

ADVOCET

ANO IX - Nº 17 - NOV | 13

REVISTA DE DIREITO

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS ADVOGADOS
DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL



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.15, 2012

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: *2.300 exemplares*

Periodicidade: *semestral*

Impressão: *Athalaia Gráfica e Editora*

Solicita-se Permuta

DIRETORIA EXECUTIVA DA ADVOCEF

Presidente

Carlos Alberto Regueira de Castro e Silva (Recife)

Vice-Presidente

Álvaro Sérgio Weiler Júnior (Porto Alegre)

1º Tesoureiro

Estanislau Luciano de Oliveira (Brasília)

2ª Tesoureira

Daniele Cristina Alaniz Macedo (São Paulo)

1ª Secretária

Lya Rachel Basseto Vieira (Campinas)

2º Secretário

Eduardo Jorge Sarmento Mendes (Brasília)

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

Dione Lima da Silva (Porto Alegre)

Diretor de Negociação Coletiva

Marcelo Dutra Victor (Belo Horizonte)

Diretora de Prerrogativas

Maria Rosa de Carvalho Leite Neta (Fortaleza)

Diretor Jurídico

Magdiel Jeus Gomes Araújo (João Pessoa)

Diretora Social

Isabella Gomes Machado (Brasília)

CONSELHO EXECUTIVO DA REVISTA

Altair Rodrigues de Paula

Patrícia Raquel Caíres Jost Guadanhim

Roberto Maia

CONSELHO EDITORIAL DA REVISTA

Alaim Giovani Fortes Stefanello

*Doutor em Direito Econômico e Sociobambiental PUC/PR.
Mestre em Direito Ambiental - UEA/AM. Vice-presidente da
Comissão de Direito Ambiental da OAB/PR*

Bruno Queiroz Oliveira

*Doutorando em Direito Constitucional pela Unifor. Mestre em
Direito Público pela Universidade Federal do Ceara. Conselheiro
da OAB/CE. Presidente da Comissão de Reforma do Código
Penal da OAB/CE.*

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 Amazônia. Membro da Comissão da Advocacia
Pública da OAB/PR.*

João Pedro Silvestrin

*Desembargador do Trabalho no TRT da Quarta Região.
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

Anna Claudia de Vasconcellos (Florianópolis)

Davi Duarte (Porto Alegre)

Fernando da Silva Abs Cruz (Porto Alegre)

Henrique Chagas (Presidente Prudente)

Luciano Caixeta Amâncio (Brasília)

Patrícia Raquel Caíres Jost Guadanhim (Londrina)

Renato Luiz Harmi Hino (Curitiba)

Membros Suplentes

Antônio Xavier de Moraes Primo (Recife)

Elton Nobre de Oliveira (Rio de Janeiro)

Justiniano Dias da Silva Júnior (Recife)

CONSELHO FISCAL

Membros Efetivos

Adonias Melo de Cordeiro (Fortaleza)

Edson Pereira da Silva (Brasília)

Jayme de Azevedo Lima (Curitiba)

Membros Suplentes

Melissa Santos Pinheiro Vassoler Silva (Porto Velho)

Sandro Endrigo de Azevedo Chiarotti (Ribeirão Preto)

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	11
---------------------------	-----------

PARTE 1 – ARTIGOS

Processo constitucional e decisionismo judicial	
<i>Carolina Mello Suave</i>	<i>13</i>
Common Law e Civil Law: história, peculiaridades e utilização no Brasil e no direito de outros países	
<i>Florianio Benevides de Magalhães Neto</i>	<i>45</i>
A antecipação de tutela na ação coletiva	
<i>Wilson de Souza Malcher</i>	<i>61</i>
Embargos de declaração e o direito fundamental à motivação das decisões	
<i>Edson Bernardo Andrade Reis Neto</i>	<i>81</i>
Medidas investigativas no âmbito do processo civil - limites e possibilidades de produção de prova	
<i>Éder Maurício Pezzi López e Renan Teixeira Sobreiro</i>	<i>93</i>
O Projeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro e suas diretrizes fundamentais	
<i>José Gabriel Boschi</i>	<i>121</i>
Eficácia dos mecanismos de repressão ao <i>insider trading</i>	
<i>Lucia Elena Arantes Ferreira Bastos</i>	<i>135</i>
Project Finance: uma solução viável para o financiamento privado da infraestrutura	
<i>Leandro Jacob Neto</i>	<i>153</i>
Fraude à execução, Súmula 375 do Superior Tribunal de Justiça e artigo 615-A do Código de Processo Civil	
<i>Renato Luiz Harmi Hino</i>	<i>171</i>
Questões tributárias controvertidas do Programa Minha Casa Minha Vida	
<i>Daniel Barbosa Lima Faria Corrêa de Souza</i>	<i>205</i>

PARTE 2 – JURISPRUDÊNCIA**Superior Tribunal de Justiça**

*Recurso Especial Repetitivo. Cédula de crédito bancário vinculada a contrato de crédito rotativo. Exequibilidade. Lei n. 10.931/2004.....*225

Superior Tribunal de Justiça

*Corte Especial. Andamento processual disponibilizado pela internet. Contagem de prazo. Boa-fé.....*243

Superior Tribunal de Justiça

*Ação civil pública. Cadastros de proteção ao crédito. Débitos discutidos judicialmente. Inscrição nomes devedores. Licitude.....*249

Superior Tribunal de Justiça

*Indenização por danos morais. Mútuo para aquisição de bem imóvel. Expectativa frustrada de crédito bancário*261

Tribunal Superior do Trabalho

*SDI. Gerente geral de agência CEF. Horas extras. PCS/89 alterado pelo PCS/98. Prescrição total.....*271

Tribunal Superior do Trabalho

*Recurso de revista. Recálculo do "saldamento" pela inclusão da CTVA. Prescrição*279

PARTE 3 – NORMAS EDITORIAIS DE PUBLICAÇÃO 287

APRESENTAÇÃO

A Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal, com orgulho renovado, entrega esta 17ª edição da sua Revista de Direito.

Em sua existência de nove anos, com edições semestrais, a Revista de Direito nasceu de um sonho: fomentar e dar visibilidade à produção técnica dos advogados da CAIXA, sob o viés prático e também acadêmico.

O sonho se concretiza e se reacende a cada edição, com uma visível crescente qualificação dos conteúdos, fruto do aperfeiçoamento constante dos quadros jurídicos da empresa pública.

Monteiro Lobato, o criador da literatura infantil brasileira, cunhou expressão de relevo histórico, ao afirmar que "um país se faz com homens e livros".

A frase, digna de constante lembrança pelos brasileiros, pode receber analógica interpretação, no atual contexto vivido pela ADVOCEF.

Uma Associação integrada por operadores do Direito é, também, ainda que numa acepção despretensiosa, feita de homens e livros.

Dos homens exigem-se ações concretas que contribuam, em última análise, no aprimoramento da própria humanidade.

Os livros são veículos capazes de eternizar seus autores, amplificar seu conteúdo, difundir as teses, massificando o debate e propiciando o crescimento da ciência e a qualificação de todos os seus protagonistas.

Cada edição da Revista de Direito renova aquela máxima, ao divulgar trabalhos intelectuais de grande espectro, em busca do reconhecimento dos homens e mulheres que contribuem na construção, através dos livros, de uma Associação mais forte e voltada à realização de seus princípios mais caros.

Fiquem nossos leitores com as páginas que dão concretude aos ideais, contendo artigos de natureza acadêmica e também prática, e com julgados reveladores da atuação de tantos que fazem do Direito uma ciência em constante evolução.

