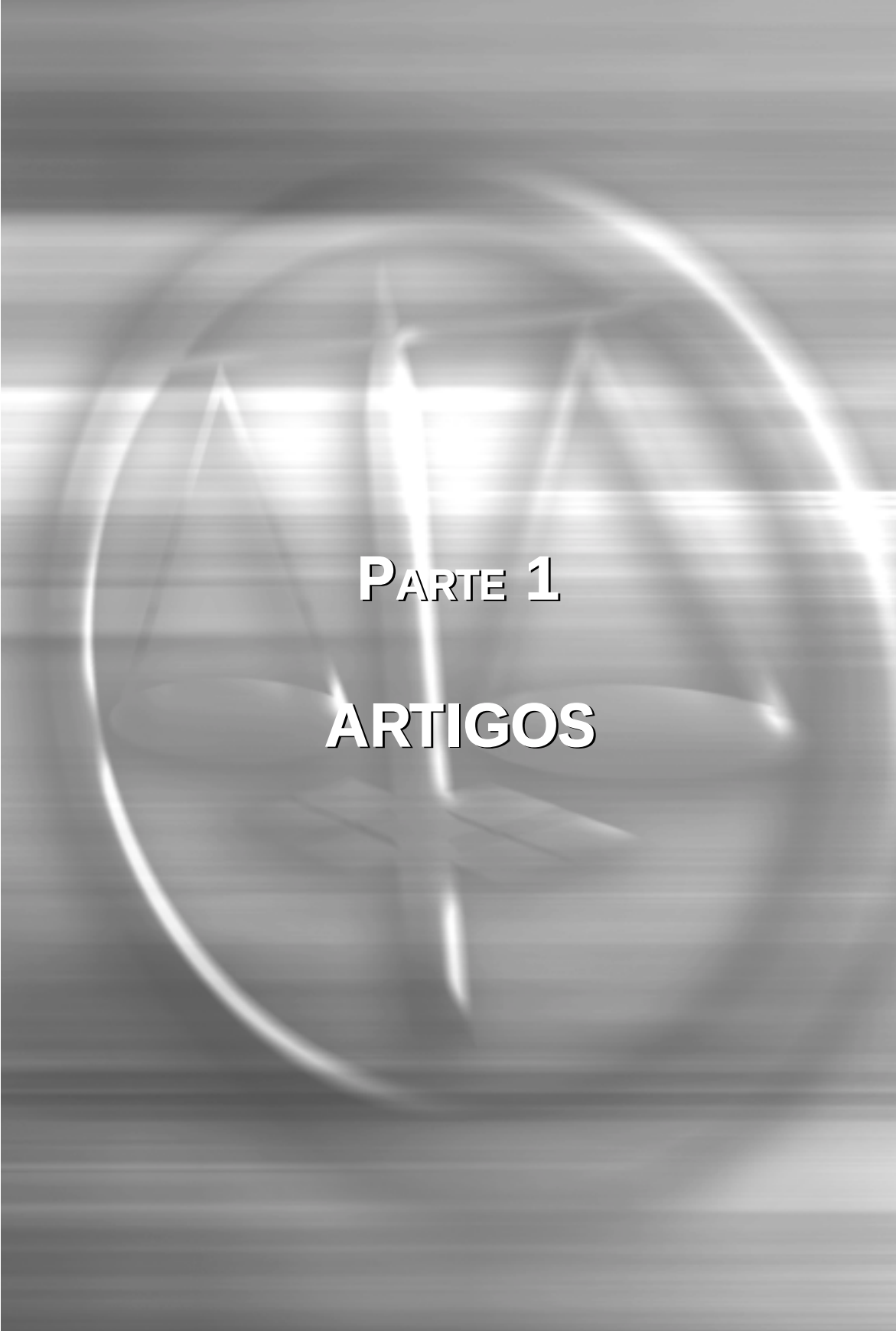
Esta edição é enriquecida também por trabalhos originados em cursos de especialização co-patrocinados pela ADVOCEF, em parceria com a CAIXA.

Concretiza-se um círculo virtuoso, em que a contribuição da entidade ao aperfeiçoamento de seus associados retorna a toda a comunidade jurídica, na forma de artigos técnicos atuais.

O individual enriquecendo o grupal, modo essencial de frutificarem projetos pensados em favor do coletivo.

Desejamos que a leitura destes artigos e da selecionada jurisprudência publicada ajude a impulsionar a manutenção da publicação, como concretização de um trabalho sério e profícuo em favor do Direito e do conhecimento.

Diretoria Executiva da Advocef

A large, faint, stylized letter 'A' is centered in the background of the page. It is composed of several overlapping, semi-transparent shapes that create a sense of depth and movement. The 'A' is white and stands out against the dark, textured background.

PARTE 1

ARTIGOS

Ao encontro dos princípios: crítica à proporcionalidade como solução aos casos de conflito aparente de normas jurídicas

Damião Alves de Azevedo

*Advogado da CAIXA no Distrito Federal
Mestre em Direito Constitucional pela Universidade
de Brasília (UnB)*

RESUMO

O artigo aponta as contradições da utilização do princípio da proporcionalidade, tal como elaborado por Alexy (1993), na solução dos casos de conflito entre normas jurídicas divergentes. Demonstra-se que o método não alcança a pretendida aplicação simultânea de princípios e a ordem concreta de valores, pressuposta pelo método, viola o pluralismo jurídico, fundamento da Constituição da República. Como alternativa à teoria da proporcionalidade, apresenta-se a tese, elaborada por Dworkin (2000,2003), segundo a qual o juiz deve buscar um único princípio jurídico adequado às especificidades do caso concreto e todo discurso de adequação, diferente do que postula Alexy (1993), é também interpretação jurídica, e não a mera subsunção de fatos a normas que esgotam em si mesmas todas as suas possibilidades de aplicação, não existindo diferença ontológica entre princípios e regras.

Palavras-chave: Proporcionalidade. Conflito de normas. Adequabilidade. Interpretação Jurídica.

ABSTRACT

The article points to the existence of contradictions in the application of the principle of proportionality, as it is conceived by Robert Alexy, in solving conflict of legal norms. In the article it is argued that this method of interpreting the law does not succeed in the simultaneous application of diverse principles, and that a concrete moral scale of values, supposed by this method, violates legal pluralism as one of the fundamental pillars of the Constitution. The article presents, as an alternative to the proportionality theory, the Dworkin's thesis according to which each judge must seek a single legal principle that is adequate to the specific case at hand, and that every time we engage in a discourse of appropriateness, unlike Alexy affirms, is also interpret

the law, and not merely subsume facts to norms that contain in itself all the possibilities of its application, revealing that there is actually no ontological difference between principles and rules.

Keywords: Proportionality. Conflict of norms. Appropriateness. Interpret.

1 A interpretação jurídica permite aplicar simultaneamente princípios divergentes?

O objetivo deste artigo é defender a tese da impossibilidade de aplicação simultânea e proporcional de diferentes princípios jurídicos a um mesmo caso concreto. Em especial, critica-se o método da ponderação proporcional de valores conforme a elaboração que lhe é dada por Alexy (1993).

Em nossa crítica, tomamos por fundamento a ideia de direito como interpretação e o conceito de integridade do direito formulado por Dworkin (2000,2003), para quem o conflito entre normas *prima facie* aplicáveis a um mesmo caso concreto é apenas aparente, pois a situação concreta de aplicação do direito exige que se decida qual a única norma adequada àquele caso específico.

Dworkin (200, 2003) distingue o momento de produção política do direito – quando se pretende assegurar a validade abstrata das normas – do momento de aplicação do direito – quando se procura descobrir qual dos princípios universalmente válidos e concorrentes no ordenamento jurídico é o mais adequado à solução de um determinado caso, sem que a validade e legitimidade dos demais princípios afastados sejam afetadas.

Pretende-se não apenas apontar que a proporcionalidade soluciona os casos concretos de acordo com as preferências axiológicas do julgador, mas principalmente explicitar a própria inviabilidade desse método como recurso de solução em situações de conflito aparente de normas. A partir disso, será questionada a ideia de subsunção inerente ao método da proporcionalidade confrontando-a com a teoria do direito como interpretação.

A tradição do positivismo jurídico brasileiro é fértil em tentativas de reduzir a interpretação jurídica a fórmulas matematizantes e modelos prévios de compreensão que comprometem o propósito interpretativo que desejam implementar. Entendemos que o método da proporcionalidade tem por substrato último essa mesma característica. Trata os direitos como dados reveláveis a partir de silogismos entre fatos e normas e, em nome de uma pretensa segurança, desautoriza e desabilita a sociedade a compreender e aplicar o direito conforme os conflitos e desafios vivenciados na experiência concreta dos sujeitos do direito.

O conceito de proporcionalidade usado aqui não guarda relação com razoabilidade ou *adequação de meios a fins*, ou *proibição do excesso*, que é o significado em que o termo é utilizado habitualmente. No Direito Penal, por exemplo, se fala em proporcionalidade na legítima defesa, orientação segundo a qual os meios empregados na defesa não devem exceder os limites do que seja suficiente para afastar ou cessar a agressão. Já no Direito Administrativo fala-se em proporcionalidade das políticas públicas, que devem evitar restrições de direitos, bem como a onerosidade excessiva aos cidadãos atingidos por tais políticas. Nesse sentido, proporcionalidade significa que os meios escolhidos não devem exceder os fins pretendidos. Todavia, a expressão é utilizada neste texto no sentido que lhe tem atribuído a teoria da constituição, especificamente no debate sobre conflitos de normas, significando aplicação simultânea de princípios jurídicos divergentes.

2 A aplicação proporcional dos princípios jurídicos

A proporcionalidade, como técnica de interpretação e aplicação do direito, tem exercido expressiva influência sobre autores brasileiros e nossos tribunais. Não seria exagero afirmar que é atualmente a mais difundida técnica de hermenêutica jurídica, especialmente no Direito Constitucional. Talvez a melhor formulação desse princípio tenha sido elaborada por Alexy (1993), para quem a aplicação da norma jurídica deve contemplar, simultaneamente, todos os possíveis princípios jurídicos aplicáveis ao caso concreto, graduando-os, proporcionalmente, conforme uma escala de importância.

Evidentemente tratamos aqui daqueles casos de conflito de normas que não podem ser solucionados por regras elementares de especificidade (norma especial derroga lei geral), temporalidade (norma posterior revoga norma anterior) ou hierarquia. Temos em foco normas de mesma hierarquia e simultaneamente válidas no ordenamento.

Em sua solução aos casos de conflitos entre normas, Alexy (1993) pressupõe uma diferença essencial entre regras e princípios. Regras seriam normas cogentes e determinantes da conduta, imperativos definitivos. Já os princípios seriam comandos de otimização.¹

¹ “As regras são normas que, dadas determinadas condições, ordenam, proíbem, permitem ou outorgam um poder de maneira definitiva. Assim, podem caracterizar-se como ‘mandados definitivos’. Os *direitos que se baseiam em regras são direitos definitivos*. Os princípios são normas de um tipo completamente distinto. Eles ordenam otimizar. Como tais, são normas que ordenam que algo deve ser feito na maior medida fática e juridicamente possível. As possibilidades jurídicas,

Os princípios não seriam propriamente imperativos, mas meramente orientadores, pois sua aplicação prática é condicional, dependendo da existência de regras que os tornem operáveis. Além disso, a observação de determinado princípio jurídico dependeria de outros princípios opostos que lhe precederiam no ordenamento.

Para Alexy (1993), a decisão judicial em casos que admitem a aplicação de mais de um princípio jurídico é idêntica ao processo de escolha num gráfico de microeconomia. O autor afirma que a aplicação ideal do direito deve corresponder a um Ótimo de Pareto. Este conceito indica graficamente a relação entre duas ou mais opções quando nenhuma delas pode ser melhorada sem fazer com que as demais assumam posição pior.²

Segundo Alexy (1993), a aplicação de princípios jurídicos se daria exatamente do mesmo modo que a decisão de um consumidor na aquisição simultânea de duas mercadorias A e B que satisfazem diferentes necessidades X e Y. A decisão judicial ideal em um caso em que fosse aplicável mais de um princípio jurídico seria aquela que conseguisse atingir um grau máximo de satisfação de todos os princípios em conflito. A decisão judicial deveria atingir um ponto ótimo de satisfação simultânea dos diversos princípios *prima facie* aplicáveis ao caso. Portanto, admite que os princípios jurídicos podem ser parcialmente obedecidos.

Não se trata de uma figura de linguagem ou de uma analogia meramente ilustrativa. A relação com o modelo da microeconomia

além de dependerem de regras, estão essencialmente determinadas por outros princípios opostos, fato que implica que os princípios podem e devem ser ponderados. *Os direitos que se baseiam em princípios são direitos prima facie*" (ALEXY, 1993, p. 27, grifos e tradução nossos).

- ² A teoria da escolha na economia mede, por exemplo, a satisfação do consumidor numa dada situação em que ele deve optar sobre quais mercadorias adquirir diante de produtos que atendem a diferentes necessidades. O consumidor não pode adquirir uma quantidade ilimitada de todos os produtos por limitações fáticas. Pode aplicar seu dinheiro integralmente em uma mercadoria A que atende a uma necessidade X, mas nesse caso ficará completamente insatisfeita sua outra necessidade Y, que é atendida pela mercadoria B. De acordo com a conduta racional pressuposta pela Economia, o consumidor tende a satisfazer simultaneamente ambas necessidades X e Y, adquirindo, tanto quanto possível, a maior quantidade de A e B. Deve ponderar qual das duas necessidades lhe é prioritária e, feito isso, escolher qual proporção de seu dinheiro usará em cada uma. Haverá um ponto em que terá chegado ao limite de seus recursos e, se quiser adquirir uma maior quantidade de A, deverá abrir mão de certa quantidade de B e vice-versa. Essa relação pode ser obtida em vários pontos do gráfico, sendo expressa por uma curva convexa. A esse ponto em que não se pode aumentar a satisfação de X sem prejudicar Y, nem aumentar a satisfação de Y sem prejudicar X, o economista franco-italiano Wilfredo Pareto (*1848 +1923) chamou ponto ótimo de satisfação, conceito que ficou mais conhecido pelo nome de seu formulador.

é decorrência lógica de sua teoria, para a qual um princípio jurídico não é uma norma jurídica definitiva, mas apenas otimizável. De um princípio não decorreria um comando do qual se possa exigir obediência, pois, como já afirmado, suas condições de aplicação são condicionadas fática e juridicamente.³ Os princípios, segundo essa teoria, não são carregados de força normativa cogente. Não trazem em si um dever ser, mas sim um valor moral que pode ser atendido de diversas formas e em proporções variáveis.⁴

Disso decorre outra distinção fundamental para a teoria: a *técnica de subsunção* e a *técnica de ponderação*. Essas são modos de aplicação das duas espécies de normas. As regras aplicar-se-iam por subsunção; os princípios, por ponderação.

A subsunção consiste simplesmente em submeter o fato à regra correspondente. Para Alexy (1993), as regras criam os direitos. O direito não é produzido pela institucionalização de discursos voltados para a solução de conflitos. Ele é dado, outorgado, pela regra (ALEXY, 1993, p. 30). Não por acaso afirma que os direitos baseados em regras são “direitos definitivos”, pois resultam da aplicação de regras que trazem uma ordem definitiva, um “comando definitivo”. As regras não dependem de ponderação porque regulam por si próprias sua aplicação, sem mediação do intérprete.

A argumentação jurídica acaba por não ter acesso à aplicação de uma de suas categorias de normas. Se as regras trazem em si seu modo de aplicação, elas não poderiam ser objeto de argumentação jurídica nem pelas partes nem pelo juiz. Se os direitos definitivos são conferidos por regras que regulam suas próprias condições de aplicação, não seria possível argumentação jurídica acerca desses direitos. As regras outorgam os direitos, que se tornam dados prévios – e imunes – à argumentação.

³ “O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os *princípios* são normas que ordenam que se realize algo na maior medida possível, em relação às possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios são, por conseguinte, *mandados de otimização* que se caracterizam por *poderem ser cumpridos em diversos graus* e porque a medida de seu cumprimento não só depende das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O campo das possibilidades fáticas está determinado por princípios e regras que atuam em sentido contrário” (ALEXY, 1993, p. 14, grifo do autor, tradução nossa).

⁴ “Toda colisão entre princípios pode expressar-se como uma colisão entre valores e vice-versa. A única diferença consiste em que a colisão entre princípios se trata da questão do que é devido de maneira definitiva, enquanto a solução de uma colisão entre valores afirma o que é de maneira definitivamente melhor. *Princípios e valores são, portanto, o mesmo, contemplando-se um caso sob um aspecto deontológico, e em outro caso sob um aspecto axiológico*. Isso mostra com clareza que o problema das relações de prioridade entre princípios corresponde ao problema de uma hierarquia de valores” (ALEXY, 1993, p. 16, grifo do autor, tradução nossa).

Por isso Alexy (1993) pode afirmar que a argumentação jurídica é um caso especial da moral, pois ela só trata das normas que teriam conteúdo moral (os princípios). As normas jurídicas restantes (as regras) não entram no discurso de aplicação jurídica, pois os direitos definitivos que outorgam seriam aplicados de acordo com as condições trazidas pela própria regra, sem necessidade de se fazer uso da argumentação.

Entretanto, não explica como solucionar essa incongruência, isto é, como é possível que uma regra seja aplicada por si própria, sem que se faça necessária a mediação de um ser humano que leia a norma e a aplique de acordo com o que compreendeu da leitura.

Alexy (1993) reserva o conceito de argumentação jurídica à tarefa de ponderação de valores realizada por meio do direito. O direito fornece apenas a forma de institucionalização do processo. A ponderação se realiza pelo método da proporcionalidade. Esse método se realiza em três etapas, ou sub-regras, como o autor as nomeia: I - Adequação; II - Necessidade; III - Proporcionalidade em sentido estrito.

A primeira delas consiste em verificar quais são os princípios que se aplicam ao caso concreto, quais os princípios de que se pode lançar mão para orientar a lide existente. Trata-se de uma verificação fática, não jurídica. Uma norma é inadequada quando não serve ao objetivo a que se propõe o aplicador diante de um caso concreto. Se um caso puder ser resolvido fazendo-se recurso apenas desta sub-regra não estaremos diante de um Ótimo de Pareto e, portanto, não será um caso de argumentação jurídica (ALEXY, 1993, p. 32).

Quando não se consegue resolver o caso apenas descobrindo qual é a norma adequada, passa-se à segunda etapa, da necessidade. Por ela se verifica se uma entre as normas aplicáveis causa menor dano ou pode solucionar o caso de modo menos oneroso. Se houver duas normas N1 e N2, ambas *adequadas* ao caso C, em que estão em jogo os princípios P1 e P2, é preciso, antes de se tentar sopesá-las aplicando-as proporcionalmente, verificar se uma delas pode atender a ambos princípios de forma menos danosa. Por exemplo, imaginemos que N1 atende ao princípio P1 e ao princípio P2, enquanto N2 atende a P1, mas causa uma pequena restrição a P2. Nessa hipótese, se conclui que N2 não é necessária, pois os princípios em colisão podem ser mais bem atendidos aplicando-se a norma N1.

Se a verificação da necessidade também não for suficiente para a solução do caso, passa-se à proporcionalidade em sentido estrito. Nessa sub-regra está encerrada a verificação das condições de aplica-

ção jurídica dos princípios. Seria, pois, diferente das anteriores, que verificam apenas condições fáticas. Ponderar valores significa graduá-los, quantificá-los de modo que seja possível aplicar simultaneamente vários princípios concorrentes. “Quanto mais alto seja o grau de descumprimento ou menosprezo de um princípio, tanto maior deve ser a importância de cumprimento do outro. A lei da ponderação não formula outra coisa que o princípio da proporcionalidade em sentido estrito” (ALEXY, 1993, p. 18, tradução nossa).

A ideia de um Ótimo de Pareto é ponto essencial da teoria, reafirmado constantemente em sua obra.⁵ A proporcionalidade ocorre quando as normas concorrentes são adequadas e necessárias, não podendo afastar-se uma para aplicar a outra por subsunção. Todos os princípios concorrentes devem caber no resultado.

Imaginemos um exemplo. Um inquérito policial ou processo judicial em que se acuse alguém de um crime de grande repercussão pública. Concorrem aí, por exemplo, o princípio da proteção à privacidade e o princípio à liberdade de expressão.

O juiz poderia restringir a divulgação a certos elementos específicos do processo preservando simultaneamente a privacidade do acusado – que teria alguns de seus bens jurídicos protegidos – e o direito à liberdade de imprensa e à informação da sociedade – que teria acesso a certos elementos específicos do processo.

Em cada situação, o Ótimo de Pareto seria alcançado com uma combinação diferente. Podemos imaginar que a divulgação fosse restrita ao nome do acusado, protegendo-se o nome das testemunhas, ou às peças, proibindo-se a divulgação de fotos ou outros documentos contidos nos autos.

2.1 Decisão jurídica e juízo moral: a Teoria dos Princípios

Entretanto, essa conclusão aparentemente coerente não revela todas as implicações do caso. Alexy (1993) consegue elaborar seu método de ponderação proporcional porque o conteúdo jurídico dos princípios é substituído por um conteúdo moral.⁶

A teoria de Alexy identifica a decisão acerca do que é juridicamente devido com a razão prática kantiana. A razão prática é dirigida à consciência do indivíduo e constrói um modelo de orientação da ação humana fundado na moral.

⁵ “Quanto maior é o grau de recusa à satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá de ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2002, p. 161, tradução nossa).

⁶ “Dita tarefa é, quanto à forma, jurídica; quanto ao conteúdo, sem embargo, é sempre também moral, por causa de seu conteúdo moral” (ALEXY, 1993, p. 15, tradução nossa).

A razão prática kantiana substitui os fundamentos externos de legitimidade da conduta típicos da pré-modernidade, tais como tradição e religião, por um fundamento de validade interno ao indivíduo, justificando a liberdade alcançada a partir do Iluminismo num comando de conduta que não dependeria de quaisquer motivações externas porque presente na própria consciência inata do sujeito. Este fundamento, o imperativo categórico, é a norma moral.

A Teoria dos Princípios expande a razão prática kantiana para além da consciência do indivíduo, estendendo-a ao processo jurídico. Ao afirmar que o direito não possui um objeto próprio, pois lida com valores, se acredita poder tomar os processos de decisão dirigidos à consciência individual e aplicá-los aos processos de decisão pública. O discurso de aplicação dos princípios jurídicos seria um discurso de aplicação de valores morais em processos de decisão pública. “A argumentação jurídica é por isso um caso especial da argumentação prática em geral” (ALEXY, 1993, p. 20, tradução nossa).

Essa teoria da argumentação jurídica pretende descobrir quais valores são preferíveis. Ela não busca o que é juridicamente devido, mas sim o que é moralmente melhor.

Contudo, tal qual no gráfico da Teoria do Consumidor, não é possível descobrir aquilo que é melhor *em si*, mas somente o que é melhor para aquele que escolhe. O processo de decisão racional orientado por valores não revela mais que as preferências de quem julga. O Ótimo de Pareto encontrado, o dever-ser exigível alcançado pelo uso da ponderação proporcional de valores, será resultado das preferências morais do julgador, em geral, das preferências morais do juiz. Tal indeterminação é admitida por Alexy (1993).⁷

Aí se revela um dos pontos frágeis da teoria. Para superar a indeterminação e proteger o Direito de caprichos e preferências variáveis, a argumentação racional orientada pela proporcionalidade exige uma escala concreta de valores morais. Só é possível a ponderação proporcional determinando-se uma ordem de hierarquia absoluta entre os valores que se quer aplicar. Se a argumentação jurídica é uma argumentação moral, só uma escala fixa de valores pode impor ao julgador que decida conforme uma ordem determinada, eliminando a insegurança do sistema.

⁷ “Mas é claro que a regra só nos diz a direção do argumento. Não prescreve nenhum resultado. Alguém que não considere os direitos individuais como algo com grande valor pode aplicar a regra para favorecer o bem coletivo [...] Alguém para quem os direitos individuais são muito valiosos *chegaria ao resultado contrário aplicando a mesma regra de ponderação*” (ALEXY, 1993, p. 33, grifo e tradução nossos).

Alexy (1993) reconhece que não é possível uma listagem exaustiva que esgote todos os princípios jurídicos existentes. Também reconhece que não é possível expressar o *peso* dos princípios nem quantificar o grau de sua realização de modo matematicamente calculável. Ainda assim, acredita ser possível estabelecer uma ordem, mesmo que frágil: "Parece que é possível que a teoria dos direitos fundamentais consista numa lista de direitos fundamentais abstratos que podem ser tomados em consideração" (ALEXY, 1993, p. 29). Ele concebe essa lista ordenada como sua *Teoria dos Princípios* (ALEXY, 1993, p. 16).

Tal teoria permite chegar a uma escala concreta de valores morais definida a partir de três elementos: I - Um sistema de condições de prioridade; II - Um sistema de estruturas de ponderação; III - Um sistema de prioridades *prima facie*.

O primeiro elemento é por si só problemático. Condições de prioridade não seriam mais que verificações sobre quais princípios têm merecido preferência num dado ordenamento jurídico. Tais condições de prioridade são estabelecidas por ocasião de decisões judiciais que indicam quais são os valores existentes naquela sociedade. O histórico de utilização desses princípios permitiria inferir qual é a importância de cada um deles e qual sua relevância em relação aos demais. É um modo de antecipar o peso de um princípio analisando a ocorrência mais ou menos expressiva do mesmo em decisões do passado. Exige-se, desde o início, que o juiz projete para o futuro a perspectiva e os valores predominantes no passado.

O segundo elemento, as estruturas de ponderação, consiste no já analisado método da ponderação proporcional, por meio do qual se otimizam os princípios (valores morais) em situações em que estes encontram limitações fáticas (adequação e necessidade) e jurídicas (proporcionalidade em sentido estrito).

Porém, falta ainda a essa razão prática pública o equivalente a algum imperativo categórico, isto é, a motivação interna ao sistema que conduz o processo de escolha à melhor decisão. Uma vez que Alexy (1993) reconhece que o resultado da escolha depende do julgador, o campo dos princípios permanece até aí indeterminado. É preciso algo que ordene os princípios concorrentes, discipline a escolha e a dirija e imponha ordem num ambiente tomado e ocupado por valores relativos, cada qual a exigir preceência sobre os demais e a atrair as preferências dos participantes do processo decisório. A esse terceiro elemento Alexy (1993) chama de Sistema de Prioridades *Prima Facie*, que nada mais é que uma escala hierárquica construída a partir da importância de cada princípio frente aos demais.

Mas como fundamentar uma teoria dos princípios numa hierarquia concreta de valores? Alexy (1993) tenta resolver esse problema por meio de sua versão da Teoria do Discurso. Para ele “um discurso racional prático é um procedimento para provar e fundamentar enunciados normativos e valorativos por meio de argumentos” (ALEXY, 1993, p. 34, tradução nossa). As regras do discurso garantem a cada indivíduo o direito de participar do discurso, apresentando e criticando argumentos. Portanto, é preciso que todas as pessoas sejam respeitadas e tenham seus direitos respeitados.

Apesar de o discurso ter caráter público e coletivo, ele só se dá na medida em que é garantido o respeito aos indivíduos e seu acesso ao espaço coletivo. A partir desse pressuposto, Alexy (1993) formula a tese de que *o discurso racional só pode ser alcançado num sistema de direitos fundamentais que priorize os direitos individuais sobre os coletivos*.

Sua Teoria dos Princípios é calcada na ideia de que só é possível assegurar os direitos coletivos garantindo-se primeiramente os direitos individuais, de modo que seu sistema de prioridades favorece estes últimos. Eles são prioritários *prima facie*, o que significa dizer que, no processo de argumentação por meio da ponderação, eles devem ser priorizados sempre, independentemente de quaisquer especificidades que possam ser trazidas pelo caso concreto.

Por isso sua teoria exige a materialização dos valores. Os valores perdem seu aspecto de algo preferível conforme a situação e são fixados numa escala concreta que ordena a precedência entre eles. Os princípios jurídicos perdem sua natureza deontológica e assumem um caráter axiológico. A argumentação racional orientada para a ponderação de valores exige o escalonamento concreto dos mesmos. Só é possível ponderação proporcional determinando-se uma ordem de hierarquia absoluta entre os valores que se quer aplicar.

2.2 Sistema de prioridades *prima facie* e o risco de tutela da sociedade

Com este terceiro elemento de sua Teoria dos Princípios, Alexy (1993) acredita poder eliminar a indeterminação constada no resultado da ponderação. O funcionamento dessa teoria exige que todos os intérpretes do direito admitam a primazia dos direitos individuais sobre os direitos coletivos. Porém, ele não percebe que isso não é uma ordem absoluta nem necessária.

Os direitos individuais não são prévios aos direitos coletivos. O fato de o constitucionalismo ter surgido a partir da formulação dos direitos individuais não significa a primazia ontológica desses di-

reitos. É um evento histórico. Foi assim que ocorreu na Europa Ocidental. Mas isso não significa que o mesmo tenha ocorrido em todos os lugares e em todas as épocas. A trajetória do constitucionalismo ocidental não revela a natureza dos direitos *em si*. Outras tradições ou outras experiências constitucionais podem conduzir a resultado exatamente oposto sem que isso signifique que os direitos fundamentais terão uma natureza diferente.⁸

Da mesma forma que se poderia argumentar que é preciso garantir a liberdade individual para que sejam construídos os direitos coletivos, seria perfeitamente plausível afirmar que a liberdade individual só existe se forem assegurados os direitos coletivos relativos à organização do Estado. Há quem fundamente a liberdade em direitos individuais anteriores à esfera pública, à maneira de Locke, mas também há quem a fundamente numa decisão pública que materializa a identidade constitucional como se fosse um macrossujeito resultante da união de todos os indivíduos, à maneira de Rousseau.

Por exemplo, para os comunitaristas, herdeiros de Rousseau, não haveria direitos individuais anteriores ao Estado. Pelo contrário: somente com a constituição de um Poder Público é que teriam surgido os direitos individuais. Por essa perspectiva só existe liberdade individual assegurando-se primeiro a soberania da coletividade. Aliás, a ideia primitiva de democracia surgiu num contexto exatamente assim na Grécia antiga, quando se entendia a pólis como uma plenitude ética e que só na pólis era possível ser verdadeiramente livre. A democracia – ou pelo menos a ideia de uma forma de soberania difusa numa coletividade de cidadãos – surgiu num momento histórico em que se compreendia o sujeito como simples parte, elemento formador da pólis.

Portanto, a precedência dos direitos individuais sobre os coletivos não é um dado evidente por si só. Essa é uma deficiência que compromete a Teoria dos Princípios de Alexy. Para que sua teoria tenha sentido, é preciso assumir os mesmos valores políticos do autor.

Na realidade, esse é um problema de qualquer modelo de direitos fundado em posturas ético-valorativas, sejam elas liberais ou comunitaristas. Tais modelos tomam as preferências do intérprete

⁸ Carvalho (2001, p. 10-13), por exemplo, questiona a ordem de surgimento dos direitos fundamentais que compõem a cidadania, que T.A. Marshall, com base na experiência inglesa, apresenta: primeiro aparecendo os direitos civis no século XVIII, os direitos políticos no século XIX e os direitos sociais no século XX. Para Marshall não seria apenas uma ordem cronológica, mas sim “lógica”. Segundo Carvalho, essa ordem teria sido totalmente diferente no Brasil, onde primeiro teriam surgido os direitos políticos, depois os sociais e, por fim, os direitos civis. Para o comentário de Habermas ao modelo de cidadania de T.H. Marshall ver Habermas (1997, p. 107 *et seq.*).

como um valor que deve ser assumido por todos, negando a validade de outras opiniões e de outras formas de viver, materializando a ideia do *bem* e do *bem viver*. O fundamento último do sistema de princípios resultante dessa perspectiva que entende os valores morais a partir de escala concreta e universalmente válida acaba por ser a própria preferência, ou opinião, do intérprete.

Essa crítica é bem formulada por Maus (2000) ao estudar o crescimento da importância do Poder Judiciário nos EUA e na Alemanha. A autora descreve como o Judiciário na Alemanha substituiu o Executivo nos papéis de símbolo de unidade nacional e protetor dos valores éticos da comunidade, frente ao Legislativo, no qual a sociedade apresenta-se segmentada em facções em contínua disputa.

Num contexto no qual o Executivo estava enfraquecido e a experiência da democracia parlamentar era incipiente, o Judiciário se apresentava como um poder composto de membros tecnicamente qualificados e um espaço imune às disputas partidárias e por isso capaz de garantir os direitos fundamentais.⁹

Esse processo de substituição do Executivo e do Legislativo pelo Judiciário na definição da identidade coletiva da sociedade seria comparável à perda da importância do pai na definição da “consciência individual” (ego) estudada na psicanálise por Herbert Marcuse. A figura do pai perde importância no século XX frente a *diretrizes sociais* estabelecidas pelo mercado, pela Administração Pública e por outros mecanismos dominantes numa sociedade industrial e hipercomplexa, na qual as instituições familiares tradicionais sofrem forte concorrência de valores e formas de comportamento trazidas por influências exteriores.

De forma semelhante, a figura do chefe da nação teria cedido espaço à ideia de um *direito substancial*, representado por direitos fundamentais materiais e, por conseguinte, por uma *constituição material*. Esta deveria ser revelada pelo juiz, pois, além de ser um técnico qualificado e não um político, a ele a Constituição atribui a obrigação de garantir que as leis e comportamentos sociais estejam conforme a norma constitucional.

⁹ “Erich Kaufmann é representativo da fração conservadora dessa época quando considera que ‘com a queda da monarquia o povo alemão perdeu indubitavelmente um importante símbolo de sua unidade’. Como ‘sucedâneo’ ele propõe exatamente os direitos fundamentais da nova Constituição e seus intérpretes judiciais. A ascensão dos ‘juizes da corte’ é fundamentada na argumentação de que a noção racional de direito natural do Iluminismo estaria superada para auxiliar na compreensão dos direitos fundamentais. De acordo com Kaufmann, o preceito fundamental de igualdade do Iluminismo se refere a um conceito de Justiça que ‘*implica não somente um método para discussão [...], mas sobretudo uma ordem material*’.” (MAUS, 2000, p. 183-202, grifo nosso).

Há alguma semelhança desse projeto com a Teoria dos Princípios de Alexy, para quem os direitos são comandos definitivos contidos nas regras e sua aplicação aos casos concretos se dá sem necessidade de argumentação, ocorrendo por subsunção similar a um silogismo matemático. Também fica patente a semelhança com o processo de argumentação racional orientada por uma hierarquia concreta de valores. A definição dos direitos fundamentais a partir de uma *constituição material* contida na constituição formal revelada pelo juiz é idêntica à teoria dos direitos fundamentais consistente em uma lista material de direitos escalonados conforme sua importância relativa.

Se um juiz ou tribunal adota como método essa argumentação orientada por valores mais desejáveis que outros, acaba por impor seus próprios valores à sociedade, agindo numa espécie de tutela moral, como se sua condição de julgador lhe atribuisse um papel pedagógico sobre os cidadãos.¹⁰

Todavia, o Estado Democrático de Direito pressupõe uma democracia pluralista e a convivência entre diferentes formas de vida sem que seja necessário sopesar ou estabelecer prioridades entre os diversos valores culturais existentes no seio da sociedade, não cabendo ao juiz substituir os valores das partes pelos seus próprios ou por aquilo que acredita ser a melhor forma de *bem viver*.

As ideias de constituição material e de ordem concreta de valores falham no discurso constitucional porque este não pode priorizar valores morais. A Constituição trata de direitos, por isso

¹⁰ Podemos citar aqui a fundamentação de alguns votos recentes do STF como expressão dessa pedagogia moral às vezes assumida pelo Judiciário. No HC 82.424/RS, em que se discutiu se a publicação de um livro antissemita constitui racismo, lemos no voto do Ministro Celso de Mello que naquele julgamento estava “em debate, uma vez mais, o *permanente conflito entre a civilização e a barbárie*, cabendo, ao Supremo Tribunal Federal, fazer prevalecer” a dignidade sobre a “estupidez humana” “como uma grave advertência, para as presentes e futuras gerações, de que o *MAL jamais deverá triunfar outra vez*”. Esse aspecto talvez fique mais claro no RE 153.531-8/SC, em que se discutia a Farra do Boi, no qual o Ministro Marco Aurélio a define como um evento em que “uma turba ensandecida vai atrás do animal para procedimentos que estarrecem”. Não questionamos as decisões, mas sua fundamentação, nas quais o Judiciário parece assumir um papel *civilizador e educador*, desconhecendo ou menosprezando valores culturais distintos. Sobre o último voto, Baracho Júnior (2004, p. 517) comenta: “Os descendentes de açorianos que faziam da farra do boi uma celebração anual, não associavam à manifestação uma idéia de violência que nós, que não somos descendentes de açorianos, associamos. Este é um dado importante, pois, na Espanha, por exemplo, em práticas semelhantes, a idéia de violência não está associada. Dificilmente tais práticas seriam atribuídas a uma “turba ensandecida” na Espanha. Muito menos seriam os procedimentos considerados estarrecedores. [...] A decisão revela uma enorme dificuldade em lidar com tradições que não são compartilhadas pela maioria dos brasileiros”.

não deve menosprezar *a priori* o potencial de verdade de quaisquer formas de vida socialmente compartilhadas, sob pena de negar validade a determinadas culturas, religiões ou preferências sexuais que não estejam de acordo com os valores morais colocados pelo juiz no topo de sua escala de valores.

A primazia dos direitos individuais, que constitui a norma moral fundamental da Teoria dos Princípios de Alexy, não pode ser demonstrada de forma satisfatória porque a precedência lógica de alguns direitos sobre outros será sempre ideológica.

Não é possível demonstrar satisfatoriamente a superioridade dos direitos individuais sobre os coletivos, e vice-versa. Essa divisão, não importa qual categoria se priorize, compreende o ordenamento jurídico de forma fragmentada, como uma relação, uma listagem de direitos. Tal compreensão fica evidente quando se estuda a história do direito como uma sucessão de “novos” direitos que surgem de tempos em tempos. Cada época contribuiria com um novo repertório de direitos que se juntariam aos já existentes, numa simples operação aritmética.

A versão mais habitual desse esquema de *gerações de direitos* é aquela segundo a qual primeiro surgiram os direitos individuais (liberdade, igualdade, propriedade), depois teriam sido acrescentados à lista os direitos sociais (proteção do trabalho, educação, saúde, assistência e previdência social, etc.) e por último os direitos difusos (direito ao meio ambiente equilibrado, direitos econômicos como a proteção do consumidor e da concorrência, etc.).

Habermas (1997) propõe a superação dessa descrição histórico-cronológica que classifica os direitos em gerações, adotando a ideia de paradigmas jurídicos. Paradigmas jurídicos seriam os horizontes históricos de sentido nos quais se realiza a prática jurídica. Seria possível identificar em cada época uma percepção particular do contexto social no qual o direito se insere. Percepção esta que orienta a interpretação do direito e lhe permite cumprir seu papel de integração social e estabilização de expectativas.

O paradigma expressa apenas uma posição preponderante. Não se trata de uma percepção monolítica do direito. O que identifica o paradigma vigente em cada época são sempre as ideologias predominantes, mas isso não quer dizer que sejam universalmente aceitas. Pelo contrário: Habermas (1997) entende que desde o advento do Estado Moderno haveria dois grandes modelos interpretativos que têm concorrido por precedência ao longo da Modernidade.

Num primeiro momento, o modelo comunitarista, inspirado em Rousseau, teria sido marginal. O modelo liberal, talvez por ser mais sintonizado com os principais desafios políticos enfrentados

pelo constitucionalismo nascente em sua luta contra o Absolutismo, obteve maior adesão e, por isso, as constituições foram inicialmente interpretadas a partir de tal perspectiva dominante, embora a perspectiva social-comunitarista continuasse a existir.

Já no século XX, sobretudo depois da 1ª Guerra Mundial e das crises econômicas da década de 20, o modelo comunitarista passou a preponderar. Porém, a ideologia liberal jamais deixou de existir. Apesar de não se sustentar mais como um paradigma, permanece, mas sob a forma de vestígios de racionalidade. Afinal, nem mesmo o mais convicto dos liberais se negaria hoje a reconhecer, por exemplo, a legitimidade do Direito do Consumidor, embora este represente uma intervenção do Estado nas relações privadas num grau absolutamente incompatível com o liberalismo clássico.

A partir da crise fiscal do Estado, vivenciada internacionalmente a partir da década de 1970, e, sobretudo, depois dos abusos e violências inigualáveis perpetrados por países que a levaram ao extremo, como ocorreu durante o nazifascismo ou sob as ditaduras comunistas, a ideologia social também entrou em crise. Se o individualismo extremo produziu opressão e exploração, o ideal coletivista do Estado Social, mesmo em suas formas democráticas, transformou o cidadão num cliente dependente de tutela estatal permanente. Os direitos passaram a ser encarados como serviços públicos concedidos por uma Administração cada vez mais centralizadora.

Diante da crise do paradigma do Estado Social, o cenário político e jurídico se vê diante de uma encruzilhada. Há os que propõem um imponderável retorno a modelos anteriores, postulando ora formas mitigadas do liberalismo, como o neoliberalismo, ora formas mitigadas de comunitarismo, como o vacilante socialismo democrático alardeado por movimentos políticos que ganharam expressão e visibilidade na América Latina.

Porém, ambas pretensões padecem da mesma incongruência. Embora pretendam construir fórmulas intermediárias ou mistas entre os discursos polarizados que caracterizaram os paradigmas anteriores, elas inevitavelmente estabelecem a precedência de certos valores políticos sobre os demais, comprometendo o pluralismo.

Embora o neoliberalismo incorpore certas críticas comunitaristas e tente se proteger contra os excessos que no passado produziram os maiores casos de exploração registrados em toda a história da humanidade, ele ainda assim mantém a prevalência dos valores individualistas sobre os sociais. Ainda que de forma mitigada, o direito permanece colonizado pela ideologia política liberal, em detrimento de outros valores plurais.

As ainda indefinidas tentativas de elaboração de um socialismo democrático incorrem no mesmo problema. Embora tentem se imunizar contra o autoritarismo e a homogeneidade de pensamento que no passado levaram a reduzir o interesse público ao interesse do Estado, permanece a ideia de que o direito deve adotar prioritariamente certos valores políticos, colocando igualmente em risco o pluralismo político.

Portanto, tanto uma como outra tentativa não chegam a meio-termo algum. Pelo contrário: ainda que de forma abrandada, ambos exigem a oficialização de determinado valor político.

A teoria de Alexy (1993) é expressão desse mesmo projeto, pois estabelece que o direito deve se estruturar sobre uma escala de valores na qual uma ideologia prevalece sobre as outras. Para que seu método funcione, todo juiz deve assumir para si o pressuposto de que há níveis distintos de direitos fundamentais e os direitos individuais são mais importantes que os coletivos.

Contudo, a grande lição que a crise do Estado Social nos ensinou foi que não se deve tornar oficial nenhum valor moral ou forma de pensamento. O Estado Social exigia uniformidade e igualdade material, ameaçando a pluralidade, a diferença e o respeito às identidades locais. O grande desafio democrático depois do Estado Social é fazer com que os cidadãos e coletividades se reconheçam como juridicamente iguais, ainda que materialmente diferentes.

Contra a tentativa de se construir formas híbridas vacilantes, que nunca conseguem coordenar todas as possíveis formas de pensamento e de concepções legítimas de bem viver, Habermas (1997) sugere como alternativa o paradigma do Estado Democrático de Direito. Não se trata de uma invenção teórica, mas da constatação fática de que contemporaneamente todos os movimentos políticos demandam respeito e reconhecimento. E isso só é possível se o direito não discriminar *a priori* qualquer valor moral ou político em abstrato. A manutenção das diferentes formas de vida, da diversidade de opiniões e do próprio direito à divergência é condição da legitimidade do direito. Por isso, se reconhece a possibilidade de um paradigma do direito que esteja estruturado sobre a forma comunicativa e dinâmica da democracia. Um paradigma do direito que interprete a lei sem estabelecer a primazia dos valores de certo grupo sobre os demais.

Isso não é uma ambição idealista ou puramente retórica. É uma característica do cenário político e jurídico contemporâneo. Basta observar o art. 1º de nossa Constituição, que dispõe, em seu inciso IV, que tanto os valores sociais do trabalho como da livre iniciativa são, igualmente, princípios fundamentais da República.

O valor social do trabalho é, a princípio, contrário à livre iniciativa. Proteger o trabalho necessariamente restringe a livre iniciativa, ao passo que garantir a livre iniciativa necessariamente torna mais vulnerável a proteção do trabalho. Contudo, a Constituição prevê esses ambos *valores* num único inciso, o que demonstra que o intérprete do direito não pode estabelecer, em abstrato, a precedência de um sobre o outro.

Para deixar ainda mais evidente essa opção pela equiparação dos valores, a Constituição, em seu art. 1º, V, estabeleceu ainda como princípio fundamental o pluralismo político. A Constituição exige, pois, que os diferentes valores políticos devem ser respeitados e considerados igualmente relevantes para o Estado de Direito.

A teoria da ponderação de valores requer que certos valores sejam assumidos, oficialmente, como prioritários pelo juiz e pelo direito, o que inequivocamente estabelece uma forma de discriminação contra os demais valores sociais e políticos. Exigir que o direito seja interpretado e aplicado a partir de certo valor moral ameaça frontalmente o pluralismo, pois todos os outros indivíduos que não compartilham desse mesmo valor ficam alijados do debate jurídico. A teoria da proporcionalidade coloca o direito sob o pálio dos valores morais oficiais, o que fere diretamente um dos fundamentos da República: a exigência do respeito à pluralidade das formas de vida.

Certamente os Constituintes de 1987/1988 não eram leitores de Habermas. Contudo, a dinâmica política contemporânea os fez reconhecer que o direito não pode estabelecer a precedência de certos valores sobre outros, sob pena de que a lei perca sua legitimidade perante diferentes setores da sociedade. O pluralismo político consagrado pela Constituição demanda que todos os valores sociais e políticos sejam colocados no mesmo nível abstrato de importância.

3 Uma só resposta para cada caso

Como alternativa à interpretação dos princípios jurídicos como valores, Dworkin (2000) elabora um sistema de direitos baseado na ideia de *integridade* do direito. Por essa teoria, os princípios jurídicos não podem ser vistos como opostos entre si, mas coordenados a partir de uma concepção pública de justiça. Cada princípio, sendo ligado a todo o ordenamento de forma integral, traz em si uma dimensão pública e uma dimensão individual. Portanto, é um equívoco compreender a liberdade como um direito exclusivamente individual, pois a liberdade individual é a finalidade de qualquer

ordem pública soberana. Tampouco a assistência social seria um direito exclusivamente coletivo, pois ela só se realiza na esfera do indivíduo, capacitando-o para exercer sua autonomia e liberdade privada. Nesse sentido, as esferas pública e privada são co-originárias e igualmente primordiais. Todo direito individual só se realiza mediante a dimensão pública que permite a cada cidadão torná-lo legitimamente exigível frente ao Estado e aos demais cidadãos. E todo direito coletivo só se realiza mediante a dimensão privada de cada cidadão que, individualmente, acessa e exerce tais direitos.

Dworkin (2000, p. 217) traz sua experiência como crítico literário ao definir o direito como interpretação e compará-lo à literatura. O direito seria uma interpretação contínua e em permanente desenvolvimento, tal qual um romance em construção. O processo de interpretação consiste em recuperar o trajeto desse *romance* e produzir a melhor interpretação possível com os dados e informações de que se dispõe. Essa interpretação será tanto melhor quanto maior for sua capacidade de expressar o significado do direito em sua integridade, e não apenas o significado de certas normas, pois o significado destas deve ser coerente com os princípios revelados pela *leitura* de todo o ordenamento.

Contudo, não é uma narrativa histórica. A interpretação não se volta para algo como a *mens legislatoris*, a vontade dos pais fundadores ou uma *vontade geral*. O que importa é o seu significado presente, não aquele ao tempo em que foi construída a norma. Como uma obra literária, o significado da norma não é circunscrito pela intenção de seus autores e tampouco se limita aos valores adotados por um intérprete oficial. A hermenêutica jurídica é, assim, um exercício de interpretação construtiva de uma prática social.¹¹ É inútil tentar reduzir a complexidade da interpretação do direito por meio de esquemas matemáticos ou compará-la à lógica silogística, exatamente da mesma forma que seria inútil fazer por esses meios uma interpretação literária.

Integridade significa que o direito deve ser interpretado a partir de princípios ordenadores, e não como fruto da tradição ou de acordos políticos casuais nem como uma norma moral que deve ser seguida por todos os cidadãos.

Portanto, a integridade não significa preferência pelos direitos individuais nem pelos coletivos. Pelo contrário, ela nega tal distinção. Direito como integridade significa que o direito é uno e, por consequência, todas as normas existentes no ordenamento

¹¹ “O direito é um conceito interpretativo. Os juízes devem decidir o que é o direito interpretando o modo usual como os outros juízes decidiram o que é o direito. Teorias gerais do direito são, para nós, interpretações gerais da nossa própria prática judicial” (DWORKIN, 2003, p. 488).

devem ser interpretadas de maneira a manter a coerência interna que lhe garanta unidade. Embora não se deem conta disso e o façam instintivamente, quando os juízes ou as partes de um contrato aplicam o direito não estão aplicando somente um artigo ou uma lei, pois sua conduta pressupõe um sistema jurídico regido por princípios gerais ordenadores. Ainda que uma decisão judicial não seja uma obra teórica, em toda decisão judicial há implícito um exercício de teoria geral do direito (DWORKIN, 2003, p. 314-317).

O objetivo da integridade não é diferente do objetivo da proporcionalidade. Ambas pretendem conferir certeza e segurança jurídica à decisão do caso concreto. Contudo, a proporcionalidade acredita que a segurança decorre da uniformidade de pensamento e só num contexto guiado pela razão moral é possível garantir a legitimidade da decisão no caso concreto. De acordo com a proporcionalidade, só haverá segurança se as decisões particulares reproduzirem valores morais maiores.

Já de acordo com a integridade se reconhece a necessidade de garantir o pluralismo e o multiculturalismo e a impossibilidade de haver objetividade absoluta na decisão jurídica, mas se acredita que, ainda que precária, a segurança jurídica pode ser alcançada se houver um compromisso de que em cada caso concreto haja a consciência de que se está aplicando não apenas um fragmento do direito, mas a própria Constituição. Ainda quando não se está diante de um caso em que se discuta nenhuma alínea da Constituição, a insegurança pode ser abrandada se a interpretação do caso levar em conta os princípios orientadores do ordenamento e se buscar conformar a decisão concreta aos princípios constitucionais.

A proporcionalidade compreende que o direito é um caso especial da moral porque os juristas aplicariam valores morais. A integridade acredita que o direito é um discurso autônomo e distinto da moral, defendendo que os juristas não precisam se socorrer de estruturas extrajurídicas, pois o próprio direito lhes confere condições de decisão a partir de uma interpretação sistemática de todo o ordenamento.¹²

¹² “[Os filósofos do direito] não podem produzir teorias semânticas eficazes sobre o direito. Não podem expor os critérios comuns ou as regras fundamentais que os advogados seguem para colocar rótulos jurídicos nos fatos, porque tais regras não existem. [...] As teorias gerais do direito devem ser abstratas, pois sua finalidade é interpretar o ponto essencial e a estrutura da jurisdição, não uma parte ou seção específica desta última. Contudo, apesar de toda abstração trata-se de interpretações construtivas: tentam apresentar o conjunto da jurisdição em sua melhor luz, para alcançar o equilíbrio entre a jurisdição tal como a encontram e a melhor justificativa dessa prática. Assim, *nenhuma linha claramente delineada*

Aplicar o direito equivale a interpretá-lo. Logo, toda deliberação judicial revela uma teoria, um modo de compreensão do direito. O caso concreto só pode se valer da segurança do direito se o exercício subliminar de teoria geral do direito que é feito ao se decidir expresse a preocupação de *levar a sério* os direitos envolvidos, tratando a questão como um *caso difícil*, e se esforce em demonstrar como aquela decisão, em última instância, é a melhor realização possível dos comandos constitucionais.

A integridade afasta a ilusão de princípios contraditórios a serem abstratamente escalonados de acordo com sua importância. Aqui surge uma distinção importante. Dworkin (2003) distingue entre duas formas de integridade, a integridade na legislação, isto é, no momento da validação abstrata das normas no processo legislativo ou no controle de constitucionalidade, e a integridade na deliberação judicial, consistente na aplicação concreta das normas abstratamente válidas no ordenamento.

Dois princípios jurídicos que revelam demandas sociais distintas podem conviver harmonicamente no direito sem que isso signifique contradição. A propriedade, por exemplo, é expressão simultânea de princípios opostos. Nela há um princípio egoísta que priva a coletividade do uso e gozo de um determinado bem, mas também há um princípio social que restringe o uso abusivo do direito de propriedade e impõe que mesmo a propriedade individual contribua para a riqueza de toda a coletividade. A validade abstrata e universal de um princípio não ameaça nem compromete a validade abstrata e universal de outro princípio que lhe seja inteiramente oposto. A integridade contesta a ideia já exposta de que “diferentes ideologias produziram partes diferentes do direito” (DWORKIN, 2003, p. 325), pois o que ocorre não é acréscimo de novos direitos, mas a reinterpretação de todo o ordenamento.

O direito de propriedade na Inglaterra do século XVIII era formulado como expressão máxima do individualismo. Entretanto o direito de propriedade não surgiu no Liberalismo. Na Idade Média ele tinha conteúdo totalmente distinto. O Liberalismo reinterpretou o direito de propriedade atribuindo-lhe um significado compatí-

separa a doutrina da deliberação judicial, ou de qualquer outro aspecto da aplicação do direito. [...] Qualquer argumento jurídico prático, não importa quão detalhado e restrito seja, adota o tipo de fundamento abstrato que lhe oferece a doutrina, e, quando há confronto entre fundamentos antagônicos, um argumento jurídico assume um deles e rejeita os outros. Deste modo, o voto de qualquer juiz é, em si, uma peça de filosofia do direito, mesmo quando a filosofia está oculta e o argumento visível é dominado por citações e listas de fatos. A doutrina é a parte geral da jurisdição, o prólogo silencioso de qualquer veredito” (DWORKIN, 2003, p. 112-113, grifos nossos).

vel com o paradigma dominante, que não mais permitia a vinculação do camponês a terra, por exemplo.

O mesmo ocorre na passagem do paradigma Liberal ao paradigma Social. O surgimento do Estado Social não significa apenas o nascimento de novos direitos, mas sim a redefinição do próprio ordenamento, que imprime novo conteúdo aos direitos existentes, não mais interpretando a propriedade como exclusiva expressão de individualismo ao exigir que ela atenda a uma função social. A função social não é um apêndice agregado ao direito de propriedade. É parte constitutiva e intrínseca do próprio direito de propriedade. De modo semelhante, o Direito do Trabalho não é apenas um novo sistema de direitos autônomo adicionado à tábua de direitos do Liberalismo. É uma das consequências de uma nova interpretação da própria liberdade de contratar.

Por isso o conflito entre princípios *prima facie* válidos no ordenamento é apenas aparente. O problema da aplicação não se resolve tentando valorar abstratamente um princípio para estabelecer uma ordem de precedência, pois isso significaria dizer que há direitos fundamentais de primeiro e segundo escalão, quando na verdade todos valem igualmente no ordenamento.

A solução do problema deve ser buscada na “dimensão da adequação” (DWORKIN, 2003, p. 277)¹³, o que significa que os sujeitos do direito devem procurar no ordenamento, entre todos aqueles princípios abstratamente válidos no direito, aquele que significará a manutenção da coerência e da integridade de todo o sistema.

O princípio adequado só pode ser definido em cada caso e de acordo com o contexto especial de cada situação. Não quer dizer que todo evento semelhante exigirá sempre a aplicação do mesmo princípio, pois nunca haverá dois casos absolutamente idênticos. A

¹³ O autor também usa as expressões “questões de adequação”, “teste de adequação” e “exigências necessárias de adequação”, que consistiriam em verificar qual lei ou entendimento jurisprudencial seria pertinente diretamente ao caso e, em seguida, sua adequação a normas cada vez mais gerais, tal como “uma série de círculos concêntricos”. Esse método identifica, é claro, prioridades locais que podem ser identificadas com as áreas do direito, porém estabelece que mesmo o princípio local escolhido para resolver a questão deve estar de acordo com normas gerais que, em última análise, exigirão a adequação do caso à própria Constituição. O conceito de *adequabilidade* utilizado por GÜNTHER (2004) para esclarecer a solução de concorrência de princípios tem suas raízes no “teste de adequação” de Dworkin e funciona de maneira semelhante. Entretanto, Günther, diferentemente de Habermas, é um jurista e, portanto, formado sob a forte influência da jurisprudência de valores do Tribunal Constitucional da Alemanha. Talvez por isso, apesar de partir da teoria de Dworkin e ser um colaborador de Habermas, suas conclusões retornam à ideia do direito como um caso especial da moral (GÜNTHER, 2004).

justiça só pode ser produzida numa situação vivenciada no mundo, e não a partir de um valor abstrato que desconsidere as especificidades do caso, que, por mais semelhante que seja a outros, é sempre único, como qualquer experiência humana.¹⁴

Compreendendo o sistema jurídico em sua integridade, não é necessário fracionar dois princípios para que a dimensão pública e privada possa caber em uma mesma decisão.

Eventualmente pode verificar-se verdadeira contradição no conflito de normas no que diz respeito a sua validade abstrata, como num caso em que duas leis exijam condutas diferentes numa mesma hipótese. Nesses casos, a integridade só pode ser mantida eliminando-se a contradição do ordenamento por meio da declaração de invalidade de uma delas, como ocorre no controle de constitucionalidade.

Porém, se as normas concorrentes são válidas no ordenamento, não se pode falar em contradição abstrata, mas sim de concorrência no caso concreto. Isso quer dizer que no momento da aplicação do direito duas normas são apenas *prima facie* aplicáveis. A aplicação do direito consiste na tarefa de se escolher qual princípio é adequado à solução de um determinado caso.

Haverá, em cada caso, uma única norma adequada a suas especificidades e aos interesses em jogo. Cada caso concreto é um evento único, não repetível e que, portanto, não se satisfaz com decisões formuladas a partir de valores aprioristicamente cotejados. Nas palavras de Dworkin (2003, p. 492, grifos nossos):

O direito não é esgotado por nenhum catálogo de regras ou princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma diferente esfera de comportamentos. Tampouco por alguma lista de autoridades com seus poderes sobre parte de nossas vidas. O império do direito é definido pela atitude, não pelo território, o poder ou o processo. Estudamos principalmente em tribunais de apelação, onde ela está disposta para a inspeção, mas deve ser onipresente em nossas vidas comuns se for para servir-nos bem, inclusive nos tribunais. É uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política em mais amplo sentido. É uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os

¹⁴ Como bem resume Carvalho Netto (2003, p. 160-161, grifo nosso): “É nesse sentido que Ronald Dworkin pôde afirmar que há uma única decisão correta para cada caso, não é em termos de que só seja possível uma única leitura de um texto legal. [...] não somente que um texto admite várias leituras, mas que o horizonte de possibilidade das leituras se altera com as mudanças sociais verificadas ao longo do tempo. Por isso mesmo, para ele, *não temos acesso ao fato, mas a leituras que fazemos desses fatos.* [...] a nossa condição no mundo é hermenêutica”.

princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância. O caráter contestador do direito é confirmado, assim como é reconhecido o papel criativo das decisões privadas, pela retrospectiva da natureza judiciosa das decisões tomadas pelos tribunais, e também pelo pressuposto regulador de que, ainda que os juízes devam sempre ter a última palavra, sua palavra não será a melhor por essa razão.

A certeza de que o direito pode oferecer é a mesma certeza da compreensão em qualquer linguagem. Afirmar que o direito corresponde a interpretação não lhe retira sua certeza nem o remete a decisões arbitrárias. A integridade exige a adequação entre textos e contextos. Assim como uma palavra só tem significado na frase, a regra jurídica só ganha densidade normativa no caso concreto.

A certeza e segurança do direito decorrem de que é possível estabelecer um sentido correto para uma lei da mesma forma que é possível estabelecer um sentido correto para um ato de fala. A correção dos atos de fala não é estabelecida em abstrato, mas sim diante de um contexto concreto que permite avaliar e precisar o sentido da comunicação e sua correspondência a fatores circundantes.

Portanto, ainda que uma palavra possua inúmeras conotações, o contexto em que é usada permite concluir qual é, numa certa frase, seu correto significado.¹⁵ Essa conclusão será tanto melhor quanto for capaz de permitir a compreensão necessária à comunicação no contexto dos falantes. Por isso não pode ser arbitrária, pois, como toda linguagem é pública, o próprio texto possui um conjunto de significados abstratos que delimitam seu uso, de modo que a certeza da compreensão, ainda que se opere apenas em situações de uso concreto, também remete à observância de sentidos gerais e abstratos.

Do mesmo modo, o sentido de certa lei não é uma questão prévia a sua aplicação. O texto da lei é parte do problema interpretativo, mas isso não significa que não seja possível chegar a um sentido correto para um determinado caso em que aquela lei encontra aplicação. A interpretação construtiva não é interpretação arbitrária, pois estará sempre restrita pelos limites impostos por um preceito geral e abstrato.

¹⁵ Ainda que a correta interpretação nos leve, num certo caso, a reconhecer a existência de um trocadilho, isso não invalida o fato de que é possível concluir, com certeza, que se trata de uma afirmação de duplo sentido. A compreensão não requer a certeza na unicidade dos sentidos das palavras, mas sim no conteúdo que pretendem comunicar.

Da mesma maneira que em toda comunicação há um significado melhor, que pode ser construído de forma hermenêutica, em todo conflito jurídico há uma resposta ou decisão que, melhor que as demais possibilidades interpretativas, contempla as expectativas de produção da justiça no caso concreto e, simultaneamente, atende às exigências de abstração e generalidade das normas jurídicas. Integridade significa buscar tal resposta, que só vale no contexto único e não repetível do caso concreto, sem perder o lastro de validade e legitimidade abstrata imposto pela Constituição.

3.1 Uma falha congênita na proporcionalidade: a impossibilidade de maximizar simultaneamente duas normas jurídicas

A decisão judicial exige a escolha entre princípios aplicáveis ao caso. A escolha de um entre estes não retira a validade abstrata dos demais, apenas indica qual é o mais adequado às particularidades únicas de uma certa e determinada situação concreta. Ainda que o juiz acredite aplicar simultaneamente dois ou mais princípios, ele necessariamente escolherá apenas um deles. Inadvertidamente, isso fica explícito num exemplo dado pelo próprio Alexy (1993).

Para demonstrar como funcionaria a aplicação proporcional de princípios, Alexy (1993, p. 33) imagina uma hipótese de concorrência entre princípios na aplicação de uma lei que imponha quarentena vitalícia devido a uma epidemia. Nesse caso, entrariam em conflito o direito à liberdade, segundo o qual não se poderia obrigar alguém a uma quarentena vitalícia, e a necessidade de preservação da saúde pública ameaçada pela epidemia de uma doença incurável e contagiosa.

Alexy (1993) admite que o método da proporcionalidade só informa a direção dos argumentos, mas não garante qualquer resultado. Como já exposto anteriormente, o resultado depende das preferências do julgador. Se o juiz considerasse os direitos individuais como mais *valiosos*, ele declararia a quarentena inconstitucional. Já um juiz que acreditasse que as políticas de saúde pública são mais *valiosas* a consideraria constitucional.

Aí entra em cena seu sistema de prioridades *prima facie*. Partindo do pressuposto de que os direitos individuais devem ser sempre priorizados quando em confronto com outros direitos, Alexy (1993) determina que a solução deve expressar tal prioridade. Sendo a liberdade individual mais *valiosa* por si só, isto é, sendo prioritária frente a outros princípios, eliminar-se-ia a incerteza quanto à constitucionalidade da medida proposta pela lei da quarente-

na vitalícia. O juiz estaria *moralmente obrigado* a priorizar os direitos individuais e declarar a inconstitucionalidade da lei, pois um discurso racional sobre direitos inclui uma preferência *prima facie* dos direitos individuais sobre os bens coletivos. “A solução da quarentena vitalícia para o problema da SIDA não sobreviveria à prova do discurso racional, *porque este impossibilita dita preferência*” (ALEXY, p. 35). Note-se: o discurso racional impossibilita de pronto, *ex ante*, a preferência pelo princípio concorrente. Perceba-se que a solução é afastada não porque produza injustiça no caso concreto, mas porque viola uma preferência absoluta previamente estabelecida.

Há aí dois problemas. O primeiro deles é mais evidente, pois revela uma incoerência interna do argumento. A Teoria dos Princípios exige um sistema de estrutura de ponderação que permita que ambos os princípios sejam aplicados simultaneamente. Como equivaleriam a valores, os princípios deveriam ser quantificados e aplicados em frações ótimas. Em vários trechos de sua obra, Alexy (1993) exige que o resultado da argumentação racional deva contemplar todos os princípios jurídicos *adequados* e *necessários* ao caso, produzindo um Ótimo de Pareto. O resultado alcançado deveria expressar uma *prioridade maior* de um princípio e uma *prioridade menor* de outro. No caso em que um direito individual esteja em conflito com um bem público, como no exemplo por ele formulado, o resultado deveria expressar maior prioridade pela liberdade individual, mas também deveria reservar lugar para o bem coletivo.

No entanto a ponderação falha nesse intento, pois não se explica em que medida o bem coletivo foi contemplado. Alexy (1993) simplesmente opta pela liberdade e afasta a saúde pública. Ótimo de Pareto é um conceito que expressa ponderação relativa entre dois ou mais valores, mas na prática Alexy aplica um dos princípios e não esclarece como o outro pode ter sido também respeitado na mesma decisão. Não se esclarece a *proporção* em que o segundo princípio seria contemplado, fazendo simplesmente desaparecer um dos eixos do gráfico de ponderação e, com ele, o próprio significado de um ótimo paretiano.

Não se trata de uma hipótese mal formulada nem de um exemplo mal escolhido. Trata-se de uma incoerência do método. Se ao decidir o juiz aplica apenas um dos *valores*, não há variáveis a serem otimizadas e, portanto, não há Ótimo de Pareto. Mas a ideia central da proporcionalidade é que a aplicação dos direitos fundamentais exige sempre um Ótimo de Pareto. Porém, no exemplo dado pelo próprio Alexy, isso não ocorre.

Poderíamos tentar imaginar outras situações e em nenhuma delas conseguiríamos aplicar simultaneamente dois princípios di-

ante de um caso, pois no momento da aplicação deve-se escolher um, e somente um, princípio *adequado*. Mesmo no exemplo da ação criminal mencionado no item 2, em que concorrem, de um lado, o direito à própria honra e à própria imagem e, de outro, o direito à informação e à liberdade de expressão, não ocorre aplicação proporcional. A simultaneidade é ilusória. O que há são várias escolhas frente a bens jurídicos distintos dentro de um mesmo processo.

Se o juiz opta por proteger a imagem do acusado e das testemunhas, mas permite a divulgação de seus nomes, ele não está aplicando ponderadamente dois princípios a uma mesma situação, pois são bens jurídicos distintos. Para cada bem jurídico, o juiz faz uma opção, aplicando-lhe um único princípio que julga adequado. No caso do direito à imagem, não houve nenhuma proporção de aplicação do direito à informação ou da liberdade de expressão. O juiz estaria avaliando que a exposição da imagem é desnecessária, pois nega à imprensa e a toda sociedade conhecer a imagem do indiciado. No caso da divulgação do nome, o juiz estaria autorizando o exercício da liberdade de imprensa e negando a tese do direito à honra e à boa reputação do acusado. Em nenhum dos casos há Ótimo de Pareto. Aplica-se um princípio em detrimento *integral* do outro.

Num mesmo processo podem existir vários direitos em jogo, concorrendo para cada qual vários princípios abstratamente pertinentes. E cada um desses direitos exigirá uma decisão própria. A soma dos vários direitos questionados num mesmo caso concreto não produz um Ótimo de Pareto. Ainda que haja uma coordenação entre todos eles, pois todos envolvem os mesmos eventos, o resultado não indicaria uma ordem de preferência, mas apenas um resultado composto a partir de decisões relacionadas a uma situação fática única e irrepetível.

3.2 Crítica ao critério de subsunção: todo discurso de adequabilidade é interpretação

O segundo problema revelado pela solução de Alexy (1993) à discussão sobre a constitucionalidade da lei de quarentena vitalícia diz respeito à sua própria concepção de direitos. O autor acredita que os direitos definitivos são dados pela própria norma jurídica (as regras), enquanto os princípios jurídicos não são propriamente direitos, porque equivalem a valores morais que não se sujeitam à subsunção, mas sim à otimização proporcional.

De acordo com sua Teoria dos Princípios, os direitos aplicar-se-iam por subsunção. Somente depois de verificada a impossibilidade

de da subsunção do fato à norma nas etapas da *adequação* e da *necessidade* é que teria início a argumentação racional. Nesse sentido, no processo de subsunção não haveria argumentação racional, pois as regras regulariam suas próprias condições de aplicação.

Todavia o autor não percebe que sua construção transforma os *direitos definitivos* (e por fim quaisquer direitos) numa questão de fato, e não numa questão de lógica jurídica. Diferente do que acredita, as regras não regulam sua própria forma de aplicação, pois mesmo aquelas regras precisas e detalhadas só ganham densidade normativa diante de um contexto de aplicação.¹⁶

Isso não quer dizer que as palavras não possam ter um significado prévio que permita sua compreensão abstrata. Quer dizer apenas que, quando se está diante de um caso concreto, a subsunção não é uma questão de fato. Não é uma contingência ou limitação extrajurídica. A decisão de aplicar uma regra a um caso, por mais precisa que a regra possa ser, exige uma confrontação de argumentos.

Num processo judicial, por exemplo, o juiz sempre terá de levar a sério os argumentos de ambas as partes, mesmo quando o que as partes estejam discutindo seja o cabimento ou não de uma lei ou súmula sem grande complexidade. O juiz deverá tratar todos os casos como se fossem difíceis não no sentido que uma boa decisão é uma decisão prolixa ou rebuscada, mas no sentido de que não se pode desprezar o potencial de verdade trazido por ambas as partes, ainda quando a solução pareça evidente.

Tratar um caso como difícil ou levar os direitos a sério não significa criar dificuldades artificiais nem usar o processo como exercício de erudição. Significa apenas que o juiz ou tribunal não pode tomar a norma – trate-se de lei, súmula ou precedente – como etapa final do julgamento. E só poderá fazê-lo se dispondo a tomar conhecimento dos argumentos contrários presentes no caso e tratando o processo como um texto a ser interpretado.

¹⁶ “*Todas as normas vigentes são naturalmente indeterminadas, inclusive aquelas cujo componente ‘se’ explicita a tal ponto as condições de aplicação, que elas somente podem encontrar aplicação em poucas situações típicas padronizadas e muito bem descritas (e podem encontrar aplicação sem dificuldades hermenêuticas). Constituem naturalmente exceções as normas que Dworkin caracteriza como ‘regras’ e que, em casos de colisão, exigem uma decisão em termos de tudo ou nada. A coerência de um sistema de direitos é realmente ameaçada, quando regras conflitantes desse tipo prevêem para o mesmo caso de aplicação prescrições contraditórias e que pretendem ter a mesma validade. Todas as demais normas continuam indeterminadas com relação à sua situação, necessitando de interligações suplementares no caso concreto – e isso vale não somente para os direitos fundamentais e princípios do Estado de direito, à luz dos quais o sistema jurídico pode ser justificado em sua totalidade” (HABERMAS, 1997, p. 269-270, grifos nossos).*

O resultado de tal procedimento nunca será o retorno à vontade original do legislador, muito menos a revelação de um direito definitivo já contido na norma, mas apenas um convencimento a partir de argumentos, a melhor compreensão possível do texto. Mesmo no caso das regras é necessário recorrer à argumentação, pois toda compreensão é interpretação.

Do modo como Alexy (1993) elabora suas fórmulas de adequação e necessidade como etapas prévias ao discurso de argumentação racional, corre-se o risco de engessar a compreensão do direito como um dado *a priori*, retornando-se àquele ideal da hermenêutica como *revelação da vontade da lei*, segundo a qual o juiz ou tribunal exerce uma tarefa muito mais próxima do sacerdócio do que de uma função na estrutura administrativa do Estado. Esse *superego* da sociedade seria a instância capaz de dirimir os conflitos encontrando um direito com existência anterior, pois já contido dentro da regra abstrata vigente no ordenamento, cuja aplicação é regulada por si própria e não por um processo de interpretação que leve em conta os melhores argumentos no caso.

Esse problema também aparece no exemplo da quarentena vitalícia. Para poder chegar à etapa da proporcionalidade em sentido estrito, o autor simplesmente dá como pressuposto que aquela lei seja tanto adequada como necessária. Mas só é possível assumirmos esse pressuposto se admitirmos que a adequação e a necessidade já tenham sido objeto de um debate fundado em argumentos.

Para que se afirme que uma lei é adequada é preciso ter em vista o objetivo a que se propõe e os direitos que atinge. Só poderíamos admiti-la como adequada se levássemos em conta os argumentos contrários, que poderiam questionar que a lei, por qualquer razão, não se prestaria ao objetivo de controlar a epidemia. Isso já seria uma conclusão feita a partir de um discurso racional orientado por argumentos, e não um silogismo pelo qual se extrai uma conclusão tendo por base uma premissa maior (norma) e uma premissa menor (fato), pois não é uma mera questão *fática*. A interpretação jurídica tem início antes da etapa denominada de argumentação racional, pois desde o início se está diante de uma interpretação daquilo que é juridicamente devido.

Um defensor da proporcionalidade poderia afirmar que a separação dos portadores de uma doença contagiosa e, por consequência, o isolamento do agente biológico que a provoca são dados *fáticos*. Mas também se poderia questionar a eficiência de tal isolamento a partir de dificuldades *fáticas*, como custos, espaço, grau de certeza de exames e muitas outras. Ambas afirma-

ções lidam com fatos, mas isso não afasta a conclusão de que elas são argumentos. Se for possível chegar à decisão de que tal medida é adequada ao objetivo que se propõe é porque terá havido um processo discursivo racional que avaliou que os argumentos favoráveis à lei seriam melhores que os argumentos contrários.

Exige-se um discurso racional mesmo sem que se tenha trazido ao debate a questão do outro princípio conflitante (a liberdade individual). Não há subsunção de um fato a uma regra autoaplicável. A decisão de adequação ou necessidade será sempre mediada por um procedimento discursivo fundado em argumentos, ainda que tal processo possa dar-se de maneira pouco evidente em casos que não exigem sofisticação hermenêutica.¹⁷

Por mais simples que sejam, as regras também têm aplicação principiológica. Queremos dizer com isso que, tal como se dá com os princípios, a compreensão de regras específicas e bem determinadas requer uma contextualização que permita atribuir-lhes um sentido coerente com as demais normas do ordenamento. Tal como ocorre com os princípios, a interpretação dessas regras exige uma interpretação que mantenha a integridade do direito como um todo.

