

Revista de Direito da ADVOCEF

*Associação Nacional dos Advogados
da Caixa Econômica Federal*



ADVOCEF

Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal

SBS, Quadra 2, Bloco Q, Lote 3, Sala 1410, Edifício João Carlos Saad, CEP 70070-120, Fones (61) 3224-3020 e 0800-6013020

www.advocef.org.br

revista@advocef.org.br

Revista de Direito da ADVOCEF. Porto Alegre, ADVOCEF, v.1, n.12, 2011

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: 2.200 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 e Relacionamento Institucional

Júlio Vitor Greve (Brasília)

Diretor de Comunicação, Relacionamento Interno e Eventos

Roberto Maia (Porto Alegre)

Diretor de Honorários Advocatícios

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)

Diretora 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.

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.

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.

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

Alfredo Ambrósio Neto (Goiânia)

Davi Duarte (Porto Alegre)

Elton Nobre de Oliveira (Rio de Janeiro)

Juliana Varella Barca de Miranda Porto (Brasília)

Renato Luiz Harmi Hino (Curitiba)

Membros Suplentes

Antônio Xavier de Moraes Primo (Recife)

Fábio Romero de Souza Rangel (João Pessoa)

Jayme de Azevedo Lima (Curitiba)

CONSELHO FISCAL

Membros Efetivos

Adonias Melo de Cordeiro (Fortaleza)

Daniele Cristina Alaniz Macedo (São Paulo)

Rogério Rubim de Miranda Magalhães (Belo Horizonte)

Membro Suplente

Melissa Santos Pinheiro Vassoler Silva (Porto Velho)

■ SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 7

MENSAGEM 9

PARTE 1 – ARTIGOS

Os limites da negociação coletiva no Direito do Trabalho
Rayner d’Almeida Rodrigues 13

A (im)penhorabilidade do salário
Gryecos Attom Valente Loureiro 23

Fundamentos da imunidade tributária recíproca e sua aplicação às empresas públicas federais – posicionamento do Supremo Tribunal Federal
Lenymara Carvalho 57

Os Termos de Ajustamento de Conduta firmados pelo Ministério Público como um instrumento eficaz na tutela do meio ambiente
Aldo Lins e Silva Pires 75

Ativismo judicial: efetivação de normas constitucionais ou ameaça ao princípio da separação dos Poderes?
Lucas Ventura Carvalho Dias..... 109

O controle judicial do princípio da eficiência administrativa
Rogério Spanhe da Silva 149

A dimensão da verdade na ciência do direito: um diálogo pós-moderno entre a metodologia da pesquisa jurídica e a hermenêutica filosófica
Ciro de Lopes e Barbuda 183

A influência dos preconceitos no processo de interpretação e aplicação da norma jurídica
*Vinicius Cardona Franca e
Nadialice Francischini de Souza* 219

PARTE 2 – JURISPRUDÊNCIA

Tribunal Superior do Trabalho

Recurso ordinário em ação rescisória. Irregularidade na citação. Cerceamento de defesa. Princípios constitucionais..... 237

Superior Tribunal de Justiça

Informações processuais via internet. Caráter oficial. Lei n. 11.419/2006. Prestígio à eficácia e confiabilidade das informações prestadas pela internet. Erro ou falha do sistema. Justa causa identificável. Conjuntura legislativa e jurisprudencial. Melhoria da prestação jurisdicional. Art. 5º, Inciso LVXXII, da Constituição 243

Superior Tribunal de Justiça

Penal. Advogado. Exercício profissional. Defesa da classe. Trancamento da ação penal 251

Superior Tribunal de Justiça

SFH. Recurso Repetitivo. Prévio reajuste e posterior amortização. Legalidade 259

Superior Tribunal de Justiça

Determinação judicial de bloqueio de saldo bancário. Cumprimento parcial. Penhora. Illegalidade. Banco como terceiro estranho à lide 269

Superior Tribunal de Justiça

Bem de família. Oferecimento em garantia hipotecária. Benefício da entidade familiar. Renúncia à impenhorabilidade 275

Superior Tribunal de Justiça

Ação de conhecimento. Fase instrutória. Caderneta de poupança. Exibição incidental de extratos. Multa. Descabimento 281

PARTE 3 – NORMAS EDITORIAIS DE PUBLICAÇÃO 289

APRESENTAÇÃO

A primeira edição da Revista de Direito da ADVOCEF, lançada em agosto de 2005, foi a concretização de um sonho dos advogados da Caixa e de sua entidade associativa.

O projeto está sendo fortalecido a cada periódico lançado, permitindo, dessa forma, que o diálogo jurídico seja realizado de forma consciente e amplificada.

Nesse espírito democrático, e passados seis anos do primeiro número, registramos com orgulho o lançamento desta 12^a Revista de Direito.

A edição que ora entregamos à análise de um largo e selecionado público leitor reflete o amadurecimento de sua linha editorial, que prestigia a diversidade temática, trazendo artigos científicos escritos por profissionais da área jurídica das mais variadas formações e exercentes da advocacia pública em todas as regiões de nosso país.

Este volume traz assuntos que irão despertar o interesse dos leitores, abordando desde temas de fundo doutrinário puro até uma extensa e diversificada coletânea de trabalhos de cunho prático e de aplicação atual a muitos Operadores do Direito.

Registrarmos nossos agradecimentos a todos os colaboradores da publicação, desejando que esta edição contribua para o conhecimento, a reflexão e a dialética jurídica de todos os leitores.

Conselho editorial da Revista de Direito da ADVOCEF

MENSAGEM

O momento vivenciado pela ADVOCEF é festivo e merece o nosso olhar mais reflexivo.

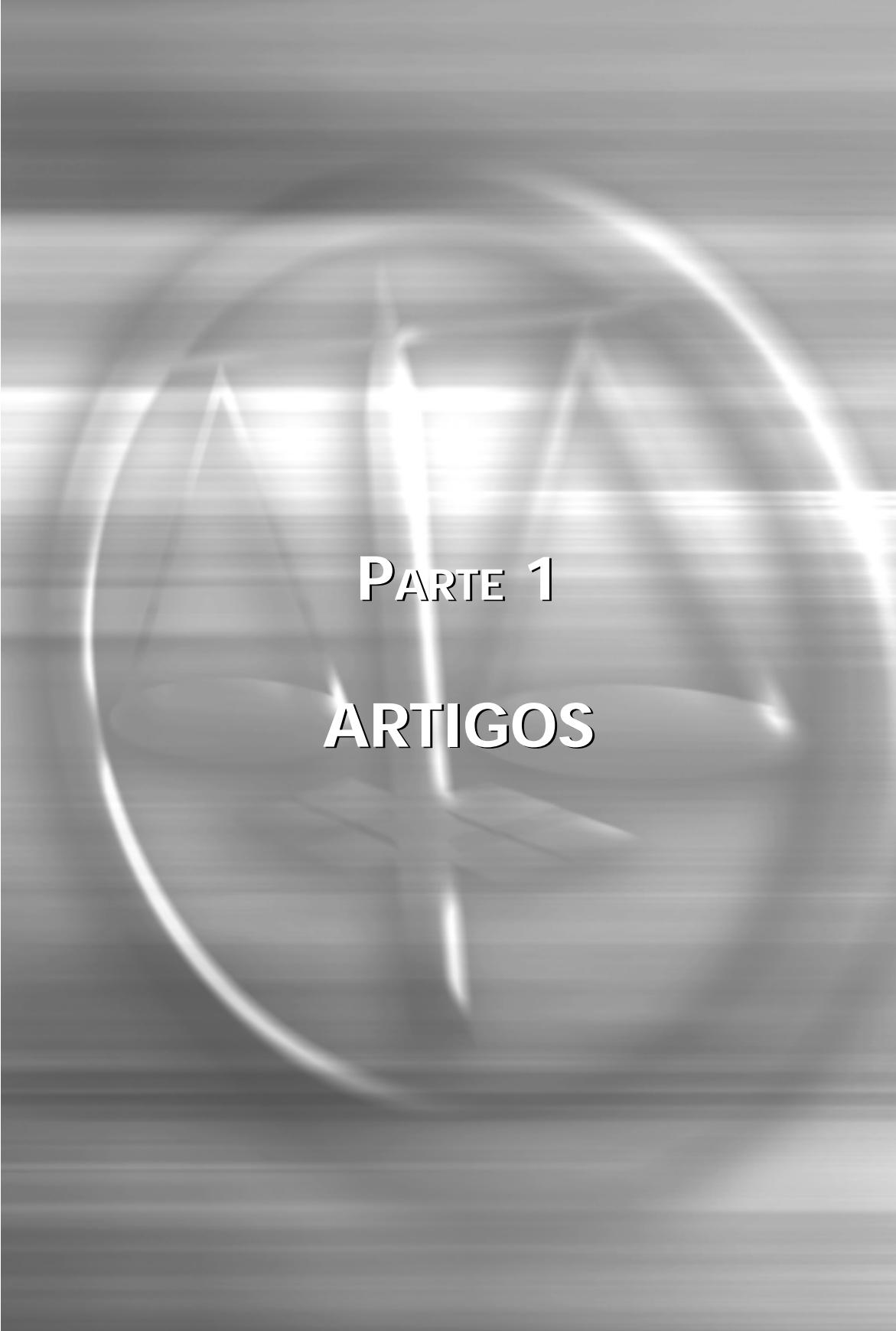
A Revista de Direito da ADVOCEF apresenta aos leitores o seu 12º volume, com a qualidade que lhe é peculiar e o reconhecimento de significativa parcela da comunidade jurídica. A distribuição gratuita para muitas Universidades, bem como aos integrantes do Poder Judiciário, Tribunais Superiores e muitas instituições de ensino, garante a repercussão positiva e institucional para toda a categoria.

A Caixa Econômica Federal comemora em 2011 seus 150 anos de conquistas detendo, atualmente, a qualidade de principal agente das políticas públicas do Brasil, acumulando um número cada vez maior de desafios e consolidando-se como patrimônio indisponível do povo brasileiro.

Os advogados da Caixa, nessa mesma senda, atuam em questões cruciais para as políticas estatais, a exemplo do Programa Minha Casa Minha Vida, na análise dos contratos relativos ao PAC, na defesa do Sistema Financeiro da Habitação e do FGTS, dentre outros assuntos e matérias que transformam significativamente a vida dos brasileiros.

O reconhecimento do trabalho desempenhado por todos os advogados e advogadas da Caixa Econômica Federal ganhou corpo, recentemente, com a nomeação do associado Antonio Carlos Ferreira como Ministro do Superior Tribunal de Justiça, ocupando uma das vagas destinadas à Advocacia no Quinto Constitucional, o que constitui motivo de orgulho para toda a categoria.

Eis o bom exemplo do quanto, juntos, somos capazes de realizar.



A grayscale abstract background featuring a central vertical axis of light. From this axis, several bright, radial streaks of light extend outwards towards the edges. These streaks are more concentrated on the left side and fan out on the right. The background is a dark gray gradient, creating a sense of depth and motion.

PARTE 1

ARTIGOS

Os limites da negociação coletiva no Direito do Trabalho

Rayner d'Almeida Rodrigues

Advogado da CAIXA em Minas Gerais

Pós-graduando em Direito do Trabalho e Direito

Processual do Trabalho pela Universidade

de Santa Cruz do Sul

RESUMO

O presente trabalho, na forma de revisão bibliográfica, tem como objetivo apresentar critérios para os limites de negociação coletiva, de forma a se tornar um instrumento útil para as empresas que pretendem evitar a formação de passivos ocultos trabalhistas. Traz um esboço histórico sobre a origem da negociação coletiva, as formas de negociação nos diversos países, sua classificação quanto à liberdade das partes negociantes, uma apresentação de Direito Comparado com as formas de negociação nos Estados Unidos da América e as diversas correntes que regulam a possibilidade de redução de direitos trabalhistas pela via negocial, bem como suas restrições.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Negociação coletiva. Limites.

ABSTRACT

This work, in the form of literature review, aims to present criteria for the limits of collective bargaining in order to become a useful tool for companies seeking to avoid the formation of hidden liabilities labor. It brings a historical sketch of the origin of collective bargaining, the forms of negotiation in different countries, their order on the freedom of negotiating parties, a presentation of law compared with the forms of negotiation in the United States of America and the different currents that regulate possibility of reducing workers' rights through negotiations, as well as its restrictions.

Keywords: Labor Law. Collective Bargaining. Limits.

Introdução

Atualmente, as empresas passam por dificuldades no momento de se proceder a uma negociação coletiva, em razão da insegurança jurídica decorrente da possibilidade de anulação judicial de cláusulas de convenção ou acordo coletivo do trabalho.

Isso decorre da intervenção do Estado nas relações de trabalho, prática comum no Brasil, porém rara no Direito estrangeiro. Se, por um lado, a atuação do Estado traz uma pseudoproteção ao trabalhador, há também uma certa resistência às negociações, diante da fragilidade jurídica de seus efeitos.

Diante do exposto, o objetivo do presente trabalho é apresentar os limites da negociação coletiva e suas limitações legais e constitucionais, bem como realizar uma comparação entre o direito coletivo do trabalho no Direito estrangeiro para, ao final, estabelecer os critérios objetivos para redução de direitos trabalhistas mediante pacto coletivo.

1 Histórico e definição da negociação coletiva

A negociação coletiva é assim conceituada por Lopes (2000):

É o processo de autocomposição de interesses específicos dos atores sociais, em que os legítimos representantes dos trabalhadores e empregadores buscam entendimento para concluir contratos coletivos, convenções coletivas ou acordos coletivos, nos quais são fixadas condições de trabalho que têm aplicação cogente sobre os contratos individuais, bem como condições que obrigarão os próprios signatários do instrumento.

A origem da negociação coletiva remonta aos movimentos operários ocorridos no final do século XIX e início do século XX (BARBOSA, 2006, p. 63), época do auge da revolução industrial e afloramento do capitalismo, em que surgiram os movimentos por melhores salários e condições de trabalho, culminando na necessidade de entendimentos entre empregados e empregadores.

Trata-se, portanto, de uma criação histórica que, posteriormente, passou a ser reconhecida pelo Estado, já que os primeiros acordos coletivos de trabalho sequer possuíam validade jurídica. Destaca-se que “os primeiros países a regulamentarem legalmente as convenções coletivas foram a Holanda (1919) e a Suíça (1921)” (OLIVEIRA, 1996 *apud* BARBOSA, 2006, p. 63).

Com efeito, a negociação coletiva estabeleceu-se como única forma de regulamentar a relação de trabalho com o dinamismo necessário para esta atividade, já que a atividade estatal legislativa jamais se desenvolveu com a velocidade desejada para acompanhar as relações sociais.

Nesse contexto, a forma estatal de reconhecimento das negociações coletivas foi estabelecida de diferentes formas, de acordo com o *caráter originário do capitalismo* ou do *grau de liberdade democrática* adotado pelo Estado. Surgiram, conforme classifica-

ção de Delgado (2008), os modelos da *Normatização Autônoma Privatística, Normatização Privatística Subordinada e Juristrabalhista Autoritário*.

Nos países de capitalismo originário, assim entendidos como aqueles onde se iniciou o processo de adoção do sistema capitalista hoje existente, predominou o sistema da *Normatização Autônoma Privatística*. Nesse sistema, o conflito e a negociação são conduzidos exclusivamente entre as partes litigantes, sem qualquer interferência estatal. É o modelo vigente na Inglaterra e nos Estados Unidos da América.

Nos países de capitalismo não originário, porém com liberdade democrática, estabeleceu-se o modelo da *Normatização Privatística Subordinada*. Nesse sistema, o conflito, bem como a sua solução, por meio de negociação coletiva, “faz-se mediante uma dinâmica em que o peso básico é conferido pelos particulares, mas segundo um processo heteronomamente conduzido pelo Estado” (DELGADO, 2008, p. 1374).

Nos países de regime autoritário, estabeleceu-se o *Modelo Juristrabalhista Autoritário*, no qual a noção de conflito é repudiada pelo Estado, que se estabelece como único ente regulamentador das normas trabalhistas.

À exceção deste último modelo, os demais foram aplicados pelo Estado como forma de estimular a negociação coletiva como principal forma de entendimento entre empregadores e empregados na construção das normas trabalhistas, vindo a complementar a atividade legislativa ou até mesmo a servir como base às futuras leis, ocasião em que os entendimentos coletivos são estendidos, de forma cogente, a todas as relações trabalhistas no âmbito nacional.

Atualmente, sem dúvida, a negociação coletiva é amplamente reconhecida pela sua importância na solução dos conflitos trabalhistas, tanto que, ao tempo em que passou a ser estimulada pela Organização Internacional do Trabalho, desaconselhou-se a participação do Estado no seu âmbito de atuação.

2 A negociação coletiva no Direito Comparado: Brasil x EUA

Conforme já discorrido, os Estados Unidos da América adotaram o sistema da *Normatização Autônoma Privatística*, no qual o processo de negociação coletiva é conduzido exclusivamente pelas partes, com pouca ou nenhuma intervenção estatal.

Keith S. Rosean, diretor do programa *Foreign Graduate Law*, da Faculdade de Direito da Universidade de Miami, explica a negociação estadunidense da seguinte forma:

Normalmente o governo fica fora da negociação. Só quando há um interesse público, vamos dizer uma ameaça de greve em todas as companhias de aviação, então o governo tem a habilidade de interferir, fazendo propostas de mediação num período de 60 dias, para evitar a greve e dar mais tempo para o processo convencional chegar a um acordo. Se não chegar ao acordo através de mediação, o que é muito comum é ir para o juízo arbitral, usado nas negociações trabalhistas. E sempre acabam lá, porque há poucos recursos numa decisão de juízo arbitral. Somente se houver alegação de fraude ou suborno do juiz arbitral, é que se pode recorrer à Justiça (ROSEAN, 1997).

Segundo o modelo norte-americano, a negociação coletiva pode ser classificada como ampla e ilimitada, com poderes para alterar de forma indistinta as normas que regem as relações de trabalho.

De acordo com o supracitado autor, as partes da relação trabalhista norte-americana prestigiam a negociação coletiva por entendê-la como benéfica não só à relação de trabalho mas também à própria sobrevivência da empresa. Assim, as greves se tornam raras, já que as partes, uma vez antevendo a impossibilidade de autocomposição, resolvem solucionar o conflito através da arbitragem, evitando a paralisação da linha de produção e a assunção de prejuízos à empresa.

Prosegue o referido autor estabelecendo um comparativo entre o instituto da arbitragem, amplamente utilizado em seu país, e a judicialização dos conflitos, tal qual ocorre no Brasil. Apesar das vantagens e desvantagens, conclui que a arbitragem é uma melhor opção, basicamente, pela possibilidade de prévia ciência do árbitro, o qual, geralmente, é uma pessoa com profundo conhecimento sobre a matéria e o ramo de atuação da empresa.

3 A negociação coletiva no Brasil

Ao contrário do sistema americano, o Brasil adota atualmente o sistema da *Normatização Privatística Subordinada*, no qual o processo de negociação coletiva, apesar de ser dirimido pelas partes, deve seguir um procedimento previamente definido pelo Estado.

Aliado ao modelo de negociação coletiva, existe ainda um sistema de judicialização de conflitos, através da atividade normativa do órgão jurisdicional. Entretanto, tal sistema não será objeto deste estudo, já que se apresenta em declínio, principalmente após a profunda e recente alteração sofrida com a Emenda Constitucional nº 45.

Com efeito, a experiência de se deixar a negociação ao critério exclusivo das partes somente se mostrou favorável nos países de capitalismo originário, tal qual Inglaterra e Estados Unidos, onde o Direito do Trabalho se formou em um mercado econômico do tipo liberal (DELGADO, 2008).

Portanto, a negociação coletiva pátria se desenvolve com forte atuação estatal, a qual lhe delimita formas e, sobretudo, limites a serem observados, em obediência ao *princípio da adequação setorial negociada*, assim definido por Delgado (2008, p. 1322):

Pelo princípio da adequação setorial negociada as normas autônomas juscoletivas construídas para incidirem sobre certa comunidade econômico-profissional podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo justrabalhista desde que respeitados certos critérios objetivamente fixados. São dois esses critérios autorizativos: a) quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável; b) quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justrabalhistas de indisponibilidade apenas relativa (e não de indisponibilidade absoluta).

4 A anulação de cláusulas da negociação coletiva e o passivo oculto trabalhista

Diante do modelo da *Normatização Privatística Subordinada* e em obediência ao *princípio da adequação setorial negociada*, surge o grande impasse da negociação coletiva: como definir com clareza o limite de atuação, de forma a permitir que a negociação traga segurança jurídica às partes, e evitar a formação dos temidos passivos ocultos trabalhistas?

Esse problema foi recentemente identificado por Julio Bernardo do Carmo, juiz do TRT/3^a Região, integrante da 4^a Turma e da 2^a SDI daquele sodalício, que, em recente artigo, discorreu:

Que empregador, de sã consciênciа, ressaltou o juiz Presidente, vai outorgar vantagens ao trabalhador se a Justiça do Trabalho, mesmo chancelada a conduta patronal pelo sindicato de classe em acordo ou convenção coletiva, acaba por nulificar a cláusula e exigir os direitos legalmente previstos? (CARMO, 2006, p. 2)

Diante do problema acima exposto, percebe-se que, muito mais que assegurar direitos ao trabalhador, a clara distinção do limite da negociação coletiva é fundamental para a própria existência desse instituto, já que, havendo qualquer possibilidade de anulação de cláusulas acordadas, a negociação é praticamente inviabilizada.

É pacífico que, em se tratando de norma coletiva que institui vantagens ao trabalhador, esta prevalece sobre qualquer outra. Entretanto, a negociação coletiva pressupõe concessões mútuas entre as partes. Por tal razão, a concessão, pelo empregador, de determinada vantagem vem, via de regra, acompanhada de uma redução de direitos ao trabalhador.

Assim, pela teoria do *conglobamento*, o pacto coletivo deve ser analisado de maneira ampla, de forma a auferir se o conjunto de vantagens consagradas ao trabalhador se mostrou superior às desvantagens estabelecidas no mesmo instrumento. A nulificação apenas parcial do pacto coletivo, negando vigência às cláusulas restritivas de direito, mas mantendo a vigência das cláusulas concessivas, acaba por trazer prejuízos incomensuráveis ao empregador, desestimulando a essência da autocomposição.

5 A negociação coletiva e a redução de direitos trabalhistas

A redução do passivo oculto trabalhista e a plena validade dos acordos e convenções coletivas passam pela questão mais tormentosa sobre a sua validade: a possibilidade de redução de direitos trabalhistas por meio da convenção coletiva.

Claudio Armando Couce de Menezes, juiz vice-presidente do TRT/17^a Região, defende que a redução de direitos do trabalhador somente pode ocorrer nos espaços expressamente determinados pela Constituição Federal (art. 7º, VI, XIII e XIV) e complementa:

Essa visão tutelar não é exclusiva do nosso direito, como poderia afirmar alguém mais apressado e entusiasmado pelos “novos paradigmas” trazidos pela pós-modernidade. Na Espanha, por exemplo, o controle da legalidade de uma cláusula coletiva por ilegalidade tem lugar quando ocorre ofensa aos mandamentos que vedam as estipulações in peius a propósito do conteúdo normativo mínimo da LET (art. 3, 3) e a disposição de direitos intangíveis, inderrogáveis (art. 4) (MENEZES, 2009).

Essa posição, apesar de parecer uma pseudoproteção ao trabalhador, representa um verdadeiro engessamento da negociação coletiva, já que a impossibilidade de concessões por parte da representação obreira inviabiliza a adoção de *concessões recíprocas*, verdadeira essência da autocomposição.

Nascimento (2003, p. 585), ao contrário, defende que a diretriz constitucional garante ampla vigência da negociação coletiva, ressalvados apenas os direitos previstos na própria Constituição, que não podem ser retirados pelo pacto coletivo. Aduz que a matriz

constitucional “permite o uso da negociação coletiva também como instrumento de superação de crises da empresa”.

Entretanto, tal entendimento se mostra essencialmente *liberal*, deixando o trabalhador à margem de uma mínima proteção estatal.

Carmo (2006, p. 5-6), por sua vez, ao discorrer sobre a necessidade de um saldo positivo de direitos concedidos aos trabalhadores sobre os direitos deles retirados, defende que estes últimos somente poderão existir se a empresa ou categoria econômica comprovar que “atravessa momento de crise, precisando minimizar direitos trabalhistas como forma de adequar sua planilha de encargos sociais e vencer a adversidade”. Complementa que a possibilidade de a negociação coletiva retirar direitos sociais mínimos representaria “uma injusta e incondicional vitória do primado do capitalismo selvagem sobre o trabalho condigno”.

Apesar da lógica e coerente preocupação estampada na opinião ora reproduzida, esta traz uma grande insegurança jurídica, já que não propõe critérios objetivos para estabelecer qual o alcance da expressão “momentos de crise”.

Delgado (2008, p. 1323), entretanto, traz critérios objetivos para estabelecer os limites da negociação. Esse autor defende que, malgrado o saldo positivo da autocomposição (analisada de forma conglobante), “não prevalece a adequação setorial negociada se concernente a direitos revestidos de indisponibilidade absoluta (e não indisponibilidade relativa), os quais não podem ser transacionados”.

Assim, são reputadas indisponíveis as normas que estabelecem um patamar civilizatório mínimo: três grupos de direitos que são taxados como indisponíveis, os quais serão analisados nos tópicos adiante.

5.1 Direitos indisponíveis estipulados nas normas constitucionais

A Constituição Federal trouxe em seu bojo uma gama de direitos sociais impassíveis de serem afastados por negociação coletiva, exceto nas hipóteses expressamente ressalvadas no seu próprio texto.

Nesse diapasão, a negociação é permitida para redução salarial (art. 7º, VI) e ajuste da jornada de trabalho (art. 7º, XIII e XIV). Nas demais disposições constitucionais, não se faz possível redução de direitos pela via negocial, já que a lei maior não faz ressalva. Nesse sentido, discorre Lopes (2000):

A autonomia privada coletiva não possui densidade suficiente, por exemplo, para legitimar a discriminação de uma parcela de trabalhadores (art. 5º, "caput" e inciso I e art. 7º, incisos XXX, XXXI, XXXII e XXXIV, da CF); para permitir a contratação de trabalhadores menores de 16 anos como empregados (art. 7º, inciso XXXIII); para impor obrigações pecuniárias aos trabalhadores não associados da entidade sindical, como forma de interferir na liberdade de sindicalização (art. 8º, inciso V); para impor obrigações a terceiros alheios aos limites da negociação e à representação das entidades convenientes; para abolir as garantias de emprego das gestantes e membros da CIPA (art. 10, II, "a" e "b" do ADCT); para limitar o acesso de trabalhadores e empregadores ao judiciário (art. 5º, inciso XXXV); para atingir o piso constitucional dos direitos sociais, salvo na hipótese de flexibilização (art. 7º, "caput" e inciso VI); para restringir o direito à vida, à saúde, à liberdade, inclusive a sindical, à segurança, ao exercício profissional e a outras garantias e direitos fundamentais.

No concernente à possibilidade de redução salarial, há que se confrontar com a norma constitucional que garante o patamar remuneratório mínimo, chegando-se à conclusão de que a redução não pode decair abaixo do salário-mínimo. Isso porque, ao se admitir de modo contrário, "haveria uma incoerência na Constituição, que consagra o princípio do trabalho protegido por um rol mínimo de direitos, para, logo em seguida, dizer que esse mínimo não é o piso, mas sim, outro que decorrer da negociação coletiva" (LOPES, 2000).

A negociação também é permitida para ajuste da jornada de trabalho, já que estabeleceu as jornadas diária e semanal em 8 horas e 44 horas, respectivamente, porém, permitiu a redução e a compensação de jornada mediante acordo ou convenção coletiva.

5.2 Direitos indisponíveis estipulados em tratados de convenções internacionais

As normas que estipulam um patamar civilizatório mínimo, constante de tratados e convenções internacionais vigorantes no plano interno brasileiro, são recepcionadas com força de normas constitucionais, conforme art. 5º, § 2º da Constituição Federal.

Assim, a negociação coletiva também sofre limitações de atuação decorrentes de direitos estabelecidos nesses tratados e convenções internacionais.

5.3 Direitos indisponíveis estipulados em normas infraconstitucionais que asseguram patamares de cidadania ao trabalhador

Neste rol, se encontram as normas que estabelecem proteção à saúde e à segurança do trabalhador e servem como tutela de um direito fundamental indisponível, sendo assim insusceptíveis de supressão por negociação coletiva. São decorrentes, também, da própria Constituição Federal, que elevou a dignidade da pessoa humana como um dos princípios basilares do Estado.

Isso porque, conforme discorre Lopes (2000), essas normas trazem a proteção à própria vida do trabalhador, direito inalienável insusceptível de negociação. Complementa o autor:

Estão nesta mesma situação as normas de proteção à saúde e segurança do trabalhador (meio ambiente do trabalho), pois tutelam em última análise a vida e a saúde do cidadão trabalhador, logo, são inalienáveis e não podem ser objeto de flexibilização.

Conclusão

Por todo o exposto, fica claro que o modelo negocial adotado no sistema jurídico brasileiro apresenta uma grande interferência do Estado, o qual limita a vontade das partes. Apesar de representar uma limitação de vontade das partes contratantes, não existente em países de capitalismo originário; o intervencionismo serve como medida de proteção da parte hipossuficiente, impedindo a submissão do trabalhador ao livre anseio do sistema capitalista.

Atuar em desacordo com os limites impostos pelo Estado à negociação coletiva ensejará a formação de um indesejável passivo trabalhista, já que o trabalhador poderá, no futuro, requerer a anulação do acordo e pleitear direitos trabalhistas não previstos pelo empregador.

Para definição do limite, a empresa deverá observar, em primeiro lugar, o denominado saldo positivo da composição, destacando-a no instrumento negociado. Em seguida, é necessário auferir se o acordado não está a ferir as disposições constitucionais, disposições de tratados ou convenções internacionais ou normas assecuratórias de patamares mínimos de cidadania do trabalhador. Superados esses crivos, restarão minimizados os riscos de anulação futura do acordo.

Por fim, há que se esclarecer que, apesar das limitações, a negociação coletiva representa a forma mais segura de instituição de alterações no contrato de trabalho, já que tem como escopo o tra-

tamento isonômico entre a representação classista e a representação obreira.

Referências

- BARBOSA, Renato Lima. **O Poder Normativo da Justiça do Trabalho e a Emenda Constitucional n. 45 de 2004**. 2006. 174 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/3077/1/renato.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2010.
- CARMO, Julio Bernardo do. **A negociação coletiva e o respeito aos direitos sociais mínimos**. Belo Horizonte: TRT/3^a Região, 2006. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/download/artigos/pdf/01_negociacao_coletiva_respeito.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2010.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008.
- LOPES, Otavio Brito. Limites constitucionais à negociação coletiva. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, v. 1, n. 9, fev 2000. Não paginado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_09/neg_coletiva_Otavio.htm>. Acesso em: 2 mar. 2010.
- MENEZES, Cláudio Armando Couce de. **Anulação de cláusulas, acordos e convenções coletivas de trabalho**. [S.I.]: BUSCALEGIS, 2009. Não paginado. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/22685/public/22685-22687-1-PB.htm>>. Acesso em: 15 fev 2010.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Initiação ao direito do trabalho**. 29. ed. São Paulo: LTr, 2003.
- ROSEAN, Keith S. Direito Comparado: Brasil x EUA. **Revista Jurídica Consulex**, [S.I.], ano I, n. 10, out. 1997. Não paginado. Disponível em: <<http://campus.fortunecity.com/clemson/493/jus/m10-002.htm>>. Acesso em: 20 fev. 2010.

A (im)penhorabilidade do salário

Gryecos Attom Valente Loureiro

Advogado da CAIXA no Rio de Janeiro

Especialista em Direito Empresarial

MBA pela Fundação Getúlio Vargas/RJ

Especialista em Direito Processual Civil

Pós-graduado pela Universidade de

Santa Cruz do Sul

RESUMO

O presente estudo visa a discutir alguns dogmas processuais que envolvem a relação de cobrança de dívidas, iniciando com uma breve análise dos antecedentes históricos, fixando o olhar dentro de uma perspectiva civil constitucional e pontuando *an passant* alguns aspectos de hermenêutica constitucional, sem descurar, entretanto, da evolução do direito positivo a propósito da situação em tela. O ponto central do estudo reside na aparente antinomia pragmática da norma processual que estabelece a impenhorabilidade do salário frente à norma processual que possibilita a chamada penhora *on-line*. Para tanto, utiliza-se a metodologia de pesquisa bibliográfica que consiste, basicamente, na leitura, fichamento e comparação das teorias dos principais autores do Direito que tratam desse problema. Partindo-se do pressuposto de que os interesses em conflito – o direito de cobrar coercitivamente a dívida frente ao direito de livre disposição do patrimônio próprio – devem coexistir e prestigiar os princípios constitucionais de segurança jurídica e dignidade da pessoa, bem como considerando os principais aspectos atinentes à literatura em foco, “a (im)penhorabilidade do salário” é um tema que se apresenta como de grande relevância para todo operador do direito, até porque, salário, crédito e dívida são elementos corriqueiros na lide forense.

Palavras-chave: Penhora *on-line*. Impenhorabilidade do salário. Execução.

ABSTRACT

This study aims to address some procedural dogmas that involve the collection of debts, starting with a brief analysis of the historical background, fixing his gaze within a constitutional and civil perspective scoring *an passant* some aspects of constitutional hermeneutics, without neglecting, however, the evolution of positive law concerning the situation in question. The focus of this paper lies in the apparent antinomy pragmatic procedural rule that establishes the salary front unseizability procedural rule that

allows the call attachment online. We also use the methodology of literature that basically consists in reading, filing and compare the theories of the principal authors of the law dealing with this problem. Starting from the assumption that the conflicting interests - the right to coercively collect the debt against the right to free disposal of its own assets - must coexist and prestige to the constitutional principles of legal security and dignity, as well as considering the main aspects pertinent literature into focus, "the (un)seizability wage" is a theme that presents itself as highly relevant to every operator of law, because, salary, credit and debt are commonplace elements in forensic proceedings.

Keywords: Attachment online. Unseizability salary. Enforcement.

Introdução

O direito do credor de pleitear ao Estado-juiz que coercitivamente cobre dívida vencida e impaga remonta a priscas eras. A evolução do direito move a discussão para o âmbito exclusivamente contratual – patrimonial por excelência. Nesse contexto, o credor passa a depender da ação coercitiva estatal para buscar a satisfação de seu crédito mediante a expropriação forçada do patrimônio do devedor, gerando diversas implicações processuais.

Com o advento da Lei nº 11.382/2006 (vigência em 21/01/2007), o sistema processual pátrio foi brindado com a possibilidade do juiz, através de modernos sistemas de transmissão de dados, identificar e bloquear contas bancárias que revelassem existência de dinheiro de propriedade do devedor. Ocorre que o mesmo texto legal fez alterações nas regras de impenhorabilidade, mantendo a garantia da preservação integral dos salários.

A manutenção do instituto da apelidada penhora *on-line*, portanto, estará umbilicalmente ligada à capacidade de se poder analisar e diferenciar o saldo disponível em uma mesma conta bancária, possibilitando saber quanto representaria salário e quanto teria sido incorporado ao patrimônio do devedor.

1 Primeiras regras e antinomias aparentes na legislação

A evolução da relação negocial creditícia fez nascer a necessidade de criação de meios que garantissem ao credor o recebimento do objeto do mútuo, ainda que houvesse recusa do devedor, bem como meios de proteção do devedor para se escudar contra eventuais abusos do credor.

Não se almeja, dentro dos modestos objetivos deste estudo, aprofundar o exame histórico da evolução processual, tampouco

esgotar o tema, mas tão somente referenciar e contextualizar o objeto da pesquisa com seus antecedentes legislativos.

Dentro dessa perspectiva, a evolução processual será abordada através da análise de pouco mais de um par de textos legais que consideramos referências emblemáticas do período iniciado após o Golpe Militar de 64, passando pela edição do então novel CPC de 1973, com enfoque na relevância dada, ou sua ausência, aos direitos individuais.

Objetivando demonstrar que nesta relação de débito e crédito não há vilão nem mocinho e a higidez do sistema processual, bem como sua interpretação/aplicação pelos tribunais, é medida que se impõe, contraporemos os dois olhares antagônicos acerca do tema.

O período compreendido entre o final da década de 60 e o início da década seguinte foi pródigo no prestígio ao credor, como se pode perceber da produção legislativa da época. Amiúde, podemos lembrar as disposições introduzidas pelo Decreto-Lei nº 911 de 1º de outubro de 1969, que em seu artigo 4º permitia ao credor fiduciário intentar ação de depósito caso o bem alienado não fosse encontrado na posse do devedor fiduciante. Posteriormente, a Lei nº 6.071/1974 apertou ainda mais o cerco e permitiu que o credor convertesse a própria ação de busca e apreensão em ação de depósito.

O objetivo da norma, claramente confessado, era possibilitar que o devedor fosse levado à prisão pela dívida em análise, nos moldes previstos para o depositário infiel.

Veja-se que a *ultima ratio* prevista para a conduta do depositário infiel tem relação direta com a quebra da confiança, que é característica ínsita ao próprio contrato de depósito. A relação contratual, nessa hipótese, é claramente norteada pelo vínculo de fidúcia entre os contratantes e sua quebra, pela relevância, mereceria o encarceramento do inadimplente.

Muito diferente, convenhamos, se apresentava a situação do contratante de mútuo feneratício, que ofertava determinado bem como garantia da operação celebrada. O devedor fiduciante nunca deteve bem alheio sob sua guarda.

Note-se que o contexto histórico internacional apontava para solução completamente diversa para essa espécie de conflito, sem que o legislador pátrio se abalasse em seu ímpeto autoritário.

De fato, no dia 22 de novembro do mesmo ano de 1969 (vigência em 18 de julho de 1978), editava-se a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida por Pacto de San José da Costa Rica, da qual o Brasil foi signatário. Tal tratado expressamente proibia a prisão por dívida – em seu art. 7º, item 7 – à exceção da de caráter alimentar.

Como vimos acima, o tratado internacional não só não foi capaz de orientar a alteração, ainda que em parte, do DL 911/69, como também foi incapaz de obstar o seu recrudescimento em 1974.

A jurisprudência optou pelo enfoque positivista da querela, mesmo após a ratificação formal do tratado pelo Brasil, através do Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992, divergindo as mais altas Cortes deste país por mais de uma década.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) manteve jurisprudência remansosa no sentido de declarar a ilegalidade da prisão do devedor fiduciário, ao passo que o Supremo Tribunal Federal (STF) manteve firme seu entendimento contrário – corporificado no verbete de nº 619¹ de sua súmula de jurisprudência, até o julgamento do HC 92566-9/SP, ocorrido em sessão plenária de 3.12.2008, ocasião em que foi proclamada a sua expressa revogação.

O conflito entre os entendimentos do STJ e STF, este último inclusive já tendo editado verbete de sua súmula, gerou diversas decisões conflitantes, sobremaneira quando consideramos os severos requisitos processuais de admissibilidade para a apreciação do mérito das questões alçadas àquelas Cortes. Hoje a questão está plenamente pacificada, tendo o STJ, inclusive, editado muito recentemente o verbete de nº 419 de sua súmula de jurisprudência, que sucintamente estabelece que “descabe a prisão civil do depositário judicial infiel”.

Ousamos divergir das iluminadas mentes que compõem o STJ, na medida em que o absurdo da norma, e mesmo sua antinomia com o tratado internacional, residia na possibilidade de conversão da ação de busca e apreensão – DL 911/69 – em ação de depósito. Com a atual jurisprudência, mesmo a ação de depósito, que teria por fundamento de proposição o contrato de depósito típico, cuja confiança entre as partes é elemento característico da avença, não poderá ter no encarceramento do devedor sua última *ratio*.

Melhor seria, ousamos sugerir, que somente a primeira hipótese fosse obstaculizada pela jurisprudência de nosso areópago superior.

Outro texto de grande prestígio aos credores pode ser encontrado na Lei nº 5.741 de 1º de dezembro de 1971, que estabelece, no parágrafo 2º de seu artigo 4º, a possibilidade de desocupação do imóvel penhorado antes do término do processo de execução e ainda que haja embargos de devedor pendentes de julgamento.

O que mais impressiona nessa severa disposição é o fato de que o texto legal em análise é específico para a cobrança de dívi-

¹ A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito.

das de contratos de mútuo vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação (SFH).

Tendo em vista a especificidade do tema, não há relevante manifestação jurisprudencial no âmbito do STJ. Há, entretanto, manifestação a *contrario sensu* da lavra de Sua Ex.^a o Ministro Ari Pargendler, que por ocasião do julgamento do agravo regimental no agravo 135415/PR, em sessão de 19/5/1997, manteve decisão liminar que proibia o ajuizamento de ação executiva, especificamente pela possibilidade de imediata imissão na posse do imóvel, inserta no referido art. 4º, § 2º, Lei nº 5.741/71.

Ademais, a possibilidade de executar extrajudicialmente as dívidas do SFH subtraiu da comunidade jurídica a possibilidade de discutir diversos institutos típicos de direito processual que hoje acabam sendo revisitados, muitas vezes com ares de novidade, em que pesem suas décadas de introdução no sistema processual pátrio.

Apesar da existência dessas e de várias outras normas – ainda vigentes – de cunho claramente protetivo ao direito do credor, a edição da Lei Federal nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vem trazer um novo ar à relação conflituosa em estudo, prestigiando, já àquela época, o devido processo legal e assegurando o direito à ampla defesa em diversas oportunidades.

Fazendo uma breve exemplificação, chamamos a atenção para duas disposições do então novel Código de Processo Civil:

Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:
IV - os vencimentos dos magistrados, dos professores e dos funcionários públicos, o soldo e os salários, salvo para pagamento de prestação alimentícia; [redação original, alterada pela Lei nº 11.382/2006]
Art. 739. [...]
§ 1º Os embargos serão sempre recebidos com efeito suspensivo. [redação da Lei nº 8.953/1994, alterada pela Lei nº 11.382/2006]

A transcrição da antiga redação do art. 649, IV, visa a deixar evidente que desde a entrada em vigor do CPC de 1973 os salários são objeto de proteção legal, não havendo nenhuma manifestação jurisprudencial em sentido contrário que mereça destaque ou análise mais aprofundada.

Vemos, portanto, que o mesmo sistema processual codificado e aditado pela legislação específica garantia a proteção absoluta do salário do devedor, mas permitia, por exemplo, que este fosse recolhido ao cárcere pelo inadimplemento de obrigação garantida por alienação fiduciária.

Parece uma antinomia entre normas. A jurisprudência, entretanto, nunca foi específica nesse sentido.

Já no que se refere ao comando garantidor da suspensão do processo de execução, enquanto pendente ação autônoma de embargos, entretanto, o dissenso foi mais acentuado.

A jurisprudência permaneceu vacilante durante um bom tempo, diante da coexistência de normas ora protetivas ao direito do credor de reaver seu crédito, ora asseguradoras do direito do devedor de não sofrer abusos.

Retornando à lei de execução hipotecária, poderemos identificar claramente a aparente antinomia entre as normas vigentes à época e o conflito jurisprudencial que se seguiu, desta feita quanto ao disposto em seu art. 5º, *in verbis*:

Art . 5º O executado poderá opor embargos no prazo de 10 (dez) dias contados da penhora que serão recebidos com efeito suspensivo, desde que alegue e prove:

I - que depositou, por inteiro a importância reclamada na inicial.

II - que pagou a dívida, apresentando desde logo a prova da quitação.

[...]

§ 2º Os demais fundamentos de embargos, previstos no art. 1.010 do Código de Processo Civil, incisos I e III, não suspendem a execução.

Ficamos diante, portanto, de uma norma específica, editada em 1971, que praticamente excluía a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos embargos de devedor, em detrimento da norma geral, advinda em 1973, que expressamente utilizava o vocábulo “**sempre**”, ao tratar da atribuição de efeito suspensivo a essa espécie de ação autônoma.

Prevaleceria o critério da especialidade? A regra geral, ao ser posterior e inovar no ordenamento com nova codificação processual e procedural, prevaleceria? Qual o intuito do legislador em utilizar a palavra “**sempre**” no texto da regra geral?

A jurisprudência do STJ permaneceu divergente desde a sua criação, até que a Primeira Seção, julgando Embargos de Divergência no Recurso Especial 390.880/PR (2003/0053053-7), pela pena de Sua Ex.^a o Ministro Herman Benjamin, em sessão de julgamento de 8/11/2006, sepultou a controvérsia.

A divergência foi suscitada entre o julgado da Primeira Turma (Ministro relator Francisco Falcão) sobre o caso e o paradigma da Segunda Turma (Ministra relatora Eliana Calmon – REsp 177.921/PR).

A Primeira Turma havia assentado entendimento no sentido de que o critério de hermenêutica deveria privilegiar a interpretação sistemática, devendo a lei anterior, por conseguinte, se harmonizar com a regra geral do CPC. Os embargos teriam efeito suspensivo, portanto.

A Segunda Turma, por seu turno, prestigiava o princípio da especialidade, remetendo o conflito, inclusive, para a regra de solução prevista na LICC – art. 2º, § 2º. Os embargos não teriam efeito suspensivo, de regra, portanto.

No voto de Sua Ex.^a o Ministro Herman Benjamin, há remissão à apreciação do tema pela Corte Especial por ocasião do julgamento do EREsp 390.197/PR, de relatoria do Ex.^{mo} Ministro José Delgado, no qual se firmou o entendimento de que o acréscimo trazido ao artigo 739, do CPC – decorrente da inclusão do § 1º – não afastaria a regra inserta na lei especial (Lei 5.741/71, art. 5º, incisos I e II), que prevê explicitamente a hipótese de suspensividade da Execução, por ocasião do ajuizamento de Embargos, **somente quando alegado e provado o efetivo depósito integral da importância reclamada na inicial, bem como o resgate da dívida com a comprovação da quitação.**

A ementa do julgado da Corte Especial é de utilidade ímpar para o nosso estudo, pelas razões expostas acima e conforme vemos no voto de Sua Ex.^a o Ministro José Delgado:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DEVEDOR. EXECUÇÃO HIPOTECÁRIA. LEI N° 5.741/71. EFEITO. SUSPENSIVIDADE. INADMISSÃO.

1. A regra do art. 739, § 1º, do CPC, redação da Lei nº 8.953, de 13.12.94, não altera o alcance da Lei nº 5.741/71.

2. Os embargos do devedor em execução hipotecária regida pela Lei 5.741, de 1971, só serão suspensos nas duas hipóteses previstas no art. 5º, da Lei 5.741, de 1971, com a redação que lhe deu a Lei nº 6.014, de 27.12.73 (BRASIL, 2005).

A ementa do julgado passa a ter utilidade ímpar para o nosso estudo quando começa a enumerar a divergência então existente naquela Corte de Justiça, o que nos dá a exata dimensão do dissenso àquela época, conforme o que segue:

3. Jurisprudência do STJ, em mesmo período, variável:
a) Decisões entendendo que após a edição da Lei 8.953, de 1994, os embargos do devedor opostos à execução aparelhada com base na Lei nº 5.741, de 1971, têm efeito suspensivo, independentemente de pagamento ou depósito: REsp 260.327; REsp 144.822; REsp 191.124; REsp 294.050; REsp 89.638; REsp 168.572; AgRg no REsp 463.484; REsp 475.713; AgRg no REsp 522.591; AgRg no REsp 541551; AgRg no REsp 354.774; REsp 468.440; REsp 354.268; REsp 407.667; REsp 260326; REsp 128129. (g.n.)

b) Em sentido contrário, isto é, pela aplicação, em tese, da Lei nº 5.741, de 1971, salvo as duas hipó-

teses previstas em seu art. 5º: REsp 467.464; REsp 467.463; REsp 186.548; REsp 196.297; REsp 180.978; REsp 167.588; REsp 133.100. (g.n.) (BRASIL, 2005, grifos nossos).

O STJ conclui o raciocínio, batendo o martelo, pondo fim à discussão e firmando posicionamento único, no sentido de que não haverá suspensividade aos embargos de devedor opostos em face de execuções regidas pelo rito da Lei Federal nº 5.741/1971, à exceção do disposto em seu art. 5º, conforme abaixo:

4. Decisão da Corte Especial (03.08.2005) firmando o posicionamento no sentido de que, em se tratando de embargos de devedor em situações regidas pela Lei nº 5.741/71, não há suspensividade, salvo nas hipóteses veiculadas no art. 5º da mesma lei.
5. Embargos da Caixa Econômica Federal conhecidos e acolhidos (BRASIL, 2005).

Fica assegurado o entendimento, portanto, no sentido de que todo e qualquer devedor poderia discutir a dívida que lhe é executada judicialmente, com a tranquilidade de poder contar com a suspensão do processo executivo, **exceto** o devedor de imóvel financiado com recursos do SFH, que poderá ser imediatamente compelido a desocupar sua habitação.

Repetimos, ante a relevância do paradoxo: qualquer devedor poderia sobrestrar o processo de execução enquanto discutisse sua dívida, à exceção dos adquirentes de imóveis financiados pelo SFH.

Com a recente alteração do CPC, pela Lei Federal nº 11.382/2006, a disciplina dos embargos de devedor e seu atributo de suspensividade ganhou novos contornos, reflexos e consequências.

A análise da questão, sob a nova dicção da norma, ainda não chegou aos tribunais de modo relevante ou de modo que nos permitisse demonstrar qual seria o atual entendimento predominante.

Considerando os contornos da mudança, não nos surpreenderá se toda a matéria for revisitada, inclusive com conclusão diversa pelas mais altas Cortes de Justiça, ainda que a questão de fundo – lei especial *versus* lei geral – permaneça a mesma.

O tema se revestirá de contornos ainda mais absurdos quando considerarmos a proteção ao bem de família, presente desde o Código Civil de 1916 e robustecida com a Lei Federal nº 8.009/90, que veremos amiúde logo mais.

A aparente ausência de coerência neste entendimento reforça a crítica dos que sustentam inexistir um sistema processual pátrio

coeso e plenamente articulado. As leis processuais, assim como todo o restante do ordenamento, sustentam os críticos, seriam casuísticas e gerariam antinomias como a ora citada.

Talvez o problema não esteja tanto na falta de sistematização efetiva do Código Procedimental com as diversas leis esparsas, mas sim na falta de conjugação com o direito material em si. O professor Freddie Didier Jr., com sua didática marcante, nos chama a atenção para essa necessidade, conforme podemos conferir a seguir:

As regras processuais são criadas para atender às características/peculiaridades da situação jurídica substancial a ser deduzida no ato postulatório. Assim, impossível e imprestável qualquer estudo do processo civil que se faça sem o devido confronto com as regras de direito material, que sempre devem ser analisadas para que se saiba em que medida o legislador processual delas sofreu influência. A inquestionável autonomia do Direito Processual não pressupõe a sua neutralidade em relação ao Direito Material. Ao contrário, há entre eles um vínculo indiscutível, eis que se integram na tarefa de criação das normas jurídicas (gerais ou individuais, abstratas ou concretas) (DIDIER JR., 2008, p. 23-24).

Parece-nos evidente que o sistema processual, seja o codificado ou o presente na legislação esparsa, tem normas que ora possibilitem grande invasão no patrimônio do devedor, ora o protegem com a mesma voracidade.

Como se sugerirá alhures, somente a interpretação sistemática, via ponderação de interesses, sem exclusão ou negativa de vigência da norma subjugada, é capaz de conferir coerência ao amálgama de normas e textos que compõem o braço processual da relação entre credor e devedor.

Voltando o foco para o olhar do legislador, é inegável que o jogo vira definitivamente em prol do devedor a partir da edição da constituição cidadã, cujo expresso asseguramento dos direitos fundamentais, junto ao inequívoco enfoque à manutenção da dignidade da pessoa humana, passou a orientar não só a atuação do legislador infraconstitucional, como também, e principalmente, do Poder Judiciário.

Por outro lado, se é verdade que a jurisprudência dos Tribunais Superiores reflete o melhor e mais abalizado pensamento do Poder Judiciário, mais verdade é que essa luz emanada do Planalto Central nem sempre se espalha pelos milhares de gabinetes de magistrados, que cotidianamente se debruçam sobre os casos concretos que lhes são apresentados.

A criação desses escudos de proteção, para ambas as partes em conflito, evoluiu de forma praticamente autônoma, havendo grande descompasso entre os sistemas legais, notadamente no direito brasileiro, nos sendo possível identificar, já neste apertado estudo, períodos nos quais os credores gozaram de grande proteção legal e outros nos quais a situação se inverteu.

A letra fria da lei, como de hábito, nunca alcançou o objetivo de sepultar a questão, muito menos o de pacificar os interesses em conflito.

Esse papel deveria caber ao Poder Judiciário, que, entretanto, também nunca o desempenhou de forma adequada, na medida em que suas manifestações sempre variaram intensamente, havendo interpretações de diversos gêneros, números, graus e matizes, desagradando ora a um, ora a outro. Mesmo quando um Tribunal Superior se manifesta exaustivamente sobre um tema controvertido, não é garantia de que seu entendimento será compartilhado e utilizado pelos magistrados singulares e Tribunais Estaduais/Regionais.

Portanto, se é fato que o credor sempre gozou de proteção legal para exercer seu direito de crédito, utilizando-se da ação coercitiva estatal para compelir o devedor a honrar seu compromisso, também é evidente que o moderno direito processual oferece proteção ao devedor contra métodos abusivos de cobrança, sobremaneira quando se considera a importância do princípio da dignidade da pessoa humana dentro da dogmática constitucional.

2 Conflito de normas constitucionais. Interesse individual x interesse coletivo

O presente estudo almeja deixar evidente o conflito, ainda que aparente, entre duas normas constitucionais inspiradoras de comandos legislativos inferiores.

Não olvidamos ser consenso doutrinário a impossibilidade de uma norma constitucional ser inconstitucional. A discussão acerca do tema remete à teoria pura do direito constitucional, escapan- do, portanto, ao objetivo do presente estudo.

A análise será direcionada, nessa perspectiva, partindo da premissa de que as normas constitucionais não podem ser declaradas inconstitucionais, *tolito quaestio*.

Apenas para saciar a curiosidade daqueles que flertam com o direito constitucional, bem como para colocar uma pitada de sal na discussão, temperando e aguçando o interesse pelo tema, trazemos breve excerto do prefácio do eminentíssimo jurista Otto Bachof, por ocasião da tradução portuguesa de 1977, de sua mais celebra-

da obra, apresentada ainda nos idos de 1955, durante o período chamado de pós-guerra. Vejamos a argúcia do mestre alemão:

O Tribunal Constitucional Federal, do mesmo modo que outros tribunais alemães, reconheceu em várias decisões a existência de direito “suprapositivo”, obrigando também o legislador constituinte. Considera-se ele competente para aferir por esse direito o direito escrito. Também uma norma constitucional pode ser nula, se desrespeitar em medida insuportável os postulados fundamentais da justiça.

É certo que o Tribunal também declarou que a probabilidade de um legislador democrático e livre ultrapassar algures estes limites é tão pequena que a possibilidade teórica de ocorrerem num Estado-de-direito normas constitucionais originárias inconstitucionais quase equivale a uma impossibilidade prática (BVerfGE I, 18; 3, 225) (BACHOF, 1994, p. 3-4).

O professor Bachof, entretanto, encerra suas considerações deixando evidente sua preocupação com a possibilidade de retorno ao sistema nazista, que imperou na Alemanha no final da primeira metade do século XX e, em que pese ter manchado toda a história da humanidade, guardava compatibilidade com o sistema constitucional alemão da época. Vejamos as palavras do mestre:

Isto corrobora a afirmação acima feita de que o problema das normas constitucionais inconstitucionais se põe menos em períodos de uma vida constitucional normal do que em períodos de mudança política radical.

Deixe-se todavia em suspenso a questão de saber se a possibilidade de um legislador democrático ultrapassar os limites indicados é, na verdade, tão pequena como o Tribunal Constitucional Federal crê. Em qualquer caso, o fenômeno (só na aparência paradoxal) de normas constitucionais inconstitucionais não deverá ser esquecido, como advertência permanente de que a onipotência do Estado tem limites (BACHOF, 1994, p. 4).

No caso em estudo, o conflito residiria, em nosso sentir, entre o princípio da dignidade da pessoa humana, esculpido na Carta Magna – *in casu* garantidor da impenhorabilidade do salário – e o princípio constitucional da garantia de proteção ao ato jurídico perfeito – *in casu* garantidor da penhora sobre quantia depositada em instituição financeira ou de crédito –, ambos normas processuais adiante analisadas amiúde.

Por sua vez, o controle de constitucionalidade da norma infraconstitucional está presente em diversas legislações estrangeiras, como corolário do princípio da hierarquia das leis, cunhado

por Kelsen, protegendo a inteligência e objetivos do poder constituinte originário.

Cappelletti (1992, p. 47-48) nos lembra o *leading case* sobre a matéria, que transcrevemos a seguir:

É famosa, a este respeito, a sentença da *Supreme Court* (redigida por seu *Chief Justice*, John Marshall) na causa *Marbury versus Madison* de 1803 [...] É de todo evidente – diz-se com precisão naquela sentença – que ou a Constituição prepondera sobre os atos legislativos que com ela contrastam ou o poder legislativo pode mudar a Constituição através de lei ordinária. Não há meio termo entre estas duas alternativas. Ou a Constituição é uma lei fundamental, superior e não mutável pelos meios ordinários, ou ela é colocada no mesmo nível dos atos legislativos ordinários e, como estes, pode ser alterada ao gosto do poder legislativo. Se é correta a primeira alternativa, então é preciso concluir que um ato legislativo contrário à Constituição não é lei; se é correta, ao contrário, a segunda alternativa, então quer dizer que as constituições escritas outra coisa não são que absurdas tentativas de limitar um poder que é, por natureza, ilimitável.

Não se pretende, é bom que se adiante, identificar inconstitucionalidade entre quaisquer das normas processuais enunciadas. O que se pretende é remeter as normas processuais à sua matriz constitucional, enfrentando a aparente incompatibilidade entre ambas com esse olhar.

De todo modo, a atual doutrina constitucional permite que uma determinada norma tenha sua interpretação estabelecida pelo Tribunal Constitucional, de molde a se adequar ao ordenamento matriz, sem que haja supressão de seu texto.

Sobre a técnica hermenêutica denominada **interpretação conforme a Constituição**, o professor Alexandre de Moraes traz luz e simplifica o tema, não raras vezes tormentoso:

A supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal. Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente *conformidade com as normas constitucionais*, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e consequente retirada do ordenamento jurídico (MORAES, 2001, p. 43-44, grifo do autor).

E na sequência, citando o grande mestre português J.J. Canotilho, o professor Moraes esclarece a regra de **interpretação conforme a Constituição** amiúde:

Extremamente importante ressaltar que a *interpretação conforme a constituição* somente será possível quando a norma apresentar vários significados, uns compatíveis com as normas constitucionais e outros não, ou, no dizer de Canotilho, “a interpretação conforme a constituição só é legítima quando existe um *espaço de decisão* (= espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas, umas em conformidade com a constituição e que devem ser preferidas, e outras em desconformidade com ela” (MORAES, 2001, p. 44, grifos do autor).

Fixado o conceito, nada melhor do que estabelecer suas premissas de utilização. Nesse particular, o professor Moraes deixa evidente que o juiz não poderá se arvorar da condição de legislador positivo, concluindo que a inteligência do método se fixa na possibilidade de preservação de textos normativos que admitam conclusão compatível com o arquétipo estabelecido na constituição:

Portanto, não terá cabimento *interpretação conforme a constituição* quando contrariar texto expresso de lei, que não permita qualquer interpretação em conformidade com a constituição, pois o Poder Judiciário não poderá, substituindo-se ao Poder Legislativo (leis) ou Executivo (medidas provisórias), atuar como *legislador positivo*, de forma a criar um novo texto legal. Nessas hipóteses, o Judiciário deverá declarar a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo incompatível com a constituição. A manutenção, portanto, dessa regra interpretativa é possibilitar a manutenção no ordenamento jurídico das leis e atos normativos editados pelo poder competente que guardem valor interpretativo compatível com o texto constitucional (MORAES, 2001, p. 44, grifos do autor).

De outro flanco, a análise do conflito aparente entre normas constitucionais passa, inexoravelmente, pela teoria da ponderação de interesses, que se dedica a encontrar alternativa hermenêutica para a solução do problema, na medida em que uma norma constitucional não pode ser derrogada por outra de mesma hierarquia.

Para melhor compreensão do tema, faz-se necessária uma breve abordagem dos princípios e das normas, na medida em que estabelecer com precisão a diferença entre os institutos é de relevância ímpar para se atingir o objetivo proposto com este estudo.

O professor Daniel Sarmento, em sua obra *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*, discorre com muita propriedade sobre as diferenças entre princípios e regras, inclusive se socorrendo dos ensinamentos da mais autorizada literatura jurídica estrangeira, conforme passamos a transcrever:

De modo semelhante, leciona Ronald Dworkin que a principal distinção entre os princípios e as regras é de caráter lógico e diz respeito aos respectivos mecanismos de aplicação. As regras, segundo o citado Professor, incidem sob a forma do “tudo ou nada” (*all or nothing*), o que não sucede com os princípios. Em outras palavras, presentes os seus pressupostos fáticos, ou a regra é aplicada ao caso a ela subsumido ou é considerada inválida para o mesmo. Na dicção de Dworkin, se *os fatos que a regra estipula estão presentes, então ou a regra é inválida, e nesse caso o comando que ela estabelece tem de ser aplicado, ou ela é inválida, e nesse caso ela não contribui em nada para a decisão do caso.* Já os princípios jurídicos atuam de maneira diversa, pois, presentes as condições de fato enunciadas como necessárias à sua incidência, daí não decorre necessariamente a sua aplicação ao caso concreto (SARMENTO, 2002, p. 44-45).

Concluindo o raciocínio, o professor Sarmento utiliza a expressão “dimensão de peso” para elucidar a essência dos princípios, que bem caracteriza a forma como devemos analisar e valores o instituto, senão vejamos:

Isto ocorre porque, ao contrário das regras, os princípios são dotados de uma dimensão de peso. Tal característica revela-se quando dois princípios diferentes incidem sobre determinado caso concreto, entrando em colisão. Nesta hipótese, o conflito é solucionado levando em consideração o peso relativo assumido por cada princípio dentro das circunstâncias concretas presentes no caso, a fim de que se possa precisar em que medida cada um cederá espaço ao outro (SARMENTO, 2002, p. 45).

Note-se que podemos perceber que o professor Sarmento dá dimensão e consequência prática completamente diferentes quando o conflito for de regras ou de princípios. O trecho citado prepara o terreno para sua conclusão, que admite inclusive soluções diversas para casos concretos diversos, ainda que avaliados sob a ótica dos mesmos princípios em conflito. Vejamos:

Em outras palavras, se é verdade que, como corolário do postulado da coerência interna, o ordenamento jurí-

dico não tolera antinomias entre as suas regras, isto não sucede no plano dos princípios. Princípios jurídicos podem sinalizar soluções diametralmente opostas para determinados casos concretos, sem que tal fato denote qualquer inconsistência sistêmica na ordem jurídica (SARMENTO, 2002, p. 45).

O conflito que se pretende enaltecer neste trabalho pode ser considerado como de maior hierarquia, na medida em que defronta dois princípios de direito fundamental de matriz constitucional.

O art. 5º da Constituição deixa evidente em seu inciso XXXVI que “**a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada**”, enaltecendo a instituição do Estado Democrático de Direito, do respeito aos contratos e das relações estabelecidas em conformidade com a legislação pátria.

Ocorre que pouco antes, logo no art. 1º de nossa tábua axiológica fundamental, resta inserto no inciso III que “a dignidade da pessoa humana” é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e princípio fundamental inserto em nossa Constituição.

O próprio professor Sarmento, que é defensor intransigente dos direitos individuais e indisfarçadamente sustenta a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana sobre os demais princípios fundamentais, se rende à necessidade de preservação de um núcleo essencial dos direitos que estiverem em conflito. Nas palavras do próprio mestre:

Um limite que a doutrina impõe à ponderação de interesses é o respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. Considera-se que existe um conteúdo mínimo destes direitos, que não pode ser amputado, seja pelo legislador, seja pelo aplicador do Direito. Assim, o núcleo essencial traduz o “limite dos limites”, ao demarcar um reduto inexpugnável, protegido de qualquer espécie de restrição (SARMENTO, 2002, p. 111).

Nessa perspectiva, não há como fechar os olhos para a necessidade de aplicação do princípio da ponderação de interesses para solucionar os conflitos entre normas constitucionais, com a efetiva garantia de preservação de parte do direito em conflito, caso se revista da proteção hierárquica de que gozam os direitos fundamentais.

Essa técnica hermenêutica também deve se espalhar para o conflito inserto na legislação infraconstitucional quando claramente inspirada na norma constitucional, como sói acontecer no caso em estudo.

Todavia, como “ponderar” duas normas constitucionais? Há técnica para a adequação da necessária coexistência entre os textos normativos de matriz constitucional?

A melhor doutrina nacional e alienígena nos ensina que para o exercício dessa ponderação de interesses será necessário se valer dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

O professor Luís Roberto Barroso nos ensina com maestria os aspectos de relevo para a adequada compreensão desses princípios. Acompanhemos o raciocínio do mestre:

Nos últimos anos, há no Brasil uma novidade na hermenêutica jurídica, sobretudo na interpretação constitucional: o desenvolvimento e a difusão do princípio da razoabilidade.

[...] Cabe aqui observar que parte da doutrina, sobretudo a de origem alemã, costuma referir-se ao princípio da *proporcionalidade*, conceito em linhas gerais fungível com o da razoabilidade (BARROSO, 2001, p. 153-154, grifo do autor).

Logo a seguir, o professor esmiúça o tema e o esgota com uma didática incrível, conforme se verifica nas próximas linhas:

É razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar.

[...] Ao produzir normas jurídicas, o Estado normalmente atuará em face de circunstâncias concretas, e se destinará à realização de determinados fins a serem atingidos pelo emprego de determinados meios. Assim temos os fatores invariavelmente presentes em toda ação relevante para a criação do direito: os motivos (circunstâncias de fato), os fins e os meios... A razoabilidade é, precisamente, a adequação de sentido que deve haver entre tais elementos (BARROSO, 2001, p. 153, grifos do autor).

Estabelecido o conceito de razoabilidade, torna-se imperioso compreender os aspectos de **razoabilidade interna** e **razoabilidade externa**, para que se tenha em mente o exato alcance do instituto. Além disso, a visualização do chamado **princípio da proporcionalidade**, por guardar grande semelhança com o conceito de razoabilidade, reclama uma conceituação própria, conforme o professor Barroso teve grande êxito em formular:

Deve ela aferir-se, em primeiro lugar, dentro da lei. É a chamada **razoabilidade interna**, que diz com a existência de uma relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins. [...] De outra parte, havendo a

razoabilidade interna da norma é preciso verificar sua **razoabilidade externa**, isto é: sua adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo texto constitucional. [...] Além da adequação entre o meio empregado e o fim perseguido, a idéia de razoabilidade compõe-se ainda de mais dois elementos. De um lado, a *necessidade* ou *exigibilidade* da medida, que impõe verificar a inexistência de meio menos gravoso para a consecução dos fins visados [...] Neste caso, a razoabilidade se expressa através do princípio da vedação do excesso. Por fim, a razoabilidade deve embutir, ainda, a idéia de *proporcionalidade em sentido estrito*, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se a medida é legítima (BARROSO, 2001, p. 153, grifos do autor).

Como se pode perceber, as normas deverão ser analisadas por aspectos de razoabilidade interna, externa e da proporcionalidade em sentido estrito, sempre com foco nos motivos, nos fins e nos meios para o alcance do direito violado.

Cada vez mais, verifica-se a tendência da tradicional doutrina civilista para o enfoque constitucional da matéria. A busca pela preservação dos direitos fundamentais, pela preservação dos valores mais caros à sociedade integralmente considerada, culmina por entrar em rota de colisão com a multiplicidade de normas infraconstitucionais atuais. Muitas vezes, essas normas são editadas sem nenhum compromisso com os dogmas das relações privadas insculpidos em nosso Código Civil, demandando a utilização, como preservação do equilíbrio sistêmico, dos paradigmas constitucionais.

Não podemos descurar que eles, os paradigmas constitucionais, são como porto seguro para a coerência do sistema legal, se constituindo, inegavelmente, como o principal norte para a hermenêutica infraconstitucional.

Por ocasião de sua conferência na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, o professor doutor Gustavo Tepedino nos deu a exata noção desse enfoque constitucional, conforme podemos verificar no excerto seguinte:

O debate acerca da incidência das normas constitucionais nas relações de direito civil pode ser analisado sob pelo menos dois diferentes aspectos: do ponto de vista da evolução histórica, a partir da mudança do papel desempenhado pelo código civil no sistema de fontes; e do ponto de vista dogmático, verificando-se de que forma a incidência das normas constitucionais interfere nos institutos de direito civil e na teoria da interpretação. Que as normas constitucionais, e particularmente o rol de direitos e garantias individuais, possuem direta efi-

cácia nas relações de direito civil parece pouco a pouco constituir um consenso para a melhor doutrina, animada, sobretudo pelos debates doutrinários desenvolvidos na Alemanha, na Itália e em Portugal, nos últimos 30 anos [...] (TEPEDINO, 2006, p. 21).

Ocorre que mesmo o professor Tepedino, do alto de sua referenciada cátedra, não tem segurança para afirmar em que intensidade que a, em suas palavras, **constitucionalização do direito civil** pode ser identificada e seu estudo aprofundado, *in verbis*:

A intensidade e os limites de tal incidência é que ainda não se podem considerar objeto de consenso doutrinário, permanecendo nebuloso, por isso mesmo, o exato sentido técnico emprestado à chamada *constitucionalização do direito civil*, questões cujo desenlace requer uma apreciação, ainda que sintética, do contexto histórico em que se insere o debate (TEPEDINO, 2006, p. 23).

Ao nos propormos a desenvolver o presente trabalho, queríamos isolar os preceitos constitucionais que inspiram as normas aparentemente antagônicas, de molde a estabelecer o paradigma constitucional que sustente as relações contratuais – privilegiando o direito do credor – bem como o que dá base à preservação da dignidade humana – preservando o devedor. Com isso, esperamos contemporizar os sistemas e conjugar as normas, ponderando os interesses em conflito.

É precisamente este o enfoque que se pretende alcançar com o presente estudo. Não resta dúvida de que o credor não detém o poder de invadir, coercitiva e **ilimitadamente**, o patrimônio do devedor e de se imiscuir em sua esfera de disponibilidade. Quanto a isso não há dissenso.

Ultimamente, a estrada não parece ser de mão dupla, entretanto, quando se analisa o direito do devedor a se escusar de efetuar o pagamento do débito. No tema ora na ribalta, o direito subjetivo do devedor de proteger o seu salário, garantindo a manutenção de sua dignidade e, em última análise, os próprios alimentos de sua família, não pode ser confundido com a negativa de validade da autorização legal para se proceder à penhora de recursos que estejam disponíveis em suas contas bancárias.

Nessa esteira de raciocínio, o professor Pietro Perlingieri nos apresenta a análise do direito subjetivo, mantendo o olhar na perspectiva constitucional da análise do direito civil, dando claro enfoque na mitigação do direito subjetivo como individual e absoluto. O foco central passa a ser a coletividade, como manifestação do princípio da solidariedade. Vejamos o raciocínio do mestre:

No ordenamento moderno, o interesse é tutelado se, e enquanto for conforme não apenas ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade. Na maior parte das hipóteses, o interesse faz nascer uma situação subjetiva complexa, composta tanto de poderes quanto de deveres, obrigações, ônus. É nesta perspectiva que se coloca a crise do direito subjetivo. Este nasceu para exprimir um interesse individual e egoísta, enquanto que a noção de situação subjetiva complexa configura a função de solidariedade presente ao nível constitucional (PERLINGIERI, 2002, p. 121-122).

Prosseguindo na análise do tema e estabelecendo as premissas de sua construção intelectual, o professor Perlingieri torna-se ainda mais enfático:

São facilmente criticáveis aquelas concepções que, para salvar a noção de direito subjetivo, identificam, no poder da vontade que se exprime em forma arbitrária e absoluta, o princípio; e, nos limites, a exceção.

[...] O enfoque não é correto. No vigente ordenamento não existe um direito subjetivo – propriedade privada, crédito, usufruto – ilimitado, atribuído ao exclusivo interesse do sujeito, de modo tal que possa ser configurado como entidade pré-dada, isto é, preexistente ao ordenamento e que deva ser levada em consideração enquanto conceito, ou noção, transmitido de geração em geração. O que existe é um interesse juridicamente tutelado, uma situação jurídica que já em si mesma encerra limitações para o titular (PERLINGIERI, 2002, p. 121-122).

Importante parte de seu raciocínio se verifica na fixação dos limites externos à efetivação do direito subjetivo. Com efeito, o professor faz um interessante contraponto entre a tutela do direito individual frente ao interesse do coletivo, conforme podemos verificar amiúde:

Os chamados limites externos, de um ponto de vista lógico, não seguem a existência do princípio (direito subjetivo), mas nascem junto com ele e constituem seu aspecto qualitativo. O ordenamento tutela um interesse somente enquanto atender àquelas razões, também de natureza coletiva, garantidas com a técnica das limitações e dos vínculos. Os limites, que se definem externos ao direito, na realidade não modificam o interesse pelo externo, mas contribuem à identificação da sua essência, da sua função (PERLINGIERI, 2002, p. 122).

Na sequência, o mestre italiano joga uma pá de cal no assunto, reforçando a ideia e deixando inequívoca sua análise acerca do ocaso do direito subjetivo, *in verbis*:

As situações subjetivas sofrem uma intrínseca limitação pelo conteúdo das cláusulas gerais e especialmente daquela de ordem pública, de lealdade, de diligência e de boa-fé, que se tornaram expressões gerais do princípio da solidariedade. O ordenamento reconhece a propriedade de um bem, a titularidade de um crédito, somente enquanto o direito for exercido em conformidade com as regras; se assim não acontecer, o interesse não será nem reconhecido e nem tutelado (PERLINGIERI, 2002, p. 122).

Note-se que o professor ibérico não descura de tratar isonomicamente eventuais litigantes. A mitigação do direito subjetivo em prol da garantia da efetividade do princípio da solidariedade valeria, perfeitamente, tanto para o devedor como para o credor.

A inteligência do mestre salto aos olhos, na medida em que ele consegue atualizar o pensamento civilista sem ser tendencioso quanto ao enfoque em tal ou qual pretensão. O que se prestigia é o interesse social, é o princípio da solidariedade, é a higidez do sistema legal inspirado e parametrizado pela dogmática constitucional.

Palestrando durante o VI Ciclo de Conferências sobre o Direito da Crise Econômica, promovido pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, o doutor Gustavo Tepedino nos chama a atenção para a necessidade de sempre se buscar o norte, o fundamento de validade da norma, no seio da constituição. Nas palavras do professor:

Somente os valores constitucionais, no meio à diversidade de normas emanadas a cada dia, fruto de circunstâncias e lógicas setoriais variadas e contraditórias, podem oferecer ao magistrado e ao advogado os indispensáveis parâmetros de sistematicidade. É preciso, para tanto, assumir a Constituição Federal não já como Carta política, definidora de princípios voltados somente para o legislador, mas como norma jurídica, diretamente aplicável às relações de direito privado (TEPEDINO, 2004, p. 81).