Diretoria Executiva



PARTE 1

ARTIGOS

Processo constitucional e decisionismo judicial

Carolina Mello Suave
Advogada em Minas Gerais

RESUMO

Sob a égide do paradigma do Direito Democrático e visão pós-positivista, importa refletir a respeito das normas constitucionais (regras e princípios) estruturais do processo jurisdicional, averiguando a implementação do que se denomina devido processo constitucional, respeitados os direitos e garantias individuais, em especial o contraditório, a isonomia e a ampla defesa, bem como os fundamentos da República Federativa do Brasil, que se constitui em Estado Democrático de Direito, entre eles a dignidade da pessoa humana. Na perspectiva de Direito Democrático, apenas é possível admitir a existência do processo por meio do procedimento em contraditório, como única forma de legitimar a atuação do Estado, sendo que as várias teorias e modelos de processo que não se apoiam nessas bases são inadequados à realidade jurídico-normativa em vigor e inaceitáveis constitucionalmente. Diante disso, propõe-se a análise da legitimidade das decisões judiciais, que devem ser construídas pelas partes do processo mediante o exercício do contraditório, de maneira que a relação entre os sujeitos do processo seja horizontalizada (participação em simétrica paridade de todos, em qualquer procedimento) e nunca verticalista (decisão solitária do juiz). Ainda, sobre as decisões, veremos que as fundamentações devem se restringir a normas jurídicas constitucionais, e nunca a critérios exteriores aos dispostos no ordenamento jurídico ou conceitos metajurídicos, para que sejam legítimas, pois determina a Constituição Federal de 1988 que o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes que integram o Poder Legislativo do Estado, e somente as produções normativas que passam pelo procedimento democrático de criação são fonte de direito e dever. A partir da Constituição Federal de 1988, necessária se faz, ainda, a releitura de alguns textos normativos, com o intuito de estabelecer suas interpretações no sentido de se adequarem ao paradigma por ela instituído.

Palavras-chave: Processo constitucional. Princípios institutivos do processo. Decisão judicial. Interpretação constitucional.

ABSTRACT

Under the aegis of the paradigm of democratic law, and post-positivist view, it matters to reflect on the constitutional norms (rules and principles) of structural judicial process, verifying the implementation of what is called constitutional due process, respected the rights and individual guarantees, especially contradictory, equality and legal defense, and the pleas of the Federative Republic of Brazil which is a Democratic State, among them the dignity of human person. In a Democratic perspective, you can only admit the existence of the process through the adversarial procedure, this being the only way to legitimize the actions of the State, and the various theories and process models that do not rely on those grounds are inadequate to the legal reality and regulatory provisions, and constitutionally unacceptable. Given this, it is proposed to analyze the legitimacy of judicial decisions, which must be constructed by the parts of the process, by exercising contradictory, so that the relationship between the subjects of the case is horizontal (participation in symmetric parity of all, in any procedure) and never verticalist (lone judge's decision). Still, on decisions, we'll see that the foundations should be restricted to constitutional rules of law, and never willing to criteria external to the legal concepts, to be legitimate because it determinates the 1988 Federal Constitution, that the power emanates from the people, who exercise it through their representatives that comprise the State Legislature, and only those products that pass through the normative democratic procedure of creation are a source of law and duty. Since the 1988 Federal Constitution, it's required to do, also, the reinterpretation of some legal texts, in order to establish their interpretations, in order to adapt to the paradigm established by it.

Keywords: Constitutional Process. Institutive Principles of process. Judicial Decision. Constitutional interpretation.

Introdução

Para Dworkin, a ciência não elimina problemas, mas com ela mais problemas são produzidos, exatamente para enfrentar o próprio problema, pois não há ciência sem crítica. É por essa perspectiva que se propõe a reflexão sobre alguns aspectos do exercício jurídico, vez que o Direito é ciência e, por essência, deve ser estudado sob a ótica crítica do pensamento.

O questionamento do decisionismo judicial, juntamente com a contemplação da hermenêutica (desenvolvida intrinsecamente no exercício do ato decisório), tem como ponto principal de análise

se a discussão, já travada em Dworkin ao mencionar o juiz Hércules, da técnica interpretativa de aplicação do Direito, que muitas vezes se dá de forma verticalista (decisão solitária do juiz), quando deveria ser horizontalizada (participação em simétrica paridade de todos, em qualquer procedimento, a fim de discutir as interpretações em questão), como se sustentará.

Nesse sentido, questiona-se a implementação do Estado de Direito Democrático no exercício pleno da cidadania, assegurado pelo direito ao acesso ao Judiciário, mediante o devido processo constitucional, e o respeito às garantias fundamentais da isonomia, ampla defesa, contraditório e segurança jurídica, e todos os demais direitos individuais.

O devido processo legal é o que se concretiza com respeito à Constituição Federal de 1988, sendo, portanto, consequência lógica a obrigatoriedade de cumprimento de todos os atos do procedimento mediante asseveração constitucional.

É mister analisarmos a constitucionalidade das decisões judiciais no que tange à sua fundamentação, sob a ótica do paradigma de Direito Democrático.

1 A dificuldade do Judiciário em interpretar princípios constitucionais

Para aferir como deve ser realizada a interpretação de princípios constitucionais pelo Judiciário no Direito Democrático, é basilar entender, primeiramente, o que são os princípios constitucionais.

Para a definição terminológica, importa verificar em qual sistema estão inseridos, pois a aplicação prática do princípio define seu conceito. Cada sistema relaciona-se com o princípio jurídico de uma determinada maneira, e, para atingir o entendimento de qual sistema está mais adequado ao paradigma jurídico atual, necessárias se fazem as considerações sobre três grandes correntes do pensamento jurídico, como traz Cordeiro Leal (2002, p. 32): o jusnaturalismo, o positivismo e o pós-positivismo.

O conceito de jusnaturalismo embasa-se na ideia do Direito Natural, e, segundo Fiuza (1999, p. 42):

Jusnaturalismo seria, assim, a corrente do pensamento que reúne todas as idéias que surgiram, no correr da história, em torno do Direito Natural. [...] As várias correntes jusnaturalistas concordam que há um Direito ideal, perfeito, expressão mesma do justo, além do Direito Positivo. Discordam, porém, em relação à origem desse Direito. Para o estoicismo helênico, localizava-se na natureza cósmica (perfeição, ordem e equilíbrio do Universo). Para os teólogos medievais, vinha de Deus. Para

os racionalistas, o Direito Natural é produto da razão Humana.

Nesse contexto, Espíndola (1999, p. 58) afirma que os princípios, que possuíam natureza não normativa, são posicionados pela Escola Jusnaturalista “em esfera abstrata e metafísica”. Eram, na verdade, os balizadores subjetivos utilizados para o alcance do Direito ideal.

A seu turno, Bobbio (1997, p. 156), já sob a égide do positivismo jurídico, afirma que os princípios são “normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais”, o que não define o conceito do termo, mas evidencia a premissa de que princípios são normas, e, a partir desse entendimento, sustenta-se a ideia de que os princípios não são estabelecidos pelo discernimento do julgador, mas preexistem a ele, são dotados de significância própria, e têm aplicação obrigatória.

O positivismo jurídico, então, traz essa nova concepção ao Direito e defende ser a lei escrita a única legitimada para a resolução de conflitos da sociedade, e os princípios, no sistema, apesar de possuírem caráter normativo, somente serviriam ao suprimento de eventuais lacunas legais, sob o prisma da quase absoluta eficiência das regras jurídicas e de seu alto grau de previsibilidade quanto aos fatos sociais, oferecendo resposta a praticamente todas as demandas. Quando, porém, fica evidente certa ineficiência das regras, e são enxergados casos não previstos pelo ordenamento, abre-se espaço para o juiz “legislar”, o que coloca em risco as próprias bases do positivismo. Com o intuito de amenizar esse fato, são introduzidos no sistema parâmetros decisórios, por meio da inserção de formas de auto ou heterointegração nos textos legais, entre elas os princípios gerais. Assim, alega Cordeiro Leal (2002, p. 37) que no positivismo os princípios são fontes subsidiárias do direito, com eventual utilização, o que permite se inferir sobre eles sua quase inexistente força normativa.