Toda norma jurídica, como de resto toda experiência humana, equivale a texto, pois é compreendida por meio de linguagens socialmente compartilhadas. E o significado de qualquer texto é atingido dentro de um contexto comunicativo que lhe confere densidade interpretativa. Esses contextos cambiantes ao mesmo tempo modificam e mantêm o texto, permitindo ou excluindo novos sentidos e garantindo a continuidade e a certeza de seu significado.

Basta pensar, por exemplo, na norma clara e precisa do art. 5.º, XI, da Constituição e em quantos processos civis e criminais existem em nossos tribunais discutindo a amplitude da palavra casa ali

¹⁷ A título de mera ilustração, pode-se fazer um paralelo entre os discursos de argumentação em casos de pouca complexidade e a ideia de *pensamento automático* da psicologia cognitiva, segundo a qual os estados depressivos não decorrem diretamente das experiências vivenciadas, pois estas são mediados por um pensamento não percebido pelo paciente, resultante de hábitos e de uma dada maneira de encarar a vida e a si mesmo. O pensamento automático é, portanto, uma conclusão implícita e anterior ao estado patológico a partir de pré-compreensões já solidamente estabelecidas. Como se trata de um processo inconsciente, do qual o paciente não se dá conta, a literatura médica o denomina pensamento automático, propondo que algumas formas de estados depressivos podem ser solucionadas *cognitivamente*, isto é, fazendo com que o paciente seja capaz de identificar e corrigir tais formas de pensar, tentando encontrar argumentos contrários àquela pré-compreensão dominante. Portanto, mesmo atitudes aparentemente desprovidas de reflexão seriam na verdade resultado de interpretação.

contida.¹⁸ Seria inocência pensar que sua adequação a tão diversos casos se faz por subsunção, sem recorrer à confrontação de argumentos de adequação. Em suma, só é possível concluir que uma norma é *adequada* ou *necessária* por meio de uma argumentação sobre o significado dos direitos envolvidos.

A ideia de subsunção faz crer que a argumentação racional só tem início depois de definidos os fatos, como se os próprios fatos não fossem estabelecidos a partir de uma compreensão discursiva acerca de argumentos contrafactuais. A divisão entre subsunção e argumentação ponderada faz crer que os direitos já têm conteúdo completo, prévio e “definitivo” na própria norma, cuja aplicação seria um mero silogismo, ao passo que só haveria verdadeira interpretação quando não estamos diante de direitos, mas sim de valores morais. Contudo, a interpretação jurídica não é algo que ocorre apenas em casos difíceis e complexos, pois a própria definição de um caso como *fácil* ou *simples* é também uma forma de interpretação.¹⁹

A Teoria da Proporcionalidade acredita que a subsunção pode dar segurança à decisão judicial, mas a segurança jurídica não pode ser obtida à custa da exclusão ou da rejeição de valores minoritários, sob pena de oprimir as minorias que expressam tais valores. Compreendendo o direito como interpretação, percebe-se que não é possível tratar os direitos fundamentais como dados pré-interpretativos ou mera questão de fato, de modo que só podemos ter alguma certeza acerca da legitimidade e correção do julgamento jurídico se revelamos em cada caso concreto a teoria que lhe é subjacente, permitindo que se possa afirmar qual a melhor interpretação e dizendo, no caso, qual a única resposta adequada à Constituição.

Um exemplo conhecido a respeito disso é o caso Elmer (*Riggs vs. Palmer*), descrito por Dworkin (2003, p. 20). Nesse caso, ocorrido em Nova York por volta de 1880, um legatário exigia que lhe fosse adjudicada a herança mesmo tendo matado o testador, seu avô. A legislação da época não trazia qualquer vedação que estabelecesse o homicídio do autor da herança como exceção ao direito de herdar. Porém, o tribunal foi capaz de reconhecer que, mesmo não havendo norma escrita, a integridade do ordenamento seria com-

¹⁸ Diversos julgados do STF (RHC 90.376/RJ, HC 82.788/RJ, RE 230.020/SP, MS 23.452/RJ) discutem se um quarto de hotel, a sede de uma empresa ou o escritório de um contador onde ficam os livros de uma empresa investigada pelo fisco se incluem no conceito normativo de CASA para fins de impetração de *habeas corpus*.

¹⁹ Compreender um caso como fácil já decorre de interpretação. A teoria do direito como integridade serve para resolver não apenas casos difíceis, mas também os fáceis e, principalmente, para explicar “por que são fáceis” (DWORKIN, 2003, p. 317). Sobre a pseudodistinção entre casos fáceis e difíceis ver Dworkin (2003, p. 419).

prometida caso se ofendesse o princípio geral pelo qual ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza. O tribunal entendeu que o caso não poderia depender de previsão legislativa que fixasse exceção específica e negou ao homicida a adjudicação da herança.

Nesse caso havia uma regra clara que garantia ao testador a liberdade de dispor de seus bens em testamento e ao legatário o direito de receber tais bens destinados por um ato jurídico perfeito. Contudo, a mera subsunção do fato àquela regra levaria a uma injustiça porque a *premissa menor não coube na premissa maior*, isto é, o *elemento fático* da subsunção silogística tinha características que não poderiam estar previstas no *elemento normativo*, ainda que se tratasse de uma *regra* clara, precisa e sem exceções.

Seja no exemplo da violação de residência a partir definição do significado normativo da palavra casa, seja no caso Elmer, as normas jurídicas nunca serão capazes de prever todas as suas condições de aplicação, pois a cada instante surgem situações concretas de aplicação que jamais poderão ser previstas por qualquer legislador, pois a realidade é viva e requer a todo instante um novo olhar e uma nova compreensão.

A tradição jurídica brasileira é significativa em sobrecarregar todas as expectativas de cidadania na regulação abstrata dos direitos fundamentais. Certamente nosso Poder Judiciário não tem a mesma expressão simbólica no imaginário popular que em países como Alemanha e EUA, dominado que é pela imagem de morosidade e formalismo, sendo talvez exagerado entre nós tratarmos-lo por *superego da sociedade*. No entanto, independente de que instituição assuma melhor tal papel entre nós, o que importa é reconhecer que existe um hábito reiterado de depositar alhures o compromisso de realização do direito. E essa tradição está intimamente relacionada com o predomínio da ideia de subsunção, que não apenas deslegitima práticas legítimas de interpretação do direito, mas principalmente nos torna incapazes de vislumbrar ou produzir tais práticas. Passamos a depender de uma permanente regulação heterônoma e delegamos nossa capacidade de interpretar o direito de acordo com as exigências de nossa cidadania, como se toda prática social só pudesse ser legítima se ancorada numa autorização prévia.

Padecemos de um mal que nos obriga a depositar no processo legislativo a solução dos dilemas jurídicos e nos impede de articular e exigir um direito sem que ele primeiro esteja expressamente previsto na legislação, mesmo quando esse direito pode ser construído a partir de princípios gerais do direito já contemplados no ordenamento. Desde a emancipação de minorias à implementação

dos direitos do consumidor, percebe-se a tendência de se aguardar um ato legislativo antes que o direito seja articulado nos tribunais ou mesmo implementado nas práticas sociais, como se um direito só surgisse a partir de uma lei que *enquadra* a realidade.

A concentração de expectativas sobre o procedimento legislativo decorre exatamente de uma postura que não é capaz de interpretar o direito em sua integridade. Pensa que os direitos somente são “definitivos” se puderem ser extraídos de uma “regra” jurídica usando-se um processo silogístico, pois, acredita-se, na regra estariam presentes todas as hipóteses de sua aplicação. Fora da subsunção teríamos não direitos, mas valores que, ainda que nobres e desejáveis, só podem se tornar exigíveis se *oficializamos* a preferência de algum segmento da sociedade e o tornamos a referência moral a ser seguida.

Conclusão

O sistema de prioridades *prima facie* estabelecido pela Teoria dos Princípios de Robert Alexy ameaça o pluralismo inerente à democracia porque transforma os direitos fundamentais em uma escala concreta de valores morais a ser ministrada pelo juiz à sociedade e recupera a ultrapassada ideia de uma constituição material superior à constituição formal, como se houvesse dentro da mesma ordem constitucional direitos fundamentais de primeira e segunda classe.

A proporcionalidade em sentido estrito requerida pelo sistema de estruturas de ponderação não atende a seus próprios requisitos, pois não consegue mensurar a aplicação dos princípios jurídicos a serem *otimizados em menor proporção*. A proporcionalidade em sentido estrito exige que, mesmo preteridos, os princípios secundários na ordem de priorização também devem ser otimizados, ainda que em grau inferior. Porém, a teoria não realiza essa exigência em situações de aplicação, porque não esclarece como a preferência de um princípio a partir do sistema de prioridades *prima facie* permite que os demais sejam também observados, e muito menos esclarece a medida, ou proporção, em que podem ser observados, eliminando a simultaneidade pretendida. A proporcionalidade promete um Ótimo de Pareto que não é capaz de alcançar.

A ideia de direitos definitivos estabelecidos por subsunção, também exigida pelo sistema de estruturas de ponderação, trata os direitos como fatos e elimina o caráter hermenêutico inerente a qualquer texto jurídico e prática social. A subsunção nega a condição hermenêutica da existência humana, acreditando que todas as

hipóteses de aplicação de uma norma podem estar desde o início nela contidas, como se um texto concreto – seja lei, jurisprudência ou convenção social – pudesse ser mais amplo que a própria imaginação humana.

Afastando, por suas contradições internas, tanto seu sistema de prioridades *prima facie* como seu sistema de estruturas de ponderação, resta da Teoria dos Princípios de Alexy apenas um vago sistema de condições de prioridade. Mas, como vimos, tal sistema consiste no levantamento histórico de decisões predominantes no passado, o que, obviamente, também requer contextualização e interpretação, afinal, a história judicial não consiste em desenterar artefatos arqueológicos que poderiam ser ordenados em diferentes prateleiras de uma estante. Ou, como afirma Dworkin (2003, p. 114):

nossa cultura nos apresenta as instituições jurídicas e a idéia de que elas formam um sistema. A questão de quais características próprias as fazem combinar-se para formar um sistema jurídico bem definido faz parte do problema interpretativo. Não é um dado da estrutura pré-interpretativa, mas parte do processo polêmico e incerto de atribuir significado ao que encontramos.

No fim das contas, encontramos na base da Teoria dos Princípios não um dado e estabelecido sistema de condições de prioridade, mas sim histórias de experiências humanas a serem compreendidas e interpretadas.

Referências

ALEXY, Robert. **Derecho y Razón Práctica**. México: Distribuciones Fontamara, 1993.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdéz. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. A nova hermenêutica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Crise e desafios da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 509-520.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.) **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 141-163.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral:** Justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** Entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução do alemão: Martônio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

Ensaio crítico do Direito Civil – rompimento com os dogmas da prescrição e decadência – ponte para construção de um novo paradigma jurídico – mitigação dos institutos

Victor de Almeida Conselvan

Advogado

Especialização em Direito Civil e Processual Civil pelo

Instituto Paranaense de Ensino/Faculdade Maringá

Mestrando em Direito Processual e Cidadania –

Universidade Paranaense – UNIPAR

Bolsista/CAPES

RESUMO

A prescrição e decadência são institutos com uma imensa aplicação diária no direito pátrio, bem como nas relações jurídicas privadas; contudo, a aplicação literal desses dois institutos pode prejudicar sobremaneira o direito das pessoas. Assim, pretende-se eleger um novo modelo de aplicação ponderada dos institutos com base no princípio da proporcionalidade e nos anseios do povo.

Palavras-chave: Prescrição. Decadência. Mitigação. Proporcionalidade.

ABSTRACT

The prescription and decadence are institutes with an immense daily application in the right as well as, in the relationships juridical toilets, however, the literal application of those two institutes can harm the people's right excessively. Like this, it intends to choose a new model of considered application of the institutes with base in the beginning of the proportionality and in the longings of the people.

Keywords: Prescription. Decadence. Mitigation. Proportionality.

Introdução

O âmago deste trabalho reside em apresentar algumas críticas aos institutos de Direito Civil, prescrição e decadência, haja vista que são elementares em praticamente todas as relações jurídicas, bem como ditam consequências significativas e, muitas vezes, são até mesmo radicais.

A pesquisa que se constrói aqui tem fulcro nas lições da teoria crítica do Direito Civil, este que se verá adiante como instrumento a serviço da vida, além de serem analisadas as questões que envolvem direito e valor para se desvelar a realidade mascarada por dogmas.

Adiante, o estudo persegue o dogma para construir um caminho para superá-lo e demonstrar a sua ineficiência nas ciências jurídicas, estas que, aliás, se veem eternamente entrincheiradas, sem progresso algum, em razão dos enunciados absolutos da dogmática jurídica.

Outro ponto que será digno de atenção, neste trabalho, refere-se ao princípio da proporcionalidade que servirá de ponte, isto é, de meio para a construção de um outro modelo jurídico mais próximo da realidade do povo.

Por fim, serão lançadas as primeiras críticas aos institutos, objeto deste estudo, para, sobretudo, propor um novo modelo jurídico de aplicação à prescrição e decadência, pautado na ponderação e na relação entre o que diz a lei e aquilo de que necessita o povo.

Não se pretende uma virada total de mesa com o presente estudo, pretende-se, sim, suscitar um espírito questionador que tenha o condão de despertar os operadores do direito para a realidade, abandonando, desse modo, o tecnicismo e a neutralidade do direito positivo.

1 Apontamentos dogmáticos acerca da prescrição e decadência

Preambularmente, a matéria ora exposta nesta seção encontra-se regulamentada na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o novo Código Civil, mais precisamente no Título IV – Da Prescrição e da Decadência, que vai do artigo 189 ao 211.

Nos institutos da prescrição e decadência há um elemento em comum, que de acordo com a dogmática jurídica civilista e com o que preleciona Rodrigues (2003) é de substancial importância. Esse elemento é o tempo, pois é através dele que se possui a prescrição aquisitiva ou extintiva, de acordo com o caso, bem como se opera a decadência conforme for.

Cabe sedimentar que a prescrição tem por escopo tolher o direito de ação, ou seja, extinguir a pretensão sobre um direito que nasceu há muito tempo e não foi reivindicado em tempo hábil, restando tão somente o direito nascido sem os meios que o pudessem efetivar no transcurso do tempo. Desse modo, pode-se dizer que a prescrição constitui uma penalidade para o detentor de certo direito que não o exerceu no prazo fixado em lei (DINIZ, 2002, p. 335).

A decadência, por seu turno, se difere da prescrição pelo perecimento do direito, nota-se que não há extinção da pretensão somente como ocorre de fato na prescrição, aqui, portanto, opera-se a queda do direito, que deixa de existir, não mais sobrevivendo conforme se verifica quando incide a prescrição (VENOSA, 2009, p. 547).

Ambos os institutos em pauta possuem fundamentação para existirem dentro da filosofia jurídica do direito romano, uma vez que nesta se chegou à conclusão de que a sociedade, para fins de tranquilidade, estabilização e segurança jurídica, fez urgir a criação dos dois institutos para que aqueles anseios, acima explanados, pudessem ser satisfeitos (GONÇALVES, 2008, p. 470).

Não obstante, a prescrição e a decadência também servem para consolidar direitos e manter a ordem jurídica em harmonia, de modo a cumprir teleologicamente com os seus postulados, nutriendo, assim, esse primeiro anseio da sociedade (fala-se em primeiro anseio porque mais adiante será feita uma aferição axiológica atual).

2 Da dogmática jurídica à teoria crítica do Direito Civil

O dogma não possui apenas um significado semântico, isto é, ele está envolto de uma ideologia que o descreve com muita precisão, o dogma refere-se a uma verdade absoluta que desfruta de status incontestável, ou seja, é verdade sempre, independentemente de aferição, verificação ou demonstração. O dogma apresenta-se como algo indiscutível, uma proposição certa, porém sem sustentação teórica científica.

Assim sendo, o dogma é algo que imobiliza a ciência, inibe o conhecimento, materializando-se, sobremaneira, como um instrumento de dominação. Fato este bastante salutar quando observados os preceitos de religiosidade que são somente fundados em dogmas, fugindo desse jeito de uma doutrina científica, sendo de tal sorte que a verdade permanece oculta e muitas vezes indesejada por aqueles que instituem o dogma.

Nas palavras de Vasconcelos (2001 *apud* MACHADO SEGUNDO, 2008, p.15), a dogmática traz à tona as suas características pe-

culiaries e indesejadas por todos aqueles que têm compromisso com a verdade; são elas: 1 – o dogma refuta a visão pluralista do mundo, nega as mais diversas vertentes de uma sociedade; 2 – revela-se autoritário, pois afasta a participação social e o exercício democrático da crítica, esta que traz à baila a revisão de conceitos e leva ao aperfeiçoamento; 3 – pugna pela imobilização do pensamento, consequentemente, coloca o conhecimento em descompasso com a realidade social.

Atualmente se entende por dogmática jurídica o sistemático estudo das normas (regras) e institutos vigentes no país. Assim, o dogma jurídico descreve o direito que “é” e não aquele que “deveria ser”, uma vez que nessa conotação as normas tornam-se dogmas e não são, desse modo, passíveis de alteração (MACHADO SEGUNDO, 2008, p. 6-7).

Nessa mesma linha de raciocínio, a dogmática constitui um obstáculo à pesquisa independente, isto é, o dogma é considerado uma verdade em si e para si, vinculando, assim, o pesquisador às suas premissas e a nada mais (MACHADO SEGUNDO, 2008, p. 8).

Entretanto, não se pode “dogmatizar” o direito, torná-lo algo indiscutível, sob pena de estar-se diante de um grave problema social, uma vez que a comunidade precisa do debate para fixar suas diretrizes e os meios assecuratórios para as suas metas a serem perseguidas de forma mais eficiente, possível e digna.

Ademais, Machado Segundo (2008, p. 34) adverte que as normas de direito não podem ser consideradas como um “dado pronto”, de tal modo que sejam aceitas de forma acrítica pelo cientista do direito, fazendo com que este fique preso à lei tão somente.

Assim, abstrai-se da lição acima que a cientificidade repousa justamente no questionamento. O papel da zetética resta límpido nesse posicionamento de questionamento, indagação, pesquisa, opondo-se claramente à dogmática jurídica, pois a função zetética é uma atividade hermenêutica que almeja a verdade e não se limita às verdades prontas e acabadas. Assim, há uma incessante atividade em prol da verdade que acaba em detrimento da letra da lei (COELHO, 2004, p. 333).

Coelho (2004, p. 334) nos serve de gancho para superação do dogma, ou seja, nos serve com o propósito de romper com o positivismo (dogmática jurídica), ao dizer que

A tese basilar da atitude zetética é que o direito não é uma coisa imóvel, nem vazia, mas essencialmente mutável, devendo se adaptar às condições sempre renovadas da sociedade. O direito existe para solucionar problemas sociais concretos e não para manter dogmas, teorias e princípios abstratos, afastados da realidade da vida.

Nesse diapasão, rompe-se com a dogmática jurídica a fim de se ver um direito prestativo, com utilidade para todos, e não um sistema enumerado de dogmas e preceitos vazios, pois, como ventilado acima, não é a melhor sugestão o progresso do dogma jurídico, pelo contrário, deve-se sepultá-lo para, a partir disso, construir um sistema eficiente e próximo à realidade.

Nesse mesmo palco ideológico, apresenta-se Paula (1999, p. 61), que afirma que a visão crítica consiste na maior adesão do direito ao realismo da sociedade brasileira, valorizando, sobretudo, os axiomas do povo, a realidade ontológica e deontológica.

Assim, passa-se a expor o que aborda a teoria crítica do Direito Civil, uma vez que resta superada a discussão de quão nocivo é o dogma para o direito e demonstrado o superior e nobre papel da crítica em aproximar o direito da realidade das pessoas.

2.1 O Direito Civil “a serviço da vida”

O Direito Civil a serviço da vida consubstancia-se em informar o abandono da neutralidade estatuída por Hans Kelsen e pela escola positivista jurídica, ou seja, aqui não se quer mais o tecnicismo tomando conta do direito, opta-se agora pelo fim do saber virtual e pauta-se na realidade do ser, erigindo, assim, um direito civil que tem o condão de aderir às necessidades reais da sociedade e desvelar o individualismo deste direito que não mais condiz com os anseios do povo (FACHIN, 2000, p. 15-18).

Diante desse prisma, a crítica tece-se pela observação impura. Isso significa que a teoria crítica do Direito Civil investiga até descortinar os dogmas, revelando a verdade e tendo ela como parâmetro para os aspectos históricos, sociais, econômicos, valorativos, políticos, educacionais, entre outros.

Por isso a crítica que se faz a esses institutos, objeto deste trabalho, é de proceder à ruptura com o império da lei positiva, transcendendo assim o dogma e o moldando às reais necessidades das pessoas e não mais aplicando, de forma desdenhosa, ao caso concreto.

Neste ponto passa-se a tecer críticas com o fito de enaltecer as falhas que decorrem da mera aplicação da prescrição e decadência, bem como moldar paradigmas que atendam o sujeito de modo a distribuir a verdadeira e efetiva justiça.

2.2 Visão axiológica – direito e valor

Nader (2009, p. 52) afirma que o ato de viver implica imediatamente o ato de valorar. O homem, em sua vida, atribui valores às coisas para conseguir sobreviver em sociedade, valorando os obje-

tos, fatos, atos, entre bons e maus para, assim, traçar caminhos e edificar meios eficientes com o objetivo de viver e de se desenvolver em sociedade. Por isso a mentalidade do homem é seletiva, criativa e discriminadora, pois ela procura desvencilhar-se do que é ruim e se mantém na busca incessante daquilo que lhe é valioso positivamente.

Ademais, o direito ocorre no plano fenomenológico, isto é, o direito é uma criação cultural, há também quem diga que é uma criação ideológica, e, sendo uma criação cultural, os valores que se propagam na sociedade compõem elementos do direito, portanto este, pode-se considerar teleologicamente, é um instrumento que repudia o mal e adere ao bem, haja vista os valores que nele se incorporam (NADER, 2009, p. 53).

Não obstante, o direito, a partir de sua ideia de valores positivamente valiosos que repudiam o que é ruim, consagra um instrumento de conservação e progresso da sociedade; contudo, atualmente não se verifica assim, em outras palavras, o direito se assemelha mais a um instrumento de dominação, ficando tal tese cristalina quando se observam os efeitos da prescrição e decadência que, por um mero argumento dogmático, colocam termo ao direito de um indivíduo e acabam premiando um outro sujeito sem que este nada tivesse feito para concorrer a isso.

Desse modo, nota-se a ausência de relação entre o ser e o direito, isso porque o homem deseja uma coisa, pois assim ele a valorou, e o ordenamento jurídico lhe fornece outra, flagrando-se, dessa maneira, a disparidade entre o sujeito e o direito. Sendo este último mero instrumento de serventia, não deveria causar transtornos à sociedade como tem causado.

Entretanto, a realidade é bem diferente do ideal. No caso específico da prescrição e decadência, estas não permitem o real acesso ao ordenamento jurídico justo. Isso se deve à aplicação aleatória de fatos externos: o operador do direito que faz uso desses institutos o faz descompromissado com a racionalidade e proporcionalidade; simplesmente aplica a lei em seu sentido único e literal, não diferenciando, portanto, o texto da norma.

Conclui-se, assim, que o operador do direito, na atual conjectura, só quer ver a norma aplicada, no molde “subsuntivo”, ilidindo os valores que se propagam da sociedade, ou seja, aplica-se a norma ao caso concreto sem qualquer outra ponderação, pouco se importando com as condições daquele que está prestes a perder o seu direito ou a sua pretensão.

Machado Neto (1987, p. 266) ensina que o fator econômico está ligado à criação das classes sociais e esse fato pesa de modo incalculável na vida das pessoas; portanto, furtar um direito de uma

pessoa, por uma mera questão de lapso temporal, não se coaduna, a priori, com os valores erigidos pela comunidade, porque o direito que pode estar se tirando indiretamente, via prescrição ou decadência, é o direito a educação, cultura e um estilo de vida.

O que se quis dizer acima, e vem a lume, é a ideia de que os valores que correspondem aos anseios de uma sociedade livre e igualitária não estão sendo correspondidos de forma a propiciar uma verdadeira justiça social, deixando as classes menos privilegiadas fadadas ao “fracasso jurídico”, uma vez que aquilo que foi valorado como bom não é resguardado pelo direito.

Outrossim, os dogmas da prescrição e decadência não podem olvidar as razões sociais que levaram o detentor de um direito a não o exercer em tempo correto e, mesmo que seja só pela simples e mera inércia, esses institutos devem operar de forma mitigada, pois o seu mero acobertamento de efeitos pode prejudicar a vida de pessoas diretamente, com a perda da pretensão ou do direito, e indiretamente, com o gravame que acarreta em virtude da extinção de certo direito.

3 O princípio da proporcionalidade como ponte para o delinear de um novo modelo jurídico

O princípio da proporcionalidade ora estampado neste trabalho possui fundamento na ordem constitucional brasileira. Esse princípio a ser debatido não se limita apenas à matéria constitucional, que, por sua vez, espalha-se por todo e para todo o ordenamento jurídico, atingindo, assim, todas as ramificações do direito, verificando a sua infiltração desde o Direito Constitucional até o Direito Processual e Material (processo civil, processo do trabalho, processo penal, processo tributário, Direito Civil, Direito Penal, Direito Administrativo, entre outros ramos).

Insta salientar que no direito pátrio, mais precisamente na carta constitucional, não há expressa menção ao predito princípio; porém, ao longo de seus dispositivos, se verifica acolhida a ideia de proporcionalidade dentro dos parâmetros originários do princípio da proporcionalidade que se deu na Alemanha (BONAVIDES, 2008, p. 434).

Cumpra, agora, esclarecer no que consiste o conteúdo do princípio da proporcionalidade. Tal princípio visa dar razoabilidade à relação meio e fim, isto é, o conteúdo em exame procura estabelecer proporcionalidade entre um fim pretendido pelo agente e o meio utilizado para se chegar até o seu objetivo final. Verifica-se, portanto, se o meio usado para buscar o fim traçado foi limitado na relevância do objetivo, ou seja, afere-se se os meios utilizados

não foram exagerados ou escassos demais para se alcançar o pretendido.

Nesse cenário, o princípio serve de equação para evitar excessos sempre, devendo o magistrado pautar-se no meio mais adequado (proporcional) ao julgar uma lide. Assim, o princípio age como dosador do direito, orientando as pessoas e o magistrado a seguirem na busca do justo com a dose certa nos meios adotados.

Em suma, o princípio da proporcionalidade assume o papel de mediador entre os fins e os meios, serve como instrumento para equacionamento das disparidades que enfrenta o ordenamento jurídico, ou melhor, disparidade que a letra literal da lei impõe muitas vezes ao operador do direito, devendo este se munir do que preleciona esse princípio para poder fazer bom uso e obter boa aplicação da lei sem, é claro, onerar em demasia uma parte e privilegiar a outra, posto que “não se matam pardais usando-se canhões”.

Com efeito, o princípio trazido à baila condiz fielmente com o Estado de Direito, pois limita o excesso de poder legítimo do Estado quando este por seu próprio exercício legislativo acaba por lesionar outros direitos, sendo necessário, desse modo, um artifício que pondere e permita ao jurista exercer um papel hermenêutico com o condão de equacionar os fins impróprios a que muitas vezes a lei se sujeita.

Penalva (1990 *apud* BONAVIDES, 2008, p. 395) afirma que o princípio da proporcionalidade deve ser operado de forma a constituir uma garantia do cidadão para rechaçar direitos e liberdades feridos, haja vista que somente no Estado de Direito permite-se a razoabilidade do exercício soberano do Legislativo, sobretudo quando se trata de um regime democrático.

A assertiva acima se consubstancia na necessidade da medida, isso significa que determinada medida imposta por uma lei deve ser realmente necessária para o fim que se propôs, caso contrário, ela não deverá ser tomada e essa recusa vem suportada pela diretriz do princípio da proporcionalidade que verifica se os fins são realmente necessários e se os meios empregados se coadunam proporcionalmente com o objetivo almejado.

Müller (1978 *apud* BONAVIDES, 2008, p. 398) ensina que, se o princípio da proporcionalidade não for respeitado, resta, assim, prejudicada a própria legalidade do ato. Isso se deve ao fato de que a legalidade presume uma atividade (hermenêutica) inteligente que está concatenada com preceitos teleológicos do direito, que é (deveria ser) a pacificação social e a harmonização das relações intersubjetivas.

Diante do ventilado até agora, seria de grande valia que todo juiz no desempenhar de seu papel o fizesse com a lição básica e

iniciática que decorre do princípio tão cantado nesta pesquisa, uma vez que ele (juiz) possui na sua função um campo mais aberto que o legislador para o exame e aplicação da norma ao caso concreto (BONAVIDES, 2008, p. 400).

Indubitavelmente, o princípio da proporcionalidade constitui um princípio de interpretação, ao passo que, quando se verificam bens jurídicos devidamente tutelados pela lei do Estado e esses bens encontram-se em franca antinomia em razão da lei, serve-se o operador do direito das lições de proporcionalidade para dirimir a questão sem prejudicar a nenhum dos dois, eliminando, assim, a colisão que haveria entre os bens tutelados (BONAVIDES, 2008, p. 425).

4 O princípio da proporcionalidade aplicado ao dogma da prescrição e decadência

O princípio ora abordado perfaz o seu papel junto aos institutos da prescrição e decadência no que toca o caso concreto, pois somente será possível vislumbrar a sua plena aplicação nos campos das críticas erigidas em tópico ulterior, contudo não excluirá de apreciação outras situações em que os dois institutos venham posteriormente a se contrapor a direitos que por um simples lapso temporal acabem por perecer.

O que se pretende demonstrar aqui com esse princípio se relaciona, intimamente, à disparidade havida entre a perda total de direitos sem uma razão que não seja o decurso de certo tempo.

Prescrição e decadência, atualmente, são institutos jurídicos aplicados literalmente, ou seja, são aplicados exatamente como a norma manda, sem, contudo, o magistrado utilizar-se do seu campo de liberdade para ponderar a norma e verificar os prós e os contras na aplicação da lei ao caso concreto.

Entretanto, essa aplicação temporal da lei, como narrado acima, só vem a prejudicar o povo, pois o direito (no caso prescrição e decadência) não está em consonância com os axiomas do povo e é neste momento que deve apoderar-se o pretor do princípio da proporcionalidade e aplicá-lo devidamente.

Na mesma linha de pensamento, Bonavides (2008, p. 426) diz o seguinte:

Com efeito, o critério da proporcionalidade é tópico, volve-se para a justiça do caso concreto ou particular, se aparenta consideravelmente com a equidade e é um eficaz instrumento de apoio às decisões judiciais que, após submeterem o caso a reflexão prós e contras (abwägung), a fim de averiguar se na relação entre os

meios e fins não houve excesso (*Übermassverbot*), concretizam assim a necessidade do ato decisório de correção.

O que foi explicitado acima é o firme propósito de enquadrar a prescrição e decadência nos preceitos de razoabilidade quando do caso concreto com o fito de melhorar (readequirir) esses dois pontos jurídicos para a sociedade contemporânea e as suas necessidades, sempre tendo em mente que esse princípio avulta o poder de compatibilização entre a ordem jurídica positiva e a realidade.

Ademais, o princípio em comento permite o conhecimento da realidade que acabou sendo marginalizada pelo apego exacerbado à técnica e ao formalismo jurídico, podendo então, agora, prosperar a mitigação dos institutos em foco com a boa e justa aplicação da norma, isto é, quando pautada na aferição da realidade e da disposição normativa, procurando um meio de não tolher um direito em nome da teleologia jurídica.

Quer-se dizer que não existe proporcionalidade nos fins do direito, que são a pacificação social e a harmonização das relações intersubjetivas, quando para isso há extinção total e incoerente de direitos por uma razão de tempo, segurança e tranquilidade, sendo que esses fundamentos podem muito bem ser relativizados no caso em concreto, conforme se verá adiante.

5 Primeiros argumentos críticos aos dois institutos

a) Tempo e estabilidade

Venosa (2009, p. 541) afirma que o exercício de um direito qualquer não pode perpetuar-se indefinidamente no tempo, ao passo que se o autor desse direito se mantiver inerte quanto ao seu gozo durante um lapso temporal perderá ele o direito de exercê-lo e, posteriormente, perderá o próprio direito também.

Afirma-se, ainda, que o tempo incide com bastante interferência no âmbito jurídico, tanto no direito privado quanto no direito público. Dessa forma, o autor, em epígrafe, é a favor da aplicação literal desse instituto porque é defensor da ideia que reduz o prazo prescricional e decadencial sob os auspícios de que 20 ou 30 anos é tempo demais para alguém se ter um direito (VENOSA, 2009, p. 541).

Rodrigues (2003, p. 327) defende a ideia de que a própria sociedade visa à harmonia no que tange a estabilidade de um direito, haja vista que um direito oriundo há muitos anos atrás não pode persistir indefinidamente, o que, conseqüentemente, traria uma inquietação quanto ao exercício daquele direito longínquo.

No tocante ao fundamento tempo, para os institutos ora em vista, a primeira crítica que se solidifica, neste incipiente ensaio, é exatamente o porquê da redução gradual do tempo de vigência de um direito. Essa redução seria correta?

Obviamente essa redução paulatina e gradual do tempo de vigência de um direito não está de acordo com todo o estudo até agora apresentado. O direito deve ser resguardado tanto no espaço quanto no tempo, e, quando se refere à dimensão tempo, este também significa futuro.

Aquele direito que padecerá no futuro deve ter a sua duração razoável no tempo, não podendo se diminuir cada vez mais os prazos prescricionais e decadenciais. No entanto, a aplicação do princípio da proporcionalidade neste caso também deve levar em conta a natureza do direito a ser extinto.

Agora, no que tange à estabilidade que os doutrinadores propunham, tal posição há de ser revista sob a luz da verdadeira ambição da sociedade, pois a doutrina mais conservadora aponta a estabilidade com a certeza de que determinado direito irá se extinguir em um prazo fixado em lei e nunca mais poderá ser discutido.

Porém, a estabilidade reside justamente no oposto: a estabilidade de um direito repousa no seu “asseguramento” tanto no presente quanto no futuro, visto que, assim, as pessoas terão a tranquilidade de gozar de seus direitos em um tempo razoável, não aquele tempo que a lei confere, mas sim aquele que conforme for a relevância do direito será prolongado se for mais importante, não se reduzindo, portanto, num crescente os prazos, mesmo porque devem ser verificados os direitos que estão no alvo da redução.

b) Segurança jurídica

Conforme a matéria debatida acima, a sociedade se une para instituir um Estado que lhe possa viabilizar a busca do bem comum conforme os reclames dos cidadãos; no entanto, a doutrina mais conservadora, sem muito critério sociológico, elegeu alguns valores para a sociedade que, no fim das contas, não se coadunam uns com os outros, ou seja, os autores mais dogmáticos afirmam que a comunidade quer a segurança jurídica nas relações intersubjetivas; contudo, tais juristas trazem essa suposta segurança jurídica em disparidade com o que realmente almeja o povo.

Saliente-se que a segurança jurídica em debate deve emanar do povo, e não se insurgir contra ele, isto é, os civilistas mais antigos dizem que a prescrição e decadência são institutos aptos a ofertar

estabilidade e segurança no que trata de relações de direitos, assim, cria-se uma ideia de que um direito não pode prosperar por muito tempo em nome da tranquilidade e paz do devedor.

Há quem diga, ou melhor, justifique essa segurança jurídica com o argumento de que, se não houvesse tal instituto, as pessoas teriam que guardar eternamente recibos de contas pagas, pois, caso não os guardassem, poderiam pagar um débito já quitado. Porém, indaga-se: não haveria outros meios para salvaguardar uma relação já adimplida que não a total perda de um direito? E quando a relação está em aberto por algum tempo, a solução é extinguir o direito do credor?

É nesse tocante que se constrói a crítica do real significado da expressão segurança jurídica: esta não deveria dar guarida a um direito em vez de extinguir-lo?

Nesse cenário repleto de questionamentos, pode-se verificar a amplitude negativa que carregam a prescrição e a decadência, pois a segurança jurídica tão questionada não reproduz boa imagem ou aceitação na atual sociedade nos caracteres que foram apresentados pelo civilista, valendo lembrar que o Código Civil não é guia da sociedade, e sim a constituição, e é nela que se prevê a possibilidade de mitigar tais institutos, a fim de que seja feita justiça para todos.

A segurança jurídica na atual configuração (como se fundamenta na prescrição e decadência), conforme dito acima, não deve mais continuar, pois hoje ela sugere mais uma ideia de segurança para o devedor da relação obrigacional do que uma segurança propriamente dita para a comunidade.

Infelizmente os devedores, ou seja, aqueles com relações pendentes de quitação, se utilizam dos institutos acima com a intenção de beneficiar-se, isso porque os institutos em cena permitem que seja visualizada no novo Código Civil uma redução praticamente pela metade dos prazos prescricionais e decadenciais. Diante disso, costumeiramente se ouviu dizer que a legislação pátria é feita para devedores.

Todavia, a segurança jurídica, nesses termos, deveria guardar e manter a tranquilidade do credor, em outras palavras, a tranquilidade e a paz daquele que tem o direito (credor) também deve reinar, inclusive em caráter de preferência, estando, agora, a segurança jurídica ligada à estabilidade de um direito, este devendo ser assegurado, conforme a sua relevância, no presente e no futuro, com um lapso temporal elástico.

A amplitude desse direito no tempo, necessariamente, faz jus às suas relevâncias sociais, individuais e jurídicas para que, quando houver uma relação jurídica em aberto, existindo, portanto, uma

obrigação a ser adimplida, sejam examinadas todas as circunstâncias que envolvem tal relação, tais como sociais, econômicas, financeiras, individuais, entre outras que possam auxiliar a determinar com proporcionalidade a propagação desse direito no tempo, não podendo somente ser extinto com o único critério legal ofendendo, logo, o direito daquele que talvez mais precise.

Em se tratando de relações jurídicas de menor importância, acredita-se que o seu tempo pode ser menor, salvaguardando, assim, a tranquilidade daqueles que já pagaram os seus débitos e não querem mais os ver sendo discutidos judicialmente. Porém, quando a relação jurídica importa em direito de grande valia e já houve a quitação desta, que se registrem, por exemplo, os termos de adimplemento em serventia competente.

c) Enriquecimento sem causa

Outro instituto que se apoia na prescrição e decadência é o enriquecimento ilícito ou sem causa, pois este busca amparo, em sua fundamentação, sobretudo quando se trata de uma relação entre particular e Estado, nos institutos tão cantados neste trabalho.

O parágrafo supra, em sua tônica, quer desprezar a necessidade de certo indivíduo ou até mesmo do Estado, ao angariar fundos, ter patrimônio acrescido em virtude da prescrição, por exemplo. Mesmo porque não se pode acreditar em segurança jurídica no momento em que determinada pessoa se vê mais afortunada que outra sem razão para isso e, concomitantemente, em detrimento ou empobrecimento de outra.

Em outras palavras, seria correto ver o Estado, consciente das próprias leis que edita, tributar imposto de renda sobre verba trabalhista, de natureza de alimentos e personalíssima, não passível de tributação em razão de lei, durante trinta anos, e quando o trabalhador vem a juízo requerer a restituição só lhe são devidos, sob os auspícios da prescrição e decadência, os últimos cinco anos? Não se poderiam mitigar os prazos ou até mesmo a aplicação literal e total da letra da lei?

Acredita-se que em um caso como esse seja francamente possível atribuir uma elasticidade do tempo justamente em razão da proporcionalidade, mesmo porque não é de bom tom o próprio Estado, que veda a tributação sobre tal verba, tributá-la. Outrossim, e em último caso, não podendo se esticar o tempo, que seja devolvido o valor indevidamente tributado em sua totalidade, e como pena por uma negligência do credor, o valor total restituído que venha sem correção, isto é, aqui se quer sugerir um meio de mitigar a lei fria, fazendo com que um direito certo seja sepultado

sem uma justa razão, que não seja a razão do dogma legal. Isso não é direito à realidade das pessoas, além do mais, foi o Estado causador da perda do direito com a sua legislação, bem como o ente que prejudicou o cidadão.

Ante essa situação, o magistrado deveria, indubitavelmente, ponderar as circunstâncias, verificar o porquê da inércia do trabalhador e da má-fé do Estado em tomar para si um provento que não lhe pertence em nenhuma situação, procurar conciliar os interesses do cidadão às suas necessidades, para, assim, mitigar com equidade e justiça os dogmas da prescrição e decadência para o fim de não prejudicar em demasia um direito.

O pretendido, nesta pesquisa, é sensibilizar o operador do direito na aplicação direta e imediata da lei. Pretende-se, antes de tudo, colocar a lei em consonância com a realidade para que aquele indivíduo detentor de um direito não se veja prejudicado por uma aplicação insensível do ordenamento jurídico à sua vida.

Em resumo, em um caso em que se trata de um direito de natureza alimentícia e principalmente personalíssima, o Estado não pode se apoderar desse direito indiscriminadamente por muito tempo, mesmo quando o detentor desse direito fique por algum tempo, ainda que por muito tempo, inerte, pois não se sabe precisar exatamente o porquê dessa inércia, sem contar que o Estado também possui a sua parcela de culpa.

Pode, nesse caso, o juiz não se limitar somente aos cinco anos anteriores à reclamação, pode ele estender o prazo na medida em que verificar as necessidades do Estado com relação àquele numerário e, primordialmente, aferir as necessidades e os direitos do credor, pois nessa relação o trabalhador é o hipossuficiente, merecendo maior atenção do magistrado.

Como se não bastasse, o Estado não necessita daquele dinheiro tributado indevidamente, uma vez que a sua receita já prevê um orçamento adequado ao custeio da máquina estatal, não precisando onerar excessivamente o sujeito.

Ademais, há de se ressaltar aqui uma importante questão que está ligada à relação privada, aquela que se constitui entre particulares, pois é nesta relação que o devedor também deve desenvolver um papel ético e moral.

Diz-se ético e moral o papel do devedor com o intuito de desenvolver mais justiça entre as pessoas, porque não seria de bom alvitre um indivíduo que munido de má-fé se utiliza dos institutos da prescrição e decadência com a finalidade obscura de se desonerar de obrigações anteriormente pactuadas.

Por outro prisma, não se pode permitir que uma pessoa por mera inércia se veja beneficiada em razão de lei, como, por exem-

plo, um prestador de serviços que é contratado para determinada tarefa, recebe pagamento adiantado ou parte dele e, contudo, não presta o serviço outrora contratado.

Este mesmo prestador de serviço verifica que o seu consumidor, por razões desconhecidas, não exige o adimplemento obrigacional e, contando com isso, deixa transcorrer o tempo descrito em lei que usualmente opera a prescrição e decadência com o fito de se ver livre de prestar os seus serviços.

Nesse diapasão, questiona-se: o devedor ou aquele sujeito que está do outro lado da relação jurídica, que na realidade está mais para ver um direito ser extinto e conseqüentemente acabar premiado, não deveria ser justo, ter um comportamento moral e ético, a fim de procurar honrar o seu compromisso?

Obviamente, o devedor da obrigação sempre teve e sempre terá o compromisso de honrar suas dívidas, independentemente de exigência do credor ou não. Há quem propugne pela tese de que se aquele sujeito que é titular do direito não o exerce em tempo ideal perderá o seu direito; entretanto, é essa a visão que se pretende repudiar aqui, pelo menos o seu rigor desnecessário, pois os axiomas do povo demonstram a vontade de ver relativizada a aplicação dos institutos em tela.

Assim, o devedor necessariamente tem que se comportar eticamente, com a finalidade de honrar os seus compromissos ajustados de maneira atuante, e não aguardando a cobrança do titular da obrigação.

Nesse caso, o devedor, por conta da prescrição e decadência, enriquecer-se-ia indevidamente, visto que viu o seu capital avultado em razão de contratos de prestação de serviços não cumpridos e encobertos pelo manto da prescrição ou decadência que não mais poderiam ser dirimidos sequer judicialmente.

É nesse cenário que, impreterivelmente, sugere-se a tomada de consciência do devedor para que seu comportamento também concorra para a realização do direito de outrem e ele não seja apenas um espectador de má-fé.

d) O artigo 3º do Decreto-Lei nº 4.651 de 4/9/1942 – LICC

O artigo 3º da LICC diz que ninguém poderá se escusar da lei ou de cumprir alguma obrigação sob o argumento de que desconhece tal dispositivo legal. Essa afirmativa constitui um dogma puro, porque é de notório conhecimento que é humanamente impossível se conhecer todas as leis deste país, onde há uma cultura positivista muito forte e tudo decorre da lei.

Ante essa situação, o caso epigrafado acima do trabalhador remete a um questionamento que se traduz da seguinte maneira:

poderia um trabalhador de baixas condições financeiras e sociais, em virtude de uma anemia assistencialista do próprio Estado, que, por seu turno, é responsável pelo desenvolvimento de sua sociedade, ser alvo de políticas públicas com o fito de, no mínimo, ser informado de seus direitos de maneira eficiente?

Por mais revogado ou não que esteja esse artigo, não deveria ser superada a ideologia que ele acarreta, dando proporcionalidade e ponderação nos seus termos?

A questão, neste degrau, remonta a uma avaliação de valores, uma vez que se o povo precisa tanto de um direito para lhe assegurar a sua subsistência, em razão da ineficiência do próprio Estado, por que este há de tolher tal direito? Na realidade, ele não deveria ilidir o direito de alguém, e sim dar efetividade. É nesse cenário que a simples e irresponsável sustentação de que o direito de outrem padeceu em razão do desconhecimento do texto legal deve ser ponderada, avaliando-se as condições do sujeito, justamente porque este pode muito bem viver em condições que o acabam extirpando de um meio que lhe poderia propiciar as vitais informações quanto a seus direitos.

e) A morosidade do Judiciário e o apelo pelas causas prescritas

Graças às microrreformas do Código de Processo Civil, o artigo 219 teve anotado em seu parágrafo quinto o pronunciamento de ofício pelo juiz da prescrição da causa, ou seja, deve o pretor, a partir de agora, conhecer de plano a prescrição, fato este que não existia até o ano de 2005.

Contudo, por mais inteligente que pareça esse dispositivo, ele acaba por tolher o direito de outrem, não mais podendo o Judiciário se aproximar da realidade do litigante e saber o porquê da prescrição, muito menos ponderar essa aplicação.

Não seria injusto, em nome do “desafogamento” do Poder Judiciário, que foi criado para trazer justiça, negar acesso a ela de modo a ilidir o direito de um, olvidando muitas vezes a má-fé de outrem?

Nota-se, nesse estágio, as condições periclitantes do Poder Judiciário pátrio, que hodiernamente opta por negar a análise de um direito em razão de sua funcionalidade precária.

Portanto, em casos em que se pretende mitigar os institutos exaustivamente mencionados até agora, deve-se primeiramente conhecer o direito daquela pessoa que está sendo prejudica pelos prazos impostos pela lei, e não simplesmente ignorá-la. O magistrado deveria procurar saber a razão que fez tal direito perecer de maneira exauriente para, ao fim, ter convencimentos reais, e não somente legais, de que tal instituto deve ou não ser mitigado.

f) O artigo 183, parágrafo 3º, da Constituição Federal de 1988

A letra da lei supracitada faz menção à impossibilidade de se adquirir bens imóveis públicos por usucapião. Tal ideia repudia que qualquer particular que esteja fazendo uso de um imóvel público por anos, com o fim de residência, ou até mesmo de subsistência, possa ser legítimo proprietário quando requerido o domínio judicialmente.

Por trás dessa norma existem duas críticas acobertadas pela função estatal. A primeira diz respeito à ineficiência do Estado em cuidar daquilo que é seu (ou de todos), deixando de utilizar um patrimônio em proveito da sociedade e negando que um necessitado o use para sobreviver. A segunda crítica tange ao afastamento da prescrição da atuação estatal, negando, assim, os postulados do artigo 37 da CF/88.

Porém questiona-se: se o Estado é o detentor de todo o poder e vítima de inúmeros casos de corrupção, arrecada mais tributos ano após ano, continua crescendo economicamente e possui uma superestrutura, não seria justo ele também incorrer como incorre o particular (hipossuficiente) nos institutos da prescrição e decadência, haja vista ser um ente extremamente rico e aparelhado?

Todos esses questionamentos perfazem, ainda, uma crítica incipiente que tem o condão de despertar a atenção do operador do direito para esses institutos. Isso se deve ao fato de que a sua aplicação literal pode prejudicar direitos e traz uma sensação de fragilidade para o ser, pois este quer que repouse no Estado um defensor de seus direitos.

Nesse caso, trata-se de prescrição aquisitiva; no entanto, isso não ocorre contra o Estado por razões unicamente dogmáticas. Mas, infelizmente, o prolongamento desse dogma acaba por prejudicar muitas pessoas que nem moradia possuem.

O que fatalmente ocorre é que o Estado, ineficiente que é, acaba por cortinar com a lei determinadas situações em que se veria prejudicado, utilizando o argumento soberano de que tal dispositivo estaria beneficiando, mesmo que não parecesse, indiretamente os cidadãos.

Contudo, voltam-se os olhos para a realidade e enxergam-se outras coisas, tais como a existência de imóvel público que é utilizado como meio de subsistência por determinada família, mas, quando do ingresso em juízo para requerer o domínio do bem por vias da usucapião, este lhe é negado com uma simples arguição da letra fria da lei, que anuncia a indisponibilidade de aquisição de bens públicos por usucapião. Assim, a família se vê obrigada a deixar tal bem público, ficando à mercê da própria sorte, enquanto o bem negado, que teria a finalidade de ajudar pessoas, volta a seu

destino, ou seja, ao abandono da coisa pública como assim o era, e as pessoas que ali viviam e faziam bom uso do bem também ficam fadadas ao mesmo destino. Dessa forma, o Estado não cuida nem de seus bens nem de seus cidadãos, tudo por causa que o dogma da prescrição não lhe é aplicado.

Portanto, o novo paradigma jurídico que se propõe visa dar equilíbrio à aplicação da lei em todas as relações, devendo sempre ser avaliadas as reais condições dos seres envolvidos, para desvelar o que a lei esconde e possibilitar, conseqüentemente, a mitigação e ponderação da aplicabilidade da prescrição e decadência.

Conclusão

Em síntese, o trabalho acima versado pretende descortinar os dogmas assentados pela lei para, neste caso, buscar a concretização de uma justiça mais sólida, inserida naquilo que preleciona a teoria crítica do Direito Civil, com o escopo de que este possa ser uma ferramenta a serviço da vida dos cidadãos, respeitando sempre os axiomas da sociedade para não haver, assim, uma disparidade entre direito e valor, bem como a utilização do princípio da proporcionalidade como bússola apta a guiar o magistrado na tarefa de aplicar tal princípio junto aos institutos da prescrição e decadência, tendo-se nesta pesquisa erigido as primeiras críticas com o condão de despertar a comunidade jurídica para aderir o direito à realidade, projetando um novo paradigma jurídico, afinal, o direito é do povo e para o povo.

Referências

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

COELHO, Luiz Fernando. **Aulas de Introdução ao Direito**. Barueri: Manole, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MACHADO NETO, Antônio Luís. **Sociologia Jurídica**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Por que Dogmática Jurídica?** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PAULA, Jonas Luiz Moreira de. **Uma Visão Crítica da Jurisdição Civil**. Leme: Editora de Direito, 1999.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Parte Geral. 34.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil II**. São Paulo: Atlas, 2009.

Gestão pública participativa: a democracia direta, o planejamento e orçamento participativos e a sua viabilidade nos municípios brasileiros

Janete Ortolani

*Advogada da CAIXA no Distrito Federal
Especialização em Gestão Pública*

RESUMO

Este trabalho discorre acerca dos elementos básicos para a implementação de gestão democrática e participativa, especialmente no âmbito do Poder Executivo municipal, à luz do disposto na Constituição Federal e no Estatuto das Cidades. Pretende incitar à discussão as figuras do Estado solidário na formulação das políticas públicas e do Estado compartilhador de responsabilidades nas soluções dos problemas sociais. Nesse contexto, a Caixa Econômica Federal tem recebido o chamamento da sociedade para participar de reuniões com entidades da sociedade civil, comunidades de base e agentes públicos, para orientar tecnicamente - vez no âmbito jurídico-legal, vez no campo econômico-financeiro - sobre temas de interesse de determinados grupos sociais, em cujas mãos está a discussão e, em regra, a decisão sobre a implementação do projeto discutido¹.

Palavras-chave: Gestão Democrática. Orçamento Público Participativo. ConCidades. CAIXA.

RESUME

Ce travail a pour but de présenter les éléments de base pour la mise en oeuvre de la gestion démocratique et participative au sein des municipalités, conformément aux dispositions de la Constitution et le "Statut des Villes". Il vise à encourager la discussion en incluant certaines formes de participation pour promouvoir un État solidaire dans la formation des politiques, et d'un État qui partage la responsabilité pour solutionner les problèmes sociaux. Dans ce contexte, le CAIXA a reçu l'appel de la société à participer des réunions avec des organisations sociales et des représentants du gouvernement, à fournir un appui technique - parfois sur le système juridique,

¹ Como tem ocorrido com o FIES, o Programa Minha Casa, Minha Vida, a ampliação da rede de atendimento etc.

parfois sur le système économique et financier - sur des questions d'intérêt de certains groupes sociaux.

Mots-clés: Gestion Démocratique. Public Budget Participatif. ConCidades. CAIXA.

Introdução

"A relação que estabelecemos e construímos com a Cidade é uma questão de cultura e atitude de cidadania"²

O século XX primou pela discussão acerca da democracia como a melhor forma de governo. O início do século XXI está sendo marcado pelos debates sobre o aprimoramento dessa forma de governo, haja vista a crise vivida em decorrência das limitações de atuação e controle experimentadas pelas instituições representativas em quase todos os estados democráticos.

É de fácil detecção a causa principal das limitações da democracia representativa: a distância entre representante e representado, que não permite o acompanhamento e o controle das ações dos representantes, por conta da deficiência na transparência do processo de representação, tanto na formulação quanto na execução dos projetos públicos.

Problemas dessa natureza nunca estão sós, são acompanhados de diversos outros fatores, como ausência de educação para o exercício dos direitos e deveres, tanto do representante quanto do representado, exercício abusivo do poder econômico e comunicação deficiente.

Para enfrentar essa problemática, a sociedade tem se envolvido com a discussão de formas alternativas para o exercício da democracia, buscando praticá-la diretamente, dispensando representações, aprimorando o exercício da governança da cidadania.

Nesse campo se insere o presente estudo, analisando as mais recentes ferramentas utilizadas na Administração Pública no intuito de ofertar aos cidadãos a efetiva participação na gestão dos assuntos públicos.

1 Democracia participativa: em busca da democracia possível

A discussão dos temas da gestão e democracia participativas tomou corpo nas quatro últimas décadas, embora a inspiração ve-

² Frase citada por Patrícia Almeida Ashley e Reinaldo Aparecida Fonseca, professores da Universidade Federal Fluminense e Universidade Federal São João Del Rey, respectivamente, no trabalho disponível no site <http://www.ecocidades.org/repositorio/File/dia10.ppt>.

nha da Antiguidade. A democracia, na sua forma mais direta e participativa, tem sido exercida em diversos cantos da Terra, a exemplo do Brasil, Chile, Portugal e França, fato que não impede teóricos de entendê-la como impraticável e como *democracia não possível*. Diversos autores elaboram teorias caracterizadas por argumentos tão contundentes, quanto convincentes, que poderiam ser rotulados como fatalistas, não fossem analisados no conjunto da sua obra, a exemplo de Norberto Bobbio.³ Para o jurista e cientista político, a democracia direta é possível somente em reuniões populares deliberativas, nas quais os cidadãos discutem e decidem assuntos de interesse da comunidade sem intermediários e no referendo. É sobre esses meios de exercer a democracia direta que o autor circunscreve seus densos estudos sobre a democracia possível.

Assim, partindo desses dois pressupostos, a viabilização da democracia participativa é um árduo trabalho da sociedade, que depende obrigatoriamente da participação direta do cidadão na decisão coletiva política. A participação coletiva individualizada sofre influências de fatores multifacetários, estando o resultado positivo esperado dependente do atendimento de um grande elenco de variáveis, como disposição para reunião de um grupo social, a comunicação, a educação para a cidadania, o comprometimento do Executivo com os resultados, o controle social etc. São todas essas variáveis que levam muitos autores a entenderem como não viável a democracia direta.

O eventual vício no processo de participação não deve servir de argumento para o não exercício da democracia participativa. A sociedade, fazendo frente a esses desvios e estimulando a ação de participar, aprimora o processo e a democracia participativa.

É no exercício da cidadania que o cidadão se forma e só pode assim se denominar após ter aprendido a manter a postura ativa de exercitar e exercer os direitos e cumprir os deveres de cidadão. Somente terá essa postura quando estiver exercendo a política, deliberando, discutindo, investigando, questionando, propondo, de-

³ Para Bobbio, três são os requisitos fundamentais para o governo democrático: representação/participação, controle e liberdade de dissenso. Para o autor não há, em sociedades complexas, a possibilidade da democracia direta. A liberdade de dissenso decorre da "concepção procedimental de democracia - fundada na prevalência de regras do jogo, consensualmente estabelecidas no contrato societário implícito e materializadas no edifício constitucional e nos checks and balances entre poderes legislativo, executivo e judicial" (BOBBIO, 2000, p. 72). Afirma o autor: "A Kelsen devo o ter-me tornado um defensor da chamada concepção processual da democracia, que remonta à idéia da democracia proposta por Schumpeter como competição entre elites que se apoderaram do consenso através de eleições livres" (BOBBIO, 1995, p. 132).

cidando corretamente, ou erroneamente. O exercício da cidadania forja o cidadão.

"A ação, única atividade que se exerce diretamente entre os homens sem a mediação das coisas ou da matéria, corresponde à condição humana da pluralidade, ao fato de que homens, e não o Homem, vivem na Terra e habitam o mundo" (ARENDT, 1981, p. 15). Para Arendt (1981), a vida é possível ao homem em sua plenitude, se exercidas quatro atividades distintas: a contemplação, o labor, o trabalho e a ação. Esta, é condicionada pela pluralidade. A ação é atividade exclusiva do ser humano, que a exerce em grupo, estando, portanto, ligada diretamente à política. É, principalmente, na participação política, na discussão e deliberação relativas aos assuntos da comunidade, exercitando a sua qualidade de ser humano que reside a ação. Com a ação, o homem desenvolve a capacidade de conviver socialmente, na pluralidade de valores, interesses e opiniões, entre iguais.

Os resultados que hoje começam a ser colhidos no Brasil, pautados por discussões e lutas para implementação de políticas participativas, decorrem da ação do homem-cidadão no âmbito do seu grupo social, da sua escola, da sua cidade, do seu país e dão os contornos da democracia participativa brasileira, sem evidentemente excluir a democracia representativa.

2 A gestão participativa no Brasil: Constituição de 1988 e Estatuto das Cidades

No início do século XX, o índice de urbanização do Brasil era de 10%. Um intenso incremento se deu no último século. Hoje, supera 80%. Note-se que, em 1720, o Brasil possuía 63 vilas e oito cidades.

A questão do desenvolvimento urbano passa a receber atenção da sociedade e do Estado a partir da década de 70 do século passado, evidentemente, em função da inversão da equação população rural e população urbana.

Semeadado por disputas e conflitos, o ideal da reforma urbana ganhou força política no âmbito da última Assembleia Nacional Constituinte brasileira, cujo regimento previa a realização de audiências públicas e a apresentação de propostas de iniciativa popular.

Durante a Constituinte, que culminou com a edição da Constituição de 1988, a sociedade brasileira se apresentou para contribuir com a sua elaboração. O povo, organizado em comitês pela participação popular na Constituinte, associações e demais instituições da sociedade civil, apresentou 122 "emendas populares", com mais de 12 milhões de assinaturas.

Foi a partir das "emendas populares" que as cidades começaram a ser vistas da forma hoje delimitada no Estatuto das Cidades.

Nesse momento, já se via a gestão participativa, pois por essa via, a das citadas "emendas populares", a política urbana passou a fazer parte do processo constituinte, tornando-se a maior influência popular na elaboração da Constituição, o que forçou os Constituintes e a própria sociedade a conferir-lhe o devido reconhecimento político.

O novo conceito dado à Cidade pela Constituição de 1988 forneceu o alicerce para a modernização dos projetos de desenvolvimento urbano, em especial no que respeita a sua função social. O município passa a ser considerado ente federativo autônomo, no mesmo patamar dos estados e União.

Na ocasião, foi transferida aos municípios uma série de competências para atuarem diretamente no seu desenvolvimento urbano. Houve transferência de responsabilidade do Governo Federal ao Municipal, contudo, indispensável lembrar que não ocorreu em paralelo o fortalecimento dos municípios.

Nesse contexto, surge o Estatuto das Cidades, concebido durante a Constituinte, mas idealizado desde há muito pela sociedade. Apesar de elaborado, não foi publicado à época.

Somente após treze anos decorridos da promulgação da Constituição de 1988, a discussão acerca do tema culminou com a edição do Estatuto das Cidades, obedecendo aos princípios da função social das cidades e da propriedade cidadina e dando arcabouço aos municípios para regularização e legalização de áreas chamadas "cidades ilegais" e, ainda, conferindo base para desenvolvimento de projetos urbanos que atendam as necessidades básicas de sua população.

As alterações ocorridas na legislação também apresentaram como possível e viável a gestão democrática e participativa nos municípios.

3 Gestão participativa nos municípios

Diversas iniciativas ocorreram no país antes da edição do Estatuto das Cidades, no sentido de governar municípios descentralizadamente e orientadas pela intersetorialidade, a exemplo de Fortaleza (JUNQUEIRA; INOJOSA; KOMATSU, 1997), Recife (LEAL, 2005), Porto Alegre e Vitória. Apesar de os trabalhos não terem transcorrido de maneira tranquila e fácil, os resultados se apresentaram e continuam se apresentando satisfatoriamente. Volta-se, neste ponto, ao exercício reiterado da cidadania, levando à excelência da gestão, contribuindo para a existência e aprimoramento da democracia participativa possível.

Em âmbito mundial, a democracia participativa, no plano local, foi experimentada especialmente na Europa, por intermédio de conselhos consultivos de bairro, nos quais a participação era e é irrestrita a todos os cidadãos. Em alguns casos, apenas líderes de associações, eleitos ou indicados, podem participar das discussões, sempre legitimados e referendados pela população. Esses instrumentos foram utilizados em cerca de 20 cidades espanholas, como Barcelona, e em diversas cidades francesas.

A gestão democrática participativa das cidades comporta o planejamento e a administração do município com participação popular, de forma a inserir a população no sistema de controle das ações do Estado, possibilitando aos munícipes o poder de influenciar no seu destino.

O tratamento das questões sociais passa a ter sede no seu local de origem, com a interferência dos interessados como integrantes ativos do processo de estudo, planejamento e controle da execução do projeto, cujo objeto é a solução de problemas sociais.

À vista da necessidade de operacionalização dos objetivos previstos no Estatuto das Cidades, foi criado o Ministério das Cidades, com competência para atuar, em âmbito nacional, nas áreas da habitação, saneamento, infraestrutura e transporte urbano, objeto de política pública nacional urbana e regional.

Institucionaliza-se a participação popular com a criação de Conselhos, que devem fazer parte integrante da gestão do executivo municipal.

Importante notar ainda que, concomitantemente às ações já citadas, foi criado o Conselho das Cidades (ConCidades), no ano de 2004, dando-se largo passo ao processo da administração pública participativa, munindo a sociedade e o governo de indispensável instrumento de gestão democrática da Política Nacional de Desenvolvimento Urbano (PNDU).

O ConCidades não é órgão executor, mas deliberativo e consultivo, cuja finalidade é analisar o atual estágio de desenvolvimento das cidades, propondo novos caminhos para formulação e implementação do PNDU e acompanhando sua execução. Integra a estrutura do Ministério das Cidades. É, pois, instrumento para manter a articulação entre os municípios e as demais esferas de governo, cabendo-lhe a importante missão de aplicar os elementos básicos da transversalidade, com ajustamento e entrosamento das políticas nacionais e regionais de interesse das cidades, integrando as ações e investimentos públicos.

Face à novidade que se apresenta e buscando demonstrar o caráter educativo, mesmo pedagógico, da iniciativa do ConCidades, disponibilizou-se ao público um "roteiro" com orientações para a

criação do Conselho da Cidade nos municípios, editado pelo Ministério das Cidades, que atende a questão relativa à comunicação e à interação entre os atores da gestão participativa municipal, de forma restrita, atualmente, mas com clara vocação para expansão.

Como a iniciativa do Ministério das Cidades, são necessárias outras ações do poder público para colocar à disposição da sociedade ferramentas que proporcionem a manifestação do cidadão no planejamento, na elaboração do orçamento, nos processos decisórios de execução, em suma, é urgente o aprimoramento dos processos democráticos que tornem viável a participação popular, a fim de que a população incorpore o exercício das ações de cidadania.

Condição indispensável para o sucesso do processo é a interlocução objetiva entre os municípios e o Poder Executivo federal e estadual. As decisões tomadas no âmbito do município devem ser acatadas por essas esferas do poder, sob pena de inviabilizar os projetos.

O respeito às decisões municipais perpassa a necessidade de integração entre as ações e investimentos públicos. Todos os atores devem interagir, delimitando as suas linhas de atuação e respeitando os limites das outras esferas.

Não há gestão sem planejamento; não se executa o planejado sem orçamento. Portanto, a implementação da gestão democrática e participativa é viável somente na ocorrência da elaboração de um orçamento igualmente participativo, devendo a participação da sociedade ser ampla, sob pena de o processo se tornar viciado, não atingindo o objetivo almejado pela comunidade.

4 Formas de participação popular na gestão participativa - orçamento participativo

Na Constituição de 1988, estão previstas diversas hipóteses de participação popular nos três Poderes. No âmbito do Legislativo, o artigo 14 determina: "A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular." Com relação ao Poder Judiciário, a intervenção do cidadão se dá por intermédio da ação popular e da participação no Tribunal do Júri. No campo do Executivo, a Carta Magna prevê a participação do cidadão na área da seguridade social (art. 194, VII), na saúde (art. 198, III), na assistência social (art. 204, II), na educação (art. 206, VI), na cultura (art. 216, § 1º) e na assistência à saúde da criança, do adolescente e do jovem (art. 227, § 1º).

Ainda com relação à Administração Pública Indireta, incluindo-se a Caixa Econômica Federal, por óbvio, o parágrafo 3º do artigo 37 da CF prevê a participação popular da seguinte forma:

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

Especificamente com relação à elaboração participativa do orçamento público, a Constituição é silente. Contudo, a Lei Complementar nº 101/00, a Lei de Responsabilidade Fiscal, em seu artigo 48, no capítulo que trata da transparência, controle e fiscalização, determina ao gestor público que incentive a participação popular nos processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos.

O orçamento participativo é uma das mais importantes inovações em termos de democratização da gestão pública.⁴ Nesse campo, há que se discutir e investigar acerca de como quem lidera ou participa do processo do orçamento participativo - políticos e coligações, prefeitos, lideranças do Executivo municipal e federal e, principalmente, lideranças comunitárias e associações de base popular - tem utilizado os marcos institucionais que tornaram possível essa nova forma de participação dos cidadãos no destino da comunidade.

As lideranças do Executivo devem adotar as medidas necessárias para implementar o orçamento participativo, já que, hoje, a colocação em prática depende de ato do Executivo. De outro lado, as lideranças comunitárias devem atuar para produzir resultados específicos no orçamento participativo, sendo o fortalecimento e desenvolvimento institucional tanto do poder executivo como das organizações civis o indicador básico da vitalidade e sustentabilidade do or-

⁴ Gret e Sintomer afirmam o seguinte sobre a proposta inovadora levada pela coligação partidária que governou Porto Alegre em 1988: "Depois de um início difícil, ela lança uma iniciativa inovadora, que toma uma amplitude inesperada no curso dos anos, até tornar-se uma instituição: a participação da população na elaboração do orçamento municipal."

çamento participativo, visto que por intermédio dessas instituições o cidadão é empoderado para o exercício do direito de participação na elaboração da proposta orçamentária.

Entretanto, não basta a participação popular demandar as suas prioridades. Indispensável é garantir que o orçamento seja executado com transparência e responsabilidade. Faz-se indispensável que sejam colocados à disposição dos participantes recursos significativos para garantir que sejam treinados no tema e tenham acesso às informações e dados necessários para desenvolver e apresentar projetos, definir preferências e exigir a responsabilização da administração sobre os resultados do processo.

No Brasil, o orçamento participativo não é expressivo. Apenas 2% dos municípios brasileiros lançam mão desse instrumento e, na maioria dos casos, o resultado fica muito aquém do desejado. Contudo, outros municípios serviram e servem de exemplo, sendo replicado em virtude dos resultados positivos produzidos.

O orçamento participativo da cidade de Porto Alegre transcendeu os partidos políticos, já que foi exercido por todos os partidos políticos que governaram a cidade desde 1989, tendo sido um processo ininterrupto, que levou a tornar-se modelo para diversas outras cidades brasileiras. Neste ponto, volta-se ao início deste trabalho, onde está afirmado que o exercício reiterado da gestão participativa leva necessariamente ao aprimoramento das práticas.

Conclusão

O ânimo, entusiasmo e a movimentação da sociedade para exercer a gestão participativa hão de ser respaldados na abertura de mecanismos e canais de participação social, no fortalecimento das organizações sociais, na promoção de parcerias e na abertura de canais de comunicação, por intermédio dos quais os cidadãos tenham as informações exatas sobre formas e procedimentos para atuação social.

É indispensável o incentivo para que seja alterada a relação atualmente preponderante entre os cidadãos, o Executivo e o Legislativo, de forma que a definição de prioridade na aplicação dos recursos públicos surja, em primeira instância, das necessidades sociais, trazidas não só pelo grupo interessado, mas por todos os segmentos sociais, que devem ser instigados a analisar a totalidade dos problemas, fixando-lhes a prioridade no atendimento e acompanhando a execução da ação do Estado.

Evidentemente, fórmula terminada, perfeita e acabada de gestão democrática e participativa inexistente. Estas serão construídas no exercício rotineiro pelas partes interessadas, cidadão, Estado e

Governo, cabendo a este garantir o exercício do direito de todo cidadão participar, diretamente ou de forma representativa, do processo decisório, não podendo ser tratadas como iniciativas de Governo, ou populistas, mas de Estado, por intermédio de ações sem retorno, que sedimentem as melhores práticas nesse campo de atuação.

Não se pode esquecer que o delineamento inicial já está completo, amparado pela legislação em vigor, bastando ser aplicado e aprimorado quando preciso, priorizando participação com transparência e autonomia dos atos dos interessados, sendo necessário aos municípios adotar forma diversa da vigente até hoje, tornando-se mais permeável à influência dos munícipes, garantindo o controle social efetivo e, em consequência, melhorando as condições de governabilidade, tornando-se capaz de responder mais eficazmente às demandas da sociedade.

Referências

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. São Paulo: Editora da USP, 1981.

BOBBIO, Norberto. **Autobiografia**. Lisboa: Bizâncio, 1995.

_____. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2000.

GRET, Marion; SINTOMER, Yves. **Porto Alegre**: a esperança de uma outra democracia. Disponível em: <http://www.sintomer.net/publi_sc/documents/sint-PortoAlegre_bres.pdf>

JUNQUEIRA, L.A.P.; INOJOSA, R.M.; KOMATSU, S. **El tránsito de La Cultura Burocrática al Modelo de La Gerencia Pública**: Perspectivas, Posibilidades y Limitaciones. In: XI Concurso de Ensayos Del CLAD. Caracas, 1997.

LEAL, Suely Maria Ribeiro (Coord.). **Relatório final da pesquisa Descentralização Político-Administrativa, Gestão Compartilhada e Empreendedorismo Local -CNPq/NUGEPP MDU - UFPE**. Recife, 2005.

O controle judicial dos atos discricionários da Administração Pública: análise prática à luz da doutrina e da jurisprudência

Floriano Benevides de Magalhães Neto

Advogado da CAIXA no Ceará

Pós-graduação em Administração Pública

Pós-graduação em Direito e Processo Tributário

RESUMO

O controle jurisdicional do mérito administrativo tem sido tema de grandes discussões na doutrina e jurisprudência. Algumas concedendo maior autonomia e independência à Administração Pública; outras defendendo maior incidência do Poder Judiciário sobre os atos administrativos discricionários, visando prevenir arbitrariedades e abusos de poder. A Administração Pública superou a fase do direito positivo, baseado estritamente na legalidade, e atingiu a fase do Direito dos Princípios, em que vige a juridicidade, chamada pela doutrina de Pós-Positivismo. O mérito administrativo continua sendo o núcleo autônomo do gestor público, quando resultante de sua oportunidade e conveniência. Destarte, para ser legítima, não basta à norma atender aos requisitos legais, tem que atender aos princípios constitucionais. Então, os atos administrativos, que criam regras para os administrados, também necessitam estar de acordo com a Constituição. Buscou-se, assim, analisar o mérito administrativo, seus limites e a incidência do controle jurisdicional.

Palavras-chave: Mérito administrativo. Controle jurisdicional. Princípios administrativos. Discricionariedade administrativa.

ABSTRACT

The jurisdictional control of the administrative merit has been the topic of big debates by the Doctrine and by the Jurisprudence. Some giving larger autonomy and independency to Public Administration. Others defending a bigger incidence of the Judiciary Power on the discretionary administrative acts, aiming to prevent injustice and power excesses. The administrative merit is still the autonomous center of the public administrator depending on his opportunity and convenience. In this way, the norm to be legitimate, needs to fill the legal requests much more than just fill the constitutional principles. So the administrative acts that make

the rules to be followed by the ones under administration, should also be according to the Constitution. So, we will analyze the administrative merit, its limits and the incidence of the jurisdictional control.

Keywords: Administrative merit. Jurisdictional control. Administrative principles. Administrative discretionary.

Introdução

Na Administração Pública, partiu-se do Absolutismo, em que o Poder Público não tinha nenhuma responsabilidade perante os administrados, e chegou-se ao Estado da Legalidade, em que todo ato administrativo deve se basear na lei.

Entretanto, o Positivismo está atingindo um novo estágio, já denominado de Pós-Positivismo, cujo direito dos princípios supera o direito das regras, chamado de princípio da juridicidade, o que dá mais segurança e garantias à coletividade, podendo os princípios estarem explícitos ou até mesmo implícitos no ordenamento jurídico.

Debruça-se sobre o poder discricionário e o controle da legalidade dos atos administrativos, apresentando análise constitucional, doutrinária e jurisprudencial, abordando especificamente a questão do controle judicial da Administração Pública e casos de sua incidência sobre o mérito administrativo, ponto central deste artigo.