Prosseguindo na exposição de seu raciocínio, o conferencista passa a analisar os efeitos sobre a execução contratual, os riscos da insolvência e do inadimplemento, e sobre a onerosidade do pagamento nas relações privadas, dentro do contexto de crise econômica:

A segunda ordem de efeitos apontada diz respeito diretamente à disciplina contratual e, em seu âmbito, aos dois riscos que, basicamente, o direito, e em particular o

direito contratual, tenta debelar. A rigor, não seria exagero dizer que toda a disciplina do direito privado se estrutura para debelar dois riscos: o da insolvência e o do inadimplemento. Não haveria sistema de trocas e relações comerciais se tais perigos não fossem minimizados pela ordem jurídica que, por isso mesmo, procura estabelecer mecanismos de proteção do crédito e dos contratantes. Contra o risco da insolvência tem-se o sistema de garantias, fidejussórias e reais. Já para fazer face ao eventual inadimplemento, estabelecem-se as cláusulas penais, moratória e compensatória, visando a dissuadir o contratante faltoso (TEPEDINO, 2004, p. 81).

Veja-se que, mesmo quando a preocupação com a preservação dos direitos humanos é o tema central do discurso, não há como descurar da necessidade de se revestir o credor de meios e alternativas tanto para a garantia da preservação de seu crédito quanto para a sua efetiva recuperação.

A argúcia do professor carioca reside em compreender, precisamente, a ampla ineficiência do sistema atual. Nem o credor se reveste de tutelas de crédito hábeis a lhe garantir recuperação coercitiva, nem o devedor está plenamente seguro face a eventuais abusos, conforme se verifica abaixo:

Pois bem: no momento de crise econômica, os expedientes que normalmente serviam à tutela do crédito se apresentam insuficientes. Os efeitos da crise na execução dos contratos são notados particularmente na exacerbão dos riscos apontados e na intensificação dos mecanismos de proteção colocados em funcionamento pelo Estado, muitas das vezes em sacrifício de princípios constitucionais indisponíveis (TEPEDINO, 2004, p. 81).

Não podemos fechar os olhos, convenhamos, para o fato de que aqueles que se entrincheiram na louvável e perene luta pela preservação do caráter humanístico nas relações privadas – aliás, como evidente na expressa menção acima sobre a suposta **exacerbão dos riscos apontados e na intensificação dos mecanismos de proteção** – não raras vezes pecam por não apresentar alternativa viável para o legítimo exercício do direito de cobrança e ignoram a maciça inadimplência que se verifica no sistema de crédito brasileiro.

Por seu turno, também não é difícil identificar discursos sustentando que os grandes lucros das instituições financeiras e de crédito mitigam a alegação de elevada inadimplência, descurando, todavia, do reflexo nefasto originado pela conduta do inadimplente, que se espraia por toda a sociedade.

Ao permitir que o inadimplente esteja inserido no seio da sociedade ostentando a “impunidade” ante sua inadimplência, alimenta-se um claro desequilíbrio nas relações privadas e gera-se um sentimento de insegurança do cidadão comum nas instituições, na medida em que este tem que honrar seus compromissos, geralmente a duras penas do trabalho e da privação de supérfluos.

Esse cidadão hipotético, ao perceber que o sistema não oferece meios ao credor para a efetiva invasão do patrimônio do inadimplente, passa a repensar, mesmo em perspectiva filosófica, qual conduta seria a mais razoável diante do quadro. Financiar os “grandes lucros dos bancos” em detrimento de privações pessoais ou gozar do crédito ilimitadamente, se sujeitando a mera limitação temporal para contratar (“nome sujo”)?

Ademais, nos parece contemporizar um erro com outro. Ora, se os lucros são desmedidos, pois que haja controle estatal sobre a atividade, seja na vertente regulatória, seja mesmo pela via tributária de viés extrafiscal. O que não é possível, *data venia*, é prestigiar um grupo isolado da sociedade com as benesses da **moratória jurisdicional**.

Com efeito, há hoje no Brasil, inegavelmente, um seleto grupo de centenas de milhares de nacionais que, por circunstâncias justificáveis ou não, goza do “direito de não pagar suas dívidas”, tendo garantido pela lei – e, como muitos propagam, pela própria constituição – o direito de inadimplência, escudados na míope interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana.

As garantias são inúmeras e desproporcionais ao inadimplente. Vejamos o próprio caso da proteção ao bem de família, outra norma (Lei Federal nº 8.009/90) de inegável correlação com o princípio fundamental mencionado.

É evidente que o conceito – proteção do único imóvel residencial – detém grande relevância social ao garantir a única moradia da família. Isso é inegável. A norma é adequada, entretanto? Parece-nos que não.

A garantia limita-se a proteger a única moradia, seja ela sumptuosa ou não. O devedor pode ostentar imóvel no valor de centenas de milhares de reais – e até superar a casa do milhão, como já tivemos a oportunidade de presenciar nos anos de lide forense – sem que haja instrumento para lhe obrigar a adquirir uma moradia mais modesta, preservando sua dignidade e honrando suas dívidas com a utilização do “troco” na mudança de residência.

Em havendo mais de um imóvel, existe a opção por exigir que a garantia recaia sobre o de menor valor, o que, a bem da verdade, pode gerar ainda mais injustiça. Imaginemos a hipótese do devedor

que tenha dois imóveis, um modesto, avaliado em sessenta mil reais, e outro médio, avaliado em duzentos mil reais. Esse devedor, que ostenta patrimônio imobiliário total de duzentos e sessenta mil reais, terá que entregar para pagamento de suas dívidas o bem de duzentos mil reais, assistindo à supressão de aproximadamente **oitenta por cento de seu patrimônio**. Caso esse mesmo devedor, entretanto, tivesse um único imóvel no valor de trezentos e cinquenta mil reais, não precisaria honrar nenhuma de suas dívidas. Isso parece ferir o princípio da isonomia, e pensamos assim o ser.

O quadro se reveste de ainda mais injustiça quando considerarmos que pela inadimplência do segundo, todos nós, inclusive eu e você, que me dá a honra de ler este breve estudo, temos as malsinadas “taxas de risco” calculadas levando em consideração a conduta leviana do devedor contumaz.

Qual seria então a melhor conduta para prestigiar o princípio da solidariedade, para beneficiar a sociedade como um todo? Proteger o patrimônio e a integralidade dos depósitos bancários do segundo devedor, ocasionando o crédito mais caro para a sociedade em geral, ou devassar a integralidade de seu patrimônio, honrando, ainda que em parte, suas dívidas, garantindo-lhe, obviamente, a manutenção de uma moradia modesta e de rendimentos suficientes às suas despesas de subsistência?

Indubitavelmente, nos parece que a segunda hipótese seja a que melhor prestigie o interesse da sociedade como um todo.

Acreditamos que proteger ilimitadamente o inadimplente é dar negativa de validade ao princípio da solidariedade, tão em voga no âmbito do direito civil em sua atual perspectiva constitucional.

Fere-se a sociedade em geral, pois quem paga a conta da inadimplência não são os credores. O reflexo da inadimplência é o repasse, através de altas taxas de juros, para toda a sociedade adimplente. Sociedade esta que sofre para honrar seus compromissos e obter um dos créditos mais caros do mundo.

A “conta”, como se diz popularmente, sempre sobra para a classe média, verdadeiro motor deste país, que não usufrui dos benefícios concedidos aos que vivem na linha de pobreza e nem dos incentivos concedidos ao setor produtivo.

Sobra-nos, infelizmente, o ônus de honrar a conta da inadimplência alheia, via elevadíssimas taxas de juros. A situação fica ainda pior, quando verificamos uma tendência doutrinária e jurisprudencial a referendar esse círculo vicioso.

Um dos diversos fatores gênese da inadimplência, inegavelmente, é a ineficiência dos meios de cobrança disponibilizados aos credores. Na lide forense, é consenso que o processo de cobrança, seja pelo rito comum, pelo rito monitorio, e mesmo pelo rito exe-

cutivo, não tem quase nenhuma efetividade quanto à excussão forçada do patrimônio do devedor.

A maioria absoluta dos processos de cobrança que chegam a bom termo o consegue mediante transação das partes, através de mútuas concessões, sem que haja nenhuma esperança, pela parte credora, ou temor, pela parte devedora, de que o Estado-juiz logrará êxito em invadir o patrimônio particular para saldar a dívida inadimplida.

E, quando o legislador concede ao credor meios mais contundentes para a constrição do patrimônio do devedor inadimplente, não são raras as vozes que bradam em defesa de direitos humanos exclusivos e egoístas, descuidando completamente da saúde do organismo social integralmente considerado.

Diante desse quadro, pintado com as fortes tintas do pragmatismo, faz-se necessária a interpretação e aplicação da lei processual com foco na preservação do princípio da solidariedade, resguardando as garantias individuais, preservando o núcleo duro dos direitos contrapostos e tratando isonomicamente os interesses em conflito.

3 A necessidade de mitigação do dogma da impenhorabilidade do salário

A Lei nº 11.382/2006, ao reformar o Digesto Procedimental, estabeleceu duas regras processuais aparentemente inconciliáveis, tornando mesmo inexequível uma delas se analisada com olhar estritamente pragmático.

As regras em conflito estão expressas nos arts. 649, IV, e 655-A, ambos do CPC, cuja transcrição é de rigor:

Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepíos; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo;

[...]

Art. 655-A. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução.

Considerando a miríade de hipóteses descritas no inciso IV, acima, doravante passaremos a tratar todas elas sob a alcunha de "salário", como expressão representativa geral.

Em análise amiúde e dentro da perspectiva constitucional observada anteriormente, podemos classificar a regra de impenhorabilidade como expressão do princípio fundamental que protege a dignidade da pessoa humana, na medida em que confere proteção ao salário, que é elemento essencial para a vida em qualquer sociedade capitalista.

Usando o mesmo exercício mental, podemos classificar a regra invasiva da intimidade bancária, mais conhecida como **penhora on-line**, como manifestação do princípio fundamental de garantia da proteção ao ato jurídico perfeito, aqui considerado sob a ótica da preservação da segurança das relações jurídicas.

A solução desse conflito através do método da ponderação de interesses, tal como tratado anteriormente, nos parece ser a única solução viável, preservando ambos os conteúdos normativos infraconstitucionais transcritos.

Sob outro enfoque, precisamos considerar que, ainda que a solução, para o conflito de normas constitucionais, seja individual e encontrada mediante análise de cada caso concreto, não poderemos perder de vista que essa análise é pano de fundo a celeuma maior.

Não restam dúvidas de que o caso concreto será dirimido à luz da legislação infraconstitucional, aliás, acima transcrita. Não é pretensão deste trabalho, já dissemos, negar validade às referidas disposições legislativas menores.

O que se pretende demonstrar é que as regras, ainda que revelem aparente antinomia, podem e devem conviver harmoniosamente, na medida em que são inspiradas por princípios fundamentais de matriz constitucional, que se digladiam constantemente num eterno embate de forças, sem que nunca haja vitória absoluta de qualquer deles, havendo prevalência momentânea e pontual de acordo com as circunstâncias peculiares do caso concreto.

Dessa forma, sustenta-se que os artigos 649 e 655-A do CPC não são monólitos intransponíveis. Não encerram questões estanques, não são irremediavelmente antagônicos e sempre deverão ser aplicados com profunda cognição do caso concreto.

A Lei 11.382/2006, atriz principal de nosso estudo, originalmente elaborada pelo Congresso Nacional, estabelecia limites para algumas das regras protetivas da impenhorabilidade.

Pode-se notar da redação original do § 3º do art. 649 do CPC, bem como a do parágrafo único do art. 650, fazendo o §3º referência expressa ao mandamento contido no inciso IV, do pró-

prio art. 649, que a proteção ao salário encontrava limitação quantitativa, conforme se verifica abaixo:

“§ 3º Na hipótese do inciso IV do *caput* deste artigo, será considerado penhorável até 40% (quarenta por cento) do total recebido mensalmente acima de 20 (vinte) salários mínimos, calculados após efetuados os descontos de imposto de renda retido na fonte, contribuição previdenciária oficial e outros descontos compulsórios.”

“Parágrafo único. Também pode ser penhorado o imóvel considerado bem de família, se de valor superior a 1000 (mil) salários mínimos, caso em que, apurado o valor em dinheiro, a quantia até aquele limite será entregue ao executado, sob cláusula de impenhorabilidade.”

De destaque o fato de o parágrafo único apresentar limitação ao único imóvel residencial, também chamado “bem de família”, conforme já abordado anteriormente, e, a par de só tocar tangencialmente na matéria ora tratada, ser de suma relevância para a reflexão sobre o pensamento do Congresso Nacional naquele instante.

Entretanto, o Presidente da República entendeu por bem vetar a regra legal acima, através da Mensagem nº 1.047/2006, o tendo feito com os seguintes argumentos:

O Projeto de Lei quebra o dogma da impenhorabilidade absoluta de todas as verbas de natureza alimentar, ao mesmo tempo em que corrige discriminação contra os trabalhadores não empregados ao instituir impenhorabilidade dos ganhos de autônomos e de profissionais liberais. Na sistemática do Projeto de Lei, a impenhorabilidade é absoluta apenas até vinte salários mínimos líquidos. Acima desse valor, quarenta por cento poderá ser penhorado.

A proposta parece razoável porque é difícil defender que um rendimento líquido de vinte vezes o salário mínimo vigente no País seja considerado como integralmente de natureza alimentar. Contudo, pode ser contraposto que a tradição jurídica brasileira é no sentido da impenhorabilidade, absoluta e ilimitada, de remuneração. Dentro desse quadro, entendeu-se pela conveniência de opor veto ao dispositivo para que a questão volte a ser debatida pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral.

Em que pese Sua Ex.^a ter reconhecido a razoabilidade da proposta de limitação, entendeu-se pela conveniência de opor veto ao dispositivo para que a questão voltasse a ser debatida pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral. Na mesma Mensagem, o Sr. Presidente da República desperdiçou outra grande opor-

tunidade de inovação do sistema, ao não permitir a criação de um limite financeiro para o enquadramento de imóveis na condição de **bem de família**. Vejamos a justificativa presidencial:

Na mesma linha, o Projeto de Lei quebrou o dogma da impenhorabilidade absoluta do bem de família, ao permitir que seja alienado o de valor superior a mil salários mínimos, ‘caso em que, apurado o valor em dinheiro, a quantia até aquele limite será entregue ao executado, sob cláusula de impenhorabilidade’. Apesar de razoável, a proposta quebra a tradição surgida com a Lei nº 8.009, de 1990, que ‘dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família’, no sentido da impenhorabilidade do bem de família independentemente do valor. Novamente, avaliou-se que o vulto da controvérsia em torno da matéria torna conveniente a reabertura do debate a respeito mediante o voto ao dispositivo.

A análise recebe contornos ainda mais curiosos quando nos deparamos com a regra do inciso X, que claramente determina que “até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos a quantia depositada em caderneta de poupança” será impenhorável.

A inteligência do voto quer fazer crer que será razoável limitar a proteção da poupança a um valor reduzido, que não se presta a comprar sequer um carro popular novo, mas, em contrapartida, também será razoável garantir proteção ilimitada ao salário, ainda que represente vultosa quantia.

Vale lembrar que a ação coercitiva do Estado, através do Poder Judiciário, deve estar preparada para resolver todo tipo de situação concreta. Daí a necessidade de a lei ser geral e abstrata.

A proteção dos pequenos devedores, das pessoas que momentaneamente estejam atravessando dificuldades financeiras, é medida humanitária e se amolda perfeitamente à necessidade de prestigiar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, não restam dúvidas de que há devedores resolutos, maus pagadores contumazes, que ostentam alto padrão de vida e usufruem de pomposos rendimentos, agora protegidos ilimitadamente pela regra aqui questionada.

Importante lembrar que este estudo não se arvora *contra legem* ou tem a pretensão de sustentar a penhorabilidade absoluta de salários, ignorando por completo o louvável caráter humanístico que encerra o princípio fundamental da dignidade da pessoa.

O objetivo é apresentar alternativa razoável para a convivência do instituto da penhora *on-line*, com a preservação da impenhorabilidade do salário, tal como esclarecido alhures.

Desse gancho pode-se extrair que o projeto de lei elaborado pelo Congresso Nacional era coerente e harmonioso quando esti-

pulava limites, tendo sido descaracterizado com o voto presidencial acima, que possibilitou a coexistência de disposições aparentemente antagônicas.

Não pretendemos fazer juízo de valor acerca dos limites apresentados na redação original, mas sim quanto ao espírito da norma. Limitar a quantia do “salário impenhorável” e fixar parâmetro para a caracterização de “bem familiar” era, e ainda é, providência oportuna e necessária e prestigiaria o princípio da solidariedade. Não foi dessa vez, contudo. Valendo pontuar a perda da oportunidade em avançarmos positivamente no campo legal.

O pensamento levado ao extremo nos conduz a um aparente beco sem saída, pois o devedor sempre terá a faculdade de vir aos autos afirmar que a quantia penhorada em sua conta bancária é proveniente de seu salário e possuirá, inclusive, documentos hábeis à prova de suas alegações.

Aliás, é justamente essa a providência que vem sendo tomada hodiernamente pelos devedores nos processos de cobrança, logrando grande êxito em negar validade ao mandamento processual que instituiu a penhora *on-line*.

A afirmação parece contundente, mas a prática forense nos força a concluir que a negativa de vigência que tem sido aplicada pelos Tribunais ao art. 655-A do CPC advém de um silogismo pueril: **se todo o dinheiro recebido como remuneração é, em regra, depositado em conta bancária, toda penhora on-line ofenderia a regra do art. 649 do CPC.**

É evidente que o silogismo em questão nunca será utilizado para fundamentar uma decisão judicial ante sua pobreza técnica, que é absolutamente incompatível com a inteligência dos magistrados pátrios.

A implicação pragmática das decisões com que nos deparamos comumente, entretanto, nos leva a essa conclusão, que nos chega repleta de preocupação com os rumos da evolução do entendimento jurisdicional, ainda sem manifestação relevante de nosso STJ.

A bem da verdade, o que se infere das decisões em massa que são catapultadas para fora dos gabinetes dos julgadores é que há uma clara opção por aplicar o dispositivo legal proibitivo da penhora sobre os salários, com nítida escolha da interpretação literal, em detrimento da teleológica e mesmo da sistemática, que seriam bem mais recomendáveis por todos os compêndios de hermenêutica.

Nessa perspectiva, nos resta nos socorrermos do novel **Princípio da Cooperação**, que sem afastar a posição de *tertium genus* do juiz, e sem sugerir que este assuma o condenável papel de legislador positivo, labore na busca de garantir a almejada efetividade do processo.

Discorrendo sobre o Princípio da Cooperação, novamente trazemos à baila a narrativa do professor Freddie Didier Jr., que pode trazer luz ao debate:

Atualmente, prestigia-se no direito estrangeiro – mais precisamente na Alemanha, França e em Portugal –, e já com alguma repercussão na doutrina brasileira, o chamado princípio da cooperação, que orienta o magistrado a tomar uma posição de agente-colaborador do processo, de participante ativo do contraditório e não mais a de um mero fiscal de regras.

Essa participação não se resumiria à ampliação dos seus poderes instrutórios ou de efetivação das decisões judiciais (arts. 131 e 461, e 461, §5º, CPC).

[...] Encara-se o processo como o produto de atividade cooperativa: cada qual com as suas funções, mas todos com o objetivo comum, que é a prolação do ato final (decisão do magistrado sobre o objeto litigioso) (DIDIER JR., 2008, p. 58-59).

Em outras palavras, mas com o mesmo conteúdo doutrinário, o professor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira nos dá mostras de seu conhecimento sobre o assunto, deixando clara a necessidade de participação ativa do magistrado na solução do conflito de interesses. Nas palavras do mestre:

Semelhante cooperação, além disso, mais ainda se justifica pela complexidade da vida atual, mormente porque a interpretação da *regula iuris*, no mundo moderno, só pode nascer de uma compreensão integrada entre o sujeito e a norma, geralmente não unívoca, com forte carga de subjetividade. Entendimento contrário padeceria de vício dogmático e positivista. Exatamente em face dessa realidade, cada vez mais presente na rica e conturbada sociedade de nossos tempos, em permanente mudança, ostenta-se inadequada a investigação solitária do órgão judicial. Ainda mais que o monólogo apouca necessariamente a perspectiva do observador e em contrapartida o diálogo, recomendado pelo método dialético, amplia o quadro de análise, constrange à comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado (OLIVEIRA, 1999, p. 139).

Da análise dessa nova perspectiva que se propõe, concluímos que ao julgador incumbirá não só avaliar e sopesar isonomicamente os interesses em conflito, como também deverá mesmo se imiscuir nas entranhas do processo, para que possa compreender plenamente as vicissitudes de cada caso concreto, de molde a se municiar de elementos para solucionar adequadamente os conflitos dessa natureza que lhe forem apresentados.

Outra questão que aquece o pensamento, pontuamos, é a **limitação temporal do salário**. Por quanto tempo a quantia depositada – originalmente oriunda de remuneração pelo labor – deveria ostentar o status de “salário”?

Como estabelecido no início deste capítulo, partimos do princípio de que todo dinheiro que ingressa no patrimônio do “homem médio” advém de seu labor, sendo aqui tratado genericamente como “salário”.

Ousamos sustentar que o status de “impenhorável” deva gravar o numerário por período nunca superior a trinta dias, tendo em vista a praxe remuneratória que graça pela maioria absoluta dos segmentos da sociedade e das relações de trabalho.

Sendo assim, caberia ao devedor provar que o dinheiro penhorado teria sido recebido no decorrer do trintídio imediatamente antecedente, sob pena de ser descaracterizada a classificação “salarial” que lhe conferiria escudo intransponível contra as investidas credoras.

A incumbência do devedor em provar a adequação do dinheiro ao disposto no art. 649, IV, CPC, já está expressa no § 2º do art. 655-A, CPC, valendo a conclusão acima como interpretação sistemática dos institutos.

Comungando desse mesmo entendimento, encontramos prudente análise jurisdicional do tema em comento, da pena de um profícuo magistrado federal do Tribunal Regional Federal da Segunda Região, julgando ação monitória perante a Terceira Vara Federal de Volta Redonda.

Incialmente, o magistrado elabora um breve relatório sobre o processo, estabelecendo as premissas que estão em discussão *in casu*, especificamente quanto à caracterização da quantia que foi encontrada na conta da devedora como sendo salarial ou não. Diz a pena de Sua Ex.^a o juiz federal Valter Shuenquener de Araújo:

Efetivada a penhora *on line* (fls. 69/70), a parte ré impugnou a execução (fls. 72/74), sob o fundamento de que a penhora teria recaído sobre o bem impenhorável, eis que os valores constantes da conta penhorada seriam provenientes de proventos de aposentadoria.

[...] Fundamenta a parte impugnante sua insatisfação no fato de que a penhora *on line* teria recaído sob bem impenhorável, razão pela qual a impugnação há que ser admitida nos termos do art. 475-L, III, do CPC.

No entanto, no mérito, não assiste razão à parte impugnante, já que os documentos apresentados nas fls. 76/81 indicam, de fato, ser a mesma titular de um benefício previdenciário de Aposentadoria concedida pelo INSS [...] e que houve bloqueio judicial na conta bancária em que a Executada recebe seus proventos (BRASIL, 2009).

No mérito, ao valorar o conjunto probatório dos autos, o juiz conclui que, apesar de o numerário advir de **benefício previdenciário**, as circunstâncias fáticas não autorizariam a manutenção do status de impenhorabilidade originalmente conferido à quantia bloqueada. Vejamos as palavras do juiz federal:

Entretanto, referidos documentos, por si só, não demonstram que o valor bloqueado a fls. 69 teria caráter alimentar, haja vista que o caráter alimentar não decorre simplesmente do fato de o valor ser oriundo do pagamento de salários, proventos de aposentadoria ou pensão.

Verba de caráter alimentar é aquela necessária ao atendimento das necessidades essenciais à sobrevivência do destinatário.

Desta forma, os valores recebidos a título de salários, proventos de aposentadoria ou pensão embora sejam presumidos, em princípio, como de natureza alimentar, podem perder referida característica, por exemplo, caso não sejam absorvidos pelos custos originados das necessidades essenciais do destinatário, ocasionando “sobras de dinheiro” que serão aproveitadas em aplicações financeiras, poupanças ou até mesmo mantidas em depósito em conta-corrente (BRASIL, 2009).

Ao final, o magistrado demonstra profunda sapiência na aplicação da lei ao caso concreto, na medida em que extrai do texto da norma seu real significado, aplicando a parte que deixa inequívoca a titularidade do *onus probandi* quanto à natureza salarial do crédito identificado na conta do devedor:

Destarte, para demonstrar a natureza salarial do valor bloqueado a fls. 69 não basta à parte executada comprovar que os valores que percebe são oriundos de pagamentos de pensão e/ou aposentadoria, devendo, outros-sim, demonstrar, efetivamente, que o numerário bloqueado não diz respeito às tais “sobras de dinheiro” não absorvidas, no mês, por seus custos de manutenção normais.

Cabe destacar, ademais, que, segundo consta do artigo 655-A, §2º do Código de Processo Civil (com redação determinada pela Lei nº 11.382/2006), cabe ao executado comprovar nos autos a impenhorabilidade dos valores bloqueados (BRASIL, 2009).

Como se percebe da mera leitura da decisão acima, o juiz optou pela prudente análise pormenorizada do caso concreto, evitando soluções pré-moldadas e convicções preconcebidas acerca do conflito de interesse específico que lhe foi apresentado.

Analisando aquilo com que a doutrina processual mais atualizada pode contribuir para o estudo em foco, é de se reconhe-

cer que os aspectos processuais que envolvem a controvérsia são muito mais amplos do que pode parecer à primeira vista.

O processo, analisado como *procedere*, como o que deve andar para frente, como o meio para o alcance do direito subjetivo vilipendiado, traz várias lições que, como diria o professor Caio Mário da Silva Pereira, calçam “como luva bem ajustada” a hipótese em foco.

Dentre essas lições, chama atenção a inteligência do professor Alexandre Câmara, que, citando Chiovenda, assim discorreu sobre o Princípio da Efetividade da Execução Forçada:

Trata-se de mera aplicação, *in executivis*, do princípio da efetividade do processo, já tantas vezes estudado pela doutrina. Este princípio pode ser resumido numa frase que tem servido de *slogan* ao moderno Direito Processual: “O processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir” (CÂMARA, 2004, p. 152).

Com essas sábias palavras, fica evidente que as normas processuais em estudo podem coexistir e não apresentam antinomia entre si, desde que o aplicador do direito as interprete sistematicamente com o ordenamento processual.

Os princípios da solidariedade, da dignidade da pessoa e da proteção ao ato jurídico perfeito podem perfeitamente ser conjugados, prestigiando e validando plenamente as normas processuais estudadas.

Incumbe ao Poder Judiciário, guardião maior da aplicação da lei, dar aplicação equidistante dos comandos legais estudados, contribuindoativamente para o almejado alcance da efetividade do processo, com o que alcançaremos o primado de um Poder Judiciário ágil, célere e sobremaneira justo.

Conclusão

Capital, investimento, financiamento e trabalho são conceitos muito antigos – até mesmo formulados em palavras arcaicas – e representam o grande motor da atividade econômica da raça humana.

A regulação jurídica dessas relações, sobremaneira e mais especificamente a relação de crédito e débito, na sua vertente cobrança e pagamento, é atividade estatal de *per se*, que suplanta a relação privada, sem descurar da preservação do princípio da autonomia da vontade.

Cabe ao Direito Processual Civil o fornecimento dos meios, da instrumentalidade, para que a relação de cobrança se ultime, pos-

sibilitando ao credor reaver coercitivamente o capital emprestado em face do devedor inadimplente.

Em contrapartida, também ao Direito Processual Civil incumbirá prover meios ao devedor de não sofrer abusos desmedidos, preservando-lhe a dignidade nos termos da Constituição.

A atual perspectiva constitucional do direito civil nos remete à necessidade de preservação da sociedade como organismo complexo e interligado, buscando a higidez do sistema processual através da manutenção do foco na fonte inspiradora de todo o ordenamento jurídico – a Constituição Federal.

O princípio da solidariedade, portanto, exsurge como melhor norte para a interpretação e aplicação prática dos demais princípios constitucionais, garantindo a preservação da dignidade da pessoa humana, sem descurar da preservação do princípio da isonomia.

A ponderação de interesses nos permite valorar as normas constitucionais através de critérios de razoabilidade e de proporcionalidade, possibilitando resolver o conflito aparente de normas constitucionais sem que haja negativa de validade do texto constitucional.

A preservação de um conteúdo mínimo do direito afastado, pela necessidade de corrigir injustiça, ante pontual e momentânea prevalência de outra norma constitucional, garante a higidez do sistema e preserva a Constituição Federal como a verdadeira manifestação do poder constituinte originário.

A conjugação entre as normas processuais que possibilitam a garantia da proteção do salário frente à possibilidade de penhora de crédito diretamente em conta bancária pode ser realizada sem que haja antinomia entre as disposições do CPC.

Em outras palavras, a lei deve tanto permitir que o devedor deposite seu salário em conta bancária, quanto que o credor possa penhorar o numerário nela depositado. Os limites serão sempre fixados pelo julgador, que deverá avaliar as circunstâncias do caso concreto.

A dignidade da pessoa humana e a garantia do ato jurídico perfeito são os fundamentos de validade das normas processuais esculpidas nos arts. 649 e 655-A do CPC, cuja momentânea prevalência de uma ou outra só poderá ser aferida mediante análise jurisdicional do caso concreto.

A mesma situação de direito que em um caso proíba a penhora de quantia depositada em conta bancária poderá autorizá-la alhures, mediante circunstâncias específicas e pontuais analisadas pelo julgador, ainda que se trate de quantia originalmente proveniente de salários.

O crédito oriundo de salário deverá ostentar essa qualidade pelo período máximo de trinta dias, lapso temporal adequado e

compatível com um ciclo completo na vida econômica do homem médio.

A análise aprofundada do caso concreto será sempre realizada tendo por norte o princípio da cooperação, com vistas a permitir que o magistrado tenha atuação marcada pela colaboração na busca da melhor solução para o litígio.

Referências

- BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Reimpressão. Rio de Janeiro. Livraria Almedina. 1994.
- BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional.** 1. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Embargos de divergência no recurso especial 390197/PR. Embargante: Caixa Econômica Federal – CEF. Embargado: José Carlos Lopes e outros. Relator: Ministro José Delgado. Brasília, 5 de outubro de 2005. DJ: 14/11/2005.
- _____. Terceira Vara Federal de Volta Redonda. Ação Monitória 2007.51.04.000337-5. Autor: Caixa Econômica Federal. Ré: Ângela Silva Azevedo. Relator: juiz federal Valter Shuenquener de Araújo. Volta Redonda, 23/11/2009. DOU: 26/11/2009.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil.** 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.
- DIDIER JR., Freddie. **Curso de direito processual civil.** Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 9. ed. São Paulo. JusPodium, 2008. v. 1.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 9. ed. São Paulo: Atlas S/A, 2001.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Garantias constitucionais do processo civil.** São Paulo: RT, 1999.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil:** introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal.** 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- _____. **Temas de direito civil – Tomo II.** 1^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Fundamentos da imunidade tributária recíproca e sua aplicação às empresas públicas federais – posicionamento do Supremo Tribunal Federal

Lenymara Carvalho

Advogada da CAIXA em Brasília

Pós-graduada em Direito Tributário pela

Universidade de Brasília

Pós-graduada em Direito Público pela Faculdade de

Ciências Jurídicas do Planalto Central

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo traçar os fundamentos da interpretação das normas constitucionais atribuída pelo Supremo Tribunal Federal quanto à extensão da imunidade tributária recíproca às empresas públicas. Analisando os métodos de interpretação e detalhadamente, o instituto da imunidade tributária recíproca e o ente empresa pública, busca-se compreender como, diante de uma interpretação sistemática das normas, se pode alcançar uma interpretação que se afasta do texto literal da Constituição, mas alcança a sua real finalidade, concretizando e dando efetividade aos seus comandos.

Palavras-chave: Empresa pública. Imunidade tributária recíproca. Supremo Tribunal Federal. Interpretação.

ABSTRACT

This paper aims to outline the fundamentals of constitutional interpretation given by the Supreme Court regarding the extent of reciprocal tax immunity to public companies. Analyzing the methods of interpretation and detail, the Institute of reciprocal tax immunity and being a public company, we seek to understand how the face of a systematic interpretation of the rules can achieve an interpretation that differs from the literal text of the Constitution, but it reaches its true purpose, realizing and giving effectiveness to their commands.

Keywords: Public company. Reciprocal tax immunity. Supreme Court. Interpretation.

Introdução

O Supremo Tribunal Federal é levado diariamente a resolver questões que demandam a utilização das mais diversas formas de interpretação, ocorrendo de tempos em tempos mudanças nas conclusões dos seus julgamentos, principalmente no que tange a uma de suas finalidades precípuas, qual seja, a aplicação e defesa das normas constitucionais.

Uma dessas situações tem sido enfrentada já há algum tempo pelo Supremo, com ênfase nos últimos anos, em razão da extensão da interpretação firmada.

O nosso sistema tributário prevê como uma limitação ao poder de tributar dos entes políticos a impossibilidade de um ente tributar o outro, impondo a proibição de se instituir impostos sobre determinadas atividades das pessoas políticas. Tal limitação é estendida às autarquias e fundações públicas pela própria Constituição, em razão da especial atuação de tais entidades junto aos entes estatais.

Ocorre que existem outras pessoas jurídicas de direito privado que atuam também ao lado do Estado, realizando atividade pública, e não se justifica a imposição de tributos a elas, apesar da omissão da Constituição nesse sentido.

É diante dessa realidade que o Supremo Tribunal Federal (STF), interpretando em conjunto os dispositivos constitucionais, tem estendido a imunidade tributária recíproca também às empresas públicas que atuam ao lado do Estado, prestando serviços públicos, em regime de exclusividade, ou seja, quando realizam um serviço próprio do Estado que a elas foi delegado, mas que não deixa de ser público em razão de ser exercido por ente de natureza privada.

Tal posicionamento tem como ponto de partida a interpretação das normas constitucionais, por diversos métodos, levando em consideração os aspectos históricos, as finalidades e a conjugação dos dispositivos constitucionais.

Na primeira seção deste artigo, exporemos as principais características das empresas públicas, suas funções e espécies e, na segunda, o instituto da imunidade tributária recíproca, seus fundamentos e a sua aplicação no direito brasileiro.

Ainda demonstraremos, diante das características das empresas públicas, as razões para que também sejam alcançadas pela limitação constitucional tributária da imunidade recíproca.

Finalizando, apresentaremos crítica positiva à atuação do STF, que, interpretando os dispositivos constitucionais e analisando a essência de cada tipo de empresa pública, conclui por estender a imunidade tributária recíproca a algumas delas, diante de circuns-

tâncias específicas que serão detalhadamente expostas no presente trabalho.

1 Conceito e características das empresas públicas

O Estado, para execução de suas atividades administrativas, é organizado por meio de unidades interiores, os seus órgãos, e de pessoas jurídicas criadas para auxiliá-lo. Assim, ele poderá desenvolver as atividades por si ou por meio de outros sujeitos. A cada unidade é atribuída uma competência com a finalidade de realizar tais atividades administrativas. Essas competências são constitucionalmente previstas a encargo do Estado, que, se as realiza por si próprio, as mantêm centralizadas, mas, como se vê, podem ser transferidas a outras pessoas, quando se tem a chamada “descentralização”.

Na centralização, portanto, o Estado atua diretamente por meio de seus órgãos, unidades sem personalidade jurídica que compõem a administração pública direta. Assim nos ensina Gasparine (2005, p. 301):

Diz-se que a prestação ou a execução dos serviços públicos é centralizada quando a atividade, sobre integrar o aparelho administrativo do Estado, é realizada por meio de órgãos que o compõem, em seu próprio nome e sob sua inteira responsabilidade. O serviço vai da Administração Pública, que o executa e explora, ao administrador, seu beneficiário último, sem passar por interpôsta pessoa.

De modo diverso, na descentralização, o Estado atua indiretamente, já que o faz por meio de outras pessoas, que podem ou não constituir parte da administração. Mais uma vez o mestre Gasparine (2005, p. 301) é bastante claro:

A prestação de serviços públicos é descentralizada na medida em que a atividade administrativa (titularidade e execução) ou a sua mera execução é atribuída a outra entidade, distinta da Administração Pública, para que a realize. Desloca-se a atividade, ou tão-só o seu exercício, da Administração Pública central para pessoa jurídica, esta privada, pública ou governamental. O serviço vai da Administração Pública, seu titular, ao administrador, seu beneficiário último, através de uma interpôsta pessoa jurídica, esta privada, pública ou governamental, que o executa e explora.

Temos nesse caso a administração pública indireta, que é o conjunto de pessoas administrativas que têm por objeto desempenhar as atividades de forma descentralizada.

Conclui-se, portanto, que o Estado pode atuar de forma direta, quando exerce ele próprio a atividade administrativa, ou de forma indireta, quando transfere as competências para outras pessoas. Sendo esses responsáveis parte do próprio Estado, e criados com a finalidade de receber competências administrativas, temos a administração pública indireta.

A administração pública indireta se compõe pelas entidades denominadas autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas.

As autarquias e fundações públicas possuem personalidade jurídica de direito público, titularizam interesses públicos e são dotadas exclusivamente de capacidade administrativa. São criadas para a prestação de serviços públicos, cuja a titularidade e a execução a elas são trespassadas.

As sociedades de economia mista e as empresas públicas possuem personalidade jurídica de direito privado e delas se vale o Estado para possibilitar a execução de alguma atividade de seu interesse com maior flexibilidade, para prestação de serviços públicos ou para a exploração de atividades econômicas. O Estado a tanto foi compelido a criar tais entidades, como afirma Mello (2008, p. 88), com a finalidade de ganhar mais eficiência ou, em certos casos, pela natureza peculiar da atividade que não se compatibilizava com outro meio de ação.

Neste trabalho, vamos nos ater à figura da empresa pública.

De acordo com o conceito legal exposto no Decreto-Lei nº 200/67, empresa pública é:

a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força da contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.

Esse conceito traduz as principais características das empresas públicas. É, em primeiro lugar, um instrumento de ação do Estado e, apesar de ter personalidade jurídica de direito privado, possui interesses além dos meramente privados.

Elemento de extrema relevância é a natureza jurídica atribuída a elas, pessoas jurídicas de direito privado, como as empresas particulares. No entanto, como se trata de entidades criadas com o fim de auxiliar o Estado, atuar ao lado do Estado, tal regime também **lhes atribui** características de direito público, dando origem a um regime híbrido, pois o direito privado é parcialmente derrogado pelo direito público. Isso porque a natureza jurídica é

mero elemento, contraposto à especial finalidade de criação da empresa pública, que é ser um sujeito auxiliar do Estado.

Resta claro, diante dos fins pelos quais são criadas, que empresas públicas podem ser destinadas à exploração de atividade econômica ou à execução de serviços públicos.

A Constituição dispõe em momentos diversos sobre tais formas, aquelas que exploram atividade econômica, em razão de extrema relevância, pois competem às empresas privadas (artigo 173) e àquelas que prestam serviços públicos, que são atividades peculiares ao Estado (artigo 175).

A exploração de atividade econômica, em princípio, compete às empresas privadas e, excepcionalmente, em razão de relevância nacional, será atribuída ao Estado.

Já as que prestam serviços públicos ou coordenam a execução de obras públicas exercem atividades claramente pertinentes ao Estado, que, para um melhor gerenciamento, transfere tais atividades às empresas públicas criadas para atender a essa finalidade.

Vê-se que, no primeiro caso, as empresas públicas possuem então uma natureza jurídica híbrida, já que se sujeitam aos princípios do direito administrativo, mas ao mesmo tempo atuam em concorrência às empresas privadas.

É por essa constatação que a Constituição da República, no próprio artigo 173, veda a concessão de privilégios às empresas públicas que não sejam extensivos às empresas privadas. Porém, tal limitação abarca somente aquelas empresas públicas que explorem atividade econômica. Esta é a precisa lição de Mello (2008, p. 191):

No primeiro caso, é compreensível que o regime jurídico de tais pessoas seja o mais próximo possível daquele aplicável à generalidade das pessoas de Direito Privado. Seja pela natureza do objeto de sua ação, seja para prevenir que desfrutem de situação vantajosa em relação às empresas privadas – às quais cabe a senhoria no campo econômico –, comprehende-se que estejam, em suas atuações, submetidas a uma disciplina bastante avizinhada da que regula as entidades particulares de fins empresariais.

Já as empresas públicas prestadoras de serviços públicos possuem peculiaridades especiais, uma vez que são uma continuação das pessoas políticas, criadas especialmente para atender às necessidades públicas. Por isso, “é natural que sofram o influxo mais acentuado de princípios e regras de Direito Público, ajustados, portanto, ao resguardo do interesse desta índole” (MELLO, 2008, p. 192).

2 A imunidade tributária recíproca como limitação ao poder de tributar

O artigo 150 da Constituição da República dispõe acerca das limitações ao poder de tributar do Estado. Entre essas limitações, temos as chamadas imunidades, ou seja, regras que denegam a própria competência tributária, inibindo o seu exercício em relação a certas hipóteses.

Segundo conceito longamente trabalhado por Costa (2006, p. 52), imunidade tributária é

a exoneração fixada constitucionalmente, traduzida em norma expressa impeditiva da atribuição de competência tributária ou extraível, necessariamente, de um ou mais princípios constitucionais, que confere direito público subjetivo a certas pessoas, nos termos por ela delimitados, de não se sujeitarem à tributação.

As imunidades exteriorizam vedação absoluta ao poder de tributar, nos limites traçados pela Constituição. Não haverá ocorrência do fato gerador, não haverá nascimento de obrigação nem do crédito tributário.

Na precisa lição do ilustre Martins (1998, p. 32):

A imunidade, portanto, descortina fenômeno de natureza constitucional que retira do poder tributante o direito de tributar, sendo, pois, instrumento de política nacional que transcende os limites fenomênicos da tributação ordinária.

[...]

Há um interesse nacional superior a retirar do campo da tributação, pessoas, fatos considerados de relevo.

Para o nosso estudo, é importante nos debruçarmos sobre a imunidade tributária recíproca do artigo 150, VI, a:

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

[...]

VI – instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

A imunidade tributária recíproca constitui instrumento que o constituinte considerou fundamental para manter a democracia, por isso é a mais antiga exoneração constitucional tributária, surgindo com a primeira Constituição republicana, que adotou a forma federativa de Estado (1891), sendo contemplada por todas as demais Constituições que tivemos. Visa a impedir que os entes

políticos tenham seu patrimônio, renda e serviços tributados por meio de impostos. É, portanto, decorrência da forma federativa de Estado.

A federação é a soberania externa de um Estado, formado pela união de diversos entes. No federalismo coexistem as três soberanias: a federal, a dos estados-membros e a dos municípios, com constituições próprias. Nascem sempre de um pacto que une os povos física, moral e economicamente.

Dentro dessa forma de Estado, a isonomia entre os entes que o compõem é base estrutural, não podendo um se sobrepor ao outro, devendo conviver em harmonia.

A federação determina uma autonomia recíproca entre a União, os estados-membros e os municípios; impositiva é a isonomia entre as pessoas políticas e dessa reciprocidade deflui a vedação da tributação, também recíproca, em matéria de impostos que lhes toquem o patrimônio, a renda e os serviços, norma de cunho constitucional.

Dessa maneira, a proibição de um ente tributar o outro se traduz em princípio garantidor da federação, numa verdadeira projeção concretizadora desse postulado constitucional, e por isso mesmo é considerado cláusula pétrea, não podendo ser ofendido por modificação legislativa (artigo 60, § 4º da Constituição da República).

A imunidade tributária recíproca visa a resguardar a incolumidade do regime federativo, evitando que as unidades federadas interfiram, pela via da tributação, na área de competência e autonomia uma das outras, e sendo indispensável à preservação institucional dessas unidades.

Como se percebe, o princípio do Estado federado toma relevância maior, ou, como destaca o mestre Aliomar Baleeiro, se reveste de dupla importância, pois diz respeito não só ao aspecto político, mas também ao financeiro. Comenta o ilustre autor:

[...] ao conferir maior renda tributária a Estados, Distrito Federal e Municípios, quer pela participação de um ente estatal no produto da arrecadação de outro, quer pela participação em fundos de redistribuição, quer pela atribuição mais lata de competência tributária, a Constituição dotou-os de maior autonomia política, legislativa e financeira. Sem dúvida, especialmente o crescer da autonomia político-jurídica do Estado federal é que configura o fruto e reflexo de um ser democrático de direito (BALEEIRO, 2000, p. 124).

Outro fundamento da imunidade tributária é a supremacia do interesse público sobre o privado, beneficiando o patrimônio,

a renda e os serviços de cada pessoa política como instrumentalidades para o exercício de suas funções públicas. Destaca-se com isso que as pessoas políticas não realizam gastos privados, e sim gastos públicos, decorrentes de suas funções constitucionais, que não são representativos de capacidade contributiva.

As atividades estatais próprias, como instrumento de governabilidade, não vislumbram nenhum objetivo de lucro. O Estado deve dispor de receitas exatas que possibilitem a cobertura de despesas dos serviços a seu cargo. Deve, enfim, manter o equilíbrio entre suas receitas e despesas, que é o objetivo da política financeira.

Essa ausência de capacidade contributiva das pessoas políticas traduz fundamento e pilar mestre da imunidade tributária recíproca, pois seus recursos se destinam à prestação de serviços públicos que lhes incumbem.

O papel dos entes da federação na estrutura administrativa pátria é administrar a coisa pública em um nível de organização próprio, e, dessa maneira, exercer as respectivas atividades sociopolíticas. Tal imunidade, portanto, visa a beneficiar as pessoas políticas quando da sua atuação típica, ou seja, quando executam atividades públicas.

Misabel Abreu Machado Derzi, ao atualizar a obra jurídica de Aliomar Baleeiro, traça um paralelo entre os princípios do federalismo, da igualdade e da ausência de capacidade contributiva:

[...] a imunidade recíproca, assentada apenas na ausência de capacidade contributiva, fica empobrecida em sua importância prevalecente e em seus distintos desdobramentos. A imunidade responde a dois princípios constitucionais igualmente intangíveis, por meio de emenda constitucional: ao princípio federal e ao princípio da igualdade (que, no Direito Tributário, deve ser examinado predominantemente segundo o critério da capacidade econômica). Quer se examine o tema sob um ângulo – o da isonomia política dos entes da Federação –, quer sob outro – o da inexistência de capacidade econômica – a imunidade intragovernamental não pode ser reduzida por modificação posterior que altere o Texto Constitucional originário. Na Constituição brasileira, a imunidade recíproca não se fundamenta em um ou outro, mas ao contrário, no duplo princípio, no federal e na ausência de capacidade econômica, ambos limitadores da faculdade de emendar ou de revisar a Carta, própria do Poder Legislativo. (BALEIRO, 2000, p. 126).

Agora, diante das características básicas das empresas públicas e da limitação constitucional da imunidade tributária recíproca,

cumpre verificar se, como extensão do Estado, a essas entidades se estende referido benefício de ser imune à tributação do seu patrimônio, renda e serviços.

3 Possibilidade de extensão da imunidade tributária recíproca às empresas públicas e considerações sobre a visão firmada pelo STF

Pelo texto constitucional, tranquila é a constatação de que os entes políticos, representados pela administração pública direta, são alvo da imunidade tributária recíproca, benefício estendido às autarquias e fundações, entidades da administração pública indireta, mas com personalidade jurídica de direito público:

§ 2º - A vedação do inciso VI, “a”, é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

Porém, apesar da clareza da norma acima e, ainda, da regra disposta exatamente no parágrafo seguinte, há situações em que as empresas públicas também poderão ser alcançadas por tal imunidade.

§ 3º - As vedações do inciso VI, “a”, e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.

Tal constatação se iniciou em estudos doutrinários e chegou aos tribunais, que, com base em critérios hermenêuticos, alcançaram o entendimento de serem também as empresas públicas alvo da limitação ao poder de tributar, consubstanciada na imunidade tributária recíproca.

No artigo 173 da Constituição, situa-se a empresa pública exploradora de atividade econômica. Quando o Estado desenvolve atividade própria de particular ou quando com este concorre diretamente, o ordenamento jurídico aplicado aos entes públicos e privados será o mesmo, conforme determina o parágrafo segundo: “§ 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado”.

Contudo, o próprio artigo 173 ressalva a existência de outras situações que também devem estar previstas constitucionalmente.

Essas situações se consubstanciam nas hipóteses de haver relevante interesse coletivo e refletem naquelas atividades cuja atuação é exercida monopolisticamente pelo Estado. Essas atividades estão previstas no artigo 177 da Constituição.

Em outra face, temos as empresas públicas criadas com o fim de prestar serviços públicos. Sobre tais serviços dispõe o artigo 175 da Constituição: "Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos".

Quando prestam serviço público, as empresas públicas mantêm a condição de pessoas administrativas, que agem em nome do Estado, para a consecução de um bem comum. Não objetivam a lucratividade, embora de sua atividade até possa advir certo lucro, mas esse não é o seu desiderato. São, como afirma brilhantemente Carrazza (2007, p. 694), "a longa manus das pessoas políticas que, por meio de lei, as criam e lhes apontam os objetivos públicos a alcançar".

O que se depreende da leitura do artigo 175 da Constituição é que há um campo que é reservado apenas à atuação estatal, não podendo a iniciativa privada se imiscuir.

Assim, excepcionalmente, o Estado pode intervir no campo que é reservado à livre iniciativa, por meio das suas empresas públicas e sociedades de economia mista, o que se reflete nas situações acima previstas. Nesses casos, tais entidades se submetem ao regime jurídico tributário próprio das empresas privadas, como dispõe o artigo 173 da Carta Magna.

Já quando a empresa pública recebe a incumbência de realizar serviço público ou atividade decorrente do poder de polícia, não há concorrência com empresas privadas, não se sujeitando à regra do artigo 173, mas à regra do artigo 175. É, portanto, instrumento próprio do Estado, se confundindo com ele e sendo tão público quanto. Presta serviço público que jamais poderia ser prestado ou realizado por empresa privada, com exceção dos casos de concessão e permissão.

Como muito bem conclui Carrazza (2007, p. 697):

Podemos, pois, dizer que, neste caso, as sociedades de economia mista e as empresas públicas, pelas atribuições delegadas de poder público que exercitam, são, tão-só quanto à forma, pessoas de direito privado. Quanto ao fundo são instrumentos do Estado, para a prestação de serviços públicos ou a prática de atos de polícia. Acabam fazendo as vezes das autarquias, embora – damo-nos pressa em proclamar – com elas não se confundam.

Como se depreende da leitura da norma contida no artigo 150, parágrafo 3º, da Constituição da República, restou excluída do alcance da norma imunizante a exploração de atividade econômica regida pelo direito privado ou em que haja pagamento de preços ou tarifas pelo usuário:

§ 3º – As vedações do inciso VI, a, e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.

Quanto às empresas públicas prestadores de serviços públicos, apesar de possuírem personalidade jurídica de direito privado, sua atividade é de direito público, por isso possui, entre outras prerrogativas, o direito à imunidade fiscal.

Assim explica Costa (2006, p. 144):

O raciocínio resume-se no seguinte: se o serviço público for prestado diretamente pela pessoa política estará, indubitavelmente, imune à tributação por via de impostos. Ora, a mera delegação da execução desse serviço público, pela pessoa que é titular da competência para prestá-lo à coletividade, por meio de lei, a uma empresa por ela instituída – empresa pública ou sociedade de economia mista –, que se torna delegatária do serviço, não pode, portanto, alterar o regime jurídico – inclusive tributário – que incide sobre a mesma.

A descentralização administrativa, como expediente destinado a garantir maior eficiência na prestação de serviços públicos (art. 37, caput, da CF), não tem o condão de alterar o tratamento a eles dispensado, consagrador da exoneração tributária concernente a impostos.

Já quanto às entidades exploradoras de atividade econômica, para a maioria da doutrina, a imunidade não as alcança em razão da lógica da atividade exercida, bem como da expressa disposição constitucional contida no artigo 150, parágrafo 3º, e do artigo 173, parágrafo 2º.

É essa a conclusão a que chega Costa (2006, p. 144):

Com efeito, não há que se falar no cabimento da imunidade em hipótese alguma em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário. Quando isso ocorre o que se tem é a exploração de atividade econômica pelo Estado – e, en-

tão, deve ele sujeitar-se ao mesmo regime jurídico aplicável à iniciativa privada.

Conforme já delineado neste artigo, a Constituição permite a existência de duas formas de empresas públicas exploradoras de atividade econômica. Aquelas que atuam em concorrência com o setor privado e aquelas que exercem atividades tão relevantes para o Estado e para a sociedade que somente elas podem exercê-las, atuando de forma monopolística.

Assim, quando a empresa pública explora atividade econômica em concorrência com o setor privado, há aplicação imediata do comando do artigo 173. No entanto, se não há concorrência com empresas privadas, ou seja, quando há prestação de serviço público exclusivo do Estado, em regime de monopólio, não se aplica esse dispositivo constitucional, mas diretamente o artigo 150 da Constituição.

Essa é exatamente a interpretação utilizada no voto do Ministro Carlos Velloso no *leading case* acerca da matéria:

É que a disposição inscrita no art. 173, caput, da Constituição, contém ressalva: ‘ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo; conforme definidos em lei’. Quer dizer, o artigo 173 da CF está cuidando da hipótese em que o Estado esteja na condição de agente empresarial, isto é, esteja explorando diretamente atividade econômica em concorrência com a iniciativa privada. Os parágrafos, então do citado art. 173, aplicam-se com observância do comando constado do caput. Se não houver concorrência – existindo monopólio, CF, art. 177 – não haverá aplicação no §1º do mencionado art. 173. É que, conforme linhas atrás registrado, o que quer a Constituição é que o Estado-empresário não tenha privilégios em relação aos particulares. Se houver monopólio, não há concorrência; não havendo concorrência desaparece a finalidade do disposto no §1º do art. 173 (BRASIL, 2004).

Ensina Carrazza (2007, p. 126): “quando a pessoa política desempenha atividades tipicamente privadas o princípio da imunidade recíproca não a beneficia. Ele só a alcança quando desempenha suas funções típicas (atividades públicas, isto é, estatais propriamente ditas)”.

A imunidade também não beneficia as pessoas políticas enquanto exercem atividades econômicas, mediante contraprestação ou recebimento de preços ou tarifas, conforme determina o parágrafo terceiro do artigo 150 da Constituição da República.

Mais uma vez, Carrazza (2007, p. 126) nos explica de forma clara:

De fato, não havendo repasse, aos usuários, dos custos dos serviços públicos que os beneficiam, qualquer imposto que a pessoa política suportasse (pela obtenção dos meios necessários à prestação destes mesmos serviços públicos) acabaria incidindo sobre sua renda ou capital (patrimônio), afrontando a letra e o espírito do art. 150, VI, a, da CF.

Portanto, quando as empresas públicas e as sociedades de economia mista intervêm no domínio econômico, devem se portar como empresas privadas, inclusive no que concerne à tributação.

Com tais observações, resta clara a conclusão de que as empresas públicas quando atuam como extensão do Estado, ou seja, quando realizam a prestação de serviço público ou exploram atividade econômica sob o regime de monopólio, sem concorrência com as empresas privadas, podem, sim, ser uma entidade alvo da imunidade tributária recíproca, assim como as autarquias e fundações públicas.

Tendo em vista a conjugação dos elementos acima, verifica-se que na realidade não poderia ser outra a interpretação do Supremo Tribunal Federal.

Para o Direito, ciência totalmente interpretativa e atrelada necessariamente à realidade social, não há uma única resposta correta e verdadeira para o caso jurídico, ainda que o intérprete esteja, através dos princípios, vinculado pelo sistema jurídico.

Muito bem conclui Kelsen (1979 *apud* GRAU, 2006, p. 108), sobre o tema, pois não há uma única resposta correta, mas uma, sim, terá que ser aplicada ao caso concreto para a sua solução:

A interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne direito positivo no acto do órgão aplicador do direito – no ato do tribunal, especialmente.

Foi esse o caminho trilhado pelo Supremo Tribunal Federal. Havia clara necessidade de se interpretar a norma com o fim de atender os reais escopos da Constituição, os seus reais propósitos. Apesar de se poder chegar a várias soluções, a mais certa foi a adotada, pois a empresa pública que atua ao lado do Estado, prestando um serviço que a ele compete tão somente, sem qualquer ingênuica do setor privado é continuação do próprio Estado.

O intérprete não está alheio ao contexto social, à realidade fática. Essa falsa neutralidade política do intérprete só existe nos livros. No discurso do direito, ela se dissolve sempre.

Deve-se ter muito cuidado com a questão da interpretação e nesse caso temos um exemplo clássico disso. A interpretação da norma não se restringe à chamada “vontade do legislador”, especialmente quando se interpreta a Constituição, pois a aplicação de suas normas está condicionada pelo contexto, na medida em que opera em condições sociais e historicamente caracterizadas. Isso é o que ocorre no presente caso. Necessário se basear na funcionalidade das empresas públicas, criadas para fins determinados de auxílio ao Estado.

A interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.

A análise conjugada das normas constitucionais, com base nos critérios anteriormente definidos – histórico, teleológico e sistemático –, não deixa dúvida da interpretação extensiva que se deve atribuir à regra da imunidade tributária recíproca do artigo 150, VI, da Constituição.

Ainda que haja conflito entre normas expressas da Constituição, diante de uma interpretação de todo o sistema, chega-se à conclusão de que tal conflito não existe, havendo, sim, uma complementação entre as disposições.

O parágrafo segundo do artigo 173 deve se vincular tão somente ao seu *caput* e, portanto, ser aplicável apenas no caso de a empresa pública explorar atividade econômica em regime de concorrência. Aliás, essa é a tese defendida por Costa (2006, p. 143):

A norma deixa claro que é o regime jurídico aplicado à atividade o fator determinante do cabimento de tal exclusão, que ocorrerá se o regime for de Direito Privado. É a hipótese de exploração de atividade econômica por empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, porque, consoante o regime de Direito Privado, a tributação dessas empresas deve se dar em atenção aos princípios da capacidade contributiva (art. 145, 1) e da livre concorrência (art. 170, IV), sujeitando-se as mesmas à disciplina normativa própria das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, não podendo gozar de privilégios não extensivos às do setor privado (art. 173, 1, II e 2).

Nessa situação, existe, portanto, capacidade econômica gravável, o que afasta o cabimento da intributabilidade.

A posição pela extensão da imunidade recíproca às prestadoras de serviços públicos, reafirmada em vários casos, expressa uma mudança na interpretação atribuída à Constituição que não pode se ater tão somente à literalidade do texto, sob pena de não concretizar os escopos constitucionais e não dar a real efetividade ao seu texto, às suas normas.

A tese firmada nos julgados do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria teve como fundamento a prestação de serviço de forma obrigatória e exclusiva pelas empresas públicas, ou seja, no regime de monopólio. E o serviço sob a égide do artigo 175 (monopólio) equipara-se à pessoa política.

O serviço público é indisponível, a empresa estatal delegatária presta-o, nos termos da lei, para atender, conforme determina a Constituição, ao interesse público. Trata-se de um ônus, não de uma faculdade.

Esse, como delineado até agora, é o principal argumento, pois uma empresa pública, criada com o fim de prestar serviço público obrigatório e exclusivo do Estado, é a representação do próprio Estado; não poderia ser outro o entendimento, já que não há qualquer justificativa para não se estender a imunidade a tal entidade.

Pelo texto constitucional, quando o Estado explora atividade econômica, submete-se ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações tributárias e trabalhistas. Porém, pode o Estado realizar os serviços públicos que são de sua atribuição, por mandamento constitucional, através de empresas públicas, e, aqui, incide o regime jurídico administrativo, e não as normas de direito privado.

Ressalta-se que o que é imune são os serviços públicos, e não a empresa prestadora. Essa é a conclusão de Carrazza (2004, p. 93), “os serviços públicos são imunes aos impostos, quer enquanto prestados pelas pessoas políticas que têm competência administrativa para tanto, quer por empresas estatais delegatárias”.

Se uma empresa pública ou sociedade de economia mista presta um serviço público, atua como órgão da administração indireta, e não desenvolve atividade econômica própria das empresas privadas. Donde se conclui que se submete ao regime jurídico de direito público, pois é na condição de poder público que atua.

Conclui brilhantemente Carrazza (2007, p. 143):

Remarque-se que a circunstância de estas pessoas terem personalidade de direito privado não impede que recebam especial proteção tributária, justamente para possibilitar a prestação de serviços públicos ou a prática de atos de polícia.

Em suma, a empresa estatal delegatária de serviço público juridicamente é Administração Pública, faz Admi-

nistração Pública e tem os atributos (positivos ou negativos) da Administração Pública. Desfruta, pois, do regime protetor que a Constituição Federal reservou aos bens e dinheiros públicos, inclusive no pertinente à imunidade tributária.

Essa mutação constitucional, a alteração de sentido da norma sem mudança do seu enunciado, exemplificada no presente caso pela interpretação extensiva do texto constitucional, é característica fundamental para a conservação da efetividade e da legitimidade da Constituição brasileira.

Conclusão

Concluiu-se, diante das considerações apresentadas, que a imunidade tributária recíproca tem como finalidade, além de resguardar o sistema federativo, preservar os entes políticos que, na realidade, não possuem capacidade contributiva, devendo seus recursos serem revertidos para o atendimento das finalidades constitucionais.

Em decorrência desse entendimento, vislumbrou corretamente o STF que tal limitação não pode ficar restrita àquelas entidades dispostas expressamente na Constituição, devendo, sim, ser estendida às empresas públicas prestadoras de serviço público de forma exclusiva, mesmo que possuam personalidade jurídica de direito privado.

Vê-se claramente que o serviço prestado não deixa de ser público só porque transferida a sua execução a uma entidade de direito privado, devendo a imunidade segui-lo.

Assim, diante de uma interpretação sistemática das normas constitucionais, dos aspectos históricos de instituição da imunidade tributária recíproca e das finalidades de tais comandos, o STF alterou a interpretação a ser atribuída à Constituição para estender a imunidade tributária recíproca às empresas públicas que prestam serviços públicos sob a forma de serviços privativos, exclusivos, próprios ou monopolizados, pois seu regime é semelhante ou mesmo próprio da administração direta.

Portanto, a exceção da regra da imunidade recíproca deve se limitar àquelas empresas públicas que concorram diretamente com as empresas particulares, devendo ser contempladas pelo benefício constitucional somente aquelas que prestam serviço público em regime de monopólio, sem qualquer concorrência com outra pessoa jurídica.

Dessa maneira, andou bem o STF ao realizar uma interpretação sistemática das normas constitucionais, estendendo a imunidade tributária recíproca às empresas públicas no que concerne ao seu

patrimônio, renda e serviços vinculados às suas finalidades essenciais quando prestam serviços públicos próprios de maneira exclusiva, sem concorrer com as empresas privadas, pois, atuando em tais circunstâncias, continuam prestando um serviço que não perde a sua natureza e essência de público, de responsabilidade do Estado.

Referências

- BALEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11. ed., atualiz. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 407.099-RS. Recorrente: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Recorrido: Município de São Borja. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 22 de junho de 2004. DJ 6/8/2004.
- CARRAZZA, Roque Antônio. **A imunidade tributária das empresas estatais delegatárias de serviços públicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- _____. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- COSTA, Regina Helena. **Imunidades Tributárias**. Teoria e análise da jurisprudência do STF. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- GASPARINE, Diógenes. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Imunidades Tributárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

Os Termos de Ajustamento de Conduta firmados pelo Ministério Público como um instrumento eficaz na tutela do meio ambiente

Aldo Lins e Silva Pires

*Advogado da CAIXA em Pernambuco
Especialista em Direito Ambiental e Urbanístico pela
Faculdade Salesiana do Recife*

RESUMO

O processo de conscientização da humanidade em relação à preservação do meio ambiente caminha a passos curtos, tendo em vista o atual nível de degradação já existente. O Brasil, ainda muito atrás dos avanços obtidos na Europa, precursora dessa conscientização, vem avançando, através da incansável luta dos órgãos ambientais, que não contam com uma estrutura mínima para a sua atuação. Porém, o Ministério Público, ente independente, vem surgindo como um grande aliado nessa luta. Entre os meios processuais de que dispõe o *Parquet*, para a tutela desse tão importante bem, temos a figura do Termo de Ajustamento de Conduta. Neste trabalho, temos como objetivo demonstrar a eficácia desse instrumento, especificamente na área ambiental, através de análise doutrinária e jurisprudencial.

Palavras-chave: Termo de Ajustamento de Conduta. Tutela Ambiental. Eficácia. Ministério Público.

RESUMO

El proceso de conciencia de la humanidad en relación con la conservación del medio ambiente camina con pasos pequeños, dado el actual nivel de degradación que ya existe. Brasil es todavía muy por detrás de los avances logrados en Europa, el precursor de esta toma de conciencia, está avanzando, a través de la lucha incansable de los organismos ambientales, que no tienen una estructura mínima para su desempeño. Pero el *Ministério Público*, que se mantiene independiente, se está convirtiendo en un importante aliado en esta lucha. Entre los recursos disponibles para el *Parquet*, para la protección del medio ambiente tenemos la figura de los "Términos de Ajuste de Conducta". En este trabajo, nuestro objetivo es demostrar la eficacia de este instrumento, específicamente en el área ambiental, a través del análisis doctrinal y jurisprudencial.

Palabras claves: Término de Ajuste de Conducta. Protección Ambiental. Eficacia. *Ministério Público*.

Introdução

A tutela ambiental passa por um processo ainda lento de conscientização e efetividade, apesar dos inúmeros avanços observados neste novo milênio, seja pelo surgimento de uma legislação bastante avançada, seja pelos esforços de alguns órgãos que lutam arduamente em favor da proteção da natureza.

O Estado, em sua acepção ampla, ainda carece de um maior desenvolvimento nas questões que envolvem os direitos de terceira geração, porquanto a sociedade em geral ainda adota uma postura individualista e essa mudança de paradigma é um processo lento de educação e aprendizado constantes (LÔBO, 2005).

Nessas “batalhas” travadas contra os sujeitos poluidores, um aliado que surge cada vez mais forte e engajado na defesa dos interesses difusos e coletivos é a figura do Ministério Público, um ente independente que atua na fiscalização e aplicação correta da lei.

Entre os meios processuais de proteção ao meio ambiente dispostos ao *Parquet*, tais quais a Ação Popular, a Ação Civil Pública, o Mandado de Injunção etc., destacam-se as figuras do **Termo de Ajustamento de Conduta**, previsto no § 6º do artigo 5º da Lei 7.347/85, bem como do **Compromisso de Ajustamento de Conduta**, previsto no artigo 79-A da Lei 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais), que foi acrescido pela Medida Provisória nº 2.163-41/01, como instrumentos com força de título extrajudicial que vêm demonstrando satisfatórios resultados nesse contexto ora analisado.

1 O Ministério Público e a defesa dos direitos difusos e coletivos¹

O Ministério Público vem se firmando cada vez mais como instituição respeitada, velando pela aplicação correta da lei, salvaguardando os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos – aqueles ditos interesses transindividuais, metaindividuais, ou coletivos *lato sensu* –, praticando justiça em prol da cidadania, nos seus diversos ramos de atuação.²

¹ Para maiores informações sobre esse tema, *vide* Mazzilli (2007).

² Nossa Carta Magna, em seu art. 127, atribui ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Milaré (2001 *apud* SAROLDI, 2005, p. 57) ensina que os problemas operacionais do Estado continuaram impossibilitando sua eficiência na fiscalização ambiental, “transferindo para a esfera judicial a parte mais relevante da tarefa de firmar na consciência da sociedade o poder coercitivo das normas ambientais. E foi justamente neste processo que o Ministério Público passou a desempenhar um papel decisivo.”

Especificamente, neste trabalho, iremos ressaltar a sua atuação no âmbito da defesa do meio ambiente. É de atribuição do Promotor de Justiça do Meio Ambiente a defesa dos direitos difusos relacionados aos bens ambientais, artísticos, históricos, estéticos, turísticos e paisagísticos.³

Cabe-nos distinguir os vocábulos *interesse* e *direito*. Assim é que o primeiro “traduz uma vontade, um desejo”, enquanto o segundo “implica sua incorporação ao sistema jurídico” (SOUZA, 2005, p. 13), ou seja, o interesse é uma relação de desejo, a necessidade de um titular ou algum bem; e o direito, por seu turno, irá estabelecer quais interesses serão acolhidos pela norma jurídica, devendo o legislador repelir os que sejam incompatíveis com o interesse comum da sociedade.⁴

Entretanto, vale salientar que interesses e direitos têm o mesmo sentido para o Código de Defesa do Consumidor⁵ – instrumento processual que foi essencial à proteção dos direitos e interesses difusos – e podem ser entendidos como interesses que transcendem à esfera individual, personalizada, sem se constituírem, necessariamente, em interesses públicos.

Antes dos adventos dos instrumentos processuais de defesa dos direitos difusos, o direito tradicionalmente tutelava apenas interesses titularizados por pessoa certa, fosse ela física ou jurídica. A tutela coletiva só se viabiliza pelo reconhecimento de que há interesses capazes de defesa, ainda que não identificados seus titulares.

O Ministério Público deverá tutelar os interesses denominados primários, aqueles entendidos como os que provêm da necessidade e conveniência da sociedade, em detrimento dos interesses denominados secundários, assim entendidos aqueles que provêm da necessidade e conveniência do Estado, o qual será defendido pelo próprio ente público, salvo quando for comum o interesse público primário.

³ Essas atribuições estão previstas no art. 295, VI da Lei Orgânica Estadual do Ministério Público de São Paulo, a título exemplificativo neste trabalho.

⁴ A título de esclarecimento, assim como são encontrados os termos *interesse* e *direito* em normas que tratam desse assunto, sem distinção entre os significados, adotar-se-á a mesma forma, sem distinção dos mencionados vocábulos, neste trabalho.

⁵ Art. 81 CDC.

1.1 Interesses ou direitos difusos

Os direitos difusos são aqueles denominados pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC) como os direitos “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.⁶

Em outras palavras, segundo Souza (2005, p. 5): “podemos conceituar *interesses difusos* como aqueles pertencentes a um número indeterminável de pessoas titulares de um objeto indivisível, as quais estão ligadas entre si por um vínculo fático”.

Acerca da definição acima transcrita, vale observarmos alguns pontos. Em primeiro lugar, os titulares são indeterminados, mas podem ser estimados. A circunstância de os titulares residirem em área específica, ou que o interesse não seja comum a todos, não retira a característica de um interesse difuso.

Quanto à indivisibilidade do interesse, este não pode ser partilhado, fracionado, ou seja, é titularizado por todos na mesma intensidade, “pertence a todos e a ninguém ao mesmo tempo” (SOUZA, 2005, p. 6). O fato deverá afetar a todos, e não somente alguns indivíduos.

Já em relação à vinculação ou à condição de sujeito do direito, pode ter subjacente uma condição jurídica, mas ela não é fundamental. A condição jurídica de titular decorre de mera circunstância.

Como exemplos de direitos difusos, temos a defesa contra a publicidade enganosa – previsto no CDC – e a poluição ambiental. Nesse caso observamos a indeterminação dos sujeitos atingidos, a indivisibilidade do bem tutelado e o vínculo fático entre os titulares do direito.

1.2 Interesses ou direitos coletivos

Os direitos coletivos são aqueles denominados pelo CDC como os direitos “transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”,⁷ ou seja, “são aqueles pertencentes a um número determinável de pessoas, integrantes de um grupo, categoria ou classe, titulares de um objeto divisível, as quais estão ligadas entre si ou com a parte contrária por um vínculo jurídico” (SOUZA, 2005, p. 7).

Em relação à indivisibilidade do direito, valem as mesmas observações feitas no item anterior. Já em relação à titularidade, devemos tecer algumas considerações.

⁶ Art. 81, parágrafo único, I, CDC.

⁷ Art. 81, parágrafo único, II, CDC.

O grupo, classe ou categoria é formado a partir de uma relação organizacional (ex.: associados de um clube) ou jurídica que independe e é preexistente a qualquer lesão. Como exemplos, poderíamos citar o caso de um consórcio, um grupo de alunos de uma instituição de ensino, ou clientes de um banco, que tenham sofrido com o aumento abusivo de uma prestação ou mensalidade. O reconhecimento da ilegalidade comum a todos os contratos é exemplo de defesa de interesses coletivos.

1.3 Interesses ou direitos individuais homogêneos

Os direitos coletivos são aqueles denominados pelo CDC como os direitos “decorrentes de origem comum”, definidos por Souza (2005, p. 10) como

aqueles que dizem respeito a um número determinável de pessoas, titulares de objetos divisíveis e que estão ligadas entre si por um vínculo fático, decorrente da origem comum das lesões.

De pronto, podemos observar que essa categoria de direitos possui em comum com os direitos difusos o fato do *vínculo fático de mesma origem*; e com os direitos coletivos o fato de os *titulares serem determinados*. Porém, como grande diferenciação temos a divisibilidade do objeto (que na categoria dos direitos difusos e coletivos é sempre indivisível), o que trará consequências diversas daqueles. Além disso, o fato de serem individuais importa que podem ser tutelados, individualmente, pelo próprio interessado.

Os direitos individuais homogêneos não são de natureza transindividual propriamente dita, mas são equiparados aos direitos difusos e coletivos por opção do legislador para facilitação do acesso ao Poder Judiciário, evitando, destarte, a repetição de ações idênticas, bem como julgamentos diversos de uma mesma causa.

Também como fator de diferenciação está o fato de que o grupo de pessoas titulares não é preexistente. A relação jurídica pode ser existente; no entanto, o interesse é homogêneo porque tem em comum as lesões que se repetem, sendo os lesados identificados a partir delas.

Importante indagação é a seguinte: qual o fator que autoriza o Ministério Público a defender coletivamente interesses individuais? A resposta está justamente na origem comum das lesões sofridas. O pedido formulado na ação é que permite a identificação do interesse ofendido, pois da mesma situação fática pode decorrer o reconhecimento de mais de um interesse.

Como exemplos, podemos citar os casos de vítimas de um acidente aéreo, ou a restituição de um pagamento realizado a maior por um grupo de consumidores. Decorrem de uma mesma lesão, porém são direitos individuais, que poderão ser pleiteados individual ou coletivamente.

1.4 Meios processuais de atuação na defesa dos interesses ou direitos difusos e coletivos e individuais homogêneos em matéria ambiental

A função desempenhada pelo Ministério Público é exercida através de instrumentos processuais conferidos pela lei, que são de suma importância. Entre eles podemos citar a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a Ação Direta de Inconstitucional por Omissão, o Mandado de Injunção, o Mandado de Segurança Coletivo, a Ação Civil Pública, o Inquérito Civil, a Recomendação Ministerial e o Termo de Ajustamento de Conduta. Entre os mencionados instrumentos, passaremos a analisar os mais específicos ao propósito deste trabalho, não sendo objetivo nosso discorrer profundamente a respeito deles.⁸

1.4.1 Ação Civil Pública – ACP

Podemos definir a Ação Civil Pública como o instrumento processual de natureza civil utilizado para a defesa de natureza transindividual. Não é uma ação privativa⁹ do Ministério Público (como a Ação Penal Pública), mas de qualquer legitimado constante de importante dispositivo da Lei da Ação Civil Pública (LACP) que ora transcrevemos:¹⁰

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:
I - o Ministério Público;
II - a Defensoria Pública;
III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;
V - a associação que, concomitantemente:
a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

⁸ Ver item 2.2 deste trabalho.