Em direção oposta, o pós-positivismo eleva os princípios ao âmbito constitucional, e grandes juristas, de acordo com Cordeiro Leal (2002, p. 37), afirmam que os princípios passam a atuar como normas estruturantes do sistema e referencial hermenêutico dos textos infraconstitucionais.

Nesse contexto, assim como as regras, os princípios passam a ser considerados como espécies do gênero normas, e a ambos se atribui força vinculativa no plano decisório. Carvalho Neto (1996, p. 144) ensina que os princípios, também sendo normas jurídicas, apesar de não apresentarem a estrutura tradicional das regras, operam ativamente no ordenamento, pois condicionam a leitura das regras, suas contextualizações e inter-relações.

Em seguida, ao reconhecer que esses princípios gerais são situados no texto da Constituição Federal, tem-se que apresentam força vinculante não questionável, devido ao critério da hierarquia normativa. Daí se afirmar que os princípios seriam

Normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema de fontes (ex. princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito) (CANOTILHO, 1999, p. 1085).

É no paradigma do pós-positivismo que o Judiciário deve interpretar os princípios constitucionais, uma vez que o ordenamento apresenta-se como rede normativa, composta por *regras* e *princípios*, ambos com *força vinculante*.

Além de considerar, sob esse prisma, a utilização de princípios como fundamentação das decisões, e seu emprego ao caso concreto no sentido de preencher as lacunas deixadas pelas regras, e, além disso, condicionar a interpretação das regras, como forma legítima e compulsória de afastamento da discricionariedade do magistrado, importante, ainda, no presente contexto, o entendimento do que sejam os princípios institutivos do processo, entre os quais, o contraditório, a isonomia, a ampla defesa, a segurança jurídica e o devido processo constitucional. Para tanto, imprescindível se torna a compreensão do modelo de **processo** adequado ao paradigma de Estado de Direito Democrático.

2 Discricionariedade e decisão: breve retrospecto sobre as teorias de processo e a sempre presente autoridade do juiz como forma verticalista da decisão

No curso histórico-jurídico, são apresentadas várias teorias de processo, cada qual aduzindo diferentes abordagens e entendimentos de Processo, que, embora atualmente não se mostrem suficientes e adequadas ao paradigma que sustenta o sistema jurídico regente, ainda preservam relevância, o que se evidencia ao decorrer dos estudos, no desenvolvimento das teorias que as seguem.

Das muitas que poderiam ser citadas, mostra-se importante a *Teoria do Processo como Contrato*, desenvolvida por Pothier, em que o processo se apresenta como um “pacto (*liticontestatio*) em que os litigantes voluntariamente se submetiam à autoridade do árbitro, por eles escolhido” (COLUCCI; ALMEIDA, 1999, p. 123).

Constatadas suas falhas, Savigny e Guényva trazem a conhecimento a *Teoria do Processo como Quase Contrato*, numa tentativa

de contornar as críticas da teoria supramencionada, embora ainda enquadrassem o Processo na esfera do direito privado.

Considerava-se que, não sendo o processo um contrato, seria um quase contrato, pois “a parte que ingressava em juízo já consentia que a decisão lhe fosse favorável ou desfavorável, ocorrendo um nexo entre o autor e o juiz, ainda que o réu não aderisse espontaneamente ao debate da lide” (PEREIRA LEAL, 2009, p. 78).

Em 1868, porém, Oskar Von Bülow, por meio da publicação de sua obra *A Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais*, divulga uma nova teoria sobre processo, apresentando a sistematização da relação processual (ALVIM, 1997, p. 162), que passou a ser conhecida por *Processo como Relação Jurídica*, sobre a qual discorreremos mais profundamente a seguir, em face de sua grande relevância.

Goldschmidt, em 1925, apresenta o *Processo como Situação Jurídica*, discordando de Bülow ao afirmar que não existe, na verdade, vinculação entre as partes e o juiz no Processo, pelo que não haveria “relação jurídica”, pois o juiz apenas estaria a atuar por dever funcional, e as partes se sujeitam à jurisdição porque simplesmente estão sujeitas à autoridade do órgão jurisdicional (ALVIM, 1997, p. 158).

Formulada pelo espanhol Guasp, por volta de 1940, surge a Teoria do *Processo como Instituição*, assentada sobre pilares sociológicos, sob influência das ideias positivistas, sendo que as instituições, no âmbito das ciências sociais, seriam formas padronizadas de comportamento em relação a determinadas necessidades humanas, consideradas ideais, que, se transgredidas ou modificadas, geram a necessidade de sanções específicas (ALVIM, 1997, p. 155). O Estado, nesse contexto, é detentor da jurisdição e os problemas entre pares deverão ser submetidos à instituição jurisdicional, pois o modo de agir mediante conflitos de interesses dá-se através do processo (ALVIM, 1997, p. 156). Diante dos conceitos imprecisos em que se baseia essa teoria, muitas críticas lhe sobrevieram; alguns teóricos, como Coutore, que anteriormente a abraçaram chegam a abandoná-la, por não haver qualquer balizamento jurídico da ideia de instituição processual.

Outras três teorias apresentam grande relevância para o universo processual, quais sejam a *Teoria do Processo como Procedimento em Contraditório*, sob a ótica de Elio Fazzalari, a *Teoria Constitucionalista do Processo (ou Modelo Constitucionalizado do Processo)*, que aborda de maneira ampla os princípios constitucionais, sob a orientação de Baracho, Andolina e Vignera, bem como a *Teoria Neoinstitucionalista do Processo*, desenvolvida por Pereira Leal, todas elas contribuindo para a formação do que se poderia

nomear *Processo Constitucional*. Apresentando-se como um marco nos estudos do modelo processual que está adequado ao paradigma atual, faz surgir a necessidade de sua observação com grau maior de profundidade, dada sua importância e o interesse essencial da temática do estudo em compreendê-las.

2.1 Processo como relação jurídica

De acordo com Büllow, o processo seria uma relação jurídica, não apenas pela existência da relação processual, mas pela “sistematização da relação processual” (ALVIM, 1997, p. 162).

O autor visualiza a separação entre o *direito material* e o *direito processual*, admitindo possuir este último regras especiais e princípios próprios que nenhuma vinculação guardam com aquele (CORDEIRO LEAL, 2002 p. 82), sendo que a relação processual, no entanto, para que se concretize, dependerá da existência da relação de direito material conflituosa entre as partes, motivo pelo qual sua participação no processo é requisito essencial, somada à participação do Estado, que não mais figura como mero espectador das relações entre particulares, mas é detentor da jurisdição, desde o momento em que vedou ao particular a autotutela e assumiu para si a função de solucionar o conflito de interesses (ALVIM, 1997, p. 163).

A relação jurídica processual, de acordo com a teoria de Büllow, estabelece-se com a presença necessária do Estado-juiz, a partir da iniciativa de uma das partes, e, posteriormente, com a ciência da outra parte envolvida.

Com efeito, o processo em si carrega duas relações jurídicas distintas: a de direito material, que no processo se discute, e a de direito formal, estabelecida entre os sujeitos do processo (COLUCCI; ALMEIDA, 1999, p. 124).

A relação jurídico-processual apresentar-se-ia da seguinte maneira:

1. os sujeitos principais do processo: o autor, o réu e o juiz; 2. o objeto, ou seja, a prestação jurisdicional, pela qual autor e réu aguardam a solução do litígio e a declaração de direito aplicável ao caso; 3. os pressupostos ou requisitos para exigência do processo: um pedido, já que a jurisdição é inerte e só age quando provocada; a capacidade de quem formula o pedido; e a investidura do destinatário do pedido, o juiz, que deve ser o legítimo representante do Poder Público, como tal investido” (COLUCCI; ALMEIDA, 1999, p. 125).