1 Princípios jurídicos

Princípios são normas jurídicas com alto sentido valorativo, que solidificam e fundamentam o sistema jurídico. Bonavides (2004, p. 45) os define como “aquele valor vinculante mais alto que, positivado na Constituição, é suscetível de irradiar normatividade a todos os conteúdos constitucionais”.

A fim de distinguir normas, regras, dos princípios, deve-se examinar, entre outros, o grau de abstração destes, posto que têm como características principais a abstratividade, a sistematicidade ou interdependência, a relatividade, a aplicabilidade imediata e a generalidade, como expõe Guerra Filho (1999, p. 52-53):

A ordem jurídica, então, enquanto conjunto de regras e princípios, pode continuar a ser concebida, à la Kelsen, como formada por normas que se situam em distintos patamares, conforme o seu maior ou menor grau de abstração ou concreção, em um ordenamento jurídico de estrutura escalonada (*stufenbau*). No patamar mais inferior, com o maior grau de concreção, estariam aque-

las normas ditas individuais, como a sentença, que incidem sobre situação jurídica determinada, à qual se reporta a decisão judicial. O grau de abstração vai então crescendo até o ponto em que não se têm mais regras, e sim princípios, dentre os quais, contudo, se pode distinguir aqueles que se situam em diferentes níveis de abstração.

As normas jurídicas em geral não trazem em si apenas um sentido único objetivo. O sentido da norma é determinado à vista dos elementos do fato concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem atingidos.

Há os sobreprincípios, caracterizados como normas jurídicas que aparecem em destaque no ordenamento. Pode-se exemplificar com o princípio da certeza jurídica, o qual está presente onde está o Direito, porquanto toda regra de direito almeja levar a certeza à sociedade, dando-lhe segurança, harmonia e equilíbrio, posto que situações lacunosas podem pôr em risco a sociedade.

Ademais, a Constituição é um documento dialético, em que princípios frequentemente entram em rota de colisão.

Bobbio (1996) aponta três critérios básicos para a solução de antinomias entre leis: o critério cronológico, o hierárquico e o da especialidade. Segundo tais critérios, uma lei exclui a outra quando de sua aplicação.

Entretanto, no caso de colisão de princípios constitucionais, não se trata de antinomia, porque não se pode simplesmente afastar a aplicação de um deles. Assim, a doutrina sugere as soluções da concordância prática e a da dimensão de peso ou importância, surgindo o princípio da proporcionalidade como meta-princípio.

A razoabilidade e a proporcionalidade constituem importantes parâmetros de interpretação, para que se evitem medidas arbitrárias e socialmente inaceitáveis.

Pela concordância prática, havendo colisão de valores, deve-se buscar a otimização entre os direitos e valores em questão. Por meio da dimensão de peso e importância, quando se entrecruzam vários princípios, deve-se levar em consideração o peso relativo de cada um deles na definição dos prevalentes, adotando-se o de maior significação particularmente à situação em concreto vislumbrada.

2 A interpretação constitucional

A constituição tem especificidades, particularidades, não visa regular uma situação concreta, e sim toda uma organização política e social do Estado no campo abstrato, adaptando-se no tempo e nas transformações da sociedade, sendo, pois, dinâmica. Assim, necessita de métodos próprios de interpretação.

Concretizar a constituição é um processo de densificação de suas regras e princípios, preenchendo e complementando o espaço normativo de seus preceitos. Entendê-la como direito representou a supremacia da teoria material da constituição, com os seguintes postulados, segundo Peixinho (2000, p. 66):

A formação de uma teoria material da Constituição fora dos quadros conceituais do jusnaturalismo e das rígidas limitações do positivismo formalista;
Inauguração do direito público num novo pólo de investigações interpretativas concentradas em esferas nomeadamente jusprivatista ou juscivilista;
Expansão normativa do direito constitucional a todos os ramos do direito, acompanhada por uma ação definitiva de superioridade hierárquica;
A tese vitoriosa de que a Constituição é Direito.

A distinção entre teoria material, formal e normativo-material é feita por Canotilho (2003, p. 64):

a) Constituição real (material): entendida como o conjunto de forças políticas, ideológicas e económicas, operantes na comunidade e decisivamente condicionadoras de todo o ordenamento jurídico;
b) Constituição formal: refere-se à constituição como acto escrito e solene que, como fonte do direito, cria normas jurídicas hierarquicamente superiores (combinam-se aqui os elementos atrás diferenciados de constituição normativa, de constituição formal e de constituição instrumental);
c) Constituição material (normativo-material): é o conjunto de normas que regulam as estruturas do Estado e da sociedade nos seus aspectos fundamentais, independentemente das fontes formais donde estas normas são oriundas.

Deve-se ressaltar que, na Constituição, o significado de uma omissão é diferente daquele existente na lei, pois a Constituição permite sempre a hipótese de o constituinte não ter disciplinado certa matéria por pretender relegá-la ao nível da lei complementar ou ordinária.

Somente a partir da segunda metade do século XX é que começou a se elaborar uma interpretação própria para a Lei Magna, passando a se desenvolver a hermenêutica constitucional, basicamente na Alemanha.

Entre os juristas germânicos houve no início uma discussão entre dois métodos de interpretação constitucional: o científico-espiritual e o método jurídico. Segundo o método científico-espiritual, a interpretação constitucional deveria se basear não apenas no tex-

to, mas nos conteúdos axiológicos, numa ordem de valores. Para o método jurídico, a interpretação deve se realizar tal qual uma lei, usando-se as regras tradicionais.

Nos Estados Unidos, houve uma bipolarização entre as correntes interpretativistas e não interpretativistas. Pelos interpretativistas, ao se interpretar, deve-se limitar “a captar o sentido dos preceitos expressos na constituição ou, pelo menos, nela implícitos. O interpretativismo, embora não se confunda com o literalismo, aponta como limites de competência interpretativa a textura semântica e a vontade do legislador” (CANOTILHO, 2003, p. 1195). Os não interpretativistas defendiam que a interpretação fosse feita por princípios jurídicos, como justiça, imparcialidade, igualdade, liberdade, e fundamentada na soberania da Constituição.

A interpretação constitucional apresenta uma série de particularidades que justificam o seu tratamento diferenciado, contendo a Constituição determinadas categorias de normas específicas e peculiares, como as normas determinadoras de competências, as normas de organização, as normas de garantias de direitos fundamentais e as normas programáticas, além de normas como simples regras, as chamadas normas-princípios e normas-regras.

A partir de discussões doutrinárias, tais como as acima expostas, foi se definindo a interpretação constitucional, de forma a atender os anseios da sociedade, como elemento de constante renovação da ordem sócio-jurídica.

3 O princípio da juridicidade da Administração Pública

Além dos princípios da Administração Pública já bastante discutidos e divulgados, tais como o da legalidade, publicidade e eficiência, existe o da juridicidade da Administração, segundo o qual o direito por princípios avança sobre o princípio da legalidade, havendo uma redefinição da legalidade administrativa. Moraes (2004, p. 29) tece o seguinte comentário:

Aduz-se ao controle da legalidade, a que antes era circunscrito o Poder Judiciário, o controle da constitucionalidade das leis, e por via oblíqua ou reflexa, da constitucionalidade dos atos administrativos. Permite-se ao juiz, ademais, para além da verificação da conformidade do ato administrativo com a lei, o exame de sua compatibilidade com outros princípios constitucionais, além da legalidade. A assunção pelo princípio da legalidade desses novos conteúdos: de legalidade constitucional, ao ordenar e regular o Poder Legislativo, e o de juridicidade, ao ordenar e regular o Poder Executivo, repercutirá diretamente

sobre a compreensão teórica da discricionariedade e a amplitude do controle jurisdicional da atividade administrativa.

É um ponto a se destacar, pois o princípio da juridicidade passa a tornar os atos da Administração Pública mais legitimados perante a sociedade e mais susceptíveis de controle jurisdicional. Até porque, mais do que cumprir o que a lei determina, deve estar em conformidade com os princípios constitucionais, em plena sintonia com o Pós-Positivismo, o direito dos princípios, ou seja, não apenas nos limites da lei/regra, mas de acordo com o Direito como um todo.

4 O ato administrativo

O termo ato administrativo, conforme Di Pietro (2007), teve seu uso em texto legal pela primeira vez na Lei nº 16, de 24 de agosto de 1790, na França. Depois foi repetido na lei de 3 de setembro de 1795, sendo tais normas que deram origem ao contencioso administrativo francês.

Mello (2003, p. 32) o define como “a declaração do Estado ou de quem lhe faça as vezes, expedida em nível inferior à lei - a título de cumpri-la - sob regime de direito público e sujeita a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”.

Seus atributos principais são descritos na doutrina: regime jurídico de direito público, presunção de legitimidade e veracidade, imperatividade, revogabilidade, tipicidade, estabilidade, impugnabilidade, executoriedade e exigibilidade.

Destacam-se a imperatividade, pela qual se impõe a terceiros, independente de sua concordância, a autoexecutoriedade, pela qual pode ser executado pela própria Administração, sem intervenção do Poder Judiciário, e a exigibilidade, pela qual a Administração utiliza de meios indiretos de coerção, como multa e outras penalidades.

Pela tipicidade, segundo Di Pietro (2007, p. 186), “o ato administrativo deve corresponder a figuras definidas em lei em busca da finalidade pública, estipulando previamente os limites da discricionariedade”. Pela impugnabilidade, fica garantido o direito de ampla defesa exposto na Constituição a favor dos administrados, nos mesmos moldes dos atos judiciais.

O ato administrativo possui cinco elementos: competência, objeto, forma, motivo e finalidade. Quanto ao sujeito, o ato é sempre vinculado, só podendo praticá-lo o agente com competência para tal mister. Quanto à finalidade, também o ato é vinculado. No entanto, segundo Di Pietro (2007, p. 199), com a seguinte ressalva:

“quando a lei não estabelece critérios objetivos que permitam inferir quando tais fins não são alcançados, haverá discricionariedade administrativa”.

Com referência à forma, os atos são em geral praticados como a lei define: por meio de portaria, nota de empenho, ordem de serviço etc.

Com relação ao conteúdo ou objeto, “o ato será vinculado quando a lei estabelecer apenas um objeto como possível para atingir determinado fim” e será discricionário “quando houver vários objetos possíveis para atingir o mesmo fim, sendo todos válidos perante o direito; é o que ocorre quando a lei diz que, para a mesma infração, a Administração pode punir o funcionário com as penas de suspensão ou de multa” (DI PIETRO, 2007, p. 201).

Quanto ao motivo, será vinculado “quando a lei, ao descrever, utilizar noções precisas, vocábulos unissignificativos, conceitos matemáticos, que não dão margem a qualquer apreciação subjetiva”. E será discricionário “quando a lei não o definir, deixando-o ao inteiro critério da Administração” ou a lei definir “o motivo utilizando noções vagas, vocábulos plurissignificativos, os chamados conceitos jurídicos indeterminados, que deixam à Administração a possibilidade de apreciação segundo critérios de oportunidade e conveniência administrativa” (DI PIETRO, 2007, p. 200).

Pertinente ao motivo existe a Teoria dos Motivos Determinantes, a que se reporta Mello (2003, p. 369):

De acordo com essa teoria, os motivos que determinaram a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato. Sendo assim, a invocação de ‘motivos de fato’ falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados vicia o ato mesmo quando, conforme já se disse, a lei não haja estabelecido, antecipadamente, os motivos que ensejariam a prática do ato. Uma vez enunciados pelo agente os motivos em que se calçou, ainda quando a lei não haja expressamente imposto a obrigação de enunciar-los, o ato só será válido se estes realmente ocorreram e o justificavam.

O Judiciário, então, vai examinar os motivos, os pressupostos, por isso a obrigatoriedade de motivação dos atos, para garantir o direito dos administrados ao atendimento da lei e, mais ainda, dos princípios constitucionais, tais como o da razoabilidade e o da proporcionalidade.

5 O poder vinculado, o poder discricionário e os limites da discricionariedade

Conforme Mello (2003, p. 820), a lei em certos casos regula as situações de tal forma que não resta para o administrador, na expedição de atos, margem alguma de liberdade, “posto que a norma a ser implementada prefigura antecipadamente com rigor e objetividade absolutos os pressupostos requeridos para a prática do ato e o conteúdo que esta obrigatoriamente deverá ter uma vez ocorrida a hipótese legalmente prevista”.

Assim, pelo poder vinculado, a lei confere à Administração Pública todos os fundamentos para a prática de ato de sua competência, determinando os elementos e requisitos necessários à sua formalização, não havendo opções ao administrador: diante de determinados fatos, deve agir de tal forma.

Como destaca Meirelles (2006), elementos vinculados serão sempre a competência, a finalidade e a forma. Relegado qualquer desses elementos, o ato é nulo, podendo ser declarado pela própria Administração ou pelo Judiciário, porque a vinculação é matéria de legalidade.

O poder discricionário é aquele que o direito concede à Administração Pública para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo (MEIRELLES, 2006, p. 118). Distingue-se do poder vinculado pela maior liberdade de ação que é conferida ao administrador. Se para a prática de um ato vinculado a autoridade pública está adstrita à lei em todos os seus elementos formadores, para praticar um ato discricionário é livre, no âmbito em que a lei lhe concede essa liberdade. Citando Mello (2003, p. 821):

Ocorre discricionariedade administrativa quando a disciplina legal “faz remanescer em proveito e a cargo do administrador uma certa esfera de liberdade, perante o quê caber-lhe-á preencher com seu juízo subjetivo, pessoal, o campo de indeterminação normativa, a fim de satisfazer no caso concreto a finalidade da lei.

A atividade discricionária se fundamenta na impossibilidade de o legislador catalogar em lei todos os atos que a prática administrativa realiza. Então, o legislador subordina a atividade administrativa a um mínimo legal, razão pela qual se deve observar a competência, forma e finalidade e os princípios do regime jurídico administrativo, deixando o mais à livre escolha do agente administrativo.

Sob o ponto de vista jurídico, a cada ato acrescenta-se um elemento novo não previsto no anterior: a partir da Constituição, outras

normas vão sendo editadas até se chegar ao ato final de aplicação ao caso concreto, que é um elemento inovador, dinâmico. Do ponto de vista prático, a discricionariedade justifica-se para evitar o automatismo que aconteceria se só existissem rigorosamente as normas preestabelecidas e para suprir a impossibilidade do legislador de prever todas as situações possíveis que o administrador terá que enfrentar.

Além disso, é indispensável permitir o poder de iniciativa da Administração para atender as infinitas situações do interesse público. A sua fonte é a lei, delimitada por esta. Assim, a discricionariedade existe, nos termos de Di Pietro (2007, p. 198):

Quando a lei expressamente a confere à Administração, como ocorre no caso da norma que permite a remoção *ex officio* do funcionário, a critério da Administração, para atender à conveniência do serviço;

Quando a lei é omissa, porque não lhe é possível prever todas as situações supervenientes ao momento de sua promulgação, hipótese em que a autoridade deverá decidir de acordo com princípios extraídos do ordenamento jurídico;

Quando a lei prevê determinada competência, mas não estabelece a conduta a ser adotada; exemplos desta hipótese encontram-se em matéria de poder de polícia, em que é impossível à lei traçar todas as condutas possíveis diante de lesão ou ameaça de lesão à vida, à segurança pública, à saúde.

É amplo o âmbito da atuação discricionária da Administração Pública. Só que a discricionariedade nunca é total, já que alguns aspectos são sempre vinculados à lei.

Por seu lado, Moraes (2004) aponta que, após o reconhecimento de que inexistem atos completamente discricionários, desaparece a distinção entre as categorias dos atos vinculados e discricionários.

Qualifica aquela autora como discricionários certos aspectos ou elementos dos atos administrativos. Conforme ela, teria havido uma evolução para o controle meramente negativo da atuação administrativa discricionária para culminar com o reconhecimento judicial de situações em que há *redução da discricionariedade a zero*, através de uma jurisdição complementar à Administração, utilizando critérios de proporcionalidade e razoabilidade. Chama atenção para a redefinição do conceito, que antes tinha uma concepção clássica de falta do controle jurisdicional, concebida na época em que o Direito se identificava com a legalidade – direito por regras, foi evoluindo para a compreensão contemporânea do direito por princípios. Assim, a discricionariedade não vinculada aos princípios seria, por si mesma, arbitrariedade.

5.1 Discrecionalidade técnica e discrecionalidade administrativa

Conforme já dito, existe discrecionalidade administrativa quando a lei deixa à Administração a possibilidade de, no caso concreto, escolher entre duas ou mais alternativas, todas válidas perante o Direito e conforme critérios de oportunidade, conveniência, razoabilidade, proporcionalidade e interesse público. Mais do que liberdade perante a lei, é liberdade perante o Direito, passando, então, a discrecionalidade a sofrer limitações decorrentes da aplicação dos princípios constitucionais. É a doutrina da vinculação positiva, liberdade no âmbito da lei e do Direito.

Por seu lado, a discrecionalidade técnica, conforme Sousa (1994, p. 105):

Engloba todo aquele tipo de decisões que, não sendo discricionárias, deveriam contudo ser, pela sua alta complexidade técnica (elevada complexidade das premissas factuais), retiradas do controlo jurisdicional, porque, como ele dizia, de administração percebem os administradores, e só eles, pela sua formação técnica. Acresceria que, pela sua experiência e pelo seu contacto directo com a realidade do dia-a-dia, estariam os administradores em melhores condições para reagir, eficazmente e com oportunidade, às circunstâncias mais variadas com que se defrontavam.

A diferença entre discrecionalidade administrativa e técnica é resumida por Di Pietro (2007, p. 6):

A primeira é a escolha entre duas ou mais alternativas válidas perante o Direito, se faz segundo critérios de oportunidade ou conveniência (mérito), e na segunda não existe propriamente liberdade de opção, porque a Administração tem que procurar a solução correta segundo critérios técnicos. As decisões sobre se um prédio ameaça, ou não, cair; se um alimento está, ou não, deteriorado; se um paciente está, ou não, com doença contagiosa, não envolvem critérios de oportunidade e conveniência; somente um órgão especializado poderá dar a resposta correta, segundo critérios puramente técnicos.

Concluindo, a discrecionalidade técnica é entendida com relação às regras, às disciplinas técnicas, enquanto a administrativa é pertinente com relação ao interesse público.

No Direito brasileiro, a questão da discrecionalidade técnica é analisada em relação aos atos administrativos propriamente ditos, a atos normativos de órgãos ou entidades da Administração

Pública direta ou indireta e ao conceito técnico, de experiência e de valor.

O conceito técnico não gera discricionariedade porque é baseado em dados da ciência. O conceito de experiência ou empírico a afasta também, por existir critérios objetivos, práticos, extraídos da experiência comum, que permitem concluir qual a única solução possível. Quanto ao conceito de valor, pode ou não gerar discricionariedade, havendo uma certa margem de apreciação.

É de se ressaltar que a discricionariedade técnica, de origem austríaca, mas bastante difundida no direito norte-americano, está muito ligada à questão das agências reguladoras e do poder regulamentar, que servem para esclarecer e interpretar os conceitos indeterminados, atuando na regulamentação e controle administrativo. Ou seja, como dizem os doutrinadores, tem uma função quase legislativa, porque tais regulamentos são subordinados à lei, podendo ser invalidados pelo Poder Judiciário.

6 O controle do Poder Judiciário nos atos da Administração Pública. O mérito administrativo

No século XIX, a ação administrativa comportava uma atividade vinculada e outra livre, não sujeita a qualquer vinculação jurídica, baseada em atos de império, à margem do Direito e imune à revisão judicial. Posteriormente, a atividade discricionária passou da liberdade de atuar sempre que a lei não proibir para a liberdade de escolher só quando e na medida em que a lei o permita. Ou seja, a atividade administrativa, mesmo a discricionária, passou a desenvolver-se dentro de um círculo definido pela lei; fora desse círculo nada é possível de ser feito.

Entretanto, mesmo os atos discricionários também podem ser objeto de controle judicial, haja vista que de forma alguma estão sob completa vontade do administrador: devem ser motivados, mesmo sendo livre opção do administrador entre as opções que lhe são apresentadas para decidir.

Então, para a defesa do interesse público e do interesse dos particulares, o ato administrativo deve ser passível de análise sob o aspecto da legalidade, se em conformidade com a lei que o fundamentou e, no campo da juridicidade, se conforme também com o princípio constitucional que o embasou. E deve ser analisado também quanto ao mérito, ou seja, quanto à oportunidade e conveniência da Administração. Citando Fagundes (1984, p. 131):

O mérito se relaciona com a intimidade do ato administrativo, concerne ao seu valor intrínseco, à sua valorização sob critérios comparativos. Ao ângulo do mereci-

mento, não se diz que o ato é ilegal ou legal, senão que é ou não é o que devia ser, que é bom ou mau, que é pior ou melhor do que outro. E por isto é que os administrativistas o conceituam, uniformemente, como o aspecto do ato administrativo, relativo à conveniência, à oportunidade, à utilidade intrínseca do ato, à sua justiça, à finalidade, aos princípios da boa gestão, à obtenção dos desígnios genéricos e específicos, inspiradores da atividade estatal.

Miele (1970 *apud* MORAES, 2004, p. 48) define o mérito administrativo da seguinte maneira: “Complexo de valorações necessárias para julgar a correspondência entre o ato e as normas não jurídicas ou ao critério que deveria ter guiado a edição do ato por parte de um bom administrador”.

Moraes (2004, p. 50) apresenta este conceito:

O mérito consiste, pois, nos processos de valoração e de complementação dos motivos e de definição do conteúdo do ato administrativo não parametrizados por regras nem por princípios, mas por critérios não positivados. Esses critérios não positivados, atualmente, resumem-se aos cânones da conveniência e de oportunidade acerca da prática do ato administrativo, os quais significam, em síntese, a idoneidade do ato para concretizar o interesse público. [...] Núcleo da discricionariedade insuscetível de controle jurisdicional, quer à luz da legalidade, quer à luz dos princípios de Direito. Caracteriza-se, assim, como a denominada área de reserva da Administração Pública, uma fronteira intransponível pelo Poder Judiciário.

Veja-se a definição de Cretella Júnior (1992, p. 248):

Valoração do fato, resumida no binômio oportunidade-conveniência, a ponderação pessoal da autoridade administrativa sobre determinados fatos, que compreendem os aspectos nem sempre de fácil percepção atinentes ao acerto, à justiça, utilidade, equidade, razoabilidade, moralidade etc., de cada procedimento administrativo.

A distinção dos atos em vinculados e discricionários tem importância na questão do controle que o Poder Judiciário exerce sobre eles. Nos atos vinculados não há restrição, o controle é pleno, pois o ato é praticado totalmente na conformidade da legislação.

Meirelles (2006, p. 120) assevera que o Judiciário não pode, na análise do ato discricionário, substituir o discricionarismo do administrador pelo do juiz: “Não pode, assim, invalidar opções

administrativas ou substituir critérios técnicos por outros que reputasse mais convenientes ou oportunos, pois essa valoração é privativa da Administração. Mas pode sempre proclamar as nulidades e coibir os abusos da Administração”.

Nos atos discricionários, o controle judicial deverá respeitar a discricionariedade administrativa, a liberdade do administrador conferida pela lei, a sua livre decisão diante do caso concreto.

Moraes (2004) destaca que não faz mais sentido a distinção entre controle de legalidade e de mérito, posto que haja outros parâmetros de aferição da correção do ato administrativo, por meio de princípios, o que reduziu a esfera do mérito. No entanto, considerações de ordem extrajurídicas permanecem imunes à revisão judicial.

O Poder Judiciário pode apreciar, no entanto, os aspectos da legalidade e se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade, através das teorias do desvio de poder e dos motivos determinantes, observando também a aplicação do princípio da razoabilidade em cada questão.

Quanto ao controle judicial sobre a discricionariedade técnica, a legislação permite a revisão dos aspectos técnicos do ato administrativo, valendo-se, se necessário, do auxílio de peritos e outros especialistas. Não se pode falar em discricionariedade propriamente dita, pois é emanada de conhecimentos científicos.

O que as entidades e agências reguladoras não podem é baixar regras inovando na ordem jurídica, afetando direitos individuais, substituindo o legislador, impondo deveres, obrigações, penalidades, ou outorgando benefícios sem previsão legal.

Da mesma forma, o fortalecimento do direito dos princípios leva à valoração administrativa de conceitos indeterminados a ser balizada por parâmetros da hierarquia constitucional, tais como o princípio da proporcionalidade, razoabilidade, imparcialidade, impessoalidade, moralidade e eficiência.

O controle da legalidade de outrora passa a ser a verificação também da conformidade do ato com outros princípios de constitucionalidade, ou seja, a legalidade constitucional, o princípio da juridicidade da administração pública.

Destaque-se que a discricionariedade não se confunde com o mérito administrativo, haja vista que, apesar de haver margem de liberdade conferida pela norma, nem sempre implicará a possibilidade de escolha entre várias opções juridicamente indeferentes porque, em certas situações, apresenta-se apenas uma única solução possível para atender à finalidade prevista na norma. Assim, a admissão de discricionariedade no plano da norma não é condição suficiente para que ocorra no caso concreto.

Por outro lado, a Administração Pública deve atuar em busca de adotar a solução mais adequada à satisfação da necessidade coletiva, razão pela qual não deve existir a ideia de poder discricionário, e sim de dever discricionário. Não há opções livres, mas sim a escolha do ato ideal, uma função em sentido jurídico, conforme Mello (2003).

Moreira Neto (1992, p. 4) destaca cinco limites de oportunidade à discricionariedade referentes à valoração dos motivos, “existência, suficiência, adequabilidade, compatibilidade e proporcionalidade”, e três limites de conveniência à discricionariedade quanto à escolha do objeto, “possibilidade, conformidade e eficiência”. Segundo ele, o Judiciário pode anular atos administrativos discricionários controlando seus limites, não examina o mérito em si, mas no que o exorbita, e “a sindicabilidade jurisdicional não reside na reavaliação do mérito, mas na verificação de sua conformidade a esses limites legais”.

No Brasil, vale salientar que todo e qualquer ato administrativo, inclusive o ato discricionário e o decorrente da valoração administrativa dos conceitos indeterminados, é suscetível de um controle jurisdicional mínimo. A área de valoração desses conceitos verdadeiramente indeterminados é composta por parâmetros dos princípios constitucionais e dos princípios gerais de direito.

A restrição do controle da aplicação de normas que contêm conceitos indeterminados e a fixação da margem de livre decisão se refletem sobre as consequências, que se restringem, na grande parte das vezes, a apenas invalidar o ato impugnado, sem substituí-lo por outro.

A impossibilidade de o julgador renovar os juízos de entendimento do agente administrativo durante a valoração dos conceitos indeterminados e de ponderação durante o exercício da discricionariedade para fins de constituir nova decisão constitui o ponto de equilíbrio que resguarda a autonomia da Administração. Como destaca Moraes (2004, p. 111), “continuará competindo a ela, após a remoção do ato impugnado judicialmente, reeditá-lo, ainda que sempre adstrita às limitações jurídicas contrastáveis jurisdicionalmente”. Ademais, a Administração sempre poderá renovar o ato administrativo.

É dado ao magistrado revisar os elementos do ato administrativo predominantemente vinculados (competência, finalidade e forma), se foram convenientemente examinados, atendidos e valorados os pressupostos de fato e de direito, guiando-se pelos parâmetros ditados pela publicidade, impessoalidade, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade e eficiência.

Se o ato administrativo feriu princípios jurídicos, como diz Moraes (2004, p. 161):

Poderá exercer um controle meramente negativo, restringindo-se a determinar a invalidação do ato, cabendo à Administração Pública renovar sua expedição, excluído, por óbvio, o conteúdo anterior [...] o Juiz decide que o ato administrativo é inválido, mas não poderá apontar como deverá ser editado o novo ato, pois remanesce intocável certa área de liberdade de decisão administrativa não apreciada pelo Juiz.

No entanto, se o Judiciário concluir que foram acatados os princípios de Direito e não foi causada lesão ou ameaça de lesão a direitos constitucionais, estanca aí a revisão judicial. Portanto, todo o resto é questão de mérito administrativo.

6.1 A teoria da redução da discricionariedade a zero

O Poder Judiciário, quando revê os atos não vinculados, pode invalidá-los, mas não pode, em regra, determinar sua substituição por outros. No entanto, em certas situações, é possível ao juiz inferir qual a única decisão comportável no Direito para solucionar o caso.

Nesses casos, a invalidação dos atos, mediante a constatação de vícios de discricionariedade, com a substituição judicial dos atos impugnados, vem sendo estudada mediante a teoria da Redução da Discricionariedade a Zero. Assim, as circunstâncias normativas e fáticas eliminam a possibilidade de escolha entre diversas opções até subsistir apenas uma solução juridicamente possível, havendo assim a atrofia do poder discricionário.

Quando existem duas opções possíveis previstas em lei, constatado que uma delas foi tomada sem levar em consideração as peculiaridades da situação ou os princípios constitucionais, restará, portanto, apenas uma a ser aplicada, ficando a Administração obrigada a tomá-la. Assim, o Judiciário poderá compeli-la a tanto. É um método de exclusão, quando todas as outras possibilidades acarretam vícios. Não existe mais alternativa de escolha, não existiriam, então, mais discricionariedade nem margem de liberdade da Administração.

7 Caso prático: a polêmica do controle jurisdicional dos atos administrativos nos concursos públicos

Como caso prático, passamos a analisar um tema bastante discutido na doutrina e jurisprudência, qual seja, o caso de contro-

le jurisdicional das decisões administrativas nos processos seletivos, concursos em que devem predominar a igualdade, a legalidade e a juridicidade entre todos os concorrentes e vêm mais e mais sendo objeto de julgamento em suas diversas instâncias.

O concurso público é um processo administrativo visando selecionar o candidato mais apto a ocupar um cargo ou emprego público, tanto da administração direta como indireta. Todos os atos administrativos são adstritos aos princípios constitucionais, às leis e ao próprio edital, sob pena de serem invalidados pela Administração Pública ou pelo Poder Judiciário (MADALENA, 2005).

Portanto, pode-se verificar até que ponto o Judiciário pode analisar a legalidade dos atos da banca examinadora e de que forma pode alterar decisões da referida comissão em prol da defesa dos interesses dos candidatos sem ferir o princípio da igualdade entre todos os envolvidos no certame.

Vejamos do Tribunal de Justiça do Ceará sobre a questão:

Ementa – Apelação Cível. Constitucional. Administrativo. Concurso Público. Rasura grosseira de notas. I – Não cabe ao poder Judiciário avocar para si as funções da comissão examinadora, única competente para estabelecer quais os critérios a serem utilizados para a correção das provas. II – Embora não previsto no edital do certame, a ocorrência de arredondamento das notas de vários candidatos é fato incontroverso, que enseja igual medida em favor do autor, detentor de condições análogas às dos paradigmas. Aplicação do princípio constitucional da isonomia. Recurso Parcialmente provido (BRASIL, 2001).

A seguir, cita-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO QUE DEIXA DE IMPUGNAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA Nº 182/STJ. CONCURSO PÚBLICO. ANULAÇÃO DE QUESTÕES. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO À BANCA EXAMINADORA.

Fundada a decisão que negou provimento ao recurso ordinário em que a pretensão de exame das questões da prova, a pretexto de rever a sua adequação ao conteúdo programático, é vedada ao Poder Judiciário, pena de incursão no mérito administrativo, podendo, ainda, demandar dilação probatória, tendo em vista a especificidade técnica ou científica do conteúdo programático e da questão em discussão, impõe-se o não conhecimento do agravo regimental em que se li-

mita a reiterar as razões do recurso ordinário interposto, sem infirmar os fundamentos da decisão impugnada, relativos à inadequação da via eleita. É pacífica a jurisprudência deste Tribunal no sentido de que, em matéria de concurso público, a competência do Poder Judiciário se limita ao exame da legalidade das normas instituídas no edital e dos atos praticados na realização do concurso, sendo vedado o exame dos critérios de formulação de questões, de correção de provas e de atribuição de notas aos candidatos, matérias cuja responsabilidade é da banca examinadora.

Agravo regimental não conhecido (BRASIL, 2006, p. 278).

MS. CONCURSO. NULIDADE. QUESTÃO.

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por candidata ao concurso para ingresso na magistratura estadual no qual ela sustenta que, no certame, nenhuma das respostas da questão n. 51 seria a verdadeira. A questão proposta como sendo de aberratio com erro na execução era, na verdade, uma aberratio que decorreu de acidente na execução. Aduz a existência de erro e de ilegalidade. **O Min. Relator, a despeito da orientação deste Superior Tribunal segundo a qual não cabe ao Poder Judiciário, de fato, discutir critérios de banca examinadora e, lembrando que o próprio Relator originário, em seu voto, referiu-se a “dissídio eloqüente” e a “causar perplexidade”, asseverou que, no caso, há erro a justificar a intervenção judicial. Trata-se de situação apta a provocar prejuízo à impetrante, daí justificar-se o mandado de segurança.** Assim, o Min. Relator considerou exatas as alegações da impetrante e, confirmando a liminar de origem, proclamou a nulidade da questão n. 51. O Min. Hamilton Carvalhido acompanhou o Min. Relator dada a excepcionalidade da espécie. Isso posto, a Turma, ao prosseguir o julgamento, por maioria, deu provimento ao recurso. Precedentes citados: MS 276-DF, DJ 11/6/1990, e REsp 338.055-DF, DJ 25/2/2002 (BRASIL, 2007, grifo do autor).

Contudo, deve ser examinado, quanto à constitucionalidade e legalidade e também ao atendimento aos princípios da Administração Pública, tais como o da igualdade, isonomia, a ocorrência de abuso ou desvio de poder, vícios de legalidade, como quando a questão aborda assuntos não previstos no edital, critérios diferenciados de correção para candidatos, desconsideração do princípio da razoabilidade nas correções e da proporcionalidade, atribuindo-se nota zero quando deveria ter pelo menos uma mínima pontuação.

A segurança jurídica, prevista no art. 2º da Lei 9.784, de 21 de janeiro de 1999, foi erigida a princípio que regula o processo ad-

ministrativo no âmbito da Administração Pública Federal, visando à proteção dos direitos dos administrados e à melhor execução dos fins da Administração Pública.

Assim, a segurança jurídica tem, no processo administrativo, por fim primordial a garantia da certeza da aplicação justa da lei, conforme os ditames jurídicos de direito, evitando que sejam desconstituídos, sem justificativa plausível, atos ou situações jurídicas. E em alguns casos, conforme veremos, a independência da banca examinadora pode ser mitigada.

Passemos a analisar, conforme orientação jurisprudencial, as formas de manifestação do controle judicial. Nas questões objetivas, por ser comportamento vinculado, a Comissão está obrigada a proferir somente a resposta correta; qualquer outra, que não seja a verdadeira, importa em ilegalidade, passível de controle jurisdicional.

Sobre o caso, transcreve-se a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo acerca de uma questão em que se discutia o uso da crase em um exame público:

V – Acresça-se, ainda mais uma vez antes de enfrentar o mérito do “mandamus”, ser possível ao Judiciário examinar o acerto do resultado adotado para determinada questão, apreciando o mérito do ato administrativo avaliatório. [...]

VI – No que concerne ao mérito da impetração, a crase, de origem grega, tem o significado de junção de duas vogais iguais. Assim, a fusão do artigo definido feminino “a” com a preposição “a” resulta na grafia da vogal “a” com o acento indicativo da crase (à). Em princípio, portanto, na frase “ficava exposto a chuva” a expressão expor-se exige a preposição, na medida em que se o faz à consideração de algo, e a palavra chuva, substantivo feminino, não exclui ser precedida do artigo definido feminino. Por sua vez, é regra gramatical da língua portuguesa a não incidência do acento indicativo da crase antes de substantivo feminino tomado em sentido genérico ou indeterminado (Pasquale Cipro Neto e Ulisses Infante, em Gramática da Língua Portuguesa, p. 30, ed. Scipione). Por isso, a solução da questão levada ao concurso deveria ser alcançada como a correta qualificação da palavra chuva. Se genericamente considerada, abolida restaria a crase, e se, ao contrário, tratar-se de precipitação pluviométrica certa, importaria o uso do acento indicativo da crase. O contexto em que a frase “quando voltava para casa” foi colocada tem sentido indeterminado e, por isso, o erro de correção não pode ser reconhecido. Não se tratando, repita-se, de chuva certa, mas da generalidade delas, a crase não ocorria (BRASIL, 2001).

Assim, o Poder Judiciário adentra no mérito de questão de concurso público, a fim de averiguar se a resposta divulgada pela comissão está ou não correta. Para isso, nomeia-se, caso necessário, um perito para tal tarefa.

Quando a questão comportar mais de uma resposta como correta, o Judiciário, da mesma forma, há de se aprofundar em seu mérito e, se for o caso, reconhecer como verdadeiras também aquelas não contempladas pelo gabarito. Concluindo o Judiciário pela sua exatidão, compete a este anular toda a questão ou, alternativamente, determinar à comissão que se reconheça como verdadeira também a alternativa assinalada.

Em questões discursivas, as divergências doutrinárias e jurisprudenciais são comumente visualizadas nos meios jurídicos. Para tal solução, deve-se utilizar o princípio da razoabilidade. Quando numa questão houver dissidência, a comissão deve aceitar como resposta todas aquelas que forem razoáveis e verossímeis, pois, do contrário, estaria prejudicando o candidato que optou por uma das correntes também aceitáveis.

Caso o edital tenha regulado a matéria do concurso, o ato a ser implementado deixa de ser discricionário para se tornar vinculado, uma vez que a comissão fica integralmente sujeita às suas diretrizes, sob pena de afronta ao princípio da legalidade.

É justamente por isso que, ocorrendo indagações sobre matérias não contempladas no edital, há de ser anulada toda a questão. Confira-se decisão do STJ:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. QUESTÃO, NA PROVA OBJETIVA, SOBRE MATÉRIA NÃO INSERIDA NO EDITAL. ANULAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. CONTROLE DE LEGALIDADE. PRECEDENTES.

1. No que refere à possibilidade de anulação de questões de provas de concursos públicos, firmou-se na Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça entendimento de que, em regra, não compete ao Poder Judiciário apreciar critérios na formulação e correção das provas. Com efeito, em respeito ao princípio da separação de poderes consagrado na Constituição Federal, é da banca examinadora desses certames a responsabilidade pela sua análise.

2. Excepcionalmente, contudo, em havendo flagrante ilegalidade de questão objetiva de prova de concurso público, por ausência de observância às regras previstas no edital, tem-se admitido sua anulação pelo Judiciário por ofensa ao princípio da legalidade. 3. Hipótese dos autos que se insere nessa situação excepcional, pois contempla caso de flagrante divergência entre a formulação contida em determinada questão da prova objetiva

e o programa de disciplinas previsto no instrumento convocatório.

4. Recurso especial conhecido, mas improvido (BRASIL, 2008, p. 90).

Moraes (2004, p. 182) destaca, por oportuno, a necessidade da expedição das regras de correção das provas, além do conteúdo e da metodologia a ser adotada, para viabilizar o controle do Poder Judiciário:

Para aperfeiçoar-se a revisão pelos órgãos judiciais das valorações feitas por comissões administrativas de exames, sejam avaliações de alunos, sejam aqueles prestados em concursos públicos realizados para selecionar candidatos que pretendem ingressar em estabelecimentos de ensino oficiais ou para recrutar servidores públicos, torna-se imprescindível, primeiro, que a Comissão examinadora expeça um regulamento, para informar previamente acerca do conteúdo dos exames, da metodologia a ser adotada nas provas - se escritas ou orais, se de múltipla escolha ou subjetiva. Depois é indispensável que a Banca examinadora apresente, ainda que sucintamente, os fundamentos da correção, o que viabilizará o posterior controle judicial. Finalmente, o regulamento do concurso deverá prever a possibilidade de revisão administrativa da avaliação e das notas.

Portanto, a banca examinadora tem autonomia para suas correções, porém esse mérito administrativo não está imune a uma análise quanto aos limites da discricionariedade e da juridicidade de suas decisões e da isonomia na correção das provas dos candidatos, podendo o Judiciário anular a questão ou determinar a perito ou à própria banca que revise a questão objeto da discussão. Por obediência ao princípio da igualdade, devem, então, atuar os mesmos examinadores para a correção da prova de todos os candidatos.

Não se trata de quebrar a independência da banca examinadora ou da Administração Pública, ou de atuar sobre a intangibilidade do mérito administrativo; é tão somente a aplicação aos casos concretos dos princípios constitucionais, a fim de tornar o ato administrativo conforme ao ordenamento jurídico.

Conclusão

Este artigo teve por finalidade analisar a discricionariedade dos atos da Administração e a incidência do controle jurisdicional sobre os mesmos, verificando as tendências doutrinárias e jurisprudenciais.

A Administração Pública, além de se posicionar de acordo com o que reza a lei, também deve estar atenta aos princípios que fundamentam as regras jurídicas. Discutiu-se sobre o poder vinculado e discricionário e os limites dessa discricionariedade.

Está havendo uma evolução passo a passo com a sedimentação do Estado Democrático de Direito, para sair dos atos de império para os atos mais e mais sujeitos ao controle do Poder Judiciário.

Entretanto, isso não significa enfraquecimento do Poder Público no seu mister de administrar bens e interesses da coletividade. Significa, por seu lado, a consolidação dos direitos fundamentais em benefício do povo. Passou-se da fase do predomínio da Legalidade, o Positivismo, para o predomínio dos princípios, ou seja, da juridicidade, também chamada de Pós-Positivismo.

Abordou-se, também, o tema do controle do Poder Judiciário sobre os atos administrativos discricionários e chegou-se à conclusão de que realmente existe o mérito da Administração em seus atos, que é intocável. Porém, essa imunidade é relativa, pois passível de correção quando fere a princípios constitucionais, caracterizável, assim, como abuso de poder ou de autoridade, devendo ser aplicado também o princípio da proporcionalidade e razoabilidade na análise dos atos administrativos discricionários.

Na análise de caso prático, quanto aos concursos públicos, modalidade de processo administrativo, vislumbra-se a necessidade da adoção também do princípio da razoabilidade, proporcionalidade e isonomia, proporcionalidade e vigilância quanto aos critérios de correção. Contudo, deve ser examinado quanto à constitucionalidade e legalidade e também o atendimento aos princípios da Administração Pública, tais como o da igualdade, isonomia, a ocorrência de abuso ou desvio de poder, vícios de legalidade, como quando a questão aborda assuntos não previstos no edital, critérios diferenciados de correção para candidatos, desconsideração do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade nas correções.

O mérito administrativo, enquanto oriundo da conveniência e oportunidade do Poder Público, tem sua autonomia, mas não é intocável quando em desacordo com os princípios constitucionais e os princípios basilares da Administração Pública. Nesses casos, deve haver controle pelo Judiciário. Não se trata de desobediência ao princípio da independência dos Poderes nem de afronta à independência da gestão pública, mas sim da busca do atendimento à Constituição, através dos princípios nela inseridos, que são o fundamento axiológico da sociedade e balizam todas as regras existentes no ordenamento jurídico.

Referências

- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 8. ed. Brasília: UNB, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança 20.515/RS, da 6ª Turma. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Brasília/DF, 9 de setembro de 2006. DJ 21/8/2006, p. 278.
- _____. _____. Recurso Especial nº 935.222/DF, da 6ª Turma. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília/DF, 18 de dezembro de 2007. DJ 18/2/2008, p. 90.
- _____. _____. Recurso em Mandado de Segurança 19.062-RS. Relator: Ministro Nilson Naves. Brasília/DF, 21 de agosto de 2007. Disponível em: <www.stj.gov.br/jurisprudencia>. Acesso em: 18 jan. 2010.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 42803/01. Relator: Desembargador José Raul de Almeida. Disponível em: <www.tj.sp.gov.br/jurisprudencia>. Acesso em: 1 mar. 2010.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Apelação Cível nº 2001.0000.7048-2. Relator: Desembargador Rômulo Moreira de Deus. Fortaleza, 12 de novembro de 2001. Disponível em: <www.tj.ce.gov.br/jurisprudencia>. Acesso em: 4 jan. 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle jurisdicional do ato administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- _____. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. In: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 20 fev. 2009.
- FAGUNDES, Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 1984.
- GUERRA FILHO, Willys Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.
- MADALENA, Lenoar Bendini. **Controle jurisdicional nos concursos públicos**. Teresina: Jus Navigandi, 2005. Disponível em: <jus2.uol.com.br/doutrina>. Acesso em: 4 jan. 2010.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade - novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade.** Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da constituição e os princípios fundamentais.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

SOUSA, Antônio Francisco de. **Conceitos indeterminados no direito administrativo.** Coimbra: Almedina, 1994.

O recurso extraordinário e o papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade

Juliana Varella Barca de Miranda Porto

Advogada da Caixa no Distrito Federal

Especialista em Direito Processual - UNISUL

Pós-graduanda em Direito Ambiental - UNICEUB

Pós-graduanda em Direito Processual Civil-UNISC

RESUMO

Diversas foram as modificações legislativas no que tange ao cabimento do recurso extraordinário, entre as quais a introdução do instituto da repercussão geral e a súmula vinculante, que traduzem a dimensão coletiva atingida pelo processo, na verificação e manutenção da força normativa da Constituição. Devido a esta importância, que repercute na sociedade como um todo, discute-se o papel do Senado Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Palavras-chave: Senado Federal. Recurso extraordinário. Controle difuso de constitucionalidade. Modificações legislativas.

ABSTRACT

Several were the legal modifications concerning the relevance of the extraordinary remedy, among such the introduction of the repercussion institute generates and the Summary binding, which translate the collective dimension reached by the lawsuit, in verifying and maintaining the normative force of the Constitution. Due to this importance, which repercutes in the society as a whole, the role of the Federal Senate in seat of difused constitutionallity control is discussed.

Keywords: Federal Senate. Extraordinary remedy. Difused constitutionality. Legal modifications.

Introdução

Sabe-se que a função principal do Supremo Tribunal Federal é a de ser guardião da Constituição, conforme dispõe expressamente o artigo 102, *caput*, da Constituição Federal de 1988. Neste sentido, detém a competência de interpretar as normas constitucionais, no sentido de manter incólume a sua superioridade e

força normativa (CUNHA JUNIOR, 2007, p. 37). Tais ideias decorrem da supremacia constitucional segundo a qual “logra-se afirmar a obrigatoriedade do texto constitucional e a ineficácia de todo e qualquer ato normativo contraveniente” (BRANCO; COELHO; MENDES, 2007, p. 951).

O recurso extraordinário é um dos instrumentos processuais previstos no ordenamento jurídico brasileiro utilizados para fins de garantir a manutenção da mencionada função do Supremo Tribunal Federal, com a finalidade de corrigir eventuais inconstitucionalidades de normas submetidas a controle junto ao Supremo Tribunal Federal, na modalidade difusa.

O recurso extraordinário, segundo palavras de Didier Junior e Cunha (2007, p. 260), é o instrumento no qual “a Corte suprema rejudga decisões proferidas, em última ou única instância, que tenham violado dispositivo da Constituição Federal”.

Portanto, percebe-se pela literalidade do que dispõe o artigo 103, inciso III, da Constituição de 1988, que o recurso extraordinário é um importante instrumento para fins de controle de constitucionalidade, na medida em que possibilita ao Supremo Tribunal Federal, além de corrigir a ofensa a dispositivos constitucionais, cuidar da uniformização do entendimento jurisprudencial em âmbito nacional quanto às interpretações de normas constitucionais (DIDIER JUNIOR; CUNHA, 2007, p. 260).

Para melhor efetividade deste instrumento, consentânea com as modificações legislativas no processo civil brasileiro nos últimos cinco anos, surgiu a exigência do requisito, para o cabimento do recurso extraordinário, chamado de repercussão geral, sendo defendido por alguns estudiosos que mencionado instrumento recursal passa a servir também ao controle abstrato de constitucionalidade, afastando-se do tradicional vínculo com a via difusa.

A repercussão geral surgiu no ordenamento jurídico pátrio com a Emenda Constitucional número 45/2004, como hipótese a ser preenchida para cabimento do recurso extraordinário, caracterizando ainda mais a natureza objetiva que passa a ser dada ao processo *inter partes*.

Na esteira desse raciocínio, no que se refere ao recurso extraordinário, no caso de sua objetivação, os efeitos têm sido considerados abrangentes, ou seja, além das partes envolvidas, cujas consequências passam a ser vinculadas com a ideia de democratização do rito.

Nesse sentido, a decretação de inconstitucionalidade que, em sede de recurso extraordinário, tradicionalmente, tinha como consequência o envio da decisão ao Senado Federal, para que somente este pudesse determinar a suspensão da execução do ato

reputado inconstitucional em nível abrangente, passa a ter eficácia *erga omnes* à decisão proferida pela Suprema Corte, de maneira individualizada, no que tange ao processo subjetivo.

A ideia de que “o ato do Senado tinha o condão de outorgar eficácia ampla à decisão judicial, vinculativa, inicialmente apenas para os litigantes” (BRANCO; COELHO; MENDES, 2007, p. 1028) se transmuda para o ensinamento profícuo de Branco, Coelho e Mendes (2007, p. 1028):

A exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal em casos concretos dependa de decisão do Senado Federal [...], perdeu parte do seu significado com a ampliação do controle abstrato de normas, sofrendo mesmo um processo de obsolescência. [...] a única resposta plausível nos leva a acreditar que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão exclusivamente histórica.

Verifica-se que aquele entendimento se mostra contrário ao que está atualmente sendo defendido por parte da doutrina e da jurisprudência no sentido de atribuir nova roupagem às atribuições do Senado Federal no que se refere aos termos do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988 (BRANCO; COELHO; MENDES, 2007, p. 1028):

A suspensão de execução da lei pelo Senado tal como vinha sendo entendida até aqui, releva-se completamente inútil, caso se entenda que tem outra função que não a de atribuir publicidade à decisão [...] a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado federal há de ser simples efeito de publicidade. Dessa forma, se o Supremo Tribunal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão de modo definitivo de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se comunicação ao Senado federal para que publique a decisão no 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. [...] a não publicação não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia.

Em face do exposto, o presente trabalho tem como finalidade mostrar justamente a evolução do papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade tendo em vista as mudanças trazidas pelo processo constitucional, mormente pela atribuição da característica da objetivação dada ao recurso extraordinário, entre outras.

1 O recurso extraordinário e o controle difuso de constitucionalidade no Brasil

1.1 Supremacia constitucional, controle de constitucionalidade e controle difuso de constitucionalidade no Brasil

Balizada doutrina (VAN HOLTHE, 2007, p. 137) considera:

a supremacia da Constituição é uma consequência direta da rigidez constitucional, uma vez que, ao exigir um procedimento especial e mais dificultoso para modificação da Carta Magna, a rigidez acaba protegendo o texto constitucional da legislação ordinária, tornando-o hierarquicamente superior e conferindo-lhe a supremacia no sentido formal ou jurídico.

Para tanto, seria necessário esclarecer que tal entendimento decorre da ideia de que “as constituições escritas são apanágio do Estado Moderno” e que “a Constituição escrita não se limita a estabelecer os baldrames da organização estatal e os fundamentos da ordem jurídica da comunidade, mas desempenha relevante papel como instrumento de estabilidade, de racionalização do poder e de garantia da liberdade” (BRANCO; COELHO; MENDES, 2007, p. 950-951).

Nesse sentido, são imprescindíveis instrumentos jurídicos eficazes na salvaguarda do Estado democrático de direito, e, sendo a Constituição considerada ordem jurídica fundamental, ela delimita, através desses institutos, o conteúdo da legislação a vigorar, contudo, não prescindindo de desenvolvimento do processo político-social (BRANCO; COELHO; MENDES, 2007, p. 950).

Em breve síntese, o controle de constitucionalidade decorre do exercício da jurisdição constitucional¹, uma vez que seria um instrumento eficaz na defesa da Constituição, ou melhor, um requisito de legitimação e credibilidade política dos regimes constitucionais democráticos, afirmando para tanto que a democratização da justiça constitucional significa democratização da interpretação constitucional, eis que:

¹ Justiça constitucional ou jurisdição constitucional, segundo Canotilho (2000, p. 904), “consiste em decidir vinculativamente, num processo jurisdicional, o que é o direito, tomando como parâmetro material a constituição ou o bloco de legalidade reforçada, consoante se trate de fiscalização da constitucionalidade ou de fiscalização da legalidade. Como qualquer jurisdição, trata-se de obter a ‘medida do recto e do justo’ de acordo com uma norma jurídica. Só que no nosso caso, essa norma é a Constituição, considerada como norma fundamental do Estado e da comunidade”.

O processo judicial que se instaura para o exercício da jurisdição constitucional torna-se instrumento de participação política e exercício permanente de cidadania. [...] O processo constitucional, por conseguinte, torna-se parte do direito de participação democrática, onde todas as potências políticas, todos os cidadãos e grupos, participantes materiais do processo social, estão envolvidos, de tal modo que a interpretação constitucional é, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e elemento formador dessa mesma sociedade (CUNHA JUNIOR, 2007, p. 48).

Sabe-se que o Estado brasileiro é democrático, o que significa dizer que é um regime de governo caracterizado pela soberania popular, isto é, todo poder emana do povo, que poderá exercê-lo tanto por meio da participação direta como pela indireta, “na formação da vontade estatal pelo pluralismo de idéias, com a finalidade principal de promover os direitos fundamentais do homem e a dignidade da pessoa humana” (VAN HOLTHE, 2007, p. 92).

Nesse sentido, a democracia decorre da manutenção da defesa da supremacia constitucional e do consequente reconhecimento da força normativa da Constituição, o que pressupõe a legitimidade do controle de constitucionalidade de normas inferiores em relação a normas constitucionais.

No Brasil, o controle de constitucionalidade é realizado de diversas formas, tanto política como juridicamente. No que tange à forma política, ele é exercido por quem elabora a norma, ou seja, pelo Poder Legislativo. Já quanto à jurídica, pode-se dizer que no Brasil tal controle é exercido por todo o Poder Judiciário, em todas as suas hierarquias, desde o magistrado de primeira instância até o magistrado que exerce seu cargo no Supremo Tribunal Federal.

Tradicionalmente, de acordo com normas constitucionais, em todas as esferas, o controle de constitucionalidade é exercido na modalidade difusa, qual seja, em processos entre partes, diante de um caso concreto e não analisado de forma hipotética, abstrata, o órgão judicial competente se incumba da aplicação da norma, tendo o “poder-dever de afastar a sua aplicação se a considerar incompatível com a ordem constitucional” (BRANCO; COELHO; MENDES, 2007, p. 955).

Já o controle de constitucionalidade na modalidade abstrata somente seria exercido pelo Supremo Tribunal Federal, por instrumentos específicos, com natureza objetiva das ações.

Com a evolução dos institutos relacionados com a jurisdição constitucional e as modalidades de controle de constitucionalidade, verifica-se o seguinte:

Tem se consolidado o entendimento que indica a objetivação do controle de constitucionalidade pela via difusa no país, com a adoção do denominado efeito transcendente dos motivos determinantes das decisões do Excelso Pretório, tomada como parâmetro para aferição da constitucionalidade agora na via difusa, a exemplo do que já ocorria na abstrata, seguindo a linha da aplicação do requisito da repercussão geral das questões constitucionais no recurso extraordinário e a eficácia da súmula vinculante, estas últimas encartadas no texto constitucional pela Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004 e regulamentadas pelas leis n. 11.417 e 11.418, ambas de 19 de dezembro de 2006 (CARVALHO, 2008).

1.2 O recurso extraordinário

1.2.1 Conceito, origem, características e natureza jurídica

Segundo ensinamentos do doutrinador Souza (2007, p. 3):

O recurso pode ser assim definido: remédio jurídico que pode ser utilizado em prazo peremptório pelas partes, pelo Ministério Público e por terceiro interessado, apto a ensejar a reforma, anulação, a integração ou o esclarecimento da decisão jurisdicional, por parte do próprio julgador ou tribunal **ad quem**, dentro do mesmo processo em que foi lançado o pronunciamento causador do inconformismo.

Os recursos, em geral, encontram seu fundamento no princípio do duplo grau de jurisdição, segundo o qual, em regra (SOUZA, 2007, p. 106)², há possibilidade de ser a causa submetida a órgão hierarquicamente superior ao originariamente competente, no intuito de “nova compulsão das peças dos autos para averiguação da existência de defeito na decisão causadora da insatisfação do recorrente” (SOUZA, 2007, p. 3).

Nesse contexto, o recurso extraordinário é uma espécie dentro do gênero recurso, acima denominado, previsto em nosso ordenamento jurídico brasileiro desde 1891, originário do direito norte-americano, com a finalidade de submeter ao Supremo Tribunal Federal questão federal, acrescida da análise do caso concreto (SOUZA, 2007, p. 442).

Mendes (2004, p. 9) vai além, quando especifica ao dizer: “O recurso extraordinário consiste no instrumento processual-consti-

² Cabe esclarecer que algumas causas não são suscetíveis de recurso, sendo legítimas as restrições existentes na legislação processual civil, desconsiderando o princípio do duplo grau de jurisdição como absoluto.

tucional destinado a assegurar a verificação de eventual afronta à Constituição em decorrência de decisão judicial em última ou única instância (CF, art.102, III, a a d)”. Ele ainda justifica, quando menciona a origem do instituto:

A primeira Constituição Republicana, de 24-2-1891, introduziu nova concepção do Poder Judiciário. A influência da doutrina constitucional americana contribuiu para que se outorgasse ao Supremo Tribunal Federal a função de guardião da Constituição e da ordem federativa, reconhecendo-lhe a competência para aferir a constitucionalidade da aplicação do Direito (MENDES, 2004, p.10).

Já Didier Junior e Cunha (2007, p. 261) enfatizam:

O Supremo Tribunal Federal mantém a função precípua de guardião da Constituição Federal. Compete-lhe a guarda da Constituição, preservando e interpretando as normas constitucionais [...] no espectro dessa função desempenhada pelo STF, insere-se o recurso extraordinário, mercê do qual a Corte Suprema rejudga decisões proferidas, em última ou única instância, que tenham violado dispositivo da Constituição Federal. No particular, além de corrigir a ofensa a dispositivos da Constituição, o STF cuida de uniformizar a jurisprudência nacional quanto à interpretação das normas constitucionais.

O recurso extraordinário, pela função atribuída ao Supremo Tribunal Federal, é o instrumento idôneo em que é realizado o controle concreto de constitucionalidade. Isso porque conforme previsão expressa no artigo 102 da Constituição Federal de 1988 faz-se possível a interposição do mencionado recurso quando, no mérito: “a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal”.

No entanto, antes do juízo de mérito, imperioso é o juízo de admissibilidade recursal: seriam as hipóteses extrínsecas e intrínsecas que, caso preenchidas, ensejariam o conhecimento do recurso pelo Tribunal.

O reconhecimento da ocorrência da repercussão geral se encaixaria como uma das possibilidades para se garantir a procedibilidade do recurso junto ao Supremo Tribunal Federal, eis que, de acordo com Marinoni e Mitidiero (2007, p. 33),

Trata-se de requisito intrínseco de admissibilidade recursal: não havendo repercussão geral, não existe poder de recorrer ao Supremo Tribunal Federal. [...] con-

figurada a repercussão geral, tem o Supremo de admitir o recurso e apreciá-lo no mérito.

1.2.2 Da repercussão geral

O instituto da repercussão geral foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, se caracterizando como um novo requisito de admissibilidade do recurso, sendo previsto no artigo 102, parágrafo 3º, da Constituição Federal com o seguinte teor:

No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo, pela manifestação de dois terços de seus membros.

Sua razão de ser encontra-se no fato de que, em face da grande quantidade de recursos diariamente interpostos, o Supremo Tribunal Federal estaria perdendo sua função precípua, qual seja, somente analisar as questões constitucionais relevantes.

Tornou-se imprescindível a diminuição do acesso aos Tribunais Superiores pela via recursal e, conseqüentemente, necessária a utilização adequada e oportuna do instrumento, cuja finalidade seria submeter à análise, especificamente, pelo Supremo Tribunal Federal, da matéria altamente relevante para a sociedade e para a nação. Na verdade, a finalidade seria racionalizar a atividade jurisdicional (PAIVA, 2007).

Segundo o estudioso Paiva (2007),

O instituto da repercussão geral, criado pela EC nº 45 e agora regulamentado pela Lei 11418/06 tem, como se viu, o claro propósito de diminuir a avalanche de recursos extraordinários que diariamente aportam o Supremo Tribunal Federal, anelando, com isso, tornar mais racional a atividade judicante perante a suprema corte brasileira. Com a regulamentação ora efetivada, busca-se acentuar a tarefa do STF de decidir questões de impacto para os interesses da nação, retirando da pauta de apreciação dessa corte a análise de controvérsias que, conquanto importantes para as partes litigantes, não apresentam relevância *extra muros*.

A certeza inicial trazida pelo instituto é de que

O STF não é um tribunal vocacionado a decidir 'briga de vizinhos', ou seja, questões que só interessem às partes e mais ninguém. Doravante, apenas temas de notável importância, com transcendente relevância é que merecerão a atenção da Corte Suprema brasileira (PAIVA, 2007).

Nessa esteira, ao regulamentar dispositivo constitucional, o artigo 543-A, do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei 11.418/2006, menciona que “o Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral”. Conceitua o instituto como sendo a hipótese na qual, nos termos do parágrafo primeiro do mencionado artigo, “será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”.

Verifica-se pela literalidade do dispositivo que o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, terá a prerrogativa de definir a abrangência ou mesmo o alcance da repercussão geral, através de sua interpretação. Nesse sentido, Marinoni e Arenhart (2007, p. 573) afirmam:

Jamais será possível ao STF delinear, em abstrato e para todos os casos, o que é questão constitucional de repercussão geral, pois essa fórmula é dependente das circunstâncias concretas – sociais e políticas – em que a questão constitucional, discutida no caso concreto, está inserida.

Conforme bem descrito por Marinoni e Mitidiero (2007, p. 42), “eis aí, a propósito, mais um traço de objetivação do controle difuso de constitucionalidade.”

1.2.3 Da súmula vinculante

Reiteradas decisões em sede de controle difuso de constitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal autorizam a formulação de súmula vinculante, nos moldes previstos pelo artigo 103, alínea “a”, da Carta Política de 1988:

Artigo 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.

A súmula vinculante, cuja origem remonta à possibilidade de um instrumento jurídico desse porte conferir à decisão judicial caráter de precedente, sendo um alargamento da função criadora de direito

pelos Tribunais, tem o condão de vincular diretamente os órgãos judiciais e os órgãos da Administração Pública (MENDES, 2005, p. 38).

Verifica-se então que a edição de uma súmula vinculante gera a atribuição de eficácia geral e vinculante às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, reiteradas vezes, em sede de controle difuso de constitucionalidade, consagrando, assim, princípios como o da celeridade e economia processual, além de evitar decisões contraditórias e excesso de demandas sobre a questão.

2 A abstrativização do recurso extraordinário e a influência das reformas processuais no que tange ao controle difuso de constitucionalidade

A Constituição Federal de 1988 imprimiu uma nova visão principalmente no que tange a importância dada ao Poder Judiciário no controle de constitucionalidade das normas, elegendo e ampliando diversos sistemas de controle.

Inicialmente, nas palavras do jurista Binenbojm (2000, p.32), sabe-se que “o processo de controle de constitucionalidade não envolve pessoas e interesses concretos, razão pela qual é qualificado como processo objetivo”.

Na medida em que o Supremo Tribunal Federal é colocado a analisar questões relevantes para o ordenamento constitucional, cuja solução extrapole o interesse subjetivo das partes, firmando seu papel como Corte Constitucional e não instância recursal, o recurso extraordinário é visto pelo prisma de que efetivamente pode ser um instrumento para fins de análise, de forma objetiva, abstrata, do controle de constitucionalidade das normas.

Nas palavras do jurista Ministro Gilmar Ferreira Mendes:

Esse novo modelo legal traduz, sem dúvida, um avanço na concepção vetusta que caracteriza o recurso extraordinário entre nós. Esse instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesses das partes, para assumir de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (Verfassungsbeschwerde). Nesse sentido, destaca-se a observação de Häberle segundo a qual “a função da Constituição na proteção dos direitos individuais (subjectivos) é apenas uma faceta do recurso de amparo”, dotado de uma “dupla função”, subjetiva e objetiva, “consistindo esta última em assegurar o Direito Constitucional objetivo” (Peter Häberle, O recurso de amparo, no sistema germânico, Sub Judice 20/21, 2001, p. 33 (49) (BRASIL, 2007).

De igual forma, Didier Junior e Cunha (2007, p. 274) explicam que o sistema brasileiro de controle normativo de constitucionalidade adquiriu substanciais modificações. Em suas palavras,

Uma dos aspectos dessa mudança é a transformação do recurso extraordinário, que, embora instrumento de controle difuso de constitucionalidade das leis, tem servido, também, ao controle abstrato. [...] Nada impede, porém, que o controle de constitucionalidade seja difuso, mas abstrato: a análise de constitucionalidade é feita em tese, embora por qualquer órgão judicial. Obviamente, porque tomada em controle difuso, a decisão não ficará acobertada pela coisa julgada e será eficaz apenas *inter partes*. Mas a análise é feita em tese, que vincula o tribunal a adotar o mesmo posicionamento em outras oportunidades.

Assim como é previsto no artigo 482, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil, o incidente de inconstitucionalidade, suscitado pelas partes litigantes, em procedimento de controle difuso, cuja análise da constitucionalidade da norma impugnada é feita em abstrato, ou seja, de forma objetiva, o recurso extraordinário também pode oferecer essa possibilidade (DIDIER JUNIOR; CUNHA, 2007, p. 275).³

Nos dizeres de Gilmar Ferreira Mendes:

O recurso extraordinário “deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesses das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (Verfassungsbeschwerde). [...] A função do Supremo nos recursos extraordinários - ao menos de modo imediato - não é a de resolver litígios de fulano ou beltrano, nem a de revisar todos os pronunciamentos das Cortes inferiores. O processo entre as partes, trazido à Corte via recurso extraordinário, deve ser visto apenas como pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende os interesses subjetivos (BRASIL, 2007).

Isso porque, com o advento do instituto da repercussão geral, essa transformação se fez mais nítida. Em regra, no controle de constitucionalidade realizado em sede abstrata, por se tratar de

³ Segundo renomada doutrina, “o STF, ao examinar a constitucionalidade de uma lei em recurso extraordinário, tem seguido essa linha. A decisão sobre a questão da inconstitucionalidade seria tomada em abstrato, passando a orientar o tribunal em situações semelhantes.

processo objetivo, no qual não há discussão de interesse concreto das partes (BINENBOJM, 2000, p. 24).

Entretanto, não é somente isso. Com a objetivação do recurso extraordinário, na qual há possibilidade de atribuição dos efeitos do controle abstrato de constitucionalidade, em sede de controle difuso, significa dizer que o impacto da decisão poderá ter efeitos para todo o corpo social, sendo imprescindível o órgão judicante ter a noção madura e exata de todas as consequências que a decisão poderá acarretar.

Branco, Coelho e Mendes (2007, p. 1022) adotam idêntico entendimento de que:

Diante dos múltiplos aspectos que envolvem a própria argumentação relacionada com os fundamentos da inconstitucionalidade, sustentamos a razoabilidade, se não a obrigatoriedade, de que se reconhecesse a todos aqueles que participam de demandas semelhantes no âmbito do primeiro grau, o direito de participação no julgamento a ser levado a efeito pelo Pleno ou pelo órgão especial do Tribunal. [...] Tem-se, assim, oportunidade para a efetiva abertura do processo de controle de constitucionalidade incidental, que passa, nesse ponto, a ter estrutura semelhante a dos processos de índole estritamente objetiva.

Cabe ainda esclarecer que, não obstante isso, tal posicionamento, no que tange à “abstrativização” dada ao controle difuso de constitucionalidade, tem sido recebido com reservas, na medida em que há ainda um remansoso entendimento de que:

Embora conhecido o recurso extraordinário por entender que a questão constitucional discutida no caso tem repercussão geral, por se tratar de controle difuso da constitucionalidade, a lei ou o ato normativo se declarado inconstitucional terá repercussão apenas no caso concreto, cabendo privativamente ao Senado Federal suspender a execução da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF (art.52, X, da CF). Ademais, a coisa julgada, como regra, dar-se-á entre as partes, não beneficiando nem prejudicando terceiros, (art.472, do CPC) e não terá efeito vinculante, o qual está reservado ao controle abstrato da constitucionalidade (art.102, §3º, da CF) (CAMBI, 2005, p. 160).

No mesmo sentido, Nelson Nery Junior e Rosa Maria Nery (*apud* BRANCO; COELHO; MENDES, 2007, p. 924) afirmam:

Por meio do RE, pode o STF controlar a constitucionalidade da lei federal e de ato normativo federal, contestado em face da CF. [...] como a decisão do STF, neste

procedimento de controle concreto (difuso) da constitucionalidade, fará coisa julgada apenas entre as partes (CPC 472), o STF deverá encaminhar ao Senado Federal o acórdão que declarou a inconstitucionalidade, para que a Câmara Alta, se assim entender cabível, possa baixar resolução suspendendo, em todo o território nacional, a execução da lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF (CF 52 X).

Ainda assim, há uma tendência que vem sendo adotada no âmbito do Supremo Tribunal Federal de aceitar a possibilidade de superação do artigo 52, X, da Constituição Federal, na medida em que poderá ser realizada, no âmbito da mencionada Corte, a análise da constitucionalidade, pela via difusa, em tese, com atribuição de efeitos *erga omnes*. Nesse sentido:

Parece legítimo entender que a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade. Dessa forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que publique a decisão no 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. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado não terá faculdade de publicar ou não a decisão, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais. [...] a não publicação não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia (BRANCO; COELHO; MENDES, 2007, p. 1032).

Isso tudo para afirmar que a tendência é que o recurso extraordinário seja importante instrumento a ser utilizado para análise da constitucionalidade de normas, em semelhança ao que é feito nos processos de índole objetiva, o que faz com que haja uma releitura do Supremo Tribunal Federal, via de consequência, quanto ao papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade. Nas palavras de Mendes (2005, p. 8):

O sistema de controle de constitucionalidade sofreu uma incrível expansão na ordem jurídica moderna. Afigura-se inquestionável a ampla predominância do controle judicial de constitucionalidade e, particularmente, do modelo concentrado. Cuida-se mesmo de uma nova divisão de poderes com a instituição de uma Corte com nítido poder normativo e cujas decisões têm atributo de definitividade. No Brasil, com o advento da Constituição de 1988, a ruptu-

ra do chamado 'monopólio da ação direta' outorgado ao Procurador-Geral da República e a substituição daquele modelo exclusivista por um amplíssimo direito de propositura, bem assim a adoção de novos instrumentos processuais, configuraram fatores que contribuíram para a mudança radical de todo o sistema de controle de constitucionalidade. Embora o novo texto da Constituição tenha preservado o modelo 'incidental' ou 'difuso', é visível a aproximação ou convergência dos dois modelos básicos de controle, a partir de referências procedimentais e pragmáticas desenvolvidas (ou com desenvolvimento) pelo Direito Constitucional brasileiro.

A repercussão geral, introduzida pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, e regulamentada pela Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006, intensificou uma das grandes mudanças na interpretação constitucional e ampliação da importância do controle difuso de constitucionalidade, mormente no que tange ao recurso extraordinário. Isso porque, novamente ensina Mendes (2005, p. 10):

O recurso extraordinário passa, assim, por uma mudança significativa, havendo que sofrer o crivo da admissibilidade referente à repercussão geral. A adoção desse novo instituto deverá maximizar a feição objetiva do recurso extraordinário.

Ele ainda avança, ao mencionar o recurso extraordinário:

Aludido instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional. Neste sentido, destaca-se a observação da Häberle, segundo a qual 'a função da Constituição na proteção dos direitos individuais (subjetivos) é apenas uma faceta do recurso de amparo', dotado de uma 'dupla função', subjetiva e objetiva, 'consistindo esta última em assegurar o direito constitucional objetivo' (MENDES, 2005, p. 8).

Cabe, contudo, explicar a origem da evolução descrita. Sabe-se que o recurso extraordinário brasileiro teve como base originária o direito norte-americano, tendo como sua natureza jurídica ser um dos instrumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal, que o caracteriza como corte de revisão, e não somente cassação, o que significa dizer que, além de resolver a questão jurídica posta no mencionado recurso, ainda aplica o direito constitucional ao

caso concreto, prestando a jurisdição constitucional, função que é inerente ao referido Tribunal (SOUZA, 2007, p. 443).

Diversos são os requisitos para cabimento do recurso, cujo surgimento se deu por evolução do instituto na prática brasileira. Nesse sentido, pode-se especificar que, além do surgimento do requisito da repercussão geral, no qual é previsto que somente as questões relevantes e que repercutem socialmente serão analisadas pela Corte Suprema, ainda surgiu a chamada súmula vinculante, consubstanciada na “orientação do STF de conferir efeito também vinculante às decisões proferidas em causas de controle concentrado de constitucionalidade, quer em ADIN, quer em ADC (artigo 102, §2º, CF/88) (DIDIER JUNIOR; CUNHA, 2007, p. 274)”.

Com o surgimento desses institutos, a objetivação do recurso extraordinário é flagrante, conforme entendimento de doutrinadores de renome, tais como Didier Junior e Cunha (2007, p. 275), que afirmam:

um dos aspectos dessa mudança é a transformação do recurso extraordinário, que, embora instrumento de controle difuso de constitucionalidade das leis, tem servido, também, ao controle abstrato. [...] o STF, ao examinar a constitucionalidade de uma lei em recurso extraordinário, tem seguido esta linha. A decisão sobre a questão da inconstitucionalidade seria tomada em abstrato, passando a orientar o tribunal em situações semelhantes.

3 O papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade

Em virtude das mudanças significativas trazidas pela chamada Reforma do Poder Judiciário, entre elas os institutos da repercussão geral e da súmula vinculante, verifica-se que o advento da tese da objetivação do recurso extraordinário acarretou uma releitura do papel do Senado no controle difuso de constitucionalidade. Isso porque alguns juristas passaram a entender que o Senado Federal teria um papel secundário nos procedimentos adotados pela chamada Jurisdição Constitucional. Esta ganhou destaque relevante no controle de constitucionalidade. Tal pensamento inclusive incentivou interpretação diversa da que vinha sendo dada ao texto constitucional, no tocante ao artigo 52, inciso X.

O posicionamento anteriormente defendido tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência em relação aos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal no controle difuso seria que estes se mostram mais abrangentes do que no controle difuso, o que traria

maior importância ao Senado Federal para o desempenho da função a ele atribuída, ao interpretar a literalidade do disposto no artigo 52, X, da Constituição Federal de 1988. Os efeitos abrangentes de uma decisão do STF, em sede de controle difuso, decorrem, caso o Senado Federal assim entenda, de expedição de uma resolução nesse sentido.

Ademais, tal pensamento se baseia no princípio da separação dos poderes, no qual a Constituição dá *status* de cláusula pétrea, o qual é conceituado, classicamente, como a possibilidade de exercício das funções estatais por cada um dos órgãos especializados para cada atribuição, com independência e equidistância. No entanto, a Constituinte de 1988, ao flexibilizar tal princípio, permite a ingerência de uma função em outra, verdadeiro mecanismo de freios e contrapesos, a garantir a harmonia das funções estatais (BULOS, 2007, p. 89).