⁹ A Constituição Federal (CF), em seu art. 129, § 1º, proíbe expressamente a legitimidade privativa do Ministério Público. Não pode o legislador estabelecer, portanto, referida exclusividade.

¹⁰ Mencionado dispositivo sofreu recente alteração, tendo a sua redação definida pela Lei 11.448/2007.

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

No Brasil, a legitimidade ativa decorre de disposição legal e sempre será concorrente e disjuntiva. É concorrente porque sempre haverá mais de um legitimado; é disjuntiva porque a ação de um legitimado não prejudicará o direito dos demais entes, tendo em vista a possibilidade do litisconsórcio ativo.

Admiti-se o litisconsórcio¹¹ nas ações coletivas, inclusive entre os Ministérios Públicos¹², conforme estabelece o § 5º do art. 5º da LACP. Nesse caso, o litisconsórcio será sempre facultativo e unitário.

Em relação à legitimidade passiva, a ACP pode ser promovida em face de qualquer pessoa, física ou jurídica. Vale observar que órgãos públicos não figuram no polo passivo, pois não possuem personalidade jurídica, não praticam atos em nome próprio, pois estes são imputáveis, em regra, à pessoa jurídica que integram.

A ACP pode contemplar qualquer pretensão ou pedido, desde que compatível, e segue subsidiariamente as regras do processo civil.

Deve-se aplicar à ACP o Princípio da Integração das Normas, ou seja, ela também deve ser amoldada aos preceitos processuais do Código de Defesa do Consumidor.

Em suma, tendo em vista a seara da proteção ao meio ambiente, podemos afirmar que a ACP tem três objetivos básicos, a saber: a prevenção, a reparação e o resarcimento dos danos causados a interesses metaindividuais, através das obrigações de fazer, não fazer e indenizar, previstas na LACP.

1.4.2 Inquéritos Civis – IC

É o procedimento de natureza jurídica administrativa, privativo do Ministério Público e destinado à obtenção de informações necessárias para o ajuizamento da ACP, bem como para o firmamento de Termos de Ajustamento e expedições de Recomendações Ministeriais.

¹¹ Vale ressaltar que esta posição não é unânime. Há autores que negam o litisconsórcio entre os Ministérios Públicos, porquanto dispositivo semelhante previsto no CDC fora vetado pelo Poder Executivo.

¹² Entre as inúmeras funções institucionais do Ministério Público, previstas na CF, temos em seu art. 129, III: "promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos".

Conforme Mazzilli (1999 *apud* AKAOUI, 2003, p. 58),

é uma investigação administrativa prévia a cargo do Ministério Público, que se destina basicamente a colher elementos de convicção para que o próprio órgão ministerial possa identificar se ocorre circunstância que enseje eventual propositura de ação civil pública ou coletiva.

O IC tem fundamento constitucional, estando entre as funções institucionais¹³ do Ministério Público promovê-lo. Porém, desde o advento da LACP, em 1985, o legislador já previu o mencionado instrumento em seu art. 8º, § 1º: “O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil”. Vale salientar que a Lei Complementar 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União) e a Lei 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) estabelecem regras aplicadas ao referido instrumento.

É instaurado por decisão do próprio Promotor de Justiça, por representação de qualquer pessoa, por determinação do Procurador-Geral de Justiça ou do Conselho Superior do Ministério Público. É realizado através de portaria ou por despacho fundamentado pelo órgão de execução do *Parquet*¹⁴ com as atribuições para a Ação Civil Pública.

Entre as principais características do IC, temos:

- Dispensabilidade – pois o IC não é obrigatório ou não se constitui pré-requisito para a ACP. Esta pode ser ajuizada sem que o IC tenha sido instaurado;

- Inquisitoriedade – é um procedimento inquisitivo ou não contraditório, porque não tem a natureza de processo administrativo, mas de mero procedimento. Não há a bilateralidade própria dos processos, como também não há partes, e dele não decorrem obrigações ou sanções. É mera sucessão de atos que objetivam a apuração do fato e a eventual propositura de ação. Não há ampla defesa, nem contraditório. O investigado tem direito de acesso ao IC, podendo peticionar ao Ministério Público, mas não pode acompanhar a produção de provas ou exigir provas específicas.

- Informalidade, Oficialidade Mitigada ou Impulso Oficial – é informal, pois não há rito preestabelecido, preordenado, a sucessão de atos é determinada de acordo com a necessidade da investigação. O impulso oficial decorre da desnecessidade de provocar-

¹³ Vale ressaltar que a Lei Orgânica do Ministério Público da União classifica tal instrumento como um instrumento de atuação deste órgão, e não como a sua função institucional.

¹⁴ O Promotor de Justiça Natural é o órgão de execução que na forma da lei detém atribuições para atuar em juízo ou fora dele.

ção, seja para a sua instauração ou para a sua condução. A informalidade é do procedimento e não dos atos por ele praticados, que devem obediência aos requisitos ou condições de validade comuns a qualquer ato administrativo;

• Publicidade – É decorrência lógica do princípio aplicado a todo procedimento administrativo. A publicidade garante a qualquer pessoa o conhecimento e acesso ao conteúdo do IC. O direito de petição e vistas dos autos por aquele que detenha legítimo interesse. A publicidade é regra; não há IC de natureza secreta, mas pode ocorrer a decretação do sigilo, o qual não atinge a existência do IC, alcançando apenas o seu conteúdo.

1.4.3 Recomendações Ministeriais

Entre os vários instrumentos de atuação do Ministério Público, temos o instituto da Recomendação, previsto na Lei Complementar nº 75/1993, o qual dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União:

Art. 6º - Compete ao Ministério Público da União:

[...]

XX - expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito, aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis.

De acordo com Gomes (2003, p. 37, grifo nosso):

quando o Estado se revela omisso, e a omissão é ilícita, dado que deveria agir, é perfeitamente possível que o Ministério Público, ainda que não eleito por voto popular, intervenha, invocando o controle jurisdicional, ou mesmo por veículo extraprocessual, como a **recomendação**, para, respectivamente, obrigar o agente estatal à ação ou indicar-lhe o caminho legal para suprir a omissão, sob pena de responsabilização, porque agente político constitucionalmente qualificado para tanto, pelo próprio titular soberano do poder político estatal.

É um instrumento pelo qual o Promotor irá advertir órgãos públicos, concessionários e permissionários de serviço público e entidades que exerçam função delegada estatal a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, quando os referidos entes estiverem procedendo de forma incorreta ou encontrarem-se omissos em relação a sua atuação e seu inerente Poder de Policia.

É instrumento que muitas vezes serve de orientação à própria Administração Pública e costuma ser obedecido por seus res-

ponsáveis¹⁵, uma vez que o não acatamento das recomendações poderá ocasionar responsabilização do seu agente, com o ajuizamento pelo Ministério Público das ações cíveis, penais e administrativas quando for o caso.

1.4.4 Termos de Ajustamento de Conduta

Este instrumento, objeto de estudo do presente trabalho, será detalhado na próxima seção.

2 Termo de Ajustamento de Conduta – TAC

2.1 Conceito e objeto

De acordo com Mazzilli (2003, p. 571),

O TAC é um instrumento legal destinado a colher do causador do dano ao meio ambiente, entre outros interesses difusos e coletivos, um título executivo de obrigação de fazer e não fazer, mediante o qual, o responsável pelo dano assume o dever de adequar a sua conduta às exigências legais, sob pena de sanções fixadas no próprio termo.

Define ainda o ilustre autor que o compromisso de ajustamento de conduta é uma “garantia mínima em prol da coletividade” (MAZZILLI, 2003, p. 25).

Importante definição também é dada por Freitas (2005, p. 88), ao considerar o TAC um “instrumento peculiar do Estado moderno”, conceituando-o como “o ato jurídico pelo qual a pessoa (física ou jurídica) assume o compromisso de eliminar a ofensa que causou a um bem difuso ou coletivo”.

O compromisso é de ajustamento da conduta às exigências legais, ou seja, o autor do dano aceita adequar a sua conduta ao que exige a lei. Dessa forma, o poluidor – tomador do compromisso – deverá promover a recuperação do meio ambiente degradado (esse é o intuito principal do TAC e pedido obrigatório da ACP), levando-o ao *status quo ante*; porém, na maioria das vezes, é quase impossível se chegar à reconstituição do ambiente por completo. Além da recuperação do bem ambiental, deverá cessar de imediato a atividade lesiva e delituosa, bem como proceder a ações

¹⁵ No caso da Promotoria de Meio Ambiente da Comarca de Jaboatão dos Guararapes, Região Metropolitana do Recife, as previsões legais em caso de não observância e acatamento da recomendação estão inseridas no próprio instrumento, cientificando o administrador público das eventuais sanções que porventura possam recair sobre ele.

mitigadoras e, se for o caso, assumir a obrigação de pagar certa quantia em dinheiro a título compensatório nos casos em que a degradação ambiental tornou-se irreversível, dinheiro este que será destinado ao fundo de defesa de direitos difusos previsto na LACP, o que será estudado mais adiante.

2.2 Previsão legal

Com o avanço legislativo, relativamente à matéria de defesa dos interesses transindividuais, ocorrido na década de 80 (a partir da entrada em vigor da Lei 6.938/81, a qual trazia a possibilidade de o Ministério Público interpor uma ação civil para a reparação de danos causados ao meio ambiente, previsão esta encontrada no art. 14 da referida Lei, bem como, em 1985, com a criação da Lei da Ação Civil Pública, Lei nº 7.347/85), tivemos a criação de importantes instrumentos processuais para a defesa do meio ambiente, tais como o inquérito civil e a ação civil pública, instrumentos já analisados anteriormente neste trabalho.

Posteriormente, em 13/07/1990, tivemos a publicação do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90, que, em seu art. 211, criou a figura do compromisso de ajustamento de conduta. Porém, tal compromisso era restrito a esse estatuto e não abrangia a tutela dos direitos difusos e coletivos.

Contudo, meses após o advento do mencionado estatuto, entrou em vigor, no dia 11/09/1990, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) – Lei 8.078/1990, outro importantíssimo diploma que veio a consolidar ainda mais a proteção dos direitos difusos e coletivos.

O CDC, em seu art. 113, adicionou à LACP os §§ 4º, 5º e 6º ao art. 5º da LF 7.347/85. Em relação àquele último parágrafo, o mesmo instituiu o Termo de Ajustamento de Conduta, recebendo a seguinte redação:

Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Importante destacar, porém, que mencionado dispositivo em momento algum fora vetado, porquanto alguns doutrinadores à época levantaram essa questão. Em relação à controvérsia, o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou acerca da controvérsia no REsp 222582/MG a seguir transcrito:

Processo Civil. Ação Civil Pública. Compromisso de acertamento de conduta. Vigência do § 6º, do art. 5º, da Lei 7.374/85, com a redação dada pelo art. 113, do CDC.

1. A referência ao voto ao art. 113, quando vetados os artigos 82, § 3º, e 92, parágrafo único, do CDC, não teve o condão de afetar a vigência do § 6º, do art. 5º, da Lei 7.374/85, com a redação dada pelo art. 113, do CDC, pois inviável a existência de voto implícito.

Por fim, vale salientar que a figura do TAC está plenamente de acordo com o art. 585, inciso VIII, do CPC, considerando-o como um título executivo extrajudicial, pelo fato de o § 6º da LACP atribuir-lhe expressamente força executiva.

Vale observar, contudo, que, quando o TAC é firmado no período em que a ACP já está em curso, a sua homologação em juízo o torna um título executivo judicial.

2.3 Natureza jurídica

Muito se discute acerca da natureza jurídica do TAC, sem que se chegue a um consenso. Como já explanado anteriormente, os direitos difusos e coletivos não podem ser transacionados, tendo-se em vista que são indisponíveis. Porém, alguns doutrinadores veem no TAC um regime jurídico típico do direito civil, entendendo, destarte, que o mesmo tem natureza de transação (FINK, 2005 *apud* AKAOUI, 2003).

Vejamos: o Código Civil, em seu art. 840, dispõe que “é lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas” e, em complemento, no seu art. seguinte, temos que “só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”. Decerto, portanto, que a matéria concernente à tutela do meio ambiente não se trata do direito elencado nesses artigos, não sendo objeto de transação. Outro ponto a ser observado é que, nos direitos disponíveis, o direito material pertence às partes que podem transacionar, enquanto no TAC, por se tratar de direitos indisponíveis, estes não são de titularidade dos legitimados ativos, e sim de toda a coletividade (MOTAURI, 2005).

Por outro lado, esta é a tese que coadunamos: temos o TAC como uma espécie do gênero acordo. A transação também é espécie do gênero acordo, porém, distinta do TAC, aquela composição implica concessões mútuas, pelo fato de tratar acerca de direitos disponíveis, enquanto no TAC não há em que se falar em concessões mútuas, pelo fato de se tratar de direitos indisponíveis. É o que Akaoui (2003, p. 71) denomina de “acordo em sentido estrito”.

Machado (2007, p. 375) diz que o vocábulo “acordo” seria o mais apropriado ao TAC, em detrimento do termo “transação”, pois este, como já visto aqui, seria utilizado quando se tratasse de direi-

tos disponíveis. Desse modo, o “ajustamento” não teria o significado de transigir o cumprimento das obrigações legais. Ao Ministério é vedado fazer concessões diante de “interesses sociais e individuais indisponíveis”.¹⁶

Por fim, vale salientar que a Lei de Improbidade Administrativa, Lei nº 8.429/1992, não admite qualquer tipo de transação, acordo ou conciliação, nesses termos, demonstrando assim a natureza jurídica diversa de cada instituto.

2.4 Legitimidade

A LACP, em seu art. 5º, § 6º, dispõe que “os **órgãos públicos** legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta” (grifo nosso). O *caput* do mesmo art. define quais os órgãos legitimados para proporem a ação principal e a cautelar, de certo que estes também terão a legitimidade para firmar o TAC.

Em recente Lei (Lei nº 11.448, publicada no dia 15/01/07), foi introduzida na LACP, no rol dos legitimados, a Defensoria Pública. Dessa forma, o art. 5º ficou com a seguinte redação:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:
I - o Ministério Público;
II - a Defensoria Pública;
III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;
V - a associação que, concomitantemente:
a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;
b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Vale salientar, entretanto, que as associações civis não podem firmar TAC, pois não pertencem à Administração Pública (a Lei menciona “órgãos públicos”), embora detenham legitimidade para o ajuizamento de ACP (FREITAS, 2005). Outro argumento é trazido por Akaoui (2003), no sentido de que tais entidades não estão obrigadas ao Princípio Constitucional da Publicidade do art. 37 da CF, enquanto os órgãos públicos estão. Isso traria mais segurança e efetividade ao TAC, já que o mesmo lida com direitos difusos e coletivos.

¹⁶ Art. 127, *caput*, da CF.

Da mesma forma, é de se destacar também que não podem tomar compromisso as fundações de natureza privada, os sindicatos e quaisquer entidades privadas que explorem atividades econômicas, pelo mesmo motivo apresentado no parágrafo anterior.

Com relação aos entes da Administração Pública Indireta – as autarquias, fundações de direito público, empresas públicas e sociedades de economia mista –, ainda restam discussões doutrinárias.

Com relação às autarquias e fundações, a doutrina é quase unânime quanto à legitimidade desses entes. Em sentido não unânime, destaque-se o eminent Mazzilli (2005 *apud* AKAOUI, 2003, p. 75), o qual enquadra os mencionados entes entre aqueles “legitimados sobre os quais é questionável possam tomar esses compromissos”, pois, na sua concepção, referidas pessoas não são “propriamente órgãos estatais, e sim pessoas jurídicas distintas do Estado”. Da mesma forma leciona Rodrigues (2005 *apud* Freitas, 2005, p. 96-97), quando enfatiza que a essência desses entes não os legitima a acordar em sede de direitos transindividuais.

Negando-lhes a legitimidade para firmar o TAC, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente – IBAMA não poderia firmar acordos, o que pode ser compreendido como um grande retrocesso à defesa do meio ambiente e uma afronta à Lei 9.605/98, pois esta traz expressamente, em seu artigo 79-A, a legitimidade dos órgãos pertencentes ao SISNAMA. Adiante, será mais bem discutida a legalidade do mencionado art., o qual foi introduzido através de medida provisória reeditada por várias vezes. Porém, não nos restam dúvidas acerca da legitimidade das autarquias e fundações públicas, por terem natureza jurídica de direito público.

Discussão mais acirrada surge em relação às empresas públicas e sociedades de economia mista. Na visão de Mazzilli (1999 *apud* AKAOUI, 2003), referidos entes não poderiam firmar TAC, porquanto não são órgãos públicos. Nessa mesma linha de raciocínio, encontra-se Rodrigues (2002 *apud* AKAOUI, 2003), ao negar-lhes legitimidade.

Em sentido oposto, admitindo sem restrições a legitimidade desses entes, Burle Filho e Martins Júnior (1996 *apud* AKAOUI, 2003) entendem que, por força do art. 173, § 1º da CF, o fato de o Estado criar e gerir o funcionamento desses entes traria legitimidade aos mesmos.

Porém, há aqueles que distinguem as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica daquelas prestadoras de serviços públicos. Essa, aliás, é a posição defendida por Akaoui (2003), ao mencionar que aquelas primeiras não teriam legitimidade por estarem mais próximas das pessoas de direito privado e não serem criadas com o intuito de atuar dentro

das atribuições conferidas ao Estado. *A contrario sensu*, as entidades que tiverem como finalidade a prestação de serviços públicos estariam legitimadas a firmar acordos extrajudiciais em matéria de direitos difusos e coletivos.

2.5 Necessidade de homologação perante o Conselho Superior do Ministério Público

Outro ponto importante a ser discutido é no sentido da necessidade de homologação perante o Conselho Superior do Ministério Público (CSMP) como condição de validade do TAC.

A discussão doutrinária surge a partir da redação do art. 9º da LACP e seus respectivos parágrafos, ao prever que o arquivamento do inquérito civil deve ser, necessariamente, revisado pelo órgão superior do Ministério Público.

Há, na doutrina, três correntes: a primeira diz respeito à necessidade de homologação do TAC pelo CSMP como condição de sua eficácia; a segunda, em sentido diametralmente oposto, considera que o TAC, ao ser celebrado, já possui força executiva imediata, independentemente de avaliação do referido Conselho; e, por último, a terceira corrente considera que tal homologação poderá ser regulamentada nas leis orgânicas dos Ministérios Públicos, bem como dos seus regimentos internos.

Em relação à primeira corrente, esta se fundamenta no art. 9º da LACP e seus parágrafos, ao prever que a promoção de arquivamento será submetida a exame e deliberação do CSMP.

Em prol daqueles que defendem essa teoria, está a possibilidade de eventuais correções do TAC firmado, assegurando, destarte, uma maior segurança no resguardo dos direitos difusos ora tutelados, uma vez que o tomador do ajuste poderá cometer alguma falha ou irregularidade, o que poderá ser corrigido por um órgão colegiado (AKAOUI, 2003).

Como ponto negativo, vemos, na prática, que o lapso temporal entre a assinatura do TAC e a sua homologação poderá demorar meses, tendo-se em vista o volume de processos que chegam ao CSMP, além dos trâmites burocráticos. Portanto, essa procrastinação poderia levar à ineficiência da proteção aos interesses tutelados, crítica esta apontada pela segunda corrente.

Outro argumento usado pela segunda corrente diz respeito ao *caput* do art. 9º da LACP, pelo qual o Ministério Público promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, uma vez convencido da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil, após esgotadas todas as diligências. Portanto, *a contrario sensu*, se o *Parquet* firmar o TAC, isso quer

dizer que o mesmo se convenceu de que a outra parte cometeu algum dano ao meio ambiente, não sendo necessária, então, a homologação do CSMP, uma vez que, pela norma, este só deveria proceder à revisão se tivesse ocorrido o arquivamento dos autos de inquérito civil ou das peças informativas.¹⁷

Por fim, e esta é a posição defendida por Vieira (2002 *apud* AKAOUI, 2003), a terceira corrente baseia-se na ideia de que seria possível a regulamentação da matéria através das leis orgânicas do Ministério Público, ou de seus regulamentos, “uma vez que se trata de definição e limites de atribuições dos órgãos da Instituição”. Porém, tal posicionamento não nos parece correto, ocorrendo, no caso em tela, uma ilegalidade das normas mencionadas, haja vista não haver previsão legal em âmbito federal nesse sentido.

2.6 Principais requisitos formais

O TAC, por constituir um título executivo extrajudicial, de acordo com o art. 585, VII, combinado com o § 6º do art. 5º da LACP, deve atender a certos requisitos que irão condicionar a sua validade e eficácia no momento de uma execução perante o Judiciário.

Desse modo, e para garantir a liquidez, certeza e exigibilidade ao título executivo, condições estas indispensáveis à sua execução, previstas no art. 586 do CPC, alguns pontos devem constar expressamente no TAC, sob pena de este ser afastado em âmbito judicial:

- Qualificação das partes – as partes envolvidas – pessoa jurídica ou física, que cometeu o ilícito ambiental e os órgãos participantes – devem ser qualificadas minuciosamente (nome completo, nacionalidade, estado civil, profissão, número de documento de identidade/CPF e domicílio). Em relação às pessoas jurídicas de direito privado, o representante deverá ser o seu proprietário, sócio-gerente ou alguém que possua poderes de direção, consoante o art. 12, VI do CPC. Os órgãos também deverão estar devidamente representados pelas autoridades que chefiam as respectivas instituições ou, caso contrário, por funcionários devidamente habilitados através de procuração com poderes especiais.¹⁸ Nesse ponto, observamos a questão da legitimidade processual, tendo em vista que, uma vez ajuizado um processo executivo, poderá este não obter sucesso por conta da ilegitimidade de alguma das partes.

- Objeto – deve ser descrito resumidamente, objetivamente, demonstrando qual é a finalidade do TAC, fixando o lugar do dano

¹⁷ Essa é a posição predominante entre os Conselhos Superiores.

¹⁸ Na prática, isso é o que acontece na maioria dos TAC firmados no Ministério Público de Pernambuco.

e estabelecendo que o poluidor irá se adequar às obrigações estabelecidas no referido instrumento.

• Descrição da situação lesiva – o órgão tomador do ajuste deverá descrever minuciosamente o dano ambiental. Nesse ponto, lembra Akaoui (2003), o órgão tomador também deverá inserir, expressamente, que o poluidor ajustante admite a ocorrência do fato lesivo. Isso evitará que, em sede de execução, o executado em sede de embargos do devedor discuta acerca da materialidade do fato.

• Fixação das obrigações – é de máxima importância que sejam fixadas todas as obrigações – de não fazer, traduzindo-se na imediata paralisação da atividade ilícita, seja ela atual ou iminente; de fazer, sendo estas relacionadas à recuperação do ambiente degradado; e de dar, consistindo na indenização acerca dos danos irreparáveis –, todas bem detalhadas, incluindo os **prazos, o modo de execução e o lugar**, fatores estes que garantem a certeza e liquidez do título. Importante salientar, em relação aos prazos, que estes poderão ser alterados através de aditamentos ao TAC, eventualmente, se por motivos extraordinários não foi possível a realização de alguma das obrigações. Vale ressaltar que tal adimplemento só será possível se não houver culpa *stricto sensu* por parte do infrator (MILARÉ; SETZER; CASTANHO, 2005).

• Sanções em caso de inadimplemento – outro ponto fundamental do TAC, previsto inclusive na LACP, é o estabelecimento de cominações para o caso do não cumprimento das obrigações assumidas pelo infrator. Tais sanções independem das infrações penais e administrativas que por ventura venham a ocorrer. Conforme Nascimento (2006), vale destacar também que essas cominações devem ser gravosas o bastante para compelir o poluidor a executar as obrigações assumidas, “não tendo a multa fixada caráter compensatório, e sim cominatório, pois nas obrigações de fazer ou não fazer normalmente mais interessa o cumprimento da obrigação pelo próprio devedor que o correspondente econômico”, de acordo com a Súmula 23 do CSMP/SP.

• Acompanhamento – a execução das medidas deve ser acompanhada pelos órgãos ambientais competentes, não restringindo em hipótese alguma o Poder de Polícia inerente desses órgãos, nem impedindo a sua atuação.

• O TAC como título executivo extrajudicial – deverá constar, apesar de não ser estritamente obrigatório (pois esse instrumento por si só já representa um título executivo extrajudicial), que a inexecução, mesmo que parcial, de qualquer de suas cláusulas acarretará sua execução judicial, independentemente das demais normais penais, cíveis e administrativas.

• O foro de eleição – deverá ser o do local do dano por força do art. 2º da LACP, “cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa”.

A respeito do item “Qualificação das partes”, surge na doutrina discussão acerca da necessidade da assinatura de duas testemunhas para a validade do Termo. Apesar da predominância de entendimento doutrinário e jurisprudencial em sentido de que não há essa necessidade, tal dúvida é levantada ante a análise do art. 585, inc. II do CPC. Contudo, esclarece Nery Júnior e Andrade Nery (2003, p. 1323, grifo nosso):

A norma atribui eficácia executiva ao compromisso de ajustamento de conduta, podendo aparelhar execução por quantia certa e/ou execução específica de obrigação de fazer ou não fazer (CPC 585 VII). É **dispensável** o comparecimento de testemunhas a esse compromisso, sendo suficiente que dele conste as assinaturas dos interessados e da entidade legitimada para que se caracterize como título executivo extrajudicial. Nesse sentido: STJ, 4ª T., REsp 213947, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar.

Apesar de ser pacífico na doutrina e na jurisprudência que não há a necessidade da assinatura de duas testemunhas, Akaoui (2003) expõe que os órgãos públicos, sempre que possível, devem buscar a assinatura de duas testemunhas, para que não haja absurdas alegações posteriores, tal como a coação, entre outras.

Outro ponto discutido na doutrina é acerca da necessidade da intervenção do Ministério Público como *custos legis* nos TAC firmados por outros órgãos legitimados. Akaoui (2003) defende a ideia de que o Ministério Público deverá estar presente, ainda que como anuente do compromisso, por força do § 1º do art. 5º da LACP, o qual determina que, se o Ministério Público não atuar como parte na ACP, deverá intervir obrigatoriamente como fiscal da lei. Isso traria uma maior segurança à coletividade nos resguardos dos seus interesses.

Porém, há autores que defendem a independência dos órgãos para firmarem TAC, não havendo a necessidade de o Ministério Público intervir no ajustamento de conduta (PROENÇA, 2001 *apud* AKAOUI, 2003; CARVALHO FILHO, 1995 *apud* FREITAS, 2005). Também há uma corrente que justifica a não intervenção ministerial, tendo em vista que o TAC não faz coisa julgada material, o que não impediria que o órgão tomador viesse a exigir novas obrigações posteriormente, o que não ocorreria no caso de ação judicial, por força do art. 474 do CPC.

A respeito da indicação da destinação das quantias em dinheiro, esta deverá obedecer ao que dispõe o art. 13 da LACP:

Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

Como dito anteriormente, entre as cominações previstas, estão as indenizações em dinheiro e as multas pecuniárias em razão do descumprimento das obrigações assumidas pelo poluidor. Estas quantias devem ter destinação específica e serão obrigatoriamente aplicadas na reconstituição dos bens degradados. Essa determinação é prevista expressamente no caso de obtenção de condenações pecuniárias em sede de ACP, mas é pacífico o entendimento de que tal previsão se estenda aos TAC (AKAOUI, 2001; MILARÉ; SETZER; CASTANHO, 2005).

A explicação para tal fundamento baseia-se nos seguintes argumentos:

- O TAC foi incluso na LACP, posteriormente, através do CDC, e, àquele tempo, o legislador não se ateve em atualizar a redação do art. 13 da LACP;
- Tanto o TAC quanto a ACP têm origem numa lesão a um bem de interesse difuso e ambos têm como objetivo a recuperação integral do dano causado;
- E, por fim, deve haver uma interpretação sistemática da lei, inter-relacionando os seus instrumentos (MILARÉ; SETZER; CASTANHO, 2005).

A nível federal, tivemos a regulamentação do fundo que trata o art. 13 da LACP, através do Decreto 1.306/94, e, posteriormente, tivemos a edição da Lei 9.008/95, que cria o Conselho Federal de que trata o mencionado dispositivo.

Dita lei, publicada em 1995, dispõe que o Fundo de Defesa de Direitos é composto pelas receitas:

- das condenações judiciais de que tratam os arts. 11 e 13 da LACP;
- das multas e indenizações decorrentes da violação aos interesses não individuais dos consumidores e dos portadores de deficiência;
- das multas aplicadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica;
- dos rendimentos auferidos com a aplicação dos recursos do Fundo;
- de doações de pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras;
- de outras receitas que vierem a ser destinadas pelo Fundo.

Sobre a destinação desses valores, precipuamente devem ser aplicados na recuperação do bem lesado, resarcindo a sociedade pelos danos causados. Porém, há casos em que tal restituição ao estado anterior não é possível, circunstância em que a indenização equivalente deverá ser revertida em algum benefício voltado ao meio ambiente.

Milaré, Setzer e Castanho (2005) tecem duras críticas ao § 3º do art. 1º da Lei 9.008/95. Referido dispositivo autoriza que tais verbas possam ser aplicadas na modernização administrativa de órgãos públicos. A sua aplicação diversa estaria desvirtuando a *mens legis* da LACP, além de não estar conforme a CF, notadamente em relação à obrigatoriedade de licitação para adquirir bens e/ou serviços (art. 37, XXI), além de que o aparelhamento dos órgãos públicos é dever do Estado. Portanto, a sociedade sairia prejudicada em relação à reparação do meio ambiente e tal fundo acabaria por arcar com responsabilidades distintas da sua.

Tal aplicação, que, aliás, vem ocorrendo na prática, já foi alvo de pronunciamento de sua ilegalidade pelo Tribunal de Contas da União (TCU) em relação à conversão de multas no fornecimento de bens e serviços procedida pela gerência do IBAMA do Paraná.¹⁹

Contudo, nada obsta que, no caso de não poder ser feita a recuperação do bem lesado, o TAC preveja outras compensações que sejam revertidas em benefício do meio ambiente e da coletividade, tais qual a criação de parques e áreas verdes, o reflorestamento em pontos diversos, o fomento de programas de educação ambiental, entre outras.

Por fim, a todo TAC é necessário que se dê publicidade, pois como um ato administrativo deve obedecer aos princípios gerais contidos na nossa Carta Magna (art. 37), entre eles o da Publicidade, sendo este fundamental para que a sociedade, bem como os demais órgãos e entidades voltados à proteção do meio ambiente, possa tomar conhecimento do TAC e fiscalizá-lo, resguardando assim os direitos pertencentes a toda a coletividade.

Importante ensinamento nesse sentido é trazido por Moraes (1998, p. 285):

A publicidade se faz pela inserção do ato no *Diário Oficial* ou por edital afixado no lugar próprio para divulgação de atos públicos, para conhecimento do público em geral e, consequentemente, início da produção de seus efeitos, pois somente a publicidade evita os dissabores existentes em processos arbitrariamente sigilosos, permitindo-se os competentes recursos administrativos e as ações judiciais próprias.

¹⁹ Ac. 275/2004 – Plenário – Proc. 003.788/2003-6. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br>. Acesso em: 3 set. 2007.

Vale salientar que a falta de publicidade ao TAC, assim como nos demais atos da administração, pode, inclusive, gerar ato de improbidade administrativa, de acordo com o art. 11, inc. IV da Lei 8.429/92 – LIA (“negar publicidade aos atos oficiais”), pelo fato de o administrador agir ou omitir-se de modo a ferir um dos princípios constitucionais (AKAOUI, 2003).

2.7 Efeitos decorrentes

Em primeiro lugar, trazemos à baila a discussão acerca da possibilidade do ajuizamento de uma ACP quando se tem um TAC firmado por um dos entes legitimados.

A corrente majoritária é no sentido de que, uma vez firmado o TAC, isso impedirá a propositura de uma ACP em relação às cláusulas avençadas. Tal corrente baseia-se no fato de que o TAC é um título executivo extrajudicial; faltaria interesse de agir em se tratando de uma ACP que tivesse o mesmo fim, devendo esta ser extinta sem julgamento do mérito, com base no art. 267, inc. VI do CPC (Akaoui, 2003).

Câmara (2007) salienta que o interesse de agir será verificado quando estiverem presentes dois elementos, a saber, a “**necessidade** da tutela jurisdicional” e a “**adequação** do provimento pleiteado”, sendo certo que não estaria presente ao caso em comento a necessidade de se ajuizar uma ACP, tendo-se em vista que o título executivo poderá ser exigido em juízo com o mesmo fim.

A mesma consequência haverá em se tratando de ACP já em curso, ocorrendo, destarte, carência superveniente e a consequente extinção do feito sem a resolução do mérito.

Vale salientar que a eventual execução do TAC poderá ser efetuada por qualquer legitimado, mesmo que este não tenha figurado no ajustamento de conduta, pois o interesse da coletividade deve ser posto em primeiro plano, devendo, portanto, os legitimados previstos no art. 5º da LACP procederem à execução do título em caso de descumprimento por parte do poluidor, resguardando, dessa forma, o direito da coletividade (AKAOUI, 2003).

Como exceção, entendemos cabível o ajuizamento da ACP quando for necessária a reparação ou supressão de cláusula que não esteja de acordo com o interesse difuso ou coletivo. Se o ente legitimado entender que tal termo é nulo, a ação cabível será a anulatória e não a rescisória, pois se anula o ato jurídico, e não a sentença judicial.

Como segundo efeito decorrente, temos que a celebração do TAC não exime o poluidor das demais responsabilidades originadas pelo dano ambiental. A CF em seu art. 225, § 3º estabelece

uma tríplice responsabilidade ambiental, autônomas entre si. Portanto, ao se firmar um TAC, este abrangerá somente a responsabilidade civil do agente, mas não excluirá as eventuais infrações penais e administrativas.

Por fim, o TAC irradia efeitos *intra partes*, diferentemente da ACP, que possui efeitos *erga omnes*. O ente que firmar o ajustamento deverá incluir cláusula que contenha previsão expressa de eventual transferência de obrigações ao sucessor acaso o empreendimento seja alienado.

2.8 Descumprimento do TAC

O TAC, como visto anteriormente, é uma espécie do gênero acordo e, assim sendo, poderá ser invalidado, rescindindo, revisado ou executado, a depender do caso em concreto.

Primeiramente, no caso da invalidação, também chamada de anulação, esta coaduna-se com a ideia de *invalidade* do ato. Este fica eivado de vícios na sua origem, pois está em desconformidade com a lei. Portanto, seus efeitos operam *ex tunc*, ou seja, a partir do firmamento do TAC (DI PIETRO, 2001).

Com base na autotutela da Administração Pública, esta poderá anular os seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais.²⁰ A anulação também poderá ser feita a partir da apreciação do Poder Judiciário, por qualquer interessado, através de ações ordinárias e especiais, bem como dos remédios constitucionais cabíveis.

Uma vez firmado o TAC, o tomador das obrigações poderá *rescindilo*, como nos atos jurídicos em geral, através da devida ação anulatória.

Há vezes, porém, que o descumprimento de alguma obrigação foge à órbita de atuação do órgão tomador do compromisso e o compromissado. Desta feita, tem-se observado na prática a *revisão* de algum ajustamento, através de aditamentos, tendo-se em vista que tal acontecimento ocorreu por vontade alheia do compromissado (ex. caso fortuito, força maior, fatos que dependam de terceiros). Verificando-se que não houve desídia ou má-fé, é plenamente possível e viável a revisão das cláusulas com o estabelecimento de novas cláusulas.

Por fim, caso ocorra o descumprimento de alguma obrigação, por culpa exclusiva do infrator, os órgãos públicos legitimados, inclusive aqueles que não participaram diretamente do TAC, deverão ajuizar a devida ação executória para compelir o poluidor a realizar o acordado, devendo, nesse momento, serem cobrados

²⁰ Ver Súmulas 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal.

os dias de multa pelo atraso, mais as eventuais sanções para o caso de descumprimento, fora a obrigação de fazer ou deixar de fazer algo.

Em relação à competência em sede de execução da tutela coletiva, não há norma expressa que determine tal atribuição, salvo em se tratando de direitos individuais homogêneos, o que não se aplica no caso em tela, pois o meio ambiente, como visto nos capítulos iniciais, está no âmbito dos direitos difusos.

Akaoui (2003), por sua vez, defende a aplicação integrativa entre o CDC e a LACP, respectivamente em seus arts. 98, § 2º, inc. II (CDC) e art. 2º (LACP), sendo, destarte, o juízo competente aquele onde foi ajuizada a ação condenatória, aplicando-se também essa regra ao título executivo extrajudicial ora em estudo.

Como já visto, a legitimidade para a execução do título poderá ser feita por qualquer legitimado (art. 5º da LACP), inclusive se o ente não fez parte do ajustamento de conduta, pois o que se tem em vista é o resguardo do interesse da coletividade. Akaoui (2003) vai mais longe: defende que as associações civis (apesar de não poderem firmar TAC) detêm legitimidade para a execução do título, pois estariam legitimadas a propor ACP, bem como executar os títulos judiciais provenientes dessa ação. Ademais, deve-se levar em conta que os direitos ora tutelados são difusos, sendo, dessa forma, indivisíveis e indisponíveis. Mais uma vez, é ressaltado que o interesse social deverá prevalecer.

Vale destacar que, quando o ministério Público intervém no ajustamento, deverá, obrigatoriamente, propor a execução do TAC se descumpriida alguma obrigação constante do mesmo. Tal entendimento dá-se por conta da obrigatoriedade da propositura da ACP pelo *Parquet* quando estejam presentes os requisitos para tal. Conforme Akaoui (2003, p. 167), “a execução do compromisso de ajustamento de conduta, que por ele tenha sido firmado, também é obrigatória, posto que esse título substitui a sentença condenatória que deixou de ser obtida em face da possibilidade de obtenção das mesmas obrigações de maneira acordada”.

Por fim, o mencionado autor defende que o ente legitimado que for omisso, dolosa ou culposamente, poderá vir a responder pelo crime previsto no art. 68 da Lei 9.605/98²¹, bem como tal inércia poderá configurar ato de improbidade administrativa que atente contra os princípios da Administração Pública, no caso específico, retardando ou deixando de praticar, indevidamente, ato de ofício.

²¹ “Art. 68. Deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental:
Pena - detenção, de um a três anos, e multa.”

2.9 Principais vantagens da celebração do TAC

De Mio (2005 *apud* DE MIO; FERREIRA FILHO; CAMPOS, 2005, p. 94) elaborou didática tabela, na qual são abordadas as principais vantagens da celebração do TAC em detrimento de se buscar a tutela dos bens difusos por via judicial (ACP):

Aspecto Avaliado	Abordagens para Resolução de Conflitos Ambientais	
	Tradicional (IC e ACP)	Alternativa (IC e TAC)
Paradigma	Ganhar-perder.	Ganhar-ganhar.
Resolução do Conflito	Com intervenção do Poder Judiciário; Sem negociação prévia.	Sem intervenção do Poder Judiciário; Com negociação prévia.
Instrumento de resolução do conflito	Ação e processo judicial.	Inquérito civil.
Resultado	Sentença judicial.	TAC.
Tipo de solução	Imposta pelo juiz.	Construção de consenso.
Características	Desencorajamento, sofrimento; Morosidade; Custos mais elevados; Grande resistência na resolução do conflito; Sem antecipação ao dano; Ineficiência comprovada.	Comprometimento, conscientização; Agilidade; Custos menos elevados; Pequena resistência na resolução do conflito; Possibilidade de antecipação; Eficiência comprovada.
Em comum	Complexidade do tema.	Complexidade do tema.

Inegável, pois, as vantagens trazidas pelo Termo de Ajustamento de Conduta, principalmente no tocante à celeridade que tal procedimento proporciona. Já os processos judiciais, porquanto a Justiça encontra-se abarrotada de processos, demoram vários anos e, por muitas vezes, não chegam a uma solução eficaz, pois o dano já havia chegado a proporções em que não mais poderia haver uma alternativa de recompor o *status quo ante* que se pretendia. Akaoui (2003, p. 105) resume essa ideia da seguinte forma:

obtendo-se o ajustamento da conduta do degradador do meio ambiente ou daquele que está na iminência de degradá-lo, rapidamente, evita-se a conhecida morosidade que os processos judiciais têm sofrido, permitindo-se uma mais eficiente proteção ambiental.

Importante observação é trazida por Mateo (1998 *apud* FREITAS, 2005, p. 86):

A defesa do meio ambiente e da natureza exige freqüentemente contar com instrumentos processuais que possibilitem uma intervenção judicial ágil e preventiva, que a implique na ampliação da receptividade do direito a novos valores assumidos pelas sociedades modernas.

Em relação à eficácia dos TAC, estes obtêm sucesso por diversos motivos. Um deles é que são negociados com a presença do causador do dano e com a anuênciade este, podendo o empreendedor saber exatamente os impactos financeiros que irá sofrer e, deste modo, planejar a melhor forma de execução das ações a serem realizadas, bem como de eventuais pagamentos de compensações ambientais.

Fink (2001 *apud* AKAOUI, 2003, p. 107) aponta as seguintes vantagens ao empreendedor: “consciência da realização do possível; assunção voluntária e consciente da obrigação; aprendizado ambiental; preservação da imagem e da marca da empresa; custos; prazos”, entre outras.

2.10 Termo de Ajustamento de Conduta Preliminar

O Termo de Ajustamento de Conduta Preliminar (TACp) surgiu a partir de casos práticos observados no Ministério Público do Estado de São Paulo. Muitas vezes, havia o interesse deste em tomar o compromisso do poluidor, sem, contudo, encerrar as investigações. Tal instrumento foi regularizado institucionalmente através da Súmula nº 20 do Conselho Superior do referido *Parquet* estadual. Tal instrumento possui natureza acautelatória, não se afastando do TAC previsto na LACP, constituindo também um título executivo extrajudicial.

O TACp poderá igualmente ser firmado pelos demais órgãos legitimados do TAC, através de seus processos administrativos internos, e terá como objeto a viabilidade de obter de forma mais rápida e acautelatória medidas que visem à tutela do bem ambiental, sem que haja o encerramento das investigações preliminares pelo ente.

Por fim, segundo Akaoui (2003), o ajustamento preliminar ensejaria a carência superveniente de uma ACP já ajuizada, total ou parcialmente e impediria a propositura de nova ACP que tratasse das mesmas cláusulas avençadas no termo.

2.11 Compromisso de Ajustamento de Conduta – CAC (Lei 9.605/98)

Neste ponto, traremos à discussão o Compromisso de Ajustamento previsto na Lei dos Crimes Ambientais (Lei 9.605/98), tema pouco discutido pela doutrina e muitas vezes confundido com o TAC previsto na LACP.

2.11.1 Conceito

É o instrumento previsto na Lei dos Crimes Ambientais, semelhante ao TAC previsto na LACP, constituindo-se em título executivo extrajudicial, porém com algumas peculiaridades que serão abordadas mais à frente.

2.11.2 Previsão legal

O CAC foi inserido na Lei 9.605/98, primeiramente, a partir da Medida Provisória nº 1.710/98, com a inclusão do art. 79-A. Ao longo do tempo, a referida Medida Provisória foi reeditada diversas vezes. Até a conclusão deste trabalho, a atual redação dada ao mencionado art. é a seguinte:²²

Art. 79-A. Para o cumprimento do disposto nesta Lei, os órgãos ambientais integrantes do SISNAMA, responsáveis pela execução de programas e projetos e pelo controle e fiscalização dos estabelecimentos e das atividades suscetíveis de degradarem a qualidade ambiental, ficam autorizados a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de compromisso com pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pela construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores.

§ 1º O termo de compromisso a que se refere este artigo destinar-se-á, exclusivamente, a permitir que as pessoas físicas e jurídicas mencionadas no *caput* possam promover as necessárias correções de suas atividades, para o atendimento das exigências impostas pelas autoridades ambientais competentes, sendo obrigatório que o respectivo instrumento disponha sobre:

- I - o nome, a qualificação e o endereço das partes compromissadas e dos respectivos representantes legais;
- II - o prazo de vigência do compromisso, que, em função da complexidade das obrigações nele fixadas, poderá variar entre o mínimo de noventa dias e o máximo de três anos, com possibilidade de prorrogação por igual período;

²² Redação dada pela Medida Provisória nº 2.163-41 de 23/08/2001.

III - a descrição detalhada de seu objeto, o valor do investimento previsto e o cronograma físico de execução e de implantação das obras e serviços exigidos, com metas trimestrais a serem atingidas;

IV - as multas que podem ser aplicadas à pessoa física ou jurídica compromissada e os casos de rescisão, em decorrência do não-cumprimento das obrigações nele pactuadas;

V - o valor da multa de que trata o inciso IV não poderá ser superior ao valor do investimento previsto;

VI - o foro competente para dirimir litígios entre as partes.
§ 2º No tocante aos empreendimentos em curso até o dia 30 de março de 1998, envolvendo construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores, a assinatura do termo de compromisso deverá ser requerida pelas pessoas físicas e jurídicas interessadas, até o dia 31 de dezembro de 1998, mediante requerimento escrito protocolizado junto aos órgãos competentes do SISNAMA, devendo ser firmado pelo dirigente máximo do estabelecimento.

§ 3º Da data da protocolização do requerimento previsto no § 2º e enquanto perdurar a vigência do correspondente termo de compromisso, ficarão suspensas, em relação aos fatos que deram causa à celebração do instrumento, a aplicação de sanções administrativas contra a pessoa física ou jurídica que o houver firmado.

§ 4º A celebração do termo de compromisso de que trata este artigo não impede a execução de eventuais multas aplicadas antes da protocolização do requerimento.
§ 5º Considera-se rescindido de pleno direito o termo de compromisso, quando descumprida qualquer de suas cláusulas, ressalvado o caso fortuito ou de força maior.

§ 6º O termo de compromisso deverá ser firmado em até noventa dias, contados da protocolização do requerimento.

§ 7º O requerimento de celebração do termo de compromisso deverá conter as informações necessárias à verificação da sua viabilidade técnica e jurídica, sob pena de indeferimento do plano.

§ 8º Sob pena de ineficácia, os termos de compromisso deverão ser publicados no órgão oficial competente, mediante extrato.

O Decreto 3.179/99 regulamenta a matéria. Destaque-se o seu art. 60, o qual recebe inúmeras críticas²³ quanto à sua aplicabilidade,

²³ Os doutrinadores afirmam que tal medida incentiva o empreendedor a poluir, uma vez que este poderá, posteriormente, obter imensa redução do valor da multa, considerada por uns como uma verdadeira anistia da pena pecuniária sofrida. Seria como se houvesse, em um exemplo esdrúxulo, uma redução prevista para quem cometesse um homicídio – o caráter sancionatório da pena desapareceria quase que por completo, e o homicida não iria levar em conta uma futura sanção determinada pelo Estado, aumentando, destarte, o número de homicídios.

porquanto prevê uma redução de 90% do valor da multa aplicada se cumpridas integralmente as obrigações assumidas pelo infrator no CAC:

Art. 60. As multas previstas neste Decreto podem ter a sua exigibilidade suspensa, quando o infrator, por termo de compromisso aprovado pela autoridade competente, obrigar-se à adoção de medidas específicas, para fazer cessar ou corrigir a degradação ambiental.

§ 1º A correção do dano de que trata este artigo será feita mediante a apresentação de projeto técnico de reparação do dano.

§ 2º A autoridade competente pode dispensar o infrator de apresentação de projeto técnico, na hipótese em que a reparação não o exigir.

§ 3º Cumpridas integralmente as obrigações assumidas pelo infrator, a multa será reduzida em noventa por cento do valor atualizado, monetariamente.

§ 4º Na hipótese de interrupção do cumprimento das obrigações de cessar e corrigir a degradação ambiental, quer seja por decisão da autoridade ambiental ou por culpa do infrator, o valor da multa atualizado monetariamente será proporcional ao dano não reparado.

§ 5º Os valores apurados nos §§ 3º e 4º serão recolhidos no prazo de cinco dias do recebimento da notificação.

2.11.3 Apontamentos e críticas ao art. 79-A da Lei 9.605/98

A princípio, verificamos de plano uma diferença em relação ao TAC: a questão da legitimidade – o *caput* do art. 79-A dispõe que os órgãos ambientais integrantes do SISNAMA “responsáveis pela execução de programas e projetos e pelo controle e fiscalização dos estabelecimentos e das atividades suscetíveis de degradarem a qualidade ambiental” podem firmar o CAC. Dessa forma, observa-se que não há a legitimação do Ministério Público. Entretanto, tal órgão tem o poder-dever de fiscalizar esses compromissos, tendo em vista suas atribuições legais e o interesse público, o qual deverá estar sempre em primeiro plano.

Entre os legitimados, a lei refere-se, a nível federal, ao IBAMA e, a níveis estaduais e municipais, às Secretarias Estaduais e Municipais, respectivamente, dentro de suas atribuições voltadas à proteção do meio ambiente.

Outro ponto a ser questionado é o concernente à constitucionalidade da Medida Provisória supracitada. Como sabido, a CF, em seu art. 62, *caput*, traz os requisitos necessários a este modelo normativo, quais sejam, a *relevância* e a *urgência* da provisão de competência atribuída ao Presidente da República.

Neste ponto, importante destacar a ilustre lição do mestre Mello (2004, p. 120):

Com efeito, as características assinaladas revelam que as medidas provisórias não são uma alternativa aberta ao Executivo para obter a regulação de matérias que desdenhe submeter ao Legislativo pelo procedimento normal, ou seja, valendo-se do poder de iniciativa das leis que lhe confere o art. 61[...].

[...] Por serem, como visto, excepcionais, efêmeras, precárias, suscetíveis de perder a eficácia desde o início e cabíveis apenas ante questões relevantes que demandem urgente suprimento, é óbvio que só podem ser expedidas quando (a) situação muito grave reclame providências imediatas, que tenham que ser tomadas incontinenti [sic], pena de perecimento do interesse público que devem suprir, e (b) a natureza da medida seja compatível com a fragilidade inerente ao seu caráter efêmero e precário.

Muitos doutrinadores apoiam a ideia da constitucionalidade dessa norma e a criticam, bem como diversos entes²⁴, sendo, inclusive, tema de carta aberta ao ex-Presidente da República, Dr. Fernando Henrique Cardoso, intitulada “A Saúde dos Brasileiros e o Meio Ambiente em Primeiro Lugar”, a qual expõe:

3 – De maneira absolutamente injustificável, a Medida Provisória presenteia duplamente os poluidores. Primeiro, com uma ‘moratória’ que pode ir até o ano 2008, ano em que a legislação ambiental estará valendo para todos. Segundo, com uma ampla e generosa ‘anistia’ de todas as sanções – em especial as pecuniárias – aplicadas contra as empresas que, com a Medida Provisória, não mais podem ser ‘executadas’. Tanto uma como a outra levam à completa desmoralização do sistema legal de proteção ambiental no nosso País, punindo, ademais, de modo cruel, as empresas que cumpriram suas obrigações ambientais, instalando equipamentos antipoluição e pagando eventuais multas lavradas (BRASIL, 1998, p. 249).

Porém, em sentido diverso, há doutrinadores que opinam pelo contrário. Agrelli (1999) entende que os requisitos ensejadores da Medida Provisória estariam presentes, uma vez que, com a vigência da Lei dos Crimes Ambientais, era urgente e relevante que o governo adotasse uma medida que viabilizasse às pessoas físicas e jurídicas de todo o país se ajustar à nova legislação, tendo em vista todo o comprometimento socioeconômico que uma omissão poderia causar na sociedade. Em que pese essa opinião isolada, essa não deve ser a ideia adotada.

²⁴ Entre os referidos entes, assinaram o documento: Associação Brasileira do Ministério Público do Meio Ambiente, Associação dos Magistrados Brasileiros, Conselho Nacional dos Procuradores da República e Confederação Nacional do Ministério Público.

Encontra-se, no STF, a ADin 2083, ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores, Partido Verde e Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.²⁵ Em sede de medida cautelar, foi dado o seguinte voto pelo Ministro Moreira Alves:

De outra parte, o mesmo não ocorre com alguns dos fundamentos da argúição de constitucionalidade dessa norma com relação aos empreendimentos e às atividades novas, e, portanto, não abarcados por esse tratamento de transição para ajustamento à Lei 9.605/98, que se me afiguram relevantes, tendo em vista, principalmente os fins a que visa o artigo 225 da Constituição e o princípio constitucional do devido processo legal em sentido material (que é o concernente à proporcionalidade e razoabilidade da norma), uma vez que, quanto a este, a admissão desse termo de compromisso é utilizável, sem limitação, a qualquer tipo de infração ainda que gravíssima, como a que dará margem à demolição da obra ou a que dará ensejo à suspensão total das atividades.

Em 03/08/2000 o Tribunal decidiu a referida cautelar, por unanimidade, da seguinte maneira:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, conheceu, em parte, da ação e, nessa parte, por maioria, deferiu parcialmente a medida cautelar para, dando ao ato normativo atacado - hoje Medida Provisória nº 1949-25, de 26 de junho de 2000 - interpretação conforme à Constituição, suspender, ex nunc e até final do julgamento desta ação, a eficácia dele fora dos limites da norma de transição e, portanto, no tocante à sua aplicação aos empreendimentos e atividades que não existiam anteriormente à entrada em vigor da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, vencido, em parte, o Senhor Ministro Marco Aurélio, que concedia integralmente a cautelar. Votou o Presidente. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Plenário, 03.8.2000.

Por fim, em relação ao CAC, este, de acordo com o § 3º do art. 79-A, irá suspender aplicação de sanções administrativas contra a pessoa física ou jurídica que o houver firmado. Alguns advogados, em sede de *habeas corpus*, têm levantado o argumento de que, uma vez suspendendo a aplicação dessas sanções em sede administrativa, estaria também extinguindo a punibilidade do agente e impedindo a propositura da ação criminal, tendo, inclusive, a 3^a

²⁵ Tal ADin encontra-se conclusa ao relator desde a data de 12/03/2007 em consulta realizada no site do STF, às 23h52 do dia 20/09/2007 (<http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=2083&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>).

Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidido a favor dessa tese, manifestando-se no sentido de que o “ajustamento de conduta perante o Ministério Público, visando regularizar a situação, configura ausência de justa causa à ação penal”.²⁶

Porém, tal argumentação é completamente desprovida de fundamentação, porque, nessa decisão ímpar, o ajustamento foi realizado pelo Ministério Público, o que, por si só, já descarta o CAC previsto no art. 79-A, porquanto os órgãos legitimados são aqueles que compõem o SISNAMA, o que o *Parquet* não o perfaz.

Segundo, há de se destacar na independência e entre as instâncias administrativa, cível e penal. Tal dispositivo menciona apenas a primeira destas, ou seja, a administrativa.

Terceiro, porque não se pode transacionar acerca de crimes ambientais senão nos casos expressos em que a Lei 9.099/95 determina – pena máxima não superior a dois anos. Afora esse caso, não poderá o mesmo ser objeto de transação penal. De tal modo é o caso da suspensão condicional da pena, prevista no art. 77 do Código Penal, aplicada nos casos em que a execução da pena não seja superior a dois anos.²⁷

Quarto, porque, como sabido, tal artigo foi incluso através de Medida Provisória, e tal instrumento não pode versar, entre outros assuntos, “sobre matéria relativa a direito penal”, conforme vedação expressa do art. 62, § 1º, “b” da CF.

A boa jurisprudência vem se manifestando da seguinte maneira:²⁸

[...] os fatos têm existência jurídico-penal própria, independente de suas repercussões cíveis, onde as medidas legais de retificação ou recuperação das características ambientais da área afetada têm fundamentos próprios e independentes das consequências de ordem penal aplicáveis.

No mesmo sentido:²⁹

[...] o fato de o indiciado ter firmado compromisso com o Ministério Público e a FATMA para a regularização do loteamento às normas ambientais, evidentemente realizado na esfera administrativa, apesar de relevante, não justifica o trancamento da ação penal. Outros ele-

²⁶ *Habeas corpus* nº 1.0000.04.410063-4/000(1).

²⁷ Tal artigo elenca outros requisitos necessários à suspensão condicional da pena, mas não vem ao caso discuti-los neste trabalho.

²⁸ *Habeas corpus* 423.283.3/6-00, da 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo.

²⁹ Inquérito 99.021.393-5, da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

mentos dos autos podem autorizar a acusação e, como se sabe, em decorrência da separação dos Poderes, as jurisdições administrativa e criminal são autônomas e distintas.

Portanto, a Jurisprudência corrobora que não há a extinção da punibilidade do agente, quando este firma um ajustamento de conduta, bem como confirma que as instâncias cível, penal e administrativa são independentes entre si.

Conclusão

O meio ambiente vem sofrendo degradações exorbitantes e, se não houver uma efetiva conscientização e educação dos povos, além de vontade política, as próximas gerações estarão fadadas a ter uma péssima qualidade de vida, chegando ao extremo de o globo entrar num verdadeiro colapso.

No presente trabalho, foi realizada uma abordagem acerca da tutela dos direitos denominados de “terceira geração”, aqueles assim considerados levando-se em conta a sua transindividualidade, em que o direito não pertence a um indivíduo, ou a um Estado, isoladamente, e sim a toda a coletividade. Especificamente, este direito difuso resguardado foi o concernente ao meio ambiente.

Entre os meios processuais utilizados visando à tutela ambiental (Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucional por Omissão, Mandado de Injunção, Mandado de Segurança Coletivo, Ação Civil Pública, Inquérito Civil e Recomendação Ministerial), foi objetivo deste trabalho analisar a eficácia dos Termos de Ajustamento de Conduta (TAC), instrumento de atuação extrajudicial, com força de título executivo, previsto pelo § 6º do art. 5º da Lei 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública (LACP) –, parágrafo este incluso na referida lei através do art. 113 do Código de Defesa do Consumidor no início da década de 90.

Foram analisados os principais aspectos desse instrumento, visando a demonstrar que o TAC, quando realizado almejando ao seu verdadeiro fim – qual seja, compelir o empreendedor a fazer ou deixar de fazer algo prejudicial ao meio ambiente, bem como reparar as lesões já ocasionadas –, tem obtido uma relevante efetividade, tendo-se em vista as suas características peculiares, entre elas, se constituir um modo célere, o que o diferencia dos procedimentos judiciais comuns, que podem durar mais de uma década, sem que se haja uma solução definitiva, além de terem elevados custos aos cofres públicos.

Além do TAC previsto na LACP, também foi explanada a figura do Compromisso de Ajustamento de Conduta (CAC), previsto no art. 79-A da Lei 9.605/98 – Lei dos Crimes Ambientais –, artigo este inserido através de Medida Provisória, o que gerou, decerto, inúmeras críticas por parte da doutrina.

Também foi exposto o trabalho do Ministério Público, ente independente, que atua na tutela dos direitos difusos e na correta aplicação da lei.

O ideal, entretanto, seria uma maior fiscalização para que não houvesse o dano ambiental, pois, apesar de toda a compensação (que ainda é irrisória, incapaz e insuficiente de reparar a degradação ambiental ocorrida), a natureza não voltará ao *status quo ante*, situação esta que ocorre na maioria dos danos causados ao meio ambiente.

É fundamental a educação e a conscientização de que o bem jurídico protegido – no caso em tela, o meio ambiente – é um bem indisponível de interesse coletivo e a sua preservação é o meio mais adequado para que se alcance o fim desejado: o respeito à vida.

Referências

- AGRELLI, Vanusa Murta. O termo de compromisso de ajustamento de conduta do empreendedor à luz da Medida Provisória 1.710-6/99. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, ano 4, n. 15, p. 103-113, jul.-set. 1999.
- AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. **Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BRASIL. Ministério Público. A Saúde dos Brasileiros e o Meio Ambiente em Primeiro Lugar. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, ano 3, n. 12, p. 249, out./dez. 1998.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. I.
- DE MIO, Geisa Paganini; FERREIRA FILHO, Edward; CAMPOS, José Roberto. Inquérito Civil e o Termo de Ajustamento de Conduta para Resolução de Conflitos Ambientais. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, ano 10, n. 39, p. 92-101, jul.-set. 2005.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- FREITAS, Gilberto Passos de. **Ilícito Penal Ambiental e Reparação do Dano**. São Paulo: RT, 2005.
- GOMES, Luís Roberto. **O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa: O Controle da Omissão Estatal no Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- LÓBO, Marta Carolina Fahel. A Tutela Inibitória contra a Administração Pública na Defesa do Meio Ambiente. In: Andreas J. Krell. **A aplicação do Direito Ambiental no Estado Federativo**. Rio de Janeiro: Lumen

Juris, 2005. p. 1-73 (Coleção: Direito e Racionalidade no Mundo Contemporâneo).

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Notas sobre o compromisso de ajustamento de conduta. In: Congresso Internacional de Direito Ambiental, 7, 2003, São Paulo. p. 571 a 576.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MILARÉ, Edis; SETZER, Joana; CASTANHO, Renata. O Compromisso de Ajustamento de Conduta e o Fundo de Defesa de Direitos Difusos: Relação entre os Instrumentos Alternativos de Defesa Ambiental da Lei 7.347/1985. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, ano 10, n. 38, p. 9-22, abr.-jun. de 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

NASCIMENTO, Mércia Karine Oliveira. **A Eficácia da Aplicação do Termo de Ajustamento de Conduta: A Experiência com a Fábrica Portela**. 2006. Monografia de Conclusão do Curso de Direito – Faculdade Pernambucana, Recife, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 7. ed. rev. ampl. São Paulo: RT, 2003.

SAROLDI, Maria José Lopes de Araújo. **Termos de Ajustamento de Conduta na Gestão dos Resíduos Sólidos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SOUZA, Motauri Ciocchetti de. **Ação Civil Pública e Inquérito civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

Ativismo judicial: efetivação de normas constitucionais ou ameaça ao princípio da separação dos Poderes?

Lucas Ventura Carvalho Dias

Advogado da CAIXA em Pernambuco

Pós-graduado em Direito Público pela Faculdade

Maurício de Nassau

RESUMO

O presente trabalho tem o intuito de estudar a doutrina do ativismo judicial, para concluir se o instituto se revela como uma ferramenta de efetivação de normas constitucionais ou como uma ameaça ao princípio da separação dos Poderes. Atualmente, o Judiciário, em virtude da inércia de outros Poderes da República, vem adotando cada vez mais uma postura de viés ativista, procurando suprir a omissão do Legislativo e do Executivo. Daí a necessidade de um estudo sobre o tema, porquanto existe a ameaça de, com a postura ativista do Poder Judiciário, haver a invasão das competências próprias dos demais Poderes, gerando, assim, uma violação ao princípio da separação dos Poderes. Assim, este trabalho estuda o instituto trazendo seu conceito e os posicionamentos que enxergam no ativismo judicial a efetivação de normas constitucionais, assim como os que veem no instituto uma ameaça à separação dos Poderes. Em seguida, são apresentadas as conclusões obtidas.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Separação. Poderes. Normas constitucionais.

ABSTRACT

The present work intents to study the doctrine of "judiciary activism", to conclude if the institute reveals itself as a tool of effectuation of the Constitutional rules, or as a threat to the principle of separation of powers. Nowadays the so called Judiciary System, due to the inertia of the other Powers of the Republic, adopts more and more an activist behavior, trying to supply the omission of the Legislature an Executive Powers. Therefore, it comes the necessity of studying the theme, for there is a menace of, with the activist behavior of the Judiciary System, existing the invasion of competences that are proper to the other Powers. Hence, this study analyzes the institute, bringing its concept, the doctrine and the legal decisions that see in the "judiciary activism" the effectuation of

Constitutional rules, as well as the ones who believe that the institute is a threat to Montesquieu's Separation of Powers (tripartite system). Finally comes the conclusion.

Keywords: Judiciary activism. Separation. Powers. Constitutional rules.

Introdução

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 2º, traz o princípio da separação dos Poderes, afirmando: "Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário". Cada Poder da República, portanto, exerce uma atribuição típica, sendo a do Judiciário decidir as questões levadas a juízo, não podendo se afastar dessa atribuição, conforme artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Magna.

Quanto à independência, significa que cada Poder não pode se subordinar aos demais. Já por harmonia deve-se entender que cada um dos Poderes não deve ingressar na esfera de competência típica dos demais, salvo as exceções já previstas no texto da Constituição.

O presente trabalho tem por escopo realizar uma breve análise do ativismo judicial no Brasil, a partir do seguinte questionamento: o instituto revela-se principalmente como uma forma de efetivação de direitos fundamentais ou representa uma ameaça ao princípio constitucional da separação dos Poderes?

Justifica-se a elaboração de um estudo sobre o assunto, pois, após anos de entendimento contrário, o Supremo Tribunal Federal (STF), em 2008, ao julgar os Mandados de Injunção 670, 708 e 712, decidiu pela efetivação imediata de uma norma constitucional de eficácia limitada (SILVA, 1998 *apud* LENZA, 2010, p. 177-183), qual seja, o direito de greve dos servidores públicos. Até aquele momento, o STF entendia que o Judiciário não poderia suprir a omissão legislativa sobre determinada matéria, sob pena de invasão de competência, mesmo que isso significasse a não efetivação de um direito fundamental constitucionalmente garantido.

Ademais, a corte parece cada vez mais inclinada a adotar a tese do ativismo judicial com o intuito de efetivar direitos fundamentais. Com efeito, o mais novo Ministro do Tribunal, José Antônio Dias Toffoli, afirmou, em entrevista concedida ao jornal *O Globo*, que a corte deve atuar em casos de omissão (TOFFOLI..., 2009). Na mesma linha é o posicionamento de Gilmar Mendes, expresso no MI 670 e citado pelo magistrado e doutrinador em seu *Curso de Direito Constitucional*.

Dessa forma, buscar-se-á, nas páginas que se seguem, definir o que é ativismo judicial, trazendo, na primeira seção, seu conceito a partir da doutrina.

Em seguida, a partir das opiniões de doutrinadores e operadores do direito, será realizada na segunda seção uma análise do instituto sob o ponto de vista do ativismo judicial como forma de efetivação das normas constitucionais nos casos de inércia do Legislativo e do Executivo.

Posteriormente, será analisado na terceira seção se o instituto representa uma ameaça ao princípio da separação dos Poderes, tendo em vista que, ao efetivar um direito que depende de legislação ou políticas públicas para tanto, o Judiciário ingressa numa seara que seria, originalmente, dos Poderes Legislativo e Executivo.

Por fim, serão apresentadas as conclusões obtidas com os estudos realizados, procurando-se trazer um posicionamento adequado à luz dos pensamentos divergentes analisados.

1 Ativismo judicial - conceito

Para que se entenda o que é ativismo judicial, tomem-se, de início, as lições do professor Elival da Silva Ramos, que em seu livro *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos* aborda o instituto, de início, nos seguintes termos:

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes (RAMOS, 2010, p. 116-117).

Ou seja, deixa claro o mestre que, ao praticar o que se chama de ativismo judicial, o Judiciário extrapola as suas atribuições típicas, ingressando na órbita que seria de outro poder, nesse caso, o Legislativo.

Observa-se, desde logo, o tom crítico adotado pelo autor quanto ao tema, ao classificar como *insidiosa* a incursão do Judiciário sobre o núcleo essencial de funções atribuídas pela Carta Magna a outros Poderes da república.

Em seguida, na já citada obra, o autor ensina que por ativismo judicial:

[...] deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos) (RAMOS, 2010, p. 129).

Novamente, sobressai o caráter extremamente crítico das lições do doutrinador sobre a matéria.

Em estudo sobre o tema, Coelho (2010) cita um conceito de Leal, segundo o qual ativismo judicial está associado "à ideia de exorbitância de competência por parte do Poder Judiciário, razão por que - adverte - chamar-se de ativista a um tribunal implica atribuir-lhe algo de negativo na sua conduta institucional" (LEAL, 2010, p. 24 *apud* COELHO, 2010).

Observa-se, novamente, um conceito que coloca uma pecha sobre o ativismo judicial, pois enxerga o instituto como uma extrapolação da competência originária do Poder Judiciário.

Delgado (2008 *apud* CARVALHO, 2009), por sua vez, formula o seguinte conceito: "[...] postura a ser adotada pelo magistrado que o leve ao reconhecimento da sua atividade como elemento fundamental para o eficaz e efetivo exercício da atividade jurisdicional".

Aqui já é possível denotar uma conceituação de viés positivo sobre o tema, sem o caráter negativista dos autores citados anteriormente, pois vê o ativismo como elemento fundamental para que seja eficaz o exercício da atividade jurisdicional.

Já Gomes (2009) conceitua ativismo judicial como:

uma espécie de intromissão indevida do Judiciário na função legislativa, ou seja, ocorre ativismo judicial quando o juiz "cria" uma norma nova, usurpando a tarefa do legislador, quando o juiz inventa uma norma não contemplada nem na lei, nem dos tratados, nem na Constituição.

Em seguida, arremata: "O ativismo judicial [...] ocorre quando o juiz inventa uma norma, quando cria um direito não contemplado de modo explícito em qualquer lugar, quando inova o ordenamento jurídico" (GOMES, 2009).

Novamente, tem-se uma definição que coloca o ativismo judicial como uma forma de usurpação da função legislativa pelo Judiciário, ou seja, o objeto do presente estudo é visto como uma extrapolação, pelos magistrados, de suas atribuições.

Luiz Roberto Barroso, em entrevista concedida a Ito (2009), conceitua o ativismo diferenciando-o do conceito de judicialização nos seguintes termos: "Já o ativismo, ao contrário da judicialização, não é fato, diz Barroso, mas atitude. Acontece quando há um déficit de outros Poderes e o Judiciário aplica princípios a situações não previstas em leis".

Nota-se, assim, que o autor reconhece o ativismo como uma atuação do Judiciário que vai além do que está escrito nas leis, classificando a postura mais como uma questão de "atitude" do magistrado.

Ante os conceitos demonstrados nas linhas pretéritas, fica claro que ocorre ativismo judicial quando o Judiciário, em atribuição que não lhe é típica, busca efetivar algum direito quando a lei ainda não o fez, invadindo, em tese, competência do Poder Legislativo e fazendo isso, em regra, quando há inércia deste.

Já demonstrado o que se entende por ativismo judicial, passa-se, agora, a analisar duas vertentes do instituto: a) como uma forma de efetivação de direitos fundamentais e, portanto, uma contribuição positiva do Judiciário para o Estado; e b) como uma extração da atividade jurisdicional que traz reflexos negativos para o equilíbrio dos Poderes na República.

2 Ativismo judicial: modernização da jurisdição e efetivação de direitos constitucionalmente garantidos

A Constituição da Federação brasileira, de 1988, bastante extensa e garantista, em virtude do contexto político-social em que foi editada (após a ditadura militar), positivou uma enorme quantidade de direitos básicos para os brasileiros; todavia, em muitos casos, não dispôs sobre os métodos de efetivá-los.

Com efeito, ao ler o texto da Constituição brasileira, algum desavisado poderia acreditar estar vivendo num país desenvolvido, em que se garante à população saúde, educação, moradia, cultura, dignidade, entre diversos outros direitos individuais e sociais. Infelizmente, tais direitos, considerados fundamentais, insuscetíveis de alteração por emenda ao Texto Magno, ainda não são acessíveis a uma grande parte da população.

Diante desse quadro, não se pode negar que o ativismo judicial traz um novo horizonte de possibilidades. Direitos que permaneciam ineficazes em virtude da inércia do legislador ou do administrador agora encontram no Judiciário uma forma de concretização.

Trata-se de um neoconstitucionalismo, que busca, nas palavras de Lenza (2010, p. 55):

não mais apenas se atrelar [...] à idéia de limitação do poder político, mas, acima de tudo, buscar a eficácia da Constituição, deixando o texto de ter um caráter meramente retórico e passando a ser mais efetivo, especialmente diante da expectativa de concretização dos direitos fundamentais.

Foi exatamente o que fez o STF, em 2008, ao garantir a utilização da lei geral de greve aos servidores públicos estatutários.

A Constituição brasileira, em seu artigo 37, inciso VII, garante aos servidores públicos direito de greve; todavia, afirma que este será exercido "nos termos e nos limites definidos em lei específica".

Ocorre que, atualmente, passados mais de vinte e um anos da promulgação da Constituição cidadã, nunca foi editada a "lei específica" citada no artigo 37. Ou seja, o legislador queda-se inerte há mais de vinte anos, sem qualquer justificativa plausível para tanto.

Contudo, a Constituição, pensando na hipótese, previu um remédio que poderia trazer a solução do problema: o mandado de injunção. Dispõe o art. 5º, inciso LXXI, da CF/88: "conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania".

Ou seja, em tese, havia uma ferramenta excepcional, constitucionalmente garantida, para que fossem efetivados direitos fundamentais inacessíveis em virtude da falta de norma regulamentadora do seu exercício.

Todavia, o STF, no Mandado de Injunção nº 20, firmou posição no sentido de que o direito de greve dos servidores públicos somente poderia ser exercido após a edição da lei especial citada no texto constitucional, sob alegação de que a norma que garantia o referido direito era de eficácia limitada, conforme a classificação proposta por Silva (2005).

O acórdão teve a ementa abaixo transcrita:

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO - DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO CIVIL - EVOLUÇÃO DESSE DIREITO NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO - MODELOS NORMATIVOS NO DIREITO COMPARADO - PRERROGATIVA JURÍDICA ASSEGURADA PELA CONSTITUIÇÃO (ART. 37, VII) - IMPOSSIBILIDADE DE SEU EXERCÍCIO ANTES DA EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR - OMISSÃO LEGISLATIVA - HIPÓTESE DE SUA CONFIGURAÇÃO - RECONHECIMENTO DO ESTADO DE MORA DO CONGRESSO NACIONAL - IMPETRAÇÃO POR ENTIDADE DE CLASSE - ADMISSIBILIDADE - WRIT CONCEDIDO. DIREITO DE GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO: O preceito

constitucional que reconheceu o direito de greve ao servidor público civil constitui norma de eficácia meramente limitada, desprovida, em consequência, de auto-aplicabilidade, razão pela qual, para atuar plenamente, depende da edição da lei complementar exigida pelo próprio texto da Constituição. A mera outorga constitucional do direito de greve ao servidor público civil não basta - ante a ausência de auto-aplicabilidade da norma constante do art. 37, VII, da Constituição - para justificar o seu imediato exercício. O exercício do direito público subjetivo de greve outorgado aos servidores civis só se revelará possível depois da edição da lei complementar reclamada pela Carta Política. A lei complementar referida - que vai definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público - constitui requisito de aplicabilidade e de operatividade da norma inscrita no art. 37, VII, do texto constitucional. Essa situação de lacuna técnica, precisamente por inviabilizar o exercício do direito de greve, justifica a utilização e o deferimento do mandado de injunção. A inércia estatal configura-se, objetivamente, quando o excessivo e irrazoável retardamento na efetivação da prestação legislativa - não obstante a ausência, na Constituição, de prazo pré-fixado para a edição da necessária norma regulamentadora - vem a comprometer e a nulificar a situação subjetiva de vantagem criada pelo texto constitucional em favor dos seus beneficiários.

MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO: A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de admitir a utilização, pelos organismos sindicais e pelas entidades de classe, do mandado de injunção coletivo, com a finalidade de viabilizar, em favor dos membros ou associados dessas instituições, o exercício de direitos assegurados pela Constituição. Precedentes e doutrina (BRASIL, 1996).

Assim, embora reconhecida a mora legislativa e concedido o Mandado de Injunção, com a notificação do Poder Legislativo quanto à sua mora, entendeu a suprema corte que não poderia, substituindo-se ao legislador, efetivar o direito de greve dos servidores públicos.

Como bem lembra Mendes (2009, p. 1265), o posicionamento da corte se manteve no julgamento dos MI 485 e 585. Arremata o autor informando que "nas diversas oportunidades em que o tribunal se manifestou sobre a matéria, tem-se reconhecido unicamente a necessidade de se editar a reclamada legislação, sem admitir uma concretização direta da norma constitucional".

Ressalva-se, entretanto, que, já no julgamento do Mandado de Injunção nº 20, o Ministro Carlos Velloso, em posicionamento notoriamente vanguardista para o direito brasileiro, entendia que devia ser aplicada, aos servidores públicos civis, a lei geral de greve

(Lei 7.783/1989), que seria a norma do caso concreto, para efetivar o direito fundamental não exercido em virtude a injustificável mora legislativa.

Foram estes os argumentos que utilizou em seu voto:

A Casa conhece o meu pensamento a respeito do mandado de injunção. Estamos diante de um caso em que é cabível esta medida. Sustento que devemos emprestar ao mandado de injunção a máxima eficácia. Reporto-me aos votos que tenho proferido nesta Casa, a respeito do tema, em que sustento que, julgada procedente a injunção, deve o Supremo Tribunal Federal elaborar a norma para o caso concreto, vale dizer, a norma que viabilizará o exercício do direito. Reporto-me, por exemplo, aos votos que proferi nos MMII 369-DF, 219-DF, 384-RJ, 429-DJ, 95-RR, 124-SP, 278-MG.

Assim, Sr. Presidente, passo a fazer aquilo que a Constituição determina que eu faça, como juiz: elaborar a norma para o caso concreto, a norma que viabilizará, na forma do disposto no art. 5º, LXXI, da Lei Maior, o exercício do direito de greve do servidor público.

A norma para o caso concreto será a lei de greve dos trabalhadores, a Lei 7.783, de 28.06.1989. É dizer, determino que seja aplicada, no caso concreto, a lei que dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, que define as atividades essenciais e que regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Sei que na Lei 7.783 está disposto que ela não se aplicará aos servidores públicos. Todavia, como devo fixar a norma para o caso concreto, penso que devo e posso estender aos servidores públicos a norma já existente, que dispõe a respeito do direito de greve (BRASIL, 1996).

Posicionamento idêntico foi defendido no julgamento do MI 631/MS, relator Ministro Ilmar Galvão, como de forma pertinente observa Mendes (2009, p. 1265).

A corte, entretanto, somente adotou o mesmo posicionamento em 25 de outubro de 2007, quando, julgando os Mandados de Injunção 670 (Ministro relator Ilmar Galvão), 708 (Ministro relator Gilmar Mendes) e 712 (Ministro relator Eros Grau), determinou que se aplicasse aos servidores públicos civis a Lei 7.783/1989.

Segundo Mendes (2009, p. 1273), o Tribunal,

afastando-se da orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar limitada à declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica, passou, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio judiciário.

Foram os seguintes os fundamentos do voto do então presidente da Corte Máxima de Justiça brasileira:

O direito de greve dos servidores públicos tem sido objeto de sucessivas dilações desde 1988. A Emenda Constitucional nº 19/1998 retirou o caráter complementar da lei regulamentadora, a qual passou a demandar, unicamente, lei ordinária e específica para a matéria. Não obstante subsistam as resistências, é bem possível que as partes envolvidas na questão partam de premissas que favoreçam o estado de omissão ou de inércia legislativa.

A representação de servidores não vê com bons olhos a regulamentação do tema, porque visa a disciplinar uma seara que hoje está submetida a um tipo de lei da selva. Os representantes governamentais entendem que a regulamentação acabaria por *criar* o direito de greve dos servidores públicos. Essas visões parcialmente coincidentes têm contribuído para que as greves no âmbito do serviço público se realizem sem qualquer controle jurídico, dando ensejo a negociações heterodoxas, ou a ausências que comprometem a própria prestação do serviço público, sem qualquer base legal.

Mencionem-se, a propósito, episódios mais recentes relativos à greve dos servidores do Judiciário do Estado de São Paulo e à greve dos peritos do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), que trouxeram prejuízos irreparáveis a parcela significativa da população dependente desses serviços públicos.

A não regulação do direito de greve acabou por propiciar um quadro de selvageria com sérias consequências para o Estado de Direito. Estou a lembrar que Estado de Direito é aquele no qual não existem soberanos.

Nesse quadro, não vejo mais como justificar a inércia legislativa e a inoperância das decisões desta Corte.

Comungo das preocupações quanto à não assunção pelo Tribunal de um *protagonismo legislativo*. Entretanto, parece-me que a não-atuação no presente momento já se configuraria quase como uma espécie de 'omissão judicial'.

[...]

Nesse contexto, é de se concluir que não se pode considerar simplesmente que a satisfação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis deva ficar a bel-prazer do juízo de oportunidade e conveniência do Poder Legislativo.

Estamos diante de uma situação jurídica que, desde a promulgação da Carta Federal de 1988 (ou seja, há mais de 17 anos), remanesce sem qualquer alteração. Isto é, mesmo com as modificações implementadas pela emenda n. 19/1998 quanto à exigência de lei ordinária específica, o direito de greve dos servidores públicos ainda não recebeu o tratamento legislativo minimamente

satisfatório para garantir o exercício dessa prerrogativa em consonância com imperativos constitucionais.

Por essa razão, não estou a defender aqui a assunção do papel de legislador positivo pelo Supremo Tribunal Federal.

Pelo contrário, enfatizo tão-somente que, tendo em vista as imperiosas balizas constitucionais que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, este Tribunal não pode se abster de reconhecer que, assim como se estabelece o controle judicial sobre a atividade do legislador, é possível atuar também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo (BRASIL, 2009, grifos do autor).

Impende ressaltar que, apesar de atuar no vazio legislativo, determinando a aplicação da lei geral de greve dos trabalhadores da iniciativa privada aos servidores públicos, o Ministro e doutrinador deixa claro que, na sua opinião, o STF não estaria assumindo a posição de legislador positivo.

Assim, com essa viragem jurisprudencial, o STF adotou postura que se enquadra como ativismo judicial, concretizando, com isso, o direito de greve dos servidores públicos civis, que se viam tolhidos de seu exercício em virtude da inérvia do Legislativo.

Portanto, verifica-se na postura ativista do Tribunal Constitucional um elemento importante para garantir direitos que não veem a luz do dia em virtude de interesses muitas vezes escusos (como faz questão de citar Mendes em sua decisão referida anteriormente). Sabe-se lá quanto tempo levaria para que se efetivasse o direito de greve dos servidores públicos civis se outra tivesse sido a postura do STF no julgamento dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712.

Aliás, é importante o alerta dado por Campos (2009, p. 5):

Se à reiterada omissão legislativa inconstitucional, se somasse uma também reiterada "omissão judicial", tudo estaria perdido para a força normativa da Constituição, que se encontraria desprotegida diante da inérvia dos poderes constituídos, pondo-se em risco a efetividade não apenas do dispositivo constitucional não regulado, mas da constituição como um todo.

Cabe indagar, todavia, se é possível ao órgão judicial assumir essa postura, na qual, de certa forma, substitui-se ao legislador.

Segundo Medeiros (1999 *apud* MENDES, 2009, p. 1267-1268):

A atribuição de uma função positiva ao juiz constitucional harmoniza-se, desde logo, com a tendência hodierna para a acentuação da importância e da criatividade da função jurisdicional: as decisões modificativas integram-se, coerentemente, no movimento de valorização do momento jurisprudencial do direito.

O alargamento dos poderes normativos do Tribunal Constitucional constitui, ousrossim, uma resposta à crise das instituições democráticas.

Denota-se que o autor se mostra favorável à postura ativista da Corte Suprema de Justiça, enxergando aí uma resposta à crise das instituições democráticas, que vêm se mostrando inaptas a atender os anseios da sociedade de ver tornarem-se realidade os direitos prometidos nas Cartas Constitucionais modernas, sendo um excelente exemplo a própria Constituição Federal do Brasil.

Em tese, portanto, o ativismo seria, na verdade, uma etapa da atuação do Poder Judiciário já prevista constitucionalmente. O papel do Judiciário contemporâneo seria justamente garantir o cumprimento da constituição, devendo adotar uma postura ativista.

Em linha semelhante de argumentação, são valiosos os ensinamentos de Streck (2003, p. 685, grifo do autor):

A democratização social, fruto das políticas do *Welfare State*, o advento da democracia no segundo pós-guerra e a redemocratização de países que saíram de regimes autoritários/ditatoriais trazem a lume constituições cujos textos positivam direitos fundamentais e sociais. Esse conjunto de fatores redefine a relação entre os poderes do Estado, passando o judiciário (ou os tribunais constitucionais) a fazer parte da arena política [...]

Mais adiante, complementa o autor:

[...] surgindo o Judiciário (e suas variantes de justiça constitucional, nos países que adotaram a fórmula de tribunais *ad hoc*) como uma alternativa para o resgate das promessas da modernidade, onde o acesso à justiça assume um papel de fundamental importância, por meio do deslocamento da esfera de tensão, até então calcada nos procedimentos políticos, para os procedimentos judiciais (STRECK, 2003, p. 685).

Assim, entende Streck que ao Judiciário cabe um papel no cenário político, agindo por meio do ativismo para concretizar direitos adormecidos e cumprir as chamadas "promessas da modernidade", tão presentes, por exemplo, na Constituição do Brasil de 1988.

Os juízes, portanto, não seriam mais meros aplicadores da lei. Seriam seres políticos, encarregados de dar cumprimento à Constituição, mesmo que isso signifique ingressar na arena específica dos outros Poderes da República.

O estudioso entende, ainda, o seguinte:

O Poder Judiciário (entendido como justiça constitucional) deve ter uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes de Estado, levando-o a transcender as funções dos checks and balances, mediante uma atuação que leve em conta a perspectiva de que os valores constitucionais têm precedência mesmo contra textos legislativos produzidos por maiorias parlamentares (que, a toda evidência, devem obediência à constituição) (STRECK, 2003, p. 703-704).

Ou seja, na visão do autor, para a concretização dos valores constitucionais é possível até mesmo ir contra texto de lei. Na prática, como o texto legal deve obediência à Constituição, se falha em cumprí-la, cabe ao Judiciário corrigir essa distorção. Continuando suas lições, explica o doutrinador, citando Krell:

[...] onde o processo político (Legislativo, Executivo) falha ou se omite na implementação de políticas públicas e dos objetivos sociais nela implicados, cabe ao Poder Judiciário tomar uma atitude ativa na realização desses fins sociais através da correição de prestações dos serviços sociais básicos (STRECK, 2003, p. 704, grifo do autor).

Assim, nesse pensar, o Judiciário poderia até mesmo atuar na formulação de políticas públicas, ingressando na esfera de competência do Executivo.

Tratando do tema, Krell (2002, p. 88, grifo do autor) argumenta:

Torna-se cada vez mais evidente que o vetusto princípio da Separação dos Poderes, idealizado por Montesquieu no século XVIII, está produzindo, com sua grande força simbólica, um *efeito paralisante* às reivindicações de cunho social e precisa ser submetido a uma nova leitura, para poder continuar servindo ao seu escopo original de garantir Direitos Fundamentais contra o arbítrio e, hoje também, a omissão estatal.

Na mesma linha de Streck, portanto, entende Krell que o dogma da separação dos Poderes precisa ser revisto, atualizado, de forma que não sirva como instrumento de engessamento do controle das políticas públicas, mas atenda ao seu papel fundamental, que é garantir os direitos fundamentais dos indivíduos.

Nesse sentido, o que se chama de *ativismo judicial* não seria mais do que uma releitura do princípio da separação dos Poderes, modernizado de forma a continuar cumprindo sua função precípua de proteger as pessoas contra o arbítrio, que, atualmente, manifesta-se não apenas por ação, mas também por omissão.

Continuando o seu raciocínio, Krell (2002, p. 90) explica:

[...] não parece lícito invocar regras abstratas e ortodoxas sobre a Separação dos Poderes, nem "pensar na subsistência radical daquilo que no passado sugerira Montesquieu", para, como isso, desprezar a realidade presente e renunciar a soluções práticas de utilidade geral.

Para que essas "soluções práticas de ordem geral" ganhem a luz do dia, a solução é rever a separação dos Poderes, com o Judiciário agindo de forma mais política e fazendo cumprir o que os outros Poderes não conseguiram ou, pior, sequer pretendiam.

Continuando, o Krell (2002, p. 97-98) afirma concordar com a tese da defesa de:

Um novo tipo de Poder Judiciário e de compreensão da norma Constitucional, com juízes "ativistas", vinculados às diretrizes e às diretrizes materiais da constituição, voltados para a plena realização dos seus comandos não apenas apegados aos esquemas da racionalidade formal e, por isso, muitas vezes simples guardiões do *status quo*. Torna-se necessária, portanto, uma "mudança de paradigmas" na percepção de sua própria posição e função no moderno Estado Social de Direito.

Portanto, o que se denota da leitura do texto citado é que o autor se mostra favorável aos juízes políticos, ativistas, que buscam a plena realização da Constituição. Ressalta a necessidade de uma mudança de paradigmas na interpretação do papel do Poder Judiciário. Como observado em linhas pretéritas, parte dessa mudança de paradigma consiste numa reavaliação do sistema da separação dos Poderes do Estado.

Sem dúvida, a tese ganha força quando se observa o decidido pelo STF nos Mandados de Injunção 670, 708 e 712. A mudança de postura do Judiciário fez com que um direito que há vinte e um anos não encontrava concretização de maneira adequada pudesse ser exercido, inobstante a nefasta inércia do legislador.

Adiante em suas lições, Krell (2002, p. 98, grifo do autor) defende:

Esse tipo de *ativismo judicial* seria capaz, diante de cada situação e sem seguir receitas uniformes, de superar muitos dos óbices e representar uma "alavanca dinamizadora" para a realização dos direitos sociais postergados ou até "impossíveis", como tantas vezes denominamos aqueles que não são desfrutáveis por muitas pessoas sumidas na marginalidade" e os quais "podam a Democracia de um dos seus essenciais conteúdos".

Fica claro que, como Streck, Krell enxerga no ativismo judicial uma alternativa para o cumprimento das promessas constitucionais, para que se dê efetividade ao Texto Magno, que, em virtude da inércia das demais esferas de Poder, traz um grande rol de direitos que vêm se tornando letra morta.

Não se pode deixar de dar certa razão ao autor, mormente quando se observa a jurisprudência recente do STF, notadamente no caso do direito de greve dos servidores públicos. Não fosse a decisão de viés ativista da Suprema Corte, um direito previsto há mais de vinte anos encontrar-se-ia numa espécie de limbo jurídico, como, aliás, ainda encontram-se diversas normas daquelas consideradas de "eficácia limitada", na clássica conceituação de Silva (1998 *apud LENZA*, 2010).

Sem olvidar o risco que representa o ativismo, matéria que será discutida mais adiante no presente trabalho, o fato é que o direito de greve dos servidores públicos somente ganhou efetividade e tratamento jurídico adequado ante a postura proativa do STF, que ousou mudar o seu posicionamento há anos consolidado.

Aliás, ao que parece, a tendência futura da corte é trazer mais decisões de índole ativista, como deixou claro o recentemente empossado Ministro do STF, José Antônio Dias Toffoli, em entrevista concedida ao jornal *O Globo* e reproduzida no portal jurídico *Consultor Jurídico*. Com efeito, quando perguntado se é papel do STF legislar quando o Congresso é omissivo, assim respondeu o Ministro:

A Constituição diz que, quando não há regulamentação de um direito previsto na própria Constituição, o Judiciário pode atuar. Quando se deparou com uma ação sobre o direito de greve do servidor público pela primeira vez, salvo engano em 1993, o Supremo não regulamentou. Imaginava-se que o Congresso levaria no máximo dez anos para regulamentar. Agora, a Constituição já tem mais de 20 anos. Não me impressiona o fato de que o Supremo está avançando em certas situações que são de competência do Congresso Nacional, por conta do tempo passado. É uma coisa lógica (TOFFOLI..., 2009).

Ou seja, deixa claro o novo magistrado que, na sua opinião, o Supremo não apenas pode, mas tem o dever de atuar na omissão do Poder Legislativo. Portanto, o STF ganhou mais um membro defensor da doutrina do ativismo judicial.

Ora, se o Legislativo, passados mais de vinte anos, não cumpre o seu dever, seria aceitável a manutenção dessa situação sob o argumento de que postura diversa quebraria o equilíbrio dos Poderes do Estado? E como fica esse mesmo Estado se um de seus Poderes constituídos faz *tabula rasa* da Carta que rege a nação?

Outro grande nome do direito brasileiro a defender a doutrina do ativismo é Maria Berenice Dias, citada em artigo de Gláucia Milício:

[...] se a tarefa fosse simplesmente aplicar a letra da Constituição, não precisaria de juiz. A Constituição traça normas, mas cabe ao julgador buscar uma solução mais justa [...]. "A nossa Deus da Justiça não pode ser cega. Já temos um legislador covarde, que não consegue aprovar certas leis. Com isso, o Judiciário tem de suprir essa lacuna. Ele não pode fechar os olhos para realidade" (MILÍCIO, 2009).

Observe-se que, como outros autores já citados, a doutrinadora entende que a postura ativista do Judiciário, na verdade, não é uma opção: é antes um *dever* de agir. O Judiciário deve suprir a lacuna deixada por outro Poder e dar concretude à norma constitucional.

Outra opinião de relevo favorável - embora com reservas - ao ativismo judicial no direito brasileiro é de Luis Roberto Barroso, cuja opinião foi reproduzida por Marina Ito, em matéria no portal *Consultor Jurídico*:

O ativismo judicial se expande quando outros Poderes se retraem. Nesse sentido, o ativismo tem um ponto positivo: atende às demandas sociais não atendidas por instâncias políticas. Mas apresenta um aspecto negativo ao revelar que as instituições constitucionalmente competentes não funcionam satisfatoriamente (ITO, 2009).

De fato, a conclusão é bastante interessante e, sem dúvida, merece reflexões. Pois, se parece certo que o ativismo judicial vem cumprindo um papel de atender anseios sociais quando outras esferas de poder não conseguiram fazê-lo, não se pode olvidar que isso representa uma deficiência dessas mesmas esferas, que não vêm cumprindo o seu papel constitucionalmente outorgado.

Portanto, o ideal seria que não houvesse ativismo, mas, tratando-se da realidade brasileira, o instituto parece ser um *mal necessário*, enquanto os Poderes constituídos insistem em não cumprir a sua nobre missão.

Ainda sobre o tema da possibilidade de atuação judicial ante a inércia do legislador, merecem transcrição as lições de Carlos Alexandre de Azevedo Campos, em seu artigo *Limites e possibilidades do protagonismo judicial*:

Com efeito, é o Poder Legislativo o titular da prioridade no cumprimento da função de densificação normativa dos significados constitucionais, de exercer a política

constitucional; por outro lado, essa reserva político-constitucional do Poder Legislativo não pode ser entendida como um poder ilimitado, cujo não exercício possa representar uma *paralisia legítima* da força normativa da Constituição e, em especial, dos significados constitucionais pendentes de regulação (CAMPOS, 2009, p. 6, grifo do autor).

Interessante a posição do autor, que enxerga na inação do legislador um exercício de poder; afinal, se incumbe ao legislador a tarefa de tornar realidade através de sua atividade os preceitos constitucionais, também lhe compete não fazer coisa alguma. Sem dúvida, a inércia do legislador, seja a que interesses sirva, se mostra como um grande poder, mas, defende o doutrinador, há que se limitá-lo, sob pena de haver uma paralisação da forma normativa da Constituição, pasmem, garantida constitucionalmente!

Por essa razão, afirma o autor:

[...] o mero reconhecimento da mora legislativa e a ciência ao Poder omisso para o suprimento da lacuna representam muito pouco em termos de atuação em nome da força normativa da Constituição e dos direitos fundamentais; na verdade, o que se espera é o imediato suprimento da omissão e o afastamento de suas consequências indesejadas (CAMPOS, 2009, p. 6).

Assim, o ativismo judicial pode ser uma ferramenta poderosa para evitar uma "ditadura da inércia" por parte do Poder Legislativo, que, ao não cumprir sua função constitucionalmente prevista, acaba por, na verdade, agir em contrariedade à Constituição. O silêncio do Legislativo é bastante eloquente e demonstra a vontade da classe política e de seus financiadores quanto à efetiva concretização de direitos básicos da população brasileira.

Como ressaltado pelo autor, o que se espera é que o problema das lacunas normativas e dos direitos garantidos apenas no papel seja resolvido de imediato. Uma Constituição só merece ser chamada de cidadã se atende aos anseios de seus cidadãos!

Já bastante citado no presente trabalho, Campos (2009, p. 6) considera que a mudança de posição do STF no julgamento dos MI 670, 708 e 712 foi "um passo decisivo para o aperfeiçoamento e dotação de eficácia ao sistema de controle de constitucionalidade das omissões legislativas, sendo fixada a idéia da atuação do STF como autêntico legislador positivo em hipóteses excepcionais de reiterada e inconstitucional omissão legislativa".

O autor complementa o seu raciocínio afirmando:

Faz-se necessária a afirmação da idéia, em favor da própria constituição, de que a reserva de poder legislativo

representa, em muitas hipóteses, um verdadeiro dever de legislar, de forma que o seu não cumprimento reiterado permitirá, como alternativa para assegurar a supremacia do Texto Constitucional, ao STF proferir *sentenças aditivas* voltadas ao suprimento das lacunas inconstitucionais (CAMPOS, 2009, p. 6, grifo do autor).

Portanto, fica clara a posição de Campos no sentido de que quando não cumprido, pelo Legislativo, o seu dever de legislar, haverá espaço e até mesmo uma certa obrigação do Poder Judiciário de preencher essa lacuna, para que se garanta efetividade ao texto constitucional. Por isso, arremata dizendo: "O Poder Judiciário, notadamente o STF, deve substituir o Poder Legislativo e formular, sempre a partir do próprio sistema normativo, a norma faltante que impede a eficácia normativa da Constituição" (CAMPOS, 2009, p. 6).

Corrobora essa opinião o decano do STF, Ministro Celso de Mello, que, na ocasião da posse do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, presidente da corte entre abril de 2008 e abril de 2010, afirmou em discurso reproduzido em matéria de Daniel Roncaglia:

A prática da jurisdição, quando provocada por aqueles atingidos pelo arbítrio, pela violência e pelo abuso, não pode ser considerada - ao contrário do que muitos erroneamente supõem e afirmam - um gesto de indevida interferência desta Suprema Corte na esfera orgânica dos demais Poderes da República (MELLO *apud* RONCAGLIA, 2008, p. 5).

Em seguida, continuando seu raciocínio, disse Mello (*apud* Roncaglia, 2008, p. 5):

Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.

Posteriormente, justificou as razões pelas quais a postura ativista do Tribunal não violaria a Constituição:

Como sabemos, o sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do

Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República (ou daqueles que os integram) sobre os demais órgãos e agentes da soberania nacional.

É imperioso assinalar, em face da alta missão de que se acha investido o Supremo Tribunal Federal, que os desvios jurídico-constitucionais eventualmente praticados por qualquer instância de poder - mesmo quando surgidos no contexto de processos políticos - não se mostram imunes à fiscalização judicial desta Suprema Corte, como se a autoridade e a força normativa da Constituição e das leis da República pudessem, absurdamente, ser neutralizadas por meros juízos de conveniência ou de oportunidade, não importando o grau hierárquico do agente público ou a fonte institucional de que tenha emanado o ato transgressor de direitos e garantias assegurados pela própria Lei Fundamental do Estado.

O que se mostra importante reconhecer e reafirmar, Senhor Presidente, é que nenhum Poder da República tem legitimidade para desrespeitar a Constituição ou para ferir direitos públicos e privados de seus cidadãos. Isso significa, na fórmula política do regime democrático, que nenhum dos Poderes da República está acima da Constituição e das leis. Nenhum órgão do Estado - situe-se ele no Poder Judiciário, no Poder Executivo ou no Poder Legislativo - é imune ao império das leis e à força hierárquico-normativa da Constituição.

Constitui função do Poder Judiciário preservar e fazer respeitar os valores consagrados em nosso sistema jurídico, especialmente aqueles proclamados em nossa Constituição, em ordem a viabilizar os direitos reconhecidos aos cidadãos, tais como o direito de exigir que o Estado seja dirigido por administradores íntegros, por legisladores probos e por juízes incorruptíveis, pois o direito ao governo honesto traduz uma prerrogativa insuprimível da cidadania.

É preciso, pois, reafirmar a soberania da Constituição, proclamando-lhe a superioridade sobre todos os atos do Poder Público e sobre todas as instituições do Estado, o que permite reconhecer, no contexto do Estado Democrático de Direito, a plena legitimidade da atuação do Poder Judiciário na restauração da ordem jurídica lesada e, em particular, a intervenção do Supremo Tribunal Federal [...] (MELLO *apud* RONCAGLIA, 2008, p. 6).

Assim, na visão de Mello, se não se pode descumprir a Constituição por ação, o mesmo vale para as hipóteses de omissão. Segundo o Ministro, a separação dos Poderes busca, justamente, fazer com que nenhuma instância de poder tenha hegemonia sobre as demais, o que, de certa forma, ocorreria caso o Poder Legislativo,

por meio da sua inércia, impedisse outros órgãos de dar cumprimento à Constituição.

Portanto, entendendo que a omissão também é uma forma de desvio de conduta, Mello deixa claro que deve ser objeto de apreciação do Judiciário, pois nenhum Poder da República pode desrespeitar a Constituição, de forma ativa ou passiva.

Diante disso, para o eminentíssimo Ministro, para que se garanta a supremacia da Constituição, o Judiciário deve agir. Com isso, se fortalece a postura ativista do STF.

Aliás, é interessante a transcrição de trechos de entrevista concedida a Márcio Chaer pelo Ministro:

É importante ressaltar que, hoje, o Supremo desempenha um papel relevantíssimo no contexto de nosso processo institucional, estimulando-o, muitas vezes, à prática de ativismo judicial, notadamente na implementação concretizadora de políticas públicas definidas pela própria Constituição que são lamentavelmente descumpridas, por injustificável inércia, pelos órgãos estatais competentes. O Supremo tem uma clara e nítida visão do processo constitucional. Isso lhe dá uma consciência maior e uma percepção mais expressiva do seu verdadeiro papel no desempenho da jurisdição constitucional (MELLO *apud* CHAER, 2006, p. 2).

Em seguida, demonstrando bastante conhecimento da corte e sobre os seus rumos, afirma o Ministro:

O ativismo judicial é um fenômeno mais recente na experiência jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. E porque é um fenômeno mais recente, ele ainda sofre algumas resistências culturais, ou, até mesmo, ideológicas. Tenho a impressão, no entanto, de que, com a nova composição da Corte, delineia-se orientação tendente a sugerir, no plano da nossa experiência jurisprudencial, uma cautelosa prática de ativismo judicial destinada a conferir efetividade às cláusulas constitucionais, que, embora impondo ao Estado a execução de políticas públicas, vêm a ser frustradas pela absoluta inércia - profundamente lesiva aos direitos dos cidadãos - manifestada pelos órgãos competentes do Poder Público (MELLO *apud* CHAER, 2006, p. 2).

Com efeito, como já demonstrado em linhas preteritas neste trabalho, o STF vem adotando uma linha de ação ativista, notadamente a partir do mandato de Gilmar Ferreira Mendes na presidência da corte. Não se olvide, ainda, da também já citada entrevista de Toffoli, na qual afirmou enxergar a necessidade da postura ativista da corte máxima de Justiça do Brasil.

Tratando do tema, Coelho (2010, p. 83, grifos do autor) chega à conclusão de que

[...] tudo isso ocorre de maneira *necessária*, não apenas em decorrência da insuprimível distância entre a generalidade/abstração das normas e a especificidade/concretude das situações da vida, mas também em razão das constantes alterações no prisma histórico-social de aplicação do direito, transformações que ampliam aquela distância, suscitando problemas de justiça material, que o juiz do caso está obrigado a resolver prontamente, até porque não pode aguardar - reitere-se -, as sempre demoradas *respostas* do legislador. Nessa perspectiva, não seria exagerado dizermos que, ao fim e ao cabo, a tão combatida criação judicial do direito é apenas um *completamento* - de resto absolutamente indispensável - do trabalho do legislador, cujas opções normativas, ainda que fossem proféticas, jamais conseguiriam aprisionar nas malhas da lei toda a complexidade social. Numa palavra, para realizar materialmente o direito e possibilitar que se dê a cada um o que é seu, o legislador não prescinde, antes precisa, da participação do juiz [...].

Diante de todo o exposto, observa-se no ativismo judicial, de certa forma, uma evolução do direito. Para os que defendem a tese, o juiz, ao tomar uma postura ativista, não faz mais do que a sua obrigação. A Constituição existe para ter efetividade, e, se o órgão investido no poder de efetivá-la não o faz, por pura inércia que atende a interesses bastante distantes daqueles que motivaram a elaboração da Carta, cabe ao Judiciário agir.

Isso, dizem os defensores da tese, não significa invasão da esfera de competência do Poder Legislativo: é, antes, o cumprimento da função constitucional na qual foi investido o Poder Judiciário. O que não se pode admitir é que o Legislativo faça da omissão uma ação. É omissão porque não quer ver dado direito realizado. Como bem explicou Mendes, no seu voto no MI 670, já citado, o direito de greve do servidor público ainda não foi regulamentado por medo de que, assim, na verdade, se esteja *criando* o referido direito.

Esse tipo de postura do Legislativo acaba gerando uma redução da força normativa da Constituição e, de certa forma, desmoraliza a Lei Maior. Se a Carta Cidadã criou grande gama de direitos, não foi para que se tornassem letra morta, mas sim para atender ao anseio da população brasileira, que quer e merece ver seu direito a saúde, educação, cultura, meio ambiente e todos os outros ali previstos, especialmente a dignidade da pessoa humana, realizados.

Nessa linha de compreensão, o ativismo judicial representa um passo adiante na interpretação do direito, se mostrando como uma poderosa ferramenta para o atendimento dos anseios de uma sociedade que, apesar de ser regida por um texto que lhe garante mais direitos talvez que qualquer outro no mundo, não vê esses mesmos direitos ganharem a luz do dia.

Com a postura ativista do Judiciário, momente do STF, abre-se um novo horizonte de possibilidades para a efetivação dos direitos fundamentais da pessoa humana no Brasil.

Não se pode olvidar, todavia, da advertência de Luiz Roberto Barroso, em entrevista concedida a Ito (2009), que lembra acertadamente que, se de um lado o ativismo judicial consegue cumprir o papel de tornar realidade mandamentos constitucionais que se encontravam ineficazes ante a inércia do Legislativo, por outro lado, a necessidade de que o Judiciário tenha essa postura demonstra a falência das instituições democráticas previstas na Constituição.

Ademais, é preciso lembrar que nem toda a doutrina, nem todos os operadores do direito enxergam o ativismo judicial da forma acima demonstrada, havendo os que considerem a prática uma violência contra o princípio da separação dos Poderes e o sistema de freios e contrapesos criado pelo constituinte. É justamente sobre essas opiniões que o presente trabalho passa, neste momento, a tratar.

3 O ativismo judicial como ameaça ao princípio da separação dos Poderes - invasão de competência própria de outros Poderes constituídos

Procurou-se demonstrar, nas linhas pretéritas, a visão dos que enxergam no ativismo judicial uma nova forma de ver a justiça, uma verdadeira modernização da jurisdição, que avança na tentativa de dar efetividade aos direitos da pessoa humana previstos na Carta constitucional de 1988.

Todavia, nem todos compartilham desse entendimento.

Antes de demonstrar as opiniões contrárias ao ativismo judicial, faz-se mister tratar, inicialmente, da questão da separação dos Poderes no ordenamento jurídico brasileiro.

A matéria é tão importante que é colocada no Título I da Constituição Federal, mais precisamente no artigo 2º, nos seguintes termos: "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

Conforme ensina Silva (2005, p. 108-109, grifos do autor):

A divisão de poderes consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes [...] fundamenta-se,

pois, em dois elementos: (a) *especialização funcional*, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; assim, às assembléias (Congresso, Câmara, Parlamento) se atribui a função Legislativa; ao Executivo, a função executiva; ao Judiciário, a função jurisdicional; (b) *independência orgânica*, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação.

Posteriormente, tratando da questão da *harmonia* entre os Poderes, ensina o célebre constitucionalista:

[...] os trabalhos do Legislativo e do Executivo, especialmente, mas também do Judiciário, só se desenvolverão a bom termo se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia, que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco (que, aliás, integra o mecanismo), para evitar distorções e desmandos. A desarmonia, porém, se dá sempre que se acrescem atribuições, faculdades e prerrogativas de um em detrimento de outro (SILVA, 2005, p. 108-109).

Importante a ressalva feita pelo mestre de que haverá desarmonia quando se acrescem atribuições, faculdades e prerrogativas de um Poder em detrimento de outro. Será que não se encaixa aí o ativismo judicial?

No mesmo tema da separação dos Poderes, ensina Lenza (2010, p. 400):

[...] as atribuições asseguradas não poderão ser delegadas de um Poder (órgão) a outro. Trata-se do princípio da indelegabilidade de atribuições. Um órgão só poderá exercer atribuições de outro, ou da natureza típica de outro, quando houver expressa previsão (e aí surgem as funções atípicas) e, diretamente, quando houver delegação por parte do poder constituinte originário, como, por exemplo, ocorre com as leis delegadas do art. 68, cuja atribuição é delegada pelo Legislativo ao executivo.

Como ressalta o autor, as atribuições de um Poder não poderão ser delegadas a outro, salvo expressa autorização na Constituição. Nesse contexto, parece tormentoso legitimar o ativismo judicial, já que, em tese, representa o exercício da função legislativa pelo Judiciário.

É de se trazer à baila, ainda, a lição de Moraes (2008, p. 407):

Não existirá, pois, um Estado democrático de direito, sem que haja poderes de Estado e Instituições, independentes e harmônicos entre si, bem como previsão de direitos fundamentais e instrumentos que possibilitem a fiscalização e perpetuidade desses requisitos. Todos estes temas são de tal modo ligados que a derrocada de um, fatalmente, acarretará a supressão dos demais, com o retorno do arbítrio e da ditadura.

Lembrando as lições de Silva (2005) já citadas, existe desarmonia se um Poder começa a exercer atribuições de outro. E, se sem harmonia entre Poderes não pode haver Estado Democrático de Direito, para onde, então, o ativismo judicial conduzirá o Estado brasileiro?

Elival da Silva Ramos, autor de obra que já pode ser considerada de referência sobre o tema, deixa claro em sua classificação de ativismo judicial que este representa um "exercício da função jurisdicional além dos limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar" (RAMOS, 2010, p. 308).

Ou seja, para o autor, o ativismo representa, sim, desarmonia entre os Poderes. Comungando esse entendimento com as lições dos outros doutrinadores citados na presente seção, o ativismo pode ser visto, de certa forma, como uma ameaça ao equilíbrio dos Poderes do Estado.

São interessantes sobre o tema as lições de Coelho (2009, p. 80-81, grifos do autor):

Nesse contexto de *ativismo judicial*, alguns juristas mais enfáticos chegam a anunciar, entre nós, um sensível deslocamento do centro das decisões politicamente relevantes do Legislativo e do Executivo - por eles reputados inertes -, em direção ao Poder Judiciário, porque acreditam que a *nova magistratura* estaria disposta a resgatar as promessas de emancipação social inseridas na Constituição de 1988. [...]

Intérpretes finais da Constituição e Juízes últimos de sua própria autoridade, as modernas cortes constitucionais - de resto com ampla aceitação nas sociedades democráticas - acabaram se transformando em *quarto poder, gabinete na sombra, variante do poder legislativo, legislador complementar, parlamento de notáveis, legislador positivo, juiz soberano, contracapítulo, instância suprema de revisão* ou, ainda, em verdadeira *constituinte de plantão*, confirmando, assim, as célebres palavras de Charles Hughes - então Governador do Estado de Nova York e, depois, membro da Suprema Corte dos Estados Unidos - quando afirmou que os americanos viviam sob uma Constituição, mas que essa Carta Política era aquilo que os juízes diziam que ela o era.

Parece ser essa uma das principais preocupações em relação aos "Juízes políticos", ou ativistas: as cortes constitucionais acabam se tornando juízes delas próprias. A Constituição existe e tem validade, mas o que nela está escrito é o que o Judiciário disser que está escrito. Mas a que autoridade se vinculam os juízes das cortes constitucionais? A quem se submetem os Ministros do STF em nosso país? E se nesse dizer da Constituição, nessa criação judicial do direito pelos políticos do Judiciário, se criar uma norma que não é o que os representantes legítimos do povo votaram e transformaram em Constituição? Quem poderá deter esses "constituíntes de plantão"?

Aliás, importante lembrar a advertência de Habermas citado por Streck, para quem a politização do Judiciário não seria um fenômeno a ser encarado de forma positiva. Segundo Streck (2003, p. 687), Habermas:

Critica, assim, a idéia de concretização dos valores materiais constitucionais, aludindo que 'ao deixar-se conduzir pela idéia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária'.

Com efeito, esse é um dos maiores - senão o maior - medos que decorrem do ativismo judicial: ao concentrar-se muito poder na mão de apenas um dos Poderes do Estado, há o risco de que o uso inadequado daquele acabe levando ao autoritarismo - com o perigo de estarem os Ministros da Suprema Corte sujeitos, como já mencionado anteriormente, somente à própria autoridade.

No Brasil, não faltam vozes, também, a criticar o ativismo.

Na matéria intitulada *Ativismo judicial estica limites da justiça*, Milício (2009) cita alguns exemplos de atuações "ativistas" de juízes:

Recentemente, um juiz da cidade de Taperoá (PB) determinou toque de recolher às 21h para menores de 12 anos. Em Conceição de Coité (BA), um juiz condenou um homem por furto, mas não mandou para cadeia. A pena, neste caso, foi arrumar um emprego. Na Paraíba, o toque de recolher imposto teve como base os altos índices de violência na região. Na Bahia, o juiz agraciou o acusado por entender que ele passou a infância e adolescência lançado à sorte, esquecido pelo Estado.

Como se pode observar, os juízes estão agindo, em muitos casos, como verdadeiros legisladores, atuando além do espectro de interpretação da norma, para criá-la conforme o caso concreto. Fica a pergunta: qual o limite para tal "criatividade"?

Aliás, as posturas acima citadas ilustram bem a preocupação de Luiz Flávio Gomes, citado em Milício (2009). Para ele:

O ativismo praticado pelas instâncias inferiores, em apoio aos desfavorecidos, é tão preocupante quanto ao praticado pelo STF. O juiz não tem legitimidade democrática do povo para inventar regras [...]. Se a norma é inconstitucional, cabe ao juiz declará-la inconstitucional. Se esse juiz resolve flexibilizar demais seus entendimentos, deixa valerem suas ideologias. Seja de direita ou esquerda, essas posições deslegitimam o Judiciário. Vira um deus nos acuda. Todo mundo interpreta a sua maneira (GOMES *apud* MILÍCIO, 2009).

Um ponto relevante sobre o tema é levantado por Luiz Flávio Gomes. Quando o juiz, que não foi eleito pelo povo, passa a "legislar", a sua ideologia acaba transparecendo nos seus atos. Na prática, o Poder Judiciário se tornaria palanque de ideologias pessoais, podendo haver interferências de preferências políticas, religiosas, afetando a imparcialidade do julgador. É claro que um magistrado não é um autômato e suas crenças de uma forma ou de outra influenciarão seu julgamento. Mas daí a ele criar leis com essas crenças, sem debate, sem legitimação popular e sem um processo legislativo, há uma enorme distância.

Appio (2009, p. 3) explica que o ativismo nada mais é do que "uma ferramenta através da qual se expressam ideologias, não possuindo um conteúdo verdadeiro, mas antes permitindo que o debate político se dê, de forma exclusiva e irrecorrível, dentro do Supremo e não no Congresso Nacional".

Bastante válida a crítica. Afinal, no processo legislativo há debates, emendas a projetos, casas revisoras, possibilidade de veto presidencial. No STF, uma vez feita a lei pelos Ministros, estará criada, de forma irrecorrível, com efeitos contra todos. Onze juízes indicados farão as vezes de 513 deputados e 81 senadores votados por mais de uma centena de milhões de brasileiros.

Franco (2009, p. 1) deixa clara a sua preocupação, quando afirma, no que chama de um "dilema shakespeareano":

Se, contra o legislador, pode-se vetar a lei; se, contra o Executivo, pode-se coibir arbitrariedades; o que se poderá fazer contra o Judiciário quando, a pretexto de julgar, extrapola os limites da separação dos Poderes, criando, disfarçadamente, normas jurídicas de eficácia abstrata?

Quem, senão o próprio Judiciário, pode impedir sua atuação como legislador positivo?

Eis, de fato, o "dilema shakespeareano" do tema. Quem vai dar limites à atuação do Judiciário, quando, a pretexto de ser ativista, estiver usurpando atribuições de outro Poder constituído?

Mais adiante, explica o mesmo autor:

Como se vê, as decisões do STF têm sempre muita importância no contexto geral do direito. Já se sabe, ademais, que o STF, em processos objetivos, não pode legislar positivamente, podendo, quando muito, assim o fazê-lo de modo negativo, quando decide ou quando fundamenta os motivos determinantes em decisão, por exemplo, de ação direta de inconstitucionalidade de lei ou de atos normativos.

É claro que, em tais processos ditos objetivos, a decisão definitiva do STF terá eficácia erga omnes e efeitos vinculantes.

Entretanto, nos processos de natureza subjetiva, tal eficácia e tal efeito não podem ocorrer. Por quê?

Porque, em primeiro lugar, a própria Constituição Federal pontua, no inciso II do artigo 5º, que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Ora, em virtude de lei não é a mesma coisa que em virtude de decisão judicial. Eis a essência do princípio da legalidade que difere do princípio da reserva legal (FRANCO, 2009, p. 2).

Eis aqui uma crítica extremamente forte ao ativismo judicial. A Constituição é clara ao determinar que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". E é óbvio que, por lei, a Constituição não quis dizer a "norma do caso concreto", como se chama a decisão ativista. Quis dizer, sim, a lei, seja ela de que espécie for, criada pelo Poder Legislativo, pelos legítimos representantes do povo eleitos pelo processo democrático.

Jurisprudência não é lei. Logo, não teria, em tese, legitimação constitucional um dever de agir criado por decisão judicial e não amparado em uma lei do Estado.

Outro problema surge quando o Judiciário, sob pretexto de dar efetividade à Constituição, acaba por formular políticas públicas, usurpando atribuições dos Poderes Executivo e Judiciário. Como adverte Rands (2008):

O problema surge quando, à guisa de preservar a Constituição ou de interpretá-la, o juiz extrapola seus poderes e passa a formular políticas públicas (ou cancelá-las), às vezes impondo suas preferências pessoais. O ativismo judicial, um fenômeno há muito discutido aqui e alhures, pode ser definido como o ato de "ignorar o pleno significado da Constituição em favor da visão pessoal do juiz" (Kermit Roosevelt 3º, "The Myth of Judicial Activism", 2006). Ou como a substituição dos Poderes Executivo e Legislativo pelo Judiciário na formulação e execução de políticas públicas.

Pode significar a alienação da soberania popular, expressa através dos mandatários eleitos pelo sufrágio

universal, transferindo-a a um corpo técnico não eleito. Um recente *best-seller* sobre esse debate nos Estados Unidos (Mark Levin, "Men in Black: How the Supreme Court is Destroying America", 2005) alega que alguns juízes 'têm abusado do seu mandato constitucional ao impor suas crenças e preconceitos pessoais ao restante da sociedade. E, assim, têm elaborado a lei, mais do que interpretado-a'.

Com efeito, como já exaustivamente debatido, o ativismo pode representar um perigo ao Estado Democrático de Direito na medida em que, sob alegação de cumprir a Constituição, juízes acabem por impor seus sistemas de crenças ao resto da sociedade. Teme-se que chegue o momento em que, como citado por Rands, os juízes mais legislem do que julguem.

Ao fim, adverte o Deputado Federal:

No Brasil, esse debate se torna necessário para o próprio fortalecimento da legitimidade do Judiciário. Muitas das ações que lhe têm sido submetidas buscam pronunciamentos que, em verdade, são da responsabilidade dos outros Poderes. E, com isso, desvia-se o Judiciário das suas reais atribuições, em desserviço ao seu augusto papel de garantidor do Estado Democrático de Direito (RANDS, 2008).

De fato, ao exercer atribuições de outro Poder, o Judiciário desvia-se da sua nobre missão constitucional. Como lembra Oliveira (2009, p. 2), "o Poder Judiciário é órgão singular da soberania estatal, mas não está sozinho na tarefa de realizar os valores da democracia. Neste sentido, toda norma deve ser emanada do Poder Legiferante".

Ora, parece até arrogante pensar que o Judiciário é o arauto da esperança da população de ver concretizados os valores constitucionais. Nesse contexto, faz sentido a crítica de Oliveira (2009, p. 2), para quem:

A necessidade de justiça não pode ter como fundamento uma atuação e uma postura ativista do Poder Judiciário. Enquanto este estiver obrigado a cumprir sua função jurisdicional, deve ser orientado pela separação dos poderes e sua atuação só será eficaz se houver harmonia entre os órgãos soberanos dos poderes do Estado, pois cada um deles tem a sua independência, não exercendo domínio sobre outro. A Constituição não deixa expresso que o Supremo poderá fixar datas para o Poder Legislativo.

Sem dúvida, não obstante não se possa negar que tem havido resultados positivos para a sociedade com algumas posturas ativistas

do STF, há uma grande dificuldade em encontrar legitimidade na ação do Tribunal, quando sua decisão cumpre o dever de outro Poder. Em tese, seria cumprir a Constituição violando-a. Uma contradição em termos.

Na prática, o ativismo pode redundar em desarmonia entre os Poderes e acabar por descumprir a Constituição, perdendo, assim, sua validade como forma de efetivação da Carta Magna.

Nesse sentido, para Oliveira (2009, p. 4):

Toda inérvia inconstitucional dever ser suprida respeitando-se a separação dos poderes, porque a própria Constituição determina os meios processuais, não cabendo ao Poder Judiciário formular políticas públicas que constituem encargos jurídicos dos poderes públicos. A intervenção para satisfação dos direitos constitucionais não pode partir de uma ofensa à harmonia entre os poderes, pois as formas de utilização da hermenêutica constitucional devem estar dentro dos limites constitucionais.

O autor reafirma: "a retração do Poder legislativo não pode ser argumento para extrair o máximo das potencialidades da Carta Republicana, criando o ativismo judicial" (OLIVEIRA, 2009, p. 3).

Ou seja, seria preciso encontrar uma forma de dar efetividade à Constituição sem que, para isso, houvesse interferência do Judiciário na esfera de atribuições do Legislativo ou do Executivo.

Flávio Dino também entende que o STF vem exacerbando as suas atribuições. O autor falou para a revista *Época*, em matéria reproduzida no portal Consultor Jurídico:

Flávio Dino defende que o Supremo tem ido além de sua atribuição. De acordo com o deputado, hoje o STF tem a composição mais ativista de sua história. Por isso, é natural que os ministros discutam políticas públicas, como a utilização de células embrionárias em pesquisa científica. "Mas é inquietante que 11 ministros transformem essa discussão num arbitramento judicial acerca do momento em que a vida começa. Há votos que parecem leis, normatizando o futuro com múltiplos parágrafos, incisos e alíneas, entretanto com um grave defeito: não são frutos de um processo legislativo", afirma o deputado federal.

"Quando o órgão de cúpula lidera os excessos, este é o sinal que chega a toda a estrutura do Judiciário, dando margem à multiplicação de excessos. Quando, por exemplo, o Tribunal Superior Eleitoral edita uma 'lei' sobre fidelidade partidária, juízes eleitorais espalhados pelo Brasil são estimulados a editar normas locais para o processo eleitoral, provocando confusão e insegurança jurídica", defende.

Para Dino, "há que se encontrar um meio-termo, no qual o Judiciário tenha protagonismo, porém deixe uma margem livre para o exercício razoável da política e valorize as opções legislativas ou governamentais. Nas circunstâncias de hoje, começam a se evidenciar os males do ativismo sem limites (FLÁVIO DINO..., 2008).

Como já exaustivamente citado ao longo do presente trabalho, um dos grandes problemas do ativismo judicial é a falta de uma forma de limitação da atuação do Judiciário.

A partir do momento em que os órgãos julgadores, sob pretexto de ativismo judicial e concretização das promessas constitucionais, começam a assumir intensamente a função legislativa, há o risco de um duplo prejuízo: haverá usurpação da função legislativa e, consequentemente, o Judiciário estará se distanciando de sua função básica, que é julgar, e não fazer política, legislar ou criar políticas públicas.

Sobre a matéria, traz-se novamente a opinião de Ramos (2010), talvez o mais ferrenho opositor da doutrina do ativismo judicial no Brasil, tendo escrito tese em que critica o instituto.

Inicialmente, veja-se o que diz Dworkin (*apud* Ramos, 2010, p. 135-136):

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. [...] A alternativa ao passivismo não é um ativismo tosco, atrelado apenas ao senso de justiça de um juiz, mas um julgamento muito mais apurado e discriminatório, caso por caso, que dá lugar a muitas virtudes políticas mas, ao contrário tanto do ativismo quanto do passivismo, não cede espaço algum à tirania.

Novamente, surge a crítica ao ativismo no prisma de que o Juiz ativista tenta impor a sua visão de mundo, seu ponto de vista, correndo-se o risco de desbordar-se numa tirania judicial.

Por isso é que o ativismo judicial pode acabar por se tornar uma séria ameaça ao sistema de *checks and balances*, gerando o predomínio do Judiciário sobre os outros Poderes constituídos.

Vale citar, aqui, a lição de Ramos (2010, p. 139), para quem:

No caso de textos normativos veiculadores de conceitos indeterminados, a incursão do Poder Judiciário na zona

de significação dúbia, quanto não se possa afirmar desbordante do dispositivo de base, pode importar em obstaculização do exercício de discricionariedade legislativa ou administrativa assentada no princípio da separação dos Poderes, princípio esse que resultaria, afinal, violado.

Observe-se que o autor afirma textualmente que o ativismo judicial gera violação à separação dos Poderes. Ou seja, a postura judicial ativista violaria o art. 2º da Constituição Federal de 1988. Assim, como já afirmado, a pretexto de cumprir a Constituição, o Judiciário, na verdade, estaria violando-a.

Mais adiante, afirma o Ramos (2010, p. 141-142):

Se, por meio de exercício ativista, se distorce, de algum modo, o sentido do dispositivo constitucional aplicado (por interpretação descolada dos limites textuais, por atribuição de efeitos com ele incompatíveis ou que devessem ser sopesados por outro poder etc.), está o órgão judiciário deformando a obra do próprio Poder Constituinte originário e perpetrando autêntica mutação constitucional, prática essa cuja gravidade fala por si só. Se o caso envolve o cerceamento da atividade de outro Poder, fundada na discricionariedade decorrente de norma constitucional de princípio ou veiculadora de conceito indeterminado de cunho valorativo, a par da interferência na função constituinte, haverá a interferência indevida na função correspondente à atividade cerceada (administrativa, legislativa, chefia de Estado etc.). É de se ressaltar, portanto, que o ativismo judicial em sede de controle de constitucionalidade pode agredir o direito vigente sob dois prismas diversos: pela deformação da normatividade constitucional e pela deformação, simultaneamente ou não, do direito infraconstitucional objeto de fiscalização, nessa última alternativa mediante, por exemplo, a indevida declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de dispositivo legal ou de variante exegética a partir dele construída.

A advertência posta acima não é simples e não pode ser ignorada. As posturas ativistas podem acabar por deformar a Constituição, extraíndo dela o que não quis dizer o constituinte, além de existir a possibilidade de invasão de competência de Poderes muito mais qualificados (ao menos em tese), para exercer as atribuições constitucionalmente outorgadas. Ou seja, ao afirmar cumprir os desejos emanados da Constituição, o Judiciário acabaria por afrontá-la duplamente!

Mais adiante em sua obra, tratando da decisão do STF acerca da fidelidade partidária, Ramos (2010, p. 250) afirma catego-

ricamente que "a afirmação de um princípio constitucional não pode servir de pretexto argumentativo ao Poder Judiciário para impor normatização que ultrapasse os lindes de sua competência, antes executória do que criadora de normas disciplinadoras de conduta".

E, continuando suas críticas ao Tribunal, afirma:

A atuação do Supremo Tribunal Federal para além dos limites que o sistema constitucional brasileiro impõe à função jurisdicional fica ainda mais nítida quando se examinam as consequências extraídas da tese principal da perda de mandato por desfiliação partidária. Se do princípio da representação proporcional, conjugado com o do monopólio partidário das candidaturas, decorre a perda de mandato por desfiliação, deveria ter o STF se limitado a constatar a ocorrência, determinando à Presidência da Câmara a convocação de suplentes filiados aos partidos que faziam jus às vagas que, dessa forma, tivessem sido abertas. Todavia, desde o exame da matéria do âmbito do Tribunal Superior Eleitoral, percebeu-se que a atribuição de efeitos meramente declaratórios à decisão sobre a perda de mandato por desligamento do partido de origem seria extremamente insatisfatória, podendo, inclusive, provocar injustiças gritantes em casos de infidelidade programática promovida pela cúpula partidária ou de seguções internas de outro matiz. Nunca é demais lembrar que a disciplina da matéria sobre a Constituição de 67/69 (EC n. 11/78) contemplava uma exceção à perda de mandato dos parlamentares que viessem a se desligar do partido pelo qual se elegeram, que era a participação na fundação de uma nova legenda. Incitado pelas decisões de nossa Corte Constitucional, o TSE, sob abrigo formal do preceito do inciso XVIII, do artigo 23, do Código Eleitoral, editou a resolução 26.610, de 25-10-2007, disciplinando o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de filiação partidária. A partir dessa resolução e em função dela: firmou-se o caráter constitutivo da decisão sobre a perda de mandato em caso de troca de legenda (art. 1º, *caput*); atribuiu-se a competência decisória ao TSE, no caso de mandatos federais, e aos Tribunais Regionais, nos demais casos (art. 2º); assegurou-se a ampla defesa aos interessados, mediante completa regulação do procedimento judicial; estabeleceu-se um elenco fechado de justas causas, hábeis a elidir a perda de mandato (art. 1º, § 1º). Não é preciso muito esforço para perceber que a Justiça Eleitoral, escorada no teor das decisões do Supremo de 4 de outubro de 2007, construiu inteiramente um instituto (a perda de mandato por desfiliação partidária), indo muito além da força prescritiva do princípio da representação partidária proporcional (RAMOS, 2010, p. 253-254).

Observa-se, no caso, que o Judiciário criou normas e até mesmo um processo de perda de mandato, agindo como legislador positivo. Nesse caso, parece claríssimo o ingresso na esfera de atribuições de outro Poder do Estado. E, dessa forma, como fica o disposto no art. 2º da Constituição Federal de 1988?

Para legitimar-se o ativismo judicial, é preciso encontrar uma resposta convincente para esse questionamento.

Continuando, Ramos (2010, p. 264-266) trata do caso do Município de Santo André, que, em várias ações que chegaram ao STF, foi condenado a praticar certas políticas públicas garantidas na Carta Magna por normas de caráter programático, às quais o STF deu eficácia imediata (e, de certa forma, praticou políticas públicas):

Em algumas decisões, sempre tendo no pólo passivo o Município de Santo André, o Supremo Tribunal Federal atribuiu eficácia plena à norma do artigo 208, inciso IV, da Constituição, que estabelece o dever do Poder Público de assegurar educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até cinco anos de idade, obrigação essa que recai, precípua mente, sobre os Municípios, por força do disposto no § 2º, do artigo 211, da Lei Maior.

Ao assim proceder, reconheceu a Corte, ao menos implicitamente, que se estava diante de norma de eficácia limitada e de natureza programática, cuja efetiva implementação, mais do que de integração legislativa, dependeria da execução de políticas públicas adequadas, a cargo dos Poderes Legislativo e Executivo, afirmando caber ao Poder Judiciário, contudo, um poder de controle do cumprimento dessas tarefas demandadas pela Constituição, inclusive com a possibilidade de prolação de decisões impositivas de medidas destinadas a assegurar a fruição do direito subjetivo proclamado. Em outros termos, no entendimento sufragado nesses julgados, a omisão das providências legislativas e administrativas reclamadas ao Poder Público para a concretização de normas asseguratórias de direitos fundamentais sociais, de cunho prestacional, autorizaria ao Poder Judiciário a convolá-las em normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, o que daria amparo a decisões condenatórias em face da entidade federativa omissa.

[...]

Não é dado ao Poder Judiciário definir, discricionariamente, o nível de eficácia de norma constitucional, em sede de direitos fundamentais ou não. Se a análise dos elementos interpretativos pertinentes, com destaque, na espécie, para os de ordem sistemática, histórica e teleológica, bem como, secundariamente, para os dados extraídos da realidade material, indica a natureza programática da norma-matriz, não é lícito à Corte Constitucional, sob o argumento da fundamentalidade do direito nela expresso, conjugado com referências gené-

ricas ao princípio da força normativa, ignorar a opção prescritiva adotada, inequivocamente, pela Constituição, a qual torna dependente de providências integrativas de amplo espectro (que vão da formulação de políticas públicas adequadas à sua cabal execução, abrangente de medidas legislativas, administrativas - normativas e não normativas - e orçamentárias) a implementação efetiva do direito contemplado.

De fato, cria-se um grande problema quando, sob o argumento de dar efetividade a preceitos constitucionais, o Judiciário acaba por formular políticas públicas, área que definitivamente não é de sua competência.

Em matéria de Lourenço Canuto, da Agência Brasil, publicada em 7 de maio de 2009, o Ministro da Saúde, José Gomes Temporão, afirma que o orçamento da saúde é prejudicado pela grande quantidade de decisões judiciais sobre a matéria:

O orçamento da saúde no país vem sendo prejudicado pelas medidas judiciais para fornecimento gratuito de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e pelas autorizações de procedimentos médicos igualmente não catalogados no Sistema Único de Saúde (SUS). A avaliação é do ministro da Saúde, José Gomes Temporão, que participou hoje (7) de audiência pública no Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Ele questionou a aptidão da Justiça para tomar essas decisões, alegando que a área da Saúde adota os medicamentos e os procedimentos médicos de acordo com a eficácia e a viabilidade reconhecidos [sic] mundialmente. Temporão disse que o ministério se compromete a oferecer assessoria técnica aos juízes para auxiliar nas decisões judiciais e prometeu que a pasta também vai trabalhar para atualizar os protocolos clínicos ligados aos novos medicamentos e tratamentos. O ministro defendeu que deve ser evitado "o casuismo que possa colocar em risco a saúde das pessoas", no caso dos medicamentos que não têm eficácia comprovada. A via judicial, segundo Temporão, deve ser utilizada em casos de omissão do gestor, "mas não pode quebrar a ética e a experiência médica". Segundo o ministro, o cumprimento de ordens judiciais pode tornar as autoridades de saúde "cúmplices de experiências que colocam em risco a saúde dos pacientes". Para ele, é necessário que exista evidência científica em relação ao uso de medicamento ou com relação a cirurgias não convencionais. O ministro da Saúde destaca que devem ser adotados "apenas medicamentos que tenham efeito colateral reversível". O registro de produtos na Anvisa, segundo lembrou, não significa que eles devam ser incorporados no dia a dia do SUS (CANUTO, 2009).

O artigo intitulado *O impacto das decisões judiciais na saúde* também critica o posicionamento judicial, nos seguintes termos:

Além disso, a prática da judicialização da saúde despolitiza o debate em torno do acesso igualitário à saúde porque o restringe ao poder judiciário e, finalmente, desequilibra todo e qualquer orçamento público ou privado, porque a ordem judicial deve ser imediatamente cumprida sem aguardar que verba específica seja destinada àquela finalidade (CARLINI ADVOGADOS ASSOCIADOS LTDA, 2009).

Na prática, o Judiciário, ao "efetivar" o direito dos cidadãos que o procuram, pode, ao mesmo tempo, tornar o direito inacessível a diversos outros brasileiros, que verão as verbas destinadas de forma geral à população sendo gastos para atender a um caso específico, desequilibrando orçamentos públicos e dificultando o desempenho da gestão de serviços públicos.

No artigo intitulado *A Justiça e o Direito à Saúde*, Carlos Zamith Junior explica:

O aumento do número de ações judiciais que pleiteiam o custeio de medicamentos pela União e pelos Estados têm [sic] preocupado as secretarias de Saúde, que buscam estratégias para conter a demanda. Isto porque, muitas vezes, o cumprimento de decisões judiciais faz com que o orçamento da Saúde seja bloqueado. No Estado de São Paulo, R\$ 400 milhões foram gastos em ações judiciais no ano passado para atender a 30 mil pacientes (ZAMITH JUNIOR, 2008).

Portanto, o Estado de São Paulo gastou a quantia de R\$ 400 milhões, um número significativo, para atendimento de demandas pontuais, dinheiro este que, se destinado ao orçamento da saúde sem a interferência judicial, talvez alcançasse uma abrangência muito maior.

Longe de ser simples, a questão vem trazendo sérios problemas orçamentários ao governo, como mostra Abreu (2010):

Nos últimos cinco anos, o governo federal desembolsou R\$ 191 milhões, segundo dados da Advocacia-Geral da União (AGU), com o cumprimento de decisões judiciais que o determinaram a pagar tratamentos não contemplados pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Em 2005, a União gastou R\$ 2,4 milhões em ações judiciais para aquisição de remédios. O número contrasta com os R\$ 95,3 milhões empenhados em 2009 para o mesmo fim, o que mostra um aumento de 40 vezes nas despesas do governo decorrentes de sentenças favoráveis ao cidadão. A tendência, a partir do entendimento

firmado pelo STF, de que o Poder Executivo deve arcar com os custos médicos de quem comprovar não ter renda para bancar o tratamento, é que o rombo no orçamento destinado à saúde aumente de forma ainda mais clara.

[...]

Ao Correio, a secretária-geral de Contencioso da AGU, Grace Mendonça, alegou que o pagamento dos medicamentos de alto custo gera um "desequilíbrio em todo o sistema de saúde". Ela, porém, ponderou que "a posição da União é a de jamais deixar de reconhecer o seu dever constitucional de assegurar o direito de acesso à saúde ao cidadão".

"Os recursos estatais para a efetivação deste direito social são finitos, de modo que a judicialização indiscriminada no fornecimento de medicamentos à população representa sério risco à desestruturação por completo da própria política pública que se busca salvaguardar", destaca trecho da defesa apresentada pela União em processo julgado no STF na última quarta-feira.

Como se observa, a formulação de políticas públicas pelo Judiciário, em decisões de viés ativista, acaba por gerar desequilíbrio orçamentário e dificultar a execução da gestão dessas mesmas políticas públicas pelo Poder competente.

Outro problema é que direitos de caráter geral e abrangência universal acabam sendo concedidos individualmente, em detrimento dos demais beneficiários do serviço que, muitas vezes, não têm meios de ingressar judicialmente ou até nem sabem dessa possibilidade.

Portanto, é preciso que haja ponderação sobre os supostos benefícios trazidos pelo ativismo em contraste com as consequências dessa postura pelo Poder Judiciário, pois, como demonstrado, por mais nobres que sejam as intenções, a invasão de competências pode gerar desordem na gestão das políticas públicas às quais se estaria dando efetividade.

Outrossim, o risco de violação ao artigo 2º da Constituição Federal não pode ser olvidado, porquanto traria uma verdadeira "ditadura do Judiciário", que concentraria em suas mãos o poder de julgar, legislar e, ainda, executar as suas decisões. Tal situação colocaria em risco a República e o Estado Democrático de Direito.

Ao Judiciário cabe um papel extremamente nobre, de fiscalização dos demais Poderes constituídos, devendo agir sempre que provocado, mesmo porque a jurisdição é inafastável a quem a procura, nos termos do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Todavia, o Judiciário não é legislador (não tipicamente), tampouco administrador público (novamente, falamos de atribuições típicas).

Portanto, é preciso ter cuidado ao se decidir, para que não invada a competência de outras esferas de Poder, abalando, assim, o sistema constitucional de *checks and balances*.

Destarte, é preciso que haja bom senso do Judiciário, para que não viole frontalmente a Constituição Federal, sob o pretexto de estar-lhe dando efetividade. Todas as normas constitucionais devem ser cumpridas, não podendo o julgador escolher ignorar algumas em prol de outras.

Conclusão

Após os estudos postos nas linhas pretéritas, chega-se à conclusão de que ocorre ativismo judicial quando o Judiciário, atuando de forma atípica, ingressa numa seara que seria a princípio do legislador, criando às vezes uma "norma do caso concreto", com o intuito de efetivar direitos previstos na Constituição, mas que se encontram sem efetividade em virtude da inércia do Legislativo ou do Executivo.

Enquanto alguns enxergam no ativismo um verdadeiro dever de agir do Judiciário, tratando-se, na verdade, de uma releitura do princípio da separação dos Poderes, outros entendem se tratar de uma ameaça a esse mesmo princípio, porquanto não seria dado a um Poder atuar na esfera de competências dada a outro pela Constituição.

Fato é que, no que depender do STF, o ativismo judicial veio para ficar, tendo a corte, atualmente, uma composição que parece ser altamente favorável ao instituto, já tendo demonstrado isso nas decisões sobre o direito de greve do servidor público e sobre a fidelidade partidária, para citar dois exemplos.

Se causa uma ameaça à separação dos Poderes, não se pode negar também que o ativismo é uma arma poderosa para se lutar contra a inércia do Legislativo e do Executivo, que, atendendo a interesses que não se coadunam com as ideias que levaram à criação da Carta Magna, vêm reiteradamente descumprindo seus respectivos deveres de agir, fazendo com que muitos direitos garantidos na Lei Maior nunca vejam a luz do dia.

É preciso, todavia, haver muito cuidado, pois a Constituição é clara ao determinar que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" e, claro, decisão judicial não pode ser considerada lei. Outrossim, ainda não se sabe ao certo quais seriam os limites da atuação do Judiciário no exercício do ativismo, tampouco como se poderia limitar os seus poderes.

Talvez, no estágio atual do instituto no Brasil, mais ponderada seja a opinião de Luiz Roberto Barroso, que, em entrevista con-

cedida a Ito (2009), sabiamente, reconhece no ativismo judicial uma forma de garantir direitos mantidos à margem da sociedade; no entanto, adverte que o instituto não prova senão a ineficácia dos Poderes constituídos, fazendo com que a Constituição perca força normativa.

Resta, agora, acompanhar o desenvolvimento do instituto, para saber se ele vai se consolidar como garantidor de direitos fundamentais ou ser rechaçado por atentar contra o dogma da separação dos Poderes. O que se espera, na verdade, é que cada Poder cumpra o papel dado pela Constituição, para que a discussão ora travada se torne inócuas pelo cumprimento das promessas existentes na nossa Carta Cidadã.

Referências

- ABREU, Diego. STF obriga a União a bancar tratamentos de alto custo e reabre debate sobre recursos para a saúde. **Correio Braziliense**, 22 mar. 2010. Política, não paginada. Disponível em: <<http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/182/2010/03/22/politica, i=18116/DECISAO+DO+STF+DE+OBRIGAR+A+UNIAO+A+BANCAR+TRATAMENTOS+DE+ALTO+CUSTO+REABRE+DEBATE+SOBRE+A+NECESSIDADE+DE+MAIS+RECURSOS+PARA+A+SAUDE.shtml>>. Acesso em: 15 jul. 2010.
- APPIO, Eduardo. Ativismo judicial só é admissível para as minorias. **Consultor Jurídico**, São Paulo, p. 1-3, 21 maio 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mai-21/ativismo-judiciario-admissivel-tutela-direitos-minorias>>. Acesso em: 11 set. 2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 20/DF. Impetrante: Confederação dos Servidores Públicos do Brasil. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 19 de maio de 1994. DJ: 22/11/96. Disponível em:
- <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI\\$SCLA.%20E%2020.NUME.%29%20OU%20%28MI.ACMS.%20ADJ2%2020.ACMS.%29&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI$SCLA.%20E%2020.NUME.%29%20OU%20%28MI.ACMS.%20ADJ2%2020.ACMS.%29&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 6 jul. 2010.
- _____. _____. Mandado de Injunção nº 670/ES. Impetrante: Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Estado do Espírito Santo - SINDPOL. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 25 de outubro de 2007. DJe 31/10/2008.
- _____. _____. Mandado de Injunção nº 708/DF. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa - SINTEM. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 25 de outubro de 2007. DJe 31/10/2008.
- _____. _____. Mandado de Injunção 712/PA. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará - SINJEP. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 25 de outubro de 2007. DJe 31/10/2008.

_____. _____. Revista trimestral de jurisprudência, Brasília, v. 207, n. 2, p. 461-912, jan./mar. 2009.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Limites e possibilidades do protagonismo judicial. **Consultor Jurídico**, São Paulo, p. 1-9, 6 jul. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-06/limites-possibilidades-protagonis-mo-judicial-omissao-legislativa>>. Acesso em: 11 set. 2009.

CANUTO, Lourenço. Temporão diz que orçamento da saúde é prejudicado por medidas judiciais. **Agência Brasil**, 7 maio 2009. Saúde, não paginada. Disponível em: <<http://agencia.brasil.ebc.com.br/arquivo/node/323220>>. Acesso em: 14 jul. 2010.

CARLINI ADVOGADOS ASSOCIADOS LTDA. **O impacto das decisões judiciais na saúde**. 2009. Disponível em: <http://www.carliniadadvogados.com.br/ver_noticia2.asp?id=75>. Acesso em: 14 jul. 2010.

CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. Ativismo judicial em crise. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2137, 8 maio 2009. Não paginado. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12781>>. Acesso em: 6 jul. 2010.

CHAER, Márcio. Entrevista: José Celso de Mello Filho. **Consultor Jurídico**, São Paulo, p. 1-3, 15 mar. 2006. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-mar-15/juizes_papel_ativo_interpretacao_lei>. Acesso em: 18 set. 2009.

COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo judicial: o caso brasileiro. In: Palestra proferida no Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF), do Ministério Público do Estado do Pará, jun.

2010, Belém. Não paginada. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-o-caso-brasileiro>>. Acesso em: 6 jul. 2010.

_____. Ordenamento jurídico, Constituição e norma fundamental. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. Cap. 1.

FLÁVIO DINO e Barroso discutem se STF extrapola limites. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 13 dez. 2008. Não paginada. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-13/flavio_dino_barroso_discutem_stf_extrapola_limites>. Acesso em: 18 set. 2009.

FRANCO, Airton. Poder Judiciário não pode legislar positivamente. **Consultor Jurídico**, São Paulo, p. 1-3, 11 fev. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-fev-11/sumula-nao-lei-judiciario-nao-legislar-positivamente>>. Acesso em: 18 set. 2009.

GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes? **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2164, 4 jun. 2009. Não paginado. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12921>>. Acesso em: 6 jul. 2010.

ITO, Marina. "Judicialização é fato, ativismo é atitude". **Consultor Jurídico**, São Paulo, 17 maio 2009. Não paginada. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mai-17/judicia-lizacao-fato-ativismo-atitude-constitucionalista>>. Acesso em: 21 jul. 2010.

KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na**

Alemanha. Os (des) caminhos de um Direito Constitucional "comparado". Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais em espécie. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. Cap. 6.

MILÍCIO, Gláucia. Ativismo judicial estica limites da Justiça. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 12 jul. 2009. Não paginada. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-12/ativismo-judicial-ainda-causa-polemica-comunidade-juridica>>. Acesso em: 11 set. 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

OLIVEIRA, Jackson Max Soares de. O eventual ativismo no Supremo Tribunal Federal. **Consultor Jurídico**, São Paulo, p. 1-5, 18 abr. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-abr-18/supremo-tribunal-federal-nao-legitimidade-legislar>>. Acesso em: 18 set. 2009.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial:** parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RANDS, Maurício. Problema surge quando juiz formula políticas públicas. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 14 maio 2008. Não paginado. Disponí-

vel em: <http://www.conjur.com.br/2008-mai-14/problema_surge_quando_juiz_formula_politicas_publicas>. Acesso em: 18 set. 2009.

RONCAGLIA, Daniel. Ativismo judicial é necessário na omissão do Poder Público. **Consultor Jurídico**, São Paulo, p. 1-11, 23 abr. 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-abr-23/ativismo_judicial_compensa_omissao_poder_publico>. Acesso em: 20 jul. 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed., revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional n. 45, de 8.12.2004, publicada em 31.12.2004). São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e concretização da constituição: as possibilidades transformadoras do direito. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 1, p. 681-712, jan./jun. 2003.

TOFFOLI diz que STF deve atuar em casos de omissão. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 20 out. 2009. Não paginada. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-out-20/toffoli-stf-atuar-casos-omissao-congresso>>. Acesso em: 20 out. 2009.

ZAMITH JUNIOR, Carlos. A justiça e o direito à saúde. **Diário de um juiz**, Manaus, 20 nov. 2008. Não paginado. Disponível em <<http://www.diario-deumjuiz.com/?p=1447>>. Acesso em: 14 jul. 2010.

O controle judicial do princípio da eficiência administrativa

Rogério Spanhe da Silva

*Advogado da CAIXA no Rio Grande do Sul
Especialista em Direito da Empresa e da Economia
pela Fundação Getúlio Vargas
Especialista em Direito Público pela Universidade de
Brasília*

RESUMO

O estudo ora apresentado visa auxiliar na correta definição do princípio da eficiência, procurando fixar as bases para um entendimento constitucionalmente adequado e a viabilidade de seu uso nos mecanismos de controle judicial dos atos administrativos. Posteriormente, a partir da análise de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se verifica como a aludida corte vem aplicando o princípio da eficiência no controle dos atos da Administração Pública, a partir da crítica dos discursos de aplicação de decisões tomadas como referência.

Palavras-chave: Princípio da eficiência. Direito Administrativo. Discurso de aplicação. Controle judicial.

ABSTRACT

The study presented here aims to assist in the correct definition of the principle of efficiency, seeking to lay the groundwork for a constitutionally adequate understanding and feasibility of its use in the mechanisms of judicial review of administrative acts. Subsequently, from analysis of the jurisprudence of the Superior Court, it appears as alluded court has applied the principle of efficiency in controlling the acts of government, from the critical discourses of implementation of decisions taken as a reference.

Keywords: Principle of efficiency. Administrative law. Speech application. Judicial review.