Büllow também tentou fazer distinção entre *procedimento* e *processo*. Processo, para ele, seria instrumento de jurisdição, motivo

pelo qual sua teoria ficou conhecida como instrumentalista do processo. Procedimento, por sua vez, diz respeito a atos processuais necessários para a concretização do escopo (ALVIM, 1997, p. 163).

Alguns doutrinadores, como Fazzalari e Goldschmidt, criticam a teoria de Büllow. Para eles, erroneamente ela

a) baseia-se na divisão do processo em duas fases [...], com a crença de que na primeira delas apenas se comprovam os pressupostos processuais e na segunda apenas se examina o mérito, o que nem para o direito romano é verdadeiro; b) o juiz tem obrigações no processo, mas inexistem sanções processuais ao seu descumprimento; c) as partes não têm obrigações no processo, mas estão simplesmente num estado de sujeição à autoridade do órgão jurisdicional (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1999, p. 283).

Outro ponto importante, e para a presente discussão ainda mais relevante, é que a relação jurídica, para o Direito Privado, implica a sujeição entre pessoas, podendo uma delas exigir da outra o cumprimento de uma obrigação. Cita Cordeiro Leal (2002, p. 82) que tal afirmação não poderia ser admitida diante da perspectiva de Kelsen, como asseverado em sua *Teoria Pura do Direito* (1999, p. 185), a saber:

Do ponto de vista de um conhecimento dirigido ao Direito, isto é, dirigido às normas jurídicas, não são tomadas em linha de conta as relações entre indivíduos, mas apenas as relações entre normas – pelos indivíduos criadas e aplicadas – ou entre fatos determinados pelas normas, dos quais a conduta humana apenas representa um caso especial, se bem que particularmente significativo. Com efeito, não são os indivíduos, mas suas ações e omissões, não são as pessoas, mas determinada conduta humana – e não apenas esta, mas também outros fatos (estes, porém, apenas em conexão com a conduta humana) – que formam o conteúdo das normas jurídicas. Esta ideia tem expressão até certo ponto, na definição da relação jurídica – não como relação entre o sujeito do dever e o sujeito do direito, mas como uma relação entre um dever jurídico e o direito de reflexo que lhe corresponde.

A teoria de Büllow, portanto, não retrata a relação processual nos moldes exatos em que se deve dar, mas contribui e oportuniza o surgimento de outras propostas teóricas, como a de Fazzalari de processo como procedimento em contraditório, que, por sua vez, possibilitará o desenvolvimento de nova teoria, e uma compreensão de processo que se amolde ao paradigma de Estado Democrático de Direito.

Apesar das críticas, vale ressaltar que a teoria de Bülow predomina até hoje na confecção de Códigos e Leis Processuais, tendo sido aprimorada por Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei e Liebman (PEREIRA LEAL, 2009, p. 78), entre outros juristas.

2.2 Processo constitucional

De acordo com Pereira Leal (2009, p. 83), o processualista italiano Fazzalari preocupou-se em basear sua teoria do *Processo como Procedimento em Contraditório* no estudo do instituto do processo, considerando o procedimento como sua estrutura técnico-jurídica, daí a importância das delimitações de conceitos.

Assim como Bülow, Fazzalari distinguiu processo e procedimento, adicionando ainda a ideia de contraditório ao fazê-lo. Procedimento passa a ser entendido como sequência de atos preparatórios de um provimento estatal, seja administrativo, legislativo, ou judicial, e não apenas uma mera exteriorização do processo. Em Fazzalari (*apud* GONÇALVES, 1992, p. 108),

O procedimento não é atividade que se esgota no cumprimento de um único ato, mas requer toda uma série de atos e uma série de normas que o disciplinam, em conexão entre elas, regendo a sequência de seu desenvolvimento. Por isso se fala em procedimento como sequência de normas, de atos e de posições subjetivas.

De acordo com Cordeiro Leal (2002, p. 84), o processo passa a ser considerado uma espécie do gênero procedimento, que possui uma importante característica que os diferencia: o contraditório. Se o procedimento estrutura-se pelo contraditório, tem-se o processo. Por isso, em Fazzalari é possível haver procedimento sem processo, mas nunca processo sem procedimento. Por essa perspectiva, o contraditório é o que diferencia tais institutos.

É essencial entender que o contraditório deve se estabelecer entre as partes do processo, como interessadas-destinatárias do provimento, instaurando-se entre elas como garantia de participação em simétrica paridade. O juiz, o Ministério Público e seus auxiliares, mesmo que sujeitos do processo, não atuam como contraditores.

O contraditório, leia-se, não é apenas o exercício de oposição de interesses, mas qualidade inerente da estrutura dos procedimentos, para que possa trazer legitimidade. Nesse ponto, Gonçalves (1992, p. 127) explica que

o contraditório não é o 'dizer' e o 'contradizer' sobre matéria controvertida, não é a discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que se desenvolve em torno dos interesses

divergentes sobre o conteúdo do ato final. Essa será sua matéria, seu conteúdo possível. O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo.

Ainda sob esse aspecto, Pereira Leal (2009, p. 83) traz o contraditório como norma de comando estrutural, sendo que, sem ele, o procedimento passa a ser

um amontoado de atos não-jurídicos sem qualquer legitimidade, validade e eficácia. Mesmo que o procedimento se realize pelo modelo normativo, se não contiver o dado legal do contraditório em sua estrutura jurídica espaciotemporal [...], não há processo. De outra face, a sentença (provimento) não é, nessa teoria, um ato sentimental e solitário do juiz, mas uma consequência e expressão jurídica, racionalizada e categoricamente conclusiva, dos atos realizadores do procedimento em contraditório entre as partes.

Contudo, embora a ideia do contraditório esteja bem solidificada desde esses estudos, alguns autores, admiravelmente, ainda demonstram ver o processo como instrumento a serviço da paz social, acrescentando a ele, ainda, escopos metajurídicos (v.g., DINAMARCO, 1996). Esse fenômeno apresenta-se como um retrocesso paradigmático, no sentido de que a reintrodução subjetivista de componentes éticos ou morais do julgador na atividade jurisdicional, conforme Cordeiro Leal (2002, p. 86), é incompatível com o Estado Democrático de Direito. A legitimação democrática das decisões judiciais sedimentar-se-á mediante “debate discursivo garantido por condições jurídico-pragmáticas hábeis à neutralização das coerções, os valores dos destinatários das normas” (CORDEIRO LEAL, 2002, p. 86).

Andolina e Vignera (1997, p. 8), e, no Brasil, o saudoso constitucionalista mineiro Baracho (1984), desenvolvem teorias sobre o *Modelo Constitucionalizado do Processo*. Ao irem na trilha acadêmica de Fazzalari, buscam a adequação das normas procedimentais infraconstitucionais às presentes na própria Constituição.

Nesse momento, o contraditório não mais é entendido como mero atributo do processo, mas sim como “princípio determinativo de sua própria inserção na estruturação de todos os procedimentos preparatórios dos atos jurisdicionais” (CORDEIRO LEAL, 2002, p. 88). Entende-se que o contraditório tem *status* constitucional – e, assim

como os princípios da reserva legal, isonomia e ampla defesa –, é direito-garantia legitimador do processo até mesmo por hierarquia normativa.

No mesmo sentido dos estudos de Andolina e Vignera, também importa ressaltar as considerações de Pereira Leal (2009, p. 83-84) sobre a *teoria do processo como procedimento em contraditório* de Fazzalari, pois, embora admita a importância das constatações do autor, anota que sua teoria já não está adequada ao atual discurso jurídico-constitucional das democracias, considerando os paradigmas contemporâneos.

Nesse sentido, em sua *Teoria Neoinstitucionalista do Processo*, aponta que o contraditório não é apenas uma qualidade a ser incorporada ao procedimento por parâmetros doutrinários ou fenomênicos pela atividade jurisdicional, como ensinava o processualista italiano, mas, de acordo com as Constituições a que se submetem as normas processuais, é direito-garantia, que legitima a atividade jurisdicional no processo.