Nesse raciocínio, torna-se crucial verificar a justificativa para mencionadas mudanças, eis que o Senado Federal, nos termos da nova tese, passará a ter um papel secundário neste novo cenário, com uma releitura de sua função, decorrente de uma nova interpretação constitucional.

3.1 A evolução do papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade: posições doutrinárias e jurisprudenciais

Sabe-se que o Senado Federal é um órgão que compõe o Poder Legislativo brasileiro, esse último com a função precípua de elaboração de leis. O Poder Legislativo, assim como os outros Poderes, leia-se, Executivo e Judiciário, possui outras funções, que não as principais, afirmadas como típicas.

Nas palavras de Bulos (*apud* DIDIER JUNIOR; CUNHA, 2007, p. 726): “inexiste exclusividade absoluta de atribuições. Dentro da predominância da função legiferante, também são desempenhadas tarefas secundárias de grande magnitude, donde defluem consequências jurídicas relevantes”.

O Senado Federal tem como uma das suas importantes atribuições, cuja origem remonta à Constituição Federal de 1934, suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nos termos do então artigo 52, inciso X, da Carta Política de 1988.

Tal regra surgiu em um contexto de jurisdição clássica, em que

a produção normativa ficou a cargo do Poder Legislativo, restando à atuação jurisdicional a estrita aplicação das leis produzidas pelos legisladores ao caso concreto [...]

as decisões judiciais com efeito geral e abstrato encontraram resistência de aceitação no país, *a priori*, pelo respeito ao dogma da *Supremacia do Legislador* (XAVIER, 2008, grifos do autor).

Na atual Constituição, a literalidade do artigo 52, inciso X, leva a esse entendimento, quando dispõe que o Supremo Tribunal Federal, quando da decretação da inconstitucionalidade, ao analisar concretamente um caso, deverá oficiar o Senado Federal para que este suspenda a execução da lei reputada inconstitucional.

Na verdade, significa dizer que qualquer juiz ou tribunal poderá realizar o controle de constitucionalidade no modelo difuso ou incidental, realizado em última instância no Poder Judiciário, pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário, no qual haverá declaração definitiva da inconstitucionalidade, em regra, com efeitos *inter parts* e *ex tunc*, sendo ampliados pelo Senado Federal, os efeitos, tornando-os *erga omnes* e *ex nunc*. Enquanto não for suspensa a executóriedade do ato pelo Senado, a decisão será retroativa e valerá apenas para as partes litigantes envolvidas na causa. Quando determinar a suspensão, o Senado amplia a abrangência da decisão, que surtirá efeitos contra todos; no entanto, valerá a partir da referida suspensão.

Nessa linha, é antigo o posicionamento da doutrina e da jurisprudência no sentido de que o Senado Federal teria a atribuição discricionária, não estando “obrigado a proceder à edição da resolução suspensiva do ato estatal, cuja inconstitucionalidade, em caráter irrecorrível, foi declarada, na via de exceção, pelo Pretório Excelso” (BULOS, 2007, p. 767).

Brossard (1976, p. 64), jurista e ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, para tanto, assim se posicionou:

O Senado é o juiz exclusivo do momento em que convém exercer a competência, a ele e só a ele atribuída, de suspender a lei ou decreto declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. No exercício dessa competência cabe-lhe proceder com equilíbrio e isenção, sobretudo com prudência, como convém à tarefa delicada e relevante, assim para os indivíduos, como para a ordem jurídica.

De igual forma, Bulos (2007, p. 768) reflete:

Não é dado a Senado federal suspender a executóriedade da lei ou do decreto sem a prévia declaração de inconstitucionalidade do Pretório Excelso. Mas a tarefa constitucional de ampliar esses efeitos lhe pertence, porque consigna uma extensão da sua atividade legislante.

Nesse sentido, vale dizer que, conforme diversos juristas, não caberia ao Poder Judiciário emitir juízo de valor acerca do posicionamento do Senado Federal, sendo sua atribuição típica e exclusiva, conforme bem traçou a Constituição Federal.

Não obstante entendimento consolidado, um novo paradigma surge para negar todo esse posicionamento. Isso porque a jurisdição constitucional

experimenta significativas inovações com a tendência de abstração do sistema de controle judicial de constitucionalidade e da ‘permanente tensão dialética’, como afirmado pelo ex-ministro Sepúlveda Pertence, provocada pela convivência dos dois sistemas de controle (difuso e concentrado), sem uma limitação clara de seus espaços de atuação, aliada ao impacto das decisões judiciais sobre a vida pública brasileira e o cotidiano dos cidadãos, fazendo sentir sua influência no campo jurídico quanto no político (CARVALHO, 2008).

Em consequência, Mendes (2005, p. 44) suscita que “no controle incidental, afigura-se obsoleto o instituto da suspensão da execução da lei ou ato normativo inconstitucional pelo Senado federal, no contexto da Constituição Federal de 1988”. Os defensores de tal tese, reputada vanguardista, se apoiam na ideia de que traria maior economia e celeridade, princípio explícito também previsto na EC 45/2004, consubstanciado na menor duração do processo. Na verdade, haveria uma promoção ao “diálogo e intercâmbio entre os modelos de controle de constitucionalidade positivados no Direito brasileiro” (MENDES, 2005, p. 45).

Ademais, o processo objetivo ganha suma importância na medida em que visa à proteção do ordenamento jurídico e da incolumidade da Constituição, garantindo-lhe a efetividade necessária:

Não nos parece defensável o dispositivo constante no artigo 52, X, da Constituição Federal, senão com o único fito de dar publicidade às decisões do Supremo Tribunal Federal em controle difuso, e não com o propósito de propiciar a concessão de efeitos *erga omnes* às decisões do Tribunal Constitucional em controle difuso. Afirma-nos um contra-senso separar as funções do STF quando ele atua em controle concentrado ou difuso. É o mesmo Tribunal Constitucional em atuação, com os mesmos propósitos já evidenciados alhures, isto é, o de propiciar a defesa do ordenamento constitucional como um todo, por meio da consolidação e respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana. Desse modo, a jurisdição constitucional deve ser encarada com um só objetivo, o

de permitir a intervenção do Pretório Excelso para promover o desenvolvimento do Estado Democrático Social de Direito, e o bem estar de toda a coletividade nele incluída, por meio da garantia e efetividade das normas constitucionais em harmonia com esta sociedade. Constitui um dissenso aceitar o efeito *erga omnes* de uma decisão liminar, em ADI, do STF, a qual suspende a eficácia da lei ou ato normativo (em controle concentrado), e não admitir o mesmo efeito em decisão definitiva no caso concreto (em controle difuso), o qual deve também primar pela segurança jurídica e interesse social das decisões nos casos de maior repercussão (XAVIER, 2008).

Por sua vez, Mendes (2005, p. 45) continua a defesa:

Se o sistema constitucional legitima a declaração de inconstitucionalidade restrita no controle abstrato, essa decisão poderá afetar, igualmente, os processos do modelo concreto ou incidental de normas. Do contrário, poder-se-ia ter inclusive um esvaziamento ou uma perda de significado da própria declaração de inconstitucionalidade restrita ou limitada. Não parece haver dúvida de que a limitação de efeito é decorrência do controle judicial de constitucionalidade, podendo ser aplicado tanto no controle direto quanto no controle incidental.

Haveria aí verdadeira legitimação da jurisdição constitucional, na medida em que há possibilidade de disciplina do “uso político da via judicial em respeito ao princípio da independência harmônica dos poderes” (CARVALHO, 2008), isto é, uma nova postura do tribunal no exercício dessa jurisdição. Nas palavras de Carvalho (2008):

No cenário inaugurado com a Constituição, que, note-se, expressamente preservou o sistema misto de controle judicial da constitucionalidade, conforme previsão do art. 102, III, do texto constitucional, tornou-se possível discutir uma reestruturação em si do princípio da divisão de poderes e da formação de uma Corte cujas decisões de cunho definitivo passaram a ter caráter normativo e efeitos gerais.

Com todas essas considerações, ainda se verifica que a questão está longe de ser consolidada, eis que, no próprio Supremo Tribunal Federal, a inovadora tese não mereceu guarida por parte de alguns de seus componentes.

Para quem defende que o Senado Federal presta relevante papel no controle difuso de constitucionalidade e somente a partir da expedição de resolução por ele é que os efeitos seriam vinculantes, há o entendimento de que:

A mutação constitucional, conforme querem alguns, em última análise, pretende unificar os efeitos das decisões concretas e abstratas do Supremo. Porém encontra dificuldades por ausência de base legal ou constitucional para fazê-lo. Muito embora o artigo 52, X, da CF, contemporaneamente, não tenha a mesma razão de ser de quando foi erigido a postulado máximo pela Constituição Federal de 1934, o Supremo também, dentro do Estado de Direito, não pode simplesmente fechar os olhos para a mutação constitucional e nem fazer de conta que o dispositivo é inconstitucional, pois não o é, uma vez que no Brasil não existe inconstitucionalidade de norma originária. Assim, a Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes da Sentença vem tomando força a cada dia entre os constitucionalistas, bem como entre os componentes da Suprema Corte, sobretudo a partir de sua nova composição. A transcendência é uma realidade, não mera utopia. A tese sustentada pelo atual Presidente do Supremo, Ministro Gilmar Mendes, mostra-se sedutora e até mesmo louvável. Não é, contudo, uma unanimidade. Está muito longe disso. Carrega consigo o fardo de ser minoritária no ordenamento pátrio (SILVA, 2002, p. 6).

Maristela Seixas Dourado, em monografia sobre o assunto, publicada pelo Senado Federal, adota igual postura, na medida em que, ao analisar estatisticamente o papel do Senado no controle difuso de constitucionalidade, consubstanciado em verificar as deliberações tomadas pela Câmara Alta após comunicação oficial de decisão, realizada pelo STF, afirma em síntese que não há previsão normativa para tal afastamento e também aduz:

A retirada do mundo jurídico, pelo Senado Federal, de dispositivo legal declarado inconstitucional pelo Excelso Pretório é a medida que propicia inúmeros benefícios à segurança jurídica, sendo a principal delas a retirada de uma fonte do direito que, a rigor, jamais deveria ter adentrado o mundo jurídico. [...] 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 intra-legislativa 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, ao menos em sua redação originária. Acrescente-se a isso o fato, inexorável, que os Senadores são eleitos diretamente pelo voto popular, enquanto os Ministros do Excelso Pretório são indicados sem terem o respaldo direto do povo brasileiro (DOURADO, 2008, p. 35).

A doutrina ainda arremata:

Observado esse conflito, é possível ao intérprete questionar a eficiência do próprio mecanismo de *self-restraint* ou autocontenção do órgão incumbido do exercício da jurisdição constitucional e a sua discricionariedade frente às disposições estabelecidas pelo poder constituinte originário, pois, se é certo que a hermenêutica constitucional deve utilizar-se do princípio da força normativa da Constituição para conferir-lhe maior eficácia, não é menos certo que se veda ao órgão judicial incumbido de sua aplicação transmutar-se de criatura em criador, fornecendo parâmetros não inferidos do texto ou mesmo não desejados pelo poder constituinte (CARVALHO, 2008).

Há, por fim, quem diga ser necessária a melhor sistematização dos institutos vinculados à jurisdição constitucional, com fins de garantir o interesse público, a segurança jurídica e a incolumidade da Constituição e de sua força normativa (CARVALHO, 2008).

Conclusão

A Emenda Constitucional número 45/2004 trouxe diversas modificações, no que tange à dinâmica conferida ao Poder Judiciário no trato processual, dentre as quais pode-se observar uma atuação mais democratizada por parte dos órgãos judicantes.

Em que pesem inúmeras críticas à flexibilização do entendimento antes pacificado, caracterizado por uma releitura do papel do Senado federal no controle difuso de constitucionalidade, cabe mencionar que tal fenômeno jurídico se revela uma realidade incontestável, com um número de simpatizantes cada vez mais crescente.

Por outro lado, a importância crescente da jurisdição constitucional não pode ser justificativa para eventual usurpação de funções legislativas e consequentemente ser causa da ausência de bases democráticas.

Nesse sentido, afirma-se que, não obstante o caráter aparentemente antidemocrático do Poder Judiciário, este fortalece a democracia, por possuir papel relevante na consecução de ideais valorizados pelo Estado Democrático de Direito.

Verifica-se que o Supremo Tribunal Federal reavalia seu papel como guardião da Constituição, na medida em que, ao democratizar ainda mais a sua interpretação, se aproxima dos anseios sociais, ou seja, do que se espera dos poderes constituídos como ideal de justiça social.

Portanto, é inegável que o Poder Judiciário tem se envolvido com maior frequência nos ditames políticos do país, o que deve ser

encarado, no entanto, com a devida cautela, a fim de evitar usurpações de funções atribuídas a outros poderes e consequentemente desvirtuamento do ideal democrático perquirido, sob a superficial justificativa de número excessivo de demandas, razoável duração do processo e insegurança jurídica.

Referências

- BINENBOJM, Gustavo. Aspectos processuais do controle abstrato da constitucionalidade no Brasil. In: Barroso, Luiz Roberto (coord.). **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2000. v. 5. p. 15-36.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 556664. Recorrente: União. Recorrido: Novoquim Indústrias Químicas Ltda. Relator: Ministro Gilmar Mendes. j. 21.09.2007, DJU 15.10.2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=561617>>. Acesso em: 5 dez. 2009.
- BROSSARD, Paulo. O Senado e as leis inconstitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 13, n. 50, p. 55-64, abr./jun.1976.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 7. ed., rev. e atual. até Emenda Constitucional n. 53/2006. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CAMBI, Eduardo. Critério da transcendência para a admissibilidade do recurso extraordinário (art.102, §3º, da CF): entre a auto-contenção e o ativismo do STF no contexto da legitimação democrática da jurisdição constitucional. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALÁRCON, Pietro de Jesús Lora (coords.). **Reforma do Judiciário**: analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.
- CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. Notas sobre a objetivação da via difusa no controle de constitucionalidade e o efeito transcendente dos motivos determinantes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista da AGU**, Brasília, ano VIII, n. 79, ago. 2008. Não paginado. Disponível em: <http://www.escola.agu.gov.br/revista/2008/Ano_VIII_agosto_2008/Notas%20sobre%20a%20objetiva%C3%A7%C3%A3o.%20Alexandre%20Douglas.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2009.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007.
- CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**: análise detida das leis 9868/99 e 9882/99. 2. ed. Salvador: Ius Podium, 2007.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 3. ed. Salvador: Ius Podium, 2007. v. 3.

- DOURADO, Maristela Seixas. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade**. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização) – Curso de Direito Legislativo, Universidade do Legislativo Brasileiro (UNILEGIS) e Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/162780>>. Acesso em: 31 mar. 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 6. ed., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Moreira Alves e o controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. Novos aspectos do controle de constitucionalidade brasileiro. **Revista de Direito Público**. Porto Alegre: Síntese, 2005. p. 7-45.
- PAIVA, Lúcio Flávio Siqueira de. A Lei nº 11.418/06 e a repercussão geral no recurso extraordinário. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1315, 6 fev. 2007. Não paginado. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9470>>. Acesso em: 17 mai. 2008.
- SILVA, Geraldo Andrade. **O papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade**. [S.l.: s.n.], 2002. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/direito/pagina/detalhe/24977/o-papel-do-senado-federal-no-controle-difuso-de-constitucionalidade>>. Acesso em: 31 mar. 2010.
- SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 4. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- VAN HOLTHE, Leo. **Direito Constitucional**. 3. ed. Salvador: Jus Podium, 2007.
- XAVIER, Edgar Marques. O novo papel da jurisdição constitucional. **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 59, 30 nov. 2008. Não paginado. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5361>. Acesso em: 31 mar. 2010.

Ação de consignação em pagamento e seus efeitos nos contratos de mútuo habitacional

Vívian Daniele Corrêa Pereira

*Advogada da CAIXA no Rio Grande do Sul
Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela
Universidade de Santa Cruz do Sul – EAD/UNISC*

RESUMO

O presente estudo tem como objeto as ações de consignação em pagamento sob sua aplicação prática. Como foco de análise estão as demandas relacionadas aos contratos de mútuo habitacional, em que as ações ou pedidos de consignação vêm ganhando terreno. Pretende-se, confrontando doutrina e pronunciamentos judiciais com a regulamentação legal, constatar os equívocos na aplicação prática das ações consignatórias, delineando a melhor solução técnica. Para tanto, utiliza-se pesquisa bibliográfica e de jurisprudência. São analisados os fundamentos do pedido de consignação autorizados legalmente, em oposição às matérias de defesa. Chega-se, por conseguinte, ao resultado possível da ação de consignação, estabelecendo os efeitos da sentença. Paralelamente, são demonstradas as interpretações da doutrina e da jurisprudência para o procedimento consignatório, analisando-se a possibilidade de ampliação do âmbito de discussão ou mesmo de conversão do procedimento especial em ordinário. Acaba-se por identificar uma distorção no uso da consignação em pagamento no que diz respeito aos contratos de mútuo habitacional, de forma a confundi-la com ação revisional de contrato, deixando de lado o objetivo pensado para o procedimento.

Palavras-chave: Consignação em pagamento. Mútuo habitacional. Ação revisional.

ABSTRACT

This study has focused on the actions of payment on consignment under its practical application. As the focus of analysis are judicial requests related to contracts of housing loan, in which the actions or requests for assignment has been gaining ground. Confronting doctrine and judicial statements to the legal regulations, identify the mistakes in the implementation of that actions, outlining the best technical solution. To this end, we use literature and case law. It analyzes the fundamentals of the

assignment request authorized by law, as opposed to matters of defense. We conclude, therefore, to the possible outcome of the action assignment, setting forth the purposes of sentencing. Parallel, are demonstrated interpretations of doctrine and jurisprudence interpretations for the procedure by analyzing the possibility of expanding the scope of discussion or even conversion of the special procedure in ordinary. Finally we identify a distortion in the use of the payment on consignment, regarding to contracts of housing loan, in order to confuse it with actions to modify contracts, leaving aside the objective thought to the procedure.

Keywords: Payment on consignment. Housing loan. Actions to modify contracts.

Introdução

Muito embora a doutrina não venha se dedicando com afinco ao tema das ações de consignação em pagamento, seu uso na prática está em visível crescimento. A moderna doutrina processual renova a importância do procedimento, mas com foco na situação de direito material a ser tutelada. Nesse contexto, convém analisar se a ação de consignação em pagamento seria o meio adequado para a resposta pretendida nos casos de lides oriundas de discordância quanto aos contratos de mútuo habitacional.

Pela maior incidência e relevância, os conflitos decorrentes do valor das prestações sucessivas assumidas nos negócios para financiamento da moradia própria são o foco do presente estudo. Terreno fértil, entretanto, para análise do procedimento mais adequado, conforme o real objetivo do mutuário/demandante e os fundamentos por ele indicados.

Assim, sempre tomando como objeto de análise os contratos de mútuo habitacional, procura-se fazer um estudo crítico da utilização das chamadas ações de consignação em pagamento na atualidade, explicitando desvirtuamentos e propondo retorno aos objetivos do procedimento como forma de realizar direitos.

1 A ação consignatória no ordenamento brasileiro

O novo processo civil, cada vez mais, é visto como forma de realização do direito material. Significa dizer que não apenas as normas de direito processual devem ser interpretadas (ou até mitigadas) a fim de dar maior efetividade ao direito, como também merecem ser criados novos mecanismos específicos para tutelar as mais diversas situações de forma satisfatória. Trata-se de reconhecer que o direito de ação não se limita à obtenção de resposta pelo

Judiciário, mas que tal resposta seja dada através do procedimento mais adequado, garantindo uma efetiva tutela de direitos.¹

Assim, em contraposição ao Procedimento Comum está o Procedimento Especial, regulando tutelas que, a fim de melhor servir às necessidades do direito material, diferenciam-se daquele.

Inaugurando o Título I do Livro IV do Código de Processo Civil está, portanto, o objeto do presente trabalho, como primeiro procedimento de jurisdição contenciosa de forma especial, a Ação de Consignação em Pagamento. Seu uso começa a ser direcionado para resolver conflitos decorrentes das relações contratuais comuns e mais relevantes, como os contratos de mútuo habitacional.

1.1 Considerações gerais sobre a consignação em pagamento e a ação consignatória

Para melhor análise de um determinado procedimento é interessante, primeiramente, que se tenha conhecimento da relação de direito material que o fez surgir e à qual é direcionado a solucionar. Por esse motivo, as disposições do Capítulo II do Título III do Livro I do Código Civil devem ser analisadas em conjunto com a legislação processual.

A forma de extinção normal das obrigações é o pagamento. Não obstante, não se pode ignorar que existem hipóteses em que, muito embora sem culpa do devedor, o pagamento se mostra inviável. Para tais situações existe a chamada consignação em pagamento.

No caso da ação consignatória (procedimento processual de rito especial), é imprescindível que se diga que a consignação em pagamento (instituto de direito material) trata-se de meio de extinção das obrigações. Nesse aspecto, a consignação é forma especial de extinção, implicando verdadeiro pagamento², acaso feita da maneira legalmente prevista.

Conceitua Silva (1993, p. 8):

O depósito em consignação para pagamento, que se faz por meio desta ação, é uma das espécies de depósito judicial que se caracteriza no direito brasileiro, por ser uma demanda de natureza contenciosa, de procedimento especial, cujo objetivo consiste na liberação do obrigado, obtida com a sentença que julgar procedente a ação, declarando válido e eficaz o depósito judicial da prestação devida.

¹ A respeito, Marinoni e Arenhart (2009, p. 27).

² Para Marinoni e Arenhart (2009, p. 45), há apenas **efeito liberatório**, que, muito embora idêntico ao pagamento, não se pode chamar como tal em razão da inexistência da transferência direta de patrimônio ao credor.

Ao contrário do acerto direto entre credor e devedor, a necessidade da consignação, genericamente, advém da dúvida a respeito do cumprimento, ou mesmo da mora do credor, que se recusa a receber ou exige obrigação de forma diversa da avençada, tudo com fundamento nos incisos do artigo 335 do Código Civil vigente. Decorre, pois, da “aplicação do princípio fundamental da igualdade” (MEDINA; ARAÚJO; GAJARDONI, 2009, p. 213) ou, especificamente, do “direito de pagar” (RIZZARDO, 2000, p. 343), de obter efeito liberatório da dívida. Só há interesse de agir, portanto, se existe uma oferta particular sem sucesso, ou dúvida quanto à pessoa do credor. Refira-se, ademais, que muitas vezes o então devedor pode, através do pagamento, conquistar o “direito de exigir uma prestação do credor” (RIZZARDO, 2000, p. 346).

Em outras palavras, na ação de consignação em pagamento, o devedor possui interesse apenas em pagar a dívida que assumiu, tendo imediatamente suspensos os efeitos da mora (MARINONI; ARENHART, 2009, p. 46-47). O afastamento definitivo dos encargos do inadimplemento tempestivo será obtido apenas com a sentença de procedência da demanda consignatória, ou aceitação do depósito extrajudicial, decorrência lógica do artigo 891 do Código de Processo Civil.

A consignação, quando há recusa do credor em receber ou dar quitação, se dá por variados motivos. Diz Rizzardo (2000, p. 348):

[...] a mais comum consiste na divergência do montante devido. O credor pretende juros exagerados, multa excessivamente alta, ou até a rescisão do contrato, quando para tal não se configuram os motivos. O ingresso da consignação revela-se no caminho mais aconselhável, com a possibilidade de defesa de teses a respeito do montante da dívida, de encargos, e assim de juros até 12% ao ano ou mais, de sua capitalização, de índices de correção monetária, de incidência de mais de uma cláusula penal.³

A segunda hipótese de consignação não é diferente da primeira, tratando de obrigação quesível na qual não comparece o credor para receber.

A hipótese do inciso III do artigo 335 do Código Civil diz respeito à impossibilidade do credor de receber, ou do devedor de conhecê-lo ou alcançá-lo para tanto, por ser o credor incapaz ou

³ A despeito do entendimento do ilustre jurista, acredita-se não ser possível uma interpretação simples quando o âmbito de discussão é tão alargado na consignação em pagamento, razão pela qual o tema será mais bem tratado nos itens seguintes.

se encontrar em lugar incerto ou perigoso, ou, ainda, for desconhecido ou ausente. Hipótese semelhante ocorre no inciso subsequente, ao prever a dúvida do devedor quanto a quem está legitimado a receber, como em caso de abertura de sucessão.

Por fim, prevê a lei o caso de litígio a respeito do objeto do pagamento. É certo que a questão não recai, aqui, sobre os sujeitos (credor e devedor), mas sobre a própria obrigação. Trata-se de cumprimento ao disposto no artigo 344 do Código Civil: “O devedor de obrigação litigiosa exonerar-se-á mediante consignação, mas, se pagar a qualquer dos pretendidos credores, tendo conhecimento do litígio, assumirá o risco do pagamento.”

Diga-se que a enumeração das hipóteses em que a consignação é autorizada não é exaustiva, podendo-se acrescentar outras situações como a deterioração da coisa, por exemplo, ou mesmo interesse em antecipar os pagamentos com desconto de juros, na forma do Código de Defesa do Consumidor (RIZZARDO, 2000, p. 347).

Na onda de reformas do Código de Processo Civil ocorridas no significativo ano de 1994, a Lei 8.951 ampliou, por assim dizer, a consignação em pagamento, trazendo, ainda, outras especificações.

Pela referida lei (parágrafos do artigo 890 do CPC), existe a faculdade de o devedor promover o depósito em instituição bancária quando se tratar de obrigação de pagamento em dinheiro. A notificação do credor será feita através de carta com Aviso de Recebimento, concedendo dez dias para manifestação de recusa, se for o caso. Silente o credor, o depósito terá efeito liberatório da obrigação.

Outra alteração importante trazida pela Lei 8.951/94 é a previsão de execução da diferença existente entre o depósito e o total efetivamente devido, declarado por sentença (§ 2º do artigo 899 do CPC). Tal execução se dá na forma de cumprimento de sentença (artigo 475-J) do Código de Processo Civil, instituindo verdadeiro caráter dúplice à ação consignatória.

Não há dúvidas de que o cerne da ação consignatória é o próprio depósito. Por tal razão é que deve ser feito no prazo descrito em lei e requerido já na petição inicial. Sem ele, não há razão para citação do credor, visto que sua defesa será sempre vinculada à prestação e, por conseguinte, ao depósito. Significa dizer que a ausência do depósito configura falta de elemento indispensável ao prosseguimento válido e regular do feito. Assim, pode o devedor retirar o depósito, com a consequente extinção do feito sem resolução de mérito (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 27 e 30), condicionada à anuência do demandado após contestada a ação, visto que este tem total interesse no julga-

mento da demanda, que lhe permitirá prosseguir com execução da diferença nos mesmos autos.

Ainda com relação ao depósito, o tempo é elemento importante. Muito embora possa haver depósito até mesmo de prestações sucessivas, não se admite consignação quando existente cláusula rescisória, por exemplo. Inexistindo esta é que se poderia admitir o depósito mesmo após o vencimento, desde que não tomadas as medidas de execução pelo credor. É o que a doutrina (MARINONI; ARENHART, 2009, p. 46) chama de “inadimplemento relativo”, quando, muito embora o devedor esteja em mora, permanece para o credor o interesse em receber seu crédito, mais os encargos do inadimplemento. Afinal, mesmo o devedor em mora mantém o direito de ver extinta a obrigação.

Outros requisitos, como a indicação da pessoa a quem é devido o pagamento, o modo, a forma e o lugar em que deveria ser feito, também devem ser respeitados na consignação, sob pena de indeferimento. Afinal, se o credor não é obrigado a receber pagamento de forma diversa do contratado, também não poderá ser obrigado a aceitar depósito consignado sob condições diferentes. Por tais motivos, a competência para processar e julgar a ação consignatória, ou mesmo para receber o pagamento extrajudicial, é sempre a do local estabelecido contratualmente para o cumprimento da obrigação, não se aplicando o foro eleito para dirimir outras questões decorrentes do negócio.

Nota-se que o procedimento da ação consignatória foi pensado exatamente como uma ação especial, voltada a solucionar uma situação específica: a recusa do credor ou a dúvida quando do pagamento. Na prática, entretanto, ganhou outras formas.

1.2 O uso e a utilidade das ações consignatórias na atualidade – contratos de mútuo habitacional

O procedimento criado para situação específica e uso isolado acabou sendo transformado pelas necessidades da vida atual. A multiplicação das formas de contratar, as intensas alterações na economia e a sucessão de crises acabaram dando outra utilidade para a consignação em pagamento.

Entre os motivos que forcem a consignação, o mais comum e gerador de maiores controvérsias é a discussão a respeito do valor devido, especialmente em contratos em que a obrigação é cumprida através de prestações pecuniárias sucessivas.

Assim, se a consignação é importante quando relacionada a contratos firmados entre pessoas físicas, bem como de mútuo em

geral, que não dizer para os contratos que envolvem aquisição de moradia própria.

No Brasil, o tema da moradia sempre esteve (e está) presente nos discursos políticos e na mídia. O Governo, por sua vez, procura amenizar o problema regulamentando o tema e criando programas facilitadores, em parceria com instituições financeiras. Fala-se, aqui, em Sistema Financeiro da Habitação (SFH), Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI), o recente Minha Casa, Minha Vida, fundos como o Fundo de Compensação de Variações Salariais (FCVS) e o próprio Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), entre outros.

A fim de contemplar tanto a chamada “classe média” quanto as “classes mais baixas”, a quase totalidade dos negócios jurídicos que têm por objeto a aquisição de imóvel para moradia própria é feita na forma de financiamentos a longo prazo, de 150 até 360 meses. Neles, o bem, adquirido mediante pagamento pela instituição financeira ao vendedor, permanece como garantia do empréstimo realizado. Tal garantia comumente se dá tanto na forma de alienação fiduciária (BRASIL, 1997) quanto, na maioria das vezes, de hipoteca.

Tais contratos podem ser chamados, genericamente, de “mútuo habitacional”. Mútuo – negócio de natureza real e bilateral – se diz porque, não obstante vinculado à compra de bem imóvel com finalidade específica, há verdadeiro empréstimo de dinheiro. O contratante (mutuário), em verdade, não compra diretamente o bem, mas “compra” o dinheiro para tanto. Daí a desnecessária vinculação, no curso do contrato, entre o valor do imóvel e o valor pago à instituição intermediária (mutuante). Em troca do dinheiro, o mutuário paga ao credor, parceladamente, a mesma quantia, atualizada pela correção monetária e remunerada por juros, além dos encargos atribuídos à operação.

As peculiaridades dos contratos de mútuo habitacional tornam pertinente a análise específica para o presente trabalho. Além de serem contratos em que o pagamento se dá de forma parcelada e, de regra, a longo prazo, há cláusulas contratuais específicas com as quais se depara o julgador, nem sempre conhecedor do tema.

Cada contrato envolve correção monetária do saldo devedor e das prestações por determinado índice (e a escolha de um segundo índice em caso de extinção do primeiro).⁴ Deve prever, ainda, outros encargos, como juros remuneratórios e aqueles decorrentes da mora, sejam juros moratórios, seja comissão de permanência (BRASIL, 1986). No curso do contrato há que se considerar o siste-

⁴ A situação efetivamente ocorreu quando da extinção do IPC, índice comumente utilizado para atualização das prestações, em 1991.

ma de amortização utilizado, falando-se em “Tabela Price”, SAC (Sistema de Amortização Constante), SACRE (Sistema de Amortização Crescente) etc., bem como os sistemas de reajuste, como o PES (Plano de Equivalência Salarial), vinculado ao limitador CES (Coeficiente de Equiparação Salarial), também exemplificativamente. Além disso, compõem o total pago negócios paralelos, como o caso do seguro habitacional obrigatório (BRASIL, 1964).

A própria dilação do prazo dos contratos de mútuo habitacional acaba ocasionando, em muitos casos, uma imprevisibilidade tanto do valor total pago quanto da parcela e da capacidade de pagamento do devedor. Acrescente-se que o longo período de instabilidade econômica no País causou uma infinidade de demandas junto ao Poder Judiciário para readequação dos contratos. Como já dito, a ampla gama de variáveis incluídas no contrato de mútuo habitacional também abre diversas possibilidades de conflitos.

Silva (1993, p. 31) lembra que a hipótese de urgência do depósito

[...] teve ocorrência freqüente no foro, nos litígios entre mutuários do Sistema Financeiro da Habitação e seus agentes financeiros. Ajuizada a ação de consignação em pagamento alguns dias antes da data fixada para mudança do padrão monetário determinador do valor da prestação, seria impossível a designação de data para oferta do pagamento antes que tal prazo fosse ultrapassado. As opções seguidas nestes casos foram o ajuizamento de uma ação de depósito cautelar preparatória ou este mesmo pedido de depósito – com sentido cautelar, mas na verdade antecipatório – na própria ação de consignação em pagamento.

Não se pode deixar de considerar que, em se tratando de bem imóvel, ainda mais para moradia, a intenção do devedor é sempre manter a posse do bem, obtendo a quitação, ou convertendo o contrato sob os moldes do que entende devido. Lembre-se que, para os contratos enquadrados no Decreto-Lei 70/66, há a sombra da tão repudiada “execução extrajudicial” da garantia.

Especialmente com o fim de conseguir efeito liberatório com relação à parcela incontroversa, tentando evitar a cobrança e os encargos da mora, ou até mesmo a perda do bem, os devedores passaram a promover, além de ações revisionais de contrato, ações consignatórias. Seria uma maneira de demonstrar a boa-fé, o intuito de adimplir a obrigação, desde que nos moldes do que se considera justo ou que se enquadra na capacidade de pagamento do devedor.

A ação consignatória, suspendendo os encargos da mora, permite ao devedor aguardar solução em juízo quanto a questões

contratuais sem ser penalizado pela demora no julgamento definitivo.

Nesse ínterim, é importante frisar que mesmo as prestações periódicas podem ser consignadas por via de ação (artigo 892 do CPC). Para tanto, deverá o devedor promover o depósito em até cinco dias contados do vencimento de cada parcela, comprovando nos mesmos autos. A tempestividade dos depósitos limita o efeito declaratório de extinção da obrigação. Ou seja, depósitos feitos a destempo não poderão ter efeito liberatório para o devedor.

Na verdade, não há depósito integral no início da ação de consignação, mas sim depósitos mensais (com periodicidade do vencimento das parcelas) equivalentes ao incontroverso de cada prestação do contrato. Assim, é com base não no total, mas em cada depósito que se sucede que se dá a análise da suficiência ou não por parte do julgador.

Sentindo um maior receio dos magistrados na concessão de liminares, em contraposição ao exagero de tempos atrás, os mutuários procuraram a consignação. Trata-se de meio para reforçar os pedidos de imediato cancelamento ou vedação de inscrição em cadastros restritivos ou mesmo procedimentos de execução da garantia enquanto a dívida se encontra em discussão. A prática tomou tamanha proporção em importância que mereceu tratamento legal específico. Conforme disposto na Lei 10.931/04, para a concessão de liminares⁵ no âmbito do empréstimo ou financiamento habitacional, deverá o mutuário pagar o incontroverso diretamente ao mutuante, depositando em juízo apenas o valor controvertido. No entanto, tudo depende do caso concreto e da interpretação do magistrado.

Acrescente-se que a ação consignatória se mostra interessante não só para obtenção da liberação do bem imóvel como garantia (normalmente hipotecária). É instrumento até mesmo para “forçar” uma negociação com a instituição financeira, adaptando a parcela ao que pretende pagar o devedor, ou mesmo obtendo quitação.

A nobre intenção dos mutuários de manter os imóveis nos quais residem sensibilizou os magistrados. O procedimento especial da ação consignatória, voltado para a simples liberação do devedor em caso de controvérsia envolvendo o credor ou a obrigação, acabou servindo como instrumento de revisão contratual por si só.

Com o passar do tempo, as ações consignatórias passaram a ser utilizadas não apenas acompanhando as ações revisionais, mas também como ações independentes, porém com pedidos ampliados. Justificando a consignação, relatavam (e relatam) os mutuários a

⁵ O texto legal fala em suspensão da exigibilidade do valor controvertido.

existência de excesso nos encargos cobrados, seja com base na interpretação do próprio contrato, seja com base em regras ou princípios. Especialmente neste último caso, a procedência ou improcedência da ação, com obtenção da declaração do montante devido, passa por verdadeira revisão do pacto.

O impasse que não se mostra devidamente esclarecido na jurisprudência surge justamente da ampliação do efeito da ação de consignação em face do procedimento especial previsto na legislação.

Por tudo, a especialidade do procedimento consignatório e a importância que alcançou no que diz respeito aos contratos de mútuo habitacional autorizam uma revisão na interpretação judicial, a fim de que se escolha a melhor técnica, dando efetividade aos direitos em jogo.

2 Relação entre as matérias de defesa e os limites da sentença na ação de consignação em pagamento

A ação consignatória, tal como tipificada no Código de Processo Civil, encontra os pedidos da inicial limitados às situações descritas no artigo 335 do Código Civil e a outras que decorram da própria interpretação ampliada do dispositivo. Assim, também a defesa é restrita, na forma do artigo 896 do Código de Processo Civil.

Em razão disso, a sentença deverá ser limitada às matérias passíveis de discussão no âmbito do procedimento especial da ação consignatória, o que merece estudo mais detalhado, sempre tendo em foco os conflitos decorrentes dos contratos de mútuo habitacional.

2.1 A postura do demandado/credor citado em ação de consignação em pagamento

Ao credor, citado em ação consignatória cujo fundamento seja a *mora creditoris*, é permitido aceitar o pagamento, contestar ou, até mesmo, permanecer inerte.

Lembra Theodoro Júnior (2009, p. 29) que o credor poderá comparecer nos autos a qualquer tempo para requerer o levantamento do depósito, hipótese em que o feito será imediatamente extinto com o acolhimento do pedido do devedor (resolução do mérito).

Caso compareça aos autos apenas para aceitar o pagamento, ainda assim não será eximido do ônus sucumbencial, tendo em vista que assumirá a existência de recusa anterior, bem como

que tal recusa não fora justa. Equivale, pois, a verdadeiro reconhecimento do pedido do autor. Trata-se de aplicação da teoria da causalidade, expressa na previsão do artigo 897 do Código de Processo Civil.

Se revel o credor, não comparecendo em nenhum momento para compor a lide, ainda assim não estará o magistrado eximido da análise dos fatos para julgamento do mérito, tal qual no procedimento ordinário.⁶ O que ocorre é que dificilmente a prova da inexistência ou da justiça da recusa constará dos autos sem alegação do credor, o que leva, de regra, ao julgamento de procedência.

Comparecendo o credor para promover defesa, como dito, a contestação deve limitar-se às matérias previamente descritas no artigo 896 do Código de Processo Civil. Diz-se, pois, que a cognição é parcial, mas exauriente. A doutrina (MEDINA, ARAÚJO e GAJARDONI, 2009, p. 221) admite, entretanto, o uso das exceções e até mesmo da reconvenção.

Diz Silva (1993), com base na jurisprudência mais antiga, que o artigo 896 é uma das questões mais complexas no tema da ação de consignação em pagamento, eis que limita a controvérsia. Interpreta o jurista que a intenção do legislador foi “claramente a de limitar o campo litigioso a uma área menor do que aquela coberta pelas possíveis objeções com que o demandado poderia contar” (SILVA, 1993, p. 38).

Analisando-se a previsão legal, é possível dizer que a restrição quanto à matéria alegável em defesa é uma das características que tornam o procedimento diferenciado, especial. Para cada causa que autoriza a ação de consignação existe uma defesa preestabelecida no Código.

É evidente que, desde que imputada ao credor a responsabilidade pela impossibilidade de se realizar o pagamento direto, pode o réu defender-se com fundamento no primeiro inciso do artigo 896. São irrelevantes outros motivos de discordância, mormente quanto ao valor do débito, quando sequer houve oferta anterior. A existência da recusa está intimamente vinculada à demonstração de interesse na propositura da demanda, como já referido. Concordando com o valor, é imprescindível que o credor demonstre a efetiva inexistência de oferta ou de recusa anterior, sob pena de sua manifestação em juízo ser interpretada como aceitação do pagamento.

Já quando se fala em justiça da recusa são amplos os fundamentos. Pode ser trazida como defesa ao lado da hipótese de insu-

⁶ Em sentido contrário, Silva (1993, p. 54).

ficiência do depósito, defendendo, o credor, a correção das exigências que tenha feito, especialmente no que diz respeito aos encargos cobrados.

Mais uma vez lembrando Silva (1993), por seu turno baseado na jurisprudência do início da década de 90, entende-se complexa a alegação de justiça da recusa. Dentro da hipótese são cabíveis infinitas discussões, que não implicam, porém, dilação do âmbito de julgamento da ação de consignação, que deve se concentrar apenas em dizer sobre o “dever ou direito de pagar” (SILVA, 1993, p. 41).

O depósito feito fora do lugar do pagamento não implica maiores controvérsias, sendo que poderia estar perfeitamente incluído na justiça da recusa. Ao credor não é obrigatório receber de maneira diversa da pactuada, equivalendo a dizer que é lícito a ele recusar-se a receber tal pagamento.

A contestação fundada em incoerência entre o prazo acertado e aquele em que se realizou o depósito está, para o caso que interessa a este trabalho, diretamente relacionada à mora do devedor e à existência de cláusula rescisória.

Duas situações podem ser lembradas. A primeira, que o depósito tenha se dado intempestivamente, de tal forma que já se tenha operado a rescisão prevista no contrato, ou, ainda, que existira outra infração – alteração na estrutura do imóvel sem a ciência da instituição mutuante, por exemplo – com o mesmo efeito. Situação semelhante ocorre quando já foram tomadas as medidas de execução, em especial se já consolidada a propriedade com base no Decreto-Lei 70/66. A segunda é que a negativa de aceitação seja fundada na ausência de oferta dos encargos decorrentes da mora, acompanhando o principal (também enquadrada no inciso seguinte e vinculada à justiça da recusa).

Citam-se tais situações relacionadas à hipótese do inciso III do artigo 896 do Código de Processo Civil em razão do interesse do credor em receber. É certo que, não rescindido o contrato e ofertado o pagamento acrescido dos encargos previstos contratualmente, inexistente justo motivo para que o então réu se recuse a receber. Não haverá, portanto, razão jurídica que se sobreponha ao direito do devedor de se ver livre da obrigação.

Convém, mais uma vez, citar Silva (1993, p. 41), na exegese do artigo 956 e parágrafo único do Código Civil anterior (artigo 395 do CC/2002): “se a demora na execução da obrigação não tornou inútil para o credor a prestação, este não poderá enjeitá-la e a purga da mora é, neste caso, sempre possível”.

Para o objeto deste estudo, a alegação de depósito não integral, última hipótese contemplada pelo artigo 896, mostra-se a mais relevante.

Convém citar Rizzardo (2000, p. 352): “assiste ao credor receber a integralidade do crédito, ou da coisa, ou da obrigação. Não cabe forçá-lo a receber nem menos e nem mais, não importando qual a prestação, consista ela de dinheiro ou de bens”.

O credor pode recusar-se a receber o pagamento que não engloba o principal e eventuais encargos. Deve, entretanto, demonstrar a origem e a correção do valor que entende devido.

O parágrafo único do artigo 896 do Código de Processo Civil é claro: “a alegação será admissível se o réu indicar o montante que entende devido”. Tal qual na impugnação ao cumprimento de sentença fundada no inciso V do artigo 475-L do Código de Processo Civil, por força do parágrafo segundo do mesmo artigo, não cabe alegação genérica de que o montante exigido ou, no caso da consignação, ofertado é equivocado.

Na ação consignatória, como na impugnação, está o magistrado obrigado a indicar o montante efetivamente devido e, por óbvio, as razões da decisão. Dessa forma, a efetiva solução da controvérsia, bem como a viabilidade da execução de eventual valor remanescente, depende da análise específica também das razões da defesa.

Bem lembra o saudoso professor Silva (1993, p. 60), falando do desconhecimento do devedor que impossibilita a apuração do montante devido:

Nas ações de consignação em pagamento dirigidas contra agentes financeiros do Banco Nacional de Habitação – que inundaram, aliás, os foros de todo o país – esta mesma dificuldade aparecia, em razão da extrema complexidade dos cálculos indispensáveis a determinação dos valores das prestações.

Outra peculiaridade da alegação de depósito não integral – e utilidade da indicação, pelo credor, do montante que entende devido – é a necessária intimação do devedor para que o complemente no prazo de dez dias, por força do artigo 899 do Código de Processo Civil. Obviamente a complementação do depósito depende da manutenção da sua utilidade. A hipótese é semelhante à emenda da petição inicial, já que o depósito na ação consignatória é elemento indispensável para seu processamento, com a ressalva da apresentação prévia da contestação.

Sendo a alegação de defesa a insuficiência do depósito e mantida a utilidade da complementação, deve o magistrado intimar o devedor para que, querendo, promova a emenda no prazo decenal. Na forma como prevê a lei, trata-se de direito do devedor à complementação, tendo em vista que, não lhe sendo oportunizada, a consequência lógica será a improcedência de seu pedido inicial e a condenação ao pagamento do remanescente. A

omissão na intimação também não se mostra razoável em virtude da economia e da celeridade processuais.

Quanto ao incontroverso, poderá o credor, de plano, promover o levantamento, por força do disposto no parágrafo primeiro do artigo 899 do Código de Processo Civil, prosseguindo o feito quanto ao restante.

Percebe-se, por tudo, que, mesmo bem descritas no Código, as matérias de defesa na ação de consignação acabam, na prática, tornando-se de difícil discriminação, podendo ser enquadradas em vários incisos a um só tempo. No entanto, sempre estarão ligadas ao depósito ou à oferta.

2.2 Dos efeitos da sentença na ação de consignação em pagamento e do ônus da sucumbência

A natureza da sentença na ação consignatória é eminentemente declaratória, muito embora se possa dizer que o depósito seja constitutivo (RIZZARDO, 2000, p. 367). Sendo o depósito suficiente para liquidar a dívida, a decisão declara extinta a obrigação. Insuficiente o depósito, a decisão irá declarar o valor devido. “O que extingue, portanto, a dívida não é a sentença, mas o depósito do devedor” (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 11).

Comparecendo o credor para aceitar o pagamento, o magistrado declara a quitação da dívida pelo valor do depósito. Equivale a sentença, portanto, a uma declaração de que o valor depositado era efetivamente o total devido (procedência).

Acatando a alegação de inexistência de mora ou recusa do credor, da mesma forma estará a sentença declarando situação preexistente. A ideia inversa também é verdadeira. Igualmente, entendendo justa a recusa do credor em receber o pagamento, ou que o depósito não fora realizado da forma devida, declarará o julgador nesse sentido.

Já com relação ao inciso IV do artigo 896 do Código de Processo Civil, a situação é diversa, merecendo declaração, além da insuficiência do depósito, também o real valor devido.

A aparente contradição reside na possibilidade de execução da diferença entre o valor devido e o valor do depósito, nos termos do parágrafo 2º do artigo 899 do Código de Processo Civil. Não há propriamente uma condenação. Efetivamente, declarado como devido o valor “x + 1”, e não “x” indicado pelo devedor, inexistirá razão para que não se permita a execução da diferença, até mesmo em função da economia processual.

Trata-se de mais uma característica especial do procedimento. Afinal, ao realizar o depósito, o devedor justifica a impossibilidade

de efetivar diretamente o pagamento. Afastada tal causa, restam presentes os requisitos da execução, mormente a existência de *mora debitoris*.

Sendo a sentença vinculada sempre ao depósito como válido para a liberação da obrigação, a parcial procedência da ação consignatória é de difícil visualização, mas entendida como viável para alguns juristas (MEDINA; ARAÚJO; GAJARDONI, 2009, p. 222).

Ocorre que, no caso de consolidação do valor inicialmente incontroverso como o total devido, quem deu causa à ação consignatória foi o próprio credor, que deixou de receber a dívida real injustificadamente (não havendo outras objeções, por certo). Ao contrário, se houver necessidade de complementação ou execução de parcela controversa, o devedor será sucumbente, eis que o réu/credor não era obrigado a receber menos do que lhe era devido. A defesa, nesse caso, poderia ser fundada tanto no inciso II quanto no inciso IV do artigo 896 do Código de Processo Civil.

A situação é idêntica à complementação do depósito, no prazo de dez dias, pelo devedor. O caso não é nada além do reconhecimento do autor/devedor de que efetivamente seu pedido inicial não merecia acolhimento.⁷ Acaso silenciasse o credor, o magistrado poderia, diante da prova dos autos, julgar improcedente o pedido pela insuficiência da oferta.

Tanto é assim que o Código autoriza o prosseguimento do processo para discutir apenas a parcela controvertida, com liberação do incontroverso ao credor. A interpretação de que exista parcial procedência levaria a uma incongruência injustificada. Ora, se o devedor poderia complementar o depósito após a contestação, alcançando a quitação, também é válido aceitar que o credor, não se opondo a (uma) parcela da oferta, obtenha amortização no valor do crédito antes da prolação da sentença.

É muito clara a explicação de Rizzardo (2000, p. 367):

Ora, resta evidente que houve a insuficiência. Por isso, correto concluir que a recusa em receber voluntariamente deveu-se à falta de substância da oferta. Mesmo que dando-se pela procedência da demanda, não é possível considerar o devedor um vencedor. Em vista de sua intervenção, já no processo, deu-se a complementação, a que se sujeitou ou submeteu o devedor. Tinha, pois, cabimento a recusa, na forma proposta. Unicamente em vista de um benefício especial contemplado pela lei é que se evitou o insucesso da lide. Todavia, se fosse pela oferta feita, era certa a derrota judicial.

⁷ Nesse sentido, Silva (1993, p. 70).

Na linha de raciocínio do jurista, a complementação do depósito no curso do processo leva ao reconhecimento de que a alegação de insuficiência, em defesa, foi procedente. O mesmo ocorre no caso de levantamento do valor incontroverso no curso da demanda, com execução ou complementação posterior do remanescente devido. Não há espaço para a parcial procedência.

Seja qual for a solução dada em sentença, é importante que se diga que a coisa julgada existirá apenas quanto à suficiência ou não do depósito realizado nos autos ou, no máximo, que seja este ou aquele o valor devido para viabilizar a execução. Não há espaço, na ação de consignação em pagamento, para “expansão” para outras matérias. Porém, a jurisprudência atual segue por caminho diverso, o qual convém analisar mais detidamente em item próprio.

3 A ampliação de efeitos da ação consignatória vinculada aos contratos de mútuo habitacional

Como já referido, o uso das ações consignatórias foi ampliado e até modificado na atualidade. Como bem explica Theodoro Júnior (2009, p. 24), além das ações consignatórias chamadas “principais ou puras”, há também as ações consignatórias “acessórias, cumulativas ou incidentais”.

O que se pode notar é que o procedimento cedeu, em parte, lugar para o pedido consignatório (incidental), especialmente em demandas revisionais. Apontando, o devedor, os encargos a serem modificados ou extirpados do contrato, indica o valor que entende devido, ou simplesmente o que pode pagar. Visam os devedores, especialmente, impedir sua inscrição ou manutenção em cadastros restritivos de crédito.

Dessa forma, é interessante analisar mais detidamente cada uma das formas nas quais se apresenta a ação (ou pedido) consignatória.

3.1 Da tramitação conjunta de ação consignatória e revisional de contrato

A ação consignatória, como dito, tem o efeito de suspender os encargos da mora em favor do devedor e, julgada procedente, liberá-lo em definitivo da obrigação.

A ação revisional de contrato, por sua vez, é o meio de realizar a relativização do *pacta sunt servanda*. Significa dizer que, em determinadas condições, o contrato firmado entre as partes deixa de ser “lei”, mas, para que possa ser alterado sem a anuência de uma delas, depende de intervenção do Poder Judiciário.

As conclusões do advogado López (2008, p. 190) são de grande esclarecimento:

- a) a ação que comumente se denomina de revisional não tem uma eficácia preponderantemente homogênea, podendo veicular pedidos declaratórios, constitutivos e condenatórios, impondo-se a análise pormenorizada de cada pedido e sua causa para verificar qual sua espécie;
- b) serão 'declaratórios' os pedidos que tiverem por objeto nulidades do negócio jurídico, ou dúvidas concretas sobre interpretação do respectivo contrato; 'constitutivos' os que versarem sobre anulabilidades e revisão do negócio por onerosidade excessiva superveniente (CDC); e 'condenatórios' os que versarem sobre restituição de valores e retorno ao *status quo ante* por conta de invalidades.

Dessa forma, mediante uma gama de pedidos de natureza diversa, visa o autor promover a readequação do contrato. Na maior parte das vezes, a discussão surge em razão da discordância a respeito do valor do débito, originada pela aplicação de encargos previstos nas cláusulas contratuais.

Em alguns casos o efeito liberatório obtido através da sentença na ação consignatória não é suficiente para acabar em definitivo com a lide. É que, com o uso das demandas consignatórias para contratos de mútuo habitacional, nos quais a obrigação de pagar é cumprida através de prestações sucessivas, a declaração de extinção nem sempre abrange o período integral quando – na maioria das vezes – o contrato ainda permanecer ativo.

A rigor, embora declarada extinta a obrigação com relação aos valores depositados, para as parcelas futuras seguirão a atualização e os encargos contratados inicialmente. Para uma alteração definitiva nos parâmetros contratados é necessária intervenção judicial específica.

De regra, o processamento da ação consignatória e da ação revisional se dá de forma conjunta, com sentença única. Assim, além de restarem afastados os encargos da mora, poderá existir um reequilíbrio do contrato também para parcelas futuras.

Nesse caso, a sentença tende a contemplar as necessidades do devedor, mas também abre a possibilidade de o credor, não obstante a alteração do contrato, alcançar eventuais valores não pagos mediante execução nos próprios autos da ação consignatória (§ 2º do artigo 899 do CPC). Convivem lado a lado, portanto, o efeito declaratório da ação de consignação, extinguindo o débito relativo às prestações objeto do depósito, e o constitutivo, dando nova forma ao contrato.

Há necessidade, assim, quando a sentença é dada de forma conjunta, que se relegue à fase liquidatória a apuração do montante devido. Afinal, tanto o credor pode permanecer com algum crédito, quanto o devedor pode ter realizado pagamentos a maior, merecendo restituição ou amortização do próprio saldo devedor. Não se exclui a possibilidade, ainda, de que não haja crédito ou débito remanescentes, com “resultado zero” na liquidação e, por consequência lógica, quitação das obrigações decorrentes do negócio e liberação da garantia.

Outra situação acontece quando é proferida uma sentença para a ação consignatória e outra para a demanda revisional.

Em se tratando de contratos de mútuo habitacional, em que os pagamentos se dão na forma de prestações sucessivas, a declaração do montante devido, seja mensalmente, seja no total, depende, de regra, de revisão de cláusulas contratuais. Tratando-se de revisão, não se fala em simples interpretação dos termos contratados, mas em verdadeira alteração do pacto inicial. Não se está exigindo recálculo ou adequação à intenção expressa no momento da assinatura do negócio. Ao contrário, a procedência do pedido do devedor na ação consignatória depende de modificação do contrato.

Não obstante, a sentença prolatada na ação consignatória limita-se a declarar a suficiência ou não do depósito (pronunciamento abarcado pela coisa julgada). Ocorre que, declarado como devido determinado valor, e não outro, sem que se tome por base o rigor das cláusulas do contrato inicialmente firmado, certamente estará a sentença reconhecendo a necessidade de revisão.

Paralelamente, existindo demanda revisional em curso, a sentença terá o efeito não apenas de redesenhar o negócio jurídico objeto da lide, mas também de reconhecer, por vias transversas ou mediante declaração direta, a suficiência ou não do depósito realizado na ação consignatória.

Em síntese, ambas as demandas, consignatória e revisional, acabam possuindo o mesmo objeto de análise, dependendo, a eficácia da coisa julgada de cada uma delas, uma da outra. Fica claro, portanto, que problema surge quando o processamento da ação consignatória e da ação revisional se dá em separado, originando sentenças, muitas vezes, conflitantes.

Em uma primeira situação, a decisão prolatada na ação consignatória pode acabar tendo efeito revisional, o que será tratado no tópico seguinte. Diga-se, apenas, que nesse caso existe o risco de verdadeira litispendência ou mesmo ofensa à coisa julgada, eis que a ação de consignação em pagamento será “equiparada” a verdadeira demanda revisional. Em hipótese não menos contro-

vertida, a demanda consignatória poderá ampliar o objeto da revisão em ação específica.

De outro lado, prolatada a sentença na ação revisional, restará vinculada a decisão na ação consignatória quanto à suficiência do valor depositado. Porém, outra importante questão surge se prolatada primeiramente a sentença na ação consignatória.

Nesse caso, a sentença da ação de rito especial não poderá declarar, em definitivo, a quitação da obrigação. Ocorre que, como já dito, a limitação do valor devido depende de readequação do contrato. A alternativa encontrada por muitos julgadores é a prolação de sentenças condicionais, o que é vedado no ordenamento brasileiro (parágrafo único do artigo 460 do CPC).

Muito embora bem delineadas uma e outra, há confusão na interpretação das duas demandas, normalmente atribuindo efeito revisional à demanda consignatória, ampliando as cláusulas contratuais em discussão.

A maior dificuldade surge no momento da implantação das decisões proferidas em separado. Afinal, se o montante devido é declarado em sentença na ação de consignação em pagamento, é jurídica e faticamente impossível buscar um novo valor através da aplicação da sentença originada na ação revisional. Mais: é comum que as sentenças na ação de consignação em pagamento extrapolem seus limites para determinar a revisão do contrato e, assim, liquidar a obrigação. Porém, alteram a forma de amortização do saldo devedor ou cálculo de juros, por exemplo, quando a sentença na ação revisional prevê de forma diversa. Em choque duas decisões, resta ao credor buscar alternativa coerente.

Por tudo, a tramitação conjunta de ação de consignação em pagamento e ação revisional, muito embora causadora de menor controvérsia de fato, não se mostra coerente com os procedimentos de uma e de outra. Parece mais acertado seguir a orientação legal (Lei 10.931/04) e incluir pedido de consignação no próprio bojo da ação revisional.

Quanto ao processamento em separado, mas paralelo, de ação consignatória e revisional, ou o tratamento dado à consignatória, não condiz com seu objeto na forma da regulamentação legal, confrontando com a ação de rito ordinário, ou a decisão poderá, de igual forma, entrar em confronto com a sentença desta. Seja por usurpar o efeito da sentença, seja por declarar a suficiência ou não do depósito, a sentença da ação consignatória irá, de regra, impactar no cumprimento da ação revisional.

Em qualquer dos casos, o desvirtuamento do objeto do procedimento especial acaba confundindo mais do que solucionando a

lide do direito material, problema dificilmente observado pelos magistrados, seja em Primeira ou em Segunda Instância.

3.2 Da cumulação de pedido consignatário com pedido revisional e da ação de consignação em pagamento com efeito revisional

Também o ajuizamento de demanda consignatória não cumulada, seja incidentalmente, seja em apenso, com ação revisional, por vezes ocasiona verdadeiras alterações contratuais. Nesse contexto, é interessante analisar até que ponto se presta a ação consignatória sob seu procedimento especial.

Uma primeira situação ocorre quando o autor, a despeito de propor ação consignatória, cumula com o pedido de depósito e de declaração da extinção da obrigação também outros, dos quais depende tal extinção. Busca, em verdade, a liquidação da dívida através da alteração do contrato.

A doutrina (MEDINA; ARAÚJO; GAJARDONI, 2009, p. 219)⁸ admite a referida cumulação de pedidos, baseando-se na jurisprudência. Ocorre que a própria jurisprudência é vacilante, tendendo a ver tal prática com cautela.

No Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS), as decisões mais recentes tendem a acatar o processamento pelo rito ordinário quando cumulados pedidos de consignação e de revisão. Em decisão mais antiga, no entanto, mas posterior à reforma de 1994, pode-se perceber resistência em permitir a cumulação, não obstante sem a devida justificativa (BRASIL, 2000a).

Já no Superior Tribunal de Justiça a contradição é evidente nas ementas a seguir transcritas:

[...] Ora, no caso da ação consignatória, além de ter rito especialmente amoldado à satisfação específica do direito material de liberar-se da obrigação, sua adoção, na forma como estabelecida a partir da reforma processual de 1994, é também de interesse do réu, não só por lhe ser facultado levantar antecipadamente os depósitos (CPC, art. 899, § 1º), mas sobretudo porque poderá, ao final, obter tutela jurisdicional em seu favor (art. 899, § 2º). Trata-se de ação dúplice, em que a tutela em favor do réu é dada independentemente de reconvenção, o que não ocorre no procedimento comum. Assim, porque prejudicial ao réu, já não dispõe o autor da faculdade de optar pelo rito comum, ao exercer a sua pretensão de consignar em pagamento (BRASIL, 2009).

⁸ Por interpretação, Theodoro Júnior (2009, p. 31), entre outros.

Diferentemente:

Ação de consignação em pagamento. Cumulação de pedidos. Precedentes da Corte.

1. Já decidiu a Corte ser possível em ação de consignação em pagamento “examinar o critério de reajustamento em contratos de mútuo para a aquisição da casa própria” (REsp nº 257.365/SE, de minha relatoria, DJ de 18/6/01). Há, também, precedente no sentido de que se admite “a cumulação dos pedidos de revisão de cláusulas do contrato e de consignação em pagamento das parcelas tidas como devidas por força do mesmo negócio jurídico” e de que quando o autor cumula pedidos “que possuem procedimentos judiciais diversos, implicitamente requer o emprego do procedimento ordinário” (REsp nº 464.439/GO, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, DJ de 23/6/03).
2. Não viola o art. 292, § 1º, I e II, do Código de Processo Civil a decisão que defere ao autor a possibilidade de opção pelo procedimento ordinário antes do indeferimento da inicial.
3. Recurso especial não conhecido (BRASIL, 2005).

No Tribunal Regional Federal da Quarta Região (TRF4), por sua vez, as decisões expressam o entendimento (paradoxal) do Superior Tribunal de Justiça (STJ). No julgamento da Apelação nº 2001.71.00.029953-1 (BRASIL, 2006), cujo objeto era um contrato de financiamento imobiliário, por exemplo, além de permitir a cumulação dos pedidos e o processamento pelo rito ordinário, o Tribunal também acatou o pedido do mutuário de procedência parcial, com apuração do montante devido em liquidação e posterior complementação dos depósitos ou compensação de valores pagos a maior com prestações vincendas. Os honorários também foram compensados.

Poucos anos antes, no entanto, em acórdão da relatoria da Desembargadora Maria de Fátima Freitas Labarrère (BRASIL, 2000b), ficam expressos os motivos pelos quais, em se tratando de ação consignatória, não existe possibilidade de cumulação com pedidos de rito ordinário: a compatibilidade de procedimentos e a adoção do rito unicamente em proveito do autor.

Percebe-se que ora se admite a cumulação dos pedidos com opção pelo procedimento ordinário, ora se reconhece caráter dúplice à ação consignatória, impedindo a opção a ser feita pelo devedor. Defendendo a primeira hipótese está Theodoro Júnior (2009, p. 16, grifos do autor):

Deve-se reconhecer, todavia, que, diante do permissivo do art. 292 do Cód. Proc. Civil, mostra-se perfeitamente admissível a cumulação do pedido consignatório com

outros pedidos diferentes, num mesmo processo, desde que, desprezado o rito especial da ação de consignação em pagamento, e verificada a unidade de competência, observe-se o procedimento ordinário.

Daí falar-se, em doutrina, de ação consignatória *principal* e ação consignatória *incidente*. Por ação consignatória principal entende-se a que tem por único objetivo o depósito da *res debita* para extinção da dívida do autor.

O depósito em consignação, por outro lado, é *incidente*, quando postulado em pedido cumulado com outras pretensões do devedor.

Com a devida vênia ao posicionamento adotado, a chamada “ação consignatória incidente” não é verdadeira ação de consignação, mas “pedido consignatório”, com natureza diversa. Não há como reconhecer, nesse pedido, o caráter particular das ações de consignação em si, senão uma forma de realização dos artigos 273 ou 798 do Código de Processo Civil.

Ainda que “inspirado” na ação típica consignatória, o objetivo do pedido incidental não é a simples liberação da obrigação, tal qual na ação especial. Há, isso sim, interesse em ver resguardados o nome do devedor ou a sua posse sobre o bem enquanto se discute a regularidade do contrato ou simplesmente da dívida. É certo que, ao final, o depósito provavelmente será utilizado para amortização da dívida, se existente, sob determinação judicial, apropriando-se cada depósito para a prestação a que equivaleria. No entanto, esse não é o objetivo direto do pedido consignatório cumulado com revisão.

Também se deverá considerar que não existem (ou não devem existir), no caso do “pedido consignatório”, limites às matérias alegáveis em contestação. Seguindo o rito ordinário cabível no caso de ações revisionais de contrato, não há que se falar em complementação de depósito ou execução da diferença entre o devido e o depositado nos próprios autos. Registre-se que, a critério do juiz, a sentença poderia trazer tal possibilidade, mas totalmente desvirtuada tanto do rito ordinário quanto do rito especial da ação de consignação.

Em outro plano estão as demandas intituladas ações de consignação em pagamento, mas que contêm em seu fundamento o intuito de modificar o contrato. Também nessas o objetivo não é propriamente a simples liberação do devedor, mas sim a readequação do contrato, tanto para o período compreendido no depósito quanto para parcelas futuras.

O problema consiste em se ampliar, no âmbito do rito especial da ação consignatória, os efeitos pretendidos com a sentença. Afi-

nal, a natureza especial do procedimento leva a que a própria matéria suscetível de alegação seja restrita. Assim, se outras questões forem trazidas ao processo, deverão ser ampliados, também, os limites da defesa. A consequência é a própria perda do procedimento especial.

Parte da doutrina e da jurisprudência vê a “transmutação” do procedimento com naturalidade. Alguns autores, como Theodoro Júnior, (2009, p. 31) e Medina, Araújo e Gajardoni (2009), dos quais se ousa discordar, consideram que há, quando contestada a ação consignatória, conversão do rito especial para o rito ordinário.

A discordância reside em dois aspectos principais. Primeiro, no próprio caráter dúplice atribuído ao rito especial da ação de consignação em pagamento. O que torna o procedimento diverso do ordinário não é apenas o depósito inicial, mas a discriminação, pelo Código, das matérias alegáveis em defesa; a tramitação diversa, com possibilidade de verdadeira emenda à inicial após – e em razão da – contestação; e, por fim, a viabilidade de execução de diferenças em favor do réu. Dessa forma, a contestação da ação consignatória abre possibilidade de apresentação de mais uma característica especial do procedimento, que nada tem a ver com o rito ordinário. Segundo, no Código de Processo Civil antigo, artigo 317, § 2º, havia expressa menção à conversão do rito especial em ordinário após a contestação. Diferentemente, não há referência no Código vigente. Dessa análise se conclui que a omissão da legislação atual não é uma lacuna, mas intenção do legislador, justamente em razão da inserção de outras características especiais relevantes ao procedimento.

Por outro lado, quando o Código determina a conversão do procedimento, é expresso, tal qual nas ações monitórias (§ 2º do art. 1.102-C do Código de Processo Civil). Aqui, após irrestrita defesa do réu, o autor (e não o demandado) pode ver procedente seu pedido, completando sua vitória com a constituição do título executivo.

Se a suficiência do depósito é defendida com base na alteração do contrato, não há como pretender que a revisão componha a coisa julgada, expandindo efeitos para além do montante depositado nos autos. Igualmente, se o que se pretende é que o pedido seja efetivamente acolhido através da modificação das cláusulas, se está diante de ação revisional, e não consignatória.

Nesse sentido, o que se extrai do ensinamento de Theodoro Júnior (2009, p. 15), a despeito de defender, na mesma obra, a viabilidade da conversão do rito especial para ordinário quando contestada a ação consignatória, é o seguinte:

Não se admite, portanto, que o autor da consignação venha a utilizar o procedimento especial dos arts. 890-900 para impor o depósito de uma prestação cuja exis-

tência jurídica pressuponha sentença constitutiva, como as oriundas de inadimplemento contratual ou de anulação de negócio jurídico por vício de consentimento ou vício social. Enquanto, pelas vias ordinárias, não se apurar a existência definitiva da obrigação e não se definir, com precisão, o seu montante, a iliquidez e incerteza afetarão o relacionamento jurídico das partes e inviabilizarão o depósito em consignação.

A validade do pacto como um todo ou das cláusulas contratuais não pode ser discutida no âmbito do rito especial previsto para as ações de consignação. Caso contrário, sequer haveria a especialidade do procedimento, bem como a previsão das matérias alegáveis em contestação.

A ação de consignação não é o caminho para discussão sobre a *causa debendi*. Como ensina Pontes de Miranda, o que realça o procedimento do art. 890 e ss. do CPC é a *oblação real*. O devedor quer cumprir com a obrigação mediante o depósito integral da quantia ou o depósito da coisa. Dentro desta perspectiva, não haveria possibilidade de o devedor discutir a validade de cláusulas ou depositar as parcelas com o intuito de rever o valor contratado. Neste caso, a ação, com nítido caráter revisional, deveria ser processada pela via ordinária com pedido cumulado de consignação para obtenção de alguma eficácia antecipada [...] (MEDINA; ARAÚJO; GAJARDONI, 2009, p. 214).

[...] a ação de consignação revela meio de liberação e não de discussão sobre o *quantum debeatur*. Tratando-se de disputa sobre o valor devido, cai por terra a utilização do procedimento especial. Será caso de uma ação ordinária (MEDINA; ARAÚJO; GAJARDONI, 2009, p. 219).

Como já dito, ao pretender uma readequação contratual da qual dependerá a suficiência da oferta, não está o devedor propondo uma ação de consignação com outro pedido qualquer cumulado. A intenção é a revisão do contrato, sendo a liberação da obrigação mera consequência, mas condicionada à alteração do pacto. O depósito é meio de obtenção de outros benefícios. Não há identidade entre o pedido de autorização do depósito e o pedido típico da ação de consignação em pagamento. E, assim sendo, independentemente do nome atribuído à ação ajuizada, será ela eminentemente revisional, com sentença constitutiva.

3.3 As sentenças no âmbito das ações de consignação em pagamento e os contratos de mútuo habitacional

Já foi mencionado nos tópicos anteriores que os contratos de mútuo habitacional, seja pela relevância de seu objeto, seja pelo

prazo alongado ou a instabilidade da economia, são o fundamento mais comum das ações (ou pedidos) de consignação em pagamento.

Reconhecendo tais fatos, o próprio legislador procurou regulamentar a situação, estabelecendo, na Lei 10.931/04, que o valor incontroverso não deve ser depositado em juízo, mas sim pago diretamente ao credor na forma pactuada. Quanto ao valor controvertido, entretanto, é viabilizado o depósito com a consequente suspensão da exigibilidade pelo credor.⁹

O depósito de prestações sucessivas, aliás, é o grande nicho das ações de consignação em pagamento. Salvo algumas situações especiais em que algum resíduo controvertido impede a quitação do contrato e a liberação do bem dado em garantia, na maior parte das vezes é o próprio valor mensal que assusta o “mutuário da casa própria”.

Nessa linha, convém frisar que um mero esclarecimento é perfeitamente cabível como fundamento para a propositura de ação de consignação em pagamento. Se a cláusula é dúbia, ou os encargos não são devidamente descritos, nada mais certo do que acatar a consignação, evitando que o devedor venha a sofrer prejuízos.¹⁰ Caberá ao magistrado apenas, mediante análise do próprio contrato ou de operações similares, declarar a suficiência do depósito.

Porém, não há espaço para ação de consignação em pagamento quando a real intenção é a modificação do contrato, ainda que a fundamentação seja justa. Isso porque a sentença, nesse caso, não irá apenas declarar o índice devido que leva à suficiência do valor, por exemplo, mas sim constituir relação jurídica diversa daquela acertada entre as partes.

A intervenção do Poder Judiciário nos negócios jurídicos é inteiramente lícita e salutar para que se mantenha o equilíbrio entre as partes e o respeito à legalidade. No entanto, como medida excepcional de quebra do acerto de vontades e daquilo que, até então, era lei entre as partes, merece processamento pelo rito ordinário.

Se o objetivo da demanda é a alteração de parâmetros de juros, a despeito do contratado, ou troca do sistema de amortização (ambos como exemplo), não se vislumbra hipótese de consignação. Isso porque não há como o magistrado simplesmente declarar

⁹ No entanto, a regra possui aplicação vacilante entre os magistrados e, quando aplicada, encontra dificuldades de implementação por parte das instituições financeiras. Em tempos de sistema informatizado, é tarefa árdua comandar a quitação parcial de cada prestação.

¹⁰ Lembre-se, aqui, a situação ocorrida em meados de 1991, com a extinção do IPC.

indevidas algumas cláusulas sem constituir novas. Também o devedor não pode pretender a liberação da obrigação pelo depósito sem antes existir a revisão do contrato.

Igualmente, no âmbito restrito do procedimento especial da ação de consignação, não há espaço para repetição de indébito. Afinal, se a alteração do contrato se der de forma que toda a relação de trato sucessivo mereça alteração, é possível que alguns valores tenham sido já pagos a maior. É difícil enquadrar a repetição do montante equivalente às prestações anteriores no rito da ação consignatória.

O que se está a defender não é a impossibilidade de revisão dos contratos, mas a certeza de que cada procedimento é criado com um objetivo. A efetividade do processo está relacionada à utilização dos meios necessários e adequados à satisfação dos direitos, garantindo o devido processo legal para ambas as partes.

Mas, se ninguém duvida que o processo deve responder ao direito material e à realidade social, e a ação abstrata e as sentenças processuais (classificadas à luz do direito processual) não podem identificar a necessidade do autor ou explicar o resultado do processo no plano do direito material, é preciso procurar algo que identifique tudo isso, pois somente assim será possível verificar se o direito processual possui técnicas processuais capazes de atender ao direito material. Em outros termos, para analisar a efetividade do processo no plano do direito material e, assim, sua concordância com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, é imprescindível tomar consciência das necessidades que vêm do direito material, as quais traduzem diferentes desejos de tutela (MARINONI, 2004, p. 147).

A lição de Marinoni (2004) resume bem as duas situações postas no que diz respeito aos contratos de mútuo habitacional. Se o desejo é o de depositar o montante que irá ensejar a quitação da obrigação, o caso é de ação de consignação em pagamento. Se, por outro lado, o objetivo do autor é, primeiramente, obter uma alteração no contrato, para só então, em consequência, ver-se liberado da obrigação, o âmbito de análise é bem mais amplo, não cabendo ação consignatória.

Afinal, cada procedimento é desenvolvido para conceder a tutela efetiva e necessária para cada lide gerada no direito material. O desvirtuamento dos procedimentos acaba não apenas dificultando a solução satisfatória, mas também os direitos decorrentes do devido processo legal.