Introdução

Este trabalho visa estabelecer premissas para o entendimento constitucionalmente adequado do princípio da eficiência, sua uti-

lização no controle judicial dos atos administrativos e a verificação de seu uso no discurso de aplicação em decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

A doutrina do Direito Administrativo tem expressado, de forma crescente, considerável preocupação com o exercício e controle dos atos administrativos pelo Judiciário, ou seja, até que ponto e em que medida poderá o Judiciário exercer efetivo controle dos atos da administração sem que isso implique invasão de um Poder em relação a outro.

Se levarmos em conta o paradigma do Estado Democrático de Direito e, em decorrência, a crescente participação dos cidadãos em relação aos atos da administração, é possível constatar que a preocupação com o controle dos atos administrativos, em termos jurídico-políticos, guarda direta relação com os conceitos, valores e princípios consagrados pela nossa atual Carta Política, tais como o princípio da moralidade, da publicidade, da legalidade e, principalmente, da eficiência – do qual nos ocuparemos –, no claro intuito de traçar os fundamentos para a sólida edificação de um Estado Democrático de Direito, da necessidade de uma Administração Pública voltada para o satisfatório atendimento dos interesses de toda a comunidade, de uma sociedade participativa, com elevado grau de consciência de sua cidadania, o que, em decorrência, acarreta um número cada vez maior de demandas judiciais que visam, de alguma forma, interferir em atos da Administração Pública.

O objetivo geral deste trabalho, portanto, é procurar definir adequadamente o princípio da eficiência administrativa e seu respectivo controle judicial, encarando-o de forma deontológica e levando em conta toda a complexidade da tarefaposta ao aplicador do Direito.

A hipótese proposta, e que se procurou confirmar, é a de que o princípio da eficiência, agora positivado no artigo 37 da Constituição Federal a partir da Emenda Constitucional nº 19/1998, não pode tão somente ser interpretado como a utilização máxima dos recursos disponíveis. Tal conceituação não satisfaz, por não possuir a necessária abrangência, visto que a Administração Pública deverá operar em todos os seus níveis com efetiva eficiência, o serviço prestado deverá ser medido não somente em razão do ponto de vista quantitativo e economicidade, com a maximização da utilização dos recursos disponíveis, mas também em face da eficácia, tempestividade e qualidade do produto ou dos serviços entregues à comunidade, que da mesma forma deverá atender a critérios qualitativos e de conveniência, procurando sempre ir ao encontro dos reais anseios de todos os segmentos da

sociedade, considerando-se todos os princípios envolvidos e as variantes fáticas e legais, dentro das diretrizes do Estado Democrático de Direito e em face da diversidade de uma sociedade plural e igualitária, sendo este o aspecto fundamental de seu controle pelo Judiciário.

Gabardo (2002, p. 97, grifo nosso) sinaliza no mesmo sentido:

[...] quando se entende que a eficiência deve abranger a análise dos meios e resultados, não significa que somente devem ser considerados a celeridade, a prestabilidade, a racionalidade e a economicidade, ou quaisquer dos critérios metajurídicos propostos pela doutrina especializada. A sua natureza abrangente manifesta-se claramente quando se considera que não pode ser eficiente um ato que afronte outro princípio, devido à possibilidade de anulação do mesmo. **O que não implica que, em casos específicos, seja possível identificar ações administrativas formalmente corretas que não coadunam com a eficiência e, por esse motivo, devem ser reformadas.**

Nesse diapasão, o conceito de eficiência deverá ser interpretado como mais do que apenas um componente da própria legalidade do ato, se apresentando viável e necessário o seu controle judicial.

Não se trata de defender a intromissão do Judiciário na função do administrador, mas sim de verificar se suas decisões atendem, efetivamente, os mandamentos constitucionais, em que, por exemplo, poderão ser examinados todos os interesses e argumentos das partes envolvidas, como preleciona Günther (2004), já que a eficiência, em várias situações, não será obtida pelo singelo atendimento de determinado preceito legal, e sim a partir da aplicação sistemática de todos os princípios e normas que compõem o ordenamento jurídico considerado em sua integridade.

Importante ressaltar que integridade não significa opção pelos direitos individuais ou pelos direitos coletivos; a ideia de integridade repudia tal separação. Direito como integridade traduz um conceito de unicidade e, em decorrência disso, a interpretação de todos os preceitos e princípios que compõem o ordenamento jurídico deve ser efetivada com vistas à manutenção da coerência interna que lhe sustente a unidade.

1 A eficiência administrativa como princípio constitucional – premissas para uma compreensão constitucionalmente adequada

Na sociedade dos dias de hoje, a Administração Pública ainda continua cumprindo uma atividade fundamental, como sem dúvida

da comprovam as medidas governamentais adotadas ao redor do mundo em face da recente crise global.

Segundo Santos (1998, p 15, grifo nosso),

A crítica da burocracia não nasceu com a proposta do Estado-empresário e há de certamente subsistir depois desta ter deixado a ribalta. O que há de específico na crítica atual é a recusa em reconhecer que muitos dos defeitos da burocracia resultaram de decisões que visavam atingir objetivos políticos democráticos, tais como a neutralização de poderes fáticos, a equidade, a probidade, e a previsibilidade das decisões e dos decisores, a acessibilidade e a independência dos serviços, etc., etc. O não reconhecimento destes objetivos dispensa a crítica de se posicionar perante eles e, consequentemente, de investigar a capacidade da gestão empresarial para os realizar nestas condições, a crítica da burocracia, em vez de incidir na análise dos mecanismos que desviaram a administração pública desses objetivos, corre o risco de transformar estes últimos em custos de transação que é preciso minimizar ou mesmo eliminar em nome da eficiência, arvorada em critério último ou único de gestão do Estado.

Ficam assim por responder questões que, do ponto de vista da concepção que aqui perfilho, são fundamentais: como compatibilizar eficiência com equidade e democracia?

Sem dúvida é cogente se reconhecer que o Estado é imprescindível, já que é o único ente capaz de, atuando de forma geral e com grande abrangência, contrapor e regrar os interesses privados em relação aos interesses sociais, inclusive com a necessária intervenção no domínio econômico. Foi o que se verificou recentemente na crise originada nos Estados Unidos, onde muitas empresas que eram verdadeiros exemplos do capitalismo na sua essência mais pura foram estatizadas, evitando-se, assim, a perda em cadeia de milhões de empregos e o colapso de toda a economia, com reflexos de magnitude planetária.

Nessas circunstâncias, ganha especial relevância o estudo dos preceitos contidos no artigo 37 da Constituição Federal em face dos princípios do Direito Administrativo, mormente o princípio da eficiência.

A eficiência se constitui em muito mais que um componente da própria legalidade. Em que pese ter se tornado obrigação constitucionalmente imposta, haja vista a positivização insculpida no artigo 37 de nossa Carta Política, a eficiência, muito antes e sempre, se constituiu em obrigação e decorrência lógica de toda atividade e serviços prestados pela Administração Pública.

Em face de tais premissas, é possível formular hipótese de definição a partir da qual será possível verificar se um ato administrativo estará atendendo ao princípio da eficiência administrativa.

Isso posto, é inequívoca a importância da atuação do Poder Judiciário, notadamente de nossos tribunais, em fazer observar o princípio constitucional de que se cuida, auxiliando na exata definição de seu conceito e amplitude de sua aplicação.

Oportuno se mostra referir as finalidades buscadas com as modificações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, que estabeleceu as premissas do que se denominou de Estado gerencial ou social-democrático, que passa a adotar procedimentos que viabilizam e valorizam prioritariamente os resultados.

Sem dúvida que ao colocar o princípio da eficiência no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, através da EC 19/98, houve clara intenção do legislador em proceder a uma reforma do Estado.

O princípio da eficiência passou, a partir da EC 19/98, agora com expressa determinação constitucional, a nortear todos os procedimentos da Administração Pública.

A positivação explícita do princípio da eficiência no texto constitucional resultou do intento de realizar a reforma gerencial do Estado, visando ao sepultamento da administração burocrática e formalista.

A referida reforma teve por objetivo melhorar a organização do Estado, a capacitação de seus servidores e o equilíbrio de suas finanças, com uma gestão mais moderna e eficaz, viabilizando uma relação mais harmoniosa com a sociedade e possibilitando a tomada de decisões mais rápidas e adequadas, o que resultaria na prestação de serviços públicos com maior eficiência.

Como bem expõe Borges (2007, p. 4, grifo nosso), ao se referir, por exemplo, aos balizamentos em licitações:

Ganha grande relevo o atendimento do princípio legal da busca da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração. **Privilegia-se a busca da qualidade**, tornando inteiramente obsoleta a consagrada escravidão à tirania do menor preço, que tanto inviabiliza o atendimento eficiente das verdadeiras necessidades do interesse público. É a era em que, como muitos já sustentavam antes, o dogma do menor preço deverá cada vez mais ceder passo à busca do melhor preço.

Em razão da concepção que entende o Estado Democrático de Direito como um processo histórico, e como tal sempre com avanços e retrocessos, é que vamos encontrar o princípio da eficiência, devidamente consagrado e positivado no artigo 37 da Constituição Federal.

Em que pesem as tentativas de alterações ditas neoliberais, é visível a permanente e até crescente intervenção estatal em todas as áreas de governança e de atividades econômico-sociais, o que motiva uma também crescente preocupação do Direito Administrativo moderno com o estudo e desenvolvimento dos mecanismos de controle dos aludidos poderes, intervencionistas ou não.

O propósito dessa ótica do Direito Administrativo visa contrapor a maior liberdade conferida ao administrador público, no exercício de sua atividade, em face das crescentes exigências impostas pela complexidade da vida moderna e da mentalidade inerente ao Estado Democrático de Direito e da própria cobrança de parte da sociedade, cujas necessidades se mostram em crescente grau de complexidade e em relação com o exercício de uma cidadania cada vez mais atuante.

Quer nos parecer irrefutável que a doutrina administrativa faz um grande esforço para afirmar o caráter instrumental dos aludidos poderes conferidos ao administrador público, destacando a sua natureza finalística, ou seja, o seu impositivo atrelamento à realização de fins públicos de acordo com os preceitos legais de regência, que, entretanto, deverão ser harmonizados em face de todo o ordenamento jurídico tomado em sua completude.

O encargo de proceder à aludida harmonização entre a previsão legal que embasa o ato administrativo e sua efetiva incidência e aplicação em relação a casos concretos compete ao Judiciário, que, para tanto, deverá considerar todas as variantes, peculiaridades e argumentos apresentados.

Dessa forma, mediante a análise de casos concretos e suas peculiaridades é que se torna possível aferir se determinado ato administrativo, mesmo tendo o administrador observado formalmente as leis que orientam sua conduta, poderá ou não estar atuando com eficiência. Para tanto, se mostra crucial a distinção entre o discurso de justificação aplicado quando da elaboração das leis e o discurso de aplicação que deverá ser utilizado pelo julgador.

Segundo o modelo de discurso de aplicação concebido por Günther, o discurso jurídico possui dois níveis, o discurso de justificação e o discurso de aplicação. De acordo com tal proposição, a justificação e a aplicação de normas compreendem finalidades distintas, tanto para princípios como para normas.

O discurso de justificação se opera quando da elaboração de normas válidas, orientadas pelo princípio universalista, ou seja, que visa levar em conta o interesse de todo um universo, de todos que poderão ser atingidos ou afetados pela norma; portanto, tal discurso se realiza durante o debate de confecção da norma, sobretudo na justificação de uma norma moral.

A legitimidade do discurso de justificação, concebido de tal forma, decorre da obrigatoriedade de se considerar, ou se procurar considerar, todos os interesses dos que serão, de alguma forma, afetados pela norma.

A justificação de uma norma, como referido, é orientada pela previsão de possíveis situações genéricas e típicas, procurando se antever todas as variáveis admissíveis, que, entretanto, somente se mostram viáveis na medida em que for possível estabelecer uma generalização, sem levar em conta possíveis aspectos particulares e idiossincrasias de cada caso.

Sabidamente não é possível e útil antever todos os efeitos e consequências, diretas e indiretas, decorrentes da aplicação de determinada norma abstrata e universal, mesmo que tivéssemos condições para tanto.

Restaria ainda, como bem observa Günther, saber quais seriam os interesses dos integrantes do universo visado pela norma em um processo de justificação, já que os interesses dos particulares, dos indivíduos, são notoriamente mutuáveis, variando de acordo com as condições sociais e históricas.

Em que pese a impossibilidade, acima exposta, em se prever todas as possibilidades genéricas na feitura da norma, não há por que ser rejeitado o princípio que orienta o discurso de justificação, visto que a consideração de todos os interesses envolvidos deverá na melhor possibilidade possível ser satisfeita.

Dessa forma, segundo Günther, o discurso de justificação, quando da elaboração da norma, observaria o critério de universalização em sua modalidade fraca, vale dizer, quando os efeitos e consequências colaterais podem ser acatados por todos em idênticas circunstâncias, de acordo com os interesses individuais de cada um. O discurso de justificação, dessa maneira, num primeiro momento, atenderia ao critério de universalização em sua modalidade ou versão fraca.

Conforme Günther (2004, p. 67), “uma norma é válida se as consequências e os efeitos colaterais de sua observância puderem ser aceitos por todos, sob as mesmas circunstâncias, conforme os interesses de cada um, individualmente”.

O assentimento referido diz respeito a todos os interessados em relação à previsão ou antecipação das possíveis consequências, dentro de determinados limites de tempo e de conhecimento.

Em momento posterior, segundo a teoria proposta por Günther, a versão “fraca” do princípio de universalização (discurso de justificação), utilizado quando da confecção da norma válida, é compensada pelo discurso de aplicação.

Cumpre ressaltar que a aplicação de normas válidas, em face de casos particulares e específicos, é uma espécie de discurso, que

deverá observar a ética do discurso, devendo também ser aplicado o princípio da consistência da fundamentação, que não poderá ser contraditória, da veracidade e da paridade da participação dos sujeitos do discurso, já que a finalidade do discurso de aplicação, que cuida de casos concretos e específicos, é assegurar que prevaleça o melhor argumento. Dessa forma, a todos deverá ser assegurado o direito de expor e defender suas razões.

Como se constata, o discurso de aplicação é concebido como complemento à norma válida, com a análise de situações e efeitos não previstos ou levados em conta quando da elaboração da norma, ou seja, pelo discurso de justificação, já que somente em face das especificidades de cada caso concreto é que se torna possível aferir todos os prováveis efeitos da norma.

A lei, no processo legislativo, procura descrever realidades tendo como norte condições supostamente idênticas e previsíveis, o que não assegura sua incidência em qualquer condição. Assim, a aplicação de uma norma válida deverá ser complementada pela descrição específica do caso em exame, cujas peculiaridades não foram antecipadamente previstas pela descrição da lei, o que se consubstancia no discurso de aplicação.

As concepções relativas aos princípios jurídicos, através dos tempos, não lhes atribuíam o significado e importância que atualmente os mesmos assumem, principalmente nas contemporâneas Constituições.

De acordo com o jusnaturalismo, os princípios eram tidos de forma abstrata, quase sem normatividade, com a prevalência intrínseca de uma concepção valorativa de justiça. Posteriormente, com o surgimento da Escola Histórica do Direito, a ideia abstrata do jusnaturalismo deu lugar à preponderância do positivismo, ou seja, os princípios deveriam estar expressos na lei e dela emergiriam.

Os princípios, no jusnaturalismo, eram retratados em forma de axiomas jurídicos ou normas estabelecidas pela razão, se constituindo em elementos informadores de um Direito ideal, decorrentes de um arcabouço de verdades absolutas oriundas da lei divina e humana.

Posteriormente, segundo a teoria positivista, os princípios eram concebidos como fonte normativa subsidiária: tinham como objetivo garantir o primado da lei. Não eram considerados hierarquicamente superiores a norma, já que dela eram oriundos. Correspondiam aos princípios que informam o direito positivo e lhe emprestam fundamento. Tais princípios se originam de abstrações genéricas do próprio direito positivado, isto é, transformado em lei, e nela estariam contidos. Dessa forma, não derivariam de um ideal de justiça imanente ao direito natural, mas sim da própria lei.

A corrente pós-positivista da teoria dos princípios, adotada pelos grandes movimentos constituintes da segunda metade do século passado, possui como característica principal nas novas constituições a hegemonia axiológica dos princípios, que informariam e legitimariam todo o ordenamento jurídico.

Bonavides (1997, p.228), com a costumeira propriedade, resume a referida transformação:

[...] a normatividade dos princípios percorreu três fases distintas: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista. Na primeira, os princípios estavam fora do direito, em um campo metafísico, associados à dimensão ético-valorativa inspiradora do direito. Na fase positivista, os princípios ingressaram nos códigos e leis como fonte normativa subsidiária com a função de garantir a integridade e coesão do sistema. Por fim, a fase pós-positivista atual, na qual os princípios constitucionais têm um papel fundamental, consagra os princípios não apenas como direito, mas como “pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”.

Importante frisar que os princípios não visam tipificar condutas e procedimentos e, em decorrência disso, não produzem estabilidade na expectativa dos cidadãos; a exemplo das regras, por outro lado, os princípios atuam como estabilizadores de expectativas em momento subsequente, já que o seu significado e a sua carga deontológica são sedimentados, seja pela Administração Pública, seja pela jurisdição, pelo acervo de decisões aplicadas a casos concretos que estabelecem precedentes.

Cumpre também ressaltar que os princípios, diferentemente das regras, são normas que não pretendem regular as condições de sua aplicação.

A importância dos princípios jurídicos no quadro jurídico atual estabelece um rol de questões relacionadas à problemática da vinculação da Administração Pública à lei.

Bem ressalta, nesse sentido, Gibson (2008), para quem a doutrina, nos tempos atuais, vem admitindo que o operador do Direito, mais do que a singela observância dos balizamentos legais, deve ter como norte que as normas que perfazem um ordenamento jurídico não se esgotam exclusivamente no texto da lei, mas se espraiam em espécies normativas não necessariamente positivadas e representam um padrão de coerência do Direito, assegurando-lhe a necessária integridade e coerência.

Dworkin estabelece as premissas de tal orientação ao ressaltar a importância de uma ideia quanto à aplicação dos princípios de integridade do ordenamento jurídico e sua aceitação pela sociedade:

Podemos sentir que o que estamos fazendo é correto, mas, enquanto não identificamos os princípios que estamos seguindo, não podemos estar certos que eles são suficientes, ou se os estamos aplicando consistentemente. [...] Porém não é qualquer princípio que pode ser invocado para justificar a mudança; caso contrário, nenhuma regra estaria a salvo. É preciso que existam alguns princípios mais importantes que outros. Esse critério não pode depender das preferências pessoais do juiz, selecionadas em meio a um mar de padrões extrajurídicos respeitáveis, cada um deles podendo ser, em princípio, elegível (DWORKIN, 2002, p. 25). Eles incluem também a doutrina do precedente, outro conjunto de princípios que reflete a equidade e a eficiência que derivam da consistência (DWORKIN, 2002, p. 60). [...] uma sociedade política que aceita a integridade como virtude política se transforma, desse modo, em uma forma especial de comunidade, especial num sentido que promove sua autoridade moral para assumir e mobilizar monopólio de força coercitiva. [...] A integridade protege contra a parcialidade, a fraude ou outras formas de corrupção oficial, por exemplo. [...] **Se as pessoas aceitam que não são governadas apenas por regras explícitas, estabelecidas por decisões políticas tomadas no passado, mas por quaisquer outras regras que decorrem dos princípios que estas decisões pressupõem**, então o conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se e contrair-se organicamente, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que estes princípios exigem sob novas circunstâncias, sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência de cada um dos possíveis pontos de conflito (DWORKIN, 2003, p. 229, grifo nosso).

A partir de tais premissas, é possível afirmar que todas as práticas jurídicas, como pressuposto de sua validade e legitimidade, devem ser submetidas a críticas, sendo que seu poder coercitivo somente deverá sobreviver durante o período pelo qual forem consideradas legítimas.

Oportuno ressaltar a lição de Habermas (1997, p.189-190):

O projeto de realização do direito, que se refere às condições de funcionamento de nossa sociedade, portanto de uma sociedade que surgiu em determinadas circunstâncias históricas, não pode ser meramente formal. Todavia divergindo do paradigma liberal e do Estado social, este paradigma do direito não antecipa mais um ideal de sociedade, nem uma determinada visão de vida boa ou de uma determinada opção política. Pois ele é formal no sentido de que apenas formula as condições necessárias segundo as quais os sujeitos do direito podem, enquanto cidadãos, entender-se entre si para des-

cobrir os seus problemas e o modo de solucioná-los. [...] A legitimidade do direito apóia-se, em última instância, num arranjo comunicativo: enquanto participantes de discursos racionais, os parceiros do direito devem poder examinar se uma norma controvertida encontra ou poderia encontrar o assentimento de todos os possíveis atingidos.

Dessa forma, para os fins acima expostos, e em grau notoriamente crescente, os princípios constitucionais são considerados como nucleares no ordenamento jurídico, tidos como aptos a harmonizar ou mesmo afastar a aplicação de normas em face de casos específicos; onde todos os aspectos e argumentos deverão ser levados em conta, viabilizando a real aferição da validade e legitimidade da aplicação da norma e, em decorrência, o agir do administrador.

A importância dos princípios, portanto, é assegurar que ocorra efetiva conformação entre a decisão tomada pelo administrador público e a materialização da finalidade para a qual a referida decisão se destina, visando, dessa forma, a que o ato administrativo seja capaz de satisfazer da melhor forma possível os interesses da coletividade para a qual se destina, considerada em toda a sua diversidade.

A fim de melhor fixarmos um referencial doutrinário, é importante referir como alguns autores consagrados se posicionam em relação ao princípio da eficiência.

De acordo com Mello (2002, p. 104), o princípio da eficiência “mais parece um adorno agregado ao art. 37, que não pode ser concebido senão na intimidade do princípio da legalidade [...] é uma faceta de um princípio mais amplo, já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da boa administração”.

Di Pietro (2000, p. 83) estabelece as seguintes considerações acerca do princípio de que se cuida.

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

Trata-se de idéia muito presente entre os objetivos da Reforma do Estado. No Plano Diretor da Reforma do Estado, elaborado em 1995, expressamente se afirma que “reformar o Estado significa melhorar não apenas a organização e o pessoal do Estado, mas também suas

finanças e todo o seu sistema institucional-legal, de forma a permitir que o mesmo tenha uma relação harmoniosa e positiva com a sociedade civil.

Custódio Filho (1999, p. 214), por sua vez, define o princípio da eficiência da seguinte forma:

[...] indentifica-se no princípio constitucional da eficiência três idéias: prestabilidade, presteza e economicidade. Prestabilidade, pois o atendimento prestado pela Administração Pública deve ser útil ao cidadão. Presteza porque os agentes públicos devem atender o cidadão com rapidez. Economicidade por quanto a satisfação do cidadão deve ser alcançada do modo menos oneroso possível ao Erário público. Tais características dizem respeito quer aos procedimentos (presteza, economicidade), quer aos resultados (prestabilidade), centrados na relação Administração Pública/cidadão.

Em síntese, é possível verificar que o conteúdo jurídico de um termo nem sempre corresponde a sua exata definição vocabular, como encontramos nos dicionários, como facilmente constatou-se nos entendimentos doutrinários acima expostos, cujas variantes são notórias.

Contudo, é inegável que em todos os conceitos encontra-se presente a ideia de ser atingido o melhor resultado possível, seja apenas vinculando tal finalidade à economicidade do serviço prestado, ou seja, com menor custo ou otimização dos gastos, seja evoluindo, posteriormente, para a busca da efetiva satisfação das necessidades do cidadão, o que resultaria numa relação harmoniosa com a sociedade, que dessa forma receberia atendimento para os seus anseios.

A nosso sentir, a melhor definição de eficiência significaria produzir um efeito com eficácia, sendo que eficácia define aquilo que produz o efeito desejado, que atinge o resultado almejado, que se portou com eficiência, ao que se poderia agregar, com a necessária qualidade além de economicidade, ou seja, com menor custo possível, e presteza, com a devida rapidez e, ao que podemos ainda acrescentar, com respeito ao direito de todas as partes envolvidas.

Nesse sentido, a atividade dos órgãos e entidades públicas, para o pleno atendimento do princípio da eficiência, deverá ser eficaz, em outras palavras, gerar o efeito desejado, buscar o melhor resultado para atendimento das demandas da coletividade, devendo esta ser considerada em sua totalidade, maiorias e minorias, devendo, para tanto, também serem considerados os interesses particulares.

Sendo impossível para o legislador, portanto, num discurso de justificação, prever para certos casos concretos a melhor solução,

de forma a enumerar todas as possíveis soluções exaustivamente, haja vista a constante mutabilidade da vida moderna e suas multifacetadas variantes, a norma confere ao administrador público uma margem de liberdade, a fim de que seja possível, em face das alternativas disponíveis, a escolha da solução que se mostre mais eficiente, ou seja, a que melhor satisfaça o conceito de eficiência, vale dizer, a que melhor atenda às necessidades públicas, ou a que, por outro lado, esteja de alguma forma, sem justificativa plausível, onerando o administrado.

A norma dota o administrador público de poderes especiais, dentro dos parâmetros normativamente fixados, com certa liberdade decisória ou não, visando sempre à solução mais eficaz, que supostamente melhor atenda ao interesse público envolvido.

Diante do exposto, e tendo como norte o princípio da eficiência, é possível ao Judiciário verificar, em relação ao caso concreto, se o administrador, em suas decisões, mesmo a partir da aplicação inequívoca da lei, está ou não sendo eficiente, ou seja, não está atingindo a finalidade da norma e melhor atendendo às necessidades da sociedade, ou se está injustificadamente atingindo ou tolhendo interesses privados.

Conforme entendimento de Custódio Filho (1999, 214, grifo nosso), o princípio da eficiência poderia assim ser definido:

Observando estes dois aspectos (interno e externo) da eficiência na Administração Pública, então, poder-se-ia enunciar o conteúdo jurídico do princípio da eficiência nos seguintes termos: **a Administração Pública deve atender o cidadão na exata medida da necessidade deste, com agilidade, mediante adequada organização interna e ótimo aproveitamento dos recursos disponíveis.**

No mesmo sentido, assevera Cardozo (*apud* MORAES, 1999, p. 166, grifo nosso):

Ser eficiente, portanto, exige primeiro da administração pública o aproveitamento máximo de tudo aquilo que a coletividade possui, em todos os níveis, ao longo da realização de suas atividades. Significa racionalidade e aproveitamento máximo das potencialidades existentes, **mas não só. Em seu sentido jurídico, a expressão, que consideramos correta, também deve abranger a idéia de eficácia da prestação, ou de resultados da atividade realizada. Uma atuação estatal só será juridicamente eficiente quando seu resultado quantitativo e qualitativo for satisfatório, levando-se em con-**

ta o universo possível de atendimento das necessidades existentes e os meios disponíveis.

Para exemplificar, poderíamos imaginar o caso de um serviço de saúde que no emprego máximo das verbas alocadas presta atendimento a um significativo número de pessoas de uma comunidade, de forma que todos são atendidos no mesmo dia. Em termos quantitativos, seria possível afirmar que o referido serviço de saúde atende ao princípio da eficiência, porém, se o atendimento for elaborado de maneira ríspida, atabalhoada, sem atenção, com ausência de especialistas, ou seja, sem qualidade, é óbvio que o serviço não estará sendo eficiente, já que sem a forma e eficácia necessárias. Na mesma toada, o exemplo de uma escola que matricula grande número de alunos, mas não cumpre minimamente o currículo que lhe é estabelecido.

Entendemos que o conceito de eficiência também poderá ser aferido em face própria da aplicação das normas, tanto pela Administração, como pelo próprio Judiciário.

É consagrado o ditado que afirma que justiça tardia é injustiça, é clamor nacional que o há muito tempo o Judiciário não está entregando o seu "produto" no tempo e quantidade necessários, por outro lado, num presente recente, com marcante atuação do CNJ - Conselho Nacional de Justiça, nota-se um grande esforço para a regularização de tal situação, como por exemplo o estabelecimento de metas de sentenças para processos até determinado ano, constata-se, entretanto, inúmeras sentenças e recursos exarados a partir de modelos pré-concebidos, superficiais, sem o exame de todos os elementos discutidos, sem a necessária fundamentação, em total contraposição, por exemplo, à doutrina de Ronald Dworkin, que ensina que cada caso deve ser analisado em todas as suas nuances e particularidades, onde todos os argumentos são merecedores da máxima atenção e consideração de parte do julgador.

De qualquer forma, em ambas as situações, a eficiência não se mostra presente, antes pela ausência da produção necessária, pela lentidão, após pela ausência de qualidade, pois é indubitável que sentenças padronizadas não examinam as possíveis peculiaridades de cada caso e todos os argumentos manejados, única forma de ser obtida a melhor solução possível.

Assim, frisando o conceito acima exposto, é possível afirmar que o princípio da eficiência somente é atendido quando estiveram presentes tanto o aspecto quantitativo quanto o qualitativo na utilização máxima dos recursos disponibilizados e, mais, quando todas as possibilidades e variantes forem consideradas dentro de um conceito de equidade e real democracia.

2 O controle judicial da eficiência administrativa, análise de jurisprudência do STJ

Mesmo em face dos conceitos que orientam o Estado Democrático de Direito, que contempla entre seus fundamentos o controle jurisdicional dos atos públicos, e como tal também os atos administrativos, a doutrina sempre apresentou certa resistência ao controle dos atos administrativos pelo Judiciário, o que representaria, na prática, a invasão de um Poder em relação ao outro, em total desvirtuamento da tripartição dos Poderes.

O mérito dos atos administrativos seria de única e exclusiva competência do administrador, haja vista sua legitimidade política, já que no Executivo e no Legislativo se encontravam os membros eleitos pelo povo, real titular da soberania da nação.

Assim, o Judiciário, sendo um poder sem legitimidade democrática, não poderia alterar ou invalidar atos oriundos dos outros dois Poderes – cujos membros eram sufragados –, momente do Poder Executivo, onde se encontrava preponderantemente toda a atividade administrativa.

O Judiciário, por sua vez, interpretava o princípio da legalidade segundo critérios estritamente formais, isto é, submissão às leis era tida como a mera e exclusiva observância das formalidades normativas quando da realização dos atos administrativos; o ato estaria em desacordo com o princípio da legalidade quando não observasse as formalidades prescritas ou no caso de seu conteúdo ser explicitamente contrário à lei, o que representa estrita preponderância do discurso de justificação, ou seja, sendo observadas as prescrições legais, o ato não poderia ser revisto.

Aos poucos o modelo do Estado liberal clássico foi sendo cada vez mais substituído pelo Estado intervencionista, onde se verificou a proliferação de órgãos e empresas estatais de toda ordem. Essa modificação de atuação do Estado acarretou novos e revigorados poderes às autoridades administrativas.

Para compensar essa nova forma de atuação dos entes estatais, foi necessário um reforço no acervo dos mecanismos jurídicos de controle da atividade administrativa e, também, da atividade do próprio Poder Judiciário, cujo pleno desempenho passou a ser considerado como fundamental à consolidação do Estado Democrático de Direito.

Diante de tais circunstâncias, novos instrumentos e meios de controle externo da atividade administrativa foram concebidos; ao Poder Judiciário foram atribuídas competências até então inexistentes.

Os atos administrativos passaram a ser avaliados não apenas segundo seu aspecto formal, estrita observância das regras de regê-

cia, limites de empreendimento e despesa, etc., também começaram a ser analisados em face de outros elementos até então não considerados e tidos como irrelevantes, entre os quais, a eficiência na realização e objetivos alcançados pelo ato em face de casos concretos, o que representa efetiva utilização de um discurso de aplicação, em que todas as variantes não previstas pela lei passaram a ser consideradas.

Carvalho Netto (1998, p. 39, grifo do autor) com propriedade preleciona:

A sensibilidade do juiz para as especificidades do caso concreto que tem diante de si é fundamental, portanto, para que possa encontrar a norma adequada a produzir justiça naquela situação específica. É precisamente a diferença entre os discursos legislativos de justificação, regidos pelas exigências de universalidade e abstração, e os discursos judiciais e executivos de aplicação, regidos pelas exigências de respeito às especificidades e à concretude de cada caso, ao densificarem as normas gerais e abstratas na produção das normas individuais e concretas, que fornece o substrato que Klaus Günther denomina *senso de adequabilidade*, que, no Estado Democrático de Direito, é de se exigir do concretizador ao tomar suas decisões.

Nessa linha de evolução, nesse cada vez maior estreitamento entre legalidade e legitimidade, vale dizer, entre legalidade formal e material, entre o exercício dos atos de Administração Pública e a efetiva satisfação dos anseios e interesse dos administrados no mundo real dos fatos, é que surge com inegável e notória importância o princípio da eficiência, que deverá ser entendido em seu real significado, que em muito ultrapassa os estreitos conceitos de economicidade ou de relação custo-benefício, como já vimos.

Nesse sentido, assevera Aragão (2005, p. 1-2, grifo nosso):

O Direito Público do Estado contemporâneo visa satisfazer determinadas necessidades sociais, sendo vinculado ao atendimento eficiente dos fins sociais e fáticos aos quais se destina.

A eficiência não pode ser entendida apenas como maximização do lucro, mas sim como melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe ao Estado, que deve obter a melhor realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis, tanto para o próprio Estado, especialmente de índole financeira, como para as liberdades dos cidadãos.

Os resultados práticos da aplicação das normas jurídicas não constituem preocupação apenas sociológica, mas, muito pelo contrário, são elementos essenciais para determinar como, a partir des-

tes dados empíricos, devam ser interpretadas (ou reinterpretadas), legitimando a sua aplicação.

A Administração Pública, em todas as suas esferas de atuação, deverá buscar a realização do bem comum, exercerá as suas atribuições de forma neutra, imparcial e transparente, na estrita observância dos preceitos legais e princípios constitucionais, entre os quais o da eficiência, como expressamente preceitua o artigo 37 da Constituição Federal.

Dworkin (2002, p. 36) ensina: “Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.

Os princípios, em regra, são equiparados a valores positivados no ordenamento jurídico, entretanto, essa ideia não é imune a problemas, já que coloca a sua aplicação como se fosse uma escolha entre valores concorrentes.

Se considerarmos que a suposta escolha se opera dentro de um Estado Democrático de Direito, multicultural e pluralista, onde todos devem ser considerados iguais em face do ordenamento jurídico e como tal uniformemente obrigados, ao se igualar princípio e valores, restaria o problema de se escolher qual deverá ser o valor preponderante.

Dessa forma, a noção de equiparação entre princípios e valores não se justifica em razão do caráter universal e deontológico do direito, caso contrário seria admitir a inserção de um componente de grande variação e sem viabilidade de controle por critérios racionais. Por tais motivos é de se repelir o arbítrio, cuja base contém a ideia de princípio equiparada a valor.

Com assento em tais conceitos é que ao operador do direito se impõe o dever de apresentar, em relação a casos concretos, decisões devidamente embasadas em termos racionais e aferíveis à luz de todo o ordenamento tomado em sua completude.

A tradicional teoria do Direito Administrativo preceitua que os atos de Administração Pública não são passíveis de controle pelo Judiciário, no que tange ao mérito de suas decisões, sendo essa condição decorrente da discricionariedade do administrador atribuída pela lei. A determinação dos aspectos de conveniência e oportunidade estaria, dessa forma, fora das possibilidades de controle pelo Judiciário.

Essa teoria, anteriormente consagrada, vem sendo vigorosamente questionada por decisões judiciais que, com base em princípios constitucionais, revisam, anulam ou mesmo determinam a realização de determinado ato administrativo.

Nesse diapasão, ensina Cademartori (2001, p. 181, grifo do autor):

[...] considerando um segundo nível da discricionariedade, ou seja, no seu campo de *aplicação concreta*, entende-se que implementada a medida, caso seu destinatário alegue lesão a direitos, o ato administrativo será levado à via judicial devendo aqui ser amplamente analisado pelo julgador. Portanto, o juiz não somente pode como deve apreciar – não se confunda com a substituição das decisões – na sua inteireza, quaisquer atos oriundos do Poder Público, tendo como parâmetros as garantias constitucionais e os direitos fundamentais cuja diretriz política estará referida à primazia do administrado frente à Administração.

Dessa forma, o problema que se coloca é como deve ser exercido o controle judicial do princípio da eficiência administrativa.

Tomando-se como parâmetro decisões do STJ, esse controle está sendo feito adequadamente, em consonância com as premissas expostas?

Pela jurisprudência que possui como embasamento o princípio da eficiência não foi possível constatar uma inclinação. Seja positivista, isto é, com fundamentos calcados unicamente na norma ou dela decorrentes, ou utilitarista, ou mesmo como mote de realização de um objetivo social, verifica-se a notória intenção de, sobretudo, se fazer justiça ao caso concreto. Constata-se claramente que as decisões se amparam na análise específica do caso em exame, com embasamento em um princípio, ou conjunto de princípios, e em face de todo o ordenamento jurídico considerado em sua integridade que orienta ou inclina o desfecho do caso para determinado sentido.

Segundo essa ótica, colacionamos a jurisprudência abaixo, exemplo de tendência amplamente majoritária.

Aqui transcrevemos as ementas de acórdãos e posteriormente é feita análise de votos que demonstram de forma exemplar os entendimentos adotados.

TRIBUTÁRIO - PROCESSO CIVIL - PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL FEDERAL - PEDIDO DE RESTITUIÇÃO - PRAZO PARA ENCERRAMENTO - ANALOGIA - APLICAÇÃO DA LEI 9.784/99 - POSSIBILIDADE - NORMA GERAL - DEMORA INJUSTIFICADA.

1. A conclusão de processo administrativo fiscal em prazo razoável é corolário do princípio da eficiência, da moralidade e da razoabilidade da Administração pública.

2. Viável o recurso à analogia quando a inexistência de norma jurídica válida fixando prazo razoável para a conclusão de processo administrativo impede a concre-

tização do princípio da eficiência administrativa, com reflexos inarredáveis na livre disponibilidade do patrimônio.

3. A fixação de prazo razoável para a conclusão de processo administrativo fiscal não implica em ofensa ao princípio da separação dos Poderes, pois não está o Poder Judiciário apreciando o mérito administrativo, nem criando direito novo, apenas interpretando sistematicamente o ordenamento jurídico.

4. Mora injustificada porque os pedidos administrativos de resarcimento de créditos foram protocolados entre 10-12-2004 e 10-08-2006, há mais de 3 (três) anos, sem solução ou indicação de motivação razoável.

5. Recurso especial não provido. (REsp 1091042 / SC RECURSO ESPECIAL 2008/0210353-3 Relator(a) Ministra ELIANA CALMON (1114) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 06/08/2009 Data da Publicação/Fonte DJe 21/08/2009)

TRIBUTÁRIO – PRAZO RAZOÁVEL PARA APRECIAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ART. 49 DA LEI N. 9.784/99. POSSIBILIDADE – PRECEDENTES.

1. O STJ, em homenagem aos princípios da eficiência e moralidade previstos na Constituição Federal, tem admitido, na falta de previsão legal, a possibilidade de se estabelecer prazo para o encerramento da instrução do processo administrativo quando sua apreciação se mostrar morosa e injustificada. Precedentes.

2. Não está o Poder Judiciário apreciando o mérito administrativo, apenas dando interpretação sistemática ao ordenamento jurídico, daí não se há falar em ofensa ao princípio da separação de poderes.

Agravo regimental improvido.

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, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator. (Processo AgRg no REsp 1143129 / ES AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2009/0105890-0 Relator(a) Ministro HUMBERTO MARTINS (1130) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 17/11/2009 Data da Publicação/Fonte DJe 25/11/2009 RDDT vol. 173 p. 206.)

Pelos embasamentos utilizados, se verifica com meridiana nitidez a amplitude do conceito de eficiência empregado, pois, se o processo administrativo deve ser utilizado no interesse de toda a comunidade, deverá ser implementado em prazo razoável, de forma a atender eficazmente a sociedade sem penalizar injustificadamente o cidadão, o que também seria contrário aos princípios

da ética e da moralidade, ou seja, o devido equilíbrio entre o interesse público e o particular, já que os fins não devem ser atingidos de qualquer forma, mas respeitando-se princípios de razoabilidade e eficiência, com a primazia dos direitos do administrado frente à Administração.

Dessa forma, a decisão não poder ser respaldada apenas e exclusivamente na regra que incide sobre o caso concreto numa aplicação eminentemente positivista, isto é, a partir de uma mera verificação formal de atendimento dos preceitos legais, mas também se levando em conta todos os princípios e regras aplicáveis e circunstâncias específicas de cada caso, examinando-se com efetiva atenção as alegações de todas as partes envolvidas, o que se constitui em efetiva aplicação sistemática do ordenamento jurídico considerado em sua integralidade, exemplo de discurso de aplicação conforme concebido nos ensinamentos de Klaus Günther.

Para demonstrar mais detalhadamente isso, tomaram-se as jurisprudências abaixo, juntamente com o voto dos respectivos Ministros relatores, que pela sua clareza e objetividade, demonstram tudo o que até aqui foi dito e melhor comprovam, a nosso ver, a orientação até então adotada pelo STJ.

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIZAÇÃO PARA FUNCIONAMENTO DE RÁDIO COMUNITÁRIA. INÉRCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ABUSO DO PODER DISCRICIONÁRIO. RECURSO ESPECIAL NÃO-PROVIDO.

1. É entendimento pacífico nesta Corte que a autorização do Poder Executivo é indispensável para o regular funcionamento de emissora de radiodifusão, consoante o disposto nas Leis 4.117/62 e 9.612/98 e no Decreto 2.615/98.

2. Entretanto, em obediência aos princípios da eficiência e razoabilidade, merece confirmação o acórdão que julga procedente pedido para que a Anatel se abstenha de impedir o funcionamento provisório dos serviços de radiodifusão, até que seja decidido o pleito administrativo da recorrida que, tendo cumprido as formalidades legais exigidas, espera há mais de dois anos e meio, sem que tenha obtido uma simples resposta da Administração.

3. Recurso especial não-provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux e Denise Arruda (Presidenta) votaram com o Sr. Ministro Relator. Impedido o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki. (REsp 1062390 / RS RECUR-

SO ESPECIAL 2008/0116413-6 Relator(a) Ministro BENEDITO GONÇALVES (1142) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 18/11/2008 Data da Publicação/Fonte Dje 26/11/2008).

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator):

Trata-se recurso especial interposto pela agência Nacional de Telecomunicações - Anatel, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea "c", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4º Região, assim ementado (fl. 124): **ADMINISTRATIVO. CONCESSÃO DE SERVIÇO DE RADIODIFUSÃO.** 1. Em princípio, não pode o Judiciário chancelar a instalação de uma rádio sem a aferição dos aspectos técnicos de funcionamento, sob pena de restar desprezada a legislação infraconstitucional - Lei 9.612/98, arts. 2º, 6º, 9º, 10 e 24, normas que se referem especificamente às rádios comunitárias, sem abrir mão do controle estatal quanto ao funcionamento. 2. **A legislação regente da matéria não fixa prazo determinando para a instrução e conclusão do procedimento administrativo respectivo, o que não significa, entretanto, possa a autoridade postergar a sua prática indefinidamente, frustrando o exercício do direito.** 3. O transcurso de mais de nove meses revela-se demasiado, a despeito da demanda de outras entidades interessadas no serviço, bem como do excessivo número de processos submetidos à apreciação da ANATEL, sendo o prazo decorrido mais do que suficiente ao implemento das providências pertinentes [...] Para tanto, aduziu que protocolou junto ao Ministério das Comunicações **pedido de autorização para funcionamento da rádio comunitária e que a agência reguladora, além de permanecer omissa quanto à análise de tal requerimento, procedeu à autuação da Associação e determinou a interrupção de suas atividades.** A segurança foi denegada em primeiro grau de jurisdição, por se entender que o Poder Judiciário não pode substituir o Poder Executivo, a quem cabe o exame da conveniência e oportunidade da prática do ato administrativo, qual seja, a concessão de autorização para funcionamento de rádio comunitária. A apelação, ofertada pela Associação, por sua vez, foi provida, ao fundamento de que, embora necessária a outorga legal para o funcionamento dos serviços de radiodifusão comunitária, tendo a recorrida buscado as vias adequadas para o atendimento de tal requisito legal, **o transcurso de mais de nove meses** sem o devido julgamento do pleito mostra-se demasiado, o que enseja a admissão, excepcionalmente, da continuidade das atividades da impetrante (fls. 121/124). No presente recurso especial, sustenta a recorrente que o acórdão impugnado, ao autorizar o funcionamento de rádio comunitária que não possui outorga administrativa, divergiu

do entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 440.674/RN, assim entendido: ADMINISTRATIVO. EMISSORA DE RÁDIO. AUTORIZAÇÃO PARA FUNCIONAMENTO. IMPRESCINDIBILIDADE. LEI 9.612/98. 1. Os serviços de radiodifusão sonora e de imagens, ainda que de baixa potência e sem fins lucrativos, não podem prescindir, para sua exploração, da autorização do Poder Público. [...]

1. É entendimento pacífico nesta Corte que a autorização do Poder Executivo é indispensável para o regular funcionamento de emissora de radiodifusão, consoante o disposto nas Leis 4.117/62 e 9.612/98 e no Decreto 2.615/98. 2. Entretanto, em obediência aos princípios da eficiência e razoabilidade, merece confirmação o acórdão que julga procedente pedido para que a Anatel se abstenha de impedir o funcionamento provisório dos serviços de radiodifusão, até que seja decidido o pleito administrativo da corrida que, tendo cumprido as formalidades legais exigidas, espera há mais de dois anos e meio, sem que tenha obtido uma simples resposta da Administração. 3. Recurso especial não-provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Primeiramente, há que se deixar registrado o entendimento pacífico nesta Corte no sentido de que a autorização do Poder Executivo é indispensável para o regular funcionamento de emissora de radiodifusão, consoante o disposto nas Leis 4.117/62 e 9.612/98 e no Decreto 2.615/98. Não há dúvidas de que os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens dependem de outorga e renovação de concessão, permissão e autorização do Poder Executivo. Por outro lado, o que se discute nos autos é a possibilidade de manutenção em funcionamento de rádio comunitária cuja autorização para funcionamento fora requerida, mas ainda não outorgada pelo Ministério das Comunicações. Refere-se, então, à falta de atuação do Poder Executivo, demorando a atender a solicitação de autorização para funcionamento de rádio comunitária, o que viola o direito fundamental de liberdade de expressão e acesso à informação, garantido pelo artigo 5º, IX e XIV, da Constituição da República, expondo os interessados a uma espera abusiva que não deve ser tolerada e que, por isso, está sujeita ao controle do Judiciário, a quem incumbe a preservação dos direitos e a efetiva observância da lei em cada caso concreto. [...] Já tendo transcorrido prazo razoável para que houvesse um pronunciamento acerca da providência aguardada, tem-se que a atitude da Administração contraria o princípio da eficiência, que, no caso em apreço, implica, necessariamente, atentar-se para um criterioso exame dos processos de autorização de execução

de serviços de radiodifusão comunitária aliado à observância de prazo razoável para a prolação de alguma resposta ao requerente. A propósito, confira-se a seguinte lição doutrinária: Quando não houver prazo legal, regulamentar ou regimental para a decisão, deve-se aguardar por um tempo razoável a manifestação da autoridade ou do órgão competente, ultrapassado o qual o silêncio da Administração converte-se em abuso de poder, corrigível pela via judicial adequada, que tanto pode ser ação ordinária, medida cautelar, mandado de injunção ou mandado de segurança. Em tal hipótese não cabe ao Judiciário praticar o ato omitido pela Administração mas, sim, impor sua prática, ou desde logo suprir seus efeitos, para restaurar ou amparar o direito do postulante, violado pelo silêncio administrativo. **O silêncio não é ato administrativo; é conduta omissiva da Administração que, quando ofende direito individual ou coletivo dos administrados ou de seus servidores, sujeita-se a correção judicial** e a reparação decorrente de sua inéria. [...] Desta forma, evidenciada a afronta aos princípios da eficiência e da razoabilidade, é forçoso o pronunciamento contrário à pretensão de reforma do decisório impugnado, cujo entendimento não implicou indevida ingerência do Poder Judiciário, que não concedeu autorização para o funcionamento; apenas impediu que as atividades da rádio comunitária fossem perturbadas enquanto não for examinado o pedido de autorização, restabelecendo, assim, a legalidade que deve permear todo o proceder administrativo. Com efeito, esta Corte, no julgamento de hipóteses análogas, firmou entendimento de que a demora na apreciação do pedido de autorização para funcionamento de rádio comunitária admite excepcional interferência do Judiciário para possibilitar o prosseguimento de suas atividades, em razão dos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da imparcialidade e da finalidade. Nesse sentido confirmaram-se os seguintes julgados:

ADMINISTRATIVO – SERVIÇO DE RADIODIFUSÃO – OUTORGA DE RÁDIO COMUNITÁRIA: LEI 9.612/98 E DECRETO 2.615/98.

1. A Lei 9.612/98 criou um novo sistema de radiodifusão, facilitou a concessão, mas não dispensou a autorização prévia, que é obrigatória.
2. Déficit na estrutura administrativa, com excessiva demora na apreciação dos pedidos de autorização, ensejando o excepcional consentimento judicial para o funcionamento.
3. Exame da legalidade no moderno direcionamento, que não pode ser entendido como submissão absoluta à lei.
4. Recurso especial improvido (REsp 549.253/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 11/11/2003, DJ 15/12/2003, grifos nossos).

RECURSOS ESPECIAIS. ADMINISTRATIVO. EMPRESA DE RADIODIFUSÃO. BAIXA POTÊNCIA E FINALIDADE NÃO-COMERCIAL. LEIS 9.612/98 E 4.117/62, DECRETO 2.615/98. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA FUNCIONAMENTO. AUSÊNCIA DE EXAME. PARTICULARIDADE DO CASO CONCRETO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.

1. Consoante inscrito nas Leis 9.612/98, 4.117/62 e Decreto 2.615/98, é necessária a outorga legal do Poder Executivo para o funcionamento dos denominados Serviços de Radiodifusão Comunitários.

2. [...]

3. Incumbe à Administração, sem prejuízo da precisa observância das normas vigentes, a consideração da razoabilidade e proporcionalidade de suas decisões, em conformidade com a manifesta e pronta aplicação, do princípio da eficiência.

4. Recursos especiais da UNIÃO e da ANATEL desprovvidos (REsp 579.020/AL, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 17/11/2005, DJ 5/12/2005)

ADMINISTRATIVO. RÁDIO COMUNITÁRIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO. MORA DA ADMINISTRAÇÃO. ESPERA DE CINCO ANOS DA RÁDIO REQUERENTE. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA RAZOABILIDADE. INEXISTÊNCIA. VULNERAÇÃO DOS ARTIGOS 165, 458, I, II, II E 535, II DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA SEARA DO PODER EXECUTIVO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO PELA ALEGATIVA DE VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 2º DA LEI 9612/98 E 70 DA LEI 4.117/62 EM FACE DA AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DOS DEMAIS ARTIGOS ELENCADOS PELAS RECORRENTES. DESPROVIMENTO.

1. Cuida-se de recursos especiais (fls. 367/397 e 438/452) interpostos, respectivamente, pela AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL e pela UNIÃO, ambos com fulcro na alínea "a", sendo o da ANATEL baseado também na letra "c" do art. 105, III, da Constituição Federal de 1988, em face de acórdão proferido pelo TRF da 4ª Região, assim ementado (fl. 333-v) "ADMINISTRATIVO. RÁDIO COMUNITÁRIA. FUNCIONAMENTO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. OMISSÃO DO PODER PÚBLICO. RAZOABILIDADE. APREENSÃO. POLÍCIA FEDERAL. INTERFERÊNCIA.

1. O conteúdo da sentença apelada não implica em invasão da competência do Poder Executivo pelo Judiciário, posto não conceder autorização para o funcionamento, mas apenas impede que o funcionamento da Rádio Comunitária seja perturbada enquanto não for examinado o pedido de

autorização. 2. O cidadão tem direito a receber um tratamento adequado por parte do Ministério das Comunicações, que deve responder as postulações feitas. Não o tendo feito no prazo da lei que rege os procedimentos administrativos, está a desrespeitar o devido processo legal e a razoabilidade.

3. [...]

4. [...]

5. Apelações cíveis da ANATEL e remessa de ofício improvidas. Apelação cível da União Federal parcialmente provida."

2. Recursos especiais apreciados conjuntamente já que ambas as recorrentes requerem a anulação do acórdão por violação do artigo 535, II, (omissão), sendo que a União aduz, ainda, afronta aos artigos 165 e 458 e incisos por ausência de fundamentação e, no mérito, o provimento para determinar a reforma do acórdão.

Não existe afronta aos artigos 165, 458, I, II, III e 535, II do Código de Processo Civil quando o decisório combatido resolve a lide enfrentando as questões relevantes ao deslinde da controvérsia. O fato de não emitir pronunciamento acerca de todos os dispositivos legais suscitados pelas partes não é motivo para decretar nula a decisão.

3. Merece confirmação o acórdão que julga procedente pedido para que a União e a ANATEL se abstêm de impedir o funcionamento provisório dos serviços de radiodifusão, até que seja decidido o pleito administrativo da recorrida que, tendo cumprido as formalidades legais exigidas, espera já há cinco anos, sem que tenha obtido uma simples resposta da Administração.

4. A Lei 9.784/99 foi promulgada justamente para introduzir no nosso ordenamento jurídico o instituto da Mora Administrativa como forma de reprimir o arbítrio administrativo, pois não obstante a discricionariedade que reveste o ato da autorização, não se pode conceber que o cidadão fique sujeito a uma espera abusiva que não deve ser tolerada e que está sujeita, sim, ao controle do Judiciário a quem incumbe a preservação dos direitos, posto que visa a efetiva observância da lei em cada caso concreto.

5. O Poder Concedente deve observar prazos razoáveis para instrução e conclusão dos processos de outorga de autorização para funcionamento, não podendo estes prolongar-se por tempo indeterminado, sob pena de violação dos princípios da eficiência e da razoabilidade.

6. Recursos parcialmente conhecidos e desprovidos (REsp 690.811/RS, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 28/6/2005, DJ 19/12/2005).

Portanto, merece confirmação o acórdão que julga procedente pedido para que a Anatel se abstenha de impedir o funcionamento provisório dos serviços de radiodifusão, até que seja decidido o pleito administrativo da recorrida, que, tendo cumprido as formalidades legais

exigidas, espera há mais de dois anos e meio, sem que tenha obtido uma simples resposta da Administração. Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial. É como voto. (grifo nosso).

Pela análise do voto que orienta o acórdão acima, é possível verificar que há a preocupação em preservar a ideia de não invasão de competência de um Poder em relação a outro, pois a apreciação da questão não se refere ao mérito do ato administrativo, mas diz respeito à forma como as normas deverão se interpretadas e aplicadas de maneira a não causar prejuízos, ou melhor, atender aos interesses da coletividade, levando-se em conta as especificidades de cada processo. Como, por exemplo, no examinado caso da rádio comunitária, que na ausência de uma resposta formal, solicitada ao órgão regulador já há dois anos, não deveria ter suspensas suas atividades.

Textualmente é definido que o cidadão tem direito a receber um tratamento adequado e eficiente por parte da Administração Pública, no caso o Ministério das Comunicações, cujo tratamento não adequado restou configurado na ausência de resposta às postulações da requerente. Dessa forma, tendo transcorrido prazo razoável para que houvesse um pronunciamento acerca da provisão aguardada, restou entendido que a atitude da Administração contraria o princípio da eficiência ante a notória ausência de presteza.

Também restou consignado no voto do eminentíssimo Ministro relator que o silêncio não é ato administrativo; é conduta omissiva da Administração que, quando ofende direito individual ou coletivo dos administrados ou de seus servidores, se sujeita à correção judicial, e, ainda, que o exame da legalidade no moderno direcionamento não pode ser entendido como submissão absoluta à lei.

Verifica-se que o julgador utilizou para respaldar sua decisão não somente a lei que editada para regular o caso em exame, mas também princípios que informam todo ordenamento jurídico considerado em sua integridade, não somente o da eficiência, mas também o princípio da razoabilidade, a proteção ao regular exercício de um direito, do devido processo legal; numa clara e correta utilização de um discurso de aplicação, suprindo a lacuna da lei que não estabeleceu prazo para a análise dos requerimentos da espécie, já que o legislador não previu a necessidade de fixar prazo para a prestação a que o administrado tem direito, tampouco os prejuízos que poderiam advir de uma espera por tempo indefinido.

A decisão de que se cuida aplicou com a devida propriedade o princípio da eficiência, já que a demora por um prazo muito além do razoável demonstrava a total ineficiência do ente admi-

nistrativo, sendo que esse comportamento estava causando injusto e indevido dano ao administrado. Foi mitigada, dessa forma, em face das especificidades do caso concreto, a incidência da normatização que regula a autorização para operacionalização de rádios comunitárias, sendo permitido o funcionamento provisório da rádio envolvida até que o seu pedido seja devidamente analisado, afastando o direito da administração de autuar e interromper o funcionamento provisório do aludido veículo de comunicação.

O citado acórdão é exemplo bem definido de um discurso de aplicação: o legislador estipulou a competência e regras para a autorização de funcionamento de rádios comunitárias, autorizando a administração a suspender o funcionamento das rádios que não atendessem as prescrições legais. Não previu, entretanto, a ineficiência da administração em analisar os requerimentos estipulados pela própria legislação em tempo razoável, o que acarretava abusivo prazo de espera de parte do administrado.

Nota-se claramente que o interesse do administrado foi devidamente prestigiado, ante a total ausência de presteza e eficiência do ente administrativo, o que acarretou a autorização para funcionamento provisório da emissora comunitária, em que pese a omisão do regramento específico.

No mesmo sentido, vale transcrever os excertos do voto da Ex.^{ma} Sra. Ministra Laurita Vaz, relatora do Mandado de Segurança nº 9.420 – DF (2003/0221400-7), não apenas pela propriedade, mas também pelos argumentos doutrinários em que se apoia.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 9.420 - DF (2003/022
1400-7)

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ANISTIA POLÍTICA. ATO OMISSIVO DO MINISTRO DE ESTADO ANTE À AUSÊNCIA DE EDIÇÃO DA PORTARIA PREVISTA NO § 2º DO ART. 3º DA LEI 10.559/2002. PRAZO DE SESSENTA DIAS. PRECEDENTE DO STJ. CONCESSÃO DA ORDEM

1. [...]

2. Nada impede que o Ministro da Justiça venha a requerer novos esclarecimentos da própria Comissão de Anistia ou consultar outros órgãos de assessoramento que estejam ao seu alcance para solucionar questões que envolvam aspectos de oportunidade ou certificarse a respeito de possíveis divergências jurídicas.

3. Entretanto, em face do princípio da eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal), não se pode permitir que a Administração Pública postergue, indefinidamente, a conclusão de procedimento administrativo, sendo necessário resgatar a devida celeridade, característica de processos urgentes, ajuizados com a finalidade de reparar injustiça outrora

perpetrada. Na hipótese, já decorrido tempo suficiente para o cumprimento das providências pertinentes – quase dois anos do parecer da Comissão de Anistia –, tem-se como razoável a fixação do prazo de 60 (sessenta) dias para que o Ministro de Estado da Justiça profira decisão final no Processo Administrativo, como entender de direito. Precedente desta Corte.

4. Ordem parcialmente concedida. (grifo nosso).

Excerto do voto da relatora, Ex.^{ma} Sra. Ministra Laurita Vaz:

"Art. 12. Fica criada, no âmbito do Ministério da Justiça, a Comissão de Anistia, com a finalidade de examinar os requerimentos referidos no art. 10 desta Lei e assessorar o respectivo Ministro de Estado em suas decisões."

Desse modo, nada impede que o Ministro da Justiça venha a requerer novos esclarecimentos da própria Comissão de Anistia ou consultar outros órgãos que estejam ao seu alcance para solucionar questões que envolvam aspectos de oportunidade ou certificar-se a respeito de possíveis divergências jurídicas.

Entretanto, em face do princípio da eficiência (art. 37, *caput*, da Constituição Federal), não se pode permitir que a Administração Pública postergue, indefinidamente, a conclusão de procedimento administrativo, sendo necessário resgatar a devida celeridade, característica de processos urgentes ajuizados com a finalidade de reparar injustiças outrora perpetradas.

[...]

Louvo-me, ainda, dos substanciosos fundamentos desenvolvidos pelo Ministro Paulo Medina no voto condutor do MS 7.765/DF que, *mutatis mutandis*, revela-se aplicável à espécie, *litteris*:

"A Administração Pública e, consequentemente, os seus agentes, desimportante o seu nível hierárquico, estão adstritos, por expressa disposição constitucional (art. 37, caput), à observância de determinados princípios, dentre os quais se destaca o princípio da eficiência, inserido no dispositivo em virtude da alteração procedida pela Emenda Constitucional n. 19/98.

A atividade administrativa, dessa forma, deve desenvolver-se no sentido de dar pleno atendimento ou satisfação às necessidades a que visa suprir, em momento oportuno e de forma adequada. Impõe-se aos agentes administrativos, em outras palavras, o cumprimento estrito do "dever de boa administração". No caso em apreço, a eficiência da atividade administrativa implica, necessariamente, criteriosa análise dos processos de autorização de execução de serviços de radiodifusão comunitária conjugada com a observância de prazo razoável para a emanação do ato pretendido (autorização).

A legislação regente da matéria não fixa prazo determinado para a instrução e conclusão do procedimento administrativo em questão, o que não significa, entretanto, possa a autoridade postergar a sua prática indefinidamente, frustrando o exercício do direito.

Salienta Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, 19ª edição, p. 98:

"Quando não houver prazo legal, regulamentar ou regimental para a decisão, deve-se aguardar por um tempo razoável a manifestação da autoridade ou do órgão competente, ultrapassado o qual o silêncio da Administração converte-se em abuso de poder, corrigível pela via judicial adequada, que tanto pode ser ação ordinária, medida cautelar, mandado de injunção ou mandado de segurança. Nesse caso, não cabe ao Poder Judiciário praticar o ato omitido pela Administração, mas, sim, impor sua prática, ou desde logo suprir seus efeitos, para restaurar ou amparar o direito do postulante, violado pelo silêncio administrativo".

Agide o princípio da eficiência, de maneira inquestionável, a demora injustificável tanto do processamento do requerimento quanto da apreciação do pedido pela autoridade coatora, decorridos quase 04 (quatro) anos do protocolo do pleito. A justificar a desídia, despiciendas as alegações da autoridade coatora acerca da existência de outras entidades interessadas no serviço, bem como do excessivo número de processos submetidos a sua apreciação, sendo o prazo decorrido mais do que suficiente ao implemento das providências pertinentes.

Geraldo Ataliba, em seu *República e Constituição*, obra de referência obrigatória, alerta para o papel determinante dos princípios constitucionais como condicionantes da interpretação e eficácia das demais regras e para a gravidade da violação a estes impingida. Apoiado em lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, consignou o autor:

"Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, precisamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico"

(...) "qualquer disposição, qualquer regra jurídica (...) para ser constitucional, necessita estar afinalada com o princípio (...) realizar seu espírito, atender à sua direção estimativa, coincidir com seu sentido axiológico, expressar seu conteúdo. Não se pode entender corretamente uma norma constitucional sem atenção aos princípios consagrados na Constituição e não se pode tolerar uma

lei que fira um princípio adotado na Carta Magna. **Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou constitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.**"

(Ataliba, *República e Constituição*, Malheiros Editores, 1998, p. 34/35).

Patenteado o desrespeito ao princípio da eficiência pela autoridade coatora, sem justificativa plausível, impositivo se torna o pronunciamento judicial favorável à pretensão da impetrante, sendo certo que o "controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em campo de obediência aos princípios da legalidade, da moralidade, **da eficiência**, da imparcialidade, da finalidade e, **em algumas situações, o controle do mérito**" (REsp 169.876/SP, Rel. Min. José Delgado, DJ de 21.09.98, grifos nossos).

Pelos excertos do voto acima transcritos, afere-se com facilidade de que o princípio da eficiência é colocado de forma extremamente apropriada e em total consonância com os demais princípios constitucionais. Resta expressamente consignado que a Administração Pública, por quaisquer de seus níveis hierárquicos, está obrigatoriamente vinculada a determinados princípios, entre eles com destaque o princípio da eficiência, o que impõe aos agentes administrativos o dever da boa administração, cuja obrigação é se desenvolver de modo a dar pleno atendimento ou satisfação às necessidades dos administrados, isto é, em momento oportuno e de forma adequada.

Pelos fundamentos utilizados no voto em exame, resta cabalmente admitido que o Poder Judiciário tem, mais que a possibilidade, o dever de exercer o controle dos atos administrativos, a fim de que o agente público paute sua atuação sempre em observância aos princípios constitucionais, entre os quais se ressalta o da eficiência. Sendo aceito inclusive, em algumas situações, o controle do mérito, resta consignado que não é o caso de atribuir ao Poder Judiciário a prática do ato em substituição à Administração, mas sim impor a sua realização, ou suprir seus efeitos, restaurando o direito do administrado.

Conclusão

Considerando os conceitos acima expostos e a partir da análise da jurisprudência colacionada, é possível concluir que o STJ se vale de uma interpretação sistêmica em relação aos princípios constitucionais; o mesmo também ocorre em relação ao princípio da eficiência numa efetiva utilização do discurso de aplicação, em que todos os aspectos e nuances de cada caso são devidamente analisados, sem se ater exclusivamente ao exame formal das regras, ou seja, sem a adoção de uma visão positivista, em que todos os direitos e até os princípios decorreriam da própria norma, mas sim com a utilização de todos os princípios aplicáveis ao caso concreto e em face da necessidade de harmonização em relação a todo o ordenamento jurídico.

Foi possível verificar a utilização da teoria da adequabilidade normativa, segundo a concepção de Klaus Günter, restando constatado que a norma adequada será definida após a análise das normas *prima facie* aplicáveis ao caso concreto, mas também, e principalmente, após o exame de todas as idiossincrasias de cada caso.

Com meridiana clareza foi possível verificar que o conceito jurídico do princípio da eficiência não é considerado como mera relação de custo e benefício, mas também como o princípio que deve nortear todos os atos da boa administração, como, por exemplo, presteza e efetividade. Não identificamos que as decisões também representem inclinação para uma interpretação de orientação utilitarista ou mesmo a persecução de um objetivo socialmente fixado, senão a clara e inofensível intenção de fazer justiça.

Resta confirmada a constatação de que se mostra totalmente insuficiente a premissa de que somente a legalidade seria o bastante para dentro de si mesma guardar a noção de legitimidade dos atos administrativos, sem que houvesse a necessidade de examiná-los à luz de outros elementos e princípios jurídicos ou não e em face das peculiaridades de cada caso concreto.

Apenas para gizar, reputamos conveniente a advertência feita por Dworkin (2002, p. 36), que a nosso ver é devidamente espelhada nas decisões do STJ:

A distinção pode ruir se interpretarmos um princípio como a expressão de objetivo social (isto é, o objetivo de uma sociedade na qual nenhum homem beneficia-se de seu próprio delito) ou interpretarmos uma política como expressando um princípio (isto é, o princípio de que o objetivo que a contém é meritório) ou, ainda, se adotarmos a tese utilitarista segundo a qual os princípios de justiça são declarações disfarçadas de objetivos (assegurar a maior felicidade para o maior número).

Isso posto, constata-se que o conceito jurídico de eficiência não se prende unicamente ao seu caráter econômico, atingir os fins com a maximização dos recursos disponíveis e menor custo, sempre também deverá estar agregado o atendimento de forma satisfatória dos fins almejados, ou seja, deverá sempre ser considerado o conceito de qualidade e presteza, sem que isso implique, por outro lado, um sacrifício indevido, desnecessário ou desmesurado de interesses particulares.

Como no caso das rádios comunitárias, é notório que à sociedade interessa o devido regramento de tal atividade, até mesmo como medida de segurança, contudo, também resta inegável que à administração não poderá ser dado o direito de prorrogar indefidamente o atendimento da demanda que lhe é requerida, prejudicando injustificadamente interesses particulares.

Como asseveram Cruz e Gibson (2006), o atendimento ao interesse coletivo, por si só, não garante que este foi efetivamente atendido com os atos administrativos concretamente considerados. É inegável que o interesse público está intrinsecamente vinculado ao respeito aos interesses privados, isto é, o atendimento aos interesses públicos está necessária e diretamente ligado à consideração dos interesses individuais, também residindo nesse aspecto a verificação do respeito ao princípio da eficiência.

Por derradeiro, verifica-se, sobretudo, o resgate de valores, a diferenciação qualitativa entre princípios e regras, o que a nosso ver muito se aproxima dos argumentos propostos por Dworkin (2002 ou 2003?), a colocação dos direitos fundamentais como a questão central e o notório estreitamento entre Direito e Ética.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos. O princípio da eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, n. 4, p. 1-7, nov./dez. 2005 e jan. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/revista/REDAE-4-NOVEMBRO-2005-ALEXANDRE%20ARAG%C3O.pdf>>. Acesso em: 13 de mar. 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

BORGES, Alice Gonzalez. Inovações nas licitações e seus aspectos constitucionais. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, n. 11, p. 1-14, set./out./nov. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-ALICE%20GONZALEZ.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2010.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. Discricionariedade administrativa no Estado Constitucional de direito. Curitiba: Juruá, 2001.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. **Revista Notícia do Direito Brasileiro**, Brasília, v. 6, p. 25-44, jul./dez. 1998.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; GIBSON, Sérgio Armanelli. Direito Administrativo em enfoque: as contribuições da Teoria Discursiva de Jürgen Habermas. **Fórum Administrativo – Direito Público**, Belo Horizonte, v. 70, ano 6, p. 8258-8266, dez. 2006. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=38457>. Acesso em : 11 jul. 2007.

CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. A Emenda Constitucional 19/98 e o princípio da eficiência na Administração Pública. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 27, p. 210-217, abr./jul. 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GIBSON, Sérgio Armanelli. A Ciência Jurídica no pós-positivismo: as necessárias repaginações conceituais de segurança jurídica, de regime jurídico-administrativo e do princípio da legalidade administrativa. **Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público**, Belo Horizonte, ano 8, n. 93, p. 60-69, nov. 2008. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=55574>>. Acesso em: 1 jun. 2010.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação**. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MORAES, Alexandre de (Org.). **Os 10 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Atlas, 1999.

SANTOS, Boaventura de Souza. A reinvenção solidária e participativa do Estado. Paper apresentado no Seminário Internacional Sociedade e a Reforma do Estado, São Paulo, 1998. p. 1-17. Disponível em: <http://formacaoredefale.pbworks.com/f/A+Reinven%C3%A7%C3%A3o+Solid%C3%A1ria+e+Participativa+do+Estado.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2010.

A dimensão da verdade na ciência do direito: um diálogo pós-moderno entre a metodologia da pesquisa jurídica e a hermenêutica filosófica

Ciro de Lopes e Barbuda

Advogado da CAIXA na Bahia

Mestrando em Direito Privado e Econômico pela Universidade Federal da Bahia

"O segredo da Verdade é o seguinte: não existem fatos, só existem histórias."

João Ubaldo Ribeiro, "Viva o povo brasileiro"

RESUMO

Este artigo revisitará os principais métodos existentes no pensamento científico moderno, a fim de demonstrar a incompletude deles, que, ao tentarem buscar, a qualquer custo, o ideal de verdade científica, acabam por revelar apenas uma face do fenômeno do conhecimento. Nesse sentido, a hermenêutica filosófica, tal como concebida por Gadamer, por não preconizar um método, mas sim uma ontologia da compreensão, mostra-se como um propósito mais maduro que o das metodologias. Na era de relativismos que a contemporaneidade consagrou, essa visada filosófica sobre o conhecimento científico pode conter, portanto, um projeto mais construtivo para o desenvolvimento da ciência jurídica, reclamada a resolver problemas pós-modernos.

Palavras-chave: Verdade e Direito. Metodologia jurídica. Hermenêutica filosófica. Pós-modernidade.

RESUME

Cet article va revoir les principales méthodes existantes dans la pensée scientifique moderne, pour démontrer leur incomplétude, car, quand ils essaient d'obtenir, à tout prix, l'idéal de la vérité scientifique, se révèlent d'un seul côté du phénomène de la connaissance. En ce sens, l'herméneutique philosophique, telle que conçue par Gadamer, pourquoi ne recommand pas une seule méthode, mais d'une ontologie de la compréhension, se montre comme un objectif plus mûr que celle des méthodologies. À l'ère du relativisme que la contemporainité a consagré, cette vision philosophique sur la connaissance scientifique peut contenir,

par conséquent, une approche plus constructive pour le développement de la science juridique, qui est réclamé pour résoudre problèmes post-modernes.

Mots-clés: La vérité et du droit. Méthodologie juridique. Herméneutique philosophique. Post-modernité.

Introdução

O presente artigo pretende questionar a importância epistemológica da verdade para o conhecimento científico em geral e, particularmente, para o saber jurídico, à luz da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer.

Preambularmente, porém, se passarão em revista os principais métodos científicos que, ao longo da história, propugnaram pela busca da verdade na ciência.

Em seguida, serão expostos os principais fundamentos da hermenêutica gadameriana, que, com base nas experiências da arte, da história e das ciências do espírito, relativiza o "meio" da metodologia científica para se alcançar o "fim" da verdade científica.

À guisa de conclusão, serão debatidas, com fulcro nas observações realizadas ao longo do trabalho, as perspectivas para a metodologia da ciência jurídica no vigente contexto de transição para a pós-modernidade.

1 As disputas dos métodos científicos pela verdade

Neste tópico, serão vistas, em brevíssimas linhas, as principais metodologias do pensamento científico ocidental. Ressalve-se que, como o conceito ainda em voga de "ciência" somente surgiu a partir do cartesianismo – imiscuído no contexto de Renascimento Científico e Comercial que substituiu o modo de produção feudal pelo capitalista e a medievalidade pela modernidade –, somente serão explorados, no presente estudo, os métodos científicos daí decorrentes.

Por isso, foram propositadamente omitidos os pensadores da Antiguidade e do Classicismo greco-romano, não porque as suas obras sejam irrelevantes, mas sim porque tal empreitada, além de desbordar os intuições epistemológicas deste artigo, exigiria um esforço filosófico e uma pesquisa acadêmica muito mais abrangentes do que aqueles que deram suporte a este trabalho.

Assim, as metodologias ora descortinadas partem, essencialmente, da ciência moderna, chegando – quem sabe – a um novo paradigma científico que alguns têm apelidado de pós-moderno.

Alerte-se, além disso, que, como serão revistas numerosas obras de vários autores, o que, por si só, exigiria uma monografia específica para cada tema, certamente a presente análise será rasteira e perfunctória, consagrando apenas as ideias centrais de cada epistemólogo.

Porém, como este artigo centra-se no “antimétodo” gadameriano, que será objeto da terceira seção, a abordagem superficial de tantos pensadores não trará prejuízo à tese ora defendida, uma vez que a explicitação das metodologias científicas existentes apenas serve de ilustração para a exposição das teses de Gadamer.

Como se verá, o traço comum a todos esses pensadores é a defesa de um método para a consecução da verdade científica.

1.1 O método racional-dedutivo de René Descartes

O raciocínio metodológico cartesiano baseia-se no *ceticismo* e na *dedução*. É céptico porque tem por premissa a dúvida frente a qualquer objeto científico, e dedutivo porque infere as leis mais gerais a partir dos fenômenos mais específicos observados, dividindo o ente mais complexo em partes mais simples, a fim de as conhecer em particular e, ao final, recompor o todo pela soma das partes.