3 Hermenêutica jurídico-processual

Tendo como plataforma os limites fixados pela Teoria do Direito Processual Constitucional, discorre-se sobre a hermenêutica como uma questão da ciência jurídica moderna, o que, de acordo com Del Negri (2009, p. 199), é viabilizado a partir do entendimento da legitimidade das decisões jurídicas. Sobre esse aspecto, consideremos importantes marcos teóricos.

3.1 A função instrumental do direito e as origens de sua legitimidade

O surgimento de regras parte do Contrato Social feito entre determinados indivíduos para regular suas condutas e viabilizar a vida em sociedade. Nesse sentido, o Direito tem a função de permitir o surgimento e garantir a manutenção dos grupos sociais organizados de maneira ampla. Além disso, objetiva satisfazer suas necessidades e expectativas: regulando, prevenindo e garantindo consequências e punições àquele que violar tais regras, do contrário não teria eficácia alguma, e, portanto, não haveria razão de existir.

Para que as regras incidam sobre os indivíduos, e a eles sejam aplicadas, estes devem se submeter¹ a elas, bem como ao sistema

¹ Não meramente serem coagidos a se submeterem, aceitando a jurisdição como ato de império – o que, em outro contexto que não o de direito democrático, se admitia.

judicial de apreciação dos feitos e da aplicação das normas. Considerando o paradigma do Estado Democrático de Direito, é mister averiguar a legitimidade do Direito e das decisões judiciais e a importância do Processo como instituição constitucionalizada assecuratória dessa legitimidade. Com efeito, é necessário entender alguns pontos acerca da interpretação e da legitimidade do Direito.

3.1.1 Kelsen - fundamento autorreferencial do Direito e legitimidade como consequência necessária da forma

Ao analisar o desenvolvimento da *Teoria Pura do Direito* de Kelsen (1999, p. 221), destaca-se a abordagem do conceito de validade de uma norma vinculando-o à sua relação de pertinência quanto a um determinado sistema normativo, de modo que uma norma se valida mediante o atendimento de requisitos formais de sua elaboração, o que implica o respeito à norma hierarquicamente superior. Essa é, a propósito, a nota marcante dessa teoria que convém registrar, sendo certo que o conceito de validade em Kelsen extrapola esse aspecto.²

Ao tratar da elaboração da norma de escalão inferior, afirma ser necessária a fixação de sentido da norma superior, considerando seu possível grau de generalização e abstração. Nesse sentido, afirma Cordeiro Leal (2002, p. 48) não ser possível a separação dos atos de criação e aplicação das normas, sendo considerados os aspectos da elaboração das leis e das decisões judiciais, e tudo o que ocorre nesse ínterim.

Nesse sentido, existiria espaço para certa liberdade ao criador da norma inferior, bem como ao aplicador, que poderá optar, entre as várias possibilidades, por a que melhor se aplique, a seu ver, às circunstâncias fáticas do caso em questão. Isso porque, diante das situações imprevisíveis, a norma de escalão superior não poderia

vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior, ora menor, de livre apreciação de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato (KELSEN, 1999, p. 388).

² Trata-se, pois, da apropriação de um dos três pressupostos kelsenianos para a validade da norma jurídica (COELHO, 2001, p. 33), sem destacar a nebulosa relação entre validade e eficácia para o autor.

Assim, Kelsen afirma que a sentença judicial, criando norma individual, como ato positivador do Direito, pode ser validamente proferida, mesmo que haja possibilidade de ser formulada com conteúdos diversos, porquanto

A decisão judicial é, para Kelsen, a edição de uma norma jurídica individual. O mesmo corte epistemológico e axiológico exigido no exame das normas gerais, portanto, também haverá de ser adotado no exame das decisões judiciais. Isto é, **as razões pelas quais o juiz atribui à norma aplicando um determinado sentido são de ordem psicológica, ideológica, sociológica, cultural, moral etc. Não interessam, desse modo, ao cientista do direito.** O seu conhecimento é reduzido à identificação das várias significações que se pode relacionar a cada disposição normativa, exatamente porque lhe é vedado investigar o pré-normativo e o metanormativo, campos em que se poderia encontrar a explicação para a escolha do juiz (COELHO, 2001, p. 61, grifos nossos).

Basta que o magistrado comprove ter sido a sentença elaborada em consonância às normas que lhe são hierarquicamente superiores, dentro da moldura das possibilidades interpretativas diante do caso fático, em seu aspecto formal.

3.1.2 A crítica de Dworkin

Preocupado com o relativismo que encerra a teoria kelseniana – cuja legitimidade arrima-se na lógica formal –, Dworkin desenvolve sua teoria sobre questões não bem explicadas e fundamentadas pelas correntes que a antecedem. O autor mantém constante atenção e preocupação com a certeza e segurança jurídicas, demonstrando a existência de direitos fundamentais que não podem ser afastados pelo Estado, para que o Direito conserve-se legítimo (DWORKIN, 1999, p. 388-389a), e considerando, ainda, a legitimidade assentada na condição de que todos os cidadãos sejam tratados como iguais, e, consequentemente, possam participar das deliberações acerca de seu destino, e do destino da comunidade em que estão inseridos.

Ao contrário das ideias apresentadas pelas correntes positivistas e realistas, que admitem a variedade de decisão em alguns casos, segundo a teoria desse autor é possível a existência de uma única decisão correta diante do caso concreto, aquela pela qual não haja a violação a direitos fundamentais. Sua crítica aos positivistas está na admissão da liberdade do julgador e na assunção da possibilidade de criação do Direito, e aos realistas na possibilidade de exis-

tência de sentenças incoerentes com outras do passado, pois para eles ao juiz é conferido o direito de tomar decisões que lhe pareçam *benéficas ao futuro da comunidade*, por seu próprio juízo de valor (CORDEIRO LEAL, 2002, p. 56).

É notório que Dworkin, ao afirmar a inviolabilidade dos direitos individuais, traz nova concepção à legitimidade do direito, pelo acatamento de pressupostos democráticos.

Negando a possibilidade de discricionariedade judicial, que residia, para o positivismo, no fato de haver situações fáticas para as quais o direito não traz solução específica, o autor propõe a releitura do sistema e cria a teoria do *direito como integridade*, pelo reconhecimento da forma vinculante dos princípios, e, com isso, a inexistência de lacunas (CORDEIRO LEAL, 2002, p. 57). Daí se dizer, em Dworkin, que as decisões não se vinculam só às regras, mas também aos princípios, que traçam linhas gerais e orientam a interpretação do direito, fazendo com que inexistam casos em que o próprio direito não traga a solução.

Porém, o autor não considera o direito apenas como estrutura normativa constituída por regras e princípios jurídicos, mas também leva em consideração os princípios morais da sociedade, devendo o juiz respeitar, ao prolatar uma decisão, a história institucional do direito, sendo que os princípios morais orientam a construção e reconstrução do ordenamento jurídico, e, desse modo, o juiz tem o dever de proferir decisão coerente com o passado e contribuir com o desenvolvimento dos princípios.

Apesar de reconhecer a legitimidade das decisões embasadas na racionalidade, e ter sua teoria grande destaque, o autor religa o direito à moral, não analisa o verdadeiro “papel da contribuição argumentativa das partes nos procedimentos judiciais” (CORDEIRO LEAL, 2002, p. 61) e mantém o solipsismo (que vem a ser alvo de críticas de Habermas), razão pela qual é insuficiente ao direito democrático.

3.1.3 Alexy e o discurso racional da hermenêutica jurídica

Alexy (1989, p. 23), assim como Dworkin (1999a, 1999b), reconhece a força normativa dos princípios. Considera, ainda, que os critérios tradicionais de interpretação de normas não sejam suficientes por si mesmos para a fundamentação racional.