Conclusão

A consignação em pagamento é meio especial de extinção das obrigações. O procedimento especial previsto no Código foi desenvolvido com um objetivo bem definido: viabilizar a liberação do devedor de uma obrigação que ele reconhece, mas que por motivos alheios à sua vontade não pode cumprir da forma normal.

Em razão disso, o procedimento da ação de consignação em pagamento foi aprimorado, permitindo solução mais célere. Pode o credor levantar o valor incontroverso no curso da lide, prosseguindo a ação para discutir o remanescente. Ou, ainda, concordando o devedor com a diferença indicada na contestação, poderá complementar a oferta em juízo, extinguindo a lide. Isso, somado à previsão do procedimento extrajudicial e do caráter dúplice da ação de consignação em pagamento, reforça a ideia de que a tutela objeto do procedimento especial é apenas a extinção da obrigação.

O que ocorre é que, especialmente nas lides que envolvem os contratos de mútuo habitacional, com suas diversas regulamentações e cláusulas, o uso do que se chama ação de consignação em pagamento ou pedido consignatório na verdade não passa de uma forma de se obter tutela diversa: a revisão do contrato.

Seja cumulando pedidos, seja relegando para os fundamentos da oferta (e posteriormente da própria sentença) as questões que envolvem a alteração do contrato, o procedimento especial e sumário das ações de consignação em pagamento vem tomando outras formas, mascarando verdadeiras ações revisionais de contrato.

No momento em que o magistrado é desafiado a constituir novas cláusulas, modificando encargos, sistema de amortização ou sistema de reajuste, por exemplo, seja de forma clara, seja como fundamento para declaração da suficiência do depósito, já não se estará diante de uma ação de consignação em pagamento.

A solução mais acertada, no caso, não parece ser a simples alteração do rito especial para o rito ordinário, ainda mais em face do flagrante interesse do réu na solução da lide para execução judicial de eventual diferença. A melhor técnica, isso sim, é adequar a forma da ação ao seu verdadeiro objetivo, expresso nos pedidos ou mesmo nos fundamentos indicados. Assim, se o magistrado constata que, a despeito do nome atribuído à ação, para efetiva tutela do direito pretendido é necessário analisar e alterar o contrato, deverá intimar o autor para, querendo, emendar a ini-

cial. Dessa forma o réu poderá contestar devidamente a lide, sem as limitações da ação de consignação em pagamento. É evidente que essa é a alternativa para conceder a resposta necessária ao pleito do autor.

O uso indiscriminado das ações de consignação em pagamento para obter tutelas diversas daquela a que a espécie se propõe acaba não apenas deixando de conceder a resposta necessária, como também prejudicando a interpretação e o cumprimento das decisões.

É preciso que se compreenda que os procedimentos regulamentados pela lei não visam a engessar, mas sim a melhor tutelar os direitos em jogo. Salutar, portanto, que partes e julgadores se empenhem em utilizá-los, cada qual para alcançar o objetivo para que foram pensados.

Referências

BRASIL. Banco Central do Brasil. Resolução nº 1.129, de 15 maio de 1986. Disponível em: <<https://www3.bcb.gov.br/normativo/detalharNormativo.do?N=086046895&method=detalharNormativo>>. Acesso em: 7 jan. 2010.

_____. Decreto-Lei nº 70, de 21 de novembro de 1966. Autoriza o funcionamento de associações de poupança e empréstimo, institui a cédula hipotecária e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0070-66.htm>. Acesso em: 5 dez. 2009.

_____. Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964. Institui a correção monetária nos contratos imobiliários de interesse social, o sistema financeiro para aquisição da casa própria, cria o Banco Nacional da Habitação (BNH), e Sociedades de Crédito Imobiliário, as Letras Imobiliárias, o Serviço Federal de Habitação e Urbanismo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4380.htm>. Acesso em: 7 jan. 2010.

_____. Lei nº 8.951, de 13 de dezembro de 1994. Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre as ações de consignação em pagamento e de usucapião. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L8951.htm>>. Acesso em: 5 dez. 2009.

_____. Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L9514.htm>>. Acesso em: 7 jan. 2010.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 25 nov. 2009.

_____. Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o De-

creto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.931.htm>. Acesso em: 25 nov. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 616.357-PE. Recorrente: Caixa Econômica Federal. Recorrido: João Romero Pereira de Santana. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 7 de junho de 2005. DJ 22/08/2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200302202658&pv=0100000000000&tp=51>>. Acesso em: 25 nov. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 816.402-RS. Recorrente: Sinécio Jacobus Klein e Cônjuge. Recorrido: Caixa Econômica Federal. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Brasília, 15 de setembro de 2009. DJe 23/09/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200600165155&pv=0100000000000&tp=51>>. Acesso em: 25 nov. 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70000040733. Apelante: Banco Ford S.A. Apelado: Rui Barbosa de Souza. Relator: Marco Aurélio de Oliveira Canosa. Porto Alegre, 18 de novembro de 1999. DJ 04/04/2000a. Disponível em: <http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi% E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70000040733&num_processo=70000040733>. Acesso em: 28 fev. 2010.

_____. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. AG nº 2000.04.01.047342-7. Agravante: Graça Maria Crespo Gay da Fonseca. Agravado: Caixa Econômica Federal. Relatora: Maria de Fátima Freitas Labarrère. Porto Alegre, 10 de agosto de 2000. DJ 27/09/2000b. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/acompanhamentoresultado_pesquisa.php?txtValor=200004010473427&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=S&todasfases=S&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=93ccbec1a22eeb83fc04a5f88e6e4dd&txtPalavraGerada=JURI&PHPSESSID=b4661522e1f6f02368ab22f2156780ca>. Acesso em: 28 fev. 2010.

_____. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. AG nº 2001.71.00.029953-1. Apelante: Vilma Antunes Fanfa. Apelado: Caixa Econômica Federal. Relator: Luiz Carlos de Castro Lugon. Porto Alegre, 16 de maio de 2006. DJ 02/08/2006. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/acompanhamento/resultado_pesquisa.php?selForma=NU&txtValor=200171000299531&chkMostrarBaixados=S&selOrigem=TRF&hdnRefId=1b72f20f720b8e335fafa262f29c664a&txtPalavraGerada=JURI>. Acesso em: 28 fev. 2010.

LÓPEZ, Éder Maurício Pezzi. A ação revisional de contrato bancário e suas implicações com o processo executivo. **Revista de Direito da ADVOCEF** – Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal, Porto Alegre, ano III, n. 6, p. 169 a 191, maio 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, L. G.; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos Especiais**. Curso de Direito Processual Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 5.

MEDINA, José . Miguel. Garcia.; ARAÚJO, Fabio . Caldas. de; GAJARDONI, Fernando. da Fonseca. **Procedimentos Cautelares e Especiais**. Coleção Processo Civil Moderno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Obrigações**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA, Ovídio Araújo Batista da. **Procedimentos Especiais** – exegese do Código de Processo Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. III – Procedimentos Especiais. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

O julgamento dos recursos repetitivos no âmbito do STJ e as ações de massa do SFH

Ana Paula Gonçalves da Silva

*Advogada da CAIXA em Belo Horizonte
Especialização em Direito Público (área de
concentração Processo Civil) pela
Universidade de Brasília.*

RESUMO

O artigo tem por objetivo analisar o julgamento dos recursos especiais repetitivos, introduzido no Código de Processo Civil pela Lei nº 11.672/2008. Por meio de pesquisa dogmática e instrumental e da técnica bibliográfica, sistematizou-se a doutrina jurídica, a fim de investigar o julgamento dos recursos especiais repetitivos, fruto da Reforma do Judiciário na busca da racionalização dos serviços jurídicos para permitir a concretização do direito à celeridade na tramitação dos processos, com destaque para as ações de massa que têm por objeto o Sistema Financeiro da Habitação. O estudo do novíssimo instituto possibilitou verificar que além de atender ao propósito de garantir o gozo do direito a uma duração razoável do processo, a técnica pode imprimir maior segurança jurídica nas decisões proferidas nas chamadas ações de massa, evitando, assim, a ocorrência de decisões contraditórias sobre o mesmo assunto.

Palavras-chave: Superior Tribunal de Justiça. Recurso repetitivo. Sistema Financeiro da Habitação. Ações de massa.

ABSTRACT

The article aims to analyze the trial of repetitive special features introduced in the Code of Civil Procedure by Law 11.672/2008. Through research dogmatic and instrumental, and technical literature, systematized to legal doctrine in order to investigate the trial of the special repetitives appeals, the result of Judicial Reform in the quest for rationalization of legal services to enable the realization of the right to speed in dealing with cases, especially in the mass actions that focus on the Housing Finance System. The study enabled the brand new institute found that in addition to meeting the purpose of ensuring the enjoyment of the right to a reasonable length of proceedings, the technique can print more legal certainty in the decisions made in so-called mass action, thus avoiding the occurrence of conflicting decisions on the same subject.

Keywords: Superior Court of Justice. Repetitive appeal. Housing Finance System. Mass actions.

Introdução

Tem-se observado no Brasil o fenômeno de um acelerado crescimento do número de processos judiciais. Segundo dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no relatório Justiça em Números 2008 (BRASIL, 2009a), a Justiça Federal ordinária recebeu, naquele ano, 1.896 novos casos por 100.000 habitantes na primeira instância.

A Taxa de Congestionamento (casos pendentes de julgamento somados aos casos novos) na Justiça Federal chega à média de 76,1%.

O aumento no número dos processos é decorrente de vários fatores, e um deles é o crescimento de ações repetitivas ou ações de massa. Mais recentemente, tem-se observado uma corrida dos jurisdicionados ao Judiciário para pleitear o recebimento de reflexos inflacionários sobre os saldos de cadernetas de poupança.

Um efeito deletério desse crescimento é a morosidade no julgamento das demandas. Logo, não é de se surpreender que a garantia do gozo ao direito à celeridade processual, previsto no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, tenha sido o foco de recentes reformas do processo civil. Entre as mudanças, pode ser destacada a nova sistemática de julgamento de recursos especiais, da competência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), introduzida pela Lei nº 11.672/2008.

O objetivo do presente trabalho é analisar essa inovação legislativa e verificar sua utilidade no julgamento das ações de massa, especialmente para assegurar aos jurisdicionados maior segurança jurídica, tomando por base aquelas que possuem por matéria os contratos de financiamento firmados sob a égide da legislação do Sistema Financeiro da Habitação (SFH).

Espera-se com este trabalho demonstrar que o julgamento pela nova sistemática é um fator de diminuição da litigiosidade. Como exemplo, elegeu-se o caso do REsp 969.129/MG, no qual o STJ analisou tese recorrente nas ações de crédito imobiliário.

1 O julgamento dos recursos repetitivos no âmbito do STJ

1.1 Recursos especiais repetitivos

Para regular a vida em sociedade, o Estado exerce atividades jurídicas, entre as quais a jurisdicional. Por esta o Estado busca a

realização prática das normas em caso de conflitos interpessoais, declarando o preceito pertinente para que seja obtida a pacificação na demanda levada ao seu exame.

Dada a complexidade crescente das relações sociais, com a consequente necessidade de divisão das competências para o julgamento das causas, e também com vistas à melhor distribuição das atividades do Judiciário, a Constituição Federal¹ brasileira organizou as “justiças” comuns (federal e estadual) e especializadas (eleitoral, do trabalho, militar).

A Carta Política reservou também competências específicas para as Cortes Superiores, que atuam tanto como instâncias originárias quanto como instâncias revisoras das decisões prolatadas pelos órgãos a elas submetidos e de uniformização do entendimento jurisprudencial no âmbito nacional.

Cuida-se de destacar no presente estudo especificamente o STJ, criado pela Constituição Federal de 1988 e responsável pelo papel de defensor da lei federal e de unificador do direito federal comum.

Entre as competências do STJ, definidas no artigo 105 da Constituição, ressaltamos a de 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 dos Territórios, quando a decisão recorrida: “a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”.

A palavra recurso, segundo Alvim (2007, p. 309), se origina do latim *recursus*, “que traz a idéia de voltar atrás, e, daí, o emprego dessa palavra para traduzir aquele ato através do qual se pode pedir o reexame da questão decidida”. O recurso é, em apertada síntese, o meio hábil à solicitação de reexame de uma decisão judicial.

¹ “Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

I - o Supremo Tribunal Federal;

I-A o Conselho Nacional de Justiça; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

II - o Superior Tribunal de Justiça;

III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;

IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho;

V - os Tribunais e Juízes Eleitorais;

VI - os Tribunais e Juízes Militares;

VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

§ 1º O Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça e os Tribunais Superiores têm sede na Capital Federal.

§ 2º O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm jurisdição em todo o território nacional.”

No ensino de Dinamarco (2003, p. 105-106),

recorre-se da decisão que acolhe ou rejeita alguma pretensão no curso do processo sem pôr-lhe fim (decisões interlocutórias), de decisões que põem fim ao processo com ou sem julgamento do mérito (sentenças), de decisões tomadas pelos tribunais (acórdãos). Só não comportam recurso os despachos de mero expediente, porque eles não contêm decisão alguma, limitando-se a dispor sobre o impulso do processo e ordenação dos atos processuais; não há como pedir nova decisão, em face de atos sem qualquer conteúdo decisório (CPC, art. 504).

O recurso especial tem por objetivo, nos contornos que lhe dá a Constituição Federal e a lei processual civil, dar interpretação uniforme à legislação federal.

Com a Reforma do Judiciário, que buscou essencialmente a racionalização dos serviços jurídicos para permitir a concretização do direito à celeridade na tramitação dos processos, a Lei nº 11.672/2008 acrescentou ao Código de Processo Civil o artigo 543-C, que cuida do procedimento para julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça dos recursos especiais “repetitivos”.

Ficou assim redigido o dispositivo legal:

Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. § 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça.

§ 2º Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

§ 3º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia.

§ 4º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.

§ 5º Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4º deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias.

§ 6º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

§ 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:

I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou

II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.

§ 8º Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial.

§ 9º O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo.

Na exposição de motivos da alteração legal, o Ministro da Justiça (anexo a) assim justificou a introdução da técnica de julgamento dos recursos especiais repetitivos:

O presente projeto de lei é baseado em sugestão do ex-membro do Superior Tribunal de Justiça, Ministro Athos Gusmão Carneiro, com o objetivo de criar mecanismo que amenize o problema representado pelo excesso de demanda daquele Tribunal. [...] Somente em 2005, foram remetidos mais de 210.000 processos ao Superior Tribunal de Justiça, grande parte deles fundados em matérias idênticas, com entendimento já pacificado naquela Corte. [...] Com o intuito de amenizar esse problema, o presente anteprojeto inspira-se no procedimento previsto na Lei nº 11.418/06, que criou mecanismo simplificando o julgamento de recursos múltiplos, fundados em idêntica matéria, no Supremo Tribunal Federal.

Contudo, o que se pode entender por “recurso repetitivo”?

Não raramente são levadas ao exame do Judiciário, através de ações que alcançam as casas dos milhares, questões de direito recorrentes, em que os aspectos fáticos discutidos têm pouca ou nenhuma relevância na diferenciação das lides. Como reflexo, os recursos interpostos em razão das decisões também são semelhantes entre si e, muitas vezes, idênticos. Dada a existência de tal similaridade, bastaria o julgamento de apenas um recurso, uma espécie de caso-piloto.

A similaridade, há que se esclarecer, não está no mérito da demanda, mas nas questões de direito nela tratadas. Andrade (2008, p. 19) escreve que

tratando-se de questão de direito, ela deverá servir como fundamento jurídico dos “múltiplos” recursos. Vale dizer, se os argumentos sustentados em determinado recurso especial discrepar da linha argumentativa predominante e previamente existente nos “múltiplos” recursos, então o referido REsp não deverá submeter-se ao procedimento previsto no art. 543-C do CPC, ainda que se trate da mesma tese jurídica (matéria *sub judice*).

Serau Júnior e Reis (2009, p. 51) apontam que a técnica pressupõe a observância de dois aspectos, um de ordem quantitativa, outro de ordem qualitativa. O primeiro corresponde à necessidade de a questão de direito repetir-se em um número elevado de demandas. O segundo está relacionado tanto à necessidade de a questão debatida nos vários recursos ser exclusivamente de direito (o que, aliás, é imposição da própria posição especial da Corte Superior, que não tem natureza jurídica de “terceira instância”) quanto à de que o recurso selecionado para julgamento traga mais e melhores argumentos a respeito da interpretação a ser dada à legislação federal sob apreciação no caso concreto.

Como já se referiu, a alteração legislativa foi imaginada como uma forma de desafogar o Poder Judiciário, com a instituição do julgamento uniforme de recursos repetitivos no âmbito do STJ, além de promover uma redução nos procedimentos protelatórios, que obrigam a delonga na aplicação da justiça aos casos concretos.

Há, entretanto, aqueles que veem com cautela a técnica, que em tese poderia trazer alguma dificuldade à ampla defesa das partes litigantes, como menciona Braga (2008):

Em oito de maio de 2008 fora publicada a Lei nº 11.672/2008, de 8 de maio, batizada Lei de Recursos Repetitivos, que acresceu o art. 543-C ao Código de Processo Civil, estabelecendo o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

[...]

Esta norma, como tantas outras, foi elaborada e aprovada em caráter de urgência, dada a pressão e influência de setores ligados à magistratura. Não que tenha surgido um acesso de humanização ou qualquer outro sentimento de caráter eminentemente social que justificasse tamanha intervenção, mas, sim, tanto empenho se deu pela inquietude provocada pelo brado inconformado com a ineficiência resultante do histórico déficit de gestão racional dos processos.

Assim sendo, ante o problema, optou-se por seguir o caminho mais fácil na tentativa, diga-se, vã, de resolvê-lo (ou seria maquiá-lo?). Se a insatisfação contornava especialmente os critérios temporais, ainda que sem desmerecer os qualitativos, criou-se o mecanismo de atingi-la. Atacou-se o efeito.

Solucionar a morosidade, consequência da ineficiência, provocaria, além de maior impacto social (e que impacto!), a estúpida redução da demanda. Portanto, criou-se a fábrica de decisões. “Com apenas dez julgamentos pelo rito da nova Lei o Superior Tribunal poderá resolver aproximadamente 120 mil processos (...)”, festejou o presidente do STJ, ministro César Asfor Rocha, em manifestação publicada em 23/09/2008.

Solucionar a ineficiência, entretanto, teria implicações tanto quanto mais profundas. Uma fábrica, de igual modo, poderia trazer soluções. Mas não de julgados. Quem sabe, de bom senso.

Feitas tais considerações, mister se faz analisar o processamento do julgamento de recursos repetitivos.

1.1.1 Sistemática de julgamento

De acordo com a alteração introduzida na lei processual civil (artigo 543-C do CPC), tem-se que, em linhas gerais, verificando-se a multiplicidade de recursos especiais fundados na mesma matéria, o Presidente do Tribunal de origem poderá selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los para o STJ, suspendendo a tramitação dos demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

Sobrevindo o julgamento, serão denegados os recursos que ataquem decisões proferidas no mesmo sentido. Caso a decisão recorrida contrarie o entendimento firmado pelo STJ, será dada oportunidade de retratação aos tribunais de origem, devendo ser retomado o trâmite do recurso na hipótese de a decisão recorrida ser mantida.

1.1.2 Da seleção do recurso para julgamento

A sistemática de julgamento dos recursos repetitivos foi regulamentada em âmbito interno daquela Corte pela Resolução STJ nº 8, de 7 de agosto de 2008 (anexo b), que estabelece que o agrupamento de recursos repetitivos levará em consideração apenas a questão central discutida sempre que o exame desta possa tornar prejudicada a análise de outras questões arguidas no mesmo recurso.

O Tribunal de origem exerce de imediato o juízo de admissibilidade do recurso, nos termos do artigo 544 do CPC.

É da competência do Presidente ou do Vice-Presidente do Tribunal de origem (conforme dispuser o regimento interno) identificar o recurso representativo da controvérsia, posteriormente encaminhando-o ao STJ.

Os recursos não selecionados ficam suspensos até o pronunciamento definitivo daquele Tribunal, nos termos do artigo 1º, *caput*, da Resolução nº 8 do STJ. Tal suspensão deve ser certificada nos autos, com a finalidade de dar às partes a ciência do ritmo processual imprimido ao recurso de seu interesse.

No âmbito do STJ, os recursos repetitivos serão distribuídos por dependência.

Não há impedimento a que o recorrente venha a insurgir-se contra uma suspensão indevida de seu recurso, por entender, por exemplo, que a questão de direito controvertida tratada no caso-piloto não é a mesma de seu apelo.

Marinoni ([2008?], p.13) aponta que o recurso cabível na hipótese seria o de agravo de instrumento:

É certo que o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que o recurso especial, quando indevidamente retido, pode ser destrancado através de qualquer meio processual, inclusive por cautelar. Na verdade, o Superior Tribunal de Justiça vem salientando, em tais casos, a necessidade de imediata correção da decisão de retenção, sem dar muita importância à forma por meio da qual ela é requerida.

Entretanto, esse mesmo tribunal, em decisão de que foi relator o Ministro Nilson Naves, embora admitindo o uso de cautelar, registrou que “contra despacho de retenção do recurso especial cabe agravo de instrumento, e não outro expediente processual. Se cabe do despacho de não-admissão (CPC, art. 544), por que há de se negar seu cabimento, em hipótese tal? Em alguns casos não existe diversidade ontológica entre não-admitir e reter”.

Pode a parte desistir do recurso especial, na hipótese de ser ele selecionado como o caso representativo da demanda? A possibilidade de desistência do recurso é prevista no artigo 501 do CPC, que autoriza a parte, a qualquer tempo e independentemente da concordância do recorrido ou de litisconsortes, a desistir do julgamento do recurso. Trata-se de expressão da disponibilidade da demanda e da autonomia das partes, que tem seu fundamento último no artigo 5º, II da Constituição Federal e opera efeitos imediatos.

A seleção de determinado recurso especial para julgamento na forma do artigo 543-C do CPC, como paradigma, não se apresenta *a priori* como impedimento para que a parte exerça seu direito de dispor da demanda, mesmo porque, já que se trata de recurso repetitivo, haverá em tese outros recursos que poderão ser julgados em seu lugar para permitir a pacificação social.

Entretanto, há que se considerar que é dever das partes atuar no processo com lealdade. O STJ tem se manifestado no sentido de denegar o pedido de desistência do recurso especial quando formulado após o início do julgamento, por importar em burla no dever de lealdade processual, como se pode verificar no julgamento do REsp nº 1.063.343/RS (BRASIL, 2009b).

No caso do referido processo, a Ministra Nancy Andrighi destinou à 2ª Seção do STJ os julgamentos, com o intuito de que o referido órgão colegiado, em conformidade com a Lei dos Recursos Repetitivos, consolidasse entendimento relativo à legalidade ou não da cláusula que prevê a cobrança da comissão de permanência em contratos bancários em caso de inadimplência do consumidor.

Após a inclusão do processo em pauta do julgamento de 26 de novembro de 2008, foi protocolizada em 21 de novembro de 2008 petição requerendo a desistência do recurso selecionado, e a Relatora suscitou questão de ordem para submeter à Corte Especial a apreciação do pedido.

Foram três as teses examinadas no julgamento da questão de ordem: i) o recorrente, sob hipótese alguma, poderia desistir do recurso especial representativo da controvérsia; ii) o recorrente poderia desistir do recurso, pouco importando o fato de ter sido aquele recurso selecionado para representar a questão controvertida; e iii) o recorrente poderia desistir do recurso; contudo, o mesmo seria apreciado para posteriormente ser homologada a desistência.

Prevaleceu o último entendimento, esboçado no voto da Ministra Nancy Andrighi:

A nova ótica constitucional deixou para trás a clássica divisão entre Direito Público e Direito Privado. A CF/88, denominada “Constituição Cidadã”, foi construída sobre outra base sólida de divisão de direitos. Hoje, a *summa divisio* é Direito Individual e Direito Coletivo. Portanto, nenhum esforço interpretativo dissociado dessa orientação produzirá os efeitos constitucionais perseguidos.

Destaca-se ainda o entendimento doutrinário sobre a questão (DIDIER JR., 2009, p. 323):

Quando se seleciona um dos recursos para julgamento, instaura-se um novo procedimento. Esse procedimento incidental é instaurado por provocação oficial e não se confunde com o procedimento principal recursal, instaurado por provocação do recorrente. [...] Quando o recorrente, num caso como esse, desiste do recurso, a desistência deve atingir, apenas, o procedimento recursal, não havendo como negar tal desistência, já que, como visto, ela produz efeitos imediatos, não dependendo de autorização ou homologação judicial. [...] Tal desistência, todavia, não atinge o segundo procedimento, instaurado para definição do precedente ou da tese a ser adotada pelo tribunal superior.

1.1.3 Requerimento de informações e participação de terceiros

O Ministro Relator do STJ poderá, nos termos dos §§ 3º e 4º do artigo 543-C do CPC, solicitar informações a respeito da controvérsia, seja a tribunais, seja a pessoas, órgãos ou entidades com interesse na demanda.

A participação de terceiros segue tendência atual de busca da legitimidade das decisões por meio de maior envolvimento dos cidadãos na elaboração do conteúdo decisório dos acórdãos. Entretanto, a participação do *amicus curiae* na técnica de julgamento dos recursos especiais repetitivos só pode ser feita por escrito (artigo 3º, I da Resolução nº 8 do STJ), o que não impede a possibilidade de ser feita sustentação oral.

Além de participação de terceiros por provocação da própria Corte, no entendimento de Medina (2008, p. 162), “podem [intervir no processo] aqueles que são parte no processo em que há recurso sobrestado ter outros argumentos que justifiquem o acolhimento ou rejeição da tese veiculada, argumentos estes não levados em consideração nos recursos escolhidos e nas respectivas contra-razões”.

A participação do Ministério Público, em razão da clara existência de interesse público (artigo 82, III do CPC) pela quantidade das demandas afetadas, é obrigatória, sob pena de nulidade.

1.1.4 Julgamento do recurso paradigma

Após a manifestação do *parquet* e a remessa a todos os Ministros da cópia do relatório do acórdão, o recurso especial representativo é incluído em pauta de julgamento.

O julgamento competirá à Corte Especial do STJ, na hipótese de a matéria em análise ser de competência de mais de uma Seção.

O recurso paradigma deve ser julgado com preferência sobre os demais feitos (exceto nos casos de processos que envolvam réu preso e *habeas corpus*).

Após o julgamento, e com vistas a dar a mais ampla publicidade possível, a Coordenadoria do Órgão Julgador expedirá ofício aos tribunais de origem, ao qual será anexada cópia do acórdão.

1.1.5 Efeitos do julgamento do recurso paradigma

Uma vez julgado o recurso selecionado na amostra (ou afetado) e publicado, poderá ocorrer uma das seguintes hipóteses:

a) se o acórdão recorrido apresentar a mesma orientação abraçada pelo STJ, será denegado o seguimento ao recurso;

b) se o acórdão recorrido divergir da orientação, haverá novo exame pelo Tribunal de origem.

Nessa última hipótese, caso o tribunal de origem mantenha a decisão divergente, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial, para julgamento individualizado de seu mérito.

1.1.6 Do efeito vinculante da decisão proferida

Existe uma clara tendência de os Tribunais de segunda instância amoldarem seu entendimento ao que for estabelecido pelo STJ, já que os recursos em sentido diverso não chegarão ao exame daquela Corte, ou serão decididos sumariamente pela presidência do Tribunal superior.

Em palestra proferida no Congresso Brasiliense de Direito Civil de 2009, o prof. Cândido Rangel Dinamarco opinou no sentido de as decisões proferidas nos julgamentos dos recursos repetitivos serem vinculantes para os juízes de primeira instância.

Defendeu na ocasião o doutrinador que a introdução da técnica de julgamento representa uma verdadeira mudança de paradigma, pois determinaria uma coletivização-objetivação do processo.

Conquanto a lei não fale em vinculação, percebe-se que já se esboça, senão a vinculação, pelo menos forte alinhamento nas teses decisórias, como se lê em notícia recentemente divulgada no sítio do STJ² (15/12/2009) parcialmente reproduzida a seguir:

Decisão de TJ e TRF que contrarie julgado repetitivo deverá ser fundamentada

A partir de agora, as decisões dos tribunais de justiça e dos tribunais regionais federais que discordarem do entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) estabelecido em julgamento pelo rito da Lei dos Recur-

² Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacaoengine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=95185&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=Decis%E3o%20de%20TJ%20e%20TRF%20que%20contrarie%20julgado%20repetitivo%20dever%E1%20ser%20fundamentada>. Acesso em: 20/06/2010.

sos Repetitivos (Lei n. 11.672/2008) terão que ser fundamentadas. Do contrário, o recurso que chegar ao STJ será devolvido à origem pelo Núcleo de Procedimentos Especiais da Presidência (Nupre). A determinação é da Corte Especial do STJ e foi tomada por unanimidade na apreciação de uma questão de ordem levantada pelo ministro Aldir Passarinho Junior. A Lei n. 11.672/2008 alterou o Código Processual Civil (CPC), permitindo processamento diferenciado quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito. A norma, contudo, não dá efeito vinculante ao resultado desse julgamento, ou seja, não obriga os tribunais a seguirem a orientação. [...]

A lei inclui o artigo 543-C no CPC, que passa a dispor em seu artigo 1º, parágrafo 7º, que publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:

I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça. O parágrafo 8º acrescenta que, na hipótese prevista no inciso II do parágrafo 7º, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, será feito o exame de admissibilidade do recurso especial.

O ministro explica que não se deve entender que a expressão “novamente examinar” se trata de mera confirmação automática de uma tese já rejeitada pelo STJ, “porém, minimamente, uma nova apreciação, fundamentada, da matéria, o que implica, na hipótese de ainda sufragar o entendimento oposto ao já uniformizado pelo STJ, na exposição da argumentação em contrário, rebatendo, objetivamente, as conclusões aqui firmadas”.

Percebe-se, assim, que, embora as decisões proferidas no exame dos recursos repetitivos não tenham efeito vinculante, elas já afastam a possibilidade de nas instâncias inferiores haver uma mera reprodução de decisões em sentido contrário ao assentado pelo STJ, sem um exame muito mais acurado dos aspectos fáticos e/ou da legislação, que deverá transparecer na fundamentação das sentenças e acórdãos.

Para o futuro, por outro lado, há indicação de que as decisões proferidas em julgamento de recursos repetitivos serão sim vinculantes, como se lê em matéria publicada em 14 de abril de 2010, também no sítio do STJ³:

³ Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacaoengine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=96716>. Acesso em 14/02/2010.

As decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgamento de processos sob o rito da Lei dos Recursos Repetitivos deverão ser seguidas por todos os magistrados de primeiro e segundo graus. Essa é uma das mudanças previstas para o Novo Código de Processo Civil (CPC), que está sendo discutido pela Comissão de Revisão do CPC, criada pelo Senado Federal.

A Comissão de juristas passou toda esta terça-feira (13) reunida no Senado. O presidente da Comissão, ministro Luiz Fux, do STJ, afirmou que o trabalho encontra-se em sua fase mais importante: a elaboração da parte geral, na qual estão sendo definidos conceitos. “Essa é parte capital do Código. Conceituar os institutos é muito difícil porque cada um tem uma linha de entendimento. Mas a Comissão está chegando a parâmetros comuns”, afirmou o ministro Fux.

Definir o conceito de cada instituto do processo é fundamental, pois, para cada decisão, existe um recurso específico. “Então é preciso definir com muita clareza e simplicidade qual é o ato para que não haja nenhuma dúvida quanto ao recurso adequado”, afirmou Luiz Fux. O número de recursos possíveis em um processo tende a diminuir, mas sem prejudicar o direito de as partes obterem a justa revisão das decisões. “Quanto menos recurso você tiver, mais rápido o processo termina. Mas, ao mesmo tempo, não se pode evitar que a parte recorra para reparar a qualidade de uma decisão. Nós estamos reduzindo o número de recursos que, na prática, têm se revelado extremamente pródigos para um sistema jurídico cuja Constituição Federal promete uma duração razoável dos processos”, analisou o ministro.

Sobre essa questão, assim se manifestaram os professores Didier Jr. e Cunha (2010):

Dispõe o art. 543-C do CPC que, quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, encaminhando-os ao Superior Tribunal de Justiça para análise e julgamento. Os demais recursos, enquanto isso, ficarão suspensos até o pronunciamento definitivo do STJ.

Julgado o recurso especial representativo da controvérsia, aqueles que ficaram sobrestados na origem terão seguimento denegado, na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do STJ. Caso, porém, o acórdão recorrido tenha divergido da orientação do STJ, os recursos sobrestados serão novamente examinados pelo tribunal de origem.

Não obstante a previsão legal, a praxe tem relevado que, na hipótese de provimento do recurso especial julgado por amostragem, os tribunais de segunda instância estão mantendo seus acórdãos, não exercendo a

retratação para seguir a orientação do STJ, o que tem tornado inefetiva e ineficaz a técnica de julgamento de recursos repetitivos. Com efeito, sem demonstrar qualquer diferença entre o caso concreto e a hipótese apreciada pelo STJ, os tribunais têm mantido seus acórdãos, acarretando a remessa de uma grande quantidade de recursos especiais para o STJ. Em outras palavras, sem realizar qualquer *distinguishing* ou *overruling*, os tribunais locais simplesmente mantêm seus acórdãos, em total desconsideração ao julgado proferido pelo STJ no recurso julgado por amostragem.

Tal situação acarretou a reação do Superior Tribunal de Justiça. Em Questão de Ordem nos Recursos Especiais 1.148.726/RS, 1.146.696/RS, 1.153.937/RS, 1.154.288/RS, 1.155.480 e 1.158.872/RS, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, a Corte Especial do STJ determinou o retorno dos autos aos tribunais de origem para que, considerando a *ratio decidendi* do recurso representativo da controvérsia, reconsiderem seus acórdãos ou, caso resolvam mantê-los, enfrentem a questão, demonstrando a razão pela qual aquela *ratio decidendi* não se aplica ao caso concreto, mediante as técnicas do *distinguishing* ou do *overruling*. Não se deve admitir, segundo entendeu o STJ, que o tribunal de origem simplesmente proceda a uma confirmação automática de uma tese já rejeitada pela Corte Superior em recurso especial julgado pela técnica do art. 543-C do CPC, sendo necessária uma nova apreciação fundamentada da matéria, até mesmo em razão do disposto no art. 93, IX da Constituição Federal, que exige que sejam fundamentadas todas as decisões judiciais. Parece-nos correta a orientação firmada pelo STJ. Não se pode, simplesmente, ignorar o julgamento feito num recurso especial representativo da controvérsia e, sem qualquer fundamentação, manter e confirmar os acórdãos proferidos com conclusão contrária.

Assim, pode-se concluir que os julgamentos dos recursos repetitivos assumirão relevância ainda maior na solução de conflitos coletivos, como os que se observam, por exemplo, nas ações que têm por matéria os contratos firmados de acordo com o regramento do Sistema Financeiro da Habitação (SFH).

Para melhor esclarecer o ponto, passa-se a breve análise histórica da criação do SFH e das ações de massa que envolvem os contratos de crédito imobiliário submetidos às normas desse sistema.

2 Das ações de massa do SFH

2.1 Criação do SFH

O Sistema Financeiro da Habitação, criado pela Lei 4.380, de 21 de agosto de 1964, visa a atingir ao menos duas finalidades de

cunho estritamente social: impulsionar a indústria da construção civil (e, por essa forma, atenuar os impactos negativos da inflação sobre o nível de emprego) e propiciar o aumento da oferta de habitações populares, especialmente nos grandes centros urbanos.

Prevê o artigo 1º do mencionado diploma legal que

o Governo Federal, através do Ministro de Planejamento, formulará a política nacional de habitação e de planejamento territorial, coordenando a ação dos órgãos públicos e orientando a iniciativa privada no sentido de estimular a construção de habitações de interesse social e o financiamento da aquisição da casa própria, especialmente pelas classes da população de menor renda.

O sistema, ainda que anterior à Constituição Federal de 1988, aparece como uma ferramenta de concretização do direito social à moradia, introduzido expressamente no texto constitucional pela Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000.

O Sistema Financeiro da Habitação foi elaborado para não depender de aportes de recursos do Tesouro Nacional. Como esclarece Marques (2005, p. 272-273):

A alternativa natural de obtenção de um financiamento para a aquisição da casa própria era, antes do advento da lei [4.380/64], extremamente dificultada pela falta de segurança da operação, em razão da inexistência de regras claras e duradouras que pudessem atrair o investidor, detentor do dinheiro necessário para lastrear os empréstimos habitacionais e, sobretudo, pela constância de um regime inflacionário que impactava na rápida deterioração do capital mutuado, que retornaria em prolongados períodos de amortização, sem qualquer instrumento legal de recomposição monetária do capital originalmente emprestado.

Assim, idealizou-se a previsão de aplicação da correção monetária nos contratos habitacionais, o que já proporcionaria o aumento natural do interesse de realização de investimentos consistentes na aplicação de dinheiro em empréstimos para a construção e aquisição de imóveis habitacionais.

[...] Estimulou-se, assim, a formação de poupança pública e privada, com a aplicação do mesmo mecanismo da correção monetária sobre os saldos dos depósitos dos poupadores.

[...] Estava aí arquitetada uma “engenharia financeira” que, efetivamente, foi coroada de êxito, tanto na formação, captação e aplicação de poupança, como também no estímulo à construção civil, na edificação de mi-

lhares de novas moradias, no correspondente barateamento do custo da casa própria, e na facilitação do acesso à mesma - seja pelo custo menor do imóvel, como, também, pela possibilidade de obtenção do financiamento com juros bastante módicos (da ordem de 1% ao mês ou menos) e prazos bastante longos (20 anos em média). Há que se frisar, ainda, a importância da indústria da construção civil no fomento da economia e oferecimento de vagas de emprego, especialmente aos menos qualificados.

O sistema atingiu o seu auge no final da década de 70 e início da década de 80, chegando promover o financiamento de 400 mil novas unidades residenciais por ano, segundo dados informados pelo Banco Central do Brasil.⁴

2.2 A gênese das ações de massa do SFH

2.2.1 A crise do financiamento imobiliário nos anos 80 e 90

Já no início dos anos 80, o Sistema veio a enfrentar no período um problema crônico: o descompasso entre os reajustes salariais dos mutuários e os reajustes aplicados às prestações e ao saldo devedor da dívida.

Rememora-se que na década de 70 o crescimento da economia brasileira deu-se à custa de forte endividamento externo, em razão de um cenário externo econômico favorável a essa opção político-econômica. A partir de 1979, entretanto, o Brasil deparou-se com uma série de choques externos – como foi o caso do aumento do preço internacional do petróleo – que deram origem a um cenário interno de grave recessão:

A década de 80 é considerada a década perdida da economia brasileira, na medida em que os níveis de crescimento do PIB apresentaram significativas reduções; só para recordar o crescimento médio na década de 70 foi de 7%, já na década de 80 foi de somente 2%. Além disso, tivemos um aumento do déficit público devido ao crescimento da dívida externa ocasionada pela elevação das taxas internacionais de juros, com a dívida interna seguindo a mesma direção, com o governo dando continuidade à sua política fiscal expansionista. Ainda para caracterizar a década de 80, podemos citar a escalada inflacionária que chegou no final de 89 perto do que podemos considerar como hiperinflação (OLIVEIRA, 2005).

⁴ Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?SFHHIST>>. Acesso em: 20 maio 2010.

A comparação dos dados econômicos nos anos 70 e 80 (especialmente aqueles relativos ao Produto Interno Bruto e à inflação) permite aferir que o país não apenas viu a interrupção do crescimento econômico, como também conviveu no período com uma verdadeira espiral inflacionária:

Tabela: Brasil. Variáveis macroeconômicas internas. (%) 1970/1991

Anos	PIB %/Anual	Investim. / PIB	Inflação IGP/IPC	PIB Per Capita % Anual	Poupança (%PIB)	
					Total	Externa
1970	8,3	25,5	19,8		24,1	1,4
1971	11,3	26,0	19,7	8,6	23,4	2,6
1972	11,9	26,1	15,7	9,2	23,5	2,6
1973	14,0	27,2	15,5	11,2	25,2	2,0
1974	8,2	30,2	34,5	5,6	23,5	6,7
1975	5,2	31,7	29,4	2,7	26,4	5,3
1976	10,3	27,1	46,3	7,6	23,3	3,8
1977	4,9	25,7	38,8	2,4	23,5	2,2
1978	5,0	26,5	40,8	2,5	23,2	3,3
1979	6,8	22,0	77,2	4,2	17,5	4,5
1980	9,2	23,3	99,7	6,9	17,2	5,1
1981	-4,5	21,1	93,5	-6,3	16,8	4,3
1982	0,5	21,2	100,3	-1,4	15,4	5,8
1983	-3,5	16,9	178,0	-5,3	13,6	3,3
1984	5,3	16,4	209,1	3,3	16,5	-0,1
1985	7,9	17,0	239,1	5,9	19,0	-2,0
1986	7,6	19,2	58,6	5,6	17,1	2,1
1987	3,6	22,2	396,0	1,6	21,7	0,5
1988	-0,1	22,7	994,3	-2,0	24,0	-1,3
1989	3,3	24,8	1.863,6	1,3	25,0	-0,2
1990	-4,4	21,5	1.585,2	-6,2	20,7	0,8
1991	0,9	18,9	475,1	-1,0	18,6	0,3

Fonte: FIBGE/Banco Central do Brasil

A. Brasil – Programa Econômico nº 35 – Dezembro de 1992. Editado pelo Departamento Econômico do Banco Central do Brasil.

B. Boletim do Banco Central do Brasil, Volume 29 – nº 1, Julho de 1993.

Durante a década de 80 foram tentadas diversas formas de estabilização econômica que não alcançaram o resultado desejado. Com isso, passou-se a verificar forte pressão sobre as fontes de recursos do Sistema Financeiro da Habitação: na referida década não se observou para as cadernetas de poupança um desempenho tão expressivo como aquele obtido nos anos anteriores. Também o FGTS sofreu os efeitos oriundos do aumento da taxa de desemprego.

2.2.2 Primeiras ações de massa do SFH

Em razão do cenário econômico desfavorável, já no ano de 1982, e pela primeira vez desde a criação do SFH, as prestações dos financiamentos tiveram variações ligeiramente superiores às observadas para os salários dos mutuários.

Com o paulatino enfraquecimento da economia e a explosão inflacionária, iniciou-se uma das maiores batalhas registradas no Judiciário brasileiro, girando em torno dos índices de reajustes aplicáveis às prestações dos financiamentos habitacionais:

Foi a partir de 1983, com o agravamento do achatamento salarial da classe média e o reflexo da aceleração inflacionária nas variações da UPC, que ações judiciais contra o reajustamento das prestações dos contratos de financiamento habitacional firmados nos anos anteriores vieram a intensificar-se. [...] Na instância primária, tal como se indicou, as sentenças se dividiram, com um grande número favoráveis aos mutuários e outro tanto ao BNH e Agentes Financeiros (ARAGÃO, 2006, p. 311).

No ano de 1983, o governo então optou pela quebra de identidade de índices de correção dos saldos das dívidas dos contratos de mútuo habitacional (que, como já referido, acompanhavam a correção das contas de poupança e do FGTS) e aqueles aplicados às prestações, atendendo então às reivindicações dos mutuários pela diminuição dos valores de prestações.

Foi criado o Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional - PES/CP (instituído pelo Decreto-Lei nº 2.164/84 e alterado pela Lei nº 8.004/1990, vigente até 24 de abril de 1993), cujo objetivo era garantir a capacidade de pagamento das prestações, que seriam reajustadas de acordo com aumento salarial das diversas categorias profissionais dos mutuários. Previa o diploma, ainda, o direito à revisão dos índices aplicados pelos agentes financeiros, para ser mantida a relação prestação/renda do devedor.

A partir de outubro de 1984, a Tabela Price foi adotada como o único sistema de amortização válido para o SFH. Essa forma de amortização se caracteriza por permitir o cálculo de prestações

menores no início do financiamento, que vão aumentando paulatinamente.

A quebra de identidade de índices, que objetivava obter uma redução imediata para o inadimplemento – e nesse sentido foi exitosa –, revelou-se posteriormente deletéria, senão desastrosa, criando um pesado ônus para o Fundo de Compensação das Variações Salariais (FCVS), fundo público responsável pela quitação dos chamados saldos devedores residuais dos financiamentos (as dívidas ainda existentes após o pagamento das prestações contratadas).

Em 1986, o governo viu-se obrigado a reestruturar o sistema de financiamento imobiliário, o que se buscou com a edição do Decreto-Lei nº 2.291/1986, pelo qual se deu a extinção do BNH. Em 1987 foram introduzidas algumas alterações que visaram também a recuperar o valor dos ativos do SFH, como o aumento da taxa de juros remuneratórios, a criação do Coeficiente de Equiparação Salarial (CES) – fator de incremento do valor das prestações –, além da edição do Decreto-Lei nº 2.349/1987, que limitou a responsabilidade do FCVS na cobertura de saldos devedores.

Os mutuários passaram a ser os únicos responsáveis pelos saldos devedores residuais, já que a Lei nº 8.004/1990 vedou a contratação de novos financiamentos com previsão de cobertura de dívida pelo Fundo, ainda que parcial.

Na década de 90, verificou-se verdadeiro esgotamento dos recursos do SFH e o fechamento das carteiras habitacionais dos agentes financeiros, o que contribuiu para o recrudescimento do déficit habitacional no país. Com a estabilização da economia e diminuição significativa dos índices de inflação, o Sistema retomou certo equilíbrio e o cenário desfavorável a ele foi parcialmente modificado:

Depois de um período de duro ajuste estrutural, que incluiu inevitável retração de novas contratações para fazer face aos desembolsos resultantes do sobrecomprometimento de recursos observado no período 1990/92, a Caixa [Econômica Federal] adquiriu condições para ampliar significativamente sua ação no setor habitacional, a partir de 1997 (ARAGÃO, 2006, p. 433).

O Governo Federal passou a buscar novas formas de financiamento habitacional com a criação de sistemas alternativos (como é o caso, a exemplo, do SFI – Sistema de Financiamento Imobiliário, que, através da Lei nº 9.514/97, instituiu a alienação fiduciária sobre bens imóveis, e do PAR – Programa de Arrendamento Residencial, criado pela Lei nº 10.188/2001).

Paralelamente, o Governo Federal criou, através do Decreto nº 3.848/2001, a Empresa Pública Gestora de Ativos (EMGEA), de natureza não financeira, vinculada ao Ministério da Fazenda para

receber em cessão de crédito os contratos habitacionais que apresentavam grave desequilíbrio entre o valor da dívida e o valor de mercados dos imóveis, permitindo aos agentes financeiros (em especial a Caixa Econômica Federal) a formação de carteiras habitacionais com contratos saneados.

Como efeito secundário das diversas alterações na legislação do SFH, seja para adaptar o sistema aos tempos de crise, seja para corrigir os efeitos indesejados dessa adaptação, criou-se desde o início da década de 80 um volume significativo de processos similares que têm por matéria os contratos de financiamento habitacional.

Nessas demandas, em sua grande maioria, são discutidos: a) forma e índice de correção das prestações; b) sistema de amortização; c) capitalização de juros (por inclusão no saldo devedor dos valores não quitados pelas prestações mensais); d) juridicidade da cobrança do CES; e) índice de correção dos saldos devedores; e f) responsabilidade do FCVS na liquidação da dívida residual, entre outros assuntos secundários.

Tais ações são verdadeiramente “de massa”, como já se mencionou: são processos nos quais aspectos fáticos têm pouca ou nenhuma alteração e os diversos demandantes discutem individualmente a mesma questão de direito. Estima-se que tais ações cheguem aos milhares, na primeira instância e também nos tribunais.

Apesar de terem em comum idênticos pedidos, repetidos aos milhares, tais ações podem ser julgadas de formas não uniformes, com a possibilidade de o mesmo tipo de pedido ser acolhido ou rejeitado, conforme a interpretação aplicada pelo magistrado às normas, no julgamento da causa individual.

2.2.3 Julgamento das ações de massa pela técnica dos recursos repetitivos e segurança jurídica

Alerta Souza (2004, p. 264) que “na atualidade, apesar do forte dirigismo contratual, as sociedades de crédito imobiliário ou agentes financeiros se deparam com constantes revisões contratuais promovidas pelos adquirentes de imóvel financiado”.

Além do aspecto de os contratos de financiamento serem de longo prazo (média de 20 anos), afugenta o interesse de investimento a perspectiva de que o contrato poderá ser alterado significativamente, e até, no seu todo, com comprometimento do retorno dos valores emprestados.

Como bem assevera Aragão (2006, p. 519),

sem captação e garantias adequadas não há crédito e sem a oferta deste reduzem-se, substancialmente, as possibilidades de produzir e comercializar habitações. A

instituição financeira que capta recursos onerosos é obrigada a devolvê-los e, para tanto, deve ter a segurança do retorno das aplicações. Este é um princípio elementar da política de crédito em qualquer lugar e em qualquer tempo. Não se trata de uma questão ideológica, mas lógica e aritmética. Se não existe retorno e a inadimplência se generaliza, surge o risco da quebra da instituição financeira ou de que, para evitá-la, seja necessário aplicar recursos públicos com vistas a garantir-lhe a solvência ou o pagamento de poupadores ou depositantes.

O excesso de alterações dos contratos pode comprometer a estabilidade do sistema de financiamento imobiliário, e eventualmente sua ruína, o que certamente obstaria o acesso de milhares de brasileiros à aquisição do imóvel próprio, pois a preferência do legislador pela casa própria em lugar de construções para locação é clara.

Diante desse contexto trazido pelas ações de massa do SFH, é possível vislumbrar que o julgamento de recursos repetitivos pode ter efeitos para além da celeridade na tramitação dos processos, possibilitando o gozo do direito inserto no artigo 5º, LXXVIII da CF/1988.

O julgamento dos recursos do SFH, com a pacificação de matérias que são reiteradamente debatidas nas ações, pode contribuir também para afastar o risco de alterações nos contratos que comprometam a própria equação econômico-financeira do SFH, trazendo o aumento da segurança jurídica aos mutuários e agentes financeiros. Realmente, um dos mais importantes efeitos que certamente ocorrerão com a aplicabilidade da nova lei é uniformizar as soluções para casos semelhantes, evitando com isso decisões díspares para casos parecidos.

Como disse Dallari (1980, p. 26), “entre as principais necessidades e aspirações das sociedades humanas encontra-se a segurança jurídica. Não há pessoa, grupo social, entidade pública ou privada, que não tenha necessidade de segurança jurídica, para atingir seus objetivos e até mesmo para sobreviver”.

Afirmam Mendes, Coelho e Branco (2010, p. 585) que o tema da segurança jurídica tem assento constitucional: “Em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria idéia de justiça material”.

A segurança e a certeza do direito são indispensáveis para que haja justiça, porque é óbvio que na desordem não é possível reconhecer direitos ou exigir o cumprimento de obrigações. A segurança jurídica é assegurada por alguns princípios, como os da irretroatividade da lei, coisa julgada, respeito aos direitos adquiridos e ao ato jurídico perfeito, entre outros.

Além da previsibilidade das decisões e o incremento da segurança jurídica, com a formação dos precedentes, os resultados dos julgamentos dos casos-tipos tendem a levar à diminuição da litigiosidade com o passar do tempo, já que se mostrará inócuo repisar as questões já decididas pelas Cortes Superiores.

3 Análise de caso: REsp 969.129/MG

3.1 Panorama das discussões judiciais quanto à correção do saldo devedor dos financiamentos

Os mutuários titulares de contratos de financiamento vinculados ao Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional (PES/CP) têm suas prestações reajustadas na mesma proporção e frequência dos reajustes de seus salários, enquanto os respectivos saldos devedores são corrigidos monetariamente a cada mês, pelo índice aplicável às cadernetas de poupança e às contas fundiárias (atualmente, de acordo com a Taxa Referencial). O mesmo também se observa para os contratos com previsão de aplicação do novo Plano de Equivalência Salarial (PES), criado pela Lei nº 8.692/93.

O descasamento de índices de correção de prestações e saldo devedor da dívida pode levar ao desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Enquanto o reajuste dos saldos devedores se dá pela aplicação de índice de correção que tem expressão mensal, os reajustes das prestações, que são feitos por índices salariais, podem ser apenas anuais.

Ora, se houver a depreciação no reajuste das prestações, o valor pago pelo mutuário pode não ser suficiente para quitar os juros e ainda amortizar a dívida. Nesse caso, pode não ocorrer amortização alguma, ou mesmo haver a incorporação ao saldo devedor das parcelas de juros não quitadas, fenômeno chamado na doutrina e jurisprudência de “amortização negativa”⁵ (não há diminuição, mas incremento da dívida).

⁵ “Observe-se que o valor da prestação pode importar em redução do saldo devedor ou não. Se o valor da prestação paga é superior ao valor que foi acrescido (correção monetária e juros) ao saldo devedor, o saldo devedor irá diminuir. É o caso de efetiva existência de amortização ou de amortização positiva. Porém, há casos em que o valor da prestação é inferior ao reajuste do saldo devedor. Neste caso, não há propriamente uma amortização, que por essa razão é chamada amortização negativa. Neste caso, o saldo devedor cresce em expressão numérica, em razão de ser o valor da prestação paga inferior ao valor monetário (numérico) do reajuste. O saldo devedor, assim, sobe mês a mês, a despeito dos pagamentos realizados.” (SILVA, 2007).

O descasamento de índices de correção nesses contratos decorreu, como já se mencionou alhures, de uma opção política, mas que se mostrou ao longo dos anos prejudicial ao interesse dos próprios mutuários.

Há que se considerar também que o aumento excessivo da dívida não aparenta ser de interesse para os agentes financeiros, já que no SFH a garantia estabelecida em favor do mutuante é a hipoteca. Logo, o valor máximo de uma dívida que pode ser recuperado é o equivalente ao valor do imóvel.

O tema da correção dos saldos devedores e das prestações tem sido abordado em quase todas as ações que têm por objeto contratos firmados no âmbito do SFH com previsão de aplicação do PES/CP e do PES.

3.1.1 A tese de unificação da sistemática de reajuste das prestações e do saldo devedor

Entre as teses defendidas pelos mutuários, cabe destacar duas: a de defesa da aplicação da mesma sistemática de reajuste das prestações ao saldo devedor (PES/CP ou PES) e a da necessidade de substituição da TR por outro fator de correção, mantido o reajuste da prestação por índices salariais.

A primeira tese parte do princípio de que o PES/CP garante aos mutuários a segurança jurídica da possibilidade de pagamento das parcelas contratadas sem prejuízo do seu sustento, já que os reajustes das prestações ocorrem após o aumento dos proventos, pensões, vencimentos e salários dos contratantes.

Sob esse aspecto, tem-se que a intenção precípua do legislador ao instituir o Plano seria a de manter os encargos mensais em nível suportável, não excedendo as forças do mutuário, uma verdadeira garantia do equilíbrio financeiro entre o valor da prestação e a renda do devedor.

A regra desse sistema seria a estipulação, ao longo de todo seu percurso, de mecanismos garantidores da equivalência entre as prestações habitacionais e os ganhos do mutuário.

Aduzem os defensores da tese que não seria razoável estipular que a correção do saldo devedor da dívida se fizesse por forma diversa da aplicação do próprio PES, já que a interpretação dos dispositivos legais do SFH não poderia atentar contra a própria concretização da *mens legis* que previu a equivalência salarial. Admitir o descasamento de índices de correção traria o consequente incremento da dívida do mutuário, atentando contra os princípios constitucionais e norteadores do SFH.

Nesse sentido, informa Tessler (2002, p. 9):

Fazendo um breve comentário do que se julgou no RE nº 85521-PR [...] da demanda constou expressa referência à vulnerabilidade do mutuário e sua fragilidade financeira, tendo-se estabelecido, ainda, que “há de ser considerada sem eficácia e sem efetividade cláusula contratual que implica em reajustes do saldo devedor e das prestações mensais pelos índices aplicados às cadernetas de poupança, adotando-se, consequentemente, a imperatividade e obrigatoriedade do Plano de Equivalência Salarial”. [...] O voto condutor sustenta que a moradia é um direito natural, de que a habitação configura fator preponderante de paz social. Fundamenta-se no artigo 9º do Decreto-Lei nº 2.164/1984 (Plano PES/CP) para afastar a possibilidade de estabelecimento de outro plano de reajuste. O acórdão consagra, ainda, a cláusula de proibição de retrocesso, a referir: “Os órgãos legislativos e os entes da administração do Estado têm obrigação legal e constitucional de seguir, em matéria de habitação um único e válido caminho: aquele que desemboca no atendimento dos justos reclamos populares por uma moradia de sua exclusiva propriedade. Assim, ao legislativo não é dado o poder de colocar-se em contraste com a Constituição, criando normas desfavorecedoras ao programa de democratização da casa própria. E, uma vez iniciada a proteção através dos diplomas legais já indicados, toda a legislação subsequente somente poderá surgir em sentido ampliativo, já que o caminho inverso implica em efetiva desproteção familiar.”

A tese foi acolhida em alguns julgados, ao exemplo dos acórdãos do STJ, no julgamento do REsp 140.839, e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no julgamento da Apelação nº 2.0000.00.424055-5/000(1):

ADMINISTRATIVO - SFH - REAJUSTE DAS PRESTAÇÕES E DO SALDO DEVEDOR - PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL (PES) - INAPLICABILIDADE DA TR - ADIN 493-0/STF - VANTAGENS PESSOAIS INCORPORADAS DEFINITIVAMENTE AO SALÁRIO - INCLUSÃO NO CÁLCULO - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA - RISTJ, ART. 255 E PARÁGRAFOS - SÚMULA 13/STJ - PRECEDENTES STJ.

Nos contratos vinculados ao PES, o reajustamento das prestações deve obedecer à variação salarial dos mutuários, a fim de preservar a equação econômico-financeira do pactuado.

As vantagens pessoais incorporadas, definitivamente, ao salário ou vencimento do mutuário, incluem-se na verificação da equivalência para fixação das parcelas. Declarada pelo STF a inconstitucionalidade da TR como fator de correção monetária (ADIN 493-0), **o reajustamento do saldo devedor, a exemplo das presta-**

ções mensais, também deve obedecer ao Plano de Equivalência Salarial.

Recurso conhecido e parcialmente provido (BRASIL, 2000, grifo nosso).

EMENTA: AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO HABITACIONAL. CORREÇÃO DO SALDO DEVEDOR. TR. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO PELO PES. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. VEDAÇÃO LEGAL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO EM DOBRO. IMPOSSIBILIDADE.

- A correção monetária tem, por finalidade, apenas, a recomposição do capital. Por esta razão, a estipulação contratual que prevê a Taxa Referencial - TR como índice de atualização monetária é abusiva e ilegal, uma vez que a sua natureza é de índice de remuneração. Ademais, se o contrato foi celebrado antes da criação da TR, que se deu em 1991, é impossível a sua aplicação, sob pena de ferir um ato jurídico perfeito.

- Em substituição da TR, deve o saldo devedor ser reajustado pelo PES - Plano de Equivalência Salarial, previsto para reajuste das prestações, em atenção ao equilíbrio contratual.

- É vedada a capitalização dos juros no contrato de financiamento habitacional, sendo certo que, antes da atualização do saldo devedor, deve-se proceder ao abatimento da prestação paga mensalmente.

- Não há que se falar em aplicação do parágrafo segundo do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor se a cobrança foi feita com base em instrumento contratual, ainda que no mesmo constassem cláusulas ilegais e abusivas.

- Nos termos do inciso IV do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, é nula a cláusula que estabelece obrigações abusivas, que colocam o consumidor em desvantagem perante o fornecedor.

- Primeira apelação provida parcialmente e segunda não provida (BRASIL, 2004, grifo nosso).

Entretanto, ainda antes da primeira metade desta década, os julgados passaram a acatar, em sua quase totalidade, a tese defendida pelos agentes financeiros de que o saldo devedor dos contratos de financiamento habitacional sob as normas do SFH devem ser corrigidos pelo mesmo índice aplicável à correção dos ativos das fontes de recursos.

Reproduz-se o seguinte entendimento, da lavra do Ministro Antônio de Pádua Ribeiro no julgamento do REsp 495.019, que sintetiza o novo entendimento jurisprudencial sobre a questão:

[...] Existe o Plano de Equivalência Salarial, que não constitui índice de correção monetária e foi estabelecido em uma época em que a inflação era muito alta. Havia um

distúrbio econômico tal que se encontrou uma solução de emergência para que se prosseguissem os contratos sujeitos ao regime do Sistema Financeiro de Habitação. Portanto, estabeleceu-se uma equação apenas para pagamento de prestações, que seguiriam pagas em proporção ao salário. Essa é a equação, daí o nome Plano de Equivalência Salarial. A finalidade foi somente essa. [...] Esse plano não é índice de correção monetária. Não existe lei nenhuma estabelecendo esse índice de correção monetária por meio do Plano de Equivalência Salarial. Em razão disso, é que sempre fiz a distinção: uma coisa é a prestação, outra, é o saldo devedor, que segue as regras gerais de atualização de todos os contratos regidos pelo Sistema Financeiro de Habitação. É a mesma correção para todos. Não há como diferenciar um contrato de outro, tendo em conta o salário do mutuário. É nessa linha o meu voto no caso concreto (BRASIL, 2005).

3.1.2 A tese de aplicação de índices de inflação

A outra tese comumente observada nos processos que têm por matéria o SFH é a de que a Taxa Referencial, índice de correção criado pela Lei nº 8.177, de 1 de março de 1991, foi julgada inconstitucional e, por isso mesmo, afastada do mundo jurídico, cabendo sua substituição:

Na visão da ABMH e seguindo também julgados já proferidos pelos tribunais pátrios, a aplicação da TR é inconstitucional para os contratos firmados antes de março de 1991, pois fere os princípios do ato jurídico perfeito e do direito adquirido. Já para os financiamentos firmados a partir de março de 1991, a aplicação da TR é ilegal pois fere, dentre outros, o princípio da transparência estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor e ainda a finalidade da correção monetária nos financiamentos do SFH.

O correto é que, a partir de março de 1991, todos os financiamentos habitacionais sejam corrigidos pelo INPC – Índice Nacional de Preços ao Consumidor, divulgado pelo IBGE. Ocorre que para se conseguir isto tem que o mutuário manejar ação judicial. Entretanto, no campo político, já se acena com esta substituição para novos contratos, conforme idéia defendida pelo próprio presidente do Banco Central (IBEDEC, 2006).

Realmente, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI nº 493, concluiu não ser a Taxa Referencial “índice de correção monetária, pois, refletindo as variações de custo primário de captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda” (BRASIL, 1992).

Por esse motivo, vários mutuários defendem em juízo a substituição da TR por outras formas que melhor reflitam o custo da moeda:

[...] não se poderá entender a aplicação do INPC (ou a exclusão da TR) como uma quebra do 'pactuado'. É que as cláusulas contratuais nos contratos do SFH via de regra remetem à "atualização" dos encargos mensais e saldos devedores. E se, como é sabido, as cadernetas de poupanças estão sendo remuneradas pela TR, que vai além de simples atualização, não se pode utilizar o percentual integral de remuneração da poupança sob pena de ir além da mera atualização – mas apenas, como dizem os contratos, a parcela que refere-se "ao percentual utilizado para atualização". Não se está assim afrontando a Cláusula Contratual: é que, vamos repetir, ao aplicar a TR nos saldos de poupança, na verdade está se fazendo duas operações: uma delas que atualiza os valores [até o limite do INPC] e outra que a remunera [na diferença entre a TR e o INPC]. Para obediência da cláusula é necessário excluir do percentual remuneratório das poupanças a parcela que, então foi além do permitido (o que ultrapassou a simples atualização). E para isso basta simplesmente cotejar o INPC com a TR. Ora: a operação matemática básica a ser realizada é simplesmente a aplicação do índice do INPC no lugar da TR, posto que aquele realmente reflete a perda do poder aquisitivo da moeda. Daí, sim, a cláusula estará obedecida e as diferenças porventura existentes serão amortizadas mês a mês no próprio saldo. Há ainda a possibilidade de contar-se com a chamada "teoria da imprevisão", como mais um argumento desfavorável à Taxa Referencial. Para que tal teoria seja invocada e permita e revisão contratual, necessário se faz um fato superveniente, mas, fato este, que "não necessita ser extraordinário, irresistível". E isto fica estabelecido no momento em que desde o nascedouro a TR e o INPC apresentaram índices com pequeno diferencial, o que dava indicativos, àqueles que assinaram contratos pós fevereiro de 1991, que haveria de manter-se tal semelhança. Todavia, com a adoção pelo Banco Central de redutor no cálculo da TR, bem como a modificação da sistemática que acabou por inserir dias não úteis, ao que parece houve um incremento artificial dessa taxa, distanciando-a dos índices inflacionários, talvez pela necessidade premente do Governo de captação de recursos. Estes fatos, totalmente fora do controle dos mutuários-aderentes, não estava prevista e nem era previsível, o que possibilita a revisão contratual (DURIGAN, 2004).

Contraponto que se pode fazer à tese dos mutuários está no aspecto de que a aplicação da TR nos contratos posteriores à Lei nº

8.177/1991 tem sido considerada regular pela jurisprudência, como se verifica na Súmula 295 do STJ: “a taxa referencial (TR) é indexador válido para contratos posteriores à Lei 8.177/91, desde que pactuada”.

Vários julgados reconheceram a possibilidade de adoção do índice também para os contratos anteriores a março de 1991.⁶ O entendimento apresentado nas decisões é o de que constando expressamente do contrato cláusula que legitima a atualização do saldo devedor pelo coeficiente de remuneração idêntico ao utilizado aos depósitos de poupança e, sendo este coeficiente a TR a partir da edição da Lei nº 8.177, de 1 de março de 1991, é esta que deve incidir para a correção da dívida, já a partir da primeira atualização mensal após a vigência da mencionada Lei, em obséquio ao princípio do “pacta sunt servanda”.

3.2 Da decisão proferida no REsp 969.129/MG

Conquanto a aplicação da TR para a correção dos saldos das dívidas dos financiamentos habitacionais já venha sendo referendada pela jurisprudência há alguns anos, o pleito de afastamento do índice nas ações que têm por matéria o SFH é relativamente comum, o que sempre traz aos agentes financeiros o risco de que haja a alteração do contrato nesse ponto.

Percebe-se daí a importância do REsp 969.129/MG, julgado sob a novel técnica de recursos repetitivos e assim ementado:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. TAXA REFERENCIAL (TR). LEGALIDADE. SEGURO HABITACIONAL. CONTRATAÇÃO OBRIGATORIA COM O AGENTE FINANCEIRO OU POR SEGURADORA POR ELE INDICADA. VENDA CASADA CONFIGURADA.

1. Para os efeitos do art. 543-C do CPC: 1.1. No âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, a partir da Lei 8.177/91, é permitida a utilização da Taxa Referencial (TR) como índice de correção monetária do saldo devedor. Ainda que o contrato tenha sido firmado antes da Lei nº 8.177/91, também é cabível a aplicação da TR, desde que haja previsão contratual de correção monetária pela taxa básica de remuneração dos depósitos em poupança, sem nenhum outro índice específico. 1.2. É necessária a contratação do seguro habitacional, no âmbito do SFH. Contudo, não há obrigatoriedade de que o mutuá-

⁶ Como exemplo: BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Agravo de Instrumento nº 9601454284. Recorrente: Nossa Caixa Nosso Banco S/A. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Desembargador Olindo Herculano de Menezes. DJ 15/08/1997.

rio contrate o referido seguro diretamente com o agente financeiro, ou por seguradora indicada por este, exigência esta que configura “venda casada”, vedada pelo art. 39, inciso I, do CDC.

2. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido (BRASIL, 2009c).

No julgamento do recurso, a Segunda Seção do STJ decidiu a situação de uma mutuária de Belo Horizonte/MG que havia ingressado com ação de revisão contratual contra o Banco de Desenvolvimento do Estado de Minas Gerais (substituído no processo posteriormente pelo próprio Estado de Minas Gerais). Entre outros pontos, a mutuária protestava contra a correção das prestações pela TR e o seguro habitacional obrigatório.

Como o contrato da mutuária havia sido assinado após a edição da Lei nº 8.771/91, foi pactuada a TR para correção do saldo devedor. Apesar disso, a aplicação do índice havia sido afastada pelo TJMG, determinando a aplicação ao saldo devedor do INPC e a correção das prestações pelo PES.

A decisão proferida pelo STJ, reconhecendo a validade da aplicação da TR, certamente trará maior segurança jurídica às demandas judiciais em torno do SFH.

Conquanto os mutuários possam pleitear a aplicação de índice de correção de sua dívida diverso da TR, o tribunal ou o magistrado que acolher tal pleito deverá apresentar fundamentação consistente, como já se mencionou anteriormente.

Não representa tal obrigação uma limitação da função jurisdicional na primeira instância, mas um instrumento de redução do grau de imprevisibilidade das decisões judiciais e, por consequência, de promoção da estabilidade e da segurança jurídica do ambiente institucional.

Também, tem-se que doravante se espera que em todos os contratos do SFH que possuam cláusula vinculando o reajuste do saldo devedor do financiamento ao índice de correção da poupança/FGTS seja mantida a fórmula contratada. Assim, evita-se que mutuários em situações idênticas obtenham do Judiciário decisões contraditórias, o que representa uma quebra do princípio da igualdade.

É de se esperar que seja estabelecido um horizonte jurisprudencial com contornos claros pela aplicabilidade da técnica de julgamento de recursos repetitivos.

Deve ser ressaltado que a perspectiva de que as decisões dos recursos paradigmas serão benéficas para o SFH não alcança apenas o interesse dos agentes financeiros. Elas serão também benéficas aos mutuários, na medida em que auxiliarem na clara delimita-

ção dos pontos e aspectos dos contratos de mútuo que revelam abuso ou ilegalidade. Os dois elementos formadores da segurança jurídica são celeridade e previsibilidade.

Sobre tal ponto, convém destacar matéria recentemente publicada no sítio do STJ – na qual se explanam questões que já foram objeto de julgamento pela nova técnica – que bem representa como a jurisprudência ainda pode avançar em questões afetadas ao SFH e ao exercício do direito à moradia:

O Sistema Financeiro de Habitação (SFH) é uma das alternativas para se comprar um imóvel residencial, novo ou usado, em construção ou concluído. Criado em 1964, com o objetivo de facilitar a aquisição da casa própria para a população de baixa renda, propondo-se a respeitar a relação entre o salário do mutuário e o valor da prestação do financiamento, o SFH é alvo constante de inúmeros processos no Superior Tribunal de Justiça (STJ). Um dos temas que mais chegam ao Tribunal diz respeito ao seguro habitacional. Exigido pelo SFH, o seguro garante a integridade do imóvel, que é a própria garantia do empréstimo, além de assegurar, quando necessário, que, em uma eventual retomada do imóvel pelo agente financeiro, o bem sofra a menor depreciação possível.

A Terceira Turma, ao julgar o recurso (Resp 957.757) de uma viúva para declarar quitado contrato de financiamento firmado por seu cônjuge com a Caixa Econômica Federal (CEF), concluiu que, em contrato de promessa de compra e venda de imóvel financiado, segundo as normas do SFH, não é devido o seguro habitacional com a morte do promitente comprador, se a transação feita sem o conhecimento do financiador e da seguradora. No caso, a viúva propôs uma ação de indenização securitária contra a Caixa Seguradora S/A. Ela alegou que firmou contrato de compromisso de compra e venda de imóvel financiado segundo as normas do SFH, sem a anuência da instituição financeira e da seguradora. Sustentou que, com o falecimento do seu cônjuge – promitente comprador –, o imóvel deve ser quitado. Assim, requereu a condenação da Caixa Seguradora S/A ao pagamento do saldo devedor do contrato de financiamento.

Em outro julgamento, a mesma Terceira Turma firmou o entendimento de que, apesar do seguro habitacional ser obrigatório por lei, no SFH o mutuário não é obrigado a adquirir esse seguro da mesma entidade que financia o imóvel ou da seguradora por ela indicada (Resp 804.202). A decisão foi unânime.

Em seu voto, a relatora, ministra Nancy Andrighi, considerou que o seguro habitacional é vital para a manutenção do SFH, especialmente em casos de morte ou invalidez do mutuário ou danos aos imóveis. O artigo 14

da Lei n. 4.380, de 1964, e o artigo 20 do Decreto-Lei n. 73, de 1966, inclusive, tornaram-no obrigatório. “Entretanto, a lei não determina que o segurado deva adquirir o seguro do fornecedor do imóvel”, destacou. A ministra considerou que esse fato seria uma “venda casada”, prática vedada pelo artigo 39, inciso I, do CDC. A relatora considerou, ainda, que deixar à escolha do mutuário a empresa seguradora não causa riscos para o SFH, desde que ele cumpra a legislação existente. Nos contratos habitacionais vinculados ao SFH, é impossível a capitalização mensal de juros por falta de expressa autorização legal. A reafirmação foi feita pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao negar provimento a recurso especial (Resp 719.259) da Caixa Econômica Federal (CEF) contra o mutuário Francisco Rodrigues de Sousa, do Ceará.

Após examinar a questão da capitalização mensal de juros, o relator afirmou que ela é indevida, pois elevaria a taxa anual para além dos 10% permitidos. “Nos contratos de mútuo hipotecário é vedada a capitalização mensal dos juros, somente admitida nos casos previstos em lei, hipótese diversa da dos autos”, concluiu o ministro Fernando Gonçalves.

Em outro julgamento, a Segunda Turma do STJ manteve decisão que considerou nula cláusula contratual que permitiu realinhamento de preços e alterou percentuais diferentes do pactuado em financiamento de imóveis pelo Sistema Financeiro de Habitação (SFH), no Parque dos Coqueiros, no Rio Grande do Norte (Resp 564.963).

Os mutuários entraram na Justiça, alegando que os imóveis adquiridos por eles, além de não guardarem correspondência com as condições pactuadas, foram avaliados muito acima da capacidade de pagamento dos mutuários. Em primeira instância, a ilegalidade foi reconhecida. Insatisfeitas, apelaram a CEF e a EC Engenharia e Consultoria Ltda. O Tribunal Regional Federal da 5ª Região negou provimento às apelações.

A mesma Segunda Turma, em outro processo (Resp 468.062), aplicou a teoria da eficácia contratual em relação a terceiros, em uma ação envolvendo a Caixa Econômica Federal (CEF) e um mutuário do SFH. Foi a primeira vez que essa orientação foi dada pelo STJ a contratos administrativos.

A Turma negou provimento a recurso da CEF. Para o relator, ministro Humberto Martins, “independentemente do teor da lei, a aplicação dos princípios relativos à proteção das relações jurídicas em face de terceiros é fundamento suficiente, ao lado da função social e da boa-fé objetiva, para impedir a responsabilização dos recorridos (mutuários)”.

Segundo o ministro, “a oponibilidade da cessão de direitos (Terra CCI e CEF) deixa de atingir a eficácia dos terceiros, por conta da proteção jurídica hoje concedi-

da pelo ordenamento às pessoas que se põem à margem de negócios que lhes são prejudiciais, como ocorreu na espécie”.