Descartes (2008, p. 254) estabeleceu quatro preceitos para a obtenção da verdade na pesquisa científica:

O primeiro era o de jamais aceitar algo como verdadeiro sem saber com evidência que seja tal; isto é, evitar com cuidado a precipitação e a prevenção, e nada mais incluir em meus juízos além do que se apresente tão clara e tão distintamente ao meu espírito que eu não tenha nenhuma ocasião de pô-lo em dúvida.

O segundo, o de dividir cada dificuldade examinada em tantas partes quantas puder e for necessário para melhor resolvê-las. O terceiro, conduzir pela ordem os meus pensamentos, começando pelos objetos mais simples e mais fáceis de se conhecer, para subir aos poucos, como por degraus, até o conhecimento dos mais compostos e supondo até haver certa ordem entre os que não se precedem naturalmente uns aos outros.

E o último, fazer em toda parte enumerações tão completas e revisões tão gerais, que me assegure [sic] de nada omitir.

O grande mérito da epistemologia cartesiana, e pelo qual lhe é atribuída a paternidade da ciéncia moderna, é o deslocamento do eixo de explicação universal, que sai da teologia cristã para o primado da razão. O *cogito ergo sum* (“penso, logo existo”) cartesiano (DESCARTES, 2008, p.36) representa verdadeira ruptura

com a milenar ascensão da Igreja Católica Apostólica Romana sobre o conhecimento humano e a proposta de um novo caminho, pautado pela racionalidade.

Nada obstante, Descartes (2008, p. 106) acaba por contradizer a sua própria teoria, aceitando aprioristicamente e excluindo do campo de incidência da dúvida a existência divina, que é encarada como pressuposto da existência e da verdade de todas as outras coisas,

[...] pois é da natureza do infinito que eu que sou finito e limitado não o possa compreender; e basta que eu entenda bem isto e julgue que todas as coisas que concebo claramente e nas quais sei haver alguma perfeição, e, talvez, também uma infinidade de outras que ignoro, estão em Deus formal ou eminentemente, para que a idéia que dele tenho seja a mais verdadeira, a mais clara e a mais distinta de todas as que estão no meu espírito.

Como Descartes não põe em dúvida a existência de Deus, é possível imaginar que o método cartesiano pode conduzir o pesquisador à construção de deuses, à medida que, em sua pesquisa, ele deixe de enfrentar determinados pontos, por considerá-los verdadeiros *de per si*, isentos de dúvida e, portanto, impassíveis de negação. Tais questões, destarte, podem ser “endeusadas” pelo cientista que se valha da metodologia cartesiana, ao excluí-las de sua investigação científica, por considerar que a adesão do auditório a elas configura-se prévia e incontrovertidamente.

Além disso, outra interpretação possível para a criação de “deuses” na metodologia científica refere-se à própria supervalorização da verdade. Entendida como fundamento de si mesma, assim como a existência de Deus, a verdade acaba por converter-se na bússola obsessora dos cientistas, que se deixam de pôr a simples pergunta: “e existe uma só verdade?”

Tal paradoxo no pensamento do filósofo francês é, contudo, comprehensível, devido ao conturbado momento histórico em que se insere a sua obra. Em pleno século XVII, caso o seu *Discurso* fosse de encontro aos dogmas religiosos vigentes, a Inquisição não somente o condenaria ao *Índex* como, provavelmente, executaria o seu autor. Assim, esse deslize teórico não macula o grande contributo prestado pelo método cartesiano ao desenvolvimento da ciência, movida pela dúvida e pela razão.

1.2 O método empirista de Francis Bacon

Assim como os filósofos também britânicos John Locke, David Hume e George Berkeley, Francis Bacon é precursor do empirismo

na filosofia da ciéncia. A verdade, segundo essa doutrina, é acessível através da experiéncia.

Por conseguinte, em contraposição a Descartes, Bacon postula um método indutivo. Concebido no âmbito das ciéncias naturais, o raciocínio indutivo propugna a experimentação dos fenômenos naturais, a fim de obter suas causas específicas a partir das causas mais gerais, presentes na natureza, percorrendo, portanto, o caminho inverso do raciocínio dedutivo (que vai das leis mais específicas para as mais gerais).

Segundo o método indutivo baconiano, apóis a pormenorização do fato sob estudo, deve-se enquadrá-lo em três espécies de modelo conformador, que Bacon denomina de *tábuas*. A primeira é a *tábua de esséncia e de preséncia*, em que a forma sob exame deve ser enquadrada dentre as instâncias em que também se faz presente; a segunda é a *tábua de desvio, declinação ou auséncia*, na qual se catalogam as instâncias em que a forma está ausente; e a última é a *tábua de graus ou de comparação*, em que se verificam as variações da preséncia da forma (BACON, 1997, p. 111-120).

O filósofo inglês identifica, ainda, quatro tipos de noções falsas que “bloqueiam a mente humana”, consistindo em obstáculos para a finalidade científica, os quais ele denomina de *ídolos*. Nesse sentido, haveria ídolos da tribo (inerentes à própria natureza individual do homem ou à espécie humana), ídolos da caverna (fundados na “caverna platônica” que cada indivíduo constrói para ser seu autouniverso), ídolos do foro (provenientes do comércio e do consórcio entre os homens, é dizer, dos erros de comunicação que emergem na convivéncia social) e ídolos do teatro (oriundos das doutrinas filosóficas e das regras viciosas da demonstração). Tais óbices somente seriam neutralizados, na ótica baconiana, através da indução (BACON, 1997, p. 40-41).

Todavia, tais condicionantes individuais e sociais, ao contrário do que defende Bacon, não podem nem devem ser afastadas da pesquisa científica, que, em vez de se desnaturar por conta delas, justamente por isso se enriquece.

1.3 O método transcendental de Immanuel Kant

Kant realizou, no plano da epistemologia científica, uma síntese entre o racionalismo dedutivo de Descartes e o empirismo indutivo de Bacon. Para representar esses dois eixos metodológicos, o filósofo de Königsberg criou dois sistemas, o da *razão pura*, edificado sob a ideia de liberdade, em que se situam os conceitos *a priori*, formas ideais transcendentalis pelas quais a razão especulativa

assimila os objetos do mundo, independentemente da experiência; e o da *razão prática*, baseado na ideia de causalidade, que se ocupa dos princípios da determinação da vontade, denominados princípios práticos, os quais, se subjetivos, convertem-se em máximas (orientadoras da vontade individual) e, se objetivos, em leis práticas (orientadoras da vontade geral) (KANT, 2008, p. 27).

Pressupondo que a felicidade é o objetivo orientador da vontade de todos os seres racionais, Kant infere que as máximas individuais devem tender a tornar-se leis práticas universais, obedecendo à *lei fundamental da razão prática*, que se resume no seguinte imperativo categórico e transcendental: “age de tal forma que a máxima de tua vontade possa valer sempre como princípio de uma legislação universal” (KANT, 2008, p. 40).

Ademais, ao debruçar-se sobre o juízo da razão prática, acerca da definição de bem e mal, que é determinada pela lei moral, o filósofo assevera:

Os conceitos do bem e do mal [*Gut und Böse*] determinam primeiramente um objeto [*Objekt*] para a vontade. Mas, em si mesmos, esses conceitos estão submetidos a uma regra prática da razão, que, como razão pura, determina a vontade *a priori* em relação ao seu objeto [*Gegenstand*]. Por conseguinte, se uma ação que nos é possível na sensibilidade constitui ou não um caso submetido a essa regra, isso depende da faculdade de julgar prática, por meio da qual o que foi enunciado na regra universalmente (*in abstracto*) é aplicado a uma ação *in concreto* (KANT, 2008, p. 77, grifos do autor).

Nessa toada, as ações humanas, cuja valoração positiva ou negativa decorre de juízo eminentemente prático, devem orientar-se moralmente também para a universalidade. A metodologia da razão pura prática consiste, destarte, no processo de adequação da vontade humana à lei moral, “para tornar *subjetivamente* prática a razão *objetivamente* prática” (KANT, 2008, p. 161, grifo do autor).

1.4 O método fenomenológico de Edmund Husserl

A fenomenologia é conceituada por Husserl, um de seus precursores, como “ciência da essência do conhecimento” ou “doutrina universal das essências” (HUSSERL, 1990, p. 20). Nesse particular, é possível detectar a aproximação entre Kant e Husserl, no que tange à elaboração de uma crítica da razão, que em ambos opera uma tarefa transcendental, de conhecimento do fenômeno, embora sob perspectivas diferentes.

Heidegger (2008, p. 65) entende, por seu turno, que

O termo “fenomenologia” nem evoca o objeto de suas pesquisas nem caracteriza o seu conteúdo quídidativo. A palavra se refere exclusivamente ao modo *como* se demonstra e se trata *o que* nesta ciência deve ser tratado. Ciência “dos” fenômenos significa: apreender os objetos *de tal maneira* que se deve tratar de tudo que está em discussão, numa demonstração e procedimento diretos (grifos do autor).

A fenomenologia, destarte, afigura-se como um método. O método fenomenológico nada mais é que um “caminho” para a “volta às coisas mesmas”, para a retomada da consciência, quando os objetos desvelam-se em sua íntima e verdadeira constituição, o que se traduz na expressão “redução fenomenológica”:

Diante da “crise da razão gnosiológica” do seu tempo, que vinha solapando qualquer pretensão de se dar seguimento a uma ciência da “constituição” do conhecimento puro (*a priori*), Husserl restaura a *atitude transcendental* como “retorno às coisas mesmas”, provocando, assim, profundas mudanças no horizonte teórico do fazer filosófico do século XX. Reclamando, renovadamente, uma nova tarefa para a Filosofia do Sujeito, precisamente aquela capaz de superar o amadorismo empírico ou o transcendentalismo ingênuo (ou realista) das épocas anteriores, Husserl projeta para a Filosofia a possibilidade de desfazer-se dos “tormentos da obscuridade”, e isto através do **método fenomenológico** (ou **redução fenomenológica**) levado às suas extremas consequências, a saber: *o retorno à consciência* (GALEFFI, 2000, p. 19, grifos do autor).

A filosofia husseriana, como já dito, tem uma meta fenomenológica, que não deixa de ser, também, uma meta ontológica, por visar à descoberta da essência do ser. Tal intento implica um mergulho “no que se apresenta”, dada a origem grega do termo *phainomenon*, e o método pelo qual se realiza tal excursão é a redução fenomenológica, entendida como um retorno à consciência. Por conseguinte, a apreensão do ente “cognoscendo” também importa na apreensão do próprio “ser no mundo” do sujeito; todo conhecimento é, logo, autoconhecimento.

Muito significativa é a concepção de “verdade” em Husserl (2006, p. 154), que a equipara a uma ficção fenomenal que alimenta o método fenomenológico:

Assim, para quem gosta de expressões paradoxais e entende a plurivocidade do sentido, pode-se realmente

dizer, com estrita verdade, que a “*ficção*” constitui o elemento vital da fenomenologia, bem como de todas as ciências eidéticas, que a ficção é a fonte da qual o conhecimento das “verdades eternas” tira seu alimento (grifos do autor).

Isso posto, conclui-se que também a fenomenologia alimenta o ideal de verdade, entretanto, já não se trata de uma verdade fechada e dogmática, mas uma verdade ficcional, porquanto reduzida fenomenologicamente no “ser em si”, apreendido simultaneamente ao “ser no mundo” humano, temporalmente limitado.

1.5 O método ontológico de Martin Heidegger

A preocupação central da filosofia heideggeriana é o problema do sentido do ser. A indagação dessa questão dá ensejo à especulação metafísica, pois a definição do ser tem como consectário lógico a definição do não ser, é dizer, a definição do nada.

O nada, questão metafísica primordial, manifesta-se, de acordo com Heidegger, pela *angústia*. “‘Estamos suspensos’ na angústia. Melhor dito: a angústia nos suspende porque ela põe em fuga o ente em sua totalidade” (HEIDEGGER, 2005, p. 237). A angústia heideggeriana é o sentimento humano que decorre da nadificação do ente humano, cuja vocação é para o ser, mas que, ao imergir no nada, perde o sentido de sua existência.

Por outro lado, é somente através do nadificar do nada que o ser humano pode chegar a encontrar o seu sentido existencial. Afinal, a nadificação é um processo de autoconhecimento – posto que o homem toma consciência de sua condição de nada – que somente se supera pela negação desse “nada”, que então reconduz o sentido do ser em direção a “algo”. Esse “algo” Heidegger denomina de *cuidado*. Não brotando o cuidado a partir da angústia, ao homem só restaria a permanência da negação de sua existência pelo caminho do suicídio (HEIDEGGER, 2005, p. 246 *et seq.*).

Conceito fundamental para a ontologia heideggeriana é o *Dasein*, normalmente traduzido para o português como “ser-aí” ou “pre-sença”:

[...] Elaborar a questão do ser significa, portanto, tornar transparente um ente – o que questiona – em seu ser. Como modo de ser de um ente, o questionamento dessa questão se acha essencialmente determinado pelo que nela se questiona – pelo ser. Esse que cada um de nós somos e que, entre outras, possui em seu ser a possibilidade de questionar, nós o designamos com o termo pre-sença (HEIDEGGER, 2008, p. 33).

A partir da pre-sença, modo de ser da existéncia humana, caracterizado pela autoconsciéncia da sua limitação temporal (temporalidade), cingida pela vida humana, é que se define a abordagem filosófica de Heidegger. A pre-sença sempre avalia o ser em função do tempo em que esse ser se desenvolve. E, ao perquirir sobre o ser das coisas, na esteira fenomenológica, o *Dasein* também se envolve com a questão do sentido de seu próprio ser: “*A compreensão do ser é em si mesma uma determinação do ser da pre-sença*” (HEIDEGGER, 2008, p. 38, grifos do autor).

O método cognoscitivo heideggeriano consiste, portanto, na *analítica da pre-sença*, da qual se origina a ontologia fundamental de todas as outras coisas (HEIDEGGERR, 2008, p. 40). Logo, para Heidegger, o conhecimento dos objetos implica, antes de qualquer coisa, o conhecimento dos sujeitos, cujo modo de ser autoconsciente de sua finitude influencia todo ente sobre o qual se debruce o *Dasein*, liberando o horizonte do tempo para a transcendéncia fenomenal da questão do ser.

A caracterização desse método é, ainda, explicitada pelo filósofo alemão:

‘O princípio de todos os princípios contém a tese do primado do método. Este princípio decide qual a única questão que pode satisfazer ao método. O princípio de todos os princípios’ exige como questão da Filosofia a subjetividade absoluta. A redução transcendental a esta subjetividade dá e garante a possibilidade de fundar a subjetividade em sua estrutura e consisténcia, isto é, em sua constituição (HEIDEGGER, 2005, p. 274).

Finalmente, é de se notar que o método de Heidegger tem como pretensão a busca da esséncia da verdade:

Entretanto, o que o bom senso, antecipadamente justificado em seu âmbito próprio, pensa da filosofia, não atinge a esséncia dela. Esta somente se deixa determinar a partir da relação com a verdade originária do ente enquanto tal e em sua totalidade. Mas pelo fato de a plena esséncia da filosofia incluir sua não-esséncia e imperar originariamente sob a forma da dissimulação, a filosofia, enquanto põe a questão desta verdade, é ambivalente em si mesma. Seu pensamento é a tranquilidade da mansidão que não se nega ao velamento do ente em sua totalidade. Mas seu pensamento é também, ao mesmo tempo, a decisão enérgica do rigor, que não rompe o velamento, mas que impelle sua esséncia intacta para dentro da abertura da compreensão, e desta maneira, para dentro de sua própria verdade (HEIDEGGER, 2005, p. 342).

Nesse sentido, a *essência da verdade*, em Heidegger, é concebida ontológico-fenomenologicamente e, como tal, transmuta-se na questão da *verdade da essência* (HEIDEGGER, 2005, p. 343).

1.6 O método perceptivo-corporal de Maurice Merleau-Ponty

Para Merleau-Ponty (2006, p. 57), a percepção é o método pelo qual o homem conhece a realidade. A percepção, que se dá através do corpo, desperta a atenção, que, por sua vez, desenvolve e enriquece a experiência cognoscenda:

A primeira operação da atenção é portanto criar-se um campo, perceptivo ou mental, que se possa 'dominar' (*Ueberschauen*), em que movimentos do órgão explorador, em que evoluções do pensamento sejam possíveis, sem que a consciência perca na proporção daquilo que adquire, e perca-se a si mesma nas transformações que provoca (grifos do autor).

Em face do exposto, nota-se que a atenção procede a um corte sensorial na percepção que o sujeito tem do mundo, para poder, então, compreender essa parcela da realidade percebida pelo corpo. O significado das coisas decorre, de acordo com a teoria pontiana, das vivências sensitivas do ser. Nesse sentido, o conceito fenomenológico abstrato de *Dasein*, da lavra heideggeriana, concretiza-se, ou melhor, *corporifica*-se na obra de Merleau-Ponty, decorrendo a verdade da percepção sensorial subjetiva.

O método pontiano, portanto, afigura-se como uma subdivisão da ontologia heideggeriana, haja vista se tratar de recorte da analítica da pre-sença, onde ganha vulto o corpo como vetor de apreensão do ser. Entre Heidegger e Merleau-Ponty, destarte, altera-se, apenas, o *modus operandi* de desvelamento do ser: no primeiro, pela ontologia do *Dasein*; no último, pela percepção do corpo. Em ambos, porém, a questão do ser, que alicerça todo tipo de conhecimento, converte-se na questão do próprio ser, que "conhece" através do autoconhecimento: "só apreendemos a unidade de nosso corpo na unidade da coisa" (MERLEAU-PONTY, 2006, p. 431).

1.7 O método progressivo-regressivo de Jean-Paul Sartre

Sartre foi um dos precursores do existencialismo e, devido ao seu engajamento político-literário de índole marxista, propõe um método que visa à obtenção de resultados positivos na mudança das estruturas sociais, haja vista que, "condenado à liberdade", só há duas opções para o homem: mudar a sociedade que o opribe ou ser esmagado por ela.

Esse método é denominado progressivo-regressivo, por preconizar um vaivém cognitivo que acumula pequenos ganhos e, ao retornar para avaliação do resultado, pode modificar o conjunto, preparando, em seguida, uma nova progressão, seguida de ulterior regressão para nova crítica, e assim sucessivamente:

O objeto do existencialismo – pela limitação dos marxistas – é o homem singular no campo social, em sua classe no meio dos objetos coletivos e outros homens singulares, é o indivíduo alienado, reificado, mistificado, tal como o fizeram a divisão do trabalho e a exploração, mas lutando contra a alienação por meio de instrumentos falsificados e, a despeito de tudo, ganhando pacientemente terreno. [...] Nossa método é heurístico, ele nos ensina coisas novas porque é regressivo e progressivo ao mesmo tempo. Seu primeiro cuidado é, como o do marxista, recolocar o homem no seu quadro. [...] Sabe-se que o marxista contemporâneo pára aqui: ele pretende descobrir o objeto no processo histórico e o processo histórico no objeto. Na realidade, ele substitui um e outro por um conjunto de considerações abstratas que se referem imediatamente aos princípios. O método existencialista, ao contrário, quer permanecer *heurístico*. Não terá outro meio senão o “vaivém”: determinará progressivamente a biografia (por exemplo), aprofundando a época, e a época, aprofundando a biografia. Longe de procurar integrar logo uma à outra, manté-las-á separadas até que o envolvimento recíproco se faça por si mesmo e ponha um termo provisório na pesquisa (SARTRE, 1987, p. 170-171, grifo do autor).

As ideias de reificação e de alienação são profundamente incomodas ao existencialismo sartreano, que sempre colima a *atuação* do sujeito. Assim, sempre que premido por uma situação limite, deve o homem buscar anular a sua nadificação – na mesma esteira heideggeriana – pela adoção de condutas positivas, capazes de superar a “náusea” niilista existencial.

1.8 O método sociológico de Émile Durkheim

Durkheim, considerado “pai” da sociologia moderna, identificou como objeto dessa ciéncia, então neonata, o *fato social*, a ser revelado pelo proposto método sociológico. Para a configuração de um fato como social, por sua vez, seriam necessárias três características: exterioridade (não se situa no âmbito das consciências individuais), coercitividade (ação exercida sobre aquelas consciências) e independência (em relação à conduta individual), vislumbráveis na definição lograda pelo sociólogo francês:

Fato social é toda a maneira de fazer, fixada ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior; ou então, que é geral no âmbito de uma dada sociedade tendo, ao mesmo tempo, uma existência própria, independente das suas manifestações individuais (DURKHEIM, 2008, p. 40, grifos do autor).

A novidade (embutida no referencial positivista de isolamento do objeto científico) trazida por Durkheim para o tratamento do fato social cinge-se à sua *consideração como coisa*. Com tal formulação, o pensador visa a constituir o fato social como ponto de partida da ciência sociológica, estremendo-o, sistematicamente, de pré-noções e condicionantes individuais, de índole psicosomática, que assolavam o domínio da pesquisa social do século XIX, bem como de divagações filosóficas que não fossem exclusivamente sociológicas (DURKHEIM, 2008, p. 147-150). O método durkheimiano, portanto, objetiva superar a dimensão subjetiva do fato social, encarando-o sob uma perspectiva objetiva: “*A causa determinante de um fato social deve ser procurada entre os fatos sociais antecedentes e não nos estados da consciência individual*” (DURKHEIM, 2008, p. 120, grifos do autor).

Importante no método sociológico é, ainda, a distinção entre o normal e o patológico num contexto social, que obedece, segundo Durkheim, aos seguintes critérios:

- 1.º *Um fato social é normal para um tipo social determinado considerando numa fase determinada do seu desenvolvimento, quando se produz na média das sociedades dessa espécie, consideradas na fase correspondente da sua evolução.*
- 2.º *Os resultados do método precedente podem verificar-se mostrando que a generalidade do fenômeno está ligada às condições gerais da vida coletiva do tipo social considerado.*
- 3.º *Esta verificação é necessária quando este fato diz respeito a uma espécie social que ainda não completou a sua evolução integral* (DURKHEIM, 2008, p. 81, grifos do autor).

Apesar de ter tido importância histórica incontrastável para a consolidação da ciência sociológica, o método durkheimiano não mais atende às expectativas da sociologia. Hodernamente, é consabida a impossibilidade de neutralidade axiológica do pesquisador social, que, ao mergulhar numa dada sociedade para conhecer seus fenômenos, leva consigo toda uma carga subjetiva de preconcepções que é indissociável do resultado de seu estudo. Outrossim, a construção de protótipos de normalidade também é questionável, uma vez que o parâmetro de aferição do anormal será, sempre, subjetivo e, como tal, relativo.

1.9 O método interpretativo de Emilio Betti

O jurista, teólogo e hermeneuta italiano Emilio Betti propôs-se a reduzir o fenômeno hermenêutico a uma metodologia interpretativa. A interpretação não se aplicaria aos fenômenos naturais, regidos pela lei de causalidade, mas sim aos fenômenos culturais, especialmente no campo do Direito e, neste, no âmbito do Direito Civil, pois

En ningún otro sector, ciertamente, resulta tan intenso el intercambio de relaciones entre sujetos de Derecho, situados en el plano de recíproca igualdad. En ningún otro se advierte igualmente la exigencia imperiosa de encontrar los criterios necesarios para una justa composición de los intereses en conflicto, tanto a través de la recta comprensión del precepto legal o consuetudinario relacionado con la materia, como a través del recto entendimiento de las variadísimas explicaciones de la autonomía individual (BETTI, 1975, p. 31).

Para Betti, a aplicação dos cânones hermenêuticos conferiria critérios objetivos para a resolução das antinomias jurídicas, revelando-se como o método *objetivo* para a obtenção da verdade jurídica. Segundo o autor, alguns cânones ligar-se-iam ao objeto e outros, ao sujeito da interpretação.

Dentre os primeiros, Betti enuncia: a) cânone da *autonomia hermenêutica* ou da imanência do critério hermenêutico, que pontifica que o pensamento por baixo da regra jurídica deve prevalecer ao texto normativo; b) cânone da *totalidade e coerência* da consideração hermenêutica, segundo o qual as partes do discurso correlacionam-se, apreendendo-se o todo por meio das partes singulares e o valor singular das partes em virtude da unidade do todo (BETTI, 1975, p. 31-36).

Dentre os cânones que se referem ao intérprete, por seu turno, referem-se: a) cânone da *atualidade*, pelo qual a interpretação sempre deve ser atualizadora, transpondo-se o círculo da vida espiritual do sujeito à experiência interpretativa; b) cânone da *adequação do entender*, ou da correspondência ou consonância hermenêutica, conforme o qual o intérprete deve esforçar-se para colocar a própria atualidade em harmonia com a atualidade do objeto, para que “um e outro vibrem em perfeito uníssono” (BETTI, 1975, p. 37-41).

Igualmente, Betti (1975, p. 54) realiza uma tipologia das interpretações, dividindo-as em *recognitiva* (centrada na reconstituição, como na filologia e na história), *representativa* (centrada na representação, como na tradução, no teatro e na música) e *normativa* (centrada na regulação de condutas visando à

obtenção da máxima de decisão, como no direito, na teologia e na psicologia). Desse modo, cada espécie de interpretação operar-se-ia de maneira diferente, de acordo com a função dos respectivos objetos interpretados.

Além disso, Betti almeja afastar do processo interpretativo alguns obstáculos, tal como o fizeram Descartes, Bacon, Durkheim e outros, conforme relata Bleicher (1992, p. 55):

Betti exige a remoção de uma série de obstáculos a fim de que o “outro” possa ser recebido no espírito certo. Indicando as duas principais barreiras para corrigir a compreensão, deveria tornar-se evidente a razão de Betti poder atribuir um valor educativo à compreensão hermenêutica, a saber, o desenvolvimento de uma atitude de tolerância, que é auxiliado pelo reconhecimento dos nossos próprios preconceitos e imperfeições, que só se revelam na tentativa de compreender um outro e que têm de ser vencidos antes de poder ter lugar a compreensão positiva. Os “ídolos” de Bacon encontram-se entre estes obstáculos que são basicamente os seguintes: (a) o particularismo, consciente ou inconsciente, de ideias e posições, que divergem das mais comuns e, em particular, das sustentadas pelo observador; o que leva (b) à sua difamação e distorção; (c) a atitude de “hipocrisia” que vê as questões em termos de preto e branco e não se apercebe da dialética entre bem e mal; (d) o conformismo em relação às concepções dominantes e a aceitação farisaica das “opiniões convencionais” no julgamento dos outros; (e) a falta de interesse noutras culturas, bem como a tacanhez ou preguiça intelectual e moral – que se manifesta na crescente tendência de se furtar a discussões teóricas sinceras e a uma troca de opiniões abertas.

É nítida a proposta metodológica de Betti, que, contudo, revela-se falha à medida que se propõe subsumir fórmulas metódicas ao trabalho interpretativo, que não pode ser limitado à aplicação de cânones preestabelecidos, ainda mais se tal processo for orientado referencial ultrapassado de elogio da neutralidade axiológica e “caça às pré-noções”.

1.10 O método crítico de Jürgen Habermas

Habermas (2003, p. 23) debruça-se sobre o conflito, residente na linguagem discursiva, existente entre a faticidade e a validade, que ele sinteticamente define como “a tensão entre princípios normativistas, que correm o risco de perder o contato com a realidade social, e princípios objetivistas, que deixam fora de foco qualquer aspecto normativo”.

O autor alemão descrê da razão prática, herança da sociedade industrial moderna, investindo na concepção de uma razão comunicativa. A diferença entre as duas formas de racionalidade não é, segundo Habermas (2003, p. 19-20), apenas uma “troca de etiqueta”, pois, diferentemente da razão prática, a racionalidade comunicativa não se constitui como uma “fonte de normas do agir”.

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

Nesse sentido, o intuito do método habermasiano é reconstrutivo da sociedade. Sendo a linguagem o *medium* universal de incorporação da razão (HABERMAS, 2003, p. 25), e o direito o *medium* entre faticidade e validade, a Teoria do Agir Comunicativo propõe, justamente, unir o potencial ilocucionário da linguagem ao do direito, amplificando o princípio democrático através da ação comunicativa, concebida segundo uma racionalidade crítica orientada para o consenso racional. Aí reside uma das críticas imputáveis ao método crítico-comunicativo de Habermas. Se o consenso valida o discurso, independentemente dos critérios que conduziram a esse consenso, o qual é encarado como pré-requisito da legitimidade do conteúdo discursivo, poder-se-ia objetar que, para a Teoria do Agir Comunicativo, quaisquer arbitrariedades seriam legítimas perante a ordem jurídica – desde que consensuais.

O discípulo dissidente de Adorno expõe, na formulação de sua teoria da sociedade, os três pilares sobre os quais se erige a prática comunicativa: a reprodução cultural, a integração social e a socialização, não deixando de considerar esses três elementos – cultura, sociedade e pessoa – como entes que se pressupõem reciprocamente (HABERMAS, 2003, p. 111-112). Portanto, ao encarar esses três elementos em relação de interdependência, o autor sob comento, mais uma vez, evidencia a necessidade de ações comunicativas, pautadas racionalmente segundo um referencial consensual de cooperação social:

A right, after all, is neither a gun nor a one-man show. It is a relationship and a social practice, and in both those essential aspects it is an expression of connectedness. Rights are publics propositions, involving obligations to

others as well as entitlements against them. In appearance, at least, they are a form of social cooperation, no doubt, but still, in the final analysis, cooperation (MICHELMANN, 1986 *apud* HABERMAS, 2003, p. 121).

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

1.11 O método revolucionário de Thomas Kuhn

Thomas Samuel Kuhn foi um físico estadunidense que se notabilizou por seus estudos sobre história e filosofia da ciência. Para ele, o verdadeiro desenvolvimento da ciência só ocorre através de revoluções, que surgem como resposta a contextos de crise científica:

A emergência de novas teorias é geralmente precedida por um período de insegurança profissional pronunciada, pois exige a destruição em larga escala de paradigmas e grandes alterações nos problemas e técnicas da ciência normal. Como seria de esperar, essa insegurança é gerada pelo fracasso constante dos quebra-cabeças da ciência normal em produzir os resultados esperados. O fracasso das regras existentes é o prelúdio para uma busca de novas regras (KUHN, 2006, p. 95).

Kuhn reintroduz o conceito clássico de paradigma, que em Platão referia-se à ideia de modelo e passa a ser utilizado no sentido de uma conjuntura aceita pela comunidade científica, num determinado período, a qual serve de plataforma para a derivação das demais teorias científicas. Desse modo, após a modificação de um paradigma, a concepção de mundo dos cientistas também se altera.

A necessidade de crises para a ruptura paradigmática tem sua razão de ser, já que, enquanto os conhecimentos dominados revelam-se suficientes e corretos, não se exige do cientista o desafio de buscar soluções em outros horizontes, consoante explicado pelo epistemólogo:

Creio que é sobretudo nos períodos de crises reconhecidas que os cientistas se voltam para a análise filosófica como um meio para resolver as charadas de sua área de estudos. Em geral os cientistas não precisam ou mesmo desejam ser filosóficos. Na verdade, a ciência normal usualmente mantém a filosofia criadora ao alcance da mão e provavelmente faz isso por boas razões. Na medida em que o trabalho de pesquisa normal pode ser conduzido utilizando-se do paradigma como modelo, as regras e pressupostos não precisam ser explicados (KUHN, 2006, p. 119).

Ante o exposto, percebe-se que a faléncia do paradigma científico precedente é sempre positiva, se encarada sob a perspectiva do progresso científico, pois alavanca a emergência de um novo paradigma. Kuhn (2006, p. 103) exemplifica essa tese com o surgimento das teorias de Copérnico, Newton e Einstein, que encerram longos períodos de fracassos na atividade normal de resolução dos problemas científicos da época, trazendo à tona um novo sistema de ideais sobre o qual se erigem as teorias posteriores.

A grande contribuição de Kuhn, portanto, prende-se, justamente, à negação da ideia, até então unânime entre os cientistas, de que o progresso científico dá-se de maneira gradual e paulatina, no decorrer do tempo, de acordo com a evolução natural da ciência. O verdadeiro progresso da ciência sempre decorre de uma ruptura, que dá uma guinada no curso da ciência. A essa visão de mundo em que se fundamenta a ciência (paradigma) há de contrapor-se, em um determinado momento, uma nova visão, que aponta e supera as contradições e falhas do modelo anterior. Essa nova visão seria desenvolvida no bojo de uma ciência revolucionária, justamente por não se limitar a discutir aspectos científicos pontuais (o que sucede com as ciências normais, assentadas num paradigma), mas sim propor um novo paradigma (o que sucede com as ciências extraordinárias), reconstruindo todo o sistema das ciências em função dele.

Destarte, a verdade científica, nos termos da metodologia kuhniana, volta-se sempre para o futuro, momento em que o próximo paradigma substituirá o atual, que se cria verdadeiro, fazendo a ciência dar, então, mais um passo – que não necessariamente retoma o ponto onde se havia parado, mas pode iniciar uma nova trajetória.

1.12 O método racional-crítico de Karl Popper

O método de Popper é chamado de *racionalismo crítico*, porque, assim como o racionalismo cartesiano, funda todo o conhecimento na

dúvida. Na epistemologia popperiana, todavia, tal característica denomina-se *falseabilidade* ou *refutabilidade*, que consiste na formulação hipotética de teorias que contrariem a teoria sob estudo.

Assim como Sócrates (“Só sei que nada sei”), Popper (2004, p. 13-14) acredita que o universo de sua ignorância é muito mais abrangente que o de seu conhecimento e, ainda mais do que isso, que, tal como “não há nenhum problema sem conhecimento [...], não há nenhuma problema sem ignorância”.

Como “a tensão entre conhecimento e ignorância conduz a problemas e a soluções experimentais” (POPPER, 2004, p. 16), o desconhecimento humano jamais arrefece, tendo em vista que todas as respostas dadas pela ciência são, eminentemente, passageiras. Desse modo, a noção popperiana de verdade não é perene, absoluta e consensual, mas, ao contrário, é temporária, relativa e revolucionária: “O que criticamos é, precisamente, a pretensão de que uma teoria é verdadeira. O que tentamos demonstrar como crítica de uma teoria é, claramente, que essa pretensão é infundada, que ela é falsa” (POPPER, 2004, p. 27).

O que o filósofo intentou defender, aproximando-se de Kuhn nesse aspecto, é que jamais haverá uma teoria irrefutável, que se possa arrogar o *status* de verdadeira. A única certeza científica que se pode ter é a de que todas as teorias são falseáveis; basta aguardar as teorias ainda desconhecidas invalidarem-nas, bem como estas novas teorias serem superadas por outras mais adiantadas, e assim sucessivamente. Nisso a dimensão do conhecimento humano é essencialmente negativa, sendo que aquilo que Kuhn chama de “crise” Popper denomina “erro”, e ambos são essenciais para que aconteçam as revoluções científicas.

Popper (2004, p. 22) também desmistifica a existência de mais objetividade no método das ciências naturais que no das ciências sociais: “é um erro admitir que a objetividade de uma ciência dependa da objetividade do cientista. E é um erro acreditar que a atitude do cientista natural é mais objetiva do que a do cientista social.” Tal premissa igualmente se mostra irretocável, porquanto, também no âmbito das ciências exatas e naturais, por vezes, o cientista impregna-se de valores subjetivos para a obtenção da resposta de dado problema. Assim é que, apenas a título de exemplo, nos assuntos da estrutura atômica (química), das partículas *quanta* (física), dos números complexos (matemática), existe largo espaço para a especulação, uma vez que os conceitos primordiais dessas matérias ancoram-se em meras divagações concebidas pela imaginação, que têm sido sufragadas pela comunidade científica.

Cumpre citar, ademais, a distinção (de grau) formulada por Popper entre revoluções ideológicas e revoluções científicas. Para

o filósofo britânico, as primeiras abarcam as teorias não científicas que possam ser atraentes para a comunidade científica. Porém, em determinados momentos, revoluções científicas podem ser tão abrangentes que acabam por tornar-se revoluções ideológicas (o que corresponderia às “quebras de paradigma” kuhnianas).

Popper exemplifica a hipótese de conversão de uma revolução científica numa revolução ideológica com as teorias de Copérnico, Darwin e Einstein, as quais, embora tenham começado nos respectivos campos da astronomia, biologia e astrofísica, modificando apenas as teorias científicas correlatas, então dominantes, extravasaram ulteriormente, para as searas da religião e da filosofia, de onde atingiram o universo do conhecimento e da *práxis* humanos, que tiveram de reestruturar-se não apenas científicamente, mas ideologicamente (POPPER, 2004, p 75-77).

Ante tudo quanto exposto, já se percebe que a metodologia de Popper é mais desapaixonada do que as dos epistemólogos que o precederam, os quais sempre cederam à “tentação” de defender a verdade ou a essência do conhecimento a partir da aplicação da metodologia por eles propugnada. Popper também edifica uma metodologia, que consiste na negação perene do conhecimento vigente e, por conseguinte, derruba a premissa filosófica de que ciéncia e verdade caminham juntas.

1.13 O método pluralista de Paul Feyerabend

Feyerabend autointitula-se “anarquista do método”, convicto de que “o *anarquismo*, ainda que talvez não seja a mais atraente filosofia política, é, com certeza, um excelente remédio para a *epistemologia* e para a *filosofia da ciéncia*” (FEYERABEND, 2007, p. 31, grifos do autor), em que “há apenas um princípio que pode ser defendido em *todas* as circunstâncias e em todos os estágios do desenvolvimento humano. É o princípio de que *tudo vale*” (FEYERABEND, 2007, p. 43, grifos dos autor).

E acrescenta:

A idéia de um método que contenha princípios firmes, imutáveis e absolutamente obrigatórios para conduzir os negócios da ciéncia depara com considerável dificuldade quando confrontada com os resultados da pesquisa histórica. Descobrimos, então, que não há uma única regra, ainda que plausível e solidamente fundada na epistemologia, que não seja violada em algum momento. Fica evidente que tais violações não são eventos acidentais, não são o resultado de conhecimento insuficiente ou de desatenção que poderia ter sido evitada. Pelo contrário, vemos que são necessárias para o progresso (FEYERABEND, 2007, p. 37).

A transgressão metodológica revela-se, segundo a ótica feyerabendiana, necessária para o avanço da ciência. Regras metodológicas excessivamente rigorosas mais atrapalham que ajudam na consecução da verdade científica. Caso se admita a existência de tal verdade, ela decorrerá, necessariamente, dos predicados da liberdade, criatividade e inspiração que não compactuam com a atuação estritamente conduzida pelo método. Até mesmo porque o método científico, vigente em uma determinada época, impregna-se do paradigma científico e, como tal, não deixa o pesquisador ampliar seus horizontes e enxergar novos fatos por cima do muro metodológico vigente.

Na mesma linha crítica de Popper, Feyerabend (2007, p. 48) faz apologia de um método contraindutivo, aduzindo que

O primeiro passo em nossa crítica de conceitos e procedimentos familiares, o primeiro passo em nossa crítica dos “fatos”, tem, portanto, de ser uma tentativa de romper esse círculo. Temos de inventar um novo sistema conceitual que suspenda os resultados de observação mais cuidadosamente estabelecidos ou entre em conflito com eles, conteste os princípios teóricos mais plausíveis e introduza percepções que não possam fazer parte do mundo perceptual existente. *A contraindicação, portanto, é sempre razoável e tem sempre uma chance de êxito* (grifos nossos).

Isso quer dizer que, em verdade, Feyerabend não é, propriamente, um anarquista do método, mas sim um metodólogo pluralista, que tem consciência da inexistência de um método universal para consecução da verdade de todos os objetos científicos. Aquilo contra o que se insurge o epistemólogo austríaco não é o método em si, mas sim o *fetichismo metodológico*, que, ao longo da história da ciência, tem conduzido muitos filósofos à falsa retórica de uma metodologia única, entendida como aquela mais adequada para a solução dos infinitamente variados problemas enfrentados pela ciência.

2 Traços fundamentais da hermenêutica filosófica de Gadamer

Hans-Georg Gadamer (Marburg, 11/02/1900 – Heidelberg, 13/3/2002) foi o pensador mais longevo da história da filosofia ocidental. Nascido no sul da Alemanha, cresceu em Breslau (atual Wrocław, na Polônia), por causa do emprego de seu pai, como professor de Farmácia da Universidade de Breslau. Iniciou aí os estudos universitários, em 1918, obtendo o doutoramento, bastante precocemente, em 1922. É bastante influenciado por Platão, Aristóteles e Hegel, mas sobretudo por Heidegger, professor de

quem foi assistente durante um período. Em 1968, aposentou-se, tornando-se professor emérito da Universidade de Heidelberg.

Gadamer casou-se duas vezes; com Frida Kratz, em 1923, de quem mais tarde se divorciou, e, em 1950, com Kate Lekebusch. Foi muitas vezes premiado, sendo condecorado, em 1971, como cavaleiro da “Ordem de Mérito”, mais alta honraria acadêmica outorgada em solo alemão. Sua *magnum opus* é *Warheit und Methode* (“Verdade e Método”), de 1960, na qual são delineados os princípios de sua hermenêutica filosófica, conforme se passará a expor.

Nesse livro, o objetivo de Gadamer é nitidamente filosófico, por quanto “o que está em questão não é o que fazemos, o que deveríamos fazer, mas o que nos acontece além do nosso querer e fazer” (GADAMER, 2008, p. 14). Contrariamente a Betti, cujo intuito fora metodológico, levado a cabo mediante a construção de uma teoria geral da interpretação¹, Gadamer (2008, p. 18) quer “demonstrar aquilo que é comum a todas as maneiras de compreender e mostrar que a compreensão jamais é um comportamento subjetivo frente a um ‘objeto’ dado, mas pertence à história efeitual, e isto significa, pertence ao ser daquilo que é compreendido”. Afinal: “o fenômeno da compreensão impregna não somente todas as referências humanas ao mundo, mas apresenta uma validade própria também no terreno da ciéncia, resistindo à tentativa de ser transformado em método da ciéncia” (GADAMER, 2008, p. 29).

O debate entre a hermenêutica filosófica de Gadamer e a hermenêutica metodológica de Betti é bem retratado por Pessoa (1997, p. 95), que evidencia o contraste entre a concepção fenomenal-histórica do filósofo alemão e a distinção entre interpretação histórica e normativa propugnada pelo metodólogo italiano:

Em conformidade com a classificação proposta por Emilio Betti, as interpretações histórica e jurídica situam-se em grupos diferentes. Enquanto a interpretação histórica é uma interpretação do primeiro grupo, a interpretação jurídica é uma interpretação que pertence ao terceiro grupo. Diante disso, enquanto na interpretação histórica a atividade do intérprete se resume a um único momento – o momento do entendimento –, na interpretação jurídica é necessário um segundo momento, capaz de adaptar o entendimento inicial à função que a interpretação tem que desempenhar.

Com efeito, Gadamer critica a divisão tipológica da interpretação em uma interpretação meramente cognitiva, diferente de uma

¹ Conforme a subseção 1.9 deste artigo.

interpretação meramente representativa e de uma meramente normativa. Em todas elas, na verdade, o sentido do objeto não é “reconstruído” pelo sujeito, mas sim construído, haja vista a criação ser própria do fenômeno comprensivo. Ou, em outras palavras, sustenta o filósofo alemão que

[...] ante todo e qualquer texto todos nos encontramos numa determinada expectativa de sentido imediato. Não há acesso imediato ao objeto histórico capaz de nos proporcionar objetivamente seu valor posicional. O Historiador tem que realizar a mesma reflexão que deve orientar o jurista (GADAMER, 2008, p. 430).

A primeira dimensão em que Gadamer vislumbra a possibilidade de liberação da questão da verdade é a arte. A verdade estética é, ao lado da experiência filosófica, “a mais clara advertência para que a consciência científica reconheça seus limites” (GADAMER, 2008, p. 31). Resgatando conceitos da tradição humanista, como “Formação” (*Bildung*, modo tipicamente humano de aperfeiçoamento das aptidões e faculdades), “Senso Comum” (*Sensus communis*, sentido que institui comunidade, possibilitando a vida em sociedade), “Juízo” (qualidade da “sã compreensão humana”, ou “compreensão comum”) e “Gosto” (que, originariamente, tem cunho moral, mas que, para Kant, é o verdadeiro senso comum, enquanto, para Gadamer, é juízo estético que induz conhecimento sem, contudo, estribar-se em razões), Gadamer superará a dimensão estética da obra de arte, para pô-la ao alcance do horizonte fenomenológico, onde ela se confronta com o ser próprio do homem (GADAMER, 2008, p. 44 *et seq.*).

Com base na acepção kantiana de arte, esta extrapola o sentido do “belo”, para representar “idéias estéticas” (GADAMER, 2008, p. 95). Nessa visada, o gênio e o gosto associam-se, oportunizando a “vivência” (*Erlebnis*), conceito de Dilthey que reproduz as unidades de sentido revestidas de caráter especial (GADAMER, 2008, p. 110-111). As vivências perduram no tempo, e a vivência da obra de arte é uma forma de (auto)conhecimento que se reveste de inegotável significado:

Na vivência da arte se faz presente uma riqueza de significados que não pertence somente a este conteúdo ou a esse objeto, mas que representa, antes, o todo do sentido da vida. Uma vivência estética contém sempre a experiência de um todo infinito. E seu significado é infinito justamente porque não se conecta com outras coisas na unidade de um processo aberto de experiência, mas representa imediatamente o todo (GADAMER, 2008, p. 117).

Daí emana a verdade que se apresenta através da arte. A vivência estética transcende a materialidade circundante (*Umwelt*), atribuindo ao *Dasein* a ilusão fantástica da arte, que corresponde à sensação infindável de significado existencial com que o espectador da obra vê-se espelhado na criação estética.

A consciéncia estética sabe distinguir a “obra verdadeira” – aquela que tem intenção estética, por sempre oportunizar uma arte vivencial – daquela que não oferece o conhecimento da verdade estética. No âmbito dessa discussão acerca da distinção estética, assenta-se a missão e o *locus* sociais do sujeito-artista, que, por criar – quando de maneira genuína – a arte vivencial, é marginalizado pela transgressão transcendental que proporciona a seus pares:

É assim que, através da “distinção estética”, a obra perde o seu lugar e o mundo a que pertence por se tornar parte integrante da consciéncia estética. Em contrapartida também o artista perde seu lugar no mundo. Isso constata-se (sic) no descrédito daquilo a que denominamos arte por encomenda. Na consciéncia pública dominada pela época da arte vivencial é preciso que se lembre expressamente que a criação por inspiração livre, sem encomenda, sem tema pre-determinado, sem uma ocasião dada, representa em épocas passadas um caso excepcional na criação artística, enquanto que hoje vemos o arquiteto como um fenômeno *sui generis*, justamente porque a sua produção, ao contrário dos poetas, pintores e músicos, não é independente de uma encomenda ou de uma ocasião. O artista livre cria sem precisar de encomendas. Parece que o que o caracteriza é a completa independência de seu trabalho criativo, o que, por isso, lhe confere, mesmo socialmente, as feições características de um excêntrico, cujas formas de vida não podem ser mensuradas de acordo com as massas que obedecem aos costumes públicos. O conceito da boemia, que surgiu no século XIX, espelha esse processo. A terra natal das pessoas itinerantes torna-se um conceito genérico para o estilo de vida do artista (GADAMER, 2008, p. 138, grifo do autor).

Vislumbrando a ontologia do fenômeno artístico, Gadamer passa a propor uma analítica do modo de ser da obra de arte. Tal como se denomina *pre-sença* o modo de ser do homem, o filósofo alemão propõe o conceito de *jogo* para o modo de ser da obra de arte, que se caracteriza pela vedação de que “[...] quem joga se comporte em relação ao jogo como se fosse um objeto. Aquele que joga sabe muito bem o que é o jogo e que o que está fazendo é ‘apenas um jogo’, mas não sabe o que ele ‘sabe’ nisso” (GADAMER, 2008, p. 154-155).

Sob tal prisma, a configuração lúdica da ontologia artística é bastante adequada, seja porque representa uma vivência, seja porque tem significado transcendente imensurável, seja porque se assemelha, como já fora antes sustentado aqui, a uma “ilusão fantástica”, alheando a pre-sença de suas circunstâncias existenciais e problemas, como o de sua finitude, em troca da inauguração de um *jogo*. Ademais, a vivência da arte, para além de uma consciência estética, desperta uma consciência lúdica – verifica-se, então, “*o primado do jogo face à consciência do jogador*” (GADAMER, 2008, p. 158, grifos do autor). O jogo envolve competição, ou pelo menos possibilidades e planos, que sempre representam um risco para o jogador, onde reside a atração do jogo. É essa natureza lúdica da arte que impelle Gadamer (2008, p. 160) às reveladoras assertivas de que “*todo jogar é um ser-jogado*” (grifos do autor) e “[...] o verdadeiro sujeito do jogo não é o jogador mas o próprio jogo”.

A consumação do jogo humano em arte é ainda denominada por Gadamer (2008, *passim*) de *transformação em configuração*, que envolve também o “assistir”, que se equipara ao “participar”, com a produção simbólica da “Imagem” (*Bild*) que a reprodução artística importa. Nesse passo, o autor conclui:

Minha tese portanto é que o ser da arte não pode ser determinado como objeto de uma consciência estética, porque, por seu lado, o comportamento estético é mais do que sabe de si mesmo. É uma parte do *processo ontológico da representação* e pertence essencialmente ao jogo como jogo (GADAMER, 2008, p. 172, grifos do autor).

Além do domínio da arte, Gadamer também se volta para a questão da verdade na compreensão das ciências do espírito (*Geisteswissenschaften*).

O autor reabilita a tradição, expurgada pela Era Moderna e pela *Aufklärung* (Ilustração) no afã de consolidar as ciências sob o primado da razão, reduzindo a autoridade à racionalidade. Os preconceitos, a autoridade e o senso comum também são requalificados pelo filósofo alemão, que procede a uma extensa análise dos contextos iluminista e romântico que condenaram ao limbo as manifestações tradicionais do conhecimento, na busca de referenciais objetivos e racionais para a avaliação do conhecimento.

A historicidade da compreensão é resgatada da hermenêutica antiga, de cariz exegético, voltando a figurar no centro do fenômeno hermenêutico. A consciência filosófica revela-se insuficiente para conter toda a verdade da história do espírito, razão pela qual se faz necessária a retomada de uma “consciência histórica”, que

"é uma forma do autoconhecimento" (GADAMER, 2008, p. 316, grifos do autor).

Gadamer reaproveita, de Husserl, o conceito fenomenológico de *horizonte* – que não se trata de "fronteira rígida, mas algo que se desloca com a pessoa e que convida a que se continue a caminhar" (GADAMER, 2008, p. 330), ou "âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que pode ser visto a partir de um determinado ponto" (GADAMER, 2008, p. 399), e, de Heidegger, o conceito ontológico de *círculo hermenêutico* – "estrutura prévia da compreensão" (GADAMER, 2008, p. 355), de formato circular, que tem sentido ontológico positivo.

Os preconceitos, na hermenêutica filosófica gadameriana, participam ativamente do círculo hermenêutico, determinando a compreensão:

Em si mesmo, "preconceito" (*Vorurteil*) quer dizer um juízo (*Urteil*) que se forma antes do exame definitivo de todos os momentos determinantes segundo a coisa em questão. No procedimento da jurisprudência um preconceito é uma pré-decisão jurídica, antes de ser baixada uma sentença definitiva. Para aquele que participa da disputa judicial, um preconceito desse tipo representa evidentemente uma redução de suas chances. Por isso, *préjudice*, em francês, tal como *praeiudicium*, significa também simplesmente prejuízo, desvantagem, dano. Não obstante, essa negatividade é apenas secundária. A consequência negativa repousa justamente na validéz positiva, no valor prejudicial de uma pré-decisão, tal qual o de qualquer precedente.

"Preconceito" não significa pois, de modo algum, falso juízo, uma vez que seu conceito permite que ele possa ser valorizado positiva ou negativamente (GADAMER, 2008, p. 360, grifos do autor).

Uma vez que "os preconceitos de um indivíduo, muito mais do que seus juízos, constituem a realidade histórica de seu ser" (GADAMER, 2008, p. 368, grifos do autor), eles constituem condição da compreensão, servindo de ponte entre sujeito e objeto na formação da estrutura circular prévia da compreensão. Desse modo, os "deuses" de Descartes, os "ídolos" de Bacon, as "pré-noções" de Durkheim, os "obstáculos" de Betti etc., que sempre foram, sistematicamente, excluídos do processo interpretativo, ganham, em Gadamer, uma nova dimensão, em que se lhes reconhece valor para o desenlace do conhecimento, necessariamente subjetivo. Tais elementos anteriores ao procedimento comprensivo são, inclusive, chamados por Bultmann de *pré-compreensão* (GADAMER, 2008, p. 434).

A autoridade, entendida como ocorrência de "validade sem precisar de fundamentação", deixa de possuir uma relação de oposi-

sição com a razão (GADAMER, 2008, p. 372-373). Durante o Romantismo, uma forma de tradição é defendida, qual seja, a tradição; sob tal ângulo, a ontologia da compreensão gadameriana representa um retorno ao paradigma romântico (emoção-tradição), em detrimento do paradigma realista (razão-ciência): “A compreensão deve ser pensada menos como uma ação da subjetividade e mais como um retroceder que penetra num acontecimento da tradição, onde se intermedeiam constantemente passado e presente” (GADAMER, 2008, p. 385, grifos do autor).

De acordo com a lição de Gadamer (2008, p. 387),

[...] o movimento da compreensão vai constantemente do todo para a parte e desta para o todo. A tarefa é ir ampliando a unidade do sentido compreendido em círculos concêntricos. O critério correspondente para a justezza da compreensão é sempre a concordância de cada particularidade com o todo. Se não houver tal concordância, significa que a compreensão malogrou.

“O círculo da compreensão não é, portanto, de modo algum, um círculo ‘metodológico’; ele descreve antes um movimento estrutural ontológico da compreensão” (GADAMER, 2008, p. 389). Em outras palavras, o círculo hermenêutico, ao evidenciar o jogo entre a dinâmica da tradição e a do intérprete, não está representando o plano do dever-ser, o que ocorreria se tal procedimento fosse veiculado como diretiva de condutas cognitivas futuras; tal círculo alude, isso sim, ao plano do ser, desvelando a estrutura ontológico-compreensiva.

O princípio da história efectual, definido como consciência da situação hermenêutica, é explicado por Bleicher (1992, p. 157) nos seguintes termos, que merecem integral transcrição:

Gadamer utiliza a fórmula hegeliana da unidade da identidade e da diferença para descrever o processo de compreensão como sendo aquele em que o “objecto” faz parte do eu e em que ambos se desenvolvem no decorso do conhecimento.

Gadamer aborda este aspecto sob a designação de *Wirkungsgeschichte* (história-efectual) e salienta o aparecimento e o conteúdo da consciência que se tem dela. Este termo não permite definições breves, mas Gadamer, numa brilhante análise, evidencia os seus elementos estruturais: conhecimento da situação hermenêutica especial e do “horizonte” que a caracteriza; relação dialógica entre intérprete e texto; dialéctica entre pergunta e resposta; abertura à tradição. Gadamer identifica também a história efectual com o “conhecimento hermenêutico”, pelo facto de articular simultaneamente conhecimento da história e a história.

A consciência histórico-efeitual, na condição de momento da realização da compreensão, atua, segundo Gadamer (2008, p. 398), na obtenção da pergunta correta. Por sua vez,

A tarefa da compreensão histórica inclui a exigência de ganhar em cada caso o horizonte histórico a fim de que se mostre, assim, em suas verdadeiras medidas, o que queremos compreender. Quem omitir esse deslocamento ao horizonte histórico a partir do qual fala a tradição estará sujeito a mal-entendidos com respeito ao significado dos conteúdos daquela. Nesse sentido, parece ser uma exigência hermenêutica justificada o fato de termos de nos colocar no lugar do outro para poder compreendê-lo.

Diante de tal exortação, mais clara ainda se torna a máxima existentialista da *alteridade*, segundo a qual “eu é um outro”. Somente mediante uma troca de papéis, na qual o intérprete coloque-se na posição do terceiro, poderá comprehendê-lo, até mesmo porque, se todo conhecimento é autoconhecimento, parece ser verdadeira a recíproca, de que todo autoconhecimento é conhecimento (de outrem).

O movimento do horizonte do passado, sob a forma de horizonte da tradição, conjuga-se com o movimento do horizonte do presente, criando uma tensão, que se manifesta, amiúde, na relação entre texto e presente. A compreensão, destarte, deriva do processo de “*fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos*” (GADAMER, 2008, p. 404, grifos do autor). Consoante alerta Gadamer, sem embargo, não se trata da conformação de um único horizonte histórico, porquanto

A consciência histórica tem consciência de sua própria alteridade e por isso destaca o horizonte da tradição de seu próprio horizonte. Mas, por outro lado, ela mesma não é, como já procuramos mostrar, senão uma espécie de superposição sobre uma tradição que continua atuante. É por isso que logo em seguida ela recolhe o que acaba de destacar a fim de intermediar-se consigo mesma na unidade do horizonte histórico assim conquistado (GADAMER, 2008, p. 405).

O processo de fusão de horizontes, pelo qual se efetua a compreensão, pode ser elucidado com uma imagem da biologia. No estudo da citologia, dentre os processos de alimentação celular, existem a fagocitose e a pinocitose. A fagocitose define-se como o englobamento pela célula de partículas sólidas estranhas a ela; a pinocitose, de partículas líquidas. Pois bem, se se considerar uma ameba, que é um protozoário unicelular, a sua alimentação

fagocitária dará uma metáfora bastante convincente do processo ontológico-compreensivo gadameriano.

Ao detectar a partícula estranha, a membrana plasmática da ameba invadir-se-á, criando pseudópodos que “abraçarão” o alimento. Ao englobá-lo completamente, formar-se-á uma vesícula fagocitária (fagossomo) para abrigá-lo, onde serão lançadas as enzimas digestivas da ameba. Essa vesícula, por se originar da soma do objeto exterior com as pré-noções interiores do intérprete-ameba, representará, de acordo com a analogia ora preconizada, o círculo hermenêutico. Por sua vez, quando a partícula sólida for completamente digerida, rompendo-se a membrana do fagossomo, e liberar-se o alimento digerido para o corpo da célula (citoplasma), dar-se-á, metaforicamente, a compreensão. Nesse momento é que, de acordo com a comparação sugerida, sucederia a fusão do horizonte da tradição (partícula sólida alienígena, ou objeto) com o do presente (citoplasma, ou sujeito).

Gadamer adverte, ainda, que, na hermenêutica antiga, o problema hermenêutico abrangia três fases: compreensão (*subtilitas intelligendi*), interpretação (*subtilitas explicandi*) e aplicação (*subtilitas applicandi*). O Romantismo reconheceu a unidade interna entre interpretação e compreensão, que passaram a ser um único momento, em que a interpretação é a forma explícita da compreensão. Todavia, o terceiro momento da questão hermenêutica, a aplicação, acabou sendo esquecido (GADAMER, 2008, p. 406).

Tal problema no plano da concretização hermenêutica encontra-se, consoante Gadamer, superado, haja vista a assimilação também da fase da aplicação:

[...] se quisermos compreender adequadamente o texto – lei ou mensagem de salvação –, isto é, compreendê-lo de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, devemos compreendê-lo a cada instante, ou seja, compreendê-lo em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender é sempre também aplicar (GADAMER, 2008, p. 408).

Ao examinar o conceito de experiência, Gadamer avalia o método indutivo de Bacon, de obtenção dos axiomas de maneira ascendente e gradual, e finda por

[...] concordar com a crítica habitual feita a Bacon e admitir que suas propostas metodológicas nos decepcionam. Hoje, já podemos ver que elas são demasiadamente indeterminadas e gerais, e acabaram não produzindo maiores frutos na sua aplicação à investigação da natureza (GADAMER, 2008, p. 456).

Gadamer (2008, p. 459) descrê da redução da ciência à experiência, embora admita que os experimentos sejam necessários para a ciência. A experiência hegeliana, contudo, “tem a estrutura de uma inversão da consciência e é por isso que se constitui num movimento dialético” (GADAMER, 2008, p. 463-464), desenvolvendo-se na negatividade. A experiência hermenêutica, por seu turno, é experiência da finitude humana, da própria historicidade, que se mostra pela tradição – e esta, por sua vez, é linguagem. Nessa seara, “a abertura à tradição [é] própria da consciência da história efeital” (GADAMER, 2008, p. 471, grifos do autor).

Gadamer (2008, p. 473) ressuscita o modelo da dialética platônica, para evidenciar a primazia hermenêutica da pergunta, acrescendo que “o sentido da pergunta é pois a única direção que a resposta pode adotar se quiser ter sentido e ser pertinente”. O modelo hermenêutico-filosófico lança a pergunta, que consiste numa abertura de horizontes, pois a resposta não se sabe previamente. A verdadeira pergunta é aberta, pois, do contrário, não se está a investigar o desconhecido, como no caso da pergunta pedagógica e da pergunta retórica.

No que concerne à apologia da pergunta para a obtenção da essência do conhecimento, fica evidente a aproximação da lógica gadameriana, nesse particular, ao método cartesiano, fundado na dúvida, que não deixa de ser, sempre, uma pergunta de cunho hermenêutico: “compreender a questionabilidade de algo já é sempre perguntar” (GADAMER, 2008, p. 489). A dialética hermenêutica caracteriza-se, destarte, por essa “arte de ir colocando à prova” (GADAMER, 2008, p. 479), o que também revela que a hermenêutica gadameriana tangencia o modelo racional-crítico de Popper, sob a perspectiva do falseamento das respostas que surgem.

Em seguida, Gadamer procede à virada ontológica da hermenêutica no fio condutor da linguagem, uma vez que todo conhecimento é linguagem – afinal, como asseverara Heidegger, “A linguagem é a morada do ser” – e o processo hermenêutico, simbolizado pela fusão de horizontes, ocorre, outrossim, no plano linguístico. “A linguagem é o medium universal em que se realiza a própria compreensão. A forma de realização da compreensão é a interpretação” (GADAMER, 2008, p. 503, grifos do autor).

Comunga com tal tese Bleicher (1992, p. 162), que sustenta:

Para Gadamer, o problema da linguagem constitui o tema central da filosofia hermenêutica. A sua preocupação marca mesmo o ponto em que ultrapassa as preocupações da hermenêutica existencial; apresenta, igualmente, uma saída da “cadeia especulativa de uma

filosofia da história universal, de Hegel [...]. Em vez de uma intervenção total da história universal e à luz da consciência de uma medição é necessária à fusão de horizontes, Gadamer desenvolve a teoria da universalidade da linguagem. A linguisticidade como articulação do passado e do presente possui também a vantagem de constituir um forte argumento contra o ideal de objectividade avançado pelas *Geisteswissenschaften*" (grifo do autor).

Em artigo autônomo, Gadamer (2002, p. 178) define a relação da linguagem com o horizonte existencial da presença:

Em todos os nossos pensamentos e conhecimentos sempre já fomos precedidos pela interpretação do mundo feita na linguagem, e essa progressiva integração no mundo chama-se *crescer*. Nesse sentido, a linguagem representa o verdadeiro vestígio de nossa finitude. A linguagem já sempre nos ultrapassou. O parâmetro para medir seu ser não é a consciência do indivíduo. Não existe consciência individual que pudesse conter sua linguagem. Mas como existe então a linguagem? Com certeza não sem a consciência individual. Mas também não pela mera reunião de muitas consciências individuais (grifo do autor).

A linguagem ganha contornos, em Gadamer, de horizonte da ontologia hermenêutica. Destarte, o instrumento de trabalho da ciência hermenêutica é a linguagem, cujo ser é desvendado pela consciência histórico-efeitual, ao fundir os horizontes linguísticos da tradição e do agora, mediante uma experiência linguístico-hermenêutica que se estrutura circularmente, num relação de vaivém dialético entre as pré-concepções do sujeito e as do objeto.

Finalmente, assevera Gadamer (2008, p. 629) que a compreensão é uma experiência autêntica, que promove o encontro da presença "com algo que se impõe como verdade". Essa verdade hermenêutico-filosófica pode ser equiparada à verdade da arte, cujo caráter ontológico é o de *jogo*:

O fato de que o ser próprio daquele que conhece também entre em jogo no ato de conhecer marca certamente o limite do "método" mas não o da ciência. O que o instrumental do "método" não consegue alcançar deve e pode ser alcançado por uma disciplina do perguntar e do investigar que garante a verdade (GADAMER, 2008, p. 631).

Assim, a mesma verdade que a experiência hermenêutica vislumbra na obra de arte é vivenciada nas ciências do espírito. O

jogo que se promove entre sujeito e objeto, fundindo os horizontes fenomenais, sempre resultará no ato espiritual da compreensão. Em suma, "a importância da teoria hermenêutica de Gadamer é ter demonstrado que toda interpretação é a compreensão atual do passado" (LOPES, 2000, p. 107).

3 Considerações finais: perspectiva para a metodologia da pesquisa jurídica na pós-modernidade

Ao contrário do que se poderia imaginar, a hermenêutica gadameriana não conduz a compreensão do fenômeno jurídico ao total relativismo. A interpretação jurídica apenas abandona a premissa de busca *metodológica* de respostas corretas com base nas fontes normativas (lei, costumes, doutrina, jurisprudência, princípios gerais de direito, equidade) e passa a fundar-se num referencial *filosófico*, que investiga a ontologia fenomenal, sem desconsiderar as pré-compreensões individuais que compõem o horizonte histórico onde a compreensão pode desenvolver-se.

Destarte, o título de obra de Gadamer revela que não é a verdade que deixou de existir e cedeu a um relativismo absoluto; o que sucede é que a metodologia tradicional não tem mais aptidão para aceder a essa verdade.

Lopes (2000, p. 110) comenta o papel do juiz em face da hermenêutica da compreensão em xeque:

[...] como Gadamer refere, o justo também está determinado, com certo sentido absoluto, nas leis ou nas regras de comportamento gerais da moral (embora não codificadas, estão determinadas e têm caráter vinculante). Nesse sentido, o juiz tem de usar o seu "bom senso" (*phronesis*) para a correta aplicação da norma, o que implica abandonar o velho paradigma positivista da subsunção para assumir o que é mais importante: a procura de um Direito melhor.

Assim, em vez de aplicar o *método* para a obtenção da verdade jurídica, o que Gadamer propõe é que se promova a *vivência* do fenômeno jurídico, de cujo processo de jogo emanará alguma verdade, que é a única verdade possível das ciências culturais, porque é uma verdade subjetiva, relativa e efêmera, na qual a dedução e a indução mostraram-se incompletas, inadequadas e falhas. O conhecimento do Direito deve ser refletido na historicidade própria do fenômeno jurídico que, como fenômeno humano, há de ser compreendido pelo modo de ser do homem, eis por que conhecer o Direito também envolve autoconhecimento.

A metodologia da pesquisa jurídica, no contexto de incertezas e descumprimento das promessas da modernidade, que se tem apelidado de pós-modernidade, deve proceder à *abertura* de seus horizontes, permitindo-se mais pluralidade, dinamismo e flexibilidade, para poder fazer frente a uma realidade em que “tudo que é sólido se desmancha no ar” e a informação circula livremente, em nível global, incrementando o conhecimento com alteridade, complexidade e transdisciplinaridade.

Santos (2008, p. 76-77) analisa a transição do paradigma moderno da seguinte forma:

O paradigma cultural da modernidade constituiu-se antes de o modo de produção capitalista se ter tornado dominante e extinguir-se-á antes de este último deixar de ser dominante. A sua extinção é complexa porque é em parte um processo de superação e em parte um processo de obsolescência. É superação na medida em que a modernidade cumpriu algumas das suas promessas e, de resto, cumpriu-as em excesso. É obsolescência na medida em que a modernidade está irremediablemente incapacitada de cumprir outras das suas promessas. Tanto o excesso no cumprimento de algumas das promessas como défice no cumprimento de outras são responsáveis pela situação presente, que se apresenta superficialmente como de vazio ou de crise, mas que é, a nível mais profundo, uma situação de transição. Como todas as transições são simultaneamente semicegas e semi-invisíveis, não é possível nomear adequadamente a presente situação. Por esta razão lhe tem sido dado o nome inadequado de pós-modernidade. Mas, à falta de melhor, é um nome autêntico na sua inadequação. (grifos do autor)

E, tomndo de empréstimo a teoria de Kuhn, o mesmo Santos identifica os sinais pelos quais o *paradigma da racionalidade científica* encontra-se em crise. Essa crise decorre de condições teóricas e condições sociais. Dentre as teóricas, verificam-se quatro rombos na racionalidade: o primeiro é perpetrado pela teoria da relatividade de Einstein, que relativiza as leis de Newton, mudando a dinâmica do universo; o segundo dá-se com a mecânica quântica, que altera as leis que regem a microfísica; o terceiro ocorre na seara da matemática, com os teoremas da incompletude e da impossibilidade, que mostram que mesmo a matemática pode dar ensejo a proposições que não se sujeitam nem à demonstração nem à refutação; e o quarto dá-se pelos avanços científicos nos campos da química, biologia e microfísica (SANTOS, 2006, p. 41-47). Dentre as condições sociais que mergulham em crise o paradigma da ciência moderna, o sociólogo português destaca a industrialização da ci-

ência a partir das décadas de 30 e 40 do século passado, que aumentou o rigor científico, mas diminuiu a capacidade científica de autorregulação.

Santos (2006, p. 60), em seguida, dá conta de especular sobre o paradigma emergente, que deve ser o de um “conhecimento prudente para uma vida decente”. Nesse sentido, o pensador comprova que “todo conhecimento científico-natural é também científico-social” (SANTOS, 2006, p. 70-71), restando superada essa dicotomia entre as ciências biológicas e as sociais, que tendem a uma dimensão holística. Além disso, aduz que “todo o conhecimento é local e total”, razão pela qual “a excessiva parcelização e especialização do saber científico faz do cientista um ignorante especializado” (SANTOS, 2006, p. 74).

Nesse ponto, verifica-se que o paradigma pós-moderno traçado pelo sociológico português condiz, perfeitamente, com a concepção de anarquismo metodológico propugnada por Feyerabend:

O conhecimento pós-moderno, sendo total, não é determinístico, sendo local, não é descritivista. É um conhecimento sobre as condições de possibilidade. As condições de possibilidade da acção humana projectada no mundo a partir de um espaço-tempo local. Um conhecimento deste tipo é relativamente imetódico, constitui-se a partir de uma pluralidade metodológica. Cada método é uma linguagem e a realidade responde na língua em que é perguntada. Só uma constelação de métodos pode captar o silêncio que persiste entre cada língua que pergunta. Numa fase de revolução científica como a que atravessamos, essa pluralidade de métodos só é possível mediante transgressão metodológica (SANTOS, 2006, p. 77-78).

Ao lado desses sintomas da emersão de um novo paradigma científico, Santos (2006, p. 80) ainda pontua que “todo o conhecimento é autoconhecimento”. Nesse particular, ratifica todos os aportes filosóficos da fenomenologia, da ontologia fundamental e do existencialismo, culminando na hermenéutica de Gadamer, que parte dessa mesma premissa. Na pós-modernidade, portanto, relativiza-se a dicotomia sujeito *versus* objeto, o que significa reiterar a concepção de fusão de horizontes gadameriana.

Por fim, Santos (2006, p. 88-91) assevera que “todo o conhecimento científico visa constituir-se em senso comum”. A racionalidade embutida no projeto liberal da modernidade afastou a tradição e o conhecimento não racional, considerando o senso comum “superficial, ilusório e falso”. Mas a pós-modernidade reabilita esse senso comum, vislumbrando, nele, “virtualidades para enriquecer a nossa relação com o mundo”. Assim é que a finalidade do saber

científico pós-moderno é, um dia, converter-se em senso comum, quando realizará a função democratizadora que está na base da máxima de um “conhecimento prudente para uma vida decente”.

Tais tendências reveladoras do advento de uma nova racionalidade científica aplicam-se, como não poderia deixar de ser, à ciência jurídica. Paralelamente à superação da dicotomia entre ciências naturais e sociais, revela-se o Direito como uma disciplina total e local, cada vez mais plasmada no ideal de concretização dos direitos fundamentais previstos no direito constitucional positivo.

Ademais, o pós-positivismo jurídico, em ascensão, deixa de lado a segurança jurídica, como valor plasmado pelo método subsuntivo de adequação fato/norma, em prol da dignidade humana, que exige a introdução de elementos transdisciplinares no âmbito das relações jurídicas. Nisso as normas deixam de representar um fim em si mesmas, privilegiando-se a conduta em interferência intersubjetiva, concepção egológica que relativiza a clássica separação dicotómica entre sujeito e objeto.

Não bastasse tudo isso, o direito só se legitima, na pós-modernidade, à medida que se torna senso comum. Para Häberle (1997, p. 13), a participação popular é exigida pela hermenêutica constitucional pluralista e procedural, colimando-se a constituição de uma “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, abrindo o processo e a jurisdição constitucional ao contributo da alteridade. Para Habermas (2003, p. 43), somente a tomada de ações comunicativas pode reconstruir a legitimidade do direito, atenuando a tensão entre faticidade e validade através da busca pelo consenso racional. É dizer, o direito pós-moderno não tem como papel a manutenção das estruturas político-econômicas e do *status quo*. A ciência jurídica tem papel fundamental na modificação da sociedade. E, por conseguinte, o direito tende ao senso comum, para fazer valer o *papel emancipatório* que o conhecimento jurídico deve provocar no cidadão.

A consciência histórico-efetual dessa abertura da metodologia jurídica precisa permear todos os operadores do direito. Mais do que a *forma* do conhecimento jurídico, que foi preocupação das metodologias da ciência do direito oitocentistas, o que importa, nesse momento, é a *substância* do direito. Mais do que a previsão normativa de um catálogo cada vez maior de direitos fundamentais (constitucionalização simbólica), o que importa, nesse momento, é a concretização dos direitos já sufragados pela ordem vigente (realidade constitucional) (NEVES, 2007, p. 168). Mais do que a técnica proceduralista ou a retórica da maximização de declarações de direitos, é chegada a hora de o jurista assumir uma postura ativista e efetivadora daqueles direitos já positivados.

Referências

- BACON, Francis. **Novum Organum ou Verdadeiras Indicações acerca da Interpretação da Natureza**. Tradução e notas de José Aluysio Reis de Andrade. São Paulo: Nova Cultural, 1997. (Coleção Os Pensadores, VIII).
- BETTI, Emilio. **Interpretacion de la ley y de los actos juridicos**. Trad. e prólogo José Luis de los Mozos. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1975.
- BLEICHER, Joseph. **Hermenéutica contemporânea**. Trad. Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 1992.
- DESCARTES, René. **Discurso do método; Meditações**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2008.
- DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. Trad. Pietro Nasseti. 3. reimpressão. São Paulo: Martin Claret, 2008.
- FEYERABEND, Paul K. **Contra o método**. São Paulo: Editora UNESP, 2007.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: complementos e índice. Trad. Enio Paulo Giachini; Rev. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2002. v. II.
- _____. **Verdade e Método**: traços fundamentais de uma hermenéutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer; Rev. Trad. Enio Paulo Giachini. 9 ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2008. v. I.
- GALEFFI, Dante Augusto. O que é isto – a fenomenologia de Husserl? **Ideação**, Feira de Santana, n. 5, p. 13-36, jan./jun. 2000.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenéutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- HABERMAS, Jünger. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1 (Biblioteca Tempo Universitário, 101).
- HEIDEGGER, Martin. **Conferências e Escritos Filosóficos**. São Paulo: Nova Cultura, 2005.
- _____. **Ser e Tempo**. Parte I. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 12. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2008.
- HUSSERL, Edmund. **A Idéia da Fenomenologia**. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1990.
- _____. **Idéias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica**: introdução geral à fenomenologia pura. Trad. Márcio Suzuki. Aparecida, SP: Idéias & Letras, 2006. (Coleção Subjetividade Contemporânea).
- KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Trad. Rodolfo Schaefer. 2. ed., 1. reimpr. São Paulo: Martin Claret, 2008.

- KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 9. ed. São Paulo: Perpectiva, 2006.
- LOPES, Ana Maria D'Ávila. A hermenêutica jurídica de Gadamer. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 37, n. 145, jan./mar. 2000.
- MERLEAU-PONTY, Maurice. **Fenomenologia da percepção**. Trad. Carlos Alberto Ribeiro de Moura. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. (Coleção Justiça e Direito).
- PESSÔA, Leonel Cesarino. **A teoria da interpretação jurídica de Emilio Betti**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- POPPER, Karl. **Lógica das ciências sociais**. 3. ed. Trad. Estêvão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho e Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004. (Biblioteca Tempo Universitário, n. 50).
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2008.
- _____. **Um discurso sobre as ciências**. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2006.
- SARTRE, Jean-Paul. O método progressivo-regressivo. In: _____. **O existencialismo é um humanismo; A imaginação; Questão de método**. Trad. Bento Prado Júnior. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987. (Coleção Os Pensadores). p. 149-191.

A influência dos preconceitos no processo de interpretação e aplicação da norma jurídica

Vinicio Cardona Franca

Advogado da CAIXA na Bahia

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia

Pós-graduado em Direito do Estado

Nadialice Francischini de Souza

Advogada na Bahia

Mestre em Direito Privado e Econômico pela Universidade Federal da Bahia

Pós-Graduanda em Direito Empresarial pela Universidade Federal da Bahia

RESUMO

Este artigo tem o objetivo de apresentar um esboço a respeito do papel dos conceitos preconcebidos no processo de interpretação, especialmente à luz de dois modelos teóricos distintos: um exemplificado pelas ideias de Francis Bacon e outro consistente na hermenêutica filosófica desenvolvida por Gadamer, na esteira de Heidegger. Primeiramente, apresentam-se noções sobre a hermenêutica e o preconceito como um elemento essencial seu. A seguir, as preconcepções são encaradas à luz do pensamento de Bacon, que é confrontado com a estrutura prévia da compreensão de Heidegger e o papel essencial dos preconceitos como elementos de interpretação, consoante Gadamer. As ideias da nova hermenêutica são postas a serviço de uma nova acepção da interpretação jurídica, especialmente do papel do juiz como construtor do sentido da norma, plenamente consciente de sua posição de sujeito dotado de historicidade.

Palavras-chave: Hermenêutica. Compreensão. Preconceitos. Norma jurídica.

ABSTRACT

This article aims to present a sketch regarding the role of the preconceived concepts in the interpretation process, especially to the light of two distinct theoretical models: one represented by the ideas of Francis Bacon, and another represented by the philosophical Hermeneutics developed by Gadamer, on Heidegger's steps. First, some notions are presented on the hermeneutics and

the preconception as its essential element. Following, the prejudices are faced to the light of Bacon's thought, which is compared to Heidegger's previous structure of the understanding and the essential role of the preconceptions as interpretation elements, according to Gadamer. The ideas of the new hermeneutics are put to the service of a new conception of the legal interpretation, especially concerning the role of the judge as the constructor of the meaning of the norm, fully conscientious of his position as an historical situated subject.

Keywords: Hermeneutics. Comprehension. Preconceptions. Rule of law.

Introdução

As técnicas tradicionais de interpretação do Direito estão assentadas sobre um modelo de racionalidade científica que se propôs a expulsar todas as “interferências” que pudessem se interpor entre o sujeito cognoscente e o objeto. A racionalidade moderna, a partir de Descartes e Bacon, pretendeu alcançar a verdade sómente através da razão, através da qual o homem tudo poderia bem conhecer se evitasse um conhecimento prévio vulgar, o qual impediria o alcance pleno do sentido do ente cognoscível.

Esse modelo ensejou a construção de uma hermenêutica que rejeita o papel dos conceitos pré-constituídos no processo de interpretação, até que a nova hermenêutica filosófica veio resgatar e reconstruir o papel dos preconceitos na experiência humana.

Este pequeno excuso se propõe a apresentar um esboço do movimento da hermenêutica como mera técnica interpretativa para a hermenêutica filosófica, sem a pretensão de esgotar uma análise da história das ideias que influenciaram e sofreram a influência dessa passagem, mas procurando gizar em linhas gerais a reconstrução do papel dos preconceitos, bem como sua importância para a hermenêutica em geral e para a interpretação do Direito em particular.

1 Noções sobre a hermenêutica jurídica e o preconceito como seu elemento

1.1 As precepções como elementos de interpretação jurídica

A noção tradicional de interpretação se baseia numa epistemologia lastreada em evidências, que se pretendia construtora de um conhecimento claro e objetivo, digno do saber científico (CATÃO, 2005). O significante “interpretar” é comumente to-

mado por explicar ou declarar o sentido de algo (texto, símbolo gráfico etc.). A hermenêutica, por seu turno, não raro é conhecida como o método que visa à interpretação.

Mais do que um método, contudo, a hermenêutica é uma ciência, que, nas palavras de Habermas (1982, p. 216), não tem o objetivo de

explorar a realidade sob um outro ponto de vista transcendental; elas (as ciências hermenêuticas) têm por objetivo, muito mais, uma elaboração transcendental de diversas formas fáticas de vida, no interior das quais a realidade é interpretada de maneira diferente, em função de gramáticas que formulam o mundo e da atividade que o transforma; é por isso que, rastreando seu sentido imanente, as proposições da hermenêutica visam um contexto de aplicação correspondente – elas apreendem interpretações da realidade em vista da intersubjetividade de uma compreensão mútua, suscetível de orientar a ação para uma situação hermenêutica inicial.

À guisa de introdução de um debate sobre a ciência da interpretação, é necessário salientar que a nova hermenêutica pressupõe uma análise dos fundamentais contributos de Heidegger e Gadamer à Filosofia, que, por seu turno, estão inseridos no contexto mais amplo da chamada revolução linguística do pensamento filosófico do século XX.

Tal revolução reside em que é impossível filosofar sobre algo sem filosofar sobre a linguagem, visto que esta representa o elemento necessário constitutivo de todo o saber humano, de modo que a síntese de conhecimentos intersubjetivamente válidos requer reflexão sobre a própria infraestrutura linguística (STRECK, 1999, p. 153). É a partir dessa renovada valorização da linguagem que toma vulto o pensamento de Gadamer, que, seguindo Heidegger, passa de uma hermenêutica clássica, vista como pura técnica de interpretação, para uma hermenêutica filosófica, que trabalha com um “dar sentido” e com o questionamento da totalidade da existência humana e sua inserção no mundo (STRECK, 1999, p. 169).

Para Gadamer (2005, p. 356), o interpretar é muito mais do que simplesmente desvelar o sentido de um texto: fazer interpretação é um projetar. Isso porque a verdadeira compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração prévia de um projeto, que, obviamente, deve seguir sofrendo constante revisão com base no que se dá, conforme se avança na penetração do sentido. Dessa forma, Gadamer esboça os traços fundamentais de uma teoria da experiência hermenêutica.

O papel da compreensão, rompendo com a tradicional concepção de ciência e neutralidade, é fundamental na nova hermenêutica gadameriana e, para se entendê-lo, exige-se uma imersão na descoberta de Heidegger acerca da estrutura prévia da compreensão.

Sem embargo, antes de se discorrer acerca do pensamento de Gadamer e de Heidegger no tocante à nova hermenêutica, impõe-se falar na teoria clássica de interpretação neutra, que teve em Francis Bacon um dos seus maiores expoentes.

1.2 O problema das preconcepções segundo Francis Bacon e a clássica interpretação neutra

Bacon almejava uma reforma total do conhecimento humano (ANDRADE, 1997, p. 10), pelo que afirmava que o método científico é um método de observação. Esse método coloca em xeque o papel científico da lógica, pois esta mais valeria para consolidar e perpetuar erros, fundados em noções vulgares, do que para a indagação da verdade, de sorte que se mostraria mais danosa que útil (BACON, 1997, p. 35).

O projeto de Bacon consistia no seguinte:

separação entre a ciência e as humanidades (estas preocupadas com a justiça, com as pessoas, com a natureza, com o sagrado) e foi forte propulsor do empirismo, difundindo a crença de que o ponto de partida de todo conhecimento deveria ser a observação, a descrição fiel da realidade, isenta de julgamentos e interpretações (ARAÚJO, 2006, p. 134).

A necessidade da separação entre a ciência e as humanidades, no pensamento de Bacon, busca afastar as interferências no pensamento que representam verdadeiros obstáculos ao conhecimento científico, pois o silogismo da lógica das ciências clássicas é formado por proposições, as proposições são formadas por palavras e as palavras são os signos das noções. Pelo que, se as próprias noções (que constituem a base dos fatos) são confusas e temerariamente abstraídas das coisas, nada que delas depende pode pretender solidez (BACON, 1997). Esta separação entre sujeito e objeto tornaria o saber seguro e apto a encontrar a verdade científica (CATÃO, 2005).

Segundo Bacon (1997, p. 28), somente a “cura da mente” possibilitaria a salvação do conhecimento científico. Isso significa que para alcançar o conhecimento científico o pesquisador deve abdicar de todas as influências, de todas as preconcepções ou conceitos predeterminados. Ele acreditava na possibilidade de uma experiência despida dessas interferências que distorciam seu verda-

deiro sentido, a ser conquistado pela atitude científica (FURLAN, 2002).

Verifica-se que as noções que fundamentavam a ciência dialética eram prejudiciais para a construção de um conhecimento científico, pois deixavam o intelecto a si mesmo, a mente sóbria, paciente e grave (BACON, 1997, p. 36). O intelecto humano ficaria livre para antecipar as definições, para concordar com o senso comum, impedindo que o pesquisador estudasse o objeto em todas as suas peculiaridades. O intelecto humano se deixa contagiar pela visão dos fenômenos que acontecem nas artes mecânicas, nas quais os corpos sofrem alterações por um processo de composição e separação, daí surgindo a ideia de que algo semelhante se passa na própria natureza (BACON, 1997, p. 51-52).

A influência da mente humana pelas noções preexistentes é nociva, no entender de Bacon (1997, p. 43), porque

o intelecto humano não é luz pura, pois recebe influência da vontade e dos afetos, donde se poder gerar a ciência que se quer. Pois o homem se inclina a ter por verdade o que prefere. Em vista disso, rejeita as dificuldades, levado pela impaciência da investigação; a sobriedade, porque sofreia a esperança; os princípios supremos da natureza, em favor da superstição; a luz da experiência, em favor da arrogância e do orgulho, evitando parecer se ocupar de coisas vis e efêmeras; paradoxos, por respeito à opinião de vulgo. Enfim, inúmeras são as fórmulas pelas quais o sentimento, quase sempre imperceptivelmente, se insinua e afeta o intelecto.

As noções superficiais e falsas que ocupam o intelecto humano e nele se acham implantadas foram por Bacon denominadas de “ídolos”, expressão que remete à idolatria, ou culto a algo como se fosse deus ou deusa (ANDRADE, 1997).

Bacon (1997, p. 40-41), dirigido mais por um fim didático, classificou os ídolos que impedem a busca do conhecimento científico em quatro, a saber: Ídolos da Tribo, Ídolos da Caverna, Ídolos do Foro e Ídolos do Teatro. Numa visão geral, os Ídolos da Tribo estão ligados à natureza humana: “é falsa a asserção de que os sentidos do homem são a medida das coisas” e são comparados por Bacon a um espelho; os Ídolos da Caverna estão na relação do indivíduo enquanto ele mesmo, são resultado do homem voltado para si próprio; os Ídolos do Foro são os “provenientes das associações recíprocas dos indivíduos do gênero humano entre si”, são os derivados do homem enquanto membro de uma sociedade, enquanto ser sociável; por fim, os Ídolos do Teatro têm ligação com “as filosofias adotadas ou inventadas, [...] as fábulas produzidas e representadas, que figuram mundos fictícios e teatrais”.

1.3 O círculo hermenêutico, o problema dos preconceitos e a estrutura prévia da compreensão segundo Heidegger

Feitas tais considerações sobre a acepção de interpretação de Bacon, segundo a qual o sujeito deve abdicar de todas as prenóções, a fim de fazer uma interpretação despida de falsos, impende esboçar algumas considerações acerca da ideia de círculo hermenêutico e a estrutura da prévia compreensão, que correspondem ao resgate do papel dos preconceitos levado a cabo na nova hermenêutica.

Consoante Gadamer (2005, p. 355-356), toda interpretação que se queira válida deve proteger-se da arbitrariedade de intuições repentinhas, voltando-se os olhos para “as coisas elas mesmas”, isto é, atentar-se para a coisa através dos desvios de percepção a que está submetido o intérprete e, além, a despeito deles. Sucedeu, porém, que aquele que busca compreender algo está sujeito a erros oriundos de opiniões prévias, que não se confirmam nas próprias coisas.

Gadamer toma exemplo da teoria do significado, ao apontar a equivocada pressuposição geral de que alguém que fala a mesma língua do seu interlocutor utiliza as palavras no mesmo sentido que a este último é familiar. Gadamer parece apresentar os preconceitos como ínsitos ao processo interpretativo. Adverte que, ao se empreender uma leitura, não se deve necessariamente lançar fora ou esquecer as próprias opiniões prévias sobre o objeto em questão.

Exige-se, sim, uma abertura para a opinião do *alter* ou para a opinião do texto. Assim, quem se lança à tarefa de compreender algo não se pode deixar dominar completamente pelas próprias opiniões prévias, mas, antes, estar aberto ao texto. No preciso dizer de Gadamer (2005, p. 358), “quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa”.

Essa postura de abertura do intérprete, no entanto, não equivale a uma suposta neutralidade diante do objeto ou anulação absoluta dos próprios juízos prévios. O que vale é dar-se conta dos próprios preconceitos, apropriar-se deles, a fim de conscientemente confrontá-los com o sentido do texto. É a aceitação desse caráter essencialmente preconceituoso da compreensão que apresenta e expõe a amplitude do problema hermenêutico (GADAMER, 2005, p. 360).

A partir da ideia heideggeriana de círculo hermenêutico, Gadamer afirma que o compreender é dotado de um movimento circular: a antecipação de sentido que remete ao todo somente chega a uma compreensão explícita na medida em que as partes que se determinam desde o todo, por sua vez, determinam o todo.

Compreender significa, primariamente, entender-se na coisa e apenas secundariamente destacar e compreender a opinião do outro como tal.

A compreensão, segundo Hassemer (1985 *apud* GRAU, 2003, p. 105), é um processo de aproximação em desenvolvimento, que aproxima o sujeito que comprehende e o objeto a compreender, até um encontro mútuo, produzindo uma transformação recíproca. Ao esboçar o pensamento de Heidegger, Falcão (2000, p. 176-177) apresenta a compreensão como “a capacidade que cada um tem de captar as possibilidades do ser, no conjunto do mundo vital em que cada um de nós existe. É ontologicamente essencial e antecede a qualquer ato do ser”.

1.4 Os preconceitos como pressupostos da compreensão

O novo paradigma linguístico do pensamento filosófico rompe com a dicotomia sujeito-objeto própria da tradição metafísica clássica, que alternava ora no sujeito, ora no objeto, de modo que, a partir dele, não mais se comprehende a linguagem como uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto. Sendo assim, o sujeito, no seu labor interpretativo, somente pode interpretar a partir dos pré-juízos ou “pré-conceitos” que compõem seu patrimônio cultural, filosófico, ideológico, político, religioso, jurídico e estético, ou seja, o seu *estar-no-mundo*.

A nova hermenéutica leva-nos a reservas quanto ao pensamento de Francis Bacon, no que concerne à busca de um intérprete que esteja totalmente despido de suas noções, cujo intelecto é liberado e expurgado de todos os preconceitos e preconcepções, de tal modo que o acesso ao reino do homem, que repousa sobre as ciências, possa parecer-se com o acesso ao reino dos céus, onde não se permite entrar senão sob a figura de criança (BACON, 1997, p. 54). Tal acepção não mais é aceita, pois, a partir do chamado *linguistic turn*, isto é, a virada linguística do pensamento filosófico, não mais se pode conceber a interpretação dissociada dos juízos prévios carreados pelo intérprete ao longo de sua experiência vital.

O intérprete apreende o objeto como algo que somente é apreensível linguisticamente. A compreensão será realizada através das condições proporcionadas pelo horizonte de sentido do próprio sujeito. Por outros dizeres, o objeto só poderá ser compreendido na qualidade de linguagem, na qual o sujeito já está previamente imerso (STRECK, 1999, p. 231).

Gadamer (2005, p. 358) afirma o seguinte:

uma consciência formada hermeneuticamente deve, desde o princípio, mostrar-se receptiva à alteridade do

texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem uma “neutralidade” com relação à coisa nem tampouco um anulamento de si mesma; implica antes uma destacada apropriação das opiniões prévias e preconceitos pessoais. O que importa é dar-se conta dos próprios pressupostos, a fim de que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade, podendo assim confrontar sua verdade com as opiniões pessoais.

Com base nesse processo interpretativo, e em razão da fusão de horizontes, é que Gadamer rejeita qualquer possibilidade de mera reprodução de sentido do objeto pelo sujeito. Considera uma ficção insustentável a ideia de que é possível ao intérprete se equiparar ao leitor original ou produtor do texto, descobrindo-lhe a intenção, ou mesmo a possibilidade de um pretenso sentido autônomo do texto. A assertiva é igualmente válida no âmbito da hermenêutica jurídica, pelo que não caberia falar em vontade da norma ou vontade do legislador (STRECK, 1999, p. 232).

Não por outra razão, Gadamer sustenta que a interpretação da norma jurídica é uma tarefa produtiva, criativa, e não meramente reprodutiva de sentido, e nem assim o pode ser. O intérprete não pode apreender o conteúdo da norma de um ponto de vista situado fora de sua existência histórica, mas somente a partir da situação histórica concreta na qual se situa, para o que concorrerão fortemente, como elementos da pré-compreensão, a autoridade e a tradição, que, embora banidas pela racionalidade moderna de matriz cartesiana, são resgatadas por Gadamer como elementos essenciais da fusão de horizontes que ocorre no encontro entre o sujeito e o objeto linguisticamente mediado.

Na relação do intérprete do Direito com os textos jurídicos e os fatos sociais, estes não mais podem ser concebidos como objetos tão somente, diante dos quais o sujeito se põe avalorativamente e os interpreta segundo seu *cogito*. A partir do novo paradigma, o intérprete é alguém já inserido previamente na linguagem, da qual o objeto já faz parte (STRECK, 1999, p. 230).

2 O novo papel do juiz no Direito

Boa parte dos intérpretes/aplicadores do Direito ainda está fortemente arraigada ao paradigma epistemológico da filosofia da consciência, segundo o qual o sujeito está diante de um objeto a ser interpretado e mediante o qual a atividade interpretativa visa a descobrir, desvelar, e assim reproduzir um suposto sentido normativo imanente, e não o construir. Dentro dessa perspectiva, os juristas tradicionalmente interpretam e aplicam o Direito segundo determinadas preconcepções, no mais das vezes aquela que corresponde

ao paradigma liberal, negando ou desconhecendo, entretanto, sua imersão nesse paradigma e sustentando uma pretensa neutralidade axiológica.

A neutralidade do juiz, classicamente aplicador do Direito, está ligada ao pensamento de Francis Bacon, no qual, para alcançar o conhecimento, exige-se a liberdade do pensamento de conceitos anteriores, ou seja, o não envolvimento do sujeito cognoscente com o objeto apreciado. Entretanto,

não é aceitável falar-se em uma neutralidade pura, absoluta, como se o julgador fosse máquina, sem sentimentos, sem passar por angústias, acrítico, que simplesmente atua ditando a letra morta da lei, pois, a ele é dada a tarefa de dar vida à letra da lei. Para tanto necessita fazê-lo de forma reflexiva e crítica, valendo-se das lacunas deixadas pelo legislador burguês no ordenamento jurídico, sob pena de não conseguir alcançar justiça em suas decisões (RAMIRO, [20--], p. 12).

A doutrina e a jurisprudência predominantes fixam os termos do horizonte de sentido dos juristas, que nelas buscam constante referência para exercer um labor de mera reprodução da interpretação das fontes “autorizadas”. A autoridade, aqui, não exerce o salutar papel no campo da compreensão como queria Gadamer, mas um papel pernicioso de limitação das possibilidades de construção democrática do Direito.

O fenômeno em razão do qual a comunidade de intérpretes jurídicos limita o sentido do Direito somente àquilo que diz a jurisprudência e a doutrina justifica em parte a afirmação de Portanova (2000, p. 124), segundo a qual “a jurisprudência dominante é a vitória de dado programa político nos tribunais”. Essa obediência cega à tradição e à autoridade, bem como o desconhecimento da própria capacidade de construir o sentido da norma jurídica, compõe aquilo que Warat (1994 *apud* STRECK, 1999, p. 51), apresenta como “senso comum teórico dos juristas”.

Todavia, de acordo com o novo paradigma hermenêutico, segundo o qual a norma jurídica não é um dado, mas algo construído, o intérprete/aplicador do Direito deve tomar consciência da sua atividade constitutiva da norma, e não meramente declaratória. O juiz exerce papel proeminente nessa tarefa, pois, embora toda a comunidade jurídica interprete o Direito, somente o juiz realiza plenamente o processo de interpretação até seu ponto culminante, que é a elaboração de uma norma de decisão, o que levou Kelsen (1979 *apud* GRAU, 2003, p. 24) a considerar o juiz como o “intérprete autêntico”.

Demais, à vista do papel essencial e imanente das preconcepções na compreensão da norma jurídica como objeto de interpretação, e tendo em conta que nenhum intérprete está alheio aos preconceitos e juízos prévios que compõem sua historicidade, a identificação da existência de motivações ideológicas subjacentes à norma de decisão (sentença) projeta a necessidade de conhecê-las, como garantia do controle intersubjetivo da atividade jurisdicional e reforço de sua própria legitimização. Nesse passo, como forma de prevenir a ocultação ideológica nas razões sentenciais, Portanova (2000) propõe que o juiz deva deixar expressamente consignada qual ou quais circunstâncias sociais, políticas ou econômicas o levaram a se decidir. Assim pondera o desembargador gaúcho:

É necessário que as partes possam acompanhar o raciocínio do juiz, pois só assim lhes é dado saber se, partindo de diretrizes válidas, foram devidamente considerados os fatores que envolvem o fato na realidade. Por evidente, não estarão aplacadas as ideologias, nem diminuídos os espaços ideológicos, pois a interpretação só interpreta o intérprete. O juiz continua livre para adotar uma ou outra forma de dizer o Direito. A opção é livre, mas ele deverá demonstrar como se convenceu. É uma tentativa de, na medida do possível, revelar a ideologia, ou seja, "fazer aparecer o invisível" (PORTANOVA, 2000, p. 148).

O papel do juiz no processo, sob essa ótica crítica, é necessariamente ativo, nunca meramente passivo. Ele garante a paz social pela atuação das regras de convivência, incentiva o contraditório, intervém no interesse do mais fraco para garantir a paridade de armas e envida esforços para aplicar a mais pura justiça (MARQUES, 2006).

3 A influência dos preconceitos no processo de interpretação do juiz

O paradigma epistemológico racionalista, a busca pela essência, pelo ser em si das coisas do mundo, a separação dicotônica entre sujeito e objeto e o dualismo verdadeiro-falso, característicos do pensamento essencialista, ainda têm bastante influência sobre a epistemologia jurídica, notadamente quanto ao papel do juiz no processo judicial na interpretação dos textos normativos (CATÃO, 2005).

Musetti (1998) afirma:

a Hermenêutica Jurídica apresenta uma peculiaridade importantíssima, [...] permite interpretar o

ordenamento jurídico dando-lhe um novo significado que, muitas vezes, não foi almejado pelo próprio legislador.

[...]

À Hermenêutica Jurídica cabe reconhecer os valores que estão subjacentes à letra da lei e, mais que isto, cuidar para que estes valores continuem direcionados para a causa do homem e da sociedade.

O papel desempenhado pelo juiz no processo é interpretar e aplicar a norma ao caso concreto, buscando a pacificação social. O jurista constrói o sentido da norma a partir de um determinado caso concreto, ou seja, ele deve construir o conteúdo normativo, respeitando o caso ao qual irá aplicá-lo (MUSSETTI, 1998).

A sistematização do Direito consiste na solução dos conflitos mediante a derivação das consequências lógicas do conjunto das normas jurídicas. As normas são obtidas a partir dos textos jurídicos, sejam legais ou jurisprudenciais, entendidos como expressões linguísticas, portanto como enunciados significantes, dotados de algum significado (FARALLI, 2006, p. 58).

Do agir do juiz é exigida neutralidade, pela qual ele se despe de todos os seus preconceitos, a fim de se satisfazerem as necessidades de segurança e limitação do poder dos magistrados, tratando a atividade jurisdicional como algo mecanizado e sem criatividade, em que o intérprete não leva em consideração valores ou outras questões subjetivas, nos moldes exigidos pelo racionalismo moderno ainda reinante (CATÃO, 2005).

Entretanto, percebe-se claramente uma confusão entre neutralidade e imparcialidade, pois, no entender de Gadamer (2005, p. 360), a contrariar o pensamento de Bacon:

preconceito não significa pois, de modo algum, falso juízo, uma vez que seu conceito permite que ele possa ser valorizado positiva ou negativamente [...] e no procedimento da jurisprudência um preconceito é uma pré-decisão jurídica, antes de ser baixada uma sentença definitiva.

Depreende-se, pois, da perspectiva gadameriana, que os preconceitos, prenóções, juízos prévios ou ideologia não devem ser temidos, disfarçados ou ocultados, pois representam elementos essenciais do processo de compreensão. Ainda segundo Gadamer (2005, p. 359):

uma compreensão guiada por uma consciência metodológica procurará não simplesmente realizar suas antecipações, mas, antes, torná-las conscientes para poder controlá-las e ganhar assim uma compreensão

correta a partir das próprias coisas. [...] São os preconceitos não percebidos os que, com seu domínio, nos tornam surdos para a coisa de que nos fala a tradição.

Gadamer (2005, p. 358) sugere, pois, que o importante é dar-se conta dos próprios pressupostos, a fim de que o texto possa se apresentar em sua alteridade, podendo assim confrontar sua verdade com as opiniões prévias pessoais e ensejando, portanto, a fusão de horizontes que é imanente à compreensão linguisticamente mediada.

Não há como exigir do intérprete do Direito a neutralidade, pois não há como se despir absolutamente dos preconceitos. Para Ferreira (1986 *apud* PAMPLONA FILHO, 2006, p. 2), o vocábulo “neutro” representa aquele “que não toma partido nem a favor nem contra; neutral”. A neutralidade pressupõe, do ponto de vista científico, o não envolvimento do cientista com o objeto de sua ciência, o que parece algo de uma impossibilidade palpável.

O juiz não deve se pretender neutro. Ele não pode esquecer-se de que, antes de ser juiz, é ser humano com formação acadêmica, concepções, traumas, paixões, que não podem ser abdicadas, “eis que a manifestação de sentimentos é um dos aspectos fundamentais que diferencia a própria condição de ente humano em relação ao frio ‘raciocínio’ das máquinas computadorizadas” (PAMPLONA FILHO, 2006, p. 5). Ademais, em qualquer atividade do conhecimento humano, sempre há escolhas que devem ser efetivadas.

Quem exige e impõe uma neutralidade ao juiz, ao contrário do que se pensa, não está de forma alguma sendo neutro, pois mesmo aquele que propugna pela neutralidade acaba tomando uma posição (ainda que seja por esta busca da neutralidade) (PAMPLONA FILHO, 2006, p. 4). Deve-se exigir dele que seja imparcial – que julga sem paixão; reto, justo. A imparcialidade do juiz é pressuposto para que a relação processual se instaure validamente. É nesse sentido que se diz que o órgão jurisdicional deve ser subjetivamente capaz.

A incapacidade subjetiva do juiz, que se origina da suspeita de sua imparcialidade, afeta profundamente a relação processual. Justamente para assegurar a imparcialidade do juiz, as constituições lhe estipulam garantias (CF/88, art. 95), prescrevem-lhe vedações (art. 95, parágrafo único) e proíbem juízos e tribunais de exceção (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1998, p. 51-52).

Definida a distinção entre neutralidade – que não pode ser exigida do juiz, bem como não o pode ser de quem quer que seja – e imparcialidade – dever do juiz de não tomar partido de qualquer das partes –, é bom esclarecer que não se pode admitir que

este aja com deslealdade quando a escolha dos fundamentos lhe for sugerida não pelo interesse da busca da verdade e da justiça no caso concreto, mas pelo interesse de sua vida pessoal, ou mesmo de sua vida profissional. Sobre a questão, ensina Pamplona Filho (2006, p. 17):

estas são pequenas artimanhas cavilosas, às quais seria preferível que o juiz nunca recorresse, do mesmo modo que não gostaríamos de perceber que, certas vezes, os magistrados, chamados a enfrentar em suas sentenças questões gerais de ressonância política (como certas questões relativas à liberdade religiosa ou à liberdade de imprensa), decidem segundo a justiça no dispositivo, mas na fundamentação encontram o meio de se refugiar por trás de argumentos de fato, a fim de não se comprometerem a dar sua opinião sobre a questão de direito. Essa arte de eludir as questões comprometedoras pode ser apreciável num diplomata; no juiz, eu a qualificaria como inconveniente timidez.

O juiz não é um agente neutro, conquanto deva manter a imparcialidade. Não há como exigir do magistrado que se dispasse suas preconcepções e preconceitos. Ele deve apreciar o caso de acordo com os princípios da justiça, buscando a verdade dos fatos, sem aderir a qualquer das partes. A norma de decisão será sempre a síntese do embate entre os fatos aduzidos pelas partes e da aplicação da(s) norma(s) pelo intérprete autêntico. Fatos e normas, contudo, são sempre produtos de interpretação e, *a fortiori*, conseqüários de toda a carga de subjetividade que o juiz derrama no ato de decidir.

Conclusão

Este pequeno excursus procurou esboçar um quadro comparativo entre duas acepções do conhecimento hermenêutico: a primeira, dita clássica, baseada num paradigma metafísico – objetificante da filosofia da consciência –, ao lado do qual podemos colocar o método de Bacon; e a segunda, calcada na chamada revolução linguística do pensamento filosófico do século XX, baseada no pensamento de Heidegger e Gadamer, como precursores da nova hermenêutica.

A racionalidade científica moderna, partindo da dúvida metódica cartesiana, se propunha a não aceitar como verdadeiro tudo que não se apresentasse absolutamente evidente ao sujeito. Bacon prossegue nesse paradigma ao sintetizar seu método, cujo objetivo era expurgar a experiência humana de todas as influências, preconcepções e conceitos predeterminados, que se interporiam

entre o sujeito e o alcance do verdadeiro conhecimento sobre o objeto digno de ser tomado como científico.

A acepção heideggeriana da compreensão e a ideia de círculo hermenêutico resgatam o papel dos preconceitos como elementos imanentes da interpretação do objeto. A partir de Heidegger e Gadamer, a linguagem deixa de constituir um terceiro elemento interposto entre o sujeito e o objeto: o intérprete é alguém já previamente inserido na linguagem, da qual o objeto fatalmente faz parte. Daí porque, se compreensão é mediada por uma linguagem que previamente contém o sujeito e o objeto, o intérprete, por mais que se esforce para tanto, não pode se desvincilar dos conceitos preconcebidos que compõem sua historicidade. O processo interpretativo enseja uma retroalimentação entre a abordagem do objeto, saturada pelos preconceitos subjetivos, e a transformação da mundividência do sujeito a partir da (re)construção do sentido do objeto.

A nova hermenêutica provoca a necessidade de uma radical mudança na produção, na interpretação e na aplicação do Direito. Algumas das suas consequências práticas são:

- primeira, a constatação da falácia da ideia de “verdadeiro”, “único” ou “melhor” sentido da norma. O que há são sentidos possíveis;
- segunda, a dificuldade de se continuar aceitando a ideia de mero desvendamento, descoberta ou revelação do sentido da norma, como se o sentido fosse um ente guardado no invólucro do significante textual. A atividade interpretativa do Direito é, pois, constitutiva, e não simplesmente declaratória. A norma não é um dado, mas uma construção;
- terceiro, a comunidade de intérpretes do Direito precisa tomar consciência de sua capacidade de interpretar a norma a partir da construção de seu sentido, e não apenas reproduzindo interpretações das fontes consideradas autorizadas: a jurisprudência e a “melhor” doutrina.

Todos fazem parte de uma comunidade de intérpretes, para concordar com Häberle (1997, p. 12). O legislador produz textos, mas os sentidos dos textos legais não ficam e não devem ficar engessados e cingidos à vontade original do legislador. Os tribunais, particularmente o Tribunal Constitucional, racionalizam a atividade jurisdicional com a edição de súmulas de jurisprudência, mas suas decisões não são necessariamente melhores do que as dos juízes singulares de primeiro grau. Os advogados apresentam versões dos fatos e do Direito aplicáveis ao conflito de interesses, mas elas são apenas *topos* na argumentação envolvida no processo. Por fim, os juízes, produtores da norma de decisão, precisam de

uma vez por todas dar-se conta do seu poder e dever de construir o sentido da norma jurídica para então a aplicar, e não reproduzir mecanicamente o sentido dado, sob pena de se continuar apartando a função jurisdicional do princípio da justiça. Essa é, cremos, a grave e urgente missão da nova hermenêutica na seara do Direito.

Referências

- ANDRADE, José Aluysio Reis de. Bacon – Vida e Obra. In: BACON, Francis. **Novum Organum ou Verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza / Nova Atlântida**. Tradução e Notas de José Aluysio Reis de Andrade. São Paulo: Nova Cultura, 1997.
- ARAÚJO, Carlos Alberto Ávila. A ciência como forma de conhecimento. **Revista Eletrônica Ciências & Cognição**. Rio de Janeiro, v.8, p.127-148, 2006. Disponível em: <<http://www.cienciascognicao.org/artigos/v08/m32690.htm>>. Acesso em: 2 jan. 2008.
- BACON, Francis. **Novum Organum ou Verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza / Nova Atlântida**. Tradução e Notas de José Aluysio Reis de Andrade. São Paulo: Nova Cultura, 1997.
- CATÃO, Adrualdo de Lima. A visão hermenêutica da interpretação jurídica para a superação do paradigma da neutralidade do intérprete. In: CONGRESO NACIONAL DO CONPEDI, XIV, 2005, Florianópolis. **Anais...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 289-290.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria Geral do Processo**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.
- FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 2000.
- FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios**. Tradução de Candice Permaor Gullo. Revisão da tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.
- FURLAN, Reinaldo. Uma Revisão/Discussão Sobre a Filosofia Da Ciência. **Revista Paidéia**, Ribeirão Preto, v. 12, n. 24, jul.-dez. 2002. Disponível em: <<http://sites.ffclrp.usp.br/paideia/artigos/24/01.doc>>. Acesso em: 2. jan. 2008.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução por Enio Paulo Giachini. 7. edição. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e Interesse**. Introdução e tradução de José N. Heck. Revisão de texto de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1982.

MARQUES, Roberto Godoy de Mello. A apuração da verdade e os poderes instrutórios do juiz. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1129, 4 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8737>>. Acesso em: 27 dez. 2007.

MUSETTI, Rodrigo Andreotti. **A Hermenêutica Jurídica de Gadamer e o pensamento de Santo Tomás de Aquino**. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 27, 23 dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=31>>. Acesso em: 29 dez 2007.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo M. V. O Mito da Neutralidade do Juiz como Elemento de seu Papel Social. EVOCATI Revista, [S.I.], ano 1, n. 9, set. 2006. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=35>. Acesso em: 04/05/2011

PONTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 4. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes. **Imparcialidade e Neutralidade**: Identidade? Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, [20--]. Disponível em: <http://www.ihj.org.br/pdfs/Artigo_Caio_Imparcialidade.pdf>. Acesso em: 9 jan. 2008.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise – Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

PARTE 2

JURISPRUDÊNCIA

Tribunal Superior do Trabalho

Recurso ordinário em ação rescisória. Irregularidade na citação. Cerceamento de defesa. Princípios constitucionais.

ACÓRDÃO

RECURSO ORDINÁRIO EM AÇÃO RESCISÓRIA. CERCEA- MENTO DE DEFESA. IRREGU- LARIDADE NA CITAÇÃO. DÚVIDAS ACERCA DO RECEBIMENTO DO INSTRUMENTO CITATÓRIO. VIO- LAÇÃO DOS ARTIGOS 5º, LIV E LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 841, § 1º, DA CLT. OCORRÊ- NCIA.

1. É de ser exigido que, no curso da relação processual, sejam estritamente observados os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, inerentes e indissociáveis ao regular andamento do feito.

2. Embora o Direito Processual do Trabalho seja marcado pelo desapego às formalidades excessivas, permitindo-se que a citação se dê por via postal, tal avanço, em prol da celeridade do processo, não pode servir para trazer incertezas à regularidade de ato processual de tamanha importância ao regular curso da lide, haja vista as consequências advindas da revelia.

3. No presente caso, do Aviso de Recebimento da notificação de citação da reclamada não se pode extraír que este fora recebido por funcionário da instituição bancária destinatária, porquanto ausen-

te qualquer identificação que confirmasse o seu nome, cargo e número de matrícula.

4. Ante o irregular procedimento citatório, em desatenção ao disposto no artigo 841, § 1º, da CLT, que levou à revelia da reclamada, mostra-se evidente o cerceamento de defesa, porquanto violado o disposto no artigo 5º, LIV e LV, da Constituição Federal, o que impõe a rescisão da decisão rescindenda.

5. Recurso ordinário em ação rescisória a que se dá provimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Ordinário em Ação Rescisória nº **TST-ROAR-23700-06.2007.5.12.0000**, em que é Recorrente **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF** e Recorrido **ALAÉCIO MONTEIRO SILVY**.

Perante o Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, a **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF** ajuizou **ação rescisória**, com fulcro no artigo 485, V, do CPC, cujo objetivo é a desconstituição do acórdão proferido nos autos da reclamação trabalhista nº 02977/2002-014-12-00.9, na qual a referida empresa pública restou condenada ao pagamento de parcelas trabalhistas em favor de **ALAÉCIO MONTEIRO SILVY**

Por meio do acórdão de fls. 605/613, a Corte Regional julgou **improcedente** a pretensão rescisória, por

não restar configurado o alegado cerceamento de defesa decorrente da irregularidade da citação, cassando os efeitos da liminar anteriormente deferida.

Inconformada, a autora interpõe recurso ordinário, no qual reafirma a tese de **cerceamento de defesa** - em virtude do fato de que a citação fora encaminhada para endereço incorreto (fls. 618/635) -, da ocorrência da **prescrição** e da **incompetência do juízo de 1º grau**. Para tanto, sustenta violação dos artigos 5º, LIV e LV, e 7º, XXIX, da Constituição Federal; dos artigos 11, I, 651, 794, 798 e 841, *caput* e § 1º, da CLT; do art. 219, § 5º, do CPC; e do artigo 189 do CC.

Pela decisão de fl. 835, o recurso ordinário foi recebido pela Presidência do Tribunal *a quo*.

Contrarrazões apresentadas às fls. 848/865.

O d. Ministério Público do Trabalho não oficiou nos autos.

É o relatório.

VOTO

1. CONHECIMENTO

Atendidos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade recursal, considerados a tempestividade (fl. 614 e 618), a representação processual regular (fl. 636) e o recolhimento do preparo (fls. 638), conheço do recurso ordinário.

2. MÉRITO

2.1. CERCEAMENTO DE DEFESA. IRREGULARIDADE NA CITAÇÃO. OCORRÊNCIA.

A egrégia Corte Regional julgou **improcedente** a pretensão rescisó-

ria por entender que, não obstante constar **endereço inexistente** do mandado citatório, **logrou êxito a ECT** em entregar o documento para o seu correto destinatário, já que era pública e notória a localização da CEF na cidade de São José/SC. Ao fundamentar sua decisão, registrou:

“(...) segundo incerto na própria exordial (fl. 07), a rua que constou da correspondência enviada pela Vara do Trabalho e o número respectivo (Rua Roberto Leal nº 1.839, Barreiros, São José) não existem. Portanto, não se trata de endereço incorreto, mas sim de endereço inexistente no qual, pela lógica, ninguém seria encontrado pelo servidor da ECT.

Sucede que este logrou entregar a correspondência alusiva à audiência inicial para a Sra. Sandra (fl. 113-v), tendo comprovado o réu que havia funcionária com este nome na agência Coronel Américo (fls. 173 e 548).

De outro lado, na intimação concernente à sentença, na qual constou idêntico endereço da demanda, o mesmo carteiro que fez a entrega do documento anterior, Paulo Wilson Tadeu Araújo, procedeu, sem maiores problemas, à entrega, na pessoa do Sr. Luiz Henrique Morais de Lima (fl. 124-v).

Dessa sorte, a ilação que se pode extrair desse histórico é que, à vista de um endereço inexistente, e tendo ciência o carteiro - porque pública e notória a localização da agência da CEF - do correto, agiu com presteza e realizou a notificação tanto no ato da citação inicial como da intimação da sentença.

Portanto, foram garantidos, *in casu*, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa previstos nos artigos 5º, LIV e LV, da Constituição Federal.

Também não se cogita de afronta ao regime de nulidades da CLT, mais especificamente os artigos 794 e 798, visto que os atos citatórios/ notificatórios alcançaram o seu objetivo noticiador da existência da lide e da respectiva decisão, tendo sido respeitado o artigo 841, *caput* e parágrafo 1º, da CLT.” (fls. 130/131)

No recurso ordinário sustenta a recorrente, em síntese, que a citação “não foi regularmente efetuada, posto que a notificação inicial foi remetida para endereço incorreto, não tendo a reclamada a oportunidade de exercer seu direito constitucional de ampla defesa”, pelo que violado o disposto no artigo 5º, LIV e LV, da Constituição Federal, bem como o artigo 841 da CLT (fl. 620).

Passo à análise da alegação.

Dúvida não há em relação à exigência de que, no curso da relação processual, sejam estritamente observados os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, inerentes e indissociáveis ao regular andamento do feito.

A tutela de tal observância, é certo, está conferida aos magistrados de todas as instâncias, aos quais cabe a condução das lides atenta ao balizamento exigido pelos referidos princípios constitucionais, tendentes a proporcionar aos litigantes oportunidades iguais de afirmação de seus direitos.

Ante tais premissas, tem-se que, no presente caso, impõe-se responder a seguinte pergunta: Estaria correto o entendimento exarado pela instância *a quo* em relação à alegada ocorrência de violação ao artigo 5º, LIV e LV, da Constituição Federal?

Para o melhor esclarecimento dos fatos que fundam a alegada nulidade no procedimento de citação da instituição bancária, e o cerceamento de defesa daí decorrente, mostra-se oportuno focar a discussão na correção ou não dos procedimentos adotados pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT para efetivar a entrega da notificação de citação.

Com efeito, diante do desapego às formalidades excessivas e do foco na celeridade processual, ambos a informarem o Direito Processual do Trabalho, tem-se que o artigo 841, § 1º, da CLT prevê que a notificação para comparecimento do réu à audiência de julgamento se dê por via postal, o que, efetivamente, ocorreu nos presentes autos.

Ocorre que, na petição inicial, o autor indicou como sendo o endereço da ré a Rua **Roberto Leal** nº **1839**, em São José-SC, endereço inexistente naquela localidade, pelo que motivou o funcionário da ECT, ante a sabença do correto endereço da agência da Caixa Econômica Federal naquela localidade, a entregar o documento citatório no endereço Avenida **Leoberto Leal** nº **389**, também na referida cidade.

É certo que a jurisprudência desta Corte afirma que a citação

deve ser **considerada válida** quando entregue **no correto endereço do réu**. Nesse sentido, cite-se, por exemplo, o seguinte precedente da SBDI-2, *verbis*:

"RECURSO ORDINÁRIO DO RÉU - ANTÔNIO AGUIAR MANDU. NULIDADE DE CITAÇÃO. NÃO CONFIGURADA. A citação no processo de trabalho apresenta peculiaridades que a diferem daquela realizada no processo comum (art. 215 do CPC e seguintes). De fato, o artigo 841 da CLT bem espelha o notório sistema da impessoalidade da citação que vigora nesta Justiça Especializada, considerando que ela se processa mediante notificação postal, expedida automaticamente para o endereço do reclamado, fornecido pelo reclamante na petição inicial. Tal sistema visa a garantir maior rapidez na comunicação, em homenagem ao princípio da celeridade, norteador do processo trabalhista, afastando, assim, a necessidade de que a citação se faça pessoalmente, sendo bastante, para considerá-la válida, que seja entregue no correto endereço do reclamado, o que no caso, diante das provas carreadas aos autos, entendo comprovado. Desta forma, incólumes os artigos 841, § 1º, da CLT e 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Recurso ordinário provido. Neste passo, em face do provimento dado ao recurso ordinário do réu, resta prejudicado o exame do recurso adesivo do autor." (SBDI-2, ROAR-746.040/2001.6, Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva, DJ de 13/04/2007)

Ocorre que, no presente caso, há **particularidade fática** que

julgou suficiente a afastar a incidência de tal entendimento.

Como se vê à fl. 113-v, o **Aviso de Recebimento - AR**, referente à citação da **CEF**, foi assinado por uma destinatária chamada **Sandra** que, ao lado de assinatura simples, após o número **986516**. Outro, entretanto, foi o procedimento verificado quando da notificação da sentença, também enviado para o referido endereço inexistente, o que levou o mesmo Carteiro a entregar o documento no correto local. Ocorre que, nessa **segunda oportunidade**, vê-se claramente que o **Aviso de Recebimento** foi entregue ao Sr. **Luiz Henrique Moraes de Lima**, que, abaixo de sua assinatura, após carimbo no qual consta o seu **cargo de Escriturário** e sua **Matrícula**, a de nº 040663.

Penso que justamente aqui reside a incerteza que afasta a aplicação ao presente caso da referida jurisprudência desta Corte.

Não obstante encaminhado para endereço inexistente, tenho que não se pode questionar a **regular notificação** da reclamada em relação à sentença, posto **inquestionável** o recebimento por funcionário devidamente identificado por assinatura e por carimbo no qual consta nome, cargo e matrícula que o vincula à instituição bancária.

Outra, contudo, é a conclusão em relação à notificação citatória.

Com efeito, embora o Direito Processual do Trabalho seja marcado pelo referido desapego às formalidades excessivas, inerentes à lei substantiva civil, penso que

tal avanço, em prol da celeridade do processo, não pode servir para trazer incertezas à regularidade do ato processual que reputo ser o mais importante no curso da lide, haja vista as consequências advindas da revelia.

A simples aposição do nome **Sandra e do número 986516** no verso do Aviso de Recebimento da notificação citatória (fl. 113-v), penso eu, não tem o condão de imprimir a certeza de que o documento foi efetivamente entregue a pessoa habilitada para tanto.

É certo que dos autos extrai-se que, posteriormente, foi constatado que na Agência Coronel Américo, localizada naquele endereço, já trabalhou ou trabalha a Sra. **Sandra Regina de Souza Kretzer**, conforme notícia a cópia da listagem de fls. 173. Entendo, contudo, que tal fato não logra afastar as **dúvidas** acerca da regularidade da citação, posto que consta do referido documento que a Matrícula da referida funcionária, no âmbito da reclamada, é a de número **2594-5**, que em nada liga ao número posto no Aviso de Recebimento, qual seja, **986516**.

Justamente em razão deste fato, é que o acórdão rescindendo afirma que seria “presumível que o agente do correio tenha procedido a entrega da correspondência no endereço correto” (fl. 202).

Contudo, em se tratando de ato citatório, deve-se exigir a mínima comprovação da regularidade da citação, o que se daria, é certo, se tivesse sido aposto carimbo que identificasse a referida funcionária com cargo e matrícula. Como isso

não ocorreu, penso que poderia o funcionário da ECT proceder à devolução da notificação ao Juízo, informando a inexistência do endereço, o que levaria o magistrado a intimar o reclamante para que indicasse o correto endereço para nova citação.

Ocorre que tal proceder poderia ser exigido de um Oficial de Justiça, afeito às coisas do foro e às normas processuais, mas não de um simples funcionário da ECT que, por não ser servidor do Poder Judiciário, é desprovido de consciência das consequências jurídicas decorrentes da possível nulidade da citação que se efetiva.

Assim, haja vista que não há elementos que confirmem que a assinatura apostada no Aviso de Recebimento é realmente da funcionária da ECT, tenho que, mesmo que a CLT preveja que a notificação inicial seja feita em registro postal, nos termos do § 1º do artigo 841 da CLT, não se pode admitir que a incerteza quanto a regularidade da citação possa impor à reclamada os graves efeitos da revelia, pelo que entendo como vulnerados os princípios constitucionais processuais inscritos no artigo 5º, LIV e LV, da Constituição Federal, bem como o disposto no artigo 841, § 1º, da CLT.

Do exposto, ante a violação do artigo 5º, LIV e LV, da Constituição Federal, **dou provimento** ao recurso ordinário para julgar **processante a ação rescisória**, desconstituindo a decisão rescindenda e, em juízo rescisório, anular todos os atos processuais a partir da citação, determinando a baixa dos autos à 2ª Vara do Traba-

Iho de Florianópolis/SC, onde o processo deverá ser processado de forma regular.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção II Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, vencidos os Excelentíssimos Ministros João Orestes Dalazen e Emmanoel Pereira, dar provimento ao recurso ordinário para julgar procedente a ação rescisória, desconstituindo a decisão rescindenda

e, em juízo rescisório, anular todos os atos processuais a partir da citação, bem como determinar a baixa dos autos à 2^a Vara do Trabalho de Florianópolis/SC, onde o processo deverá ser processado de forma regular.

Brasília, 29 de junho de 2010.

Firmado por assinatura digital
(MP 2.200-2/2001)

CAPUTO BASTOS

Ministro Relator

ROAR 23700-06.2007.5.12.0000 -

DEJT 13/08/2010

Superior Tribunal de Justiça

Informações processuais via internet. Caráter oficial. Lei n. 11.419/2006. Prestígio à eficácia e confiabilidade das informações prestadas pela internet. Erro ou falha do sistema. Justa causa identificável. Conjuntura legislativa e jurisprudencial. Melhoria da prestação jurisdicional. Art. 5º, Inciso LVXXII, da Constituição.

EMENTA OFICIAL

RECURSO ESPECIAL - PROCESSO CIVIL – INFORMAÇÕES PROCESSUAIS DISPONIBILIZADAS VIA INTERNET – CARÁTER OFICIAL À LUZ DA LEI N. 11.419/2006 - PRESTÍGIO À EFICÁCIA E CONFIABILIDADE DAS INFORMAÇÕES PRESTADAS POR MEIO DA INTERNET - HIPÓTESE DE ERRO OU FALHA DO SISTEMA – JUSTA CAUSA - POSSIBILIDADE DE IDENTIFICAÇÃO - CONJUNTURA LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIAL - ATUALIDADE - HOMENAGEM À ADOÇÃO DE RECURSOS TECNOLÓGICOS - MELHORIA DA PRESTAÇÃO JURISDICIAL - ART. 5º, INCISO LVXXII, DA CARTA REPUBLICANA - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

I - Com o advento da Lei n. 11.419/2006, que veio disciplinar “(...) o uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais”, a tese de que as informações processuais fornecidas pelos sites oficiais dos Tribunais de Justiça e/ou Tribunais Regionais Federais, somente possuem cunho informativo perdeu sua força, na medida em que, agora está vigente a legislação necessária para que todas as informações

veiculadas pelo sistema sejam consideradas oficiais.

II - A razão desta interpretação é consentânea com o art. 4º, *caput* e § 2º da Lei n. 11.419/2006, que expressamente apontam, *in verbis*: “(...) Art. 4º. Os tribunais poderão criar Diário da Justiça eletrônico, disponibilizado em sítio da rede mundial de computadores, para publicação de atos judiciais e administrativos próprios e dos órgãos a eles subordinados, bem como comunicações em geral. (...) § 2º. A publicação eletrônica na forma deste artigo substitui qualquer outro meio e publicação oficial, para quaisquer efeitos legais, à exceção dos casos que, por lei, exigem intimação ou vista pessoal.”

III - A disponibilização, pelo Tribunal, do serviço eletrônico de acompanhamento dos atos processuais, para consulta das partes e dos advogados, impõe que ele se realize de modo eficaz, uma vez que há presunção de confiabilidade das informações divulgadas. E, no caso de haver algum problema técnico do sistema, ou até mesmo algum erro ou omissão do serventuário da justiça, responsável pelo registro dos andamentos, que porventura prejudique uma das partes, pode-

rá ser configurada a justa causa prevista no *caput* e § 1º do art. 183 do Código de Processo Civil, salvo impugnação fundamentada da parte contrária.

IV - A atual conjuntura legislativa e jurisprudencial é no sentido de, cada vez mais, se prestigiar a divulgação de informações e a utilização de recursos tecnológicos em favor da melhor prestação jurisdicional, com evidente economia de recursos públicos e em harmonia com o que dispõe o art. 5º, inciso LXXVIII, da Carta Republicana.

V - Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, a Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Nancy Andrichi votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sidnei Beneti.

Brasília, 16 de dezembro de 2010 (data do julgamento)

MINISTRO MASSAMI UYEDA
Relator
REsp 1.186.276 - DJe 02/02/2011

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA (Relator): Cui-

da-se de recurso especial interposto por ANDRESSA VALENTE DA SILVA fundamentado no art. 105, inciso III, alíneas "a" e "c", do permissivo constitucional, em que se alega violação do art. 241, inciso I, do Código de Processo Civil, bem como dissídio jurisprudencial.

Os elementos existentes nos autos noticiam que a ora recorrente, ANDRESSA VALENTE DA SILVA ajuizou, em face da ora recorrida, SOGIL - SOCIEDADE DE ÔNIBUS GIGANTE LTDA., demanda indenizatória, por danos morais e materiais, em razão de acidente de trânsito que envolveu veículo automotor de propriedade desta última, ocorrido em 11 de novembro de 2004. (fls. 19/40)

Devidamente citada (fl. 70), a ora recorrida, SOGIL – SOCIEDADE DE ÔNIBUS GIGANTE LTDA., apresentou contestação (fls. 76/104), ocasião em que impugnou, especificamente, os fundamentos da petição inicial. Na oportunidade, apresentou pedido de denúncia da lide em face da seguradora Hannover International Seguros S. A.

Contudo, às fls. 159/161, o Meritíssimo Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Gravataí/RS, Dr. Rodrigo de Souza Allemey, reconheceu a intempestividade da peça contestatória apresentada pela ora recorrida, SOGIL - SOCIEDADE DE ÔNIBUS GIGANTE LTDA., e, ato contínuo, declarou sua revelia. Dentre seus fundamentos, destacam-se os seguintes, *in verbis*: "(...) é questão sedimentada na jurisprudência o fato de que para a contagem de prazo o que é relevante é a informação constante nos autos, sendo aquela

vinculada na internet mero meio facilitador para o advogado, ao passo que não tem o condão de substituir àquela constante no processo.”

Irresignada, a ora recorrida, SOGIL - SOCIEDADE DE ÔNIBUS GIGANTE LTDA., interpôs agravo de instrumento, ao fundamento de que “(...) é cediço que o reconhecimento da intempestividade tem o condão exclusivo de penalizar a desídia das partes, o que não se coaduna com a hipótese em commento.” (fl. 2).

Por sua vez, o egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, na oportunidade do julgamento da controvérsia, entendeu por bem, por maioria de votos, dar provimento ao agravo de instrumento. A ementa está assim redigida:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO RESPONSABILIDADE EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. SISTEMA INFORMATIZADO. INFORMAÇÕES PROCESSUAIS DISPONIBILIZADAS VIA INTERNET. OFICIALIDADE. TEMPESTIVIDADE RECONHECIDA.

As informações contidas nos sites do Poder Judiciário têm cunho oficial e geram para as partes que as consultam a presunção de correção e confiabilidade. A equivocada informação lançada no sistema não pode acarretar prejuízo à parte. Tempestividade de contestação reconhecida.

PROVA PERICIAL. REQUERIMENTO DA AUTORA. PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS PERICIAIS.

A prova pericial foi postulada pela parte autora. Dessa forma,

incumbe a esta o pagamento dos honorários do expert. Incidência do art. 33 do Código de Processo Civil. Precedentes Jurisprudenciais. Sendo a autora beneficiária de assistência judiciária gratuita, o Estado é quem deverá arcar com essas despesas.

AGRAVO PROVIDO.

Nas razões do especial, a ora recorrente, ANDRESSA VALENTE DA SILVA, sustenta, em síntese, que a informação processual disponibilizada na Internet, por meio da página eletrônica do Tribunal de origem, não pode prevalecer sobre a certidão cartorária. Assevera, também, que as informações eletrônicas não possuem caráter vinculativo e sim informativo. Aduz, outrossim, que compete à parte verificar, diretamente nos autos, a sucessão dos atos processuais.

Devidamente intimada, a ora recorrida, SOGIL - SOCIEDADE DE ÔNIBUS GIGANTE LTDA., apresentou contrarrazões (fls. 222/231), suscitando, em resumo, pela manutenção do v. acórdão recorrido.

Às fls. 233/235, foi proferido juízo positivo de admissibilidade, oportunidade em que os autos ascenderam ao Superior Tribunal de Justiça.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MASAMI UYEDA:

A irresignação não merece prosperar.

Com efeito.

A celeuma aqui instaurada diz respeito ao exame jurídico das informações processuais disponibilizadas por meio da Internet, na página eletrônica do Tribunal de Justiça, se possuem caráter informativo, ou se, do contrário, ostentam natureza oficial, à luz da Lei n. 11.419/2006.

Antes, porém, é mister que se realize uma brevíssima digressão dos fatos.

Como visto, a ora recorrente, ANDRESSA VALENTE DA SILVA, em virtude de acidente automobilístico, apresentou demanda indenizatória em face da ora recorrida, SOGIL - SOCIEDADE DE ÔNIBUS GIGANTE LTDA. Consta dos autos que a recorrida foi citada em 19/02/2008, sendo que o Aviso de Recebimento foi juntado aos autos em 09/04/2008, nos termos da certidão cartorária juntada à fl. 76 v. Contudo, a contestação foi apresentada em 29/04/2008, sob fundamento de que a informação disponibilizada pelo Tribunal de origem, em sua página eletrônica, dava notícia de que o Aviso de Recebimento foi juntado em 14/04/2008. O r. Juízo *a quo*, ao identificar tal situação, entendeu por bem reconhecer a intempestividade da contestação e, ato contínuo, declarar a revelia. Por sua vez, o Tribunal de origem, por maioria, deu provimento ao agravo de instrumento interposto, sob fundamento de que as informações processuais prestadas por meio da Internet possuem caráter oficial e geram, para as partes que as consultam, a presunção de correção e confiabilidade.

É certo que tal discussão - validade das informações processuais

prestadas pela Internet - não passou despercebida por esta Corte Superior.

Diga-se, a esse respeito, que embora se tenha admitido a consideração absolutamente positiva das informações veiculadas pelo sistema da *Internet* de modo, por exemplo, que se propicie o manejo de recurso com a só divulgação informática do julgado, isso não levaria, *ipso facto*, à consideração de que essas informações teriam caráter vinculativo. Nesse sentido, registra-se, por oportuno, que a egrégia Corte Especial apreciou a questão no julgamento do EREsp 503.761/DF, Relator Min. Felix Fischer (DJ de 14/11/2005). A ementa está assim redigida:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. REABERTURA DE PRAZO. INFORMAÇÕES PRESTADAS VIA INTERNET. NATUREZA MERAMENTE INFORMATIVA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ART. 183, § 1º, DO CPC.

As informações prestadas via internet têm natureza meramente informativa, não possuindo, portanto, caráter oficial. Assim, eventual erro ocorrido na divulgação destas informações não configura justa causa para efeito de reabertura de prazo nos moldes do art. 183, § 1º, do CPC.

Embargos de divergência rejeitados."

Há, ainda, desta egrégia Terceira Turma, os seguintes julgados acerca do tema:

"Direito civil. Agravo no recurso especial. Ação revisional.

Contestação. Prazo. Intempes-tividade. Revelia. Erro na divulgação de informações processuais pela internet. Precedentes.

- O erro no sistema processual divulgado pelos Tribunais por meio eletrônico não constitui elemento hábil a afastar a intempestividade na realização de ato processual. Precedentes. Agravo no recurso especial desprovisto."

AgRg no REsp 581768/RS, Relatora Ministra Nancy Andrichi, DJ de 16/08/2004.

E mais: AgRg no Ag 628.210/PR, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJU de 18.04.2005; EDcl no AgRg no Ag 481.369/RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJU de 31.05.2004; REsp 514.412/DF, Terceira Turma, Rel. Min. Castro Filho, Rel. p/ Acórdão Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJU de 09.12.2003 REsp 572.154/PR, Rel. Min. José Delgado, DJU de 14.06.2004; AgRg no Ag 1.047.351/RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 05/03/2009.

Não se olvida, por certo, que esta Relatoria, na oportunidade do julgamento do AgRg no Ag 1.047.351/RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, acompanhou tal orientação. Todavia, melhor refletindo, observa-se que a matéria merece enfoque distinto, *data maxima venia*, à luz da Lei n. 11.419/2006.

É certo que a raiz hermenêutica dos votos acima referidos é semelhante, a saber: as informações processuais prestadas por sítios eletrônicos da Justiça, a despeito de sua credibilidade, não são dotadas de caráter oficial, amparado em lei. Dessa forma, ainda que a jurisprudência

desta Corte Superior creditasse a necessidade de se dotar o sistema judiciário de inovações tecnológicas, ressentia-se de lei que regulasse os trâmites e as informações processuais.

Todavia, com o advento da Lei n. 11.419/2006, que veio disciplinar "(...) o uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais", acredita-se que a tese de que as informações processuais fornecidas pelos sites oficiais dos Tribunais de Justiça e/ou Tribunais Regionais Federais, somente possuem cunho informativo perdeu sua força, na medida em que, agora está vigente a legislação necessária para que todas as informações veiculadas pelo sistema sejam consideradas oficiais.

A razão desta interpretação que ora se expõe é consectânea com o art. 4º, caput e § 2º da Lei n. 11.419/2006, que expressamente apontam, *in verbis*:

"(....)

Art. 4º. Os tribunais poderão criar Diário da Justiça eletrônico, disponibilizado em sítio da rede mundial de computadores, para publicação de atos judiciais e administrativos próprios e dos órgãos a eles subordinados, bem como comunicações em geral.

(...)

§ 2º. A publicação eletrônica na forma deste artigo substitui qualquer outro meio e publicação oficial, para quaisquer efeitos legais, à exceção dos casos que, por lei, exigem intimação ou vista pessoal."

A guisa de esclarecimento, a intimação ou vista pessoal de que

trata a parte final do § 2º do art. 4º refere-se, sem dúvida, àquela dirigida ao Ministério Público, nos termos do § 2º do art. 236 do Código de Processo Civil, ao Defensor Público, conforme dispõe a Lei Complementar n. 80/1994, dos representantes judiciais da administração pública direta, para certos atos em certas ações, como determina, por exemplo, o art. 17 da Lei n. 10.910/2004, bem como dos integrantes da Advocacia Geral da União, nos termos do art. 6º da Lei n. 9.028/95 e, por fim, de outras pessoas em relação às quais leis específicas exijam a intimação pessoal, para validade do ato de comunicação processual que, registra-se, continuam sendo realizadas de maneira convencional.

De qualquer sorte, atualmente, é comum que os Tribunais, inclusive este Superior Tribunal, coloquem à disposição das partes o andamento processual pela Internet, para que todos possam acompanhar os **passos da ação no decorrer do processo**. Sem dúvida que trata-se de um banco de dados oficial e as informações nele veiculadas ostentam caráter oficial, e não meramente informativo, *data venia*.

No caso, o sistema de informações processuais disponíveis via Internet, oriundo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, informa que a juntada do mandado de citação ocorreu em 14/04/2008. Todavia, nos autos do processo, consta a juntada em 09/04/2008. Tal equívoco levou a erro a ora recorrida que, confiando nas informações prestadas eletrônica-

mente, ofereceu a contestação em 29/04/2008, data em que findaria o prazo, de acordo com a informação disponibilizada na página eletrônica.

Dessa forma, a disponibilização, pelo Tribunal, do serviço eletrônico de acompanhamento dos atos processuais, para consulta das partes e dos advogados, impõe que ele se realize de modo eficaz, uma vez que há presunção de confiabilidade das informações divulgadas. Assim, em razão de tratar-se de um banco de dados do próprio Tribunal de origem, na verdade, as informações nele veiculadas ostentam caráter oficial, e não meramente informativo. Nesse contexto, não pode a parte de boa-fé ser prejudicada por eventuais informações processuais errôneas implantadas na própria página do Tribunal de Justiça.

E, sem dúvida que, no caso de haver algum problema técnico do sistema, ou até mesmo erro ou omissão do serventuário da Justiça, como na espécie ora examinada, responsável pelo registro dos andamentos, das intimações e citações que prejudique qualquer das partes, poderá ser configurada a justa causa prevista no *caput* e § 1º do art. 183 do Código de Processo Civil, salvo impugnação fundamentada da parte contrária.

O que não se pode perder de vista é a atual conjuntura legislativa e jurisprudencial no sentido de, cada vez mais, se prestigiar a divulgação de informações e a utilização de recursos tecnológicos em favor da melhor prestação jurisdicional, com evidente economia de recur-

sos públicos, da maior eficiência dos magistrados e servidores, bem como a observância da proteção ambiental e, em harmonia com o que dispõe o art. 5º, inciso LXXVIII, da Carta Republicana, *in verbis*: “LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Por oportuno, exemplifica-se, nesse sentido, que, em recente decisão tomada por unanimidade, em 15/09/2010, a Corte Especial deste egrégio Superior Tribunal de Justiça reconheceu, na oportunidade de julgamento do Agravo Regimental n. 1.251.998/SP, cujo acórdão ainda não foi publicado, que “(...) a cópia de atos relacionados a suspensão de prazos processuais, retiradas de sites do Poder Judiciário, como provas legítimas para comprovar o prazo legal para envio de recursos.” Na oportunidade, o eminentíssimo Ministro Luís Felipe Salomão, Relator, explicou que “(...) esse tipo de documento, vindo de sites do Judiciário podem ser facilmente identificados e comprovados.”. E, ao final, sua Excelência, com pertinência, lembra que “(...) O Superior Tribunal de Justiça, reconhecido pela vanguarda de suas ações, parece sensível ao avanço tecnológico e utiliza-se do meio eletrônico para comunicação de atos e transmissão de peças processuais.” (ut “STJ admite como prova cópia extraída da internet de ato relativo à suspensão dos prazos processuais”). Disponível em: www.stj.jus.br/noticias,

de 20.09.2010. Acesso em: 08/10/2010).

Daí porque exigir-se que o advogado, para obter informações acerca do trâmite processual, tenha que dirigir-se ao cartório ou Tribunal seria, pelo menos na compreensão desta Relatoria, verdadeiro contra-senso, sob a ótica da Lei n. 11.419/2006.

Em outras palavras: se o que se exigia para dar caráter fidedigno às informações processuais veiculadas pela Internet, por meio das páginas eletrônicas dos Tribunais, era lei que regulasse a matéria, agora, com o advento da Lei n. 11.419/2006, tal exigência perde sentido. Afinal, se os instrumentos tecnológicos estão disponíveis, devidamente regulados, que utilizemo-nos deles.

Nega-se, portanto, provimento ao recurso especial.

É o relatório.

MINISTRO MASSAMI UYEDA
Relator

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Nancy Andrichi votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sidnei Beneti.

Brasília, 16 de dezembro de
2010.

MARIA AUXILIADORA RAMA-
LHO DA ROCHA
Secretária

Superior Tribunal de Justiça

Penal. Advogado. Exercício profissional. Defesa da classe. Trancamento da ação penal.

EMENTA OFICIAL

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE CALÚNIA. ADVOGADO. EXERCÍCIO DA PROFISSÃO. AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO. REALIZAÇÃO DE AMPLA DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ATIPICIDADE DA CONDUTA QUE, NO CASO, REVELA-SE PATENTE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CABIMENTO.

1. A aferição do dolo específico – elemento subjetivo da infração penal –, demanda ampla diliação probatória, incompatível com a via do *habeas corpus*, sede que permite o trancamento da ação penal apenas quando, excepcionalmente, evidenciar-se, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade. Precedentes.

2. Na hipótese dos autos, contudo, os acusados – na qualidade de Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Rio de Janeiro, e Presidente da Comissão de Defesa, Assistência e Prerrogativas da mesma entidade –, atuando em defesa de sua classe profissional e utilizando-se do instrumento cabível, representaram à Corregedoria do Tribunal Regional Federal da 2.ª Região, com argu-

mentos que, embora exacerbados, não extrapolaram os limites legais para o exercício do direito de petição. Nesse contexto, não há como considerar típicas as suas condutas, inexistindo, portanto, justa causa para a ação penal. Precedentes.

3. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso, mas lhe negar provimento. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

SUSTENTOU ORALMENTE: DR. ALBERTO ZACHARIAS TORON (P/PACTE)

Brasília (DF), 02 de dezembro de 2010 (Data do Julgamento).

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora

REsp 883.411 – Dje 07/02/2011

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ: Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, com fun-

damento na alínea c do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2.^a Região.

Extrai-se dos autos que os advogados e representantes do Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional do Estado do Rio de Janeiro OCTAVIO AUGUSTO BRANDÃO GOMES e MÁRIO ANTÔNIO DANTAS DE OLIVEIRA COUTO, ora Recorridos, foram denunciados como incursos nos arts. 138, c.c. o art. 141, inciso II, ambos do Código Penal, porque, em representação manejada junto à Corregedoria do Tribunal Regional Federal da 2.^a Região, teriam imputado falsamente o crime de abuso de autoridade à Juíza Federal Amélia Almeida Senos de Carvalho, que atuava na 31.^a Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro.

Inconformada, a Defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal *a quo*, sob o argumento de que os agentes atuaram no exercício regular da profissão de advogado, não existindo, portanto, justa causa para o prosseguimento da ação penal.

O Tribunal *a quo* concedeu a ordem, em acórdão assim ementado, *in verbis*:

"DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. RECEBIMENTO DE DENÚNCIA CONTRA REPRESENTANTES DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL PELA PRÁTICA DO DELITO DE CALÚNIA DEVIDO À REPRESENTAÇÃO POR ELES OFERECIDA EM FACE DE JUÍZA FEDERAL, IMPUTANDO-LHE O CRIME DE ABUSO DE AUTORIDADE.

I – Os crimes contra honra reclamam, para a sua configuração, além do dolo, o elemento subjetivo específico presente na especial intenção de ofender, magoar ou macular a honra alheia, não se podendo imputar a conduta do artigo 138 do Código Penal àqueles que, nos limites de sua atribuição funcional de defesa de classe profissional, desempenham seu poder de agir, representando à autoridade competente na constatação de eventual violação de prerrogativa inerente ao exercício de profissão.

II - Ao oferecerem representação em face de Juíza Federal, imputando-lhe o crime de abuso de autoridade (alínea "j" do artigo 3.^º da Lei n.^º 4.898-65), os pacientes, na qualidade de Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Estado do Rio de Janeiro e de Presidente da Comissão de Defesa, Assistência e Prerrogativas – CEDAP da mesma entidade, incorreram em conduta atípica, pois agiram no exercício de atribuição legal, com objetivo de defender direito ou garantia da classe profissional representada por aquela entidade, especialmente o previsto no § 2.^º do artigo 5.^º da Lei n.^º 8.906-94.

III - O reconhecimento da inexistência de configuração típica do crime de calúnia não colide com a vedação, na via estreita do *habeas corpus*, do exame valorativo do conjunto fático ou probatório, já que é admitido o trancamento de ação penal por falta de justa causa se se verifica de plano a inocência do indiciado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade.

IV – Ordem deferida." (fls. 168/169)

Sustenta o Recorrente, nas razões do especial, divergência jurisprudencial entre o acórdão recorrido e precedentes desta Corte, aduzindo que o *habeas corpus* é via inadequada para exame do dolo dos réus, pois demandaria incursão na seara fático-probatória.

Contrarrazões às fls. 243/251.

Admitido o recurso na origem, ascenderam os autos à apreciação desta Corte.

O Ministério Pùblico Federal manifestou-se às fls. 257/291, opinando pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

De início, constata-se a tempestividade do especial, o cabimento de sua interposição com amparo no permissivo constitucional, o interesse recursal, a legitimidade, o devido prequestionamento e os pressupostos exigidos pelos arts. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil e 255, §§ 1.º e 2.º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Passo, a seguir, ao exame da controvérsia.

A teor do entendimento pacífico desta Corte, o trancamento da ação penal pela via de *habeas corpus* é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade.

Com efeito, impedir o Estado, de antemão, de exercer a função jurisdicional, coibindo-o de sequer realizar o levantamento dos elementos de prova para a verificação da verdade dos fatos, constituiu uma hipótese de extrema excepcionalidade, mormente porque a estreiteza da via do *habeas corpus* não permite profunda incursão na seara probatória, razão pela qual se exige uma razoável certeza das condições acima excepcionadas para o trancamento da ação penal, com demonstrações inequívocas das alegações erigidas.

Consoante se depreende da acurada leitura da denúncia oferecida às fls. 16/19, é imputada em desfavor dos ora Recorridos a prática do crime de calúnia, cometido, em tese, contra a Juíza Federal Amélia Almeida Senos de Carvalho, que atuava na 31.ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, em razão de suas funções.

A exordial acusatória assim narrou os fatos imputados aos Recorridos:

"[...]

A Juíza Amélia Almeida Senos de Carvalho, titular da 31.ª Vara Federal Previdenciária, editou a Portaria n.º 001/2001 (fl. 92) na qual foi determinada, entre outras regras, a atualização das procurações para que fossem emitidos, em nome dos advogados nela nomeados, alvarás para pagamento de precatórios expedidos em favor dos respectivos clientes.

Ocorre que o segundo denunciado remeteu ofício à ofendida solicitando a revogação da referida Portaria, pautando-se

em uma decisão do Superior Tribunal de Justiça, que concedeu mandado de segurança contra ato do Juiz de Direito da 2.^a Vara Criminal de Angra dos Reis que proibia o pagamento de importâncias provenientes de ações movidas em face do INSS.

A ofendida respondeu ao Presidente da Comissão de Defesa, Assistência e Prerrogativas, ressaltando que as duas situações eram antagônicas, além de ter elencado inúmeros precedentes do STJ no sentido de reconhecer a legalidade da exigência pelo Juízo de procurações atualizadas para efetuar ao causídico pagamento de valores devido aos seus constituintes.