Vai além, dizendo que a existência de princípios e seu caráter normativo também são insuficientes para resolver o problema da subjetividade, visto que muitos são contraditórios entre si e, considerando a inexistência hierárquica entre eles, caberá ao juiz a escolha de qual será aplicado ao caso concreto, decisão

está baseada nos seus valores particulares de adequabilidade e importância.³

Ao mesmo tempo, paradoxalmente, reconhece a importância do método de interpretação sistemático (axiológico-teleológico). Para explicar a contradição, expõe que a valoração deve ser justificada, para que se respeite a racionalidade exigida na fundamentação da decisão.

Desse modo, ele tenta expor os limites de conceito da expressão *argumentação jurídica racional*, vinculando o direito à moral, visto que a tese da *integração* dita a união de argumentos jurídicos aos práticos gerais, adotando-se os critérios valorativos dos cidadãos (consensos comuns), e, considerando que o sistema não apresenta por si mesmo “suporte técnico viabilizador da fundamentabilidade racional da adoção de valores” (CORDEIRO LEAL, 2002, p. 65), realmente é necessário o apelo ao discurso prático-moral como forma de respeitar a teoria do *discurso racional*.

Isso o leva a afirmar que

as decisões judiciais deveriam ser fundamentadas (ou justificadas) mediante a utilização de duas espécies de argumentos: os de justificação interna do direito e os de justificação externa do direito (CORDEIRO LEAL, 2002, p. 68).

Para Cordeiro Leal (2002, p. 65), o autor assume que a justificação interna de enunciados normativos deve ser tratada pela lógica formal dedutiva (partindo das premissas legais do caso concreto, tendo em vista a exposição das razões de aplicação de uma determinada lei). Já os argumentos de justificação externa dizem respeito às premissas utilizadas na justificação interna, sendo que podem ser regras de direito positivo, enunciados empíricos ou outras premissas quaisquer.

Haveria, assim, para o autor, seis grupos de regras de justificação externa, a saber: regras e formas de interpretação; a argumentação dogmática; o uso dos precedentes; a argumentação prática geral; a argumentação prática empírica; e formas especiais de argumentação jurídica, as quais são aplicáveis como premissas a serem utilizadas na prolatação das decisões (CORDEIRO LEAL, 2002, p. 69).

Daí o autor considerar que, para alcançar a decisão correta, o único caminho seja a via discursiva. A segurança jurídica, em sua

³ Nesse ponto, a propósito, reside notável distinção entre as correntes de pensamento que se filiam a Dworkin e as que se filiam a Alexy. Para as primeiras, diante do caso concreto haveria, sempre, o dever de o juiz escolher, com bases racionais, a melhor decisão. Para as filiadas a Alexy não haveria, contudo, como se aferir o que seria a melhor decisão.

teoria, assume importância secundária, admitindo a possibilidade de haver mais de uma única possibilidade decisória. Sua crítica à teoria de Dworkin, em Cordeiro Leal (2002, p. 71), reside no fato de que o autor não ofereceu critérios sobre a utilização dos princípios e sua preferibilidade, o que torna sua proposta inoperável. Em Alexy, princípios e valores são o mesmo, contemplado o aspecto deontológico em um caso e, no outro, o axiológico, razão esta de argumentar no sentido de haver uma conexão íntima entre a argumentação prático-moral e a jurídica. Para as regras, aplica-se a subsunção, e para os princípios, a ponderação de valores, sendo que ao juiz incumbe a apreciação hierárquica da aplicação principiológica, visando a decisão justa (CORDEIRO LEAL, 2002, p. 71).

Para Alexy (1989), portanto, a legitimidade das decisões está na fundamentação racional, porém esta pode se dar por justificativas em preceitos morais na interpretação jurídica. Por isso, admitindo o solipsismo judicial, sua teoria não atende a legitimação no processo constitucionalizado dentro do paradigma de direito democrático.

3.1.4 Breve destaque sobre Jürgen Habermas e a teoria procedimental do Direito

Esse autor, a seu turno, traz críticas às teorias supramencionadas e propõe reflexão procedimental sobre legitimidade, certeza e segurança jurídicas, e sobre a racionalidade do Direito.

Oferece a *teoria procedimentalista da democracia*, que, segundo Cordeiro Leal (2002, p. 73), faz releitura de aspectos importantes de legitimidade do Direito, criticando as teorias de Alexy e Dworkin no que tange ao entrelaçamento entre Direito e Moral a que aludem, ao afirmar, de acordo com Habermas (1997, p. 292), que

A concepção empiricamente informada, segundo a qual ordens jurídicas completam co-originariamente uma moral que se tornou autônoma, não suporta por muito tempo a representação platonizante, segundo a qual existe uma relação de cópia entre o direito e a moral, como se se tratasse de uma mesma figura geométrica que apenas é projetada em níveis diferentes. Por isso, não podemos interpretar os direitos fundamentais que aparecem na figura positiva de normas constitucionais como simples cópias de direitos morais, nem a autonomia política como simples cópia da moral.

Habermas, portanto, considera que o Direito aparece como forma de integração das autonomias privada e pública dos indivíduos, através da adoção de um procedimento racional de legisla-

ção, e a legitimidade do Direito estaria assentada em discursos racionais, que, por sua vez, se validam pela utilização do próprio sistema normativo, sem fundamentação moralística, uma vez que este, ao ser criado, já considerou todos os aspectos morais da sociedade, o que leva Cordeiro Leal (2002, p. 74) a afirmar que

assim, o Direito, em Habermas, não necessita de inserção de componentes morais ulteriores à sua criação legislativa. Se os pressupostos à criação e legitimação democrática do Direito foram atendidos, o processo legislativo obteve êxito em oferecer um espaço adequado e livre de coerções, para que os destinatários das normas pudessem explicitar suas posições e expender os argumentos morais, éticos e pragmáticos que deveriam ser introduzidos no Direito.

Por isso, fazendo remissão a Habermas, Oliveira (1998, p. 35), citado por Cordeiro Leal (2002, p. 75), afirma:

O direito, democraticamente fundado, assume, então, o lugar deixado pela eticidade, pelas crenças imemorais e pelas 'leis divinas': passa a ser meio através do qual Estado e mercado se institucionalizam no mundo da vida mas, também na medida em que preserva suas conexões internas com a força da ação comunicativa socialmente integradora, instrumento de integração social, através da institucionalização de um processo político em que os cidadãos devam se reconhecer mutuamente como titulares de direitos humanos fundamentais, garantidores de sua autonomia pública e privada.

Por essa razão, se as pretensões dos cidadãos já foram integradas ao Direito pela forma legítima da elaboração normativa, não seria possível a admissão da inserção de novos componentes morais externos ao próprio Direito na atividade de aplicação da norma, sob pena de perda de legitimidade, pelo desrespeito a esse sistema de criação legislativa e a todo o ordenamento jurídico, político e social, ao estabelecer a possibilidade de criar a quem (magistrados) não foi entregue a legitimidade, na democracia, para tanto.

Em Habermas, pelo que se pode inferir de sua obra (1997, p. 292), não existe a necessidade (e, bem mais que isso, é ilegítimo) de se recorrer à lógica moral, do que seria permitido ou necessário moralmente, vez que esse conteúdo já está inserido naturalmente no direito gerado democraticamente e institucionalizado juridicamente, não se tratando de dogmática jurídica (CORDEIRO LEAL, 2002, p. 76).

A teoria discursiva de legitimação democrática do Direito encontrada em Habermas exige, “no âmbito de criação e aplicação do Direito, que as decisões satisfaçam, ao mesmo tempo, os critérios de aceitabilidade racional e de segurança jurídica” (CORDEIRO LEAL, 2002, p. 76).