A Segunda Seção do STJ julgou, conforme o rito do recurso repetitivo (Lei n. 11.672/2008), processo que questionava a suspensão da venda de imóvel gravado com hipoteca e adquirido mediante financiamento do SFH, bem como a inclusão do mutuário em cadastros de proteção ao crédito (Resp 1.067.237).

No caso, a Seção, seguindo o voto do relator, ministro Luis Felipe Salomão, firmou a tese de que, em se tratando de contratos celebrados no âmbito do SFH, a execução de que trata o Decreto-Lei n. 70/66, enquanto perdurar a demanda, poderá ser suspensa uma vez preenchidos os requisitos para a concessão da tutela cautelar.

Isso independentemente de caução ou do depósito de valores incontroversos, desde que exista discussão judicial contestando a existência integral ou parcial do débito e desde que essa discussão esteja fundamentada em jurisprudência do STJ ou do Supremo Tribunal Federal (STF) (BRASIL, 2010).

Assim, a perspectiva com a adoção da técnica de julgamento de recursos especiais repetitivos é que haja gradativa diminuição da litigiosidade no tema SFH.

Conclusão

A discussão que envolve o Princípio da Segurança Jurídica em confronto com as decisões individuais e colegiadas e do Judiciário recai simplesmente no grau de certeza dado a determinados julgamentos. Quanto maior a previsibilidade da decisão, maior a segurança.

A estabilidade das decisões (que de forma alguma se confunde com imutabilidade) é apta a promover, no caso específico da garantia de aplicação da TR na correção das dívidas dos contratos de financiamento habitacional, objeto do estudo, a atração de investimentos, já que o investidor terá maior certeza de retorno dos valores mutuados.

Convém lembrar que os contratos são de risco, seja pelo seu caráter claramente social, já que direcionados para a população de menor renda, seja pelo seu prazo de duração, de médio a longo.

Além do aspecto da segurança, não se pode olvidar de que o objetivo precípua da Lei nº 11.627/2008, qual seja, tornar mais célere o julgamento de recursos especiais que possuem idêntica questão de direito perante o STJ, é também benéfico aos interesses de mutuários e agentes financeiros.

Finalmente, além de agilizar a prestação judicial, a técnica de julgamento dos recursos repetitivos prestigia nas ações de massa o princípio da igualdade, garantindo que em causas iguais não haja decisões contraditórias.

Referências

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 11. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ANDRADE, Fábio Martins de. Procedimento para o julgamento de Recursos Repetitivos no Âmbito do STJ – anotações à Lei 11.672/2008 (Acrescimo do art. 543-C no CPC). **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 65, p. 17-27, ago. 2008.

ARAGÃO, José Maria. **Sistema Financeiro da Habitação: uma análise sociojurídica da gênese, desenvolvimento e crise do sistema**. 3 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

BRAGA, Marcela de Almeida Pinheiro. Teoria da Perda de uma Chance. A Lei de Recursos Repetitivos e a responsabilidade civil do Estado: o caso da inscrição em cadastros de inadimplentes. **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 59, 30 nov. 2008. Não paginado. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3583>. Acesso em: 26 maio 2010.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2008**. Variáveis e Indicadores do Poder Judiciário. Brasília, junho de 2009a. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/justica_em_numeros_2008.pdf>. Acesso em 15 jun. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Questão de Ordem no REsp 1.063.343/RS. Recorrente: Banco Volkswagen S/A. Recorrida: Luciana Maluche. Relatora: Ministra Nancy Andrigui. DJe 04/06/2009b.

_____. _____. REsp 140.839/BA. Recorrente: Caixa Econômica Federal. Recorrido: Juraci Pattas Bastos. Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins. DJe 21/02/2000.

_____. _____. REsp 495.019/DF. Recorrente: Epitácio Nunes Lopes e outros. Recorrido: Banco de Brasília S/A. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. DJ 06/06/2005.

_____. _____. REsp 969.129/MG. Recorrente: Estado de Minas Gerais. Recorrido: Márcia Câmara Campos. Relator: Luis Felipe Salomão. DJe 15/12/2009c.

_____. _____. **Sonho da casa própria**: STJ define entendimentos sobre o SFH. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=96797&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=Sonho%20da%20casa%20pr%F3pria>. Acesso em: 18 abr. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 493. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ 04/09/1992.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. AC 2.0000.00.424055-5/000(1). Recorrentes: Liliane Maria Lage e Banco Itaú S.A. Recorridos: os mesmos. Relator: Desembargador Pereira da Silva. DJ 26/06/2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Segurança e Direito. In: _____. **Renascer do Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 94-103.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Editorial 95**. Salvador: [s.n.], 2010. Não paginado. Disponível em <<http://www.frediedidier.com.br/main/noticias/detalhe.jsp?CId=410>>. Acesso em 1 jun. 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003.

DURIGAN, Paulo Luiz. **Do Índice de Correção do Saldo Devedor (TR x INPC) no SFH**. [S.l.: s.n.], 2004. Não paginado. Disponível em:

<<http://www.apriori.com.br/cgi/for/viewtopic.php?t=49>>. Acesso em: 20 maio 2010.

IBEDec – Instituto Brasileiro de Estudo e Defesa das Relações de Consumo. **Cartilha do Mutuário**. 4. ed. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.ibedec.org.br/cas_ver_cartilha.asp?id=2>. Acesso em: 15 maio 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Urgência diante dos recursos Especial e Extraordinário**. [S.l.: s.n.], [2008?]. Disponível em: <http://www.professormarinoni.com.br/manage/pub/anexos/20080129021910URGENCIA_DIANTE_DOS_RECURSOS_ESPECIAL_E_EXTRAORDINARIO.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2010.

MARQUES, Cláudio Gonçalves. Evolução histórica do SFH. **Revista da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, n. 9, abr. 2005. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/27204/evolucao_historica_sfh..pdf?sequence=3>. Acesso em: 1 jun. 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Sobre o novo art. 543-C do CPC**: sobre-tamento de recursos especiais “com fundamento em idêntica questão de direito”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Sanderson C. **A crise financeira dos anos 80**. [S.l.: s.n.], 2005. Disponível em: <<http://www.midiaindependente.org/pt/blue/2005/02/308819.shtml>>. Acesso em: 20 maio 2010.

SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio; REIS, Silas Mendes dos. **Recursos Repetitivos no STJ**. São Paulo: Método, 2009.

SILVA, Bruno Mattos e. Anatocismo e financiamento imobiliário. ClubJus, Brasília, 25 jun. 2007. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos?ver=2.496>>. Acesso em: 20 jun. 2010.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à Moradia e de Habitação**: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TESSLER, Marga Inge Barth. Princípios regedores do SFH. In: Seminário Sistema Financeiro da Habitação: antigas e novas controvérsias, a política habitacional, Constituição Federal de 1988 e a realidade, 2002, Florianópolis. Texto base para discussão. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/curriculo_juizes/principios_regedores__do_sfh.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2010.

Exercício da competência para criar tributos: dever constitucional?

Simone Klitzke

Procuradora da Fazenda Nacional

Ex-Advogada da CAIXA

Especialização em Direito Processual Civil e do Trabalho

Especialização em Direito Público

Pós-Graduanda em Direito Tributário

RESUMO

A Constituição Federal distribui a competência tributária, mas a efetiva criação dos tributos depende de lei própria do ente federado. O presente estudo analisa se o exercício da competência tributária para instituir tributo é obrigação da pessoa política ou faculdade, a ser manejada conforme a oportunidade e a conveniência.

Palavras-chave: Tributação. Poder político. Responsabilidade fiscal. Federação.

ABSTRACT

The Federal Constitution distributes the Tax competence, however the Taxes creation depends on the law of Federal bodies. This study analyzes if the exercise of the competency to create Taxes is either the political person obligation or faculty, in order to be used according to the opportunity and the convenience.

Keywords: Taxation. Political power. Fiscal responsibility. Federation.

A Pesquisa de Informações Básicas Municipais relativa ao ano de 2009, promovida pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), revela que 354 dos 5.565 Municípios brasileiros não efetuam cobrança de Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) (BRASIL, 2010, p. 209).

O estudo aponta que a Região Sul é a única em que todos os Municípios cobram o IPTU e, na Região Sudeste e no Centro-Oeste, o número de Municípios que não cobram o imposto patrimonial é bastante reduzido.

Já no Nordeste, o percentual de entes federados municipais que cobram IPTU é de 87%; e, no Norte, de 77%. No Estado de Roraima, apenas dois dos 15 Municípios realizam a cobrança. No

Estado do Maranhão, o pior desempenho nesse aspecto na Região Nordeste, somente 98 dos 217 Municípios cobram o imposto, o que corresponde a apenas 45% dos entes municipais daquele Estado. Tal situação é mais frequente em Municípios com até 10 mil habitantes.

Estando o IPTU previsto na própria Constituição Federal, incluído na competência tributária do Município, indaga-se quanto a estar de acordo com o direito a atitude de determinados entes públicos de omitirem-se na instituição e cobrança do tributo. É de se questionar acerca da mora do ente federativo e sua sujeição a punições, por não estar realizando parcela de competência tributária outorgada pela Constituição.

A Constituição Federal estabelece a repartição de competência tributária entre os entes federativos, atribuindo-lhes um rol privativo de tributos, em seu texto já com algum delineamento e limitações. Além disso, estabelece competir à União a possibilidade de criar impostos não previstos no texto constitucional, chamados residuais.

A competência tributária é a “aptidão para criar, *in abstracto*, tributos”, conceito que nos é fornecido por Carrazza (2010, p. 513). A Constituição Federal não cria o tributo; ela contém diretrizes básicas sobre a tributação e distribui a competência tributária entre as pessoas políticas. A efetiva criação do tributo compete ao ente, em obediência ao princípio da legalidade estrita.

Conforme Moraes (1997, p. 832),

a adoção do modelo federativo pela Constituição de 1988 consagrou o estabelecimento de vários princípios, entre eles a necessidade de cada ente federativo possuir uma esfera de competência tributária que lhe garanta renda própria, para o pleno exercício de suas autonomias política e administrativa.

Além da competência para instituição de tributos, a CF também definiu regras de repartição das receitas tributárias, estabelecendo que a arrecadação de tributos destinados a determinado ente será repartida com os demais, nos termos dos artigos 157 a 162. Tal se faz necessário para equilibrar as desigualdades, dando uma parte da arrecadação dos mais ricos para os mais pobres. Como refere Machado (2001, p. 34), ao ente federado pobre, “em cujo território não é produzida, nem circula, riqueza significativa, de nada valeriam todos os tributos do sistema”. Por isso a necessidade da repartição de receitas além da distribuição de competências tributárias.

Através dessas disposições, em que outorga a competência tributária e determina a repartição das receitas, a CF tratou de dar os

meios para os entes federativos obterem recursos para lhes garantir autonomia política e financeira, como consta na citação acima, e também para lhes permitir cumprir suas obrigações perante o cidadão, que no nosso sistema constitucional não são poucas. Temos uma Carta Cidadã que assegura vários direitos às pessoas, como saúde, segurança pública, educação, habitação, entre outros, que dependem de investimento público para sua concretização. Assim, deixar de realizar a parcela de competência tributária concedida pela Constituição pode significar o não oferecimento de tais serviços e garantias ou a sua prestação em qualidade e quantidade inferiores ao possível se todas as fontes de receita tributária fossem implementadas.

Por essas razões é que o exercício da competência tributária destinada a cada ente não seria uma mera faculdade, mas constituir-se-ia em verdadeiro dever do ente federado.

Entretanto, justificar a obrigatoriedade para o ente federado instituir e cobrar os tributos de sua competência a partir do texto constitucional não é tarefa fácil. A Constituição estabelece a quem compete cada tributo, mas não está expresso que esses tributos devam ser criados, tampouco foi estabelecida alguma sanção para o não exercício.

O Direito busca regular condutas, de modo que as normas jurídicas, em especial as constitucionais, não são meros conselhos ou sugestões. Para Bastos (2001, p. 91), “hoje não se admite que a ineficácia seja o timbre da Constituição. Pelo contrário, o que se reconhece é que todas as normas constitucionais têm um mínimo de eficácia. O que se continua a admitir, todavia, são graus diferentes de aplicabilidade”.

Assim, a Constituição estabeleceu fins (prestações do poder público em benefício da população) e os meios para possibilitar esses fins (tributação e distribuição de receitas tributárias), constituindo-se no sistema desejado pela CF para a atuação do ente federado, de modo que não exercitar a competência tributária significaria negar eficácia às suas disposições.

No entanto, esse não é o entendimento dominante acerca da matéria. A doutrina majoritária advoga o caráter facultativo do exercício da competência tributária.

Inicialmente, observa-se que, como o exercício da competência tributária depende de lei, é tarefa a ser realizada pelo Poder Legislativo. Assim, a outorga de aptidão para tributar é disposição acerca do fenômeno político, “difícil de ser enquadrado dentro de parâmetros jurídicos” (BASTOS, 2001, p. 90. Somente após a instituição do tributo por meio de lei é que se terá uma atividade administrativa, com vistas à cobrança da exação.

Nessa linha, a criação do tributo não é obrigação constitucional do ente federado, mas um poder político, a ser exercido conforme a conveniência e oportunidade desse poder. Quem pode o mais, que é tributar, também pode reduzir o tributo, anistiar, parcelar, aumentar e pode, ainda, não tributar. Essa é uma opção política do titular da competência tributária. Defendem essa compreensão, entre outros, Roque Antônio Carrazza, Hugo de Brito Machado, Paulo de Barros Carvalho, Geraldo Ataliba e Rui Barbosa (*apud* Carrazza, 2010, p. 698).

Carrazza (2010) traz uma única exceção a essa facultatividade, quanto ao imposto sobre operações relativas à Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), pois entende que os Estados e o Distrito Federal estão obrigados a instituí-lo e a arrecadá-lo por força do art. 155, § 2º, XII, “g” da CF, que dispõe: “XII - Cabe à lei complementar: [...] g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados” (BRASIL, 1988).

Assim, fundamenta Carrazza (2010, p. 703, grifo do autor) que

os Estados e o Distrito Federal só poderão deixar de instituir o ICMS (descrevendo legislativamente sua hipótese de incidência, seu sujeito ativo, seu sujeito passivo, sua base de cálculo e sua alíquota) e de percebê-lo se celebrarem *deliberações* neste sentido firmadas pelos Governadores e ratificadas, por meio de decreto legislativo, pelas respectivas Assembléias Legislativas ou, no caso do Distributo Federal, por sua Câmara Legislativa.

Em conclusão, para esses doutrinadores, salvo a exceção acima, as pessoas políticas são livres para utilizar ou não as suas competências tributárias. E, o fato é que, estando a CF em vigor há mais de vinte anos, há tributos nela previstos que não foram instituídos.

Não é apenas o caso do IPTU em alguns Municípios. Apesar de a CF ter atribuído à União competência para instituir o imposto sobre grandes fortunas (IGF, art. 153, inciso VII), vários projetos de lei já foram apresentados sem que até hoje a competência tenha sido exercida.

Há muitos estudos sobre tal imposto e os principais argumentos contrários à instituição são de que sua arrecadação, nos países em que é cobrado, não é significativa e os resultados buscados poderiam ser alcançados com a progressividade do imposto de renda. Fala-se também na dificuldade de fiscalização e em fuga do capital, mesmo que sua alíquota fosse baixa, pelo receio de futura elevação.

Conforme Paulsen (2007, p. 301),

A Constituição outorgou competência à União para instituir impostos sobre grandes fortunas, mas não obriga à instituição. Tal competência poderá jamais ser exercida. Já há projetos no Congresso acerca da matéria, mas nenhuma perspectiva de que efetivamente o imposto venha a ser instituído.

Sendo insuficiente a CF para a efetiva instituição de todos os tributos da competência da pessoa política, no ano de 2000, foi promulgada a Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar nº 101 (LC 101/00), que trouxe normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal. De acordo com essa lei, a referida responsabilidade pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange à renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, seguridade social e outras. Essa lei estabelece importante regra pertinente ao presente estudo:

Art. 11. Constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação.

Parágrafo único. É vedada a realização de transferências voluntárias para o ente que não observe o disposto no *caput*, no que se refere aos impostos (BRASIL, 2000).

Da literalidade desse dispositivo resulta claro que pretende impor ao ente político a obrigação de instituir e arrecadar os tributos que a CF outorgou-lhe. Para a LC 101/00, a criação do tributo é dever.

Se esse tributo não instituído e não cobrado for da espécie *imposto*, o poder público negligente não poderá receber transferências voluntárias de outros entes¹, como está previsto no parágrafo único.

Transferências voluntárias são repasses de recursos de um ente da Federação para outro, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, mas que não decorrem de determinação constitucional, legal, ou de destinação ao Sistema Único de Saúde. São realizadas, via de regra, por convênios, em que um ente en-

¹ Salvo aquelas transferências relativas a ações de educação, saúde e assistência social, que ficam excetuadas da vedação, conforme o parágrafo 3º do artigo 25 da LC 101/00.

trega capital a outro para a realização de uma obra ou serviço público.

Esse dispositivo do parágrafo único do artigo 11 da LC 101/00 é objeto de ação declaratória de inconstitucionalidade em que, além de alegações de ordem formal, é atribuído à regra o ferimento ao princípio constitucional da razoabilidade e ao artigo 160 da CF, que veda a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos aos Estados e Municípios.

A referida ação ainda não teve julgamento definitivo pelo Supremo Tribunal Federal (STF), mas, ao analisar a Medida Cautelar, o Relator, Ministro Ilmar Galvão, indeferiu o pedido de liminar em razão de essa vedação do parágrafo único do artigo 11 da LC 101/00 referir-se apenas às transferências voluntárias do orçamento, e não à repartição de receitas estabelecida pela CF, no que foi seguido pelos demais Ministros. Cita-se trecho do seu voto:

O dispositivo constitucional em apreço, no entanto, trata da participação dos Estados e Municípios nas receitas tributárias da União e dos Estados, cogitando a lei, ao revés, de transferências voluntárias que, obviamente, não são incompatíveis com restrições impostas aos entes beneficiários dessas transferências, que se revelem negligentes na instituição, previsão e arrecadação de seus próprios tributos.

Sem plausibilidade, portanto, o fundamento do pedido (BRASIL, 2007).

Assim, o STF chancelou, ao menos em análise preliminar, a obrigação de o ente criar e cobrar os tributos previstos na CF. Entretanto, é de se ressaltar que a consequência prevista na LC 101/00 para a não instituição de impostos somente atinge Estados e Municípios, em regra, porque a União não costuma receber repasses orçamentários dos demais entes.

Apesar do julgamento do STF, a doutrina tece objeções a essa regra. Carrazza (2010, p. 520) defende a sua inconstitucionalidade:

[...] a competência tributária, no Brasil, é um tema exclusivamente constitucional. O assunto foi esgotado pelo constituinte. Em vão, pois buscamos nas normas infraconstitucionais (que Massimo Severo Giannini chama de “normas subprimárias”), diretrizes a seguir sobre a criação, *in abstracto*, de tributos. Nesse setor, elas, quando muito, explicitam o que, porventura, se encontra implícito na Constituição. Nada de substancialmente novo lhe podem agregar ou subtrair.

Sabbag (2010, p. 379, grifo do autor) aponta que a norma carece de instrumento que a torne efetiva:

O exercício da competência tributária, conquanto irrenunciável e intransferível, pode ser considerado *facultativo*. De fato, no plano da conveniência, cada ente tributante decide sobre o exercício da competência tributária. Não obstante, o art. 11 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC n. 101/99) dispõe que, no plano de gestão fiscal da pessoa política, deve haver a instituição de “todos” os tributos que compete à entidade, sob pena de sanções (art. 11, parágrafo único). O dispositivo merece interpretação cautelosa, pois o legislador quis, salvo melhor juízo, estimular a instituição do tributo economicamente viável, cuja competência estaria inadecuadamente estancada. Portanto, estamos que é defensável a *facultatividade* do exercício da competência tributária, uma vez que o art. 11 da Lei da Responsabilidade Fiscal não traduz, incontestavelmente, mecanismo efetivo de obrigatoriedade.

Para nós, a instituição e a cobrança dos tributos são desejo da Constituição, sendo a direção concebida pela Carta Maior para o Sistema Tributário Nacional, mas concordamos com a doutrina quanto à efetiva criação do tributo depender do poder político.

Esse poder político não é apenas do legislador do Município, mas também do legislador complementar nacional, que deu um importante passo ao criar a regra com previsão de consequência para o ente político omissão no exercício de sua competência para criar e cobrar tributo.

Mesmo que se entenda impossível, juridicamente, obrigar o legislador a instituir o tributo, não parece ocorrer inconstitucionalidade na proibição de transferências voluntárias ao ente que não o fizer. Essa é uma regra de direito financeiro e a CF é explícita em determinar sua regulamentação por lei complementar, no art. 163.

Além disso, a regra nos parece justa, pois o ente que não exerce sua competência tributária não deve receber recursos que foram obtidos com a tributação efetuada pelos demais entes. Se precisa de recursos, arrecade primeiro os que lhe estão destinados por direito.

Por fim, observe-se que os dois exemplos de falta de exercício de competência tributária aqui referidos, IPTU e IGF, são impostos sobre o patrimônio. Há outros, como a não cobrança de imposto sobre a propriedade de aviões, helicópteros e lanchas², por exemplo, que são importantes signos presuntivos de riqueza.

² O STF entende que esses bens não são passíveis de tributação pelo IPVA, porque não poderiam ser incluídos no conceito de veículos automotores, como ficou decidido pela primeira vez no julgamento do RE 134.509-AM.

Conforme estudo da Receita Federal do Brasil (RFB) relativo à carga tributária no Brasil em 2008 (BRASIL, 2009)³, a tributação de bens e serviços representou 48% da carga total. Enquanto isso, os impostos diretos, que incidem sobre renda e patrimônio, totalizaram 22%. Os demais percentuais componentes da carga tributária foram divididos em tributos sobre a folha de salários (22%), transações financeiras (5%) e outros (3%).

Para comparação dos dados brasileiros, a RFB utilizou as estatísticas dos países-membros da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), por terem sido consideradas as de maior confiabilidade e elaboradas com metodologia semelhante. Entre aqueles países, a tributação sobre bens e serviços significa, em média, 31,5% da carga tributária total e a tributação sobre patrimônio e renda responde por 41,44%.

Do confronto desses dados, verifica-se que, no Brasil, a carga tributária incide de maneira inversa àquela dos países-membros da OCDE, com maior peso para os tributos indiretos, sobre o consumo, em detrimento dos tributos diretos, sobre renda e patrimônio. O efeito dessa má distribuição da carga tributária é a característica essencialmente regressiva do sistema brasileiro.

O princípio da progressividade estabelece que quem tem mais renda e patrimônio deve pagar proporcionalmente mais tributo. Além de a base de cálculo ser maior para quem tem mais, a alíquota também deve variar positivamente em função dela. As alíquotas, portanto, são variadas e sua majoração se dá na medida em que a base de cálculo aumenta.

Considera-se um tributo regressivo quando seu peso em relação à renda do contribuinte é maior quanto menor for essa renda. Em outras palavras, o tributo do tipo regressivo incide de forma mais onerosa para quem tem menos recursos, porque seu peso é maior em proporção ao rendimento.

Os tributos indiretos têm perfil regressivo porque a incidência tributária não possui vínculo com a capacidade econômica do contribuinte. Por exemplo, o ICMS, cujo ônus recai sobre o consumidor porque é embutido no preço, incide de forma proporcional sobre o valor da mercadoria, então tanto o rico como o pobre suportam a mesma quantidade de imposto quando compram um produto.

Já o IPTU é um imposto direto, porque não repercute em terceiros; o ônus econômico é suportado pelo sujeito passivo,

³ Conforme consta do estudo, a RFB procurou considerar todas as receitas às quais se possa atribuir natureza econômica de tributo e levou em conta a arrecadação das três esferas de governo.

titular da propriedade territorial urbana. A Constituição Federal permite expressamente a progressividade desse imposto em razão do valor do imóvel, da localização e do uso, nos artigos 156, § 1º, I e II e 182, § 4º, II.

Em um sistema tributário dito regressivo, há predominância dos tributos indiretos. Nesse caso, como as pessoas mais pobres gastam praticamente toda a renda em consumo de bens e serviços, pagam, proporcionalmente, mais imposto do que aqueles que têm sobra de recursos.

Assim, temos que o não exercício pleno das competências tributárias, especialmente sobre patrimônio e renda, reforça a injustiça tributária no país.

Referências

- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 jun. 2010.
- _____. Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp101.htm> Acesso em: 15 jun. 2010.
- _____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Perfil dos Municípios Brasileiros 2009**. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/perfilmunic/2009/munic2009.pdf>>. Acesso em: 3 jun. 2010.
- _____. Receita Federal do Brasil. **Carga Tributária no Brasil 2008**. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Publico/estudoTributarios/estatisticas/CTB2008.pdf>>. Acesso em: 6 jun. 2010.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2238-5– MC/DF. Requerentes: Partido Comunista do Brasil - PC do B, Partido dos Trabalhadores - PT e Partido Socialista Brasileiro - PSB. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, 08 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/porta1/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1829732>>. Acesso em: 10 jun. 2010.
- CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 1997.
- PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2007.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

A torpeza do credor diante da multa do artigo 461 do CPC

Daniel Bürkle Ward

*Advogado da CAIXA no Rio de Janeiro
Pós-graduando em Direito Processual Civil pela
Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC*

RESUMO

O presente trabalho trata do tema “a torpeza do credor diante da multa do artigo 461 do CPC”. Pretende-se, a partir da análise das novas técnicas para cumprimento de decisões sincréticas, introduzidas com a reforma legislativa do Código de Processo Civil (CPC), bem como à luz dos princípios processuais aplicáveis ao tema em estudo, relatar, discutir e apresentar os principais aspectos práticos e teóricos que envolvem a problemática proposta, diante da percepção empírica que a atual estrutura das modalidades executivas tem como efeito colateral a indução ao credor a assumir posições processuais conflitantes com a boa-fé. A cominação de astreintes não dever servir como um atalho à efetividade dos provimentos judiciais. Na redação deste artigo, utiliza-se metodologia de pesquisa bibliográfica que consiste, basicamente, na leitura, fichamento e apresentação das teorias dos principais autores do Direito que tratam desse problema, análise das respectivas previsões e inovações legislativas, bem como apontamento e identificação da atual jurisprudência sobre o tema, partindo-se do pressuposto de que há, hodiernamente, uma utilização distorcida das técnicas executivas, notadamente de execução indireta por coerção, situação que acaba corrompendo a natureza do instituto originariamente concebido pelo legislador. A tutela constitucional à celeridade e efetividade dos pronunciamentos judiciais ainda é incipiente. Portanto, demanda dos operadores do direito aparar algumas arestas do uso distorcido das previsões normativas infraconstitucionais. “A torpeza do credor diante da multa do artigo 461 do CPC” tenta demonstrar que, ao contrário do afirmado pelo senso comum, nem toda dilação indevida do processo, atentado à celeridade processual ou comprometimento da efetividade da decisão judicial tem como causa atitude do réu. Todos os atores processuais têm parcela de importância na formatação desse cenário.

Palavras-chave: Técnicas executivas. Princípios processuais. Multa. Equalização.

ABSTRACT

This paper intends to discuss “the turpitude of the creditor when dealing with the fine of the article 461 of the Brazilian Code of Civil Procedure”. From the analysis of new techniques for the compliance of judicial decisions, introduced with the legislative reform of the Code, as well as of the procedural principles applicable to the subject, our purpose is to discuss and present main theoretical and practical aspects of this problem, also considering that the current structure of the executive measures leads the creditor to a position that usually conflicts with the good faith, that should always be a direction guide in the relationship between the parties. The imposition of *astreintes* should not become a kind of shortcut to the effectiveness of the judicial assignments. During the study, the methodology of bibliographical research consisted mostly in reading, categorizing and presenting the theories developed by the main authors that deal with this question, as well as the predictions and legislative innovations. The jurisprudence on the subject has also been studied and analyzed, having as start point the fact that the executive techniques are being distorted, particularly in the indirect execution by coercion, having as a result the corruption of the institute's purpose, originally intended by the legislature. The constitutional protection to the speed and effectiveness of judicial decisions is still incipient. Therefore, the Law operators must be careful about the distorted application of non-constitutional legal predictions. “The turpitude of the creditor when dealing with the fine of the article 461 of the Brazilian Code of Civil Procedure” has the main purpose to demonstrate that, besides what is realized by common sense, not all undue delay of the procedure or compromise of the effectiveness of the procedure is caused by the defendant. All the actors of the procedure are important and responsible for this scenario.

Keywords: Executive techniques. Procedural principles. Fine. Equalization.

Introdução

No presente estudo falaremos sobre a problemática do abuso de poder processual do exequente diante das possibilidades que lhe são conferidas pela redação do artigo 461 do Código de Processo Civil (CPC). Mais especificamente, sobre a torpeza do credor diante da decisão judicial que impõe multa ao devedor para induzi-lo ao cumprimento de uma obrigação de fazer. O trabalho foi orientado pela pesquisa e interpretação das inovações legislativas, bem como suas consequências sobre a prática forense e respectiva jurisprudência. A orientar e sinalizar caminhos à equalização do problema em foco, trouxemos o estudo dos princípios processuais afetos a matéria.

Dessa forma, iniciamos nosso estudo abordando as técnicas processuais de cumprimento das decisões judiciais sincréticas. A nova classificação da natureza das sentenças é apresentada, na qual preferimos a orientação doutrinária por reunir as decisões mandamentais e executivas em uma só espécie – sentença condenatória. Analisamos a evolução legislativa que cominou nessa fusão, com as reformas de 1994, 2002 e 2005. Após, apresentamos as técnicas de execução direta e indireta, para concluir este item demonstrando o vasto leque de opções de que dispõe o magistrado para efetivação dos julgados. E é exatamente em razão dessa vastidão de escolhas que se faz estritamente necessária a correta observância dos princípios processuais, que serão apresentados no item seguinte.

No item 2, lançamos mão da análise dos princípios processuais que nos parecem importantes no balizamento do problema em foco. Após a introdução do princípio da atipicidade dos meios executivos, são apresentados os princípios do devido processo legal, identificado como o maior e mais abrangente princípio processual; da menor onerosidade possível ao executado; da maior coincidência possível; da boa-fé e da cooperação.

Por fim, o último item traz “uma tentativa de equalizar a aplicação do artigo 461 do CPC”. São analisadas as consequências da não observação adequada dos princípios estudados no item anterior, com a distorção da concepção das medidas executivas diretas e indiretas. As deformidades percebidas na prática forense são trazidas ao estudo, na intenção de aproximar o problema aos fatos da vida, em que a presença da boa-fé subjetiva em um ambiente de conflito é etereamente notada, e facilmente corrompida.

1 O cumprimento de decisões sincréticas

As reformas do CPC prestigiaram, sobremaneira, as sentenças sincréticas, que são as decisões condenatórias em que o Juízo certifica o direito levado à sua apreciação e de plano já procede às diligências necessárias à sua efetivação. As sentenças mandamental e executiva aparecem como modelos desses processos multifuncionais.

Antes de analisá-las, porém, cumpre fazer uma breve digressão. Durante longo período, houve intensa divergência doutrinária sobre a classificação das sentenças. A classificação ternária relacionava as sentenças entre condenatória, constitutiva e declaratória. De outro lado, com forte influência da doutrina de Pontes de Miranda, havia a classificação quinária, que acrescentava às três modalidades acima outros dois tipos de sentença: mandamentais e executivas.

Com as mudanças do nosso Código Processual, notadamente após a edição da Lei Federal nº 11.232/05, essa discussão doutrinária perde sentido prático. Isso porque toda decisão que reconhece a existência de um dever de prestar – fazer, não fazer, dar coisa ou *pagar quantia* – passa a ter a possibilidade de ser efetivada no mesmo processo em que foi deferida. Acaba, assim, a dicotomia entre sentença condenatória, executável antes somente em autos próprios, e sentença mandamental, que demandaria apenas novo módulo processual.

As evoluções legais ocorreram na seguinte direção. Em 1994¹ é dada nova redação ao artigo 461 do CPC. Com efeito, as sentenças que reconheciam direito a uma prestação de *fazer ou não fazer* poderiam ser efetivadas no mesmo processo em que proferidas; em 2002, o legislador cria o artigo 461-A², ampliando essa possibilidade também às sentenças que reconhecessem o direito a uma prestação de *entrega de coisa*. Por fim, em 2005, com o advento do art. 475-J³, a sentença *pecuniária* adentra o rol daquelas decisões efetiváveis no mesmo processo. Dessa forma, todas essas sentenças passam a ser designadas como condenatórias, que aparece aqui alterado em seu conceito histórico.⁴

Sendo assim, ainda nos parece útil a distinção entre as sentenças mandamentais e executivas se analisadas sob a ótica dos seus efeitos, com o módulo da execução podendo ocorrer com ou sem a participação do executado: técnicas de execução indireta e direta.

A execução direta, por sub-rogação, é aquela em que é materialmente possível a substituição de ato de vontade do devedor pela conduta do Estado-juiz; na execução indireta isso não é possível. Com efeito, cabe ao magistrado demonstrar ao executado que o cumprimento daquela obrigação que lhe foi imposta é mais vantajoso do que a hipótese de quedar-se inerte. Há indução na vontade do devedor a compeli-lo ao cumprimento da ordem judicial.

As sentenças que determinam um fazer, não fazer ou entrega de coisa podem ser mandamentais ou executivas, conforme demande o direito tutelado. Embora haja exceções⁵, via de regra as sen-

¹ Alteração dada pela Lei Federal nº 8.952/94.

² Incluído pela Lei Federal nº 10.444/02.

³ Incluído pela Lei nº 11.232/05.

⁴ Sobre o assunto, discorreu Didier Junior, Braga e Oliveira (2008, p. 235): “o conceito de sentença condenatória é jurídico-positivo, e não lógico-jurídico: depende, pois, do exame do direito positivo. Se antes a execução ex intervalo era a regra, agora a regra é a execução sine intervalo. Muda-se a técnica de execução, mas permanece sempre a mesma realidade: somente sentenças de prestação dão ensejo à atividade executiva. Como não há mais distinção da técnica executiva, todas podem, sem problema, ser chamadas de condenatórias”.

⁵ Como exemplo de decisão mandamental, a condenação ao pagamento de alimentos sob pena de prisão civil.

tenças que determinam uma obrigação pecuniária são executivas, com a expropriação do patrimônio do executado.

Considerando a limitação espacial e temática do presente estudo, deixaremos de analisar as sentenças constitutivas e declaratórias. Nada obstante, vale registrar que para as primeiras, que certificam e efetivam direito potestativo, não se faz necessária fase executiva⁶. As segundas, meramente declaratórias, apenas cuidam da certificação da existência de uma situação jurídica.⁷

1.1 A evolução das técnicas de execução direta e indireta

Como introdução à análise das técnicas de execução direta e indireta, cumpre confirmar a distinção entre ambas.

Na execução direta, o juiz prescinde da colaboração do executado para efetivação da prestação devida, promovendo a substituição de sua conduta pela conduta de um terceiro ou do próprio magistrado.

Já na execução indireta, não há a substituição da conduta do devedor. Nesse diapasão, as técnicas de execução indireta demandam do juízo do feito uma atuação um tanto mais criativa. As possibilidades são várias, uma vez que o objetivo é contar com a colaboração do executado para efetivação da tutela judicial adequada e efetiva. Hodiernamente, os meios coercitivos indiretos vêm sendo mais prestigiados pelos magistrados, porquanto, via de regra, mais eficazes e menos dispendiosos para o Estado. Sobre os excessos na utilização dessas medidas, contudo, falaremos no último item deste estudo.

Historicamente, as técnicas de execução direta, por sub-rogação, tiveram precedência sobre as coercitivas.⁸ Ao contrário da percepção que se tem no processo civil atual, as medidas coercitivas, em razão de atuarem diretamente sobre a vontade do devedor, seriam mais gravosas. Vale explicar a razão disso.

No fim do século XIX até a primeira metade do século XX, a técnica jurídica sofria forte influência dos conceitos do Estado liberal, no sentido de que não se poderia obrigar ninguém a fazer o que não fosse de sua livre vontade⁹ e de que toda prestação poderia ser convertida em dinheiro.

⁶ O direito potestativo é consolidado na esfera jurídica, prescinde da esfera dos fatos.

⁷ Vale lembrar a lição sobre a diferença entre sentença constitutiva e declaratória: esta apenas reconhece, enquanto aquela inova uma relação jurídica.

⁸ Pode-se citar como expoente histórico dessa predileção o Código Napoleônico.

⁹ *Nemo praecise potest cogi ad factum*, brocardo sobre essa intangibilidade da vontade humana.

À época, não se poderia conceber que um juiz detivesse o poder de ordenar alguém a fazer algo sob pena de coerção. Nesse cenário, a resolução em perdas e danos seria a única consequência possível para o descumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer.

Isso, por evidente, privilegiava o descumprimento contratual e, por via de consequência, a parte mais rica da relação, que poderia pagar em espécie o seu inadimplemento, ainda que não fosse essa a solução pretendida pelo credor da obrigação original.

No Brasil, as mudanças começam com a edição do Decreto-Lei 58/37, instituindo o direito real de aquisição, com a prerrogativa dada ao adquirente de adjudicação compulsória, deixando para trás a resolução em perdas e danos, até ali a regra para o inadimplemento.

Desde então, mais transformações em leis extravagantes na orientação de viabilizar maior efetividade dos provimentos judiciais mediante o manejo de técnicas de execução não previstas no código processual. As opções executivas passam a ser ofertadas ao Estado-juiz de uma forma cada vez mais aberta.

Pode ser destacado, a título de ilustração, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)¹⁰, passando a prever a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer.¹¹ Logo após, o Código de Defesa do Consumidor (CDC)¹², prevendo a tutela específica em diversos dos seus artigos.¹³

Até então, os meios executivos disciplinados em lei compunham, no seu conjunto, o que era caracterizado como um sistema típico de tutela executiva. O legislador brasileiro tipificava os meios executivos de que o juiz poderia se valer para prestar a tutela executiva. Com isso, não deixava margem de opção quanto ao meio executivo mais adequado ao caso concreto.

Esse limitador do sistema típico de tutela do nosso código processual começa a desaparecer em 1994, com a reforma legislativa do CPC¹⁴, inserindo a possibilidade das tutelas específicas. O processo autônomo para execução de uma sentença que impusesse uma obrigação de fazer ou não fazer é extinto.

¹⁰ Lei Federal nº 8.069/90.

¹¹ Art. 213 do ECA: “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento.”

¹² Lei Federal nº 8.078/90.

¹³ Em valorosa lição, Marinoni (2007b) identifica no art. 84 do CDC, que inaugura no direito brasileiro a possibilidade de o juiz conceder em sede de execução ‘resultado prático equivalente’, uma exceção ao princípio da congruência entre a sentença e o pedido.

¹⁴ Lei Federal nº 8.952/94, que alterou mais de cem artigos do CPC.

Importante notar a mudança do enfoque – com o sistema implementado na reforma, a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer somente não seria concedida se verificada sua impossibilidade material ou se o credor não o quisesse, preferindo o ressarcimento pecuniário. Inverte-se, pois, o quadro. A opção passa a ser do credor, não mais do devedor.

Em 2002¹⁵, com a criação do artigo 461-A, o mesmo regramento se estende às obrigações para entrega de coisa.

Mais recentemente, com edição da Lei Federal nº 11.232/05, a sistemática do processo sincrético passa a incluir as sentenças destinadas à execução de obrigação pecuniária. É o fim da necessidade de procedimento autônomo para essas cobranças, ressalvadas as exceções do artigo 475-N.¹⁶

1.2 As técnicas de execução propriamente ditas

As técnicas de execução têm previsão em diversas passagens do CPC. Além disso, a redação de cláusulas gerais¹⁷, que induzem à atividade criativa da prestação jurisdicional, uma vez que configuram normas flexíveis que permitem atender às especiais circunstâncias do caso concreto, nos permite antecipar uma certeza: não esgotaremos aqui a análise das técnicas executivas. Faremos, entretanto, abordagem de algumas das possibilidades positivadas, sem prejuízo da lembrança da existência de tantas outras decorrentes de cláusulas gerais executivas em nosso código processual.

Em introdução ao tema, a lição de Bobbio (1950 *apud* MARINONI, 2007a) nos parece de bastante valia. O autor identifica duas técnicas possíveis a serem utilizadas pelo juiz da execução: a de desencorajamento, ou repressiva, e a de incentivo, ou promocional. Nessa configuração, o modelo repressivo busca tornar a ação não desejada impossível, difícil ou desvantajosa. Por outro lado, o modelo promocional induz a que a ação desejada seja necessária, fácil e vantajosa.

Com efeito, tornar a ação impossível ou necessária corresponderia a uma condição material de “não poder”, o que representa uma execução direta, que desafia medida de sub-

¹⁵ Alteração dada pela Lei Federal nº 10.444/02.

¹⁶ Conforme redação do art. 475-N, parágrafo único, ainda são autônomos os processos de execução da sentença penal condenatória, da sentença arbitral, da sentença estrangeira e do acórdão que julgar procedente revisão criminal.

¹⁷ Como cláusula geral processual executiva, notadamente o artigo 461, § 5º, do CPC. Além dela, ainda discorreremos nesse estudo sobre o poder geral de cautela (artigo 798 do CPC), a cláusula geral do abuso do direito do exequente (artigo 620 do CPC) e a cláusula geral da boa-fé processual (artigo 14, II, CPC).

rogação. Como exemplo dessa técnica constante em nosso ordenamento, a busca e apreensão de coisas.

A atuação do Estado por meios psíquicos do devedor aparece como técnica para tornar a ação difícil ou desvantajosa, quando não desejada; fácil ou vantajosa, se desejada. São, pois, as medidas indiretas de execução. Temos como exemplo de medida desvantajosa a previsão de uma punição, como a prisão civil e a cominação de multa¹⁸. Como exemplos de medida facilitadora, o direito potestativo ao parcelamento de dívida¹⁹ e o abatimento de custas processuais e honorários advocatícios para a hipótese de cumprimento voluntário²⁰ da obrigação pecuniária.

Um ponto aqui merece destaque. A execução indireta não está restrita à execução das obrigações infungíveis. O que deve nortear a técnica a ser adotada é a identificação daquilo mais adequado para efetivação do direito – fungível ou infungível.²¹

Por evidente, em se tratando de obrigação infungível, a respectiva tutela executiva deverá ser coercitiva, uma vez que é impossível a substituição da vontade do devedor pelo juiz. Nada obstante, sendo a obrigação fungível, não necessariamente a tutela executiva deve ser através de medida sub-rogatória. Em que pese ser sempre possível o uso dessa medida nas hipóteses de obrigação fungível, não é correto generalizar que seja sempre a melhor opção, em detrimento do uso das medidas coercitivas.

O próprio artigo 475-J, regulando a execução de obrigação pecuniária, prevê a incidência de multa acaso o adimplemento da obrigação não ocorra no prazo quinzenal dado pelo artigo. A função dessa técnica é justamente compelir o devedor a promover o pagamento. Possui, portanto, nítido caráter coercitivo indireto.

Hodiernamente, verifica-se forte tendência na prática forense de preferência por medidas coercitivas. A técnica é utilizada na perseguição da efetividade da prestação jurisdicional. E isso, claro, é elogiável. Ocorre que se faz necessário observar o princípio da necessidade no caso concreto, que deverá balizar a identificação da “justa medida” (LARENZ, 1997, p. 298). O alcance dessa proporcionalidade muitas vezes se mostra, empiricamente, um caminho dificultoso.

¹⁸ Cabe destacar que o artigo 461 do CPC aparece como principal fundamento da tutela inibitória individual.

¹⁹ Artigo 745-A do CPC.

²⁰ Artigo 1.102-C, § 1º, do CPC.

²¹ Vale a lembrança: obrigação fungível é aquela em que outra pessoa pode dar-lhe cumprimento sem prejuízo ao credor (artigo 249 do Código Civil), enquanto obrigação infungível é aquela que obrigatoriamente só pode ser prestada pelo próprio devedor. Essa infungibilidade pode dar-se por natureza ou convenção.

Há medidas coercitivas, notadamente na hipótese da cominação da multa do artigo 461, em que uma situação deveras peculiar se apresenta ao credor: o inadimplemento da obrigação lhe é mais vantajoso do que o cumprimento da prestação pelo devedor. Nesse ponto, resta evidente que foi corrompido o equilíbrio de interesses reciprocamente contrapostos. Nesse diapasão, deveria incumbir também ao credor requerer a ordem que imponha a consequência menos gravosa ao executado, a fim de que seja preservada a ideia de “justa medida”, que está indissociavelmente ligada à ideia de justiça. Assim, estaria resguardado o princípio da boa-fé processual.

Nada obstante, vale lembrar que estamos analisando um universo de litígio entre *ex adversos*. A boa-fé subjetiva, como fato da vida²², enquanto estado de consciência, etereamente se faz presente nesse foro. O equilíbrio dessa relação, que importa na estreita observação do devido processo legal – por conseguinte, ético e leal –, é o objeto de maior interesse do presente estudo.

2 Princípios processuais balizadores das técnicas executivas

A doutrina e a jurisprudência atuais são uníssonas ao asseverar que o estudo do processo civil deve ser feito à luz dos direitos fundamentais. A Constituição Federal de 1988 incluiu, no rol de direitos e garantias fundamentais, uma série de dispositivos de natureza processual.

Tendo em vista esse panorama, no presente item falaremos sobre princípios, tendo como pano de fundo o correto balizamento das técnicas coercitivas, em particular na tentativa de equalizar a aplicação do artigo 461 do CPC. Nesse diapasão, tentaremos examinar os princípios que nos parecem estreitamente relacionados às possíveis soluções ao problema em foco.

2.1 Princípio da atipicidade dos meios executivos

Iniciaremos o estudo relacionando um princípio recentemente introduzido em nosso ordenamento processual, mas que conduziu as técnicas de execução a profundas mudanças: o princípio da atipicidade dos meios executivos, já anteriormente mencionado quando da análise das técnicas executivas.

Historicamente, sob a influência da acepção de um Estado liberal, prevalecia a ideia de que o magistrado só poderia proceder

²² Diferentemente da boa-fé objetiva, com previsão constitucional e infraconstitucional, e por isso, enquanto princípio- regra, se impõe às partes, conforme veremos no item a seguir.

à execução valendo-se de meios executivos tipicamente previstos na legislação. Após as mudanças legislativas no código processual pátrio, com expressa previsão que garante a atipicidade dos meios executivos na efetivação das obrigações de fazer, não fazer e dar coisa que não dinheiro²³, o que existe atualmente é uma tendência de ampliação dos poderes executivos do magistrado, em uma espécie de poder geral de efetivação, que permite ao magistrado valer-se dos meios executivos que reputar mais adequados ao caso concreto, aplicando, sempre, o princípio da proporcionalidade.

Além disso, uma vez que não se pode conceber um poder sem que exista o controle do mesmo, vale lembrar que sempre haverá a possibilidade de controle da decisão judicial pelas partes, tendo em vista que toda decisão deve ser motivada, na forma do artigo 93, IX, da Constituição Federal.²⁴ O juiz, na determinação da medida que entender mais idônea, deve sempre justificar a sua escolha, que, inevitavelmente, estará sujeita ao controle crítico das partes.

Considerando a existência de um direito fundamental à tutela executiva, não há por que prestigiar apenas determinada técnica executiva, sub-rogatória ou de coerção. Não existe uma ordem de prioridade preestabelecida. Empiricamente é que se deve decidir pelo meio de maior idoneidade.

Cumpre registrar lição de Marinoni (2007b), no sentido de que o juiz não pode ficar subordinado somente ao que está expressamente previsto em lei. Para o autor, “se fosse aceitável a tese de que a tarefa do juiz está subordinada à expressa previsão de meio executivo, a legislação processual poderia negar-lhe as ferramentas necessárias para o cumprimento do seu dever e para o respeito ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva” (MARINONI, 2007b, p. 41).

2.2 Princípio do devido processo legal

O princípio do devido processo legal pode ser identificado como o mais importante dos princípios do processo, pois dele decorrem os demais princípios fundamentais processuais.²⁵

²³ Vale novamente lembrar o artigo 461, § 5º, do CPC, que consagra o mencionado poder geral de efetivação.

²⁴ Constituição Federal, artigo 93, IX: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.”

²⁵ O devido processo legal tem, segundo Didier Junior (2007), característica de cláusula geral, uma vez que apresenta uma diretriz indeterminada, que não traz expressamente uma solução jurídica (consequência). A norma é aberta. Não estabe-

A aplicação desse princípio nas relações jurídicas particulares²⁶, que é o que nos interessa neste estudo, é hipótese pacificamente sedimentada em nossa doutrina e jurisprudência.

Como introdução, vale a divisão de suas duas esferas. O devido processo legal em sentido formal está ligado ao direito de ser processado e a processar de acordo com as normas previamente estabelecidas. Já o devido processo legal em sentido material vai além: as decisões jurídicas devem ser substancialmente devidas, razoáveis e corretas. Não basta a regularidade formal.

Decorre daí o princípio da proporcionalidade²⁷, que orienta a aplicação da justiça do caso concreto. Sua utilização repousa na necessidade de construir-se o Direito pela utilização da norma positivada de forma coerente, harmonizando, sempre que possível, os vários interesses antagônicos que estão presentes em uma mesma relação jurídica.

Como subprincípios hermenêuticos para a ponderação dos interesses, podemos relacionar o princípio da menor restrição possível, da salvaguarda do núcleo essencial, da necessidade ou do meio mais benigno e da pertinência.

Em visão resumida, esses subprincípios preconizam que se deve averiguar se a medida empregada representa o meio idôneo para o fim pretendido, adequando-se o meio ao fim almejado. Essa busca é uma das etapas fundamentais na aplicação do princípio da proporcionalidade – e também no auxílio à problemática exposta neste estudo.

2.3 Princípio da menor onerosidade possível ao executado

O princípio da menor onerosidade possível ao executado prevê que, se a execução puder ser efetivada por mais de uma maneira, a escolha idônea é aquela que for a menos onerosa ao devedor. Esse princípio está consagrado no artigo 620 do CPC.²⁸ Vale aqui sublinhar um ponto: o princípio não determina que a execução não possa ser gravosa ao devedor, o que é inerente à natureza do instituto.

lece *a priori* o significado do termo (pressuposto), tampouco as consequências jurídicas da norma. Presta, portanto, para “estabelecer uma pauta de valores a ser preenchida historicamente de acordo com as contingências históricas” (DIDIER JUNIOR, 2007, p. 52).

²⁶ No que a doutrina denomina eficácia horizontal de direito fundamental.

²⁷ Segundo lição de Bonavides (2001, p. 48), há princípios mais fáceis de compreender do que definir, como o princípio da proporcionalidade.

²⁸ “Art. 620. Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.”

De outra forma, o que preleciona vai ao sentido de que, havendo um meio efetivo e adequado para se promover a execução, e esse meio for muito gravoso, ele terá de ser posto em prática. Isso não é o mesmo que afirmar que a execução deva se dar da forma que melhor aproveite ao executado, percepção comum no estudo do princípio, mas equivocada. Por isso, mais uma vez, deve valer o princípio da proporcionalidade a orientar a aplicação prática desse dispositivo.

2.4 Princípio da maior coincidência possível

A diretriz trazida pelo princípio da maior coincidência possível vai no sentido de que o processo deve dar a quem tenha razão o exato bem da vida a que ele teria direito, se não pudesse ter prescindido da tutela jurisdicional para tanto.

O processo de execução deve primar, na medida do possível, pela obtenção deste resultado coincidente com o direito material. É o que se identifica, hodiernamente, na primazia da tutela específica. Conforme vimos no capítulo antecedente, as últimas reformas processuais deram muita importância a esse princípio, não satisfatoriamente observado no antigo regramento da efetivação das obrigações de fazer, não fazer e dar coisa, cujo descumprimento implicava, quase sempre, a conversão da obrigação em perdas e danos.

2.5 Princípio da boa-fé

O princípio da boa-fé determina que os sujeitos do processo devem comportar-se de acordo com a boa-fé, que, nesse caso, deve ser entendida como uma norma de conduta – a boa-fé objetiva, conforme definição já introduzida no item anterior. Esse é o princípio da boa-fé processual, que, além da tutela constitucional implícita²⁹, em previsão infraconstitucional pode ser entendido da leitura do texto do inciso II do artigo 14 do CPC.³⁰

São inúmeras as situações que podem surgir ao longo do processo, o que justifica a técnica adotada pelo legislador da cláusula geral da boa-fé. Seria materialmente impossível a enumeração legal exaustiva das hipóteses de comportamento desleal.

Importante destacar que não existe princípio da boa-fé subjetiva. O inciso II do artigo 14 do CPC não está relacionado à boa-fé subjetiva, à intenção do sujeito do processo: trata-se de norma que

²⁹ Adiante, analisaremos o tema com maior profundidade

³⁰ “Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: [...] II - proceder com lealdade e boa-fé”.

impõe condutas em conformidade com a boa-fé objetivamente considerada, independentemente da existência de boas ou más intenções.

Aqui, vale destacar que a norma orienta todos que participam do processo – não apenas as partes, mas também o órgão jurisdicional. Essa assertiva decorre de um truísmo – o Estado deve agir de acordo com a boa-fé, de maneira leal e com proteção à confiança. Com efeito, uma das situações jurídicas criadas a partir do princípio da boa-fé objetiva é o dever de cooperação entre os sujeitos do processo, que será visto adiante em item próprio.

Podem ser relacionados quatro casos de aplicação da boa-fé ao processo: proibição de consubstanciar dolosamente posições processuais³¹ – proibição de má-fé processual subjetiva; a proibição de *venire contra factum proprium*; a proibição de abuso de poderes processuais; e a *supressio* – a perda de poderes processuais em razão do seu não-exercício por tempo suficiente para incutir no outro sujeito a confiança legítima de que esse poder não mais seria exercido.

Conforme acima relacionado, o princípio de atuação de acordo com a boa-fé é fonte normativa da proibição do exercício inadmissível de posições jurídicas processuais, que podem ser reunidas sob a rubrica do “abuso do direito processual”. Além disso, o princípio da boa-fé processual torna ilícitas as condutas processuais animadas pela má-fé, sem boa-fé subjetiva. Ou seja, a cláusula geral da boa-fé objetiva processual implica, entre outros efeitos, o dever de o sujeito processual não atuar imbuído de má-fé, considerada como fato que compõe o suporte fático de alguns ilícitos processuais. Existe, dessa forma, correlação entre boa-fé processual objetiva e subjetiva. Contudo, cabe a reiteração: o princípio é o da boa-fé objetiva processual, que, além de mais amplo, é a fonte dos demais deveres, inclusive o de não agir com má-fé.

Conforme já antecipado, o princípio da boa-fé objetiva tem fundamento constitucional implícito, podendo ser extraído de outros princípios constitucionais. A exigência de comportamento em conformidade com a boa-fé pode ser encarada como conteúdo de outros direitos fundamentais.

Entre aqueles que podem ser correlacionados, o inciso I do artigo 3º da Constituição Federal, dispondo que é objetivo da República Federativa Brasileira a construção de uma sociedade livre,

³¹ Aqui, podemos citar os artigos 233 e 133, I, ambos do CPC (respectivamente: o requerimento doloso da citação por edital e a atuação dolosa do órgão jurisdicional). Também, em algumas hipóteses de litigância de má-fé que exigem a presença do “elemento subjetivo”, como os incisos I, II, III e IV do artigo 17 do CPC.

justa e solidária. Com efeito, identificável como um dever fundamental de solidariedade, do qual decorre o dever de não quebrar a confiança e de não agir com deslealdade. Nesse diapasão, a cláusula geral de boa-fé também está presente, no art. 1º, III, da Constituição federal, enquanto concretização da proteção constitucional à dignidade da pessoa humana.

Por fim, inegável que o princípio da boa-fé processual compõe a cláusula do devido processo legal, limitando o exercício do direito de defesa, como forma de proteção do direito à tutela efetiva, do próprio direito de defesa da parte contrária e do direito a um processo com todas as garantias – o processo devido.³² Essa é a fundamentação também encontrada pelo Supremo Tribunal Federal (STF): a cláusula do devido processo legal exige um processo leal e pautado na boa-fé.³³

Resta evidenciada, portanto, a existência de um dever geral de boa-fé processual como conteúdo do devido processo legal. Não se pode conceber como justo um processo pautado em comportamentos desleais ou antiéticos.

2.6 Princípio da cooperação

O princípio da cooperação traz consigo uma mudança no modelo clássico que coloca o Estado-juiz em posição de espectador, de um mero agente fiscalizador de regras.³⁴

Conforme esse princípio, o magistrado deve tomar uma posição de agente-colaborador, de participante ativo no contraditório e no socorro à efetividade da prestação jurisdicional. O juiz tem o dever de apontar as deficiências nas postulações das partes. É o chamado dever de prevenção, cumprindo também ao magistrado o alerta quanto ao uso inadequado do processo.

Nesse raciocínio, acaso seja possível ao Estado-juiz identificar que determinada medida executória pleiteada pelo credor se configura inadequada, porque demasiadamente onerosa ao executa-

³² Nessa linha de raciocínio, Joan Pico I Junoy cunhou a expressão o devido processo leal, conforme relata Didier Junior (2007).

³³ STF, 2ª T., AI n. 529.733-1-RS, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 17.10.2006, publicado no DJ de 11.12.2006.

³⁴ Sobre o tema, já se manifestou o STF: “Nesse sentido, tal princípio possui um âmbito de proteção alargado, que exige o fair trial não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo o aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgão, públicos e privados, que exercem, direta ou indiretamente, funções qualificadas constitucionalmente como essenciais à Justiça”. STF, 2ª T., RE n. 464.963-2-GO, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 14.2.2006, publicado no DJ de 30.6.2006.

do, o princípio da cooperação determina que o magistrado direcione a tutela pretendida de modo a evitar eventual ilícito, que se configuraria com o abuso de direito do exequente.

Sobre a responsabilidade do exequente, cumpre acrescentar que a execução corre sob a responsabilidade objetiva dele, que deverá indenizar o executado se, eventualmente, ficar demonstrada a injustiça da execução.³⁵

3 Uma tentativa de equalizar a aplicação do artigo 461

Chegamos ao último item do nosso estudo. Vimos as técnicas executivas que modernamente orientam o cumprimento das decisões sincréticas, com particular atenção às medidas de execução direta e de execução indireta.

Após, apresentamos os princípios que podem nos socorrer diante do problema em foco neste trabalho – o conflito entre a efetividade da execução diante dos direitos fundamentais, notadamente do devedor, a um devido processo proporcional, orientado pela boa-fé e cooperação entre as partes.

Conforme observaremos, esse conflito vem sendo tensionado por conta do abuso de direito decorrente da inobservância das orientações dos princípios estudados aqui, por parte de todos os atores do processo, carreando, em última análise, na torpeza do credor no manejo do artigo 461.

Dessa forma, tentaremos neste item que se inicia demonstrar a problemática que vem sendo enfrentada na prática forense para a correta equalização do artigo 461, em especial na utilização das astreintes previstas em seus parágrafos quarto e quinto, bem como analisar as possibilidades de minimização dessa problemática.

Começaremos abordando pontos sobre os quais ainda residem algumas controvérsias.

3.1 Sobre a periodicidade das astreintes do artigo 461

A lei autoriza expressamente que “o juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva”.³⁶ Justifica-se essa previsão em virtude do constante controle quanto à adequação e exigibilidade que o juiz deve exercer sobre a multa imposta. Com isso, a multa sempre guardará relação com a situação fática. Tal se dá, conforme

³⁵ Conforme dicção do artigo 574 do CPC: “O credor ressarcirá ao devedor os danos que este sofreu, quando a sentença, passada em julgado, declarar inexistente, no todo ou em parte, a obrigação, que deu lugar à execução.”

³⁶ Artigo 461, § 6º do CPC.

veremos de forma mais detalhada adiante, porque a multa tem natureza coercitiva e não punitiva.

Assim, sem que haja violação ao princípio da correlação ou congruência³⁷, o juiz poderá aumentar o valor e a periodicidade da multa se verificar que se tornaram insuficientes diante da persistência do réu em descumprir o comando judicial, ou então reduzi-los, se verificar que se tornaram excessivos ou, até mesmo, revogar a multa. Tudo isso em busca da eficácia da medida coercitiva escolhida.

Pelos mesmos motivos, é possível também que a multa diária não seja diária, apesar do *nomem iuris* dado pelo legislador. O juiz poderá adotar outra unidade de tempo, mensal, semanal, e até mesmo horária, para os casos de atendimento emergencial, conforme o que se revele mais adequado às exigências do caso concreto, sempre na orientação de um juízo de ponderação.

Há, ainda, possibilidade de o magistrado alterar a contabilização originalmente estipulada para a multa. Entretanto, a doutrina consente que só haverá modificação, seja para diminuição, seja para elevação do valor ou periodicidade da multa, se ocorrer mudança no quadro fático, já que é preciso que a medida coercitiva adotada esteja em constante sintonia com o caso concreto para se caracterizar realmente capaz de exercer pressão psicológica no demandado, induzindo-o a cumprir o seu dever o quanto antes.

3.2 Sobre a possibilidade de alteração dos valores já cominados em astreintes

Divergência apontada pela doutrina diz respeito à possibilidade de o juiz reduzir ou aumentar retroativamente o valor da multa.

A primeira corrente, defendida pelo processualista Câmara (2007, p. 75), afirma que o juiz não pode aumentar nem reduzir o valor da multa retroativamente. Não pode reduzir retroativamente porque o valor já estava incorporado ao patrimônio do credor e não pode aumentar retroativamente pelo princípio da não surpresa. Daí conclui que a multa só pode ser revista *ex nunc*.

Uma segunda corrente diz ser possível a redução retroativa, mas não o aumento retroativo. Esse aumento retroativo criaria uma situação de surpresa ao devedor.

Há sedimentada jurisprudência admitindo a redução retroativa da multa em atenção aos princípios da razoabilidade,

³⁷ Conforme redação dos artigos 128 e 460 do CPC.

proporcionalidade e vedação ao enriquecimento sem causa. A título de ilustração, e a confirmar essa assertiva, observemos julgado proferido em sede de apelação, do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, foro de nossa atuação.³⁸

AGRAVO INTERNO. PROCESSUAL CIVIL. FGTS. MULTA DIÁRIA POR ATRASO NO CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. CABIMENTO. ART. 461, §4º, DO CPC. REDUÇÃO DO VALOR INICIALMENTE FIXADO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. I – Consoante já consagrado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em se tratando de obrigação de fazer, como ocorre no caso dos autos, que versa sobre aplicação de índices de correção monetária expurgados pelos diversos planos governamentais de combate à inflação aos saldos das contas vinculadas ao FGTS, a imposição da multa (astreintes) prevista no §4º do art. 461 do CPC em caso de demora no cumprimento do julgado se apresenta como uma das medidas que o juiz pode aplicar no curso dos atos de imposição dos resultados impostos pela sentença. II – Em caso de se considerar desproporcional o valor da multa fixado, a sua redução encontra respaldo legal no §6º do art. 461 do CPC, segundo o qual: “O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.[...]”

O STJ, atento às possíveis decisões desproporcionais, admite inclusive a apreciação da matéria em sede de Recurso Especial: “A jurisprudência do STJ pacificou-se no sentido de que, em recurso especial, só é admitida a revisão do valor da multa cominatória na hipótese em que ele tenha sido fixado em valor irrisório ou abusivo”.³⁹

3.3 “O campo de aplicação por excelência dos meios de coerção é o das obrigações com prestação infungível”

Como foi visto em item precedente, muito embora o CPC não faça qualquer distinção entre obrigações fungíveis ou infungíveis para fins de aplicação de medidas coercitivas ou sub-rogatórias, por razões lógicas, em se tratando de obrigações infungíveis, ou seja, quando só podem ser cumpridas pelo próprio devedor, só resta ao juiz utilizar-se das medidas coercitivas; em se tratando de obrigações fungíveis, o magistrado decidirá entre o uso de medidas coercitivas ou sub-rogatórias.

³⁸ Desembargador Marcelo Pereira, AP 436038. Julgada em 30/11/2009. DJU de 08/12/2009.

³⁹ Conforme decisão proferida por João Otavio de Noronha no EDcl no Ag 1089694/MG. Julgado em 2/6/2009. DJ de 15/6/2009.

Contudo, é importante lembrar a lição do ilustre mestre processualista Barbosa Moreira, que com muita sabedoria parecia antever o problema ora em análise. Assevera o autor: “O campo de aplicação por excelência dos meios de coerção é o das obrigações com prestação infungível” (MOREIRA, 2002, p. 216).

Essa orientação, nos parece, deveria estar sempre a conduzir o juízo da execução uma vez identificada a inidoneidade da cominação de multa para a efetivação de obrigações que prescindem da participação do executado. Evitar-se-iam tantos outros desdobramentos indesejados ao processo, conforme veremos adiante – em que pese formalmente não existir uma ordem de prioridade preestabelecida, cumpre reiterar.

Isso é dito porque, na prestação fungível, é perfeitamente possível oferecer ao credor o resultado prático equivalente, sem que se dependa, para tanto, da colaboração do devedor. Nesse sentido, não há razão para exercer pressão sobre a vontade do obrigado para que ele mesmo cumpra a obrigação através de estipulação de multa coercitiva que pode vir a induzir enriquecimento sem causa do credor, sendo possível o cumprimento da obrigação por terceiro. Isso poderia dar azo a desdobramentos e dilações indevidas da prestação jurisdicional, tudo o que o legislador procurou evitar com as inovações normativas recentes.

Outro ponto importante. A multa é medida coercitiva, não tendo, portanto, natureza compensatória ou ressarcitória, nem de penalidade. Tal se infere do parágrafo 2º do artigo 461 do diploma processual civil segundo o qual “a indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa”.

Nesse diapasão, é muito feliz Dinamarco (2004, p. 114) ao lecionar que “a cumulabilidade entre multa e perdas e danos é a consequência lógica e natural das diferentes naturezas e finalidades dos dois institutos: a primeira visa motivar o adimplemento e a segunda define o objeto da obrigação do obrigado inadimplente”.

A multa, pois, antes de sua cominação, impõe ao juiz exercício de ponderação sobre todos os seus eventuais desdobramentos. Significa dizer que não deve ser imposta, por exemplo, quando for impossível o cumprimento da tutela específica ou quando o devedor for insolvente. Nessas situações, a multa não se revelaria adequada. O mesmo se diga, por exemplo, em eventual fixação de multa diária para hipótese em que a obrigação só possa ser adimplida no mês seguinte, como ocorre nos casos de retificação de uma fatura mensal.

Sendo o processo instrumento ético de efetivação das garantias constitucionais e instrumento de que se utiliza o Estado para fazer a entrega da prestação jurisdicional, não se pode utilizá-lo

com fins de obter-se pretensão manifestamente abusiva, a enriquecer indevidamente o postulante.⁴⁰

Temos, portanto, exemplos em que a utilização da multa configuraria um uso desvirtuado, convertendo-a em mera punição ao devedor. O ordenamento só autoriza a utilização da multa para compelir o devedor a adimplir, e não para impor-lhe uma pena pelo inadimplemento.

3. 4 O balizamento da multa diante da recusa do devedor ao cumprimento de obrigação infungível

O enriquecimento sem causa do credor decorrente do extenso lapso temporal de incidência da multa por vezes decorre em virtude da seguinte problemática: o réu não cumpre a prestação; esta, por sua vez, é tida como infungível, não podendo ser cumprida por terceiros, com a utilização de técnicas sub-rogatórias. Nada obstante, o autor insiste em obter a tutela específica, o que é de seu direito legítimo, não optando pela conversão em perdas e danos.

Aqui, há verdadeira colisão de direitos fundamentais – o credor tem o direito fundamental a uma tutela efetiva, de maior coincidência possível. Não se admite o emprego da força e violência para obrigar alguém a executar algo que recusa. O devedor tem o direito fundamental a sua liberdade e integridade física. Ainda um fato: mesmo que possível, não se obteria dessa forma a execução fiel e perfeita do direito concedido, que é o que interessa na obrigação infungível.

Ocorre que a multa não poderá incidir indefinidamente. Com efeito, cabe ao juiz, verificando que ela não atingiu sua finalidade coercitiva, e que, portanto, é inadequada, cessar a sua incidência.

Além da cessação da multa, a solução seria a conversão em perdas e danos, reputando como caracterizada a impossibilidade da tutela específica, muito embora, em verdade, ela seja materialmente possível.

Criticando esse entendimento, Talamini (2003, p. 26) defende que a multa deve continuar a incidir mesmo diante da persistência do demandado em não cumprir o resultado específico, pois “não parece correto afirmar que a simples insistência do réu em descumprir baste para impor a cessação da incidência da multa”. Para o autor, fosse assim, seria forçoso reconhecer que a multa era inadequada desde o início, pois já existia a intenção em descumprir. A inadequação deve ser superveniente e não originária, afirma. As-

⁴⁰ Conforme consta do voto de Nilson Naves no Resp.700245/PE. Julgado em 4/8/2008. DJ de 18/8/2008, p. 259.

sim, não advindo qualquer outro fator externo, a multa deve continuar a incidir, posto que “fazê-la cessar significaria premiar a recalcitrância do réu. E isso seria um mal maior do que a potencialidade de enriquecimento sem causa gerada pela incidência ilimitada da multa” (TALAMINI, 2003, p. 34).

Por outro lado, a ratificar o primeiro entendimento, é importante consignar que, ao verificar que a multa imposta não é eficaz, o juiz não tem outra alternativa: deve fazer cessar a sua incidência e buscar outra medida de apoio eficiente. Repita-se: a multa tem caráter coercitivo, não serve para reparar o dano nem para punir o devedor inadimplente. Para tanto, o CPC prevê a multa por ato atentatório ao exercício da jurisdição do artigo 14, parágrafo único.⁴¹ Essa é a verdadeira punição por desobediência no âmbito processual civil.

3.5 A irrazoabilidade na aplicação de astreintes na execução das obrigações fungíveis e suas respectivas consequências práticas

Situação bastante distinta do cenário visto acima – de negativa de cumprimento pelo devedor de obrigação infungível, em que o credor pretende o atendimento da execução em seus termos originais – é aquela em que o credor *torce* para que a obrigação fungível originalmente determinada pelo Estado-juiz não seja adimplida pelo devedor.

Isso corre, via de regra, quando as astreintes são cominadas em parâmetros desproporcionais ao bem jurídico tutelado. Essa inobservância da razoabilidade pelo juiz da execução induz a uma situação de torpeza por parte do credor. Para ele, é muito mais vantajoso que o executado não logre cumprir correta e tempestivamente a obrigação que lhe foi imposta, porque é mais proveitosa economicamente a conversão da multa em seu favor.

Isso, por evidente, é uma total distorção do sistema. Aqui, vale a lembrança de que estamos diante de um ilícito: a boa-fé processual torna ilícitas as condutas processuais animadas pela má-fé. Não

⁴¹ Dispõe o artigo 14 do CPC: “São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: [...] Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.”

se trata, portanto, da colisão de direitos fundamentais processuais vista no tópico anterior. Não há direito fundamental que tutele um abuso de posição processual.

Mais uma vez, vale constatar, como fato da vida, que o universo da lide é frequentado por adversários, oponentes, via de regra. Em razão disso, esse tipo de, com a devida *venia*, erro do Estado-juiz no balizamento da multa acaba por levar, indiretamente, ao comprometimento da boa-fé subjetiva. Por efeito reflexo, é colidente ao princípio (norma) da boa-fé objetiva e contrário à norma do artigo 14, II, do CPC. A cláusula geral da boa-fé objetiva processual implica, entre outros efeitos, o dever de o sujeito processual não atuar imbuído de má-fé.

Na prática forense há uma infinidade de exemplos de desproporção no arbitramento de multa, notadamente em sede de juizados especiais. Diante da pressão constitucional por um processo célere, o magistrado acaba por estipular prazos inexecutáveis, materialmente impossíveis de serem atendidos com tempestividade, hipótese em que de plano é possível identificar a irrazoabilidade do trinômio periodicidade da multa x valor estipulado x bem jurídico tutelado.

É a pressa que conduz ao atraso. O executado diante de tal perspectiva não tem outra solução senão a apresentação da respectiva impugnação. Em razão disso, dilações indevidas desafiadas não por ato do devedor, mas por decisão mal assentada pelo próprio Estado-juiz. Por vezes, sob a influência de requerimento do credor imbuído de má-fé, com abuso dos seus poderes processuais. Um ciclo vicioso que não interessa à concepção moderna para o módulo processual executivo.

Podemos lembrar, a título de exemplo, o caso de baixa do nome do credor em apontamento em cadastros restritivos. Em sede de Juizados, há diversos Enunciados de Turmas Recursais orientando pela cominação de multa diária até a respectiva baixa no apontamento. Ora, a multa tem apenas caráter coercitivo. Não é punitiva. Não é reparatória. Se o que se busca é a tutela jurisdicional célere e efetiva, a ordem da baixa poderia ser apresentada aos respectivos órgãos em ofício do Juízo. A obrigação é fungível.

Ainda a título de ilustração da problemática: a intimação do devedor ao pagamento de obrigação pecuniária sobre pena de multa, conforme comumente se vê na prática forense. Não falamos aqui da multa do artigo 475-J⁴², mas de própria astreinte. Ora, além

⁴² Redação do artigo 475-J do CPC: “Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.”

da multa de 10% do referido artigo, a penalidade possível pelo atraso na satisfação do crédito é a imposição ao executado do pagamento dos juros de mora. Nessa hipótese, a escolha de nova execução indireta, por coerção, em detrimento à execução direta, com expropriação do patrimônio do devedor, nos parece desarrazoada, pois pode resultar em punição em duplicidade ao devedor, bem como configurar uma execução que se prolongue *ad eternum*.

Ademais, vale dizer que não se vislumbra óbice ao reconhecimento de que a multa, desde sua cominação, apresentou-se inadequada. Não se pode olvidar de que o magistrado, quando da escolha da medida coercitiva, tem o auxílio de balizadores que não são critérios absolutos e precisos como um simples cálculo aritmético. Dessa forma, é crível que, em princípio, o juiz entenda que a fixação da multa se mostre eficaz e, posteriormente, verifique que não o é.

Assim, de nada adianta persistir no mesmo equívoco, pois isso resultaria apenas em criação de distorções processuais desassociadas ao direito tutelado, em cominações de valores exorbitantes. É muito mais razoável escolher outra medida de apoio. Isso não é prestígio à desídia do executado. Não se defende aqui a protelação indevida do processo. Ao contrário: uma vez identificado ato atentatório ao exercício da jurisdição, caberá ao Estado-juíz a imposição da multa do artigo 14, parágrafo único, do CPC. Penalidade de natureza distinta, contudo, do instituto das astreintes do artigo 461.