Não obstante a apresentação dessas explicações, os denunciados formularam representação em desfavor da ofendida perante a Corregedoria do TRF - 2.^a Região (fls. 24/31) na qual ofenderam a sua honra, imputando-lhe, falsamente, fato definidos como crime, os quais teriam sido praticados em decorrência de sua atividade judicante. “ (fl. 17)

O Tribunal *a quo*, por sua vez, nos autos de *habeas corpus*, determinou o trancamento da ação penal, sob o fundamento de que não estaria presente na hipótese o dolo específico do crime (*animus caluniandi*). Tal fundamento foi exposto no voto-vencedor, *in verbis*:

“ Ao oferecerem representação em face da MM. Juíza da 31.^a Vara Federal do Rio de Janeiro, imputando-lhe o crime de

abuso de autoridade (alínea “j” do artigo 3.^º da Lei n.^º 4.898-65), os pacientes, na qualidade de Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Estado do Rio de Janeiro e de Presidente da Comissão de Defesa, Assistência e Prerrogativas – CEDAP da mesma entidade, incorreram em conduta atípica, pois agiram no exercício de atribuição legal, com objetivo de defender direito ou garantia da classe profissional representada por aquela entidade, especialmente o previsto no § 2.^º do artigo 5.^º da Lei n.^º 8.906-94. Nos termos do artigo 49 do mesmo diploma, “Os Presidentes dos Conselhos e das Subseções da OAB têm legitimidade para agir, judicial e extrajudicialmente, contra qualquer pessoa que infringir as disposições ou os fins dessa lei”. No mesmo sentido dessas considerações, o Colendo Superior Tribunal de Justiça já firmou o entendimento de que “não pratica o crime de calúnia quem, nos limites de sua competência funcional, desempenha seu poder de agir” (Corte Especial – Ação Penal n.^º 165 – Processo 200000110884 – Relator Ministro Luiz Fux – Decisão Unânime em 15.12.2004 – DJ de 28.03.2005 – p. 173). Pensar de forma diversa seria inviabilizar o poder dos pacientes representarem à autoridade competente na constatação de eventual violação de prerrogativa inerente ao exercício da advocacia.

A conduta dos pacientes, pautada nos limites da defesa da sua classe profissional, afasta inclusive a ocorrência de especial intenção de ofender, magoar ou macular a honra alheia,

elemento subjetivo específico que também tem sido exigido pela doutrina (Guilherme de Souza Nucci. Código Penal Comentado. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2003. p. 445; Cézar Roberto Bitencourt. Código Penal Comentado. Saraiva. São Paulo, 2004. p. 527) e pela jurisprudência para configuração do tipo descrito no art. 138 do Código Penal. Como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, os crimes contra honra “reclamam, para a sua configuração, além do dolo, um fim específico, que é a intenção de macular a honra alheia. Em outras palavras, ainda que haja dolo, só se caracteriza a tipicidade subjetiva do crime se presente a intenção de ofender. Se perceptível primus ictus oculi que a vontade do recorrente está desacompanhada da intenção de ofender, elemento subjetivo do tipo, vale dizer, praticou o fato ora com animus narrandi, ora com animus criticandi, não há falar em crime de calúnia, injúria ou difamação” (Sexta Turma – RHC 15941 – Processo 200400482626 – Relator Ministro Hamilton Carvalhido – Decisão Unânime em 23.11.2004 – DJ de 01.02.2005 – p. 611; e, no mesmo sentido: Corte Especial – Notícia Crime n.º 185 – Relator Ministro Milton Luiz Pereira – Decisão Unânime em 21.11.2001 – DJ de 15.04.2002 – p. 155).

Lembro, por oportuno, que o reconhecimento da procedência das alegações do impetrante não colide com a vedação, na presente via estreita, do exame valorativo do conjunto fático ou probatório, já que a jurisprudência do STJ tem ad-

mitido “o trancamento de ação penal por falta de justa causa quando desponta, indvidosamente, a inocência do indiciado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade” (Quinta Turma – HC 41179 – Processo 200500102824 – Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima – Decisão Unânime em 16.06.2005 – DJ de 22.08.2005 – p. 316).
Isto posto, defiro a ordem para trancar a ação penal n.º 2003.51. 01.501491-4.”

Ora, como é sabido, o *habeas corpus*, por se tratar de ação de rito célere, que demanda prova pré-constituída e dotada de absoluta certeza, somente poderá ser o instrumento apto para trancar alguma ação penal, quando, excepcionalmente, manifestarem-se, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade.

A aferição do dolo específico, ou seja: do elemento subjetivo da infração penal, todavia, por demandar ampla dilação probatória, não está, via de regra, salvaguardada no estreito âmbito de atuação do *habeas corpus*. Nesse sentido: HC 113.852/PE, 5.ª Turma, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 27/04/2009; HC 47.175/SC, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJ de 12/03/2007.

Não obstante, no caso em análise, essa avaliação pode ser realizada de forma objetiva, independentemente de uma incursão na seara probatória, uma vez que se revela manifesta a atipicidade da conduta dos Recorridos, por quanto ausente a intenção de caluniar.

Com efeito, os acusados – na qualidade de Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Rio de Janeiro, e Presidente da Comissão de Defesa, Assistência e Prerrogativas da mesma entidade –, atuando em defesa de sua classe profissional e utilizando-se do instrumento cabível, representaram à Corregedoria do Tribunal Regional Federal da 2.^a Região, com argumentos que, embora exacerbados, não extrapolam os limites legais para o exercício do direito de petição, conforme se constata da representação juntada às fls. 91/98 destes autos.

Ademais, conforme bem salientou o acórdão impugnado, os Recorridos agiram no exercício da atribuição prevista no art. 49 da Lei n.^o 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil) – segundo o qual “Os Presidentes dos Conselhos e das Subseções da OAB têm legitimidade para agir, judicial e extrajudicialmente, contra qualquer pessoa que infringir as disposições ou os fins desta lei” – objetivando a defesa do disposto no art. 5.^º, § 2.^º, do mesmo diploma legal, *in verbis*:

“Art. 5º O advogado postula, em juízo ou fora dele, fazendo prova do mandato.

[...]

§ 2º A procuração para o foro em geral habilita o advogado a praticar todos os atos judiciais, em qualquer juízo ou instância, salvo os que exijam poderes especiais.”

Nesse contexto, não há como considerar típicas as condutas dos

acusados, inexistindo, portanto, justa causa para a ação penal.

A propósito, vejam-se os seguintes precedentes:

“HABEAS CORPUS – CALÚNIA CONTRA FUNCIONÁRIO PÚBLICO EM RAZÃO DE SUAS FUNÇÕES – IMUNIDADE – IMPOSSIBILIDADE – TRANCAMENTO – CONCEDIDA A ORDEM.

1- A imunidade concedida aos advogados pelo artigo 133, da Constituição Federal não abrange o crime de calúnia, conforme entendimento desta Corte.

2- O crime de calúnia não se configura quando não há ação dirigida com o fim de atingir a honra da vítima, não havendo, desta forma, intenção de caluniar .

3- *Concedida a ordem.*” (HC 96.763/RS, 6.^a Turma, Rel. Min. JANE SILVA (Desembargadora convocada do TJ/MG), DJe de 12/05/2008; sem grifo no original.)

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. QUEIXA-CRIME. DECADÊNCIA. CRIMES CONTRA A HONRA. OFENSA “PROPTER OFFICIMUM”. LEGITIMIDADE. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. ANIMUS NARRANDI. DESCARACTERIZAÇÃO.

I - Recebido o ofício sobre a devolução do prazo para apresentação de defesa prévia de fatos que deram origem à presente queixa-crime, o prazo de decadência, previsto nos arts. 103 do Código Penal e 38 do Código de Processo Penal, não havia ainda sido ultrapassado quando do ajuizamento desta.

II - A admissão da ação penal pública, quando se tratar de

ofensa propter officium, é uma alternativa oferecida ao ofendido, não uma privação do seu direito de queixa. Legitimidade, pois, do servidor público, de ajuizar a ação penal para defesa de seus direitos. Precedentes do STF.

III - A manifestação considerada ofensiva, feita com o propósito de informar possíveis irregularidades, sem a intenção de ofender, descharacteriza o tipo subjetivo nos crimes contra a honra, sobretudo quando o ofensor está agindo no estrito cumprimento de dever legal. Precedentes.

IV - As informações levadas ao Corregedor-Regional do Trabalho por ex-ocupante do mesmo cargo, ainda que deselegantes e com possíveis consequências graves, praticadas no exercício regular de um direito e sem a intenção de caluniar e injuriar o que-relante, não podem ser consideradas típicas, daí porque

ausente a justa causa para a ação penal.

V - *Queixa-crime rejeitada.* “(Agn 348/PA, Corte Especial, Rel. Min. ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, DJ de 20/06/2005.)

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso especial.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso, mas lhe negou provimento.”

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 02 de dezembro de 2010.

LAURO ROCHA REIS
Secretário

Superior Tribunal de Justiça

SFH. Recurso Repetitivo. Prévio reajuste e posterior amortização. Legalidade.

EMENTA OFICIAL

CIVIL. FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. CONTRATO DE MÚTUO HIPOTECÁRIO. SISTEMA DE PRÉVIO REAJUSTE E POSTERIOR AMORTIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. SÚMULA N. 450/STJ . RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. LEI N. 11.672/2008. RESOLUÇÃO/STJ N. 8, DE 07.08.2008. APLICAÇÃO.

I. "Nos contratos vinculados ao SFH, a atualização do saldo devedor antecede sua amortização pelo pagamento da prestação" (Súmula n. 450/STJ).

II. Julgamento afetado à Corte Especial com base no procedimento da Lei n. 11.672/2008 e Resolução n. 8/2008 (Lei de Recursos Repetitivos).

III. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Corte Especial, por unanimidade, conhecer dos recursos especiais e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Francisco Falcão, Nancy Andrichi, Laurita Vaz, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Massami Uyeda, Napoleão Nunes Maia Filho, Luis Felipe Salomão e

Raul Araújo votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Ari Pargendler, Cesar Asfor Rocha, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, João Otávio de Noronha e Teori Albino Zavascki e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Luiz Fux.

Convocados os Srs. Ministros Massami Uyeda, Napoleão Nunes Maia Filho, Luis Felipe Salomão e Raul Araújo para compor quórum.

Brasília (DF), 1º de dezembro de 2010(Data do Julgamento).

MINISTRO FELIX FISCHER

Presidente

MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR

Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR: Andrea de Oliveira Machado ajuizou ação ordinária de revisão contratual contra o Banco do Estado do Paraná S/A - Carteira de Crédito Imobiliário.

Na inicial alega ter firmado contrato de mútuo com a finalidade de adquirir um imóvel próprio, de acordo com as regras do Sistema Financeiro de Habitação. Afirma que o agente financeiro incluiu no contrato cláusulas nulas, razão pela qual pede a sua revisão, requerendo a tutela antecipada para os fins

de autorizar o depósito judicial das prestações ou seu pagamento provisório diretamente ao Banco, e que este se abstenha de qualquer prática de inclusão da autora em bancos de dados de Proteção ao Crédito.

Dante disso, pede que sejam aplicadas ao presente contrato as normas correspondentes a Lei 4.380/1964, bem como as parcelas e o saldo devedor calculados com base no PES/CP. Ademais, solicita a condenação da ré a reduzir os valores das taxas de seguro, pois exploraram as taxas cobradas pelo mercado. Pleiteia, ainda, que sejam todos os valores configurados como indevidos, apurados e compensados do saldo devedor.

Ao regular processamento do feito seguiu-se a sentença de fls. 374/394 (e-STJ), que julgou parcialmente procedente a ação revisional, com a finalidade de revisar os valores do contrato celebrado com a instituição financeira, ocasião em que determinou: a) o recálculo com base no SAC desde o inicio do contrato, declarando nulas as cláusulas que fixaram a utilização de outros métodos; b) que seja realizada primeiro a amortização, para depois efetuar o reajuste do saldo que sobejar; c) a contabilização dos juros em conta separada sempre que o valor das prestações pagas pela requerente for insuficiente para o pagamento, ficando suspensa a execução hipotecária movida nos autos; e d) a não inclusão ou, se já incluído, a retirada do nome da requerente dos cadastros de restrição ao crédito.

Inconformado com a sentença o banco interpôs recurso de apelação, onde aduziu evidente incongruência, entre os pedidos formulados na petição inicial da ação revisional com o que foi decidido pelo Magistrado de primeiro grau, requereu a reforma da sentença, e, caso esta seja mantida nos termos em que foi proferida, os honorários devidos aos patronos do apelante e as custas deverão ser integralmente pagas pela autora ou então redistribuído na proporção de 80% em favor do ora apelante. Pediu, ainda, a reforma da base de cálculo que o Magistrado utilizou para fixar os honorários advocatícios.

O Tribunal negou provimento ao recurso de apelação interposto pelo banco, para manter hígida a decisão recorrida. Entendeu que não foi *extra petita* a sentença, e que o saldo devedor deve sempre ser amortizado antes da incidência da correção monetária. Deferiu o pedido de exclusão do nome da apelada junto aos registros de proteção ao crédito, pois ainda não há o valor definido da dívida. Concluindo que a sucumbência foi distribuída de forma equitativa.

O banco opôs embargos de declaração, que foram rejeitados, ao argumento de inexistirem os vícios do art. 535 do CPC, mas declarou prequestionados os artigos 128, 264, 460, 535 do CPC, artigo 6º, c, da Lei 4.380/64 e 5º, LV, da Constituição Federal. No recurso especial, o recorrente pede que o recurso seja conhecido e provido para reconhecer a ofensa ao arti-

go 6º, alínea “c”, da Lei 4.380/64, restabelecendo a forma de amortização, pois o STJ já firmou posicionamento de que o sistema de prévio reajuste e posterior amortização da dívida não fere a comutatividade da obrigação e prima pela justiça contratual.

Afirma ser equivocada a interpretação dada pelo Tribunal **a quo** ao artigo 6º, “c” da Lei 4.380/1964, pois, ao seu entender, esse dispositivo não determina que a amortização deva ser feita antes da correção do saldo devedor, mas sim, que se garanta aos mutuários o direito de pagar ao menos uma parte do financiamento através de prestações mensais e sucessivas.

Aponta dissídio jurisprudencial sobre o tema.

Não foram apresentadas as contrarrazões do recurso especial.

Em decisão presidencial, foi admitido o processamento do recurso, nos termos do art. 543-C, § 1º do Código de Processo Civil, como representativo da controvérsia.

À fl. 568 (e-STJ) verifiquei tratar-se de recurso repetitivo, versando sobre matéria já pacificada pela 1ª e 2ª Seções do STJ, razão pela qual afetei o processo à Corte Especial, nos termos do art. 2º, *caput* e § 2º, da Resolução/STJ n. 8, de 07.08.2008, dada vista ao Ministério Público Federal.

Parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República às fls. 605/607 (e-STJ), manifestando-se pelo não conhecimento do recurso especial, ante a incidências das Súmulas ns. 5 e 7 desta Corte.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR (Relator):

Cuida-se de recurso especial, aviado pelas letras “a” e “c” do art. 105, III, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, assim ementado (e-STJ, fl. 456):

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO HIPOTECÁRIA. FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. SFH. SENTENÇA UNA. PARCIAL PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DO AGENTE FINANCEIRO. DESACOLHIMENTO. PRELIMINAR. SENTENÇA EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. DECISÃO DELINNEADA NOS PEDIDOS DA AUTORA. FUNDAMENTAÇÃO. AUSSÊNCIA. DESCABIMENTO. MÉRITO. AMORTIZAÇÃO. MOMENTO ANTERIOR AO REAJUSTE DA PARCELA. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO E EVITAR ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO ENTE FINANCEIRO. (MAIORIA). CAPITALIZAÇÃO. COMPROVAÇÃO. TABELA PRICE E EXISTÊNCIA DE TAXAS DE JUROS DIFERENCIADAS QUE EVIDENCIAM A OCORRÊNCIA DO ANATOCISMO. PROVA PERICIAL. NÃO VINCULAÇÃO DO JUÍZO. PRINCÍPIOS DA LIVRE APRECIAÇÃO DAS PROVAS E DO CONVENCIMENTO MOTIVADO. PLANO DE COMPROMETIMENTO DE RENDA. OBSERVÂNCIA. ABSTENÇÃO DE INSCRIÇÃO DO NOME DA MUTUÁRIA NO ROL DE INADIMPLENTES. MANUTENÇÃO ATÉ DESLINDE DA DEMANDA. SUCUMBÊNCIA. REFORMA. DESCABIMENTO. ADEQUADA

DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. DESPROVIMENTO DO RECURSO (MAIORIA).

É suscitada ofensa ao art. 6º, “c” da Lei n. 4.380/1964, e dissídio jurisprudencial, no que concerne à forma de amortização do saldo devedor.

Referentemente ao sistema de amortização do saldo devedor, único tema debatido no especial, este Tribunal tem sufragado a exegese de que a prática do prévio reajuste e posterior amortização do saldo devedor está de acordo com a legislação em vigor e não fere o equilíbrio contratual.

Nesse sentido, colaciona-se os seguintes precedentes:

“AGRADO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. SFH. CONTRATO DE MÚTUO HABITACIONAL. FORMA DE CORREÇÃO DO SALDO DEVEDOR. LEGALIDADE. TABELA PRICE E COEFICIENTE DE EQUIPARAÇÃO SALARIAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 5 E 7 DESTA CORTE. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. FORMA SIMPLES. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDIMENSIONAMENTO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS.

1. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no tocante à possibilidade de correção do saldo devedor do contrato de mútuo habitacional antes da amortização da prestação mensal.

2. O entendimento da Terceira e Quarta Turmas desta Corte no sentido de que verificar a ocorrência de anatocismo no Siste-

ma Francês de Amortização, ou seja, na tabela price, é questão que não prescinde da incursão no contrato e nos elementos fáticos da demanda, o que atrai a censura das Súmulas 05 e 07/STJ.

3. Com relação ao Coeficiente de Equiparação Salarial - CES, este Pretório orienta-se na direção de ser possível sua cobrança, desde que haja previsão contratual. Na hipótese, far-se-ia necessária a interpretação de cláusulas contratuais a fim de verificar sua contratação, providência vedada em sede especial, a teor da Súmula 5/STJ.

4. “No tocante à repetição do indébito, este Tribunal já decidiu pela sua admissão, independentemente da prova de que o pagamento tenha sido realizado por erro; todavia, tão-somente, em sua forma simples.”

5. “Consoante entendimento pacificado nesta Corte, o valor da indenização por dano moral só pode ser alterado na instância especial quando se mostrar ínfimo ou exacerbado, o que não ocorre no caso vertente.”

6. Agravo regimental desprovido.”

(4ª Turma, AgRg no REsp 988.007/RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, DJe de 04.05.2009)

“RECURSO ESPECIAL - AÇÃO REVISIONAL – MÚTUO HABITACIONAL - SFH - ARTS. 82, 145, 148, 150 E 151 DO CC/1916 - FALTA DE PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA DE CLÁUSULA CONTRATUAL PERMITINDO A COBRANÇA DO CES - APLICAÇÃO DA SÚMULA 5/STJ - AMORTIZAÇÃO NEGATIVA E TABELA PRICE - QUESTÃO

FÁTICO-PROBATÓRIA - INCIDÊNCIA DOS ENUNCIADOS 5 E 7/STJ - CDC – CONTRATOS CELEBRADOS ANTERIORMENTE A SUA VIGÊNCIA - INAPLICABILIDADE - LEGALIDADE DO CRITÉRIO DE AMORTIZAÇÃO QUE PREVÊ A CORREÇÃO DO SALDO DEVEDOR ANTES DA AMORTIZAÇÃO DECORRENTE DA PRESTAÇÃO MENSAL.

I - Os arts. 82, 145, 148, 150 e 151 do CC/1916, não foram prequestionados;

II - É admissível a cobrança do Coeficiente de Equiparação Salarial - CES, desde que previsto contratualmente, hipótese não verificada, in casu. Incidência da Súmula 5/STJ;

III - Aferir a existência de amortização negativa ou de capitalização de juros pela utilização da Tabela Price implicaria reexame de material fático-probatório e interpretação de cláusula contratual, o que encontra óbice nos enunciados 5 e 7/STJ;

IV - O Código de Defesa do Consumidor é inaplicável aos contratos firmados anteriormente a sua vigência;

V - É legal o critério que prevê a incidência da correção monetária e juros sobre o saldo devedor antes da amortização decorrente do pagamento da prestação mensal do contrato;

VI - Recurso parcialmente provido."

(3^a Turma, REsp 1.069.598/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, unânime, DJe de 05.09.2008)

"Sistema Financeiro da Habitação. Método de amortização. Tabela Price. Juros. Precedentes da Corte.

1. Esta Corte já sedimentou a orientação de que o "sistema

de prévio reajuste e posterior amortização do saldo devedor não fere a comutatividade das obrigações pactuadas no ajuste, uma vez que, de um lado, deve o capital emprestado ser remunerado pelo exato prazo em que ficou à disposição do mutuário, e, de outro, restou convencionado no contrato que a primeira parcela será paga apenas no mês seguinte ao do empréstimo do capital" (REsp nº 467.440/SC, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, DJ de 17/5/04). De igual forma, salientou já esta Corte que o art. 6º, "c", da Lei nº 4.380/64 não tem o alcance de determinar que somente seja feito o reajuste apesar da amortização da prestação (REsp nº 556.797/RS, de minha relatoria, DJ de 25/10/04).

2. No que concerne à Tabela Price, já decidiu a Corte, vencido este Relator, que a "existência, ou não, de capitalização de juros no sistema de amortização conhecido como Tabela Price, constitui questão de fato, a ser solucionada a partir da interpretação das cláusulas contratuais e/ou provas documentais e periciais, quando pertinentes ao caso" (REsp nº 410.775/PR, Relatora para o acórdão a Ministra Nancy Andrighi, DJ de 10/5/04).

3. Quanto aos juros, esta Corte já assentou que o art. 6º, "e", da Lei nº 4.380/64 "não estabelece limitação da taxa de juros, apenas dispõe sobre as condições para a aplicação do reajuste previsto no artigo 5º da mesma Lei" (EREsp nº 415.588/SC, de minha relatoria, DJ de 1º/12/03).

4. Recurso especial conhecido e provido, em parte." ■

(3^a Turma, REsp 624.654/PR, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, unânime, DJU de 07.11.2005)

 "CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. CONTRATO DE MÚTUO HIPOTECÁRIO. ALEGAÇÃO DE OFENSA A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. ANÁLISE IMPOSTÍVEL NA VIA RECURSAL ELEITA. SALDO DEVEDOR. CORREÇÃO MONETÁRIA. VARIAÇÃO DA POUPANÇA. TR. ADMISSIBILIDADE. JUROS REMUNERATÓRIOS. SISTEMA DE PRÉVIO REAJUSTE E POSTERIOR AMORTIZAÇÃO. AGRAVO DESPROVIDO.

I. Inviável ao STJ, na sede recursal eleita, a apreciação de suposta ofensa a normas constitucionais, por refugir à sua competência.

II. Ausência de vedação legal para utilização da TR como indexador do saldo devedor do contrato sob exame, desde que seja o índice que remunera a caderneta de poupança livremente pactuado.

III. No que se refere ao sistema de amortização do saldo devedor, esta Corte tem sufragado a exegese de que a prática do prévio reajuste e posterior amortização do saldo devedor está de acordo com a legislação em vigor e não fere o equilíbrio contratual.

IV. Agravo desprovido."

(4^a Turma, AgRg no REsp 1.028.827/DF, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, unânime, DJe de 29.06.2009)

 "RECURSO ESPECIAL – SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO – ÍNDICE DE CORREÇÃO MONE-

TÁRIA - MARÇO/90 - AMORTIZAÇÃO – TAXA DE JUROS.

1. Não é possível, em sede de recurso especial, o reexame do contexto fático-probatório ou de cláusulas contratuais, nos termos das Súmulas 5 e 7/STJ.

2. Aplicável a Súmula 282/STF quando o Tribunal de origem não emite juízo de valor sobre teses apresentadas no recurso especial.

3. No mês de março de 1990, o IPC é o índice de correção monetária dos saldos dos financiamentos do SFH. Entendimento pacificado pela Corte Especial, no EREsp 123.660/PR.

4. O STF, no julgamento da ADIn 493, não excluiu a TR do universo jurídico pátrio e tampouco concluiu que ela não pudesse ser utilizada como índice de indexação, mas, tão-somente, que ela não poderia ser imposta para substituir índice estipulado em contrato entabulado antes da entrada em vigor da Lei 8.177/91, que instituiu esse índice de correção.

5. É legítima a sistemática de amortização das parcelas pagas sobre o saldo devedor após a aplicação sobre este da correção monetária e dos juros instituída pelo Banco Central do Brasil com base no Decreto-lei 2.291/86, na Resolução/SECRE/BACEN 1.446/88, na Circular/SECRE/BACEN 1.278/88 e na Lei 8.100/90. Precedentes desta Corte.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, no mérito, improvido."

(2^a Turma, REsp 425.794/SC, Relatora Ministra Eliana Calmon, unânime, DJU de 12.09.2005)

"Direito civil. Recurso especial. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Contrato de financiamento imobiliário. Sistema Financeiro da Habitação. Plano de Equivalência Salarial. Saldo devedor. Sistema de prévio reajuste e posterior amortização. Juros remuneratórios. Limite. Taxa referencial. Ausência de impugnação específica do fundamento do acórdão. Dissídio jurisprudencial. Ausência de similitude fática.

- O sistema de prévio reajuste e posterior amortização do saldo devedor não fere a comutatividade das obrigações pactuadas no ajuste, uma vez que, de um lado, deve o capital emprestado ser remunerado pelo exato prazo em que ficou à disposição do mutuário, e, de outro, restou convencionado no contrato que a primeira parcela será paga apenas no mês seguinte ao do empréstimo do capital.

- Estão limitados em 12% (doze por cento) ao ano os juros remuneratórios pactuados em contrato de financiamento imobiliário vinculados ao SFH e ao Plano de Equivalência Salarial instituído pela Lei nº. 8692/93.

- Afasta-se a admissibilidade do recurso especial na parte em que o recorrente formula impugnação genérica, não adstrita ao fundamento utilizado pelo acórdão recorrido, bem como se os arrestos confrontados possuem base fática distinta.

- Recurso especial a que não se conhece."

(3^a Turma, REsp 427.329/SC, Relatora Ministra Nancy Andrighi, unânime, DJU de 09.06.2003)

"Direito civil e processual civil. Agravo no recurso especial. Ação revisional. SFH. Tabela Price. Negativa de prestação jurisdicional. Ausência de prequestionamento. Reexame fático probatório. CES. TR. Possibilidade Correção do saldo devedor. Tabela Price. Capitalização de juros. Aplicação do CDC. Juros remuneratórios. Súmula 83/STJ.

- Rejeitam-se corretamente os embargos declaratórios se ausentes os requisitos da omissão, contradição ou obscuridade.

- Ausente o requisito do prequestionamento, não se conhece do recurso especial.

- É vedada a análise do conjunto fático-probatório dos autos em sede de recurso especial.

- Resta firmado no STJ o entendimento no sentido de que o CES pode ser exigido quando contratualmente estabelecido. Precedentes.

- Desde que pactuada, a TR pode ser adotada como índice de correção monetária nos contratos regidos pelo Sistema Financeiro de Habitação.

- O critério de prévia atualização do saldo devedor e posterior amortização não fere a comutatividade das obrigações pactuadas no ajuste, uma vez que a primeira prestação é paga um mês após o empréstimo do capital, o qual corresponde ao saldo devedor.

- A existência, ou não, de capitalização de juros no sistema de amortização conhecido como Tabela Price, constitui questão de fato, a ser solucionada a partir da interpretação das cláusulas contratuais e/ou provas documentais e/ou periciais, quando pertinentes ao caso.

- Este Tribunal já definiu que se aplicam as regras do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de financiamento vinculados ao Sistema Financeiro de Habitação.

- Resta firmado na Segunda Seção do STJ o entendimento de que o art. 6º, "e", da Lei nº 4.380/64 não estabelece a limitação da taxa de juros, mas, apenas, dispõe sobre as condições para aplicação do reajuste previsto no art. 5º da mesma lei. Precedentes.

- Inviável o recurso especial se o acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a jurisprudência pacífica e recente do STJ a respeito do tema.

Agravo no recurso especial não provido."

(3ª Turma, AgRg no REsp 1.036.303/RS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, unânime, DJe de 03.02.2009)

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. FCVS. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL - PES. CORREÇÃO DO SALDO DEVEDOR PELO MESMO ÍNDICE APLICADO À ATUALIZAÇÃO DAS PRESTAÇÕES MENSais. IMPOSSIBILIDADE. REAJUSTE DO SALDO DEVEDOR DO MÚTUO HIPOTECÁRIO ANTES DA RESPECTIVA AMORTIZAÇÃO. LEGALIDADE. SISTEMA DE AMORTIZAÇÃO. TABELA PRICE. SEGUROS OBRIGATÓRIOS. RECÁLCULO DAS PRESTAÇÕES. NECESSIDADE DE REEXAME DE MATÉRIA DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. REPETIÇÃO DE INDÉBITO EM DOBRO. MÁ-FÉ NÃO-CONFIGURADA.

1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a aplicação do PES refere-se apenas às prestações mensais, e não ao reajuste do saldo devedor.

3. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser legítimo o procedimento de reajuste do saldo devedor do mútuo hipotecário antes da respectiva amortização.

4. Para se constatar que a simples utilização da Tabela Price, mesmo quando não há amortização negativa, gera capitalização de juros, é indispensável o reexame do contexto fático-probatório dos autos, providência inviável em sede de recurso especial, conforme o disposto na Súmula 7/STJ.

5. O mesmo ocorre em relação à pretensão de se recalcular o valor dos seguros pela normas da SUSEP e pelos mesmos índices de reajuste das prestações, na medida em que o acórdão recorrido deixou expressamente consignado que os mutuários não comprovaram nenhuma abusividade.

6. Não incide a sanção do art. 42, parágrafo único, do CDC quando o encargo considerado indevido for objeto de controvérsia jurisprudencial e não estiver configurada a má-fé do credor.

7. Agravo regimental desprovisto.”
(1ª Turma, AgRg no REsp 933.393/PR, Relatora Ministra Denise Arruda, unânime, DJe de 23.03.2009)

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL.

1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental em face dos princípios da fungibilidade recursal e da economia processual.
2. Os precedentes do STJ são no sentido da legalidade do critério de amortização da dívida realizado posteriormente ao reajuste do saldo devedor nos contratos de mútuo para aquisição de imóvel pelo Sistema Financeiro da Habitação.
3. Agravo regimental desprovisto.”
(4ª Turma, EDcl no REsp 873.279/DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, DJe de 06.04.2009)

Outrossim, em vista do tema estar pacificado nas 1ª e 2ª Seções, a Corte Especial editou a Súmula n. 450, nos seguintes termos:

“Nos contratos vinculados ao SFH, a atualização do saldo devedor antecede sua amortização pelo pagamento da prestação.”

Ante o exposto, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento para determinar que a atualização do saldo devedor antecede sua amortização pelo pagamento da prestação. Em face da sucumbência recíproca, custas pela metade, e verba honorária de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) exclu-

sivamente em favor da recorrida, já considerado o êxito obtido e a compensação.

Determino, ainda, após a publicação do acórdão, a comunicação aos Srs. Ministros integrantes das 1ª e 2ª Seções, e aos Exmos. Srs. Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados e Tribunais Regionais Federais, para os procedimentos previstos no art. 543-C, parágrafo 7º, incisos I e II, do Código de Processo Civil, na redação dada pela Lei n. 11.672/2008, e no art. 5º, incisos I, II e III, da Resolução/STJ n. 8/2008.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia CORTE ESPECIAL, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Corte Especial, por unanimidade, conheceu dos recurso especial e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Francisco Falcão, Nancy Andrighi, Laurita Vaz, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Massami Uyeda, Napoleão Nunes Maia Filho, Luis Felipe Salomão e Raul Araújo votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Ari Pargendler, Cesar Asfor Rocha, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, João Otávio de Noronha e Teori Albino Zavascki e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Luiz Fux.

Convocados os Srs. Ministros
Massami Uyeda, Napoleão Nunes
Maia Filho, Luis Felipe Salomão e
Raul Araújo para compor quórum.

Brasília, 01 de dezembro de
2010.

VANIA MARIA SOARES ROCHA
Secretária

Superior Tribunal de Justiça

Determinação judicial de bloqueio de saldo bancário. Cumprimento parcial. Penhora. Ilegalidade. Banco como terceiro estranho à lide.

EMENTA OFICIAL

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO DE FALÊNCIA. DETERMINAÇÃO DE BLOQUEIO DE CONTA-CORRENTE. CUMPRIMENTO PARCIAL DA ORDEM JUDICIAL PELO BANCO. PENHORA NA "BOCA DO CAIXA" DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ILEGALIDADE. TERCEIRO À LIDE. ART. 14, INCISO V E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. RESPONSABILIDADE CIVIL. NECESSIDADE DE AJUIZAMENTO DE AÇÃO AUTÔNOMA.

1. O cumprimento parcial de ordem judicial para bloqueio de conta-corrente em processo falimentar não autoriza a penhora na "boca do caixa" da agência da instituição financeira responsável. Ofensa ao devido processo legal e às garantias a ele inerentes.

2. A apuração de responsabilidade civil de terceiro à lide pelo descumprimento de ordem judicial requer o ajuizamento de ação autônoma (CPC, art. 14, inciso V e parágrafo único).

3. Recurso ordinário provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal

de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.

Dr(a). ANA DIVA TELES RAMOS EHRICH(Protestará por Juntada), pela parte RECORRENTE: BANCO DO BRASIL S/A.

Brasília, 18 de novembro de 2010(data do julgamento).

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Presidente e Relator
RMS 29.213 – Dje 25/11/2010

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por BANCO DO BRASIL S/A com apoio nos arts. 105, II, alínea "b", da Constituição Federal, e 539, II, alínea "a", do Código de Processo Civil, contra acórdão da Segunda Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado:

"Mandado de segurança. Determinação de penhora de va-

lor equivalente à soma dos valores pertencentes à massa falida, indevidamente disponibilizados pelo estabelecimento bancário. Alegação de violação de direito líquido e certo. Inocorrência. Segurança denegada" (e-STJ, fl. 388).

Sustenta o recorrente que os presentes autos versam sobre o cumprimento parcial de ordem judicial – bloqueio de conta-corrente da empresa LCL DISTRIBUIDORA DE LIVROS LTDA. – emanada de Juízo falimentar que foi interpretada equivocadamente pela gerência da agência destinatária, levando inicialmente ao bloqueio apenas do saldo do dia em que recebida.

Diante disso, foi determinada a penhora de R\$ 611.875,04, relativa ao montante atualizado dos valores debitados na mencionada conta desde o momento do recebimento da ordem. Esclarece, ainda, que tais débitos referem-se a transferências para pessoas físicas (em grande parte, para contas de funcionários da falida, no valor de R\$ 305.114,00), pagamentos de títulos de cobrança, emissão de cheques e pagamentos de concessionárias de serviços públicos, perfazendo o total de R\$ 555.884,99.

Diante disso, aduz o seguinte:

"Não obstante a descrição dos fatos ocorridos e a constatação de que o Banco do Brasil S/A não tem responsabilidade nos débitos promovidos pelos sócios-gerentes da empresa falida, o fato primordial, que é objeto inclusivo do Mandado de Segurança, é que houve decisão judicial determinando a constrição de

bens do Banco em flagrante desobediência aos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal, os quais asseguram o contraditório e ampla defesa decorrentes do devido processo legal.

(...)

Da mesma forma houve violação do art. 472 do Código de Processo Civil, uma vez que o Banco do Brasil S/A é terceiro em relação ao processo de falência do qual fora emanada a ordem de constrição de seus bens.

(...)

O direito líquido e certo do banco reside, simplesmente, na violação constitucional e infraconstitucional flagrante na determinação de constrição de bem de terceiro à lide" (e-STJ, fls. 439/440).

Argumenta que não dispôs dos bens da massa falida e que todos os débitos realizados na referida conta-corrente foram efetuados pelos próprios sócios-gerentes da empresa; que não lhe pode ser imputada exclusivamente a responsabilidade por tais débitos, a respeito dos quais nem sequer há comprovação de que não reverteram em favor da massa falida. Ressalta ainda que o Juízo de primeira instância, em desrespeito à liminar deferida pelo Tribunal *a quo*, autorizou o levantamento parcial do depósito judicial efetuado pelo banco.

Assim, assevera ser terceiro em relação ao processo de falência; portanto, apenas em ação autônoma – em observância ao contraditório e ao devido processo legal –

é que seria possível apurar os verdadeiros responsáveis pelo resarcimento da quantia debitada.

Ao final, pleiteia seja conferido efeito ativo ao *mandamus* e seja reformado o arresto recorrido para que se determine a anulação da ordem de penhora com a consequente devolução integral da quantia penhorada, inclusive do valor levantado equivocadamente pela massa falida.

Sem contrarrazões (e-STJ, fl. 509), o recurso ordinário foi admitido.

O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do recurso (e-STJ, fl. 520/524).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (Relator):

Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que denegou a segurança impetrada contra ato da Juíza de Direito da 8^a Vara Cível da comarca de São Paulo que, em processo falimentar, determinara a penhora “na boca do caixa” do banco ora recorrente da quantia de R\$ 611.875,04, relativa ao valor atualizado dos débitos ocorridos na citada conta desde o momento do recebimento da ordem judicial de bloqueio, visto que cumprida parcialmente.

O Tribunal de origem denegou a segurança nos seguintes termos:

“Em 8 de abril de 2005, a magistrada oficiou ao Banco do

Brasil S/A para que fosse efetuado o bloqueio da conta corrente 9558-3, da agência 3340-5, em nome da LCL Distribuidora de Livros Ltda. (fls. 71), tendo o estabelecimento bancário comunicado ao Juízo da quebra a existência de R\$89.009,96 (oitenta e nove mil e nove reais e noventa e seis centavos) (fls. 72/73). Todavia, a conta continuou a ser movimentada com lançamento de novos créditos e débitos, estes atingindo o valor apontado para a penhora.
(...)

A determinação, todavia, foi interpretada de forma diversa, e, ante o lançamento de créditos na conta corrente indicada, procedeu-se também o lançamento de débitos. Estes consistiram em lançamento dos cheques apresentados pela compensação em 18.4.2005 (R\$11.578,72), pagamento de títulos em cobrança (R\$236.087,73), pagamento de concessionárias de serviços públicos (R\$2.904,54) e transferências para contas de pessoas físicas (R\$305.314,00), valores que, atualizados, atingiram o montante reclamado pela síndica.

Ora, todos os créditos beneficiavam a massa falida e todos os débitos estavam sujeitos ao processo concursal, não se sabendo a que título foram efetuadas as transferências para as pessoas físicas, e quais os beneficiários dessas transferências.

Assim, a determinação de penhora do valor correspondentes aos valores indevidamente debitados nessas não ostenta ilegalidade, já que o estabelecimento bancário dispôs de bens

pertencentes à massa falida, violando, isto sim, o direito dos credores que estão submetidos ao processo concursal.

Não há que se falar em obstáculo ao exercício de direito de defesa pois, a partir da comunicação para bloqueio, o estabelecimento bancário passou à condição de auxiliar do juízo da falência, submetido às suas determinações.

Ausente o direito líquido e certo, o mandado de segurança é de ser negado" (e-STJ, fls. 390/391).

Em parecer, a Procuradoria-Geral da República (e-STJ, fls. 520/524), após observar que não fora demonstrado ser o acórdão atacado manifestamente ilegal, teratológico ou abusivo, manifestou-se contrariamente à pretensão do recorrente de serem os valores aqui discutidos buscados por meio de ação própria, e não nos autos da falência, por tratar-se de terceiro estranho ao processo falencial:

"Convém ressaltar, por fim, que o próprio impetrante assumiu que a ordem judicial 'foi equivocadamente interpretada como ordem de bloqueio do saldo do dia do protocolo do ofício judicial' (fl. 415) e, por outro lado, não seria o caso de levantamento dos valores por meio de ação própria, como pretende a impetração, tendo em vista que ao juízo é atribuída a competência para reprimir, nos próprios autos, qualquer ato atentatório à dignidade da justiça (artigo 125, inciso III, do CPC)" (e-STJ, fl. 523).

Razão assiste ao recorrente.

Configura-se por demais violenta a penhora de valores na "boca do caixa" de instituição financeira (mera detentora da conta-corrente da empresa falida) por causa de cumprimento parcial de ordem do Juízo da falência, que determinou o bloqueio da conta, tendo o banco acatado a determinação, inicialmente, apenas em relação ao saldo do dia.

Ora, em razão da patente condição do banco – terceiro à lide –, seus bens não podem sofrer constrição judicial sem obediência ao devido processo legal, com as garantias a ele inerentes, isto é, a instauração do contraditório e a ampla defesa. Diante disso, o caminho adequado para se apurar a responsabilidade pelo descumprimento da ordem judicial, como bem anotado pelo representante do *parquet* estadual (e-STJ, fl. 340), passa pela autorização da Juíza de Direito ao síndico da massa falida para propor ação de responsabilidade civil contra o Banco do Brasil S/A, com o que será possível, respeitados o contraditório e a ampla defesa, não só apurar a questionada responsabilidade, mas também, não menos importante, saber quem efetuou os referidos débitos e qual a sua destinação, não se podendo descartar, inclusive, a possibilidade de que tais valores tenham revertido em favor da própria massa falida, como alega o recorrente.

Entendo que a condição de auxiliar do Juízo não permite que se prescinda do devido processo legal, sempre necessário para que ocorra agressão ao patrimônio de quem não integra a lide.

Releva notar que o art. 14 do Código de Processo Civil, que cuidava dos deveres das partes e dos seus procuradores, sofreu alterações pela Lei n. 10.358/2001 (*caput*, parágrafo único e o acréscimo do inciso V), em razão das quais o seu alcance foi estendido a “todos aqueles que de qualquer forma participam do processo”. Criou-se a figura do responsável pelo descumprimento de ordem judicial e ficou estabelecido o dever de “cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final”. Trata-se do *contempt of court* brasileiro, ou ato atentatório ao exercício da jurisdição, instituto de larga utilização no sistema da *common law*, introduzido em nosso ordenamento com adaptações e sem a força do originário.

Humberto Theodoro Júnior, com base no entendimento consagrado pela doutrina, leciona que o referido dispositivo autoriza o órgão judiciário, “sem prejuízo das sanções criminais, cíveis e processuais cabíveis, a aplicar ao responsável (parte, interveniente, ou quem, de qualquer forma, participe do processo) a multa de vinte por cento do valor da causa. O juiz arbitrará a pena nos próprios autos em que incorreu a infração e assinará prazo para seu pagamento. Para fixar-lhe o montante levará em conta ‘a gravidade da conduta’ do infrator”. A questão, ao menos de forma indireta, é enfrentada pelo ilustre professor em nota de rodapé (n. 24), quando, a pro-

pósito do crime de desobediência e da possibilidade da prisão civil, diz: “Ao juiz cível cabe somente a aplicação da multa disciplinar do parágrafo único do art. 14, do CPC ...” (“Curso de Direito Processual Civil”, vol. I, 44^a ed., 2006, p. 95).

De igual modo, Rodrigo Xavier Leonardo, em obra coordenada por Luiz Guilherme Marinoni e Freddie Didier Jr., aponta para a necessidade de a parte interessada intentar ação própria para pleitear a reparação de possíveis danos:

“Ressalte-se, assim, que a multa estabelecida também não impede que, havendo danos causados pelo ato atentatório à parte, esta venha a pleitear sua reparação civil. Chama-se mais uma vez atenção para a ressalva expressa no parágrafo único do art. 14: ‘sem prejuízo das sanções (...) civis’.

O dispositivo, portanto, abre possibilidade para, diante dos danos causados pelo ato atentatório, a parte lesada propor ação para resarcimento de danos em face do responsável, seja ele a outra parte, seja ele terceiro.” (“A segunda etapa da reforma processual civil”. Malheiros Editores, 2001, p. 419.)

Cito, por fim, a lição de Luiz Rodrigues Wambier, que, após discorrer sobre a inovação inserida no art. 14 do CPC pela Lei n. 10.358/2001 e afirmar que a principal consequência dessa mudança é a possibilidade de imposição de multa ao responsável pelo descumprimento ou pelo embaraço ao cumprimento dos provimen-

tos jurisdicionais, enfoca especificamente a questão aqui tratada, ou seja, a necessidade de ação autônoma para o resarcimento de prejuízos decorrentes do descumprimento, com exatidão, da ordem judicial, *in verbis*:

"(...)

Dante de tais condutas, e de outras que se possam identificar com essas, todas capazes de obstar ou dificultar o cumprimento de ordens judiciais, a principal consequência da regra do art. 14, da forma como foi posta no Código de Processo Civil em 2001, é, sem dúvida, a *possibilidade de imposição de multa ao responsável pelo descumprimento ou pelo embargo ao cumprimento dos provimentos jurisdicionais*. De fato, verificada a situação perniciosa à efetividade do processo, poderá o juiz aplicar multa de até vinte por cento do valor da causa. Esse percentual poderá variar, para mais ou para menos, dependendo da gravidade da conduta que tenha dado causa ao descumprimento ou criado o embargo. Trata-se, sem dúvida, de poderosa técnica em favor da efetividade do processo.

(...)

Se a parte sofrer prejuízos em decorrência da conduta do responsável, deverá fazer uso de ação autônoma se de responsável-parte não se tratar (i.e., se o responsável não for parte no processo). Na hipótese contrária, isto é, se o responsável for parte no processo, pensamos que bastará requerimento ao

juiz da causa, nos termos do art. 18 do CPC. Assim, se houver a caracterização da litigância de má-fé, poderá ter lugar a condenação em perdas e danos, nos termos dos art. 16 a 18 do CPC." (*In: Revista de Processo n. 119, jan/2005, p. 46 e 55.*)

Ante o exposto, **dou provimento ao recurso ordinário** para reformar o acórdão recorrido, desconstituir a penhora realizada na "boca do caixa" do banco recorrente e, por conseguinte, determinar a devolução atualizada do valor objeto da constrição judicial aqui impugnada.

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, deu provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.

Brasília, 18 de novembro de 2010.

TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI.

Secretária

Superior Tribunal de Justiça

Bem de família. Oferecimento em garantia hipotecária. Benefício da entidade familiar. Renúncia à impenhorabilidade.

EMENTA OFICIAL

CIVIL. BEM DE FAMÍLIA. OFERECIMENTO EM GARANTIA HIPOTECÁRIA. BENEFÍCIO DA ENTIDADE FAMILIAR. RENÚNCIA À IMPENHORABILIDADE.

1. A exceção do art. 3º, inciso V, da Lei nº 8.009/90, que permite a penhora de bem dado em hipoteca, limita-se à hipótese de dívida constituída em favor da entidade familiar. Precedentes.

2. A comunidade formada pelos pais e seus descendentes se enquadra no conceito legal de entidade familiar, inclusive para os fins da Lei nº 8.009/90.

3. A boa-fé do devedor é determinante para que possa se socorrer do favor legal, reprimindo-se quaisquer atos praticados no intuito de fraudar credores ou retardar o trâmite dos processos de cobrança. O fato de o imóvel dado em garantia ser o único bem da família certamente é sopesado ao oferecer-lhe em hipoteca, ciente de que o ato implica renúncia à impenhorabilidade. Assim, não se mostra razoável que depois, ante à sua inadimplência, o devedor use esse fato como subterfúgio para livrar o imóvel da penhora. A atitude contraria a boa-fé insita às relações negociais, pois equivaleria à entrega de uma garantia que o devedor, desde o início, sabia ser

inexequível, esvaziando-a por completo.

4. Recurso especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Paulo de Tarso Sanseverino e Vasco Della Giustina votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sidnei Beneti.

Brasília (DF), 09 de novembro de 2010(Data do Julgamento).

MINISTRA NANCY ANDRIGHI
Relatora
RESP 1.141.732 - DJE 22/11/2010

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator): Cuida-se de recurso especial interposto por EUZINO SOARES FRANCO e LOURDES MARIA FRANCO, com fundamento no art. 105, III, "a", da CF, contra acórdão proferido pelo TJ/SP.

Ação: embargos à execução de título extrajudicial, opostos pelos recorrentes em desfavor de JUDITE MARIA CORREA ALVES. Os recorrentes figuram como fiadores em escritura pública de confissão de dívida com garantia hipotecária, decorrente de contrato de compra e venda de estabelecimento comercial celebrado entre seu filho, Eder Franco, e a recorrida.

Sentença: julgou improcedentes os embargos (fls. 43/45, e-STJ).

Acórdão: o TJ/SP negou provimento ao apelo dos recorrentes, nos termos do acórdão (fls. 125/126, e-STJ) assim ementado:

TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL – Escritura pública de confissão de dívida, com garantia hipotecária – Executorie-dade, nos termos do art. 585, II, do CPC – Impossibilidade de cumprimento da obrigação no contrato confessado não caracterizada nos autos – Inaplicabilidade do artigo 743, IV, do CPC – IMPENHORABILIDADE – Inexistência – Imóvel livremente oferecido em garantia hipotecária pelos embargantes – Aplicação da regra do artigo 3º, V, da Lei 8.009/90 – Apelação desprovida.

Recurso especial: alega violação dos arts. 3º, V, da Lei nº 8.009/90 e 743, IV, do CPC (fls. 129/136, e-STJ).

Prévio juízo de admissibilidade: o TJ/SP negou seguimento ao recurso especial (fls. 147/148, e-STJ), dando azo à interposição de agravo de instrumento, ao qual deu provimento para determinar a subida dos autos (fls. 182, e-STJ).

É o relatório.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator): Cinge a lide a determinar se o oferecimento de imóvel como garantia hipotecária tem o condão de descharacterizá-lo como bem de família, sujeitando-o à penhora para satisfação da dívida afiançada, presente a peculiaridade de que essa garantia foi prestada em benefício do filho dos fiadores.

I. Da impenhorabilidade do imóvel hipotecado. Violão do art. 3º, V, da Lei nº 8.009/90.

De acordo com o art. 3º, V, da Lei nº 8.009/91, a impenhorabilidade é oponível em processos de execução civil, salvo se movido “para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar”.

Os recorrentes alegam que a dicção do mencionado inciso V “limita-se ao crédito que favorece a família e não abrange situações de favor, quando o proprietário figura como fiador de terceiros” (fl. 132, e-STJ).

O TJ/SP refutou a tese dos recorrentes, afirmando que “o imóvel foi dado espontaneamente em garantia, não se podendo alegar a impenhorabilidade, sob pena de violação ao princípio da boa-fé, que norteia os contratos” (fl. 126, e-STJ).

(i) Da delimitação da controvérsia.

Tendo em vista o óbice contido na Súmula 07/STJ, que veda o

reexame de provas nesta instância extraordinária, o panorama fático deve ser recomposto unicamente a partir das circunstâncias admitidas como incontrovertidas pelas partes e do delineamento realizado pelo acórdão recorrido.

Nesse sentido, conforme admitem os próprios recorrentes, eles figuram como fiadores em contrato de compra e venda de uma papeleria adquirida por seu filho, Eder Franco, tendo garantido a dívida com a hipoteca do único imóvel que possuem e que lhes serve de residência (fl. 132, e-STJ).

Quanto a essa última assertiva, de que o imóvel hipotecado seria o único bem dos recorrentes, toma por incontrovertida, visto não haver impugnação da recorrida, tampouco notícia quanto à produção de prova em sentido contrário.

Por outro lado, considero igualmente incontrovertida a afirmação da recorrida, no sentido de que “o filho dos embargantes, adquirente da micro empresa (...), reside no imóvel dado em hipoteca, em companhia de seus pais” (fl. 36, e-STJ), pois também não foi refutada pela parte adversa.

Finalmente, o TJ/SP consigna ter o imóvel sido “dado espontaneamente em garantia” (fl. 126, e-STJ), afastando a tese de início defendida pelos recorrentes, de que teria havido erro ou dolo na celebração do negócio.

Em suma, portanto, tem-se que: (i) os recorrentes voluntariamente ofereceram em garantia hipotecária seu único imóvel, onde residem com seu filho; e (ii) o bem foi dado

em garantia de dívida assumida por seu filho, oriunda da aquisição de um estabelecimento comercial.

(ii) Da renúncia da impenhorabilidade pelos beneficiários.

No escólio de Álvaro Villaça de Azevedo (2010), o bem de família consiste em um “patrimônio especial”, amparado por “um benefício de natureza econômica, com o escopo de garantir a sobrevivência da família, em seu mínimo existencial, como célula indispensável à realização da justiça social” (*Bem de família*, 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 93).

Arnaldo Marmitt (1995) complementa esse raciocínio, anotando que o instituto objetiva o “amparo da entidade familiar, com os interesses da prole e do lar acima dos valores creditícios. Ao imunizar determinados bens da penhora, quer o legislador integrá-los no conceito de dignidade familiar, preservando a família, que tem em conta de bem jurídico superior” (*Bem de família*. Rio de Janeiro: Aide, 1995, p. 19).

A despeito disso, a impenhorabilidade do bem de família é acidental e pode ser afastada pelos beneficiários, de modo tácito ou explícito, fazendo prevalecer a regra geral, que é a penhorabilidade dos bens.

Nesse contexto, o art. 3º, V, da Lei nº 8.009/91 traduz hipótese clara de ato tendente ao afastamento da impenhorabilidade: ao manifestarem a vontade de oferecer o bem de família em garantia hipotecária, os beneficiários evidenciam, ainda que de forma implícita,

ta, sua intenção de liberar o bem da prerrogativa legal, desde que, em sintonia com o entendimento do STJ, a dívida tenha sido constituída em favor da entidade familiar.

Cabem, mais uma vez, os ensinamentos de Álvaro Villaça de Azevedo, para quem “se a situação do bem de família não retira de seu titular a possibilidade de aliená-lo, porque esse imóvel é, somente, impenhorável, nada impede que seja o mesmo oferecido em garantia hipotecária”. Conclui, então, que não seria justo que, “favorecendo esse mesmo titular, devedor hipotecário, não pudesse o credor satisfazer-se de seu crédito, sobre o objeto da garantia ofertada” (*op. cit.*, p. 211).

(iii) Dos precedentes do STJ.

Esta Corte já teve a oportunidade de analisar situações análogas à dos autos, tendo consolidado o entendimento de que “a exceção do art. 3º, inciso V, da Lei nº 8.009/90, que permite a penhora de bem dado em hipoteca, limita-se à hipótese de dívida constituída em favor da família, não se aplicando ao caso de fiança concedida em favor de terceiros” (REsp 268.690/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 12.03.2001. No mesmo sentido: REsp 1.022.735/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJe de 18.02.2010; e AgRg no Ag 1.126.623/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 06.10.2010).

Constata-se, pois, que no entendimento do STJ, nas hipóteses em que houver o oferecimento de imóvel em garantia hipotecária, a impenhorabilidade do bem de fa-

mília somente estará comprometida se a dívida objeto dessa garantia tiver sido assumida em benefício da própria entidade familiar.

(iv) Da hipótese dos autos.

Na hipótese específica dos autos, a dívida objeto da garantia hipotecária foi tomada por Eder Franco, filho dos recorrentes, que reside junto com esses no imóvel que se alega ser bem de família.

A CF/88 ampliou o conceito de família, inserindo em seu art. 226 a figura jurídica da entidade familiar. Nos termos do § 4º do referido dispositivo legal, a entidade familiar compreende, entre outras, “a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”. Assim, se a CF/88 reconhece como entidade familiar a família monoparental – reunião de apenas um dos genitores e de seus descendentes – com muito mais razão deve se incluir nesse conceito legal também a família tradicional, composta por ambos os pais e sua prole.

É certo, portanto, que a dívida em questão foi assumida em prol da entidade familiar, composta pelo casal de recorrentes e por seu filho.

Vale acrescentar, por oportuno, que a proteção conferida ao bem de família deve sempre levar em consideração a conduta dos respectivos beneficiários. A boa-fé do devedor é determinante para que se possa socorrer do favor legal, reprimindo-se quaisquer atos praticados no intuito de fraudar credores ou retardar o trâmite dos processos de cobrança.

Conforme leciona Ana Marta Zilveti (2006), “nos tempos atuais,

marcados por dificuldades de crédito e grande endividamento, é necessário pensar em mecanismos atenuadores, mas que possam também garantir o recebimento do crédito pelo credor, para que não haja a institucionalização do famoso *ganhá mas não leva*” (*Bem de família*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 237).

Com efeito, a tendência moderna de propagação de normas propensas ao equilíbrio das relações sociais e negociais deve obrigatoriamente vir acompanhada, como contrapartida, da coibição de abusos que impliquem reversão da situação de desequilíbrio, colocando o credor à mercê do devedor.

No caso dos recorrentes, é incontroverso que o oferecimento do imóvel – repise-se, em garantia de dívida assumida em benefício da entidade familiar – se deu de forma voluntária, ciente dos riscos do negócio.

Ademais, o fato de o imóvel dado em garantia ser o único bem da família – circunstância que os próprios recorrentes fizeram questão de ressaltar – foi certamente sopesado ao oferecerem-no em hipoteca, sabedores de que o ato implicaria renúncia à impenhorabilidade. Assim, não se mostra razoável que agora, ante à sua inadimplência, os recorrentes usem esse fato como subterfúgio para livrar o imóvel da penhora. A atitude contraria a boa-fé ínsita às relações negociais, pois equivale à entrega de uma garantia que o devedor, desde o início, sabia ser inexequível, esvaziando-a por completo. Por fim, saliento que o

acordão alçado a paradigma pelos recorrentes, REsp 302.281/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, Rel. p/ acordão Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 22.03.2004, não se amolda à situação existente nos autos, pois cuida de hipótese em que “a hipoteca foi dada para garantia de empréstimo contraído pela empresa, da qual é sócio o titular do bem, onde reside a sua família”.

No particular, a dívida não foi assumida por pessoa jurídica, mas por pessoa física que compõe a própria entidade familiar.

Em suma, constata-se que o imóvel em questão foi espontaneamente oferecido em garantia hipotecária pelos recorrentes, que estavam cientes dos riscos inerentes a esse ato, sobretudo que implicaria renúncia à sua impenhorabilidade, tendo o praticado assim mesmo, em benefício da entidade familiar, de sorte que inexiste ofensa ao art. 3º, V, da Lei nº 8.009/90 e, por via de consequência, justificativa para anular a

constrição imposta ao bem.

II. Do excesso de execução. Violação do art. 743, IV, do CPC.

Os recorrentes aduzem que o TJ/SP “não reconheceu o excesso de execução nos termos do artigo 743 do CPC” (fl. 134, e-STJ).

De acordo com o acordão recorrido, “não há nos autos elementos para concluir que a obrigação original era de impossível cumprimento pelo comprador, como bem lançado na r. sentença recorrida, de modo a sustentar a aplicabilidade do artigo 743, IV, do CPC” (fl. 126, e-STJ).

Assim, o acolhimento da tese dos recorrentes exigiria o revolvimento do substrato fático-probatório dos autos, procedimento vedado pela Súmula 07/STJ.

Forte nessas razões, NEGO PROVIMENTO ao recurso especial.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Paulo de Tarso Sanseverino e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sidnei Beneti.

Brasília, 09 de novembro de 2010.

MARIA AUXILIADORA
RAMALHO DA ROCHA
Secretária

Superior Tribunal de Justiça

Ação de conhecimento. Fase instrutória. Caderneta de poupança. Exibição incidental de extratos. Multa. Descabimento.

EMENTA OFICIAL

AGRADO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE CONHECIMENTO. FASE INSTRUTÓRIA. DIFERENÇAS DE CORREÇÃO EM CONTA DE POUPANÇA. EXIBIÇÃO INCIDENTAL DE DOCUMENTO. EXTRATOS.

1. A ordem incidental de exibição de documentos, na fase instrutória de ação ordinária de cobrança, encontra respaldo, no sistema processual vigente, não no art. 461 invocado no recurso especial, mas no art. 355 e seguintes do CPC, que não prevêem multa cominatória. Isso porque o escopo das regras instrutórias do Código de Processo Civil é buscar o caminho adequado para que as partes produzam provas de suas alegações, ensejando a formação da convicção do magistrado, e não assegurar, de pronto, o cumprimento antecipado (tutela antecipada) ou definitivo (execução de sentença) de obrigação de direito material de fazer, não fazer ou entrega de coisa.

2. Segundo a jurisprudência consolidada do STJ, na ação de exibição de documentos não cabe a aplicação de multa cominatória (Súmula 372). Este entendimento aplica-se, pelos mesmos fundamentos, para afastar a cominação de

multa diária para forçar a parte a exibir documentos em medida incidental no curso de ação ordinária condenatória. Nesta, ao contrário do que sucede na ação cautelar, cabe a presunção ficta de veracidade dos fatos que a parte adversária pretendia comprovar com o documento (CPC, art. 359), cujas consequências serão avaliadas pelo juízo em conjunto com as demais provas constantes dos autos, sem prejuízo da possibilidade de busca e apreensão, nos casos em que a presunção ficta do art. 359 não for suficiente, ao prudente critério judicial.

3. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, João Otávio de Noronha e Raul Araújo votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Brasília (DF), 14 de abril de 2011(Data do Julgamento)

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI, Relatora

Ag-1179249 RJ (2009/0069494-7).
Dje 02.05.2011.

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA ISABEL

GALLOTTI: Trata-se de agravo regimental contra decisão proferida pelo Ministro Honildo Castro, Desembargador Convocado, assim ementada (e-STJ fls. 157/163):

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. CIVIL. ESPÉCIES DE CONTRATO. CONTRATO BANCÁRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 535. I E II DO CPC. PREQUESTIONAMENTO INEXISTENTE. REEXAME DE PROVAS. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA.

1. Tendo o Tribunal *a quo* apreciado, com a devida clareza, toda a matéria relevante para a apreciação e julgamento do recurso, não há falar em violação ao art. 535 I e II do Código de Processo Civil.

2. Não se conhece do recurso especial no que diz respeito à matéria que não foi especificamente enfrentada pelo e. Tribunal *a quo*, dada a ausência de prequestionamento (Súmulas 282 e 356/STF).

3. Na via especial, é vedada a alteração das premissas fático-probatórias estabelecidas pelo acórdão recorrido.

4. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Súmula 7-STJ.

5. Não se conhece de recurso especial pela alínea “c” do permissivo constitucional, se o dissídio jurisprudencial não estiver comprovado nos moldes exigidos pelos arts. 541, parágrafo único, do CPC, e art. 255, parágrafos 1º e 2º do RISTJ.

6. Agravo de Instrumento IMPROVIDO.

Pede o agravante a reforma da decisão agravada, pois a jurisdição não foi devidamente prestada no Tribunal Estadual, havendo afronta ao art. 535 do CPC pela omissão caracterizada ante a falta de pronunciamento do acórdão recorrido sobre pontos fundamentais da demanda.

Sustenta que a tese central do especial, em relação ao cabimento da multa do art. 461, § 4º, do CPC, foi debatida no acórdão recorrido, tratando-se de matéria unicamente de direito, que não enseja o reexame dos fatos.

Além disso, alega que houve a demonstração do dissídio jurisprudencial.

É o relatório.

VOTO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI (Relatora): Verifica-se nos autos que a tese central do recurso especial, sobre a aplicação da multa cominatória, foi debatida no acórdão recorrido, não havendo necessidade de reexame de matéria de fato, motivo pelo qual passo a examinar o recurso.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, julgando agravo de instrumento interposto de decisão interlocutória proferida em ação de cobrança, decidiu em acórdão assim ementado (e-STJ fl. 72):

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE DETERMINA À PARTE AGRAVANTE A APRESENTAÇÃO DE EXTRATOS, NO PRAZO DE 15 (QUINZE) DIAS, SOB PENA DE INCIDÊNCIA DE

MULTA DIÁRIA. DECISÃO QUE MERECE REFORMA. A APRESENTAÇÃO DOS ALUDIDOS DOCUMENTOS CONFIGURA ÓNUS PROCESSUAL E NÃO OBRIGAÇÃO DE FAZER. O NÃO ATENDIMENTO DE ÓNUS FAZ COM QUE A PARTE SE SUJEITE ÀS CONSEQUÊNCIAS PROCESSUAIS DE SUA OMISSÃO. MULTA QUE SE MOSTRA INCABÍVEL. RECURSO CONHECIDO E PROVÍDO.

Após a rejeição dos seus embargos de declaração (e-STJ fls. 80/82), Carolina Ferreira dos Santos, representada pela Defensoria Pública, interpôs recurso especial, amparada nas letras "a" e "c" do permissivo constitucional, alegando, em síntese, que o acórdão recorrido violou os seguintes dispositivos, com as respectivas teses:

a) art. 535, II, do CPC - por ter se omitido o Tribunal Estadual quanto a questões federais relevantes suscitadas pela ora recorrente nas contrarrazões do agravo de instrumento

b) art. 359 do CPC - não é cabível a aplicação da presunção de veracidade na hipótese dos autos, porque "a causa envolve quantificação de valores, não podendo a parte autora 'inventar' valores (o que de resto seria contrário à boa-fé processual), para fins de presunção de veracidade em caso de inércia processual. Assim, considerar que a não-apresentação dos documentos gera tão-somente uma presunção de veracidade dos fatos alegados pela parte autora significa, no caso, esvaziar totalmente o direito fundamental da parte auto-

ra a uma tutela jurisdicional efetiva." (e-STJ fl. 91);

c) art. 355 do CPC - quando a lei, por meio do dispositivo indicado, estabelece que "o juiz pode ordenar que a parte exiba documento ou coisa que se ache em seu poder" está mencionando a possibilidade de provimentos mandamentais no campo da exibição de documentos, permitindo a imposição de multa cominatória;

d) art. 461, § 4º, do CPC - embora o objeto principal da ação de cobrança diga respeito a uma pretensão condenatória, a ordem incidental de exibição do documento é, inegavelmente, uma obrigação de fazer, que carece de meios coercitivos para seu efetivo cumprimento.

Sustenta a recorrente, ainda, a caracterização de dissídio jurisprudencial, citando como paradigmas precedentes do STJ que permitem a incidência da multa cominatória na ação de exibição de documentos.

Assim delimitada a controvérsia, entendo, inicialmente, em relação à suposta violação ao art. 535, II, do CPC, que não assiste razão à recorrente, ora agravante, pois não verifico, no caso dos autos, omissão ou ausência de fundamentação na apreciação das questões suscitadas.

Com efeito, não está o órgão julgador obrigado a se pronunciar sobre todos os argumentos apontados pelas partes, a fim de expressar o seu convencimento.

O pronunciamento acerca dos fatos controvertidos, a que está o magistrado obrigado, encontra-se

objetivamente fixado nas razões do acórdão recorrido. Nesse sentido: AgRg no Ag 1.041.751/DF, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, DJe de 19.4.2010.

Ultrapassado este ponto, entendendo que a questão federal está suficientemente prequestionada no acórdão recorrido, tendo sido demonstrada a divergência nos termos legais e regimentais.

Passo, portanto, ao exame dos demais aspectos do recurso.

A recorrente ajuizou ação de cobrança de índices expurgados de caderneta de poupança em face do banco recorrido, alegando ser titular de determinada caderneta, em agência que especificou na inicial, mencionando, também, o seu saldo em junho de 1987 e julho de 1987.

Foi determinado ao banco réu que juntasse aos autos os extratos da conta no período em causa, sob pena de multa diária de R\$ 250,00. Alegou o banco que os extratos encontram-se às fls. 14/15 dos autos, mas a decisão impositiva da exibição dos documentos foi mantida.

O banco agravou, donde o acórdão recorrido, da lavra do Desembargador Mauro Pereira Martins, que deu provimento ao recurso, assentando ser “na hipótese incabível a imposição da multa estabelecida na decisão impugnada, uma vez que a apresentação dos extratos se constitui em ônus processual e não em obrigação de fazer, conforme sustentou a parte agravada em suas contra-razões. Com efeito, em não apresentando a documentação que lhe foi deter-

minada se sujeita a parte agravante aos efeitos decorrentes de sua omissão, reputando-se como verdadeiro o fato alegado pela parte ora agravada. Inexiste amparo, todavia, para a cominação de multa, já que não se pode obrigar a parte a realizar aquilo que, em verdade, se traduz em ônus processual”.

Incensurável o acórdão recorrido.

Com efeito, não se postula, nos autos de origem - ação de cobrança de diferenças de correção monetária, em fase de processo de conhecimento – a condenação do réu ao cumprimento de obrigação de fazer, de não fazer ou de entrega de coisa, hipóteses em que teria aplicação a regra do art. 461 ou 461-A do CPC .

Trata-se de ação ordinária de cobrança em que se pede o cumprimento de obrigação de dar dinheiro. Incidentalmente, foi determinada a exibição, pelo banco réu, de extratos relativos ao período em que se discute o direito às diferenças de correção monetária.

A ordem de exibição de documentos deu-se, portanto, na fase instrutória de ação ordinária de cobrança e encontra respaldo, no sistema processual vigente, não no art. 461 invocado no recurso especial, mas no art. 355 e seguintes do CPC , que não prevêem multa cominatória. Isso porque o escopo das regras instrutórias do Código de Processo Civil é buscar o caminho adequado para que as partes produzam provas de suas alegações, ensejando a formação da convicção do magistrado, e não assegurar, de pronto, o cumprimento

antecipado (tutela antecipada) ou definitivo (execução de sentença) de obrigação de direito material de fazer, não fazer ou entrega de coisa.

O descumprimento da ordem incidental de exibição de documentos (CPC, art. 355), ônus processual, poderá ter consequências desfavoráveis ao réu, reputando-se como verdadeiros os fatos que se pretendia comprovar com o documento (CPC, art. 359), o que será avaliado pelo Juiz da causa, ao prolatar a sentença, com base nas alegações das partes e no conjunto probatório. Daí a inaplicabilidade desta presunção de veracidade no âmbito da ação cautelar de exibição, proclamada pela 2^a Seção, em acórdão repetitivo (REsp. 1.094.846-MS, relator o Ministro Carlos Fernando Mathias), mas sua plena pertinência no caso de recusa de apresentação de documentos em incidente da fase de instrução de ação ordinária.

O banco alega que os documentos necessários à instrução da causa já estão juntados aos autos de origem. Mas se não estiverem, arcará com as consequências processuais do descumprimento do ônus processual que lhe foi atribuído pela decisão que determinou a exibição do documento. No caso dos autos, por exemplo, tendo a autora afirmado que possuía determinada conta de caderneta de poupança, em determinada época, com saldo que especificou e database que, em tese, lhe asseguraria o recebimento dos expurgos, estes fatos, se o banco não exibir os extratos, e os constantes dos autos

não os contrariarem, serão tidos como verdadeiros, no momento da sentença, por força da regra do art. 359, do CPC.

Registro que não foi ainda alcançada a fase de liquidação e execução de sentença. Os documentos necessários para o processo de conhecimento são apenas os essenciais para a verificação da existência do direito alegado pelo autor (no caso, prova da existência da conta, com saldo positivo na época dos expurgos e data-base da caderneta). Na fase de liquidação serão necessários extratos mais detalhados, e se o devedor não os apresentar, mesmo em face de nova decisão judicial, arcará com as consequências processuais de sua inação, podendo se fazer necessária busca e apreensão de documentos ou até mesmo perícia para a apuração do valor devido, arcando o devedor com o incremento dos custos da execução, sem prejuízo de outras multas decorrentes da obstrução indevida do serviço judiciário. Não haverá ensejo, todavia, mesmo em fase de liquidação para a cominação de multa diária, com base no art. 461, do CPC.

Registro que há recentes precedentes, em agravo regimental, da 3^a e da 4^a Turmas, afirmando que a Súmula 372 não se aplica à hipótese de multa cominatória imposta incidentalmente em processo de conhecimento para fazer cumprir determinação de exibição de documentos. No entender dos mencionados precedentes, a mencionada súmula seria restrita aos processos cautelares de exibição de documentos, de forma que a imposi-

ção de multa em caráter incidental em processo de conhecimento contraria apoio no art. 461 do CPC (3^a Turma, AgRg no REsp. 1.096.940-MG e 4^a Turma, AgRg no AG 1.165.808-SP, entre outros).

Por outro lado, em sentido contrário, registro a decisão singular do Ministro João Otávio de Noronha, no Ag 1.150.821, proferida em liquidação provisória de sentença coletiva condenatória ao pagamento de diferenças de correção expurgadas de caderneta de poupança, na qual foi consignado que “a aplicabilidade de multa cominatória prevista no art. 461 do CPC é restrita às demandas que envolvem obrigação de fazer e não fazer, sendo incabível em sede de pedido incidental de exibição de documentos.”

Não encontro motivos, com a devida vénia, para admitir a multa diária na fase instrutória da ação de conhecimento, se a exibição de documentos for determinada em caráter incidental, mas, de outra forma, não admiti-la se ordenada em liminar ou sentença proferida em ação cautelar de exibição de documentos (Súmula 372).

A leitura dos precedentes desta súmula, se por um lado evidencia que todos eles foram tirados de ações cautelares, por outro, não corrobora, em seus fundamentos, a distinção preconizada nos precedentes mencionados. Ao contrário, data vénia. Se a multa cominatória não é admitida nas ações cautelares de exibição de documento (nas quais não cabe, também, a presunção de veracidade estabelecida pelo art. 359), com maior razão

ainda não deve ser permitida nas ações ordinárias, na fase de conhecimento, onde é possível a aplicação da mencionada pena de confissão de veracidade dos fatos que se pretendia provar com o documento não exibido.

Recordo que o voto do Ministro Luís Felipe Salomão, no repetitivo REsp. 1.094.849, no qual se assentou não caber, em ação cautelar de exibição de documentos, a aplicação da confissão ficta prevista no art. 359, do CPC (inerente às ações conhecimento), ressaltou que embora também não sendo cabível a multa, em face da Súmula 372, “não há de ficar sem sanção o descumprimento da ordem do Juiz”, aventando, então, a possibilidade de ordem de busca e apreensão e até mesmo de apuração criminal da conduta do recalcitrante.

No caso dos autos, no qual se cuida de fase instrutória de processo de conhecimento, a consequência do descumprimento injustificado do ônus processual não será a imposição de multa cominatória reservada por lei para forçar o devedor ao cumprimento de obrigação de direito material de fazer, não fazer, ou entregar coisa, mas a presunção de veracidade dos fatos que a parte adversária pretendia comprovar, presunção esta que não é absoluta, devendo ser apreciada pelo juízo no momento da sentença em face dos demais elementos de prova constantes dos autos.

Em face do exposto, nego provimento ao agravo regimental, mantendo a decisão agravada por outros fundamentos.

É como voto.

VOTO

O SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR: Sr. Presidente,

acompanho a eminent Relatora por entender que, com muito mais razão ainda em processo de cognição ordinária, torna-se pertinente a aplicação de Súmula, porque é absolutamente possível entender-se como confissão ficta a não apresentação do documento, se o juiz assim compreender com base em outras provas que realmente caberia pela apresentação.

Não há razão, pois, para a fixação da multa também em ações principais, evitando-se, igualmente, a fixação de penalidades que levam a valores milionários, trazendo enriquecimento sem causa.

Acompanho às inteiras o voto da Sr. Ministra Relatora, negando provimento ao agravo regimental.

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, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, João Otávio de Noronha e Raul Araújo votaram com a Sra. Ministra Relatora.

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 publi-

cação 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 transscrito 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.