A racionalidade das decisões vincula-se à racionalidade do Direito em vigor, que possui essa característica por força de adequado processo legislativo, e a segurança jurídica, por sua vez, poderia ser entendida, para Cordeiro Leal (2002, p. 76), dentro da seguinte perspectiva:

Os direitos processuais garantem a cada sujeito de direito a pretensão a um processo equitativo, ou seja, uma clarificação discursiva das respectivas questões de direito e de fato; deste modo os atingidos podem ter segurança de que, no processo, serão decisivos para a sentença judicial argumentos relevantes e não arbitrários (HABERMAS, 1997, p. 274).

Assumindo que a teoria aqui apresentada satisfaça as pretensões do processo constitucionalizado no Estado de Direito Democrático, pelo método da hermenêutica constitucional adiante demonstrado, explicitar-se-á como deve ser aplicada.

3.2 Hermenêutica constitucional pelo paradigma do direito democrático

No direito democrático, a legitimidade das decisões só será alcançada “a partir da interação argumentativa realizada no *procedimento* em contraditório entre as Partes do Processo” (DEL NEGRI, 2009, p. 199). Assim, é preciso romper com os métodos de interpretação jurídica nos antigos moldes romanos, bem como com aqueles embasados nos moldes processuais de outrora, ou em paradigmas jurídicos já ultrapassados.

No Estado Democrático de Direito, as decisões não são mais passíveis de serem suportadas por fundamentações não jurídicas, e também não podem ser construídas por ato solitário do juiz. Não sendo sujeito “interessado”, ou “contrainteressado” (GONÇALVES, 1992, p. 121) no provimento, não é contraditor. Não lhe é defeso, entretanto, em ato de interpretação constitucional, criar teorias (diversas das apresentadas pelos então contraditores) no momento decisório, desde que sejam demarcadas por argumentos jurídicos, e às partes sejam ofertadas em contraditório, para que sejam legítimas.

A grande dificuldade a esse respeito está na fundamentação dessas decisões, que deve estar vinculada às normas jurídicas (cons-

titucionais) e amparada na filosofia da linguagem; nunca, porém, embasada na filosofia da *consciência*, como ato de sentimento, ou lei interna do julgador (DEL NEGRI, 2009, p. 201), como propõe a teoria de Habermas.

Com fundamento na ciência processual, importante é a visualização de meios institucionalizados capazes de extinguir ou neutralizar a subjetividade das decisões, de modo que não sejam verticalizadas e deslegitimadas. A necessidade dessa verificação reside no fato de que “a interpretação do ordenamento jurídico não se faz mais em juízos de subjetividade (leis íntimas) de um decididor”, uma vez que no Estado Democrático de Direito a norma não pode ser superada pelo julgador e as partes do processo não podem ser reduzidas a “meros coadjuvantes do seu destino” (DEL NEGRI, 2009, p. 201).

A *Teoria Discursiva* de Habermas, quando aplicada em contraditório, sendo oferecido às partes aquilo que o decididor, com fundamentação jurídica e normativa legítima, visualiza deva ser aplicado, cumpre seu papel na democracia.

Os princípios processuais inscritos na Constituição jamais poderiam ser desrespeitados, daí a importância da abordagem adequada do contraditório, vez que é essencial à teoria procedimental da democracia (CORDEIRO LEAL, 2002, p. 77). É o contraditório que proporcionará a atuação equitativa dos partícipes dos procedimentos judiciais, a que faz referência Habermas, e garantirá a fundamentação das decisões “no Direito debatido pelas partes e os fatos por elas construídos” (CORDEIRO LEAL, 2002, p. 77).

A necessidade do compartilhamento decisório é fato, mediante interpretação dos princípios constitucionais norteadores e institutivos do processo. A jurisdição, na democracia, é das partes, e não somente do juiz. Por esse mesmo discernimento, também a legitimação da *prova* se faz pela participação das partes, e não apenas por decisão singular do magistrado. Sobre esse tema, especificamente, discorreremos adiante.

Dias (2010, p. 119) cita ainda o princípio da reserva legal, ou princípio da prevalência da lei, no que tange às decisões jurisdicionais, no sentido de que, se as fundamentações não forem restritas às normas do ordenamento jurídico, serão ilegítimas:

A legitimidade democrática das decisões jurisdicionais, comprometidas com o princípio do Estado Democrático de Direito, está assentada na exclusiva sujeição dos órgãos jurisdicionais às normas que integram o ordenamento jurídico, sobretudo as normas constitucionais, emanadas da vontade do povo, porque discutidas, votadas e aprovadas pelos seus representantes, no Congresso Nacional.

O poder emana do povo, de acordo com parágrafo único do art. 1º da Constituição da República. Considerando que o povo não elege os juízes, que são selecionados e nomeados diretamente pelo Estado, os únicos critérios diretivos para o exercício da função jurisdicional (que culmina quando as decisões finais são proferidas – acórdão, sentença, provimento) “são aqueles ditados pelo princípio da permanente vinculação dos atos da jurisdição ao Estado Democrático de Direito” (DIAS, 2010, p. 119). Desse modo, somente se pode dizer serem decisões jurisdicionais proferidas em nome do povo aquelas estrita e essencialmente proferidas conforme as normas constitucionais e infraconstitucionais que integram o ordenamento jurídico.

Portanto,

devem ser energeticamente descartados quaisquer doutrinas e precedentes jurisprudenciais que sugiram aos órgãos estatais decisores (juízes e tribunais) exercício da função jurisdicional sob critérios outros dissociados da constitucionalidade da jurisdição, porém, ao revés, marcados de forma inconstitucional e antidemocrática pela arbitrariedade, pela discricionariedade, pelo subjetivismo, pelo messianismo, pela sensibilidade, pelas individualidades carismáticas ou pela patologia judiciária que denominamos complexo de Magnaud [...]. (DIAS, 2010, p. 120).⁴

No Direito Democrático, não há legitimidade nas decisões cujos fundamentos sejam noções vagas, imprecisas e não normativas de “justiça”, “equidade”, “ideal de justiça”, “decisão justa”, “justo razoável”, e em critérios enigmáticos e irresponsáveis do “caráter instrumental do processo”, “livre-arbítrio do juiz”, ou “prudente critério do juiz”, do “processo justo”, da “interpretação mais razoável”, da “decisão mantida pelos seus próprios e jurídicos fundamentos”, além de outros tantos fundamentos e expressões próprios de “um autêntico festival de logomaquia” (DIAS, 2010, p. 120).

Ainda, no Direito Democrático, só é direito o que como tal foi produzido pelo órgão legislativo do Estado, composto por representantes eleitos pelo povo, com expressa autorização constitucional e pelo processo legislativo previsto constitucionalmente, sendo essa uma das bases do próprio Estado de Direito Democrático.

⁴ Ao se referir ao “complexo Magnaud”, o autor tem em mente Jean-Marie Bernard Magnaud, juiz francês, presidente do Tribunal de Primeira Instância de Châteaui-Thierry no período de 1899 a 1904, cujos julgamentos se tornaram conhecidos por subverterm a ordem jurídica. Suas sentenças distanciavam-se das fontes de direito e muitas vezes apoiavam-se unicamente no sentimentalismo e nos seus juízos de opiniões pessoais.

3.3 A necessidade de afastar a decisão conforme a consciência

Com o objetivo de garantir o resgate da *segurança jurídica* e amparar a *legitimidade* do Judiciário diante do Estado Democrático, Streck (2010) aponta os riscos da manutenção da forma atual de se estudar e de se “operar” o direito.⁵ Suas observações partem da constatação de que a admissão de margem discricionária para as decisões judiciais, nos casos concretos (sejam estes fáceis ou difíceis), transfere ao intérprete/sujeito o Poder que, a rigor, é da comunidade constitucional, causando “*letal déficit democrático*” (STRECK, 2010, p. 85) às decisões judiciais.

Com efeito, a partir da identificação de que no Direito Democrático não há como se justificar que seja dado ao juiz/sujeito o Poder de *interpretar a lei* e *valorar a prova* conforme sua consciência, o autor propõe a ruptura com a atual forma de encarar problema das decisões judiciais – a saber, dotar o juiz de maiores poderes na interpretação e aplicação da lei, confiando em seu “*bom senso*” como medida de justiça na escolha da melhor interpretação possível dentre as diversas igualmente válidas, visão esta amparada no dualismo kantiano de cariz kelseniano (o da ruptura entre o “ser” e o “dever ser”).