Conclusão

O estudo realizado procurou aproximar as consequências práticas das inovações legislativas processuais, em particular na seara da execução indireta coercitiva das obrigações de fazer. Para sermos ainda mais específicos: conforme identificado em nosso trabalho, a maior possibilidade de distorção reside nas hipóteses de cominação de multa na execução indireta coercitiva de obrigação fungível. Isso porque, segundo o que foi discorrido, nessa técnica executiva há uma vastidão de soluções para a efetivação do direito certificado com maior coincidência possível em sede de execução. Foi visto aqui que a imposição de multa, na contramão da atual utilização feita pela jurisprudência, na maioria das vezes representa medida desarrazoada.

Para chegarmos a essa assertiva, passamos pela análise dos princípios fundamentais do processo, para então demonstrarmos as implicações de sua inobservância na efetivação dos julgados.

Com efeito, podemos concluir que, em se tratando de execução de obrigação fungível, a providência mais célere e efetiva a ser

adotada pelo magistrado, em observância aos princípios processuais, deve ser aquela que prescinda de atitude do devedor, quando a observância empírica informar que o executado encontraria maiores dificuldades materiais para executá-la do que um terceiro, ou até mesmo que o próprio Estado-juiz, por execução direta.

Cominação de astreintes, portanto, somente para a situação inversa, na hipótese de ser a obrigação imposta realizável, não somente *apenas*, mas *com maior facilidade* pelo executado do que por qualquer outro agente.

Outro requisito que, caso fosse encampado pela jurisprudência, evitaria as dilações processuais analisadas no estudo, bem como a fragilização da boa-fé subjetiva processual: multa, apenas para a indução do devedor ao cumprimento de obrigações de fazer, não fazer ou dar coisa, com relevante repercussão econômica. Multa em obrigação de pagar, unicamente aquela prevista pelo artigo 475-J, instituto distinto das astreintes do artigo 461. Para o adimplemento das obrigações pecuniárias, portanto, deve prevalecer a execução direta por constrição patrimonial.

Com isso, restariam restringidas as hipóteses que levam o credor àquela percepção distorcida de que a melhor das soluções é a ordem judicial inadimplida tempestivamente. O Estado-juiz não deve prestigiar o desenvolvimento da má-fé. Portanto, é eminente a necessidade de mudanças na utilização indiscriminada da multa do artigo 461. A torpeza do credor deve ser entendida como um ilícito. O processo não se presta a tutelá-la.

Referências

- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Jus Podivm, 2007.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Jus Podivm, 2008. v. 2.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva**. Curitiba: [s.n.], 2007a. Disponível em: <http://www.professormarinoni.com.br/manage/pub/anexos/20080320041120AS_NOVAS_SENTENCAS.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2010.

_____. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da Teoria dos direitos fundamentais.** Curitiba: [s.n.], 2007b. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br/manage/pub/ane-xos/2007081011372022.pdf>>. Acesso em: 3 mar. 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro:** exposição sistemática do procedimento. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e a sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84).** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

O excesso de recursos no processo de conhecimento cível brasileiro: necessidade de simplificação do sistema recursal como meio de otimizar a prestação jurisdicional

José Antonio Andrade

*Advogado da CAIXA em São Paulo
Especialização Lato Sensu em Direito Empresarial pela
Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha/SP*

RESUMO

O sistema recursal previsto no processo civil pátrio é por demais complexo, possuindo uma gama enorme de recursos que, em regra geral, tumultuam a marcha processual, eternizando os feitos e dificultando a prestação jurisdicional rápida e eficaz, tal como preconiza o Princípio da Razoável Duração do Processo insculpido na Emenda Constitucional 45/04 (EC 45/04). Além disso, possibilita a prática antiética da procrastinação mediante o artifício da interposição sistemática dos recursos, ainda que meramente protelatórios, em evidente ofensa aos princípios da lealdade e da boa-fé processuais. Assim, vemos como necessária e urgente sua simplificação. Com esse enfoque, ainda que restringindo a análise ao âmbito do Processo de Conhecimento Cível, por concentrar o maior número de feitos, esperamos demonstrar a possibilidade de simplificação do sistema através da supressão de espécies recursais, pela simplificação do rito, pela valorização dos precedentes jurisprudenciais e/ou pela imposição de sanções econômicas e processuais àqueles que se utilizam dos recursos de modo meramente protelatório (má-fé). Com isso, busca-se proporcionar maior efetividade ao Princípio da Razoável Duração do Processo, contribuindo para reduzir a sobrecarga do Poder Judiciário e possibilitando maior rapidez à prestação jurisdicional.

Palavras-chave: Celeridade. Duração razoável do processo. Duplo grau de jurisdição. EC 45/04.

ABSTRACT

The system of appeal as defined by the Brazilian civil procedure law is over complex and it has vast number of different kind of appeals that generally disrupt the flow of the process. As

a result, due process of law ends up taking longer than it should, which dents its supposed efficiency and effectiveness, in desarray to the “Principle of Reasonable Duration of Procedures”, as determined by the Constitutional Amendment 45/04 (aka EC 45/04). Besides, this complexity can cause unethical intents of proposing appeal just for the sake of making the process longer than necessary, what could be named procrastinatory events, in a clear violation of the required loyalty and fair play. So, it is our understanding that it there is an urgent and much needed simplification. With that in mind, even if restricting the point of view to the civil ordinary proceeding which contains the largest number of cases, we hope to demonstrate the possibility of simplifying the system through the suppression of some types of appeals, the simplification of the procedural form and by considering judicial precedents and also by applying financial sanctions to those who decide to appeal only to procrastinate (bad faith). By doing that, our aim is to allow a greater effectiveness to the “Principle of Reasonable Duration of Procedures”, contributing to reduce the excessive workload of the Judiciary and to allow faster judgment.

Keywords: Celerity. Reasonable duration of procedures. Double degree of jurisdiction. EC (Constitutional Amendment) 45/04.

Introdução

As críticas feitas à morosidade do Poder Judiciário brasileiro em julgar os feitos postos à sua apreciação têm sido, de há muito, uma constante, assim como a busca de soluções para tal problema.

Naturalmente, várias são as causas concorrentes para que tal demora ocorra, entre as quais podemos exemplificar, sem pretender esgotar o assunto: a) a explosão dos “litígios de massa” (expurgos inflacionários decorrentes de planos econômicos nas cadernetas de poupança, FGTS, revisões de aposentadorias etc.); b) número insuficiente de juízes e forma inadequada – a nosso ver – de seu recrutamento, com aplicação de provas de elevada dificuldade em detrimento de melhor avaliação de perfil; c) mau aparelhamento do Poder Judiciário – estrutura física, de pessoal, recursos tecnológicos, mobiliário etc.; d) métodos de trabalho retrógrados praticados pelos Magistrados, Diretores de Secretaria e Ministério Público; e) cultura de confronto irrestrito por parte dos advogados.

Entre as causas concorrentes, porém, uma em especial nos chama a atenção, qual seja, o número excessivo de recursos existentes, principalmente no Processo de Conhecimento Cível (procedimento que concentra o maior número de feitos), dificultando sobre-

maneira a rapidez e a eficácia da prestação jurisdicional, além de provocar aumento de custos aos jurisdicionados e o descrédito no Judiciário.

O excessivo número de recursos disponíveis possibilita, muitas vezes, sua utilização de modo indevido e até mesmo inescrupuloso (litigância de má-fé), tornando a marcha processual vagarosa, tumultuada, cara e, por vezes, contraditória, gerando indesejável clima de insegurança jurídica naqueles que buscam no Poder Judiciário a solução para os seus problemas insolúveis nas esferas administrativas e/ou particulares.

Assim, a par das reformas processuais já implementadas desde os anos 1990 e de algumas ainda em discussão, faz-se necessário e urgente o estudo de formas de simplificar o sistema recursal cível, de modo a encurtar a duração do litígio e restaurar a paz social.

A questão é tormentosa. Se de um lado deve ser assegurado ao litigante vencido o direito de ter seu caso revisto pelo Estado-Juiz reformando ou validando o primeiro julgamento, de outro deve ser garantida a finalização do processo num prazo razoável, mas sempre primando pela necessária segurança jurídica, além de coibir, a qualquer custo, a quebra dos princípios da boa-fé e da lealdade processual.

Nesse cenário, são postos em aparente confronto os Princípios Jurídicos do Devido Processo legal, do Duplo Grau de Jurisdição e da Razoável Duração do Processo, à primeira vista incompatíveis entre si. Afinal, como privilegiar a rapidez do julgamento definitivo através da limitação ao direito de recorrer sem ofensa aos dois primeiros princípios? Noutro passo, como promover a celeridade da prestação jurisdicional que possibilite a razoável duração do processo sem limitar-se à atual sistemática recursal? Por fim, como equilibrar tais interesses e ao mesmo tempo coibir a utilização dos recursos como meio de chicana processual?

Nesse embate, parte da doutrina (GRINOVER, 1998; SARLET, 2003; TICIANELLI, 2005) defende que o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição possui *status* de Princípio Constitucional, eis que derivado do artigo 5º, LV da CF/1988: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Entende que a expressão “recursos” ali inserta refere-se justamente aos meios de impugnação de decisões judiciais previstos no ordenamento jurídico pátrio e, assim, qualquer medida que tenha por objetivo extinguir ou limitar a interposição dos mesmos é tida por inconstitucional.

Porém, outra corrente (DINAMARCO, 2003, 2004, 2009; LASPRO, 1995; NERY JÚNIOR, 2009) defende que tal princípio,

longe de se caracterizar garantia constitucional, reveste-se de princípio meramente processual, podendo – e devendo – ser modulado segundo os critérios de conveniência do momento social vivido.

Por outro lado, é de se reconhecer que o próprio Código de Processo Civil (CPC) possui dispositivo hábil a inibir a litigância de má-fé caracterizada pela interposição de recursos meramente protelatórios (art. 17, VII – inciso introduzido pela Lei 9.668, de 23 de junho de 1998) através da imposição da multa preconizada em seu artigo 18. Contudo, o que se vê é o beneplácito da grande maioria dos Juízes e Tribunais que simplesmente deixam de dar aplicação àquelas regras, desídia que tem incentivado cada vez mais a utilização indevida dos recursos como forma de retardar o feito. Não temos dúvidas de que a correta utilização de tais dispositivos, de modo sistemático, imporia freio eficaz aos recursos meramente protelatórios, com evidentes ganhos sociais.

Com esse norte, a pesquisa a ser desenvolvida neste trabalho buscará sugerir propostas de alteração à atual sistemática recursal cível, de modo a garantir a razoável duração do processo, sem prejuízo dos demais princípios mencionados (do Devido Processo legal e do Duplo Grau de Jurisdição).

Os estudos abordarão, ainda que de modo breve – até porque não é essa sua finalidade precípua –, as sugestões contidas nos estudos da Comissão Especial presidida pelo Ministro Luiz Fux, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), incumbida de apresentar o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil.¹

Nesse intento, três vertentes se sobressaem: a) simplificação do sistema recursal, de modo a torná-lo mais fluido, com a redução de recursos e simplificação de ritos; b) imposição de sanções econômicas à utilização abusiva dos recursos (custas de preparo, sucumbência recursal e, principalmente, a defesa da aplicação sistemática da ferramenta prevista nos artigos 17, VII e 18 do CPC e afins), com a majoração das sanções econômicas e processuais ali previstas; c) privilégio dos precedentes jurisprudenciais.

¹ O Senado Federal, através do Ato nº 379, de 30 de setembro de 2009, firmado pelo seu Presidente, o Senador José Sarney, constituiu uma comissão de juristas encarregada de elaborar o Anteprojeto do Novo Código Civil, presidida pelo Ministro Luiz Fux, do STJ, tendo por Relatora a eminente professora Teresa Arruda Alvim Wambier. Tal comissão iniciou seus trabalhos estabelecendo as “proposições temáticas” a serem discutidas com a sociedade e a classe jurídica através de audiências públicas, colhendo material para a sua elaboração. Concluída essa fase, o Anteprojeto foi finalizado, estando em discussão preliminar no Senado Federal, ainda aberto a novas sugestões de aprimoramento. Todas as etapas da discussão estão sendo registradas no site do Senado Federal (<http://www.senado.gov.br/sf/senado/novocpc/default.asp>).

A tarefa não é simples. Certamente, vozes discrepantes existirão em relação a cada uma das propostas a serem apresentadas. Porém, nenhuma mudança é feita sem a quebra de paradigmas, principalmente quando supostamente ancorados em princípios jurídicos. Logo, o primeiro paradigma a ser quebrado nesse mister é o da natural resistência às mudanças. É o que nos propomos apresentar.

1 Da necessidade de limitação ao direito de recorrer e da coibição à abusividade recursal

1.1 Breve análise da atual situação de crise em nossos Tribunais. Estatísticas

Embora a morosidade do Poder Judiciário não possa ser atribuída exclusivamente à gama de recursos previstos em nosso ordenamento, é de se reconhecer que os mesmos respondem por grande parcela de culpa nesse cenário, quer pela sua profusão, quer pela sua utilização abusiva pelas partes que, no mais das vezes, os utilizam como mero método procrastinatório, assoberbando os Tribunais.

Colhem-se do *site* do STF na internet, na Guia Estatísticas – Pesquisa por Classe², os números absurdos referentes aos recursos e ações originárias em trâmite perante aquele Tribunal. Apenas para ficarmos num exemplo básico, consta que em 2009 foram protocolados 84.369 processos, distribuídos 42.729 e julgados 121.316. Em 2010, com os dados disponíveis em 7 de abril, aqueles dados indicam 17.231 processos autuados; 9.340 processos distribuídos e 23.367 processos julgados. Registre-se que a partir de 17 de outubro de 2009 os processos deixaram de ser protocolados e passaram a ser diretamente autuados.

Desses números, conclui-se que alguma coisa está errada no atual modelo, posto que ao STF deveriam chegar apenas e tão somente questões de afronta direta à Constituição Federal, dada sua função precípua de guarda da Carta Magna disposta no artigo 102, CF/1988. Porém, tal como o sistema recursal está concebido, mesmo “questiúnculas de botequim” podem ser levadas ao conhecimento daquela Corte, em completo desvirtuamento de suas funções.

A questão é tão preocupante que chega a ser sintomática a “comemoração” encontrada no *site* do STF no dia 7 de abril deste ano com o título “Estatísticas: há menos de 100 mil processos em tramitação hoje no Supremo”, com o seguinte comentário:

² Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse>>. Acesso em: 7 abr. 2010.

Tramitam hoje no Supremo Tribunal Federal 98.652 ações. É a primeira vez em dez anos que são registrados menos de 100 mil processos em andamento na Corte. De janeiro deste ano até agora, os ministros deram 14.899 decisões finais – monocráticas ou colegiadas – e 541 liminares.³

A situação não é diferente no âmbito do Egrégio Superior STJ. Da análise de seu “Relatório Estatístico 2009” constante do *site* na internet (Conheça o STJ/Gestão Estratégica/Estatísticas)⁴, depara-se com dados estarrecedores. Por exemplo:?

I) Taxa de recorribilidade: a) Taxa de recorribilidade interna em acórdãos publicados = 33,88%; b) Taxa de recorribilidade interna em decisões unipessoais = 20,63%; c) Taxa de recorribilidade externa (recurso extraordinário-STF) = 10,50%; d) Taxa de recorribilidade externa em decisões denegatórias de RE = 56,45%;

II) Foram proferidos 328.718 julgados. Desse total, a 21,24% foi dado provimento; a 56,79%, negado; 17,23% não foram conhecidos e 4,74% encontram-se na categoria “outros” (homologação de desistência/acordo, decisões proferidas em conflitos de competência, entre outras decisões);

II.1) Daquele total de julgamentos (328.718), 71.470 referem-se a Recurso Especial (a 38,60% foi dado provimento, a 50,68%, negado, 7,25% não foram conhecidos e 3,47% incluem-se na categoria “outros”), e 137.583 correspondem a Agravo de Instrumento (a 15,04% foi dado provimento, a 51,54%, negado, 31,54% não foram conhecidos e 1,88% incluem-se na categoria “outros”);

II.2) Especificamente quanto aos Agravos Regimentais, foram decididos 48.437, dos quais a 10,04% foi dado provimento; a 79,22%, negado; 9,99% não foram conhecidos e em 0,75% proferidas outras decisões.

II.3) Em relação aos Embargos de Declaração, foram apreciados 25.326, dos quais a 16,00% foi dado provimento; a 78,24%, negado; 5,15%, não conhecidos e em 0,61%, proferidas outras decisões.

Referido relatório traz, ainda, tabela com o “tempo médio, em dias, dos processos baixados arquivados em 2009/Total de Processos em 2009”, da qual destacamos, apenas como exemplo: a) Agravo de Instrumento = 498 dias (92.536 processos); b) Agravo

³ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=123176&caixaBusca=N>>. Acesso em: 7 abr. 2010.

⁴ Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/boletim/sumario.asp?vPag=0&vSeq=140>>. Acesso em: 7 abr. 2010.

Regimental = 488 dias (1.844 processos); c) Embargos em Recurso Especial = 606 dias (1.861 processos); d) Recurso Especial = 821 dias (64.739 processos).

Aliás, no quesito tempo de duração dos recursos, os Tribunais Regionais (Tribunais de Justiça – TJs e Tribunais Regionais Federais – TRFs) não fogem à regra. Simples consultas aos seus dados estatísticos disponíveis na maioria dos *sites* de cada Tribunal confirmam tal assertiva.

Logo, urgem medidas de simplificação do sistema recursal cível que possibilitem maior rapidez à solução definitiva dos processos, como meio de concretização do Princípio Constitucional da Razoável Duração do Processo (art. 5º, LXXVIII, CF/1988), da redução de custos, da efetividade da prestação jurisdicional e da maior credibilidade da própria Justiça.

1.2 Litigância de má-fé e abusividade recursal

Embora possa parecer redundante num Estado Democrático de Direito, o CPC preconiza em seu artigo 14 que “são deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: [...] II - proceder com lealdade e boa-fé”.

Em complemento à regra geral do artigo 14, o artigo 17 dispõe que “reputa-se litigante de má-fé aquele que: [...] VII – interpor recurso com intuito manifestamente protelatório (Incluído pela Lei nº 9.668, de 23.6.1998)”.

Nesse passo, Nery Júnior e Nery (2008, p. 213, grifos dos autores) assim conceituam o litigante de má-fé em nota nº 1 ao mencionado artigo 14 do CPC:

É a parte ou interveniente que, no processo, age de forma maldosa, com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária. É o *improbis litigator*, que se utiliza de procedimentos escusos com o objetivo de vencer ou que, sabendo ser difícil ou impossível vencer, prolonga deliberadamente o andamento do processo procrastinando o feito. As condutas aqui previstas, definidas *positivamente*, são exemplos do descumprimento do dever de probidade estampado no CPC 14.

Dinamarco (2003, p. 58) defende que a atuação dos integrantes da relação processual deva seguir uma linha de equilíbrio entre os deveres éticos a que estão sujeitos e a ampla liberdade de atuação em busca da defesa de seus interesses, consubstanciados nos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Complementando as disposições do artigo 17, os parágrafos do artigo 18 do CPC preveem sanções pecuniárias (multa, honorários e indenização) ao litigante de má-fé, regra que irá se repetir em outros dispositivos específicos (artigos 538, parágrafo único, 557, § 2º, e 601, por exemplo), como forma de desencorajar tal prática.

Contudo, a experiência nos tem mostrado que a aplicação de tais sanções tem sido feita com enorme condescendência, o que não inibe os menos escrupulosos de se utilizarem da artimanha legal dos recursos – previstos em profusão –, para protelar o desfecho de uma ação que, normalmente, sabem que lhes será desfavorável. Em contrapartida, o direito e os interesses da parte contrária – e os da sociedade como um todo – ficam relegados ao segundo plano, pondo o Judiciário em enorme descrédito.

Na maioria das vezes, a justificativa para a inaplicabilidade das regras processuais acima mencionadas é a dificuldade de se caracterizar o intuito protelatório das partes pela utilização dos recursos legalmente previstos. Argumenta-se que tal decisão se coloca na esfera de análise subjetiva do Magistrado, com possibilidade de equívoco e, por conseguinte, com o risco de se causar dano processual e econômico ao recorrente. Tal justificativa até poderia ser utilizada por ocasião da promulgação da Lei nº 9.668/98, na falta de discussões mais profundas a respeito dos elementos hábeis a tal caracterização. Contudo, mesmo àquela época, Silva e Gomes (1997, p. 304) já manifestavam sua preocupação a respeito da possibilidade do elastecimento indevido da lide pela chicana da utilização indevida dos recursos:

Tem-se dito que o instituto dos recursos, em direito processual, responde a uma exigência psicológica do ser humano, refletida em sua natural e compreensível inconformidade com as decisões judiciais que lhe sejam desfavoráveis. Não resta dúvida de que este sentimento é decisivo para explicar a criação e a permanência, historicamente universal, do instituto dos recursos. [...] Isto, no entanto, não legitima que se prodigalizem os recursos, reduzindo a limites intoleráveis a jurisdição de primeiro grau, como acontece entre nós.

Também à época da promulgação daquela lei, Dias (1998, p. 4), fazendo um apanhado na jurisprudência de nossos Tribunais, colheu elementos que, na sua visão, serviam “de luz às primeiras decisões sob a égide do novo preceito”, as quais, a nosso ver, se mantêm atuais. Assim, aquele autor listou as seguintes situações, caracterizadoras do recurso protelatório: a) razões

recursais inovatórias e discussão de matéria preclusa; b) razões recursais dissociadas da decisão impugnada; c) falta de interesse de agir; d) ausência de requisitos de admissão do recurso; e) repetição de argumentos recursais ao mesmo órgão prolator da decisão impugnada.

Em 17 de dezembro de 1998 foi promulgada a Lei nº 9.756, dando nova redação ao artigo 557 do CPC, no qual podemos buscar balizamento seguro para caracterizar o recurso protelatório, bem como aferir a sedimentação da vontade do legislador em coibir tal prática mediante a imposição de ônus financeiro ao recorrente de má-fé, caracterizada na redação do § 2º do citado artigo. A medida é similar à disciplina dada aos Embargos de Declaração considerados protelatórios, tal como se vê no artigo 538 e seu parágrafo único, na redação da Lei nº 8.950, de 13 de dezembro de 1994.

Entendemos, contudo, que tais dispositivos legais não se mostram, ainda, suficientes à inibição da prática lesiva da utilização dos recursos com intuito meramente protelatório, reclamando urgente modificação de forma a coibir tal prática de modo mais enérgico, lançando mão da imposição de maiores ônus – financeiros e processuais – aos seus praticantes.

Sem pretensão de resolver em definitivo a questão, tomamos a liberdade de trazer sugestões acerca da matéria em tópico específico mais adiante.

2 Análise da atual sistemática recursal e sugestões para sua simplificação e adequação visando à razoável duração do processo

2.1 O excessivo número de recursos cíveis e os sucedâneos recursais

O nosso sistema recursal cível é composto pelos recursos “em espécie”, listados nos incisos do artigo 496 do CPC (apelação, agravo, embargos infringentes, embargos de declaração, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário e embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário) e regulamentados de modo específico em diversos outros artigos.

Porém, além deles, encontramos os chamados “Sucedâneos Recursais”, medidas previstas na legislação ou fixadas pela prática cotidiana, pelas quais a parte prejudicada pela decisão pretende invalidar ou reformar provimentos do juiz, ainda que não pela via específica e original de um dos recursos previstos taxativamente

pelo artigo 496 do CPC. Assis (2008)⁵ os considera ampliação ao rol recursal.

Vê-se, então, que existe uma enormidade de tipos de ataque às decisões judiciais, quer em primeira instância, no segundo grau, quer, mesmo, nos Tribunais Superiores. Mas não é só, posto que não se há de esquecer das *Ações Impugnativas Autônomas*, tais como Ação Rescisória (art. 485 a 495), Ação Desconstitutiva ou Anulatória (art. 486), Reclamação (conforme Regimentos Internos de Tribunais ou do art. 102, I, “I” da CF/1988), Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/09) e Ação Declaratória de Inexistência de ato jurisdicional. Contudo, como estas se qualificam como ações próprias, e não como recursos propriamente ditos, não serão objeto da presente análise.

2.2 As propostas a serem apresentadas no Anteprojeto do Novo CPC

Porém, a despeito das recentes reformas operadas, é de se concluir que, infelizmente, ainda não surtiram plenamente o efeito desejado no sentido de dar celeridade aos processos. Tanto assim que, tal como dito anteriormente, está sendo gestado o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, cujos trabalhos iniciais foram delegados à comissão de juristas presidida pelo Min. Luiz Fux, do STJ, sendo todas as etapas das discussões registradas no *site* do Senado Federal (<http://www.senado.gov.br/sf/senado/novocpc/anteprojeto.asp>), no qual se vê a mensagem inicial dirigida ao Presidente do Senado pelo Presidente da comissão, resumindo em linhas gerais – e no que pertine ao tema

⁵ “Depois de vigorante o CPC de 1973, a lista se ampliou, anunciando-se os seguintes ‘sucedâneos’: (a) a correição parcial prevista nos regimentos internos dos tribunais; (b) a remessa obrigatória do art. 475; (c) o pedido de reconsideração, mecanismo consagrado na prática; (d) o *habeas corpus*; (e) o mandado de segurança; (f) os embargos de terceiro, porque seu objeto é ato judicial, conforme se depreende do art. 1.046; (g) a arguição de relevância, desaparecida, porém, com o advento da CF/1988; (h) a ação rescisória; e, por fim, (i) a cautelar inominada do art. 798, empregada para outorgar efeito suspensivo aos recursos. [...] No entanto, recaindo no alvo do remédio (o provimento do órgão judiciário) o critério hábil para sistematizá-lo, soa inadequado discriminar a reclamação perante o STF, ao menos na hipótese de ‘cassar decisão exorbitante de seu julgado’ (art. 161, III, do RISTF) e, principalmente, na predisposição de invalidar pronunciamentos proferidos em desacordo com enunciado da súmula vinculante (art. 7º, § 2º da Lei 11.417, de 19.12.2006). [...] Por outro lado a suspensão da liminar para evitar ‘grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública’ (art. 4º, *caput*, da Lei 4.348/1964), haja vista sua origem, também merece inclusão. E, considerando a origem e a evolução contemporânea dos sucedâneos, há que figurar em posição de máximo destaque o notório ‘agravo regimental’ ” (ASSIS, 2008, p. 837-838).

do presente trabalho (excesso de recursos) – os rumos seguidos pela comissão.⁶

Colhem-se no aludido *site* as “Proposições convertidas em disposições legais no Anteprojeto do Novo CPC”. Da análise daquelas alusivas aos recursos, obtêm-se, em resumo, as seguintes vertentes: a) simplificação do sistema recursal mediante a extinção de algumas espécies (agravo retido e embargos infringentes) ou limitação de outras (reexame necessário apenas nos casos em que for parte a Fazenda Pública e de valor superior a 1.000 (mil) salários-mínimos, por exemplo; b) a simplificação dos ritos; c) a imposição de ônus financeiro (sucumbência recursal) como meio de inibir a utilização meramente protelatória dos recursos; d) a valorização dos precedentes jurisprudenciais, da Súmula Vinculante e do filtro dos recursos repetitivos, com destaque para o cuidado dispensado aos conflitos de massa, através da proposta de criação do Incidente de Resolução de Ações Repetitivas, de modo a evitar a enorme sobrecarga que tais feitos provocam ao Poder Judiciário.

De modo bastante esclarecedor, assim se manifestou o Presidente da Comissão, Ministro Luiz Fux, por ocasião da audiência pública realizada no Rio de Janeiro em 11 de março de 2010:

Em relação ao volume de recursos, nós, sem prejuízo de excluirmos a possibilidade de preclusão em relação a algumas resignações das partes, nós, em primeiro lugar, limitamos a utilização do **agravo de instrumento** para a tutela de urgência satisfativa ou cautelar, para decisões interlocutórias de mérito e para aqueles incidentes de processo de execução. Houve a exclusão dos **embargos infringentes**, sendo certo que o voto vencido é devolvido à cognição do Tribunal Superior. A **apelação**, ela é endereçada ao Juízo de primeiro grau, para que ele possa se retratar, mas a admissibilidade é

⁶ “A ideologia norteadora dos trabalhos da Comissão foi a de conferir maior celeridade à prestação da justiça. [...] Optou-se, por exemplo, pela inclusão de ônus financeiro visando desencorajar as aventuras judiciais que abarrotam as Cortes Judiciais do nosso País. [...] A redução do número de recursos hoje existentes, como a abolição dos embargos infringentes e do agravo, como regra, adotando-se no primeiro grau de jurisdição uma única impugnação da sentença final, [...] viabilizarão ao sistema processual alcançar a almejada celeridade, sem a violação das cláusulas que compõem o novo processo civil constitucional.

A Força da Jurisprudência adquiriu notável relevo em todos os graus de jurisdição, viabilizando a criação de filtros em relação às demandas *ab origine*, autorizando o juiz a julgar a causa de plano consoante à jurisprudência sumulada e oriunda das teses resultantes dos recursos repetitivos, sem prejuízo de tornar obrigatório para os tribunais das unidades estaduais e federais a adoção das teses firmadas nos recursos representativos das controvérsias, previstos no artigo 543-C do CPC, evitando a desnecessária duplicação de julgamentos, além de fortalecer uma das funções dos Tribunais Superiores, que é a de uniformizar a jurisprudência do país.”

do Tribunal, porque essa admissibilidade não é vinculativa, e, quando ela é negativa, ela dá ensejo a um recurso que protela sobretudo a subida da apelação, a apreciação da apelação; e, já que não é vinculativa, o Juízo de admissibilidade tem que ser necessariamente do Tribunal.⁷ (grifos nossos).

É certo que muita discussão ainda será travada até a eventual conversão das propostas no novo CPC. Porém, já é possível notar o zelo com que a comissão tem tratado a questão de imprimir celeridade ao processo sem descuidar, por um lado, das garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição e, por outro, da garantia da efetivação do princípio da razoável duração do processo com medidas de desestímulo à utilização indiscriminada e irresponsável dos recursos disponíveis.

2.3 Nossas sugestões para a limitação ao direito de recorrer

Dentro da perspectiva do presente trabalho, ousamos apresentar, mesmo que em complemento àquelas veiculadas pela digna comissão de juristas, outras sugestões que, pensamos, possam colaborar nesse mister da celeridade processual com segurança jurídica.

2.3.1 Fixação de valor de alçada como limitador recursal (causas de alçada exclusiva)

A ideia é evitar que as causas sem ou de baixo valor econômico tenham seu trâmite prolongado por meio da interposição de recursos, a exemplo do que prevê, em matéria trabalhista, a Lei nº 5.584/70 em seu art. 2º, § 4º⁸ – o dobro do valor de referência (salário-mínimo) para tal fim, exceto “se versarem sobre matéria constitucional” quando, então, terão assegurado o acesso ao Recurso Extraordinário diretamente ao STF (CF, art. 102, III), desde que preenchidos os requisitos legais da repercussão geral (Art. 543-A e 543-B do CPC).

A fixação do valor de alçada haverá de ser estudada com critério, propondo-se, como norte, 60 (sessenta) salários-mínimos, hoje equivalentes a R\$ 30.600,00 (trinta mil e seiscentos reais), limite previsto para o procedimento sumário (art. 275 a 281 do CPC).

⁷ Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/senado/novocpc/lista_atas.asp>. Acesso em: 9 abr. 2010.

⁸ "Art. 2º [...] § 4º - Salvo se versarem sobre matéria constitucional, nenhum recurso caberá das sentenças proferidas nos dissídios da alçada a que se refere o parágrafo anterior, considerado, para esse fim, o valor do salário mínimo à data do ajuizamento da ação. (Redação dada pela Lei nº 7.402, de 1985)".

Tal medida não contraria a Constituição Federal, visto que a questão já está fartamente justificada pela jurisprudência do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho – TST (Súmula nº 356) e do próprio STF (por exemplo, RE 201297/97-DF, Ministro Moreira Alves), que reconheceram a recepção da norma prevista no aludido § 4º do art. 2º da Lei 5.584/70 pela CF/1988.

Assim, ao se estabelecer um valor mínimo à causa – observados rigorosamente os critérios para sua fixação estabelecidos nos artigos 259 a 261 do CPC – para que se possa ter acesso ao segundo grau, possibilitar-se-á maior agilidade no julgamento das ações de pequeno valor, ao mesmo tempo em que se desobstruiriam os Tribunais para debruçarem-se, com mais vagar, no julgamento das causas de maior relevo econômico – salvo quando presentes questões constitucionais, com repercussão geral.

Considerando os valores aqui indicados, tem-se que o atual artigo 550 do CPC, que dispõe a respeito do julgamento dos recursos interpostos nas causas de procedimento sumário, perderia sua razão de ser, devendo, então, ser revogado – ou adaptado, caso se acolha valor inferior aos 60 (sessenta) salários-mínimos para a definição das causas de alçada exclusiva.

2.3.2 Criação do Rito Sumário para as Apelações nas causas de pequeno valor

Alternativamente à criação das causas de alçada exclusiva pode-se pensar na criação do “Rito Sumário para as Apelações” nas causas de pequeno valor (de até 60 salários-mínimos, a exemplo das ações de rito sumário – art. 275). Assim, em vez de se submeter a Apelação ao Tribunal local, a mesma seria apreciada por um colegiado de juízes de primeiro grau, nos moldes como se tem nos Juizados Especiais Cíveis ou, na impossibilidade da criação desse colegiado, por reapreciação a cargo de outro juiz.

Na hipótese de eventual acolhimento de tal proposta, haveria, igualmente, a necessidade de revogação do atual artigo 550 do CPC ou sua adaptação à nova regra.

2.3.3 Fixação da competência exclusiva dos Juizados Especiais

É certo que se poderá arguir, em contraponto às duas propostas anteriores, a existência e a disciplina dos Juizados Especiais Estaduais (Lei nº 9.099/95, para causas de até 40 salários-mínimos) e Federais (Lei nº 10.259/01, para causas de até 60 salários-mínimos), bem como dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, recém criados pela Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009, com compe-

tência para “processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos” (art. 2º, caput), excetuadas as ações previstas no § 1º do mesmo artigo.⁹

Ocorre que, a despeito de as legislações específicas preverem a competência absoluta de tais Juizados no foro onde estiverem instalados, a abrangência de tal norma é, no mais das vezes, desprezada tanto pelas partes quanto pelos próprios juízes. Ademais, não se olvide de que a Justiça Federal não possui a capilaridade da Justiça Estadual e, menos ainda, de que tal difusão se dá em relação aos Juizados Especiais Federais (em número mais reduzido ainda que os foros de sua jurisdição comum), o que relega ao segundo plano a aplicabilidade de tal norma.

Pensamos que a solução, então, seria alterar as disposições legais hoje existentes nas legislações dos Juizados Especiais (Estaduais, Federais e da Fazenda Pública), de modo a tornar sua competência absoluta, independentemente da situação do foro (local físico de instalação), prevalecendo sobre a área de sua jurisdição. Com isso, centralizar-se-iam as ações de menor valor em tais Juizados, livrando a Justiça Comum de grande número de feitos, além de garantir maior fluidez à solução das lides em razão do rito mais célere aí empregado. Para tanto, contudo, tornar-se-ia imprescindível melhor aparelhamento de tais órgãos.

2.3.4 Criação do depósito recursal cível

A ideia não é nova – o ex-Ministro do STJ, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, já preconizava solução similar desde os idos de 2003¹⁰ – além de ser, inclusive, objeto do Projeto de Lei nº 6.438/

⁹ “Art. 2º [...] - § 1º Não se incluem na competência do Juizado Especial da Fazenda Pública:

I – as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, por improbidade administrativa, execuções fiscais e as demandas sobre direitos ou interesses difusos e coletivos;

II – as causas sobre bens imóveis dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, autarquias e fundações públicas a eles vinculadas;

III – as causas que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou sanções disciplinares aplicadas a militares.”

¹⁰ “3. A apelação de sentença condenatória deverá ser precedida do depósito de 50% do valor da condenação, que reverterá em benefício do apelado, em caso de desprovimento, como parte do pagamento. Para as sentenças de outra natureza, e para a ilíquida, o juiz fixará valor conforme a finalidade do recurso. Excepcionalmente, a exigência poderá ser reduzida ou dispensada pelo juiz.

Justificativa:

Em princípio, a causa deve se extinguir no primeiro grau, com o imediato e espontâneo cumprimento da sentença. A ideia de que sempre deve haver recurso é uma

09, do Deputado Federal Vital do Rêgo Filho (PMDB-PB), que exige depósito prévio de 20% do valor da condenação para interposição do recurso de apelação contra sentença condenatória proferida nos processos de rito sumário. Mas por que limitá-lo ao rito sumário?

Novamente buscamos a analogia com o Processo do Trabalho para propor a exigência de depósito em garantia da execução, a cargo do réu, quando recorrente, nos moldes do que prevê a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) nos §§ 1º e 2º de seu artigo 899¹¹, ou em benefício dele, quando o recorrente for a parte autora.

Tal depósito recursal não se confunde com o Preparo Recursal ou com as despesas de porte de remessa e retorno exigidos pelo artigo 511 do CPC e legislação específica, mas de pressuposto recursal objetivo, devendo ser efetivado no mesmo prazo e oportunidade do recolhimento daqueles, sob pena de deserção.

Assim, nas obrigações de pagar quantia certa, para recorrer o réu sucumbente deverá efetuar o depósito judicial, em favor do autor/exequente, do valor equivalente à condenação, limitado a um determinado valor a ser estudado, a exemplo do que ocorre na seara trabalhista. Alternativamente, poder-se-á exigir, por exemplo, o depósito de 30% a 50% daquele valor para a Apelação e outros percentuais a cada novo recurso interposto a partir de então por similaridade ao que prevê a Súmula nº 128, I do TST.¹²

Para as sentenças de outra natureza, para as ilíquidas, para os casos de recurso da parte autora (sentença de improcedência), o juiz fixará o valor conforme a finalidade do recurso, sempre observando o valor do benefício almejado com a ação proposta, visto

deformação do nosso sistema. Para reverter essa expectativa, cumpre exigir do vencido o atendimento do “*decisum*”, pelo menos em parte, o que poderá ser dispensado ou reduzido quando a exigência significar ônus exagerado à parte” (AGUIAR JÚNIOR, 2003, p. 242).

¹¹ “Art. 899 [...]

§ 1º - Sendo a condenação de valor até 10 (dez) vezes o valor-de-referência regional [na redação original. O DEL nº 5.452 estipula que se utilize o valor do salário-mínimo], nos dissídios individuais, só será admitido o recurso, inclusive o extraordinário, mediante prévio depósito da respectiva importância. Transitada em julgado a decisão recorrida, ordenar-se-á o levantamento imediato da importância do depósito, em favor da parte vencedora, por simples despacho do juiz.

§ 2º - Tratando-se de condenação de valor indeterminado, o depósito corresponderá ao que for arbitrado para efeito de custas, pela Junta ou Juízo de Direito, até o limite de 10 (dez) vezes o valor-de-referência regional [na redação original. O DEL nº 5.452 estipula que se utilize o valor do salário-mínimo].

¹² “Súmula 128/TST – Depósito Recursal. I – É ônus da parte recorrente efetuar o depósito legal, integralmente, em relação a cada novo recurso interposto, sob pena de deserção.”

que o valor dado à causa nem sempre guarda efetiva correspondência com o mesmo.

A mesma solução poderia ser adotada para os demais recursos interpostos em relação às decisões não terminativas (a comissão incumbida de apresentar o Anteprojeto do Novo CPC propõe apenas o Agravo de Instrumento “para as decisões de urgência satisfativas, decisões interlocutórias de mérito e decisões proferidas no cumprimento da sentença, no processo de execução e demais casos previstos em lei”).

Quanto aos Embargos de Declaração, dada sua finalidade precípua de aclarar ou integrar a decisão eventualmente falha, defendemos que tais ônus se apliquem somente a partir de sua reiteração em relação à mesma decisão (“Embargos dos Embargos”), utilizando o critério de um percentual a ser definido sobre o valor da causa.

Nos casos de ações plúrimas, e quando houver prolação de sentença julgando parcialmente procedente a lide, entendemos que o depósito recursal deverá ser efetuado em relação a cada um dos recorrentes, dada a autonomia dos recursos.

Com o trânsito em julgado da decisão contrária ao réu/recorrente, o valor do depósito recursal reverter-se-á automaticamente em benefício do autor/exequente para a satisfação (total ou parcial) de seu crédito, nas obrigações de pagar. Nas causas de natureza diversa, ou nos casos de recurso do autor, tal reversão à parte contrária dar-se-ia como compensação de danos pela demora na solução da lide provocada pelos recursos tidos por indevidos (já que improvidos), em analogia à multa prevista no parágrafo único do artigo 538 do CPC.

Aliás, a adoção do depósito recursal para garantia da execução ensinaria, inclusive, alteração no Capítulo alusivo ao “Cumprimento da Sentença”, especialmente em relação aos artigos 475-I, § 1º e 475-O do CPC, no que tange à execução provisória da sentença. Ora, havendo o depósito do valor da condenação, ou de parte dele, a penhora a ser feita para garantia do juízo, de modo a ensinar a apresentação da Impugnação tratada nos artigos 475-L e 475-M, haverá de ser substituída pelo aludido depósito – ou complementada, caso se adote a tese de depósito apenas parcial do valor da condenação. Com isso, abreviar-se-ia ainda mais o feito, já que seriam desnecessários os atos atinentes à penhora e sua intimação ao devedor.

Em caso de confirmação da sucumbência recíproca, aplicar-se-ia a regra da repartição proporcional, análoga aos honorários, disciplinada pelo artigo 21 do CPC: “serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles”.

Desse modo, a figura do depósito recursal tem tripla finalidade: a) desencorajar recursos aventureiros ou meramente protelatórios; b) garantir a execução; e/ou c) reparar os danos causados à parte contrária (autor ou réu) pela demora na solução da lide.

A principal delas, a nosso ver, é a de desencorajar a utilização indiscriminada de recursos temerários ou meramente protelatórios, eis que ao lado das demais propostas divulgadas pela comissão de juristas incumbida de apresentar o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, de modo especial a criação da sucumbência recursal, atinge o ponto mais vulnerável dos litigantes, qual seja, “o bolso”.

Questão que pode levantar discussão é a exigência do depósito recursal por parte daqueles que litigam sob os auspícios da justiça gratuita, havendo, certamente, vozes que defendam a inaplicabilidade da norma nesses casos. Pensamos, porém, que mesmo nessa hipótese o depósito pode ser exigido, visto que não se qualifica como taxa judicial, mas sim de antecipação do cumprimento da obrigação e, como tal, pressuposto recursal objetivo. Como solução intermediária, poder-se-ia prever a possibilidade de o juiz, em decisão fundamentada e irrecorrível, reduzir o valor do depósito a patamar inferior ao mínimo fixado ou mesmo isentá-lo, atendendo às peculiaridades do caso.

Também se argumentará que tal medida causaria prejuízo aos litigantes de menor poder aquisitivo e não surtiria efeito em relação aos mais abastados, às empresas e ao próprio Estado, já que possuem condições financeiras de arcar com tal depósito. Ainda que se tenha razão em tais alegações, a medida serve como ponto de partida para uma limitação ao abuso do direito de recorrer, a ser somada a outras sugestões.

2.3.5 Majoração das cominações previstas para a litigância de má-fé, especialmente em caso de recurso meramente protelatório

A doutrina é uníssona em considerar a utilização de recurso com intuito meramente protelatório como ato atentatório aos princípios da lealdade e da boa-fé processuais a que todos os participantes do processo estão sujeitos.

Nessa linha, entendemos as disposições dos artigos 17 e 18 do CPC como excepcional ferramenta posta à disposição da Magistratura para coibir a indevida utilização dos recursos. Aliás, delas decorrem as cominações postas no parágrafo único do artigo 538 e no § 2º do artigo 557 daquele diploma legal, já analisados no item 2.2.

O artigo 18 do CPC prevê a condenação do litigante de má-fé – e, no particular atinente ao presente trabalho, caracterizado como aquele que “interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório” (art. 17, VII) – “a pagar multa não excedente a 1% (um por cento) sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou” (*caput*). Em se tratando de dois ou mais litigantes de má-fé, “o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa” (§ 1º). Em relação ao valor da indenização, prevê que a mesma se dará em quantia “não superior a 20% do valor da causa, ou liquidada por arbitramento” (§ 2º), nada dizendo, contudo, a respeito do percentual dos honorários advocatícios.

Constata-se, porém, a pouca aplicabilidade de tal norma no cotidiano forense ou sua aplicação com extrema parcimônia, o que afasta o caráter corretivo e disciplinador que a inspirou. Em crítica a essa realidade, Theodoro Júnior (2008, p. 34) leciona que, “para coibir a má-fé e velar pela lealdade processual, o juiz deve agir com poderes inquisitoriais, deixando de lado o caráter dispositivo do processo civil.”

Some-se a essas considerações a constatação de que o valor da causa – base para a imposição da multa e dos honorários previstos no citado art. 18 do CPC – nem sempre corresponde à real valoração do direito discutido, posto que, na maioria das vezes, ao atribuí-lo, o autor tem como maior interesse limitar o recolhimento das custas iniciais, preferindo atribuir à causa, “para fins meramente fiscais”, valor bastante inferior ao benefício almejado, descumprindo a regra prevista nos artigos 258 a 261 do CPC e contando, na maioria das vezes, com a condescendência do próprio juiz e da parte ré.

Assim posta a questão, conclui-se que os ônus previstos no artigo 18 – se e quando aplicados – têm sido insuficientes para inibir a utilização dos recursos como meio eminentemente protelatório. Urge, então, corrigir-se tal deficiência. Sugere-se – ao lado da sempre necessária determinação judicial para a correção do valor da causa quando a mesma se mostre inadequada ao pedido apresentado com a inicial – as seguintes medidas, aplicáveis mesmo quando o recorrente seja beneficiário da gratuidade da justiça:

a) a fixação da multa prevista no *caput* do artigo 18 e da indenização prevista no seu § 2º, entre o mínimo de 20% (vinte por cento) e o máximo de 50% (cinquenta por cento) do valor da causa;

b) nas causas de pequeno valor e naquelas que não tenham conteúdo eminentemente econômico, o valor da multa ou da indenização será fixado ao prudente arbítrio do juiz, considerando o benefício almejado através da ação;

c) a fixação dos honorários previstos no caput do referido artigo se dará nos termos dos parágrafos do artigo 20 do CPC;

d) inserção de parágrafo ao artigo 18, nos moldes do quanto preconizado no parágrafo único do artigo 538 e no § 2º do artigo 557 do CPC, impedindo a interposição de qualquer outro recurso sem que antes o interessado comprove o pagamento das cominações em questão.

Com tais medidas, espera-se emprestar maior credibilidade ao sistema recursal, desestimulando sua utilização como método estritamente protelatório da solução final do feito.

2.3.6 Necessidade de alterações nos Embargos de Declaração

Embora de indiscutível utilidade, quando corretamente utilizados, os Embargos de Declaração constituem, na opinião de grande parte da doutrina, “a praga” do sistema recursal, por possibilitar, com aspecto de legalidade, a procrastinação indevida do feito. Várias são as críticas feitas ao seu formato atual: a) independem de preparo (art. 536 do CPC); b) não possuem limitação; c) interrompem o prazo para a interposição de outros recursos (art. 538 do CPC); d) mesmo quando tidos por protelatórios, a sanção cominada no parágrafo único do mesmo artigo (multa de até 1% sobre o valor da causa, aumentada para até 10% em caso de reiteração) tem se mostrado inócua. Assis (2008) acompanha tais posicionamentos.¹³

A essas inconveniências, permitimo-nos propor algumas sugestões à reflexão, ao lado das medidas constantes dos trabalhos da comissão incumbida da apresentação do Anteprojeto do Novo CPC:

a) limitar a interposição dos Embargos de Declaração a uma única vez em relação à mesma matéria, evitando-se a eternização da questão (Embargos de Declaração em Embargos de Declara-

¹³ “Os embargos de declaração prestam-se a reprováveis manobras protelatórias do vencido, com o único propósito de ganhar tempo, porque obstam a formação da coisa julgada e postergam a fluência do prazo para os demais recursos. Existem disposições genéricas, no direito pátrio, que reprimem o comportamento inescrupuloso e a interposição de recursos por espírito de emulação (art. 17, VII, na redação da Lei 9.668, de 23.06.1998). No caso específico dos embargos de declaração, o art. 538, parágrafo único, estipulou tímida sanção, antecipando-se à generalização do mecanismo repressivo antes indicado – de escassa utilização – consistente em multa de um por cento sobre o valor da causa; posteriormente, a Lei 8.950/1994 acrescentou a exigência do depósito prévio, “ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo”. Sucede que tal sanção, além de relativamente branda, só incide *a posteriori*, ou seja, defluirá do julgamento dos embargos. Até lá, como é fácil perceber, os efeitos naturais da interposição dos embargos se produzem normalmente, em particular o interruptivo” (ASSIS, 2008, p. 612).

ção...). Alternativamente, caso se siga a corrente doutrinária que prega a possibilidade de sucessivos Embargos de Declaração ante a possibilidade de que a(s) nova(s) decisão(ões) ainda seja(m) imperfeita(s), sugerimos, no tópico anterior, que a exigência do preparo e depósito recursal (ou percentual dele) se dê a partir do segundo Embargo em relação à mesma decisão, incidindo a cada nova interposição, com as cominações postas no parágrafo único do artigo 538 do CPC;

b) alterar a redação do artigo 537 do CPC para atribuir ao Relator, nos Tribunais, competência para negar provimento aos embargos em decisão monocrática, não impugnável por outro recurso, de modo a emprestar celeridade ao seu julgamento;

c) alterar a redação do artigo 538 do CPC para determinar que os Embargos de Declaração interrompam o prazo para a interposição de outros recursos, por quaisquer das partes, apenas quando providos; quando improvidos, os prazos apenas se suspendem, a exemplo da regra estampada no artigo 50 da Lei nº 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais, o que também emprestaria maior celeridade ao feito;

d) integrar as cominações sugeridas ao artigo 18 do CPC àquelas previstas no artigo 538, mediante a adequação da redação deste último, de modo a desestimular o uso abusivo dos Embargos de Declaração como meio meramente protelatório.

Justificando a necessidade de alteração no regramento dos Embargos de Declaração, novamente buscamos socorro junto à Justiça do Trabalho, com a colação do seguinte julgado:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - MANEJO COM INTUITO PROTETATÓRIO - MULTA. A regra é clara quanto ao cabimento dos embargos de declaração. O Poder Judiciário, tão admoestado pelo povo brasileiro, encontra-se em situação crítica, soterrado por processos que se avolumam, às vezes porque interpostos para se ganhar tempo, em flagrante desrespeito ao bom-senso, às magistraturas do Estado e aos jurisdicionados. **Deve-se ter em mente que os embargos de declaração, cuja previsão é clara e expressa na lei, não ostentam caráter informal, podendo a parte utilizá-los sem a observância do riscado legal. É certo que, muitas vezes, as questões neles ventiladas resvalam para o campo da subjetividade, mas não menos certo é que alguns profissionais da advocacia, de forma flagrante e ostensiva, deles se valem para modificar o julgado dito viciado, acarretando essa avalanche de processos que assolam os Tribunais. Muito se tem feito para que o Judiciário seja célere, porque justiça tardia não faz justiça, mas essa mobilização deve começar pela clas-**

se dos advogados, força motora do processo, de forma a não se fazer mau uso de uma medida com previsão legal, transformando-a em subterfúgio para alterar o conteúdo de uma decisão que a ele foi desfavorável. Assim, sendo indisfarçável a natureza protelatória dos embargos de declaração, aplica-se ao embargante a multa de 1%, prevista no art. 538 do CPC. Embargos de declaração desprovidos, com a aplicação de multa. - Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração em Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº TST-ED-E-ED-RR-1759/2003-042-02-00.1, em que é Embargante [...] Publicação: DEJT - 28/08/2009 (grifo nosso).

Irrepreensíveis as críticas postas no Acórdão à utilização desvirtuada dos Embargos de Declaração, com o que temos por justificadas as propostas ora apresentadas para sua melhor adequação.

2.3.7 Extinção da figura do revisor nos Tribunais

A par das alterações antes sugeridas que a ela se refiram direta ou indiretamente, propomos, como forma de abreviar o seu julgamento, a extinção da figura do revisor prevista no julgamento das Apelações, dos Embargos Infringentes e na Ação Rescisória (art. 551, *caput*, do CPC), nas rescisões de competência do STJ (art. 40, I da Lei 8.038/90) e na remessa oficial (art. 475 do CPC), respeitadas as exceções postas no § 3º do art. 551.

É de se ver, porém, que a previsão da revisão dos atos do relator nas situações acima tem se mostrado medida de mero atraso da marcha processual, posto que, na prática, raríssimas são as oportunidades nas quais o revisor aponta discrepância em relação ao posicionamento do relator, o que a torna, a nosso ver, totalmente desnecessária. E não estamos sozinhos nessa constatação. Confira-se, novamente por todos, Assis (2008, p. 282):

A revisão importa o exame direto dos autos por um segundo juiz, além do relator, e o conhecimento real do processado. Trata-se de um acréscimo de atividade, e, portanto, o ato exige algum tempo, ao menos igual ao gasto pelo relator, por mais desrespeitada que seja a antecedência dessa formalidade. Já se considerou a revisão fruto do formalismo de antanho, ensinando a experiência, a partir da inércia do revisor, o escasso proveito da medida. As mudanças legislativas seguem tal rumo, erigindo diversas exceções à revisão nos julgamentos colegiados, além de autorizar o julgamento singular do relator.

Assim, a nosso ver, a tendência normal é conferir maior poder ao relator, a exemplo do que já acontece com os comandos postos no artigo 557 e seus parágrafos na redação dada pela Lei nº 9.756/98, emprestando maior celeridade ao julgamento dos recursos sem a perda das garantias processuais pelo recorrente. Vejamos tal questão, em mais detalhes, na proposta a seguir.

2.3.8 Privilegiar as decisões monocráticas do relator (art. 557 e 558 do CPC)

Na linha do que defendemos no tópico anterior, sugerimos conferir maior efetividade à tarefa do relator para o julgamento singular de recursos em questões de menor relevo – a serem assim qualificadas mediante estudo mais acurado por parte dos próprios Tribunais –, além daquelas situações a eles já afetas.

A questão não se mostra pacífica diante da cultura arraigada de que todo julgamento em grau de recurso deva ser tomado por decisão colegiada. Theodoro Júnior (2008, p. 659), por exemplo, assim se manifesta acerca da questão:

É importante destacar, antes de mais nada, que nos casos de competência recursal dos tribunais, o relator, quando decide singularmente, atua como delegado do colegiado, e o faz por economia processual sem, entretanto, anular a competência originária do ente coletivo. Daí segue que a lei ordinária e o regimento do Tribunal não podem trancar o procedimento no julgamento singular, declarando-o insuscetível de recurso ao colegiado a que se endereçava constitucionalmente o apelo. Negar-se um meio processual de levar o recurso a exame coletivo importaria subtrair à parte o acesso ao seu juiz natural, incorrendo, por isso, em inconstitucionalidade.

Nessa mesma linha, o ilustre Barbosa Moreira (2001, p. 76) assevera que “onde quer que se principie por dar ao relator a oportunidade de manifestar-se sozinho, tem-se de permitir que à sua voz venha juntar-se, desde que o requeira o interessado, a dos outros integrantes do órgão”.

É de se ver que a origem da alegação de inconstitucionalidade, na atual Constituição Federal, baseia-se no “Princípio da Reserva de Plenário”. Assim, a proposta ora apresentada demandaria alteração da legislação processual somente depois de alteração do próprio texto constitucional do artigo 97 com a adição, por exemplo, de um parágrafo no qual seria previsto que o julgamento dos recursos, pelos Tribunais, será feito por decisão colegiada, “admitindo-se, porém, o julgamento em decisão singular irrecorrível, na

forma que a lei dispuser”. Com isso, mantém-se a legitimidade do “Princípio da Reserva de Plenário” ao mesmo tempo em que, após deliberação legislativa acurada, a lei definirá as situações nas quais esse julgamento poderá se dar de modo singular.

A irrecorribilidade da decisão do relator, nas situações autorizadas em lei, não fere o princípio do Devido Processo legal (CF, 5º, LV), posto que a Constituição Federal não cuida da forma de julgamento dos recursos, mas apenas assegura ao litigante a utilização dos recursos na forma da lei.

Alternativamente, pode-se fixar sanção pecuniária quando a Turma confirmar decisão do relator por estar de acordo com a jurisprudência, já que se teria demonstrado o completo descabimento do recurso e, com isso, a caracterização da má-fé (art. 17, VII do CPC).

2.3.9 Exigência da Repercussão Geral também para o Recurso Especial

Tal sugestão já constava das propostas apresentadas pelo ex-ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior¹⁴, além de haver sido apresentada formalmente como Projeto de Lei da Câmara dos Deputados pelo então deputado federal Aloysio Nunes Ferreira, sob o nº 1.343/2003. Tal projeto, porém, foi retirado de pauta a pedido do próprio proponente e arquivado.

Vê-se que o espírito da sugestão acompanha a alteração feita pela Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006, que criou a repercussão geral para o Recurso Extraordinário mediante a adição do artigo 543-A e seus parágrafos do CPC.

Segue-se que a missão dos Tribunais Superiores se coloca acima dos interesses individuais dos contendores, devendo, isto sim, reservar-se à análise das questões que contenham interesse geral – salvo “se demonstrada a gravidade do dano individual”.

A adoção da medida também no âmbito do Recurso Especial, além de fixar-se como efetivo filtro recursal, alinha-o com as disposições similares previstas para o Recurso Extraordinário e evitaria o desvirtuamento da competência do STJ, que, não raras vezes, se vê

¹⁴ “O recurso especial por ofensa a lei federal somente será conhecido quando o julgado recorrido tiver repercussão geral, aferida pela importância social ou econômica da causa, requisito que será dispensado quando demonstrada a gravidade do dano individual. Justificativa: O recurso que exige manifestação da via especial deve extrapolar o interesse das partes na causa e constituir-se em verdadeira questão federal, com repercussão social ou econômica. Fora dessa hipótese, somente quando demonstrada a existência de grave dano individual, decorrente de decisão contrária à lei, poderá ser conhecido o recurso” (AGUIAR JÚNIOR, 2003, p. 143).

obrigado a decidir, por exemplo, casos de mera briga de vizinhos ou ações de despejo.

2.3.10 Simplificação do Rito do Recurso Especial

Ao lado da exigência da repercussão geral, sugerimos outras medidas para evitar o uso indiscriminado de tal Recurso ou, quando interposto, simplificar o rito de seu julgamento.

A primeira delas, a nosso ver, poderia ser a supressão da alínea c, do inciso III, do artigo 105 da CF, afastando a utilização de tal recurso por divergência de interpretação de lei federal. Caso o próprio STJ tiver decidido contrariamente à decisão recorrida, o Especial há de prosseguir por ofensa à legislação federal, sem necessidade para o recorrente valer-se de dissídio jurisprudencial. Ademais, a Súmula 83 do STJ¹⁵ impõe limitação objetiva a tal hipótese de manejo do recurso.

No campo do CPC, entendemos pelo cabimento da revogação do parágrafo único do artigo 541 destinado a reger o cabimento do recurso baseado em dissídio jurisprudencial.

Em consonância com as sugestões antes apresentadas em relação à atribuição de competência ao relator para julgar monocraticamente determinados recursos, propõe-se a alteração do artigo 545 do CPC de modo a tornar irrecorrível sua decisão quando não admitir o agravo de instrumento interposto com amparo no artigo 544, ou negar-lhe provimento. Em contrapartida, quando o relator reformar o acórdão recorrido, caberá agravo, no prazo de 5 (cinco) dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso.

Na primeira hipótese é de se ver que o caso já passou pela análise e julgamento da Turma julgadora e da Presidência ou Vice-Presidência do Tribunal de origem que inadmitiu o recurso (especial ou extraordinário). Portando, a decisão do Ministro Relator que mantém a decisão atacada corrobora duas decisões anteriores sobre a mesma questão, o que torna inviável, do ponto de vista da celeridade processual, a admissão do recurso.

No segundo caso, havendo reforma da decisão pelo relator em razão do Agravo de Instrumento (§ 3º do artigo 544 do CPC), continuará sendo possível o manejo do agravo legal previsto no artigo 545, cuja decisão ultimar a causa.

Do mesmo modo, entendemos que se evitaria a interposição do Recurso Especial modificando-se o § 3º do artigo 542 do CPC de modo a fixar que não cabe Recurso Extraordinário ou especial con-

¹⁵ “Súmula 83/STJ – Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.”

tra decisão que, em grau de recurso, tenha apreciado decisão interlocutória de instância inferior.

Nesses casos, o interessado, sob pena de preclusão, peticionará de forma sucinta ao relator, expondo suas razões, requerendo que, por ocasião da interposição de eventual Recurso Extraordinário ou Especial, na sequência do processo, aquela questão seja apreciada. Assim, evita-se a interposição imediata do Recurso Extraordinário ou Especial, ao mesmo tempo em que se garante ao interessado o afastamento da preclusão de seu direito de ver a questão reapreciada futuramente, sem o formalismo da apresentação de um recurso retido, tal como hoje ocorre.

2.3.11 Extinção dos Embargos de Divergência

Embora a sugestão encontre resistência sistêmica na doutrina – e mesmo nas propostas da comissão incumbida de elaborar o Anteprojeto do Novo CPC – ousamos sugerir a extinção dos Embargos de Divergência (CPC 496, VIII e 546) pelas seguintes razões:

a) o julgamento proferido em cada caso, ainda que tenha similaridade com outros da mesma espécie, guarda peculiaridades que não se coadunam, necessariamente, com os julgamentos dissidentes;

b) o CPC já prevê mecanismo hábil a resolver eventuais divergências jurisprudenciais através do Incidente de Uniformização da Jurisprudência (artigos 476 a 479);

c) o índice de provimento dos Embargos de Divergência é extremamente baixo. Confirma-se no Relatório de Atividades do STJ/2009 que tal índice se situa na casa dos 10%, o que o torna inviável do ponto de vista da praticidade.

Assim, a extinção de tal recurso não traria, a nosso ver, prejuízos às partes, ao passo que possibilitaria abreviar o desfecho dos recursos em prol da celeridade buscada.

2.3.12 Limitações ao Processo Cautelar e ao Mandado de Segurança em matéria recursal

De nada adiantará a adoção das medidas aqui preconizadas se ao lado das mesmas não ocorrerem outras intervenções legislativas de modo a inibir ou disciplinar a concessão de liminares em ações cautelares e Mandados de Segurança, especialmente em relação aos efeitos dos recursos.

Moniz de Aragão (2006) lembra que as tentativas de reforma do sistema recursal sempre esbarraram na condescendência dos juízes com a concessão de medidas liminares em ações cautelares ou Mandados de Segurança, atribuindo efeito suspensivo aos re-

curiosos que não o previam, frustrando, então, o ideal preconizado pelas reformas.

Nesse passo, propõe-se o acréscimo de parágrafo ao artigo 796 do CPC de modo a estabelecer expressamente a inadmissibilidade de procedimento cautelar com o propósito de atribuir efeito suspensivo a recurso judicial que não o tenha, ou de sustar eficácia de decisão judicial contra qual não caiba recurso, cujo recebimento possa se dar no efeito suspensivo.

Adotada tal providência, ter-se-á garantida maior eficácia das alterações propostas em relação ao sistema recursal sem prejuízo do interesse público, eis que as situações que, em tese, poderiam causar “grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, envolvendo pessoas jurídicas de direito público”, permaneceriam protegidas pela norma posta pelo artigo 25 da Lei 8.038/90.

Mas, ao lado do procedimento cautelar, a concessão de liminar em Mandado de Segurança contra decisão judicial, especialmente em relação àquelas que não atribuem o desejado (pelo recorrente) efeito suspensivo ao recurso interposto, tem sido outro entrave à efetividade das reformas recursais.

Impõe-se, então, tal como já se cogitava no âmbito de vigência da Lei nº 1.533/55, a alteração do inciso II do artigo 5º da atual lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/09), a exemplo do que registramos em relação ao procedimento cautelar, de modo a assegurar que não se concederá Mandado de Segurança com o propósito de atribuir efeito suspensivo a recurso judicial que não o tenha, ou de sustar eficácia de decisão judicial contra a qual não caiba recurso, cujo recebimento possa se dar no efeito suspensivo.

A medida pode parecer radical, mas apenas complementa a Súmula 267 do STF – “não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição” –, que, por não ser aplicada com o rigor que dela se espera, necessita da alteração legislativa ora proposta.

É claro que a proposta em comento não tem a intenção de proteger as situações de ilegalidade – mesmo, e especialmente, quando advindas de uma decisão judicial – do ataque pela via do Mandado de Segurança. Assim, tão somente aquelas decisões que, de fato, sejam teratológicas, e as interpretações justificáveis que se dê às mesmas, poderiam ser alvo do *Writ* em cumprimento à previsão contida no inciso LXIX do artigo 5º da CF/1988.

Conclusão

Do quanto restou exposto no presente trabalho, vê-se, em primeiro lugar, a existência de duas correntes antagônicas em relação

à possibilidade de se alterar o sistema recursal tal como posto em nosso ordenamento positivo. De um lado, os puristas, pugnando pela impossibilidade de que tais alterações ocorram por meio de legislação infraconstitucional ao argumento de ofensa aos princípios constitucionais do Devido Processo Legal e do Duplo Grau de Jurisdição. De outro lado, aqueles que negam a tais princípios o status de garantia constitucional, com o que afastam a eventual eiva de inconstitucionalidade que a alteração legislativa pela via ordinária pudesse sofrer.

Filiamo-nos à corrente híbrida que considera os princípios do Devido Processo Legal e Duplo Grau de Jurisdição como mera garantia processual e, assim, passíveis de restrições em prol do clamor da sociedade pela aplicação de outro princípio, este sim, eminentemente constitucional (art. 5º, LXXVIII, CF/1988 inserido pela EC 45/04), reclamando a Razoável Duração do Processo. Assis (2008) resume bem tal posição.¹⁶

Desse modo, entendemos possível a alteração do sistema recursal cível por meio de legislação ordinária – a exemplo de tantas que já ocorreram sem sofrer a pecha da inconstitucionalidade – ou, caso necessário, pontualmente, através de Emenda Constitucional. Afinal, por motivos muito menos relevantes, já se alterou o texto original da Constituição Federal de 1988, e nenhuma anormalidade haveria em se promover novas alterações com tal finalidade.

Mesmo em relação aos argumentos teóricos dos constitucionalistas, lembramos a necessidade de o estado moderno quebrar paradigmas e dogmas antes tidos por imutáveis, como forma de dar concretude aos anseios da sociedade por um processo judicial mais ágil, simples e barato que garanta, sim, os princípios

¹⁶ “Em qualquer processo, independentemente de sua função predominante – cognição, execução e cautelar –, as partes opõem duas forças parcialmente antagônicas. Por um lado, os litigantes aspiram à vitória perante o adversário, objetivo racionalizado como um imperativo da mais inequívoca justiça; de outra parte, à sociedade interessa, sobretudo, restaurar a paz social – finalidade precípua do processo e que sobrepuja os interesses individuais das partes. O delicado equilíbrio consiste em impor desfecho rápido e justo ao processo. No entanto, celeridade e justiça nem sempre se conjugam em medidas iguais. Frequentemente, a formulação perfeita da regra jurídica particular, bem como sua efetiva atuação no mundo real, exigem tempo largo para sopesar, medir, ponderar e agir. E menosprezar a rapidez não raro ceifa a própria justiça, porque colhida tardiamente. Bem se compreende, então, o art. 5º, LXXVIII, da CF/1988, introduzido pela EC 45, de 08.12.2004, enunciar como direito fundamental a ‘razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade da sua tramitação’. Não se almeja, com a disposição, evidentemente, obter uma solução de qualquer conteúdo, desde que expedita e fulminante, mas proclamar e promover o equilíbrio entre justiça e celeridade” (ASSIS, 2008, p. 68).

sagrados do contraditório, da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição, mas em contrapartida, efetive o Princípio da Razoável Duração do Processo, evitando a eternização da lide e as situações de insegurança social e jurídica dela decorrentes.

Para tanto, a reforma do atual modelo recursal cível é medida que se impõe, quer pela supressão de tipos recursais e simplificação de ritos, quer pela majoração de sanções aos litigantes de má-fé, como forma de inibir a inescrupulosa utilização dos recursos, com desvirtuamento de sua função precípua de aprimorar as decisões das instâncias inferiores.

Nesse mister, a valorização dos precedentes jurisprudenciais é de suma importância, eis que, de um lado, prestigiam-se os julgadores de primeira instância e dos Tribunais locais e, de outro, possibilita a prática da uniformização jurisprudencial, emprestando maior segurança jurídica à própria sociedade.

Como visto, o próprio Estado já considera obsoleto o modelo processual civil vigente, tanto assim que instituiu Comissão Especial incumbida da elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, de cujos trabalhos já nos é possível aferir o caminho a ser trilhado no futuro: agilidade no julgamento das causas com priorização dos precedentes, sem prejuízo das garantias da ampla defesa, do contraditório e do direito recursal.

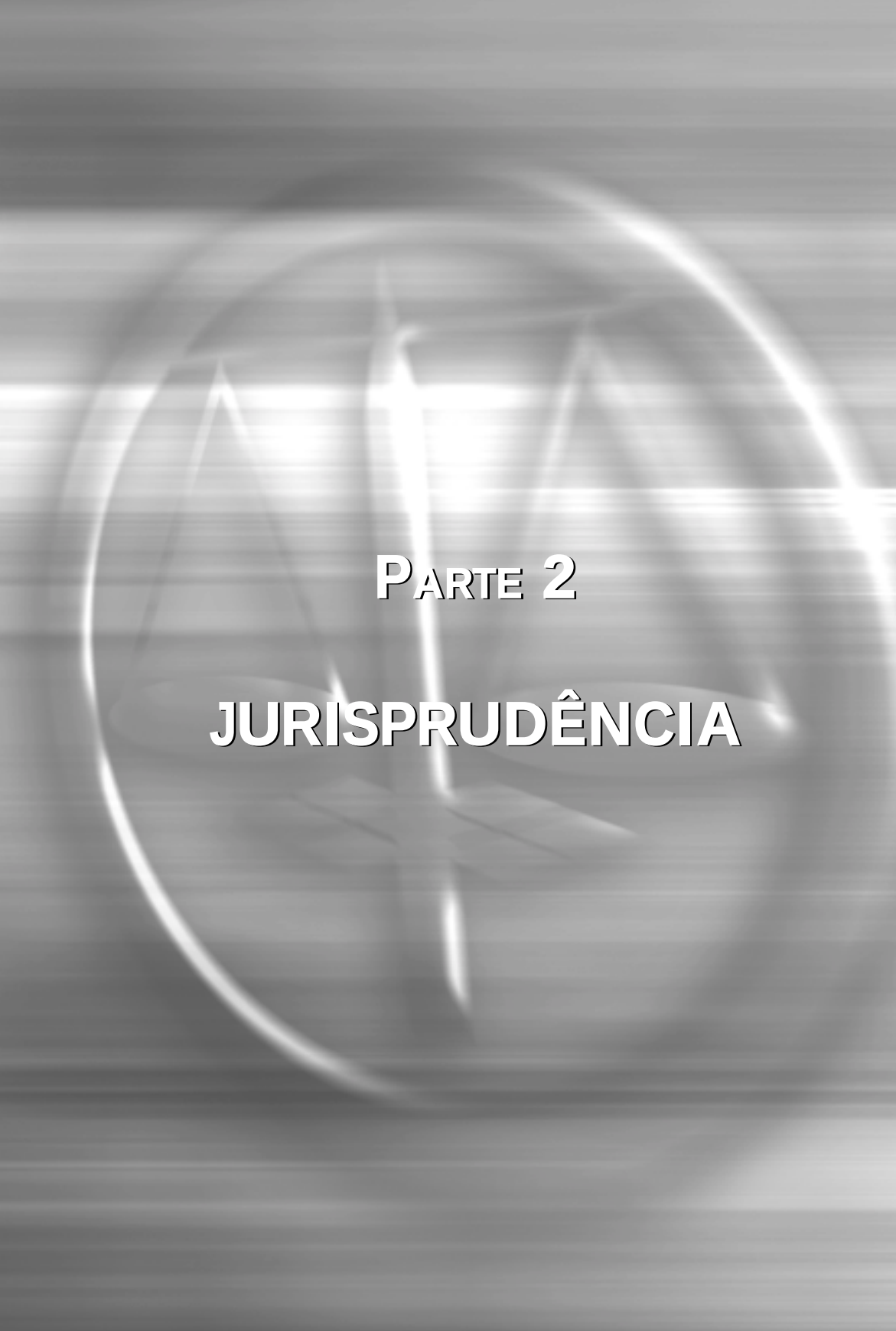
As mudanças aqui sugeridas, longe de serem tidas como solução aos problemas vividos pelo atual modelo do processo civil, significam, antes de mais nada, o resultado de reflexões a respeito do tema e humilde contribuição à discussão.

Contudo, de nada adiantará promover alterações legislativas sem a mudança de hábitos arraigados na classe dos operadores do direito, em especial dos próprios advogados, em sua sanha recursal; dos Magistrados, renitentes em alterar métodos de trabalho que possibilitem maior fluidez aos processos; dos serventuários, de modo a desempenhar suas funções com competência e eficácia; da Administração Pública, no sentido de aparelhar os órgãos do Poder Judiciário com instalações, equipamentos, pessoal e material de apoio, necessários ao bom desempenho das funções, e implantar uma política salarial justa.

Em resumo: a simplificação do sistema recursal cível é possível de ser feita de modo a dar efetividade ao Princípio da Razoável Duração do Processo sem ferir os Princípios Constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa, do Devido Processo Legal e do Duplo Grau de Jurisdição. No entanto, ao lado das mudanças legislativas, são necessárias mudanças de comportamento por parte dos operadores do direito – estas talvez as mais difíceis de serem implementadas.

Referências

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Propostas para alteração do sistema recursal civil. In: CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Centro de Estudos Judiciários. **Propostas da Comissão de Altos Estudos da Justiça Federal**. Brasília, DF, 2003, p. 2-12.
- ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito Processual (sétima série)**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DIAS, Luiz Cláudio Portinho. Litigância de má-fé. Alterações no CPC. Recurso manifestamente protelatório. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 2, n. 26, p. 2-6, set. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=793>>. Acesso em: 21 maio 2010.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma da Reforma**. Lei 10.352, de 26.12.2001, Lei 10.358, de 27.12.1001, Lei 10.444, de 7.5.2002, Lei 9.800, de 26.5.1999 (Lei do fax) e lei 10.173, de 9.1.1001 (Lei dos idosos). 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- _____. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. rev. atual. e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. v. 1.
- _____. **Nova Era do Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo em Evolução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.
- LASPRO, Oreste Nestor de Sousa. **Duplo Grau de Jurisdição no Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. (Coleção estudos de direito de processo Enrico Túllio Liebman, v. 33).
- MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Demasiados Recursos? **Revista de Processo**, São Paulo, n. 136, p. 9-31, jun. 2006.
- NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Valor de alçada e limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição: problematização em nível constitucional, à luz de um conceito material de direitos fundamentais. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n. 66, p. 85-129, 2003.
- SILVA, Ovídio Batista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. I.
- TICIANELLI, Maria Fernanda Rossi. **Princípio do duplo grau de jurisdição**. Curitiba: Juruá, 2005.



PARTE 2

JURISPRUDÊNCIA

Superior Tribunal de Justiça

Corte Especial. Cumprimento de sentença. Art. 475-J. Juízo competente. Termo inicial. Obrigatoriedade de intimação.

EMENTA OFICIAL

PROCESSUAL CIVIL. LEI N. 11.232, DE 23.12.2005. CUMPRIMENTO DA SENTENÇA. EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA. JUÍZO COMPETENTE. ART. 475-P, INCISO II, E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. TERMO INICIAL DO PRAZO DE 15 DIAS. INTIMAÇÃO NA PESSOA DO ADVOGADO PELA PUBLICAÇÃO NA IMPRENSA OFICIAL. ART. 475-J DO CPC. MULTA. JUROS COMPENSATÓRIOS. INEXIGIBILIDADE.

1. O cumprimento da sentença não se efetiva de forma automática, ou seja, logo após o trânsito em julgado da decisão. De acordo com o art. 475-J combinado com os arts. 475-B e 614, II, todos do CPC, cabe ao credor o exercício de atos para o regular cumprimento da decisão condenatória, especialmente requerer ao juízo que dê ciência ao devedor sobre o montante apurado, consoante memória de cálculo discriminada e atualizada.

2. Na hipótese em que o trânsito em julgado da sentença condenatória com força de executiva (sentença executiva) ocorrer em sede de instância recursal (STF, STJ, TJ E TRF), após a baixa dos autos à Comarca de origem e a aposição do “cumpra-se” pelo juiz de primeiro grau, o devedor have-

rá de ser intimado na pessoa do seu advogado, por publicação na imprensa oficial, para efetuar o pagamento no prazo de quinze dias, a partir de quando, caso não o efetue, passará a incidir sobre o montante da condenação, a multa de 10% (dez por cento) prevista no art. 475-J, caput, do Código de Processo Civil.

3. O juízo competente para o cumprimento da sentença em execução por quantia certa será aquele em que se processou a causa no Primeiro Grau de Jurisdição (art. 475-P, II, do CPC), ou em uma das opções que o credor poderá fazer a escolha, na forma do seu parágrafo único – local onde se encontram os bens sujeitos à expropriação ou o atual domicílio do executado.

4. Os juros compensatórios não são exigíveis ante a inexistência do prévio ajuste e a ausência de fixação na sentença.

5. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Fernando Gonçalves, os votos dos Srs. Ministros Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Eliana Calmon, Laurita Vaz, Teori Albino Zavascki,

Castro Meira e Arnaldo Esteves Lima e a retificação de voto do Sr. Ministro Luiz Fux, acordam os Ministros da Corte Especial, por unanimidade, conhecer do recurso especial e, por maioria, dar-lhe parcial provimento. Vencidos os Srs. Ministros Relator e Ari Pargendler.

Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Gilson Dipp, Eliana Calmon, Laurita Vaz, Luiz Fux, Teori Albino Zavascki, Castro Meira e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro João Otávio de Noronha, que lavrará o acórdão.

Impedida a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido e Francisco Falcão.

Brasília, 7 de abril de 2010 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Presidente.

Ministro João Otávio de Noronha, Relator.

REsp 940.274 – MS. DJe 31/05/2010.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia CORTE ESPECIAL, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Relator negando provimento ao Recurso Especial, pediu vista antecipadamente o Sr. Ministro Luiz Fux.

Aguardam os Srs. Ministros Ari Pargendler, José Delgado, Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Gilson Dipp, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Laurita Vaz, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho, Nilson Naves e Francisco Peçanha Martins.

Impedida a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Francisco Falcão e Nancy Andrighi e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha.

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido foi substituído pelo Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Brasília, 21 de novembro de 2007.

Vânia Maria Soares Rocha, Secretária.

Superior Tribunal de Justiça

SFH. Liquidação Antecipada. Lei nº 10.150/00. Requisitos. FCVS.

EMENTA OFICIAL

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ART. 105, III, "A", DA CF/1988. ADMINISTRATIVO. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO - SFH. FUNDO DE COMPENSAÇÃO DE VARIAÇÃO SALARIAL - FCVS. LIQUIDACÃO ANTECIPADA. REQUISITOS. ART. 2º, § 3º DA LEI 10.150/00. PARCELAS EM ATRASO. COBERTURA DO SALDO DEVEDOR PELO FCVS. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 9º, DA LEI N.º 4.380/64, DO ARTIGO 5º, § 1º, DA LEI N.º 8.004/90, E DO ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI N.º 8.100/90. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. VIOLAÇÃO DO ART. 535, DO CPC. INOCORRÊNCIA.

1. O Fundo de Compensação de Variação Salarial - FCVS é espécie de seguro que visa a cobrir eventual saldo devedor existente após a extinção do contrato. O saldo devedor, por seu turno, é um resíduo do valor contratual causado pelo fenômeno inflacionário. Embora o FCVS onere o valor da prestação do contrato, o mutuário tem a garantia de, no futuro, quitar sua dívida desobrigando-se do eventual saldo devedor, que, muitas vezes, alcança o patamar de valor equivalente ao próprio.

2. A liquidação antecipada com desconto integral do saldo devedor é cabível nos contratos de fi-

nanciamentos imobiliários regidos pelo Sistema Financeiro da Habitação - SFH, desde que contenham cláusula de cobertura pelo Fundo de Compensação de Variação Salarial - FCVS, e tenham sido firmados até 31 de dezembro de 1987, à luz do disposto no parágrafo 3º, do artigo 2º, da Lei n.º 10.150, de 21 de dezembro de 2000, *verbis*:

"Art. 2º Os saldos residuais de responsabilidade do FCVS, decorrentes das liquidações antecipadas previstas nos §§ 1º, 2º e 3º, em contratos firmados com mutuários finais do SFH, poderão ser novados antecipadamente pela União, nos termos desta Lei, e equiparadas às dívidas caracterizadas vencidas, de que trata o inciso I do § 1o do artigo anterior, independentemente da restrição imposta pelo § 8o do art. 1º.

[...]

§ 3º As dívidas relativas aos contratos referidos no caput, assinados até 31 de dezembro de 1987, poderão ser novadas por montante correspondente a cem por cento do valor do saldo devedor, posicionado na data de reajustamento do contrato, extinguindo-se a responsabilidade do FCVS sob os citados contratos."

3. Precedentes: REsp 956.524/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segun-

da Turma, julgado em 06.11.2007, DJ 21.11.2007, p. 332; REsp 1.075.284/MG, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 07/10/2008, DJe 04/11/2008.

4. Outrossim, “o saldo devedor ao encargo do FCVS necessita do pagamento de todas as parcelas do débito para cumprir sua finalidade de quitação das obrigações. As benesses da Lei 10.150/00, no tocante à novação do montante de 100%, refere-se ao saldo devedor, não incluídas aí, as parcelas inadimplidas”. (REsp 1.014.030/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 05/05/2009, DJe 21/05/2009) No mesmo sentido: AgRg no REsp 961.690/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 16/09/2008, DJe 07/11/2008.

5. *In casu*, o contrato foi firmado em 1.º de julho de 1987, pelo prazo de 360 (trezentos e sessenta) meses, restando assentado, no entanto, que as parcelas de setembro de 1997 em diante encontravam-se em aberto. Dessa sorte, ressoa inequívoco que o mutuário não cumprira os requisitos para a liquidação antecipada do seu contrato, que reclama o pagamento de todas as parcelas do débito (obrigações do mutuário). É que os benefícios conferidos pela Lei n.º 10.150/00, no que tange à novação do montante de 100%, refere-se ao saldo devedor, excluídas as parcelas inadimplidas pelo mutuário.

6. A interposição do recurso especial impõe que o dispositivo de Lei Federal tido por violado, como meio de se aferir a admissão da

impugnação, tenha sido ventilado no acórdão recorrido, sob pena de padecer o recurso da imposição jurisprudencial do prequestionamento, requisito essencial à admissão do mesmo, o que atrai a incidência dos Enunciados n.ºs 282 e 356, da Súmula do STF.

7. A omissão torna imperioso que o recorrente oponha embargos de declaração, a fim de que o Tribunal a quo se pronuncie sobre o dispositivo infraconstitucional tido por afrontado; e, acaso não suprida a omissão, mister apontar, na irresignação especial, a violação do art. 535 do CPC. (Precedentes: REsp 326.165/RJ, Relator Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, DJ de 17 de dezembro de 2002; AgRg no REsp 529.501/SP, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ de 16 de junho de 2004)

8. A despeito da oposição de embargos de declaração, em face do aresto que apreciou a apelação (fls. 228/231, e-STJ), verifica-se que aqueles não versaram acerca do malferimento do artigo 9.º, da Lei n.º 4.380/64, do artigo 5.º, § 1.º, da Lei n.º 8.004/90, e do artigo 3.º, § 1.º, da Lei n.º 8.100/90, no que respeita à impossibilidade de utilização do FCVS para a cobertura de mais de um imóvel situado no mesmo município.

9. O artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, mercê de o magistrado não estar obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos uti-

lizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

10. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Arnaldo Esteves Lima, Benedito Gonçalves (Presidente) e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 28 de setembro de 2010 (Data do Julgamento)

Ministro Luiz Fux, Relator.

REsp 1.146.184 – RS. DJe 08/10/2010.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX(Relator): Trata-se de recurso especial interposto pela CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF, com fulcro no artigo 105, III, “a”, do permissivo constitucional, em face de acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 4.^a Região assim ementado:

ADMINISTRATIVO. SFH. LEI N. 10.150/2000. LEGITIMIDADE DA CEF. COBERTURA DO FCVS. LIQUIDAÇÃO ANTECIPADA. DESCONTO INTEGRAL DO SALDO DEVEDOR.

PARCELAS VINCENDAS. DISPENSA DE PAGAMENTO.

1. A Caixa Econômica Federal, por deter a condição de sucessora legal do extinto BNH e de gestora do FCVS - Fundo de Compensação das Variações Salariais, o que desloca a competência para a Justiça Federal, deve figurar no pólo passivo de ações em que sejam discutidas cláusulas contratuais de mútuo habitacional firmado sob a égide das normas do Sistema Financeiro de Habitação.

2. A liquidação antecipada dos contratos de mútuo habitacional, prevista no § 3º do art. 2º da Lei n. 10.150/2000, garante ao mutuário o desconto integral do saldo devedor posicionado na data do seu reajuste.

3. Uma vez comprovado o pagamento das parcelas até 27 de setembro de 2000, data da edição da MP n. 1981-52, primeira norma que concedeu desconto de 100% do saldo devedor, não há falar em cobrança das prestações posteriores a tal data e que ainda estejam em aberto.

Noticiam os autos que WILSON DE OLIVEIRA MOREIRA ajuizou, em 7 de abril de 2006, ação declaratória de quitação de contrato habitacional em face da ora recorrente, objetivando, em síntese, a liquidação antecipada de seu contrato de mútuo, celebrado em 1.º de julho de 1987, nos moldes da Lei n.º 10.150, de 21 de dezembro de 2000. O juízo monocrático julgou improcedente o pedido, assentando:

Destarte, o decurso do prazo contratual ajustado implica na imputação do saldo devedor ao Fundo de Compensação das Variações Salariais, desde que pagas todas as prestações ajustadas pelo liame. Encargos em aberto não compõem o saldo devedor e, portanto, estão sob a responsabilidade do mutuário. Ressalto que o Fundo de Compensação das Variações Salariais foi criado por intermédio da Resolução nº 25/67 do Conselho de Administração do extinto BNH. O desiderato de tal dispositivo foi elidir os financiamentos com prazos sucessivamente estendidos dando, desta forma, maior segurança aos mutuários do SFH. Assim asseverou tal resolução:

6. Fica criado o Fundo de Compensação das Variações Salariais, com a finalidade de garantir limite de prazo para amortização da dívida aos adquirentes de habitações financiadas pelo Sistema Financeiro da Habitação. (...)

11. O Fundo operará a entrega ao credor, em nome do devedor, do eventual saldo da dívida, apurado no último mês do prazo máximo de prorrogação previsto nos itens 10 e 19 desta resolução.

Da análise dos referidos dispositivos, é possível verificar que o FCVS destina-se à quitação do saldo devedor residual dos contratos decursados e, no caso do benefício previsto pela Lei nº 10.150/00, do saldo devedor

existente na data do requerimento administrativo acerca da liquidação antecipada. As prestações em aberto não podem ser imputadas ao Fundo, sob pena de beneficiar indevidamente o mutuário inadimplente, que se furtaria propositadamente de adimplir sua obrigação com o intuito de obter a quitação de seu contrato através do FCVS. Portanto, não há qualquer irregularidade nos atos praticados pela Caixa Econômica Federal ao exigir o pagamento das prestações em aberto desde setembro de 1997 (fl. 77).

[...]

Nos termos da fundamentação supra expendida, rejeito as preliminares argüidas, e no mérito julgo improcedente, a presente demanda, revogando a liminar concedida à fl. 155.

Deverá o autor adimplir junto ao agente financeiro, as prestações em aberto a partir de setembro de 1997.

Responderá o autor pelo pagamento dos honorários advocatícios do patrono da ré, que arbitro em R\$ 800,00 (oitocentos reais), atualizáveis pelo IPCA-E.

Manejado recurso de apelação, a Colenda 3.^a Turma do Tribunal Regional Federal da 4.^a Região, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, deu-lhe parcial provimento, nos termos da ementa acima transcrita. Colhe-se do voto-condutor do aresto hostilizado:

O objetivo do diploma legal, como de outros que o sucede-

ram, era anular de imediato o saldo devedor dos contratos de mútuo deficitários e cujo desenvolvimento só fazia engrossar a dívida que ao final deveria ser suportada pelo FCVS. Fomentou-se a liquidação do saldo devedor do contrato enquadrado nos requisitos prescritos, que, nos claros termos da lei, far-se-ia de modo antecipado, vale dizer, antes do fim do prazo contratual. Libertava-se o mutuário desde já do pagamento das parcelas vincendas, mensalidade quase sempre incapaz de atender à amortização do saldo devedor programada e dos juros pactuados; e, em contrapartida, freiava-se o incremento do resíduo do saldo devedor a ser suportado pelo FCVS. A favorecida hipótese de liquidação antecipada do contrato de mútuo abarca os contratos que prevejam a cobertura do saldo devedor remanescente pelo FCVS. Depois, para obtenção da liquidação antecipada com desconto integral - § 3º do art. 2º, o contrato deve ter sido firmado anteriormente a 31.12.1987. No mais, comprovando o autor que pagou as parcelas até a edição da MP n. 1981-52, de 27 de setembro de 2000, primeira norma que concedeu desconto de 100% do saldo devedor, não há falar em cobrança das prestações posteriores a esta data e que ainda estejam em aberto. Para mim, estas são as únicas condições que devem concorrer para a liquidação antecipada com desconto de 100% do saldo devedor. Excluo qualquer

outro pressuposto para gozo do benefício, sendo impositiva a liquidação antecipada em tendo o mutuário atendido aqueles requisitos elencados em lei. Tenho, pois, por modificar em parte a sentença, para declarar o direito de quitação do contrato, mediante atribuição do saldo devedor residual ao FCVS, após quitadas as parcelas com vencimento até setembro de 2000. Honorários compensados, em face da sucumbência recíproca.

Foram opostos embargos de declaração pela instituição financeira, apontado que o aresto recorrido “*desconsiderou o fato de que as prestações estão em aberto - inadimplidas - desde setembro de 1997*” (fl. 229, e-STJ). Os embargos restaram rejeitados nos seguintes termos:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. PREQUESTIONAMENTO.

O recurso de embargos de declaração não se presta a rediscutir o mérito da causa; ele é destinado a complementar o julgado quando da existência de obscuridade, omissão ou contradição; inexistentes tais hipóteses, deve o mesmo ser rejeitado.

Para fins de prequestionamento, importante é que o aresto adote entendimento explícito sobre a questão, sendo desnecessária a individualização numérica dos artigos em que se funda o decisório.

Em suas razões recursais, a recorrente aduz, preliminarmente,

violação do artigo 535, do Código de Processo Civil, e, no mérito, ofensa do artigo 9.º, da Lei n.º 4.380, de 21 de agosto de 1964, do artigo 5.º, § 1.º, da Lei n.º 8.004, de 14 de março de 1990, do artigo 3.º, § 1.º, da Lei n.º 8.100, de 5 de dezembro de 1990, e do artigo 2.º, §§ 1.º e 5.º, da Lei n.º 10.150/00. Sustenta, em síntese: *i*) impossibilidade de quitação, pelo Fundo de Compensação de Variação Salarial - FCVS, de mais de um imóvel situado no mesmo município; e *ii*) que a cobertura pelo referido Fundo não engloba as parcelas sob responsabilidade do próprio mutuário.

Não foram apresentadas contrarrazões ao presente recurso especial, consoante certidão à fl. 257 (e-STJ)

O apelo nobre recebeu crivo positivo de admissibilidade na origem (fl. 259, e-STJ).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX(Relator): *Ab initio*, o apelo nobre não reúne condições de admissibilidade no que respeita à violação do artigo 9.º, da Lei n.º 4.380/64, do artigo 5.º, § 1.º, da Lei n.º 8.004/90, e do artigo 3.º, § 1.º, da Lei n.º 8.100/90, quanto à impossibilidade de utilização do FCVS para a cobertura de mais de um imóvel situado no mesmo município, ante a ausência de prequestionamento dos aludidos dispositivos no aresto guerreado.

É imperioso que o recorrente, em caso de omissão, oponha embargos de declaração para que o

Tribunal *a quo* se pronuncie sobre o dispositivo infraconstitucional tido por afrontado; e, acaso não suprida a omissão, mister ingressar com recurso especial apontando violação do art. 535 do CPC. Entretanto, depreende-se da análise dos autos que o recorrente não manejou os imprescindíveis embargos de declaração.

A despeito da oposição de embargos de declaração, em face do aresto que apreciou a apelação (fls. 228/231, e-STJ), verifica-se que aqueles não versaram acerca do malferimento do artigo 9.º, da Lei n.º 4.380/64, do artigo 5.º, § 1.º, da Lei n.º 8.004/90, e do artigo 3.º, § 1.º, da Lei n.º 8.100/90, no que respeita à impossibilidade de utilização do FCVS para a cobertura de mais de um imóvel situado no mesmo município.

Tem-se, inarredavelmente, a aplicação do disposto nas Súmulas n.º 282 e 356 do STF, que têm o seguinte teor:

282 - É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

356 - O ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.

Esse é o posicionamento deste Superior Tribunal de Justiça que se extrai dos seguintes julgados:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - REINTEGRAÇÃO DE POSSE - INDENIZAÇÃO - AUSÊNCIA DE

PREQUESTIONAMENTO - CITAÇÃO - INVASÃO DE TERRA POR DIVERSAS PESSOAS - IMPOSSIBILIDADE DE CITAÇÃO DE CADA INDIVÍDUO – DECISÃO QUE ATINGE A TODOS - VIOLAÇÃO AO ART. 5º DO DECRETO-LEI 4657/42 E 472 DO CPC.

1 - No que tange ao primeiro aspecto - violação ao art. 5º do Decreto-Lei nº 4.657/42- verifico que tal questão não foi ventilada perante o Tribunal *a quo*, que se restringiu à análise da ocorrência do esbulho, bem como da desnecessidade de citação de todos os invasores da área esbulhada. Tal circunstância impede o seu conhecimento nesta oportunidade em face da ausência de prequestionamento (Súmula 282 e 356 do STF).

2 - No que concerne à suposta violação ao art. 472, do CPC, melhor sorte não assiste ao recorrente. Com efeito, no caso vertente, como reconhecido pelas instâncias ordinárias, o imóvel dos recorridos foi esbulhado, com a invasão de pessoas que ali começaram a efetuar obras de moradia, mesmo cientes da ilegalidade da ocupação. No momento do ajuizamento da ação de reintegração, o autor deixou de individualizar todas as pessoas em razão da própria dificuldade e transitoriedade ínsita em casos dessa natureza. Isto porque, como bem salientado pelo v. acórdão, poderia haver, como efetivamente houve, a existência de novos invasores que se instalaram no imóvel durante o curso processual. Ora, o que se objetiva com a utilização das ações possessórias

é, nos dizeres de CAIO MÁRIO “resolver rapidamente a questão originada do rompimento antijurídico da relação estabelecida pelo poder sobre a coisa, sem a necessidade de debater a fundo a relação jurídica dominial”. Mais adiante: “Não se deixa também de ponderar que a tutela da posse tem em vista, a par de considerá-la um fenômeno individual, consistir ela igualmente num fato social” (v.g. in “Instituições de Direito Civil, Vol. IV, Direitos Reais, 18ª ed., p.63/64).

3 - Assim sendo, *mutatis mutandis*, como reconhecido por esta Corte, por ocasião do julgamento do REsp 154.906/MG, de relatoria do i. Min. BARROS MONTEIRO, a decisão de reintegração vale em relação a todos os outros invasores. Isto dada a dificuldade de nomear-se, uma a uma, as pessoas que lá se encontram nos dias atuais.

4 - Recurso não conhecido (REsp 326.165/RJ, Relator Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, DJ de 17 de dezembro de 2002) PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO.

Se o e. Tribunal *a quo* não decidiu sobre questão alegada no recurso especial, carece o mesmo do indispensável prequestionamento (Súmula 282 e 356 -STF). Agravo Regimental desprovido. (AgRg no REsp 529.501/SP, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ de 16 de junho de 2004 - grifamos)

Por seu turno, é cediço que a cobertura pelo Fundo de Compen-

sação de Variação Salarial - FCVS é espécie de seguro que visa a cobrir eventual saldo devedor existente após a extinção do contrato. O saldo devedor, por seu turno, é um resíduo do valor contratual causado pelo fenômeno inflacionário. Embora o FCVS onere o valor da prestação do contrato, o mutuário tem a garantia de, no futuro, quitar sua dívida desobrigando-se do eventual saldo devedor, que, muitas vezes, alcança o patamar de valor equivalente ao próprio.

Ademais, cumpre ressaltar que a liquidação antecipada com desconto integral do saldo devedor é cabível nos contratos de financiamentos imobiliários regidos pelo Sistema Financeiro da Habitação - SFH, desde que contenham cláusula de cobertura pelo Fundo de Compensação de Variação Salarial - FCVS, e tenham sido firmados até 31 de dezembro de 1987, à luz do disposto no parágrafo 3º, do artigo 2º, da Lei nº 10.150, de 21 de dezembro de 2000, *verbis*:

Art. 2º Os saldos residuais de responsabilidade do FCVS, decorrentes das liquidações antecipadas previstas nos §§ 1º, 2º e 3º, em contratos firmados com mutuários finais do SFH, poderão ser novados antecipadamente pela União, nos termos desta Lei, e equiparadas às dívidas caracterizadas vencidas, de que trata o inciso I do § 1º do artigo anterior, independentemente da restrição imposta pelo § 8º do art. 1º.

[...]

§ 3º As dívidas relativas aos contratos referidos no caput, assina-

dos até 31 de dezembro de 1987, poderão ser novadas por montante correspondente a cem por cento do valor do saldo devedor, posicionado na data de reajustamento do contrato, extinguindo-se a responsabilidade do FCVS sob os citados contratos.

No mesmo sentido, colaciona-se os seguintes arestos:

ADMINISTRATIVO. SFH. FCVS. ART. 2º, § 3º, DA LEI Nº 10.150/00. NOVAÇÃO. LIQUIDAÇÃO ANTECIPADA. REQUISITOS.

1. O legislador estatuiu apenas duas condições para que se concretizasse a liquidação antecipada com desconto integral do saldo devedor, conforme o art. 2º, § 3º, da Lei nº 10.150/00: o contrato deveria conter previsão de cobertura pelo FCVS e sua celebração não poderia ser posterior a 31.12.87.

2. O agente financeiro não está autorizado a realizar a novação do crédito referente ao FCVS junto à União sem que o mutuário postule previamente sua anistia. Todavia o inverso não é verdade, de forma que pode haver a liquidação antecipada da avença sem que haja a novação entre o banco credor e a União.

3. Não é dado à instituição financeira condicionar o aproveitamento do benefício contido no art. 2º, § 3º, da Lei nº 10.150/00 à desistência do mutuário de ação de revisão de cláusula contratual, porquanto a relativa imprecisão do saldo devedor importa apenas à eventual novação junto à União.

4. Recurso especial provido.

(REsp 956.524/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 06.11.2007, DJ 21.11.2007, p. 332)

ADMINISTRATIVO – FCVS – SALDO DEVEDOR – NOVAÇÃO – ART. 2º, § 3º, DA LEI 10.150/2000 – DESCONTO INTEGRAL – POSSIBILIDADES – PRECEDENTES.

1. Este Superior Tribunal de Justiça firmou orientação no sentido de que “é direito do mutuário a manutenção da cobertura do FCVS e, por consequência, a liquidação antecipada do saldo devedor, com desconto de 100% pelo Fundo, desde que o contrato tenha sido celebrado até 31 de dezembro de 1987 (art. 2º, § 3º, da Lei n. 10.150/00), ainda que haja novação dos débitos fundada em edição anterior da Medida Provisória 1.981-52/2000, cujas regras foram mantidas quando convertida na Lei 10.150/2000”.

2. Recurso especial provido.

(REsp 1.075.284/MG, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 07/10/2008, DJe 04/11/2008)

Por seu turno, esta Corte Superior já se manifestou no sentido de que “o saldo devedor ao encargo do FCVS necessita do pagamento de todas as parcelas do débito para cumprir sua finalidade de quitação das obrigações. As benesses da Lei 10.150/00, no tocante à novação do montante de 100%, refere-se ao saldo devedor, não incluídas aí, as parcelas inadimplidas”. (REsp 1.014.030/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 05/05/2009, DJe 21/05/2009)

Colhe-se, ademais, do voto-condutor (sic):

O principal objetivo da Lei 10.150/00, foi, então, viabilizar a liquidação das dívidas relacionadas ao FCVS, por meio da novação, beneficiando as instituições financeiras e mutuários. Para que seja possível a liquidação antecipada, é necessário que o contrato tenha sido celebrado até 31/12/1987; que possua cobertura do FCVS e que tenha novação da dívida entre o agente financeiro e União.

Sobre a novação, não se pode imputar ao mutuário qualquer ônus decorrente de ter ou não ter sido providenciada a adesão do agente financeiro às exigências legais.

Assim, se o contrato está enquadrado nas demais condições estabelecidas pela Lei 10.150/2000, impõe-se o reconhecimento do direito à liquidação antecipada da dívida, desde que realizadas todas as obrigações assumidas pela parte mutuária, por ocasião da assinatura do contrato.

[...]

Observe-se que a quitação é dada ao saldo devedor residual do imóvel, não sendo esse benefício estendido às parcelas vencidas e não pagas, uma vez que são obrigações de responsabilidade contratual dos mutuários, e que não se inserem no conceito de saldo devedor remanescente a ser coberto pelo FCVS.

Na mesma linha, o seguinte aresto:

SFH. MÚTUO HABITACIONAL. COBERTURA PELO FCVS. LEI Nº 10.150/00. QUITAÇÃO. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ.

1. A pretensão recursal demandaria a desconstituição das premissas fáticas alicerçadas pela instância de origem, providência insuscetível de se realizar na via do recurso especial, pelo veto sumular de nº 7/STJ.

2. Ainda que o recurso especial não esbarrasse no vedado revolvimento fático constante dos autos, o contrato da agravante não pode ser alcançado pelas inovações trazidas ao SFH pela Lei 10.150/00, na medida que não houve pagamento das prestações contratadas, inclusive, conforme atestado pelo acórdão regional, encontrando-se o contrato pendente (previsão de término somente para novembro de 2011).

3. O saldo devedor ao encargo do FCVS necessita do pagamento de todas as parcelas do débito para cumprir sua finalidade de quitação das obrigações. As benesses da Lei 10.150/00, no tocante à novação do montante de 100%, refere-se ao saldo devedor, não incluídas aí, as parcelas inadimplidas.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 961.690/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 16/09/2008, DJe 07/11/2008)

In casu, o contrato foi firmado em 1.º de julho de 1987, pelo prazo de 360 (trezentos e sessenta) meses, restando assentado, no entanto, que as parcelas de setem-

bro de 1997 em diante encontravam-se em aberto. Dessa sorte, ressoa inequívoco que o mutuário não cumprira os requisitos para a liquidação antecipada do seu contrato, que reclama o pagamento de todas as parcelas do débito (obrigações do mutuário). É que os benefícios conferidos pela Lei n.º 10.150/00, no que tange à *novação do montante de 100%*, refere-se ao saldo devedor, excluídas as parcelas inadimplidas pelo mutuário.

Por fim, a violação do art. 535, II, do CPC, não restou configurada, uma vez que o Tribunal de origem pronunciou-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Saliente-se, ademais, que o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão, como de fato ocorreu na hipótese dos autos.

Com essas considerações, CONHEÇO PARCIALMENTE do recurso especial e, nessa parte, DOU-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso especial e, nessa parte, deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Arnaldo Esteves Lima, Benedito Gonçalves (Presidente) e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 28 de setembro de 2010.

Bárbara Amorim Sousa Camuña, Secretária.

Superior Tribunal de Justiça

Exercício da advocacia. Ofensas em juízo. Independência técnica e ética. Responsabilidade pessoal.

EMENTA OFICIAL

RECURSO ESPECIAL. ADVOGADO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM A PARTE. OFENSAS IRROGADAS EM JUÍZO. RESPONSABILIDADE DO CAUSÍDICO. INDEPENDÊNCIA TÉCNICA E ÉTICA. MULTA. ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AFASTAMENTO.

1. O advogado, ainda que submetido à relação de emprego, deve agir de conformidade com a sua consciência profissional e dentro dos parâmetros técnicos e éticos que a regem.

2. Em decorrência, sua atuação em juízo, mesmo mantendo vínculo empregatício com a parte, será sempre relação de patrocínio, sem submissão ao poder diretivo do empregador, que não se responsabiliza por supostas ofensas irrogadas em juízo.

3. Não se revestindo os embargos de declaração de caráter protelatório, há de ser afastada a multa prevista no art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

4. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros

da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento. Os Ministros Aldir Passarinho Junior, Luis Felipe Salomão e Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP) votaram com o Ministro Relator. Impedido o Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília, 15 de abril de 2010 (data de julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Relator.

REsp 1.048.970 - MA (2008/0084652-9). DJe 26/08/2010.

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES:

Trata-se de recurso especial interposto por BANCO DO BRASIL S/A com fundamento no art. 105, inciso III, letras “a” e “c”, da Constituição Federal, em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, integrado pelo proferido em sede de embargos de declaração, assim ementado:

“PROCESSUAL CIVIL. CONFIGURAÇÃO DE DANO MORAL DIANTE DE EXPRESSÃO INJURIOSA UTILIZADA NO PROCESSO. VIOLAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO

LEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DA MULTA DO ART. 538 DO CPC. CABIMENTO. INCIDÊNCIA DA CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DA DECISÃO DESTA CORTE. APLICAÇÃO DAS MULTAS NOS TERMOS DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 14 E DO ART. 18, § 2º, DO CPC. NÃO CABIMENTO. MAJORAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. PRIMEIRO APELO PARCIALMENTE PROVIDO. SEGUNDO APELO DESPROVIDO.

I - O direito de defesa não é absoluto, encontrando limites no ordenamento jurídico, que veda o uso de expressões injuriosas nos escritos apresentados no processo, não podendo o advogado entender que, devido a suas prerrogativas, estará imune para trazer aos autos expressões de caráter agressivo.

II - Cabe aplicação da multa prevista no art. 538 do CPC quando os embargos declaratórios têm o teor de rediscutir questões já decididas, retardando assim a marcha processual.

III - A incidência da correção monetária se dará no momento em que arbitrado o valor definitivo da indenização que, *in casu*, é a partir da decisão proferida por esta Corte.

IV - Inexistindo qualquer excesso no exercício de litigar, não há que se falar em multa por litigância de má-fé.

V - Razoável o valor arbitrado pelo magistrado de base, uma vez que o quantum indenizatório, neste caso, tem o caráter de apenas coibir a não observância do dever de urbanidade no processo.

VI - Primeiro apelo parcialmente provido e não provimento do segundo apelo." (fls. 217/218)

Sustenta o recorrente, inicialmente, violação ao art. 535 do Código de Processo Civil, aduzindo que o acórdão recorrido não teria se manifestado sobre questões suscitadas na apelação. Alega, ainda, violação ao art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil, afirmando que os embargos de declaração opostos contra a sentença de primeiro grau não tinham condão procrastinatório, sendo indevida a multa aplicada por recurso protelatório.

Tem também por violado o art. 188, I, do Código Civil, aduzindo não estar configurado, *in casu*, qualquer ato ilícito que pudesse causar dano ao recorrido, assim como o direito à indenização.

Por fim, sustenta contrariados os arts. 348 do Código de Processo Civil, 7º, § 2º, e 32 da Lei 8.906/94, além de dissídio jurisprudencial, pois é do advogado a responsabilidade pelos atos praticados com excesso no desempenho de suas funções que venham a causar danos a terceiros, não se podendo atribuir ao cliente as consequências decorrentes.

Contra-razões às 285/292.

Admissão na origem.

É o relatório.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES (RELATOR):

O recorrente - Banco do Brasil S/A - foi condenado a pagar inde-

nização por danos morais ao recorrido - Hilton Mendonça C. Filho – por haver o advogado daquela instituição de crédito, ao contestar a ação declaratória por este ajuizada, afirmado, segundo se alega, com grave ofensa à sua honra, que estava ele (recorrido-autor) “mais perdido do que cachorro de pobre em dia de mudança”.

A ação foi julgada procedente em parte, condenando o recorrente ao pagamento de 10 (dez) salários mínimos a título de indenização por danos morais.

A apelação interposta pelo Banco do Brasil S/A foi parcialmente provida pela Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, apenas no tocante ao termo inicial da correção monetária, mantida quanto ao mais a sentença, inclusive relativamente à multa aplicada (art. 14, parágrafo único, e art. 98, § 2º, ambos do Código de Processo Civil).

O tema central em debate diz respeito à legitimidade ou responsabilidade do Banco do Brasil S/A para assumir ônus decorrente da conduta de seu advogado que, segundo se deduz do v. acórdão, teria se utilizado de linguagem ofensiva, caracterizadora de menosprezo, ferindo a sensibilidade da parte *ex adversa*, pela sua iniciativa do ajuizamento de ação com o fito de obter declaração de não ser devedora da instituição financeira.

A matéria foi recentemente apreciada por esta Quarta Turma, quando do julgamento do REsp 983.430/ES (DJ de 08.03.2010).

Na ocasião, prevaleceu o voto-vista de minha lavra, em que reconheci a ilegitimidade passiva *ad causam* da parte para figurar em ação que discute a responsabilidade de seu advogado por ofensas irrogadas em juízo, não se alterando o quadro em face da existência, entre a parte e o causídico, de relação de emprego.

Transcrevo, pois, diante da identidade entre as hipóteses submetidas ao exame desta Corte, os fundamentos constantes do mencionado voto-vista:

“De início, impende relembrar o magistério de RUI STOCO, ao ensinar que “embora o advogado esteja representando quem o contratou e constituiu e fale em Juízo em nome da parte, a responsabilidade por eventual abuso ou excesso de linguagem é sua e não do cliente, salvo se também este subscrever a peça onde se contém o destempero e a invectiva. Isto porque o mandato transfere poderes para representar em Juízo e defender o cliente e não para agir de má-fé, abusar ou ofender a honra e a dignidade de quem quer que seja. Aliás se ninguém tem direito e poderes para ofender e denegrir, não pode, por óbvio, transferi-los a outrem” (in Tratado de Responsabilidade Civil. 5ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 363).

Esta Corte, em diversas oportunidades, já se manifestou no mesmo sentido, consoante se colhe dos seguintes precedentes:

“DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO.

JUIZ DIREITO. PARTE EM AÇÃO DE ALIMENTOS. ADVOGADO. PATRONO DA ALIMENTANTE. OFENSAS DIRIGIDAS PELO CAUSÍDICO À PARTE. REPRESENTAÇÃO NO CONSELHO DA MAGISTRATURA. DANO MORAL CARACTERIZADO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE ACOLHIDO PARA REDUZIR O VALOR DA INDENIZAÇÃO.

I - Na linha da jurisprudência desta Corte, o Advogado, assim como qualquer outro profissional, responde pelos danos que causar no exercício de sua profissão, não encontrando respaldo no ordenamento jurídico, inclusive no Estatuto da Advocacia, a responsabilidade da parte pelos excessos cometidos por seu patrono.

II - Caracteriza dano moral a ofensa dirigida pelo Advogado como patrono de uma das partes à parte contrária.

III - A imunidade profissional garantida ao Advogado pelo Estatuto da Advocacia não alberga os excessos cometidos pelo profissional em afronta à honra de qualquer das pessoas envolvidas no processo.

IV - Omissis.

V - Omissis." (REsp 357418/RJ, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Quarta Turma, DJ de 10.03.2003) "Direito civil e processual civil. Indenização por danos morais. Correção parcial. Ofensa a juiz. Imunidade

profissional do advogado. Caráter não absoluto. Valor dos danos morais.

- A imunidade profissional, garantida ao advogado pelo Estatuto da Advocacia, não é de caráter absoluto, não tolerando os excessos cometidos pelo profissional em afronta à honra de quaisquer das pessoas envolvidas no processo, seja o Juiz, a parte, o membro do Ministério Público, o serventuário ou o advogado da parte contrária. Precedentes.

- Omissis.

- O advogado que, atuando de forma livre e independente, lesa terceiros no exercício de sua profissão responde diretamente pelos danos causados.

- Omissis.

Recurso especial provido. Ônus sucumbenciais invertidos." (REsp 1022103/RN, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, DJ de 16.05.2008)

A razão do entendimento esposado pelo eminente relator reside no fato de que "tais julgados dizem respeito aos atos praticados pelo advogado em defesa de um cliente da advocacia liberal, convencional, não se referindo ao advogado que atua com vínculo empregatício. As teses são completamente diferentes".

Mas tenho que, mesmo em se tratando de advogado empregado da instituição financeira, sua responsabilidade por eventuais ofensas atribuídas em juízo há de ser pessoal, não se cogitando de preposição apta a

ensejar a responsabilidade do empregador.

A fim de elucidar as razões deste posicionamento, cumpre, num primeiro momento, salientar que, consoante a doutrina de SÍLVIO DE SALVO VENOSA, a “responsabilidade do patrão, amo ou comitente decorre do poder hierárquico ou diretivo dessas pessoas com relação aos empregados, serviços e comitidos ou prepostos. A lei açambrca qualquer situação de direção, com subordinação hierárquica ou não” (in *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 76). Acerca da noção de preposição, campo de incidência do art. 1.521, III, do Código Bevilacqua, ensina SÉRGIO CAVALIERI FILHO:

“A preposição tem por essência a subordinação. Preposto é aquele que presta serviço ou realiza alguma atividade por conta e sob a direção de outrem, podendo essa atividade materializar-se numa função duradoura (permanente) ou num ato isolado (transitório). O fato é que há uma relação de dependência entre o preponente e o preposto, de sorte que este último recebe ordens do primeiro, está sob seu poder de direção e vigilância. (...) O que é essencial para caracterizar a noção de preposição é que o serviço seja executado sob a direção de outrem; que a atividade seja realizada no seu interesse, ainda que, em termos estritos, essa relação não resul-

tasse perfeitamente caracterizada.” (in *Programa de Responsabilidade Civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 198/199)

Das lições doutrinárias acima transcritas, depreende-se que o fundamental, para que se caracterize a responsabilidade do preponente por ato do preposto, é a existência de serviço prestado sob a direção daquele.

Tal poder diretivo, todavia, não se afigura presente na espécie ora em apreço, uma vez que a atividade exercida pelo advogado - mesmo aquele empregado - é revestida de especiais contornos de liberdade e independência, incompatíveis com a mencionada noção de preposição.

De fato, o advogado, ainda que submetido à relação de emprego, deve agir de conformidade com a sua consciência profissional e dentro dos parâmetros técnicos e éticos que o regem. A subordinação hierárquica, assim, encontra limite na independência profissional do advogado.

A propósito, assim dispõe o art. 18 da Lei 8.906/94:

Art. 18. A relação de emprego, na qualidade de advogado, não retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional inerentes à advocacia.

Discorrendo acerca do modo de se conciliarem a subordinação, decorrente da relação de emprego, e as mencionadas prerrogativas da advocacia (isenção técnica e independência), GISELA GONDIN RAMOS pondera:

“Assim, a primeira distinção que devem fazer, e ter adequadamente delineada no seu exercício profissional, é a que se refere à relação de emprego e a relação de patrocínio, uma vez que, mesmo subordinado juridicamente a um empregador, o advogado mantém a direção técnica da causa que lhe for confiada, e não pode abrir mão desta prerrogativa, sob pena de desnaturar a própria profissão.

Na relação de emprego, o profissional é juridicamente subordinado ao empregador, e o campo de aplicação é exclusivamente administrativo, ou “organizativo”, conforme ensina ARION S. ROMITA, dizendo respeito à possibilidade contínua de receber encargos; aqui aplica-se a legislação trabalhista. Já na relação de patrocínio, o advogado goza de absoluta independência técnica e, nesta condição, a legislação aplicável é a que regula o exercício da profissão liberal. (...)

Com efeito, é o advogado quem orienta o cliente, e não o contrário. Exemplificando (...), imagine-se a situação de um advogado integrante de um departamento jurídico de empresa.

A sua atuação profissional, não raro, sujeita-se à distribuição dos serviços pela respectiva chefia, conforme normatização interna da empresa, que regulamenta

os procedimentos. Nestas condições, o profissional por certo que está subordinado às determinações superiores, mas apenas em termos administrativos. Uma vez que o serviço lhe foi distribuído, cessa ali mesmo o poder da chefia em termos de direção, iniciando-se, então, a relação de patrocínio, em que a orientação técnica passou para a esfera de decisão do profissional designado, não sendo mais admissível a interferência do empregador, por si ou por qualquer preposto.” (in Estatuto da Advocacia: Comentários e Jurisprudência Seleccionada. 4ª ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003, pp. 360/361)

Consoante se depreende do excerto transcrito, a atuação do causídico em juízo - mesmo daquele que mantenha vínculo empregatício com a parte - decorre, sempre, de relação de patrocínio, em cujo âmbito não se cogita de direção do empregador.

Destarte, uma vez não submetido o advogado ao poder diretivo do empregador, não há que se falar em responsabilidade do preponente por supostas ofensas irrogadas, em juízo, por seu procurador. Aliás, a própria noção de preposição – enquanto execução de serviço sob a direção de outrem - resta afastada quando se trata de atos praticados por advogado, no âmbito de processos judiciais, nos quais atua com isenção técnica e independência profissional.

No ponto, oportunas as considerações do Ministro João Otávio de Noronha, extraídas das notas taquigráficas, no sentido de que “o advogado, sendo empregado ou não, é independente, ele faz uma doação técnica, ele é servidor como qualquer outro; os honorários irão para ele e não para a empresa”. Responde, pois, exclusivamente o causídico.

Destaco, por fim, que a matéria em debate não se reveste de caráter meritório, representando, verdadeiramente, questão atinente à legitimidade passiva *ad causam*, enquanto pertinência subjetiva da demanda (...).”

Nestes termos, há de ser reconhecida a ilegitimidade passiva da instituição financeira recorrente.

Merece prosperar o recurso, ainda, no que concerne à multa do art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil, aplicada ao recorrente em primeiro grau de jurisdição.

Com efeito, não se revestem de caráter protelatório os embargos de declaração opostos à sentença, entendimento que se reforça diante do parcial provimento dado à apelação do recorrente, a fim de alterar o termo inicial da correção monetária, bem como em face do presente reconhecimento da responsabilidade exclusiva do causídico, sendo certo que ambas

as matérias constituem objeto do mencionado recurso integrativo.

Não se justifica, pois, a penalidade imposta ao recorrente.

Ante o exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para reconhecer a ilegitimidade passiva *ad causam* do recorrente, bem como para afastar a multa do art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Prejudicada a análise de violação ao art. 535 do Código de Processo Civil.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, Luis Felipe Salomão e Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Brasília, 15 de abril de 2010.

Teresa Helena da Rocha Basevi,
Secretária.

Superior Tribunal de Justiça

Alienação fiduciária. Sequestro. Embargos de terceiro credor fiduciário. Possibilidade.

EMENTA OFICIAL

CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. SEQUESTRO. EMBARGOS DE TERCEIRO. CREDOR FIDUCIÁRIO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

I. Nos termos da jurisprudência do STJ, é possível ao credor a oposição de embargos de terceiro para resguardar o bem alienado fiduciariamente, que foi objeto de restrição judicial (sequestro). Precedentes.

II. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão e Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP) votaram com o Sr. Ministro Relator. Impedido o Sr. Ministro João Otávio de Noronha. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Brasília (DF), 04 de maio de 2010 (Data do Julgamento).

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator.

REsp 622.898 - SC (2004/0006471-1). DJe 24/05/2010.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR:

Cuida-se de recurso especial interposto pela letra “a” do art. 105, III, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina – TJSC, cuja ementa encontra-se lavrada nos seguintes termos (fl. 119):

“Embargos de terceiro. Cerceamento de defesa. Não-ocorrência. Alienação de bens dados em garantia fiduciária. Via eleita inadequada à pretensão do embargante.

Não há cerceamento de defesa quando a decisão entende que a prova depositada em juízo é suficiente para o deslinde da questão e não se demonstra a imprescindibilidade da pretensão não deferida (STJ, REsp. nº 78.637, Rel. Min. José Delgado, DJU 3.6.96).

A lide é restrita nos embargos de terceiro. Versa apenas sobre a inclusão ou exclusão do bem na execução e não direitos que terceiro possa ter sobre a coisa. Assim, o meio processual adequado para obter a anulação de

ato jurídico, por fraude a credor, é a ação pauliana e não a resposta a embargos de terceiros.

Em embargos de terceiro não se anula ato jurídico, por fraude contra credores. (Súmula nº 195 do STJ)."

Opostos embargos infringentes, o respectivo acórdão recebeu a seguinte ementa (fl. 134):

"Embargos de declaração. Omissão e contradição não verificadas. Atribuição de efeito infringente. Carência de elementos permissivos.

Não é possível ao tribunal, em sede de embargos declaratórios, reabrir unilateralmente a discussão da causa, esclarecendo o que não ficou obscuro ou completando o que está completo.

Podem eles ter excepcionalmente caráter infringente, quando utilizados, segundo a doutrina e a jurisprudência, para correção de erro material manifesto, para suprimimento de omissão e extirpação de contradição. Situações inocorrentes na espécie. O julgador não se obriga a responder a todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos. (RJTJESP 115/207)"

Insurge-se o banco recorrente invocando ofensa aos arts. 535 e 1.046 do CPC.

Alega que o tribunal interpretou mal sua pretensão, visto que

pretende proteger sua garantia dos efeitos do seqüestro. Sustenta que a avença havida entre o comprador e vendedor dos bens alienados fiduciariamente ao banco não seria passível de anulação nesta seara como bem afirmou o acórdão, mas o alvo jurídico pretendido pelo banco foi o de proteger sua propriedade resolúvel e sua posse indireta dos efeitos do seqüestro manejado sobre os bens vinculados cedularmente, nos termos dos arts. 57 59 do Decreto-lei 413/69, daí a oposição dos embargos de terceiro, consoante autoriza o art. 1.046 do CPC.

Postula reforma do julgado.

Contra-razões às fls. 154/159.

Houve juízo de admissibilidade negativo (fls. 165/166) tendo o recurso especial ascendido por decisão proferida no agravo de instrumento nº 489.066/SC.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR (Relator):

A questão recursal cinge-se à possibilidade de oposição de embargos de terceiro para

defender bem alienado fiduciariamente, cujo seqüestro foi determinado em ação judicial.

De início, não há que se falar em ofensa ao art. 535 do CPC, porquanto o aresto não se ressent de quaisquer dos vícios elencados na referida norma, havendo tão-somente decisão fundamentada em sentido contrário ao da pretensão reformatória, devendo-se acrescentar que os embargos declaratórios

foram opostos com o exclusivo intuito de rediscussão da lide.

De outro lado, melhor sorte encontra a pretensão quanto ao mérito.

Com efeito, depreende-se dos autos que o recorrente, Banco do Brasil S/A, apresentou embargos de terceiro contra o seqüestro dos bens, máquinas industriais, afirmando que os mesmos estão alienados fiduciariamente, de modo que não pertencem à empresa ré na ação principal, que detém apenas a posse direta, enquanto ao banco é dado o domínio resolúvel e a propriedade dos referidos bens.

A sentença, mantida pelo acórdão recorrido, registrou ser indiscutível que os bens objeto do seqüestro servem de garantia fiduciária ao banco embargante (fls. 85/86).

Ocorre que as instâncias ordinárias apreciaram os embargos de terceiro apenas sob o aspecto de seu cabimento na hipótese, Assim restou consignado na sentença (fls. 86):

“No que diz respeito ao requerimento formulado pelo embargante, para ‘obstaculizar os efeitos que vierem da sentença final com relação aos bens alienados fiduciariamente ao Banco do Brasil S. A.’, não servem os embargos de terceiro para anular ato já efetuado, vez que há procedimento próprio para tal, além do que, não tem tamanha abrangência o poder do processo judicial, quando não aprecia, através do procedimento próprio, para rever situação futura desconhecida,

esta é a previsão legal, em tese, ficando os casos concretos para análise individualizada.

Muito embora reconheça no caso sub judice a afirmação do Embargante, referente a transferência de bens alienados fiduciariamente, não servem os embargos para decidir a questão de uma venda já realizada, ou mesmo para dar efeito a situação futura desconhecida, quando presente mais de uma hipótese para o deslinde do feito.”

No entanto, esta Corte Superior já firmou seu posicionamento no sentido de que é possível a oposição de embargos de terceiro para a defesa de bens alienados fiduciariamente que sofrem constrições judiciais. Neste sentido:

“EXECUÇÃO FISCAL - EMBARGOS DE TERCEIRO – BEM ALIENADO FIDUCIARIAMENTE - EXCLUSÃO DA PENHORA - SUMULA TFR-242 - PRECEDENTES.

1. NÃO SENDO PROPRIEDADE DO DEVEDOR MAS, SIM, DO CREDOR FIDUCIÁRIO, OS BENS A ESTE ALIENADOS NÃO PODEM SER OBJETO DE PENHORA PELO EXEQUENTE DE CRÉDITO FISCAL.

2. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STF E STJ.” (Resp 11.649/SP, Rel. Min. PEÇANHA MARTINS, DJ 04/10/1993 p. 20537)

“PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO - BEM ALIENADO FIDUCIARIAMENTE – PENHORA - IMPOSSIBILIDADE - PROPRIEDADE DO

CREDOR FIDUCIÁRIO - EMBARGOS DE TERCEIRO - LEGITIMIDADE ATIVA DO DEVEDOR-EXECUTADO – EXPRESSA PREVISÃO LEGAL.

1. “A alienação fiduciária em garantia expressa negócio jurídico em que o adquirente de um bem móvel transfere - sob condição resolutiva - ao credor que financia a dívida, o domínio do bem adquirido. Permanece, apenas, com a posse direta. Em ocorrendo inadimplência do financiado, consolida-se a propriedade resolúvel” (REsp 47.047-1/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros).

2. O bem objeto de alienação fiduciária, que passa a pertencer à esfera patrimonial do credor fiduciário, não pode ser objeto de penhora no processo de execução, porquanto o domínio da coisa já não pertence ao executado, mas a um terceiro, alheio à relação jurídica.

3. Por força da expressa previsão do art. 1.046, § 2º, do CPC, é possível a equiparação a terceiro, do devedor que figura no pólo passivo da execução, quando este defende bens que pelo título de sua aquisição ou pela qualidade em que os possuiu, não podem ser atingidos pela penhora, como é o caso daqueles alienados fiduciariamente.

4. Recurso especial não provido.” (REsp 916.782/MG, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe 21/10/2008)

“AGRAVO REGIMENTAL. DIREITO COMERCIAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. NÃO-ANOTAÇÃO NO CERTIFICA-

DO DE REGISTRO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. BOA-FÉ. INOPONIBILIDADE. SÚMULA Nº 92/STJ.

1. Recurso especial oposto contra acórdão que, com base na Súmula nº 92/STJ, asseverou que ‘o bem alienado fiduciariamente, de propriedade do credor fiduciário, pode por este ser reivindicado em embargos de terceiro, desde que o contrato de alienação fiduciária, no caso de veículo automotor, conste do registro do Departamento Nacional de Trânsito’.

2. Estabelece a Súmula nº 92 desta Corte Superior: ‘A terceiro de boa-fé não é oponível a alienação fiduciária não anotada no Certificado de Registro do veículo automotor’.

3. Agravo regimental improvido.”

(AgRg no Resp 642.357/RN, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ 11/04/2005 p. 189)

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS DE TERCEIRO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. BEM ALIENADO FIDUCIARIAMENTE. IMPOSSIBILIDADE. PROPRIEDADE. CREDOR FIDUCIÁRIO.

Nega-se provimento a agravo regimental, em face das razões que sustentam a decisão agravada, sendo certo que, em face da jurisprudência desta Corte, é incabível a penhora do bem alienado fiduciariamente, por este ser de propriedade do credor fiduciário.”

(AgRg no Ag 460.285/SP, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJ 05/05/2003 p. 229)

“PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE TERCEIRO - DOCUMENTO INDISPENSÁVEL AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO - EXEQUENTE QUE TEM CIÊNCIA PRÉVIA DO GRAVAME SOBRE O BEM.

1. Penhorado bem com garantia fiduciária, é lícito ao real proprietário embargar a execução como terceiro, para salvar o bem do seu domínio.
2. Com a prova do gravame é dispensável a instrução e o saneador.
3. Recurso especial improvido.”
(REsp 382.688/PR, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ 19/08/2002 p. 159)

Ora, se é possível ao credor fiduciário defender seus bens de penhora, ato construtivo que visa à alienação do bem, com igual propriedade, ser-lhe-á possível utilizar-se do mesmo instrumento processual para afastar o seqüestro do bem.

Ademais, outra não é a interpretação que se retira da letra do art. 1.046 do CPC, que assim dispõe:

“Art. 1.046. Quem, não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, seqüestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer lhe sejam mantidos ou restituídos por meio de embargos.

§ 1º Os embargos podem ser de terceiro senhor e possuidor, ou apenas possuidor.

§ 2º Equipara-se a terceiro a parte que, posto figure no processo, defende bens que, pelo título de sua aquisição ou pela qualidade em que os possui, não podem ser atingidos pela apreensão judicial.

§ 3º Considera-se também terceiro o cônjuge quando defende a posse de bens dotais, próprios, reservados ou de sua meação.”

Da leitura do supratranscrito dispositivo tem-se que é expressamente prevista a utilização do referido instrumento processual nas hipóteses de seqüestro. E independe a natureza da posse, consoante já sedimentado nesta Corte. Confira-se:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. OFENSA À SÚMULA. EMBARGOS DE TERCEIRO. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA NÃO REGISTRADO. POSSE INDIRETA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 84/STJ.

- Ofensa à Súmula de Tribunal não autoriza interposição de recurso especial arrimado na alínea “a” do permissivo constitucional.

- Inúmeros precedentes afirmam ser possível o oferecimento de embargos de terceiro com base em posse indireta. O artigo 1.046 do Código de Processo Civil não exclui a possibilidade do credor de bem dado em garantia, com posse indireta, pela tradição ficta, como convencionado no termo próprio, ajuizar embargos de terceiro.

- Nessa linha de precedentes, é admissível, inclusive, a oposição

de embargos de terceiro fundados em alegação de posse indireta advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro. Eventual má-fé, quando constatada, deverá ser adequadamente combatida pelo Poder Judiciário, o que não ocorre na hipótese sob exame.

Recurso especial provido.”

(REsp 908.137/RS, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJe 17/11/2009)

“Embargos de terceiro. Dação em garantia. Prequestionamento.

1. O artigo 1.046 do Código de Processo Civil não exclui a possibilidade do credor de bem dado em garantia, com posse indireta, pela tradição ficta, como convencionado no termo próprio, ajuizar embargos de terceiro.

2. Recurso especial conhecido e provido.”

(REsp 421.996/SP, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DI REITO, DJ 24/02/2003 p. 227)

Verifica-se, pois, que assiste razão ao recorrente no que toca à violação do art. 1.046 do CPC, eis que perfeitamente possível ao credor fiduciário a oposição de embargos de terceiro para proteger seus bens de gravames judiciais.

Ante o exposto, conheço do recurso especial e lhe dou provimento para julgar procedentes os embargos de terceiro opostos pelo Banco do Brasil S/A e afastar da constrição os bens de sua propriedade. Custas e honorários pela embargada, estes fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais).

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão e Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Brasília, 04 de maio de 2010.

Teresa Helena da Rocha Basevi,
Secretária.

Superior Tribunal de Justiça

Embargos à execução. Depósito judicial. Levantamento. Juros moratórios indevidos.

EMENTA OFICIAL

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - RECURSO ESPECIAL - FGTS - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - DEPÓSITO JUDICIAL - LEVANTAMENTO - JUROS MORATÓRIOS INDEVIDOS.

1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que não deve incidir juros moratórios se depositado o valor do débito em conta judicial.

2. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça “A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília-DF, 16 de junho de 2009 (Data do Julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Relatora.

REsp 1.097.892 – PR. DJe 29/06/2009.

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON: Trata-se de recurso especial interposto com fundamento na alínea “c” do permissivo constitucional contra acórdão do Tribunal Regional da 4ª Região assim ementado (fl. 313):

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. FGTS. DEPÓSITO JUDICIAL. GARANTIA DO JUÍZO. CONTRA GARANTIA DE EMBARGOS. INCIDÊNCIA DE JUROS MORATÓRIOS ATÉ O EFETIVO PAGAMENTO.

1. Restou pacificado na 2ª Seção deste Tribunal o entendimento de que o depósito judicial efetivado com o intuito de garantir o juízo para fins de oferecimento de embargos à execução não tem o condão de elidir a mora. Precedentes.

2. O depósito judicial em conta “Garantia de Embargos” não interrompe a mora, uma vez que este depósito revela a mera intenção de embargar e não de pagar. Assim, este depósito não se presta como efetivo pagamento, devendo incidir os moratórios até a efetivação do direito do credor de perceber os valores executados.

Alega a recorrente dissídio jurisprudencial com julgado desta Corte (AgRg nos EDcl no AI 405.154/RS), defendendo, em síntese, que a o acórdão recorrido negou vigência ao art. 334 do CC/02, sustentando, em síntese, que a partir do depósito do valor devido em estabelecimento bancário, vinculado ou não ao juízo, considera-se cumprida a obrigação, por isso não devem correr contra o devedor quaisquer ônus de mora e mesmo os encargos contratuais ou legais incidentes, uma vez que o depósito judicial possui remuneração própria, fixada em lei.

Aduz que o depósito judicial é feito em conta vinculada, com rendimentos (juros e correção monetária) que serão revertidos em favor do vencedor da causa. Logo, não há motivo que dê ensejo à cobrança de correção monetária e juros adicionais.

Requer, assim, a reforma do acórdão recorrido, para que seja restabelecida a decisão de 1º grau que julgou extinta a execução.

Apresentadas as contra-razões (fls. 339/343), subiram os autos admitido o especial na origem.

É o relatório.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON (Relatora): Na origem, tem-se ação ordinária em fase de execução/cumprimento de sentença, objetivando a condenação da CEF ao ressarcimento das diferenças de remuneração de saldo de conta vinculada do FGTS decorrentes de aplicação da taxa pro-

gressiva de juros prevista no art. 4º da Lei 5.107/66.

Ao final, a sentença declarou satisfeita a obrigação da CEF, julgando extinta a execução, com supedâneo no art. 794, I, do CPC.

Em sede de apelação, o apelante, ora recorrido, pugna pelo normal prosseguimento da execução até que seja integralmente satisfeito o seu crédito definido em sentença, com o pagamento dos juros moratórios devidos desde a data do depósito de garantia da execução até a data do efetivo pagamento.

O Tribunal de origem assim decidiu a questão (fls. 310/311):

Assiste razão ao apelante.

Com efeito, restou pacificado na 2ª Seção deste Tribunal o entendimento de que o depósito judicial efetivado com o intuito de garantir o juízo para fins de oferecimento de embargos à execução não tem o condão de elidir a mora.

(...)

Dessa forma, conclui-se que o depósito judicial em conta “Garantia de Embargos” não interrompe a mora, uma vez que este depósito revela a mera intenção de embargar e não de pagar. Assim, este depósito não se presta como efetivo pagamento, devendo incidir os moratórios até a efetivação do direito do credor de perceber os valores executados.

Ante o exposto, voto por dar provimento à apelação, nos termos da fundamentação.

Constato, entretanto, que merece acolhida a pretensão da recor-

rente, uma vez que o posicionamento adotado pelo Tribunal a quo se encontra em dissonância com o adotado por esta Corte.

Nesse sentido, colaciono os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. GARANTIA DO JUÍZO. VALOR DEPOSITADO. LEVANTAMENTO. ACRÉSCIMO DE JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. PARTE DEVEDORA. JUROS MORATÓRIOS INDEVIDOS.

1. O depósito integral para garantia do juízo, com vista à interposição de embargos à execução, afasta a incidência de juros moratórios a partir da efetivação do depósito.

2. Não seria razoável exigir-se da recorrente os juros moratórios depois de efetivado o depósito judicial, sob pena de incorrer-se em *bis in idem*, eis que os valores levantados pelo autor, vencedor da lide, estarão acrescidos de juros e correção monetária pagos pela instituição bancária em que se efetivar o depósito. Precedentes.

3. Recurso especial provido. (REsp 1107447/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/04/2009, DJe 04/05/2009)

TRIBUTÁRIO. FGTS. CORREÇÃO MONETÁRIA. DEPÓSITO JUDICIAL. JUROS. ART. 151, INCISO II, DO CTN.

1. Os depósitos judiciais vencem, em favor da parte vitoriosa a correção monetária e os juros referentes às contas correntes com rendimentos, como sói ocorrer com os valores custodiados judicialmente.

2. Precedentes: AgRg no REsp 531887/MG, DJ 05.09.2005; EDcl no REsp 392879/RS, DJ 17.03.2003.

3. A doutrina do tema, obstando o *bis in idem* é uníssona em assentar que a mora não prospera porque o depósito integral do crédito elide a aplicação dos juros pela demora de pagar, bem como das penalidades dirigidas a sancionar o inadimplemento da obrigação tributária na data fixada em lei." (Sacha Calmon Navarro Coêlho. Curso de Direito Tributário Brasileiro. 9a ed. Editora Forense. p. 785).

4. In casu, tendo a CEF depositado integralmente o montante do débito, enquanto discutia judicialmente a cobrança da diferença de expurgos, e havendo, ao final, levantamento dos valores pelo autor, vencedor da lide, descabe a incidência de juros moratórios, devido a inexistência de inadimplência.

5. Recurso especial provido. (REsp 853552/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/08/2007, DJ 24/09/2007 p. 257)

Direito Civil e Processual Civil. Recurso especial.

Descaracterização da mora do devedor. Necessidade da presença de requisitos objetivos. Precedentes. Embargos à execução. Dívida garantida.

I. A jurisprudência desta Corte evoluiu para entender que o afastamento da mora debendi requer: a contestação da existência total ou parcial do débito; a demonstração da plausibilidade jurídica da irresignação

do devedor; e o depósito da parte incontroversa ou a garantia da dívida por caução idônea (REsp 527.618-RS, rel. Min. César Asfor Rocha, DJ de 24-11-2003 e REsp 607961-RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, julgado pela Segunda Seção desta Corte em 09/03/2005).

II. No caso dos autos, por terem sido opostos embargos à execução, a dívida está garantida, não sendo cabível, portanto, a incidência dos efeitos da mora.

III. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg nos EDcl no Ag 405154/RS, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/05/2005, DJ 20/06/2005 p. 265)

Desse modo, ao decidir que os valores depositados em garantia do juízo deverão ser corrigidos e acrescidos de juros até a data do efetivo levantamento pelo credor, o acórdão recorrido desconsiderou totalmente a natureza diversa do depósito judicial. Entendo, assim,

que essa exigência poderia acarretar em *bis in idem*, na medida em que o depósito judicial é feito em conta vinculada, com rendimentos (juros e correção monetária) que serão revertidos em favor do vencedor da causa.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso especial
É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

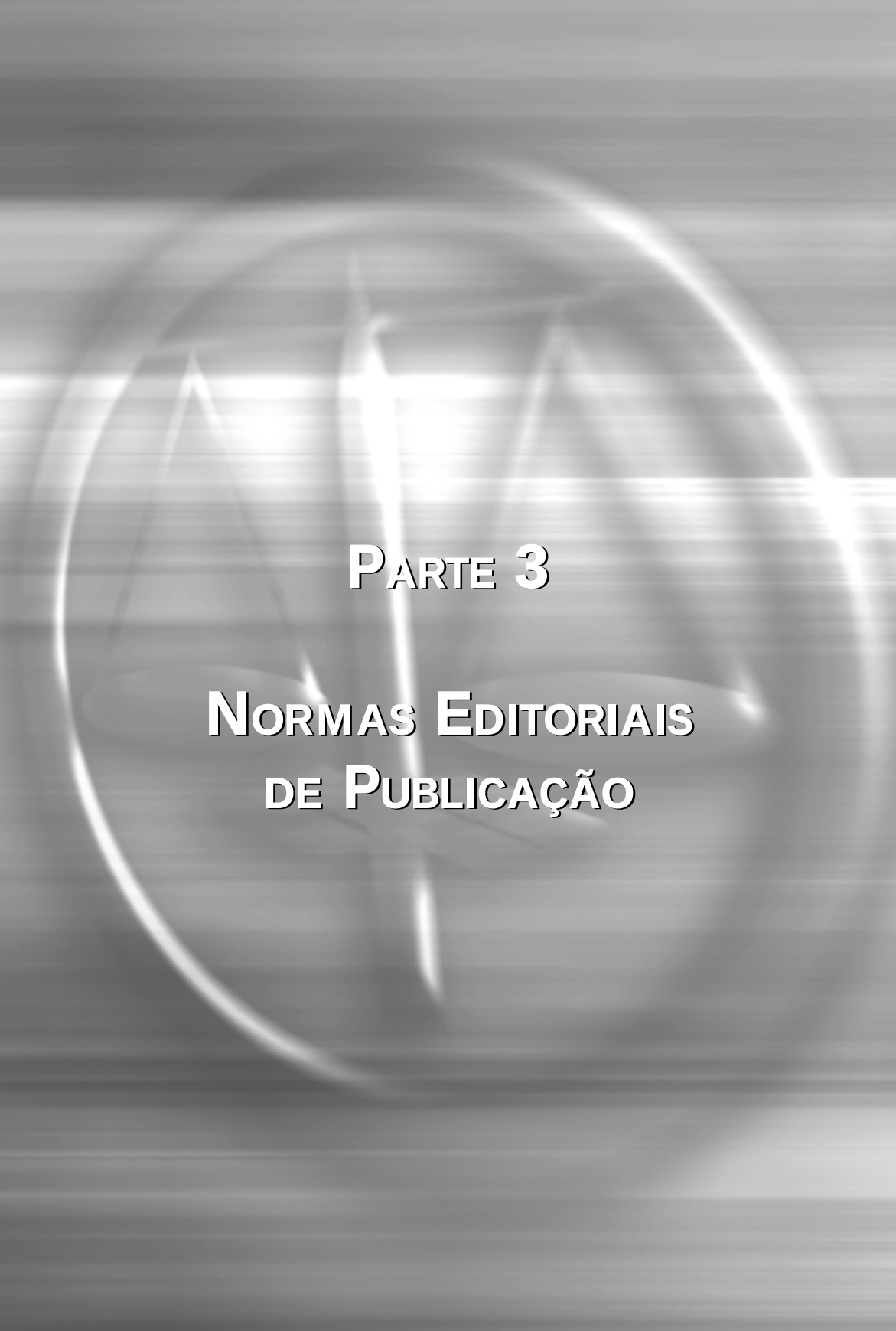
Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 16 de junho de 2009.

Valéria Alvim Dusi, Secretária.



PARTE 3

NORMAS EDITORIAIS DE PUBLICAÇÃO

Normas Editoriais de Publicação

I - INFORMAÇÕES GERAIS

A Revista de Direito da ADVOCEF é uma publicação científica periódica da Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal. Publica artigos originais referentes à atuação profissional do advogado, à pesquisa, ao ensino ou à reflexão crítica sobre a produção de conhecimento na área do Direito.

Sua missão principal é contribuir para a formação profissional e acadêmica do advogado da Caixa e demais Operadores do Direito, bem como socializar o conhecimento técnico e científico produzido por aqueles que pesquisam e/ou atuam em todos os campos do conhecimento jurídico.

II – LINHA EDITORIAL

Os textos remetidos para publicação devem ser preferencialmente inéditos e abranger assuntos pertinentes ao Direito. Os trabalhos serão avaliados por um Conselho Editorial, o qual decidirá pela publicação ou não do material enviado, com base em critérios científicos, interesse institucional ou técnico e, ainda, atualidade de seu conteúdo.

Eventual adequação do conteúdo ao formato eletrônico poderá ser proposta, sem prejuízo da informação. Pequenas modificações no texto poderão ser feitas pelo Conselho Editorial, mas as modificações substanciais serão solicitadas aos autores. Será permitida a reprodução parcial dos artigos, desde que citada a fonte.

Ao remeter o texto para publicação, o Autor cede à ADVOCEF o direito de fazer uso do material enviado na Revista de Direito, no encarte “Juris Tantum” do Boletim Informativo Mensal e/ou em seu site na internet, a critério da associação.

A publicação em qualquer veículo de comunicação da Advocef não é remunerada e o conteúdo é de responsabilidade do autor. Os originais, publicados ou não, não serão devolvidos.

III – TIPOS DE TEXTO

1. Artigos doutrinários – análise de temas e questões fundamentadas teoricamente, levando ao questionamento de modos de pensar e atuar existentes e a novas elaborações na área jurídica;

2. Relatos de experiência profissional e estudos de caso – relatos de experiência profissional ou estudos de caso de interesse para as diferentes áreas de atuação do advogado;

3. Comunicações – relatos breves de pesquisas ou trabalhos apresentados em reuniões científicas/eventos culturais;

IV - APRESENTAÇÃO DOS TRABALHOS

O texto, de até 30 laudas, deve ser enviado por e-mail à ADVOCEF, no formato Word, redigido em fonte Times New Roman, tamanho 12, com espaçamento entre linhas de 1,5 cm e margens de 2 cm (eventualmente, o conselho editorial poderá aprovar textos acima de 30 laudas, caso entenda ser de interesse da Revista a publicação na íntegra do material enviado).

O autor deve ainda enviar à ADVOCEF, por correio ou malote, devidamente preenchido e assinado, um termo de cessão de direitos autorais, elaborado a partir de formulário padrão disponibilizado em <http://www.advocef.org.br/_arquivos/40_1047_termocessao.doc>.

O arquivo do trabalho deve conter:

1. Folha de rosto com o nome do(s) autor(es) e: a) título em português; b) nome de cada autor, seguido da afiliação institucional e titulação acadêmica; c) endereço eletrônico para envio de correspondência.

2. Resumo em português – com no máximo 150 palavras e acompanhado de quatro palavras-chave. Palavras-chave são vocábulos representativos do conteúdo do documento que devem ser separados entre si por ponto e finalizados também por ponto.

2.1 Sumário indicando as principais partes ou seções do artigo.

2.2 Resumo bilíngue – Título, resumo e palavras-chave devem ser traduzidos para outro idioma, acompanhando os originais em português.

3. Notas de rodapé – As notas não bibliográficas devem ser reduzidas a um mínimo, ordenadas por algarismos arábicos e colocadas no rodapé da página, não podendo ser muito extensas.

4. As citações de autores devem ser feitas da seguinte forma:

a) Por meio do último sobrenome do autor, com apenas a primeira letra maiúscula, seguido, entre parênteses, do ano de publicação do trabalho e, para citações diretas, do número da página.

Quando o sobrenome do autor vier entre parênteses, deve ser escrito todo em letra maiúscula.

b) As obras e fontes citadas devem constar, obrigatoriamente, nas referências.

c) As citações diretas com mais de três linhas são consideradas citações longas e são transcritas em parágrafo distinto, começando a 4 cm da margem esquerda, sem deslocamento da primeira linha. O texto é apresentado sem aspas e transcrito com espaçamento entre linhas simples e fonte tamanho 10, devendo ser deixada uma linha em branco entre a citação e os parágrafos anterior e posterior.

5. Referências – Deve-se utilizar a norma ABNT 6023. Exemplos:

a) Livros: DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

b) Capítulo de livro: Autor(es) (ponto). Título do capítulo (ponto). In: referência completa do livro seguida pela paginação inicial e final do capítulo (p. XX-XX) ou pelo número dele (cap. X).

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

c) Artigo em periódico científico: Autor (ponto). Título do artigo (ponto). Nome da revista ou periódico em negrito (vírgula), local de publicação (vírgula), volume e/ou ano (vírgula), fascículo ou número (vírgula), paginação inicial e final (vírgula), data ou intervalo de publicação (ponto).

Exemplo: DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. Os povos indígenas brasileiros e os direitos de propriedade intelectual. **Hiléia**: Revista de Direito Ambiental da Amazônia, Manaus, v. 1, n. 1, p. 85-120, ago./dez. 2003

d) Documentos consultados na internet: além dos elementos indicados em a, b e c, deve-se informar o endereço eletrônico completo inserido dentro de < > (que remeta diretamente à fonte consultada, e não apenas à página inicial do site) e precedido de "Disponível em:". Informa-se também a data de acesso, precedida da expressão "Acesso em:" (o horário de acesso é opcional).

Exemplo: 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, n. 1498, ago. 2007. Não paginado. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10253>>. Acesso em: 6 nov. 2007.

V - ANÁLISE DOS TRABALHOS

A análise dos trabalhos recebidos para publicação respeitará o seguinte fluxo:

1. Análise pelos membros do Conselho Editorial;
2. Resposta ao autor, informando se o texto foi aceito (com ou sem ressalvas) ou não;
3. Remessa para a composição e diagramação;
4. Publicação.

VI - ENDEREÇO PARA REMESSA DOS TRABALHOS

Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal – ADVOCEF

Brasília/DF:

SBS, Quadra 2, Bloco Q, Lote 3, Sala 1410 - Ed. João Carlos Saad
Fone (61) 3224-3020

E-mail: revista@advocef.org.br

****O envio eletrônico do documento pelo e-mail pessoal do autor substitui a assinatura física da carta de encaminhamento.**