Segundo Streck, a concepção filosófica que – remontando a Aristóteles, cinde a cognição a partir de processos próprios à “razão prática” ou à “razão teórica” – está presente até hoje entre os estudiosos do direito é incompatível com a Democracia Processualizada. Ela conduziu, em seus vários desdobramentos, à objetivação e à subjetivação do direito⁶, manifestações estas que não foram capazes de garantir as necessárias segurança jurídica e legitimidade decisória que se espera no Estado de Direito.

⁵ Ou, como prefere o autor, na forma de compreender o direito a partir do giro linguístico do paradigma hermenêutico, cujas origens ele identifica em Martin Heidegger (STRECK, 2010, p. 60; 73; 83).

⁶ A *objetivação* relaciona-se ao positivismo exegético, no qual se encontraria na “vontade da lei” a resposta para os casos apreciados pelo Judiciário. A *subjetivação*, por sua vez, relaciona-se ao positivismo normativista, que relega ao jurista a tarefa de delimitar o quadro de interpretações possíveis para os casos submetidos ao Judiciário, o que dá espaço e guarida para a consagração da “vontade do juiz” no ato de decidir – sob o eufemismo da discricionariedade. Ambas correntes amparam-se no paradigma da *filosofia da consciência* – pela qual, no primeiro caso, a consciência do juiz seria capaz de partir da análise abstrata das normas para delimitar, no campo das ideias (tal qual uma subsunção perfeita) a correta decisão; e, no segundo, nessa análise seriam identificadas interpretações possíveis, cabendo-lhe “sentir” qual a mais justa para o caso. Em ambas, portanto, o decisionismo é marcante.

Daí sua apologia ao *paradigma hermenêutico* para se “enxergar” o direito no atual estado de coisas. Baseado em considerações sobre essa guinada filosófica, afasta a visão do conhecimento construída a partir do esquema sujeito-objeto, identificando no giro linguístico o novo marco do fenômeno cognitivo, a partir da compreensão de que o homem está condicionado em sua forma de conhecer pela linguagem que lhe é dada e que serve de instrumental compartilhado para a construção e reconstrução de significados:

Pode-se afirmar que o intérprete não só constrói, mas *reconstrói* sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade do discurso. Expressões como ‘provisória’ ou ‘ampla’, ainda que possuam significações indeterminadas, possuem núcleos de sentidos que permitem, ao menos, indicar quais as situações em que certamente não se aplicam (ÁVILA, 2009, p. 33).⁷

Nesse sentido, sustenta que o ato de compreender é mais complexo, estando imbricado com o de interpretar, pelo que é inviável a predeterminação de soluções para os casos concretos. Afirma:

Numa palavra: interpretar é compreender. E compreender é aplicar. A hermenêutica não é mais metodológica. Não mais interpretamos para compreender, mas, sim, compreendemos para interpretar. A hermenêutica não é mais reprodutiva (*Auslegung*); é, agora, produtiva (*Sinngebung*). A relação sujeito-objeto dá lugar ao círculo hermenêutico (STRECK, 2010, p. 73).

A decisão judicial, nesse paradigma, demanda a análise do caso e de seus condicionantes – o estudo de teses jurídicas dá lugar ao de casos –, pelo que se afasta a racionalização solipsista que transfere ao plano da consciência (abstrato) a identificação da resposta correta:

⁷ Nesse ponto, permitam-se esclarecimentos que evitem a “mixagem teórica” de que fala Streck (2010, p. 29). A passagem de Humberto Ávila serve para ilustrar que a compreensão do mundo parte da linguagem, cujos contornos semânticos não estão à inteira disposição dos indivíduos – em razão mesmo de a linguagem ser decorrente de práticas sociais coletivas. Todavia, referido autor liga-se a pressupostos teóricos a rigor incompatíveis com os defendidos por Streck – a saber, a ponderação –, em que pese a identificação, pelo próprio Streck, de similitude de ideias entre ambos (STRECK, 2010, p. 105, nota de rodapé n. 113). Para uma análise mais complexa do giro linguístico em suas “três frentes”, conferir Streck (1999, p. 141-149).

Sendo mais claro, toda decisão deve se fundar em um compromisso (pré-compreendido). Esse compromisso passa pela reconstrução da história institucional do direito – aqui estamos falando, principalmente, dos princípios enquanto indícios formais dessa reconstrução – e pelo momento de colocação do caso julgado dentro da cadeia da integridade do direito. Não há decisão que parta do ‘grau zero de sentido’. Portanto, e isso é definitivo, *a decisão jurídica não se apresenta como um processo de escolha do julgador das diversas possibilidades de solução da demanda*. Ela se dá como um processo em que o julgador deve estruturar sua interpretação – como a melhor, a mais adequada – de acordo com o sentido do direito projetado pela comunidade política (STRECK, 2010, p. 98, grifos do autor).

A contribuição de Streck (2010, p. 98) para o estabelecimento de uma teoria das decisões judiciais conforme o paradigma do Estado de Direito decorre dessa percepção de que não se pode reduzir a decisão à apreciação do sujeito que aplica a lei e do perigo que a abordagem que se denomina pós-positivista (mas de cunho argumentativo) traz ao lançar mão do entendimento dos princípios como enunciados performativos de abertura semântica. Nesse sentido, esclarece:

Para mim, entretanto, o principal problema aparece quando se procura determinar *como ocorre e dentro de quais limites deve ocorrer a decisão judicial*. O juiz decide por ‘livre convencimento’? Mas, *o que é isto, ‘o livre convencimento’?* A decisão não pode ser o ‘produto de um conjunto de imperscrutáveis valorações subjetivas, subtraídas de qualquer critério reconhecível ou controle intersubjetivo’. Daí a minha indagação de que adianta afirmar um novo modo de ‘gestão da prova’ se o sentido a ser definido sobre o ‘produto final’ dessa ‘gestão probatória’ *permanece a cargo de um ‘inquisidor de segundo grau’ que possui ‘livre convencimento’?* (STRECK, 2010, p. 46, grifos do autor).

Numa palavra – e penso que nisso há uma grande concordância no seio das diversas posturas antes delineadas – em regimes e sistemas jurídicos democráticos, não há (mais) espaço para que “a convicção pessoal do juiz” seja o “critério” para resolver as indeterminações da lei, enfim, “os casos difíceis”. Assim, uma crítica do direito *stricto sensu*, isto é, uma crítica que se mantenha nos aspectos semânticos da lei, pode vir a ser um retrocesso (STRECK, 2010, p. 54).

Registre-se, contudo, o problema que encerra: a insegurança jurídica decorrente da ausência de uma resposta prévia ao caso (o que se afigura como uma contradição ideológica do autor).

3.4 Sistemas de apreciação da prova: uma forma de controlar a discricionariedade decisional

Ao estudar a atividade interpretativa exercida pelo magistrado e as fundamentações das decisões judiciais, é mister trazer à análise os sistemas de apreciação das provas no processo, tendo em vista sua estreita ligação com o tema proposto. Historicamente são três os sistemas de apreciação das provas que se destacam: o da certeza legal, o da livre convicção e o da persuasão racional, sobre os quais serão tecidas breves considerações.

3.4.1 Sistema da certeza legal e o processo inquisitório

Segundo Alvim (1997, p. 245), esse sistema era adotado pelo processo comum medieval e caracterizava-se pela avaliação prévia, mediante normas preestabelecidas, do valor de cada prova produzida. Em relação a esse sistema, ressalta Chiovenda (1998, p. 170):

assim é que a apreciação das provas se vinculou a normas preestabelecidas. Foram rigidamente enumeradas, ordenadas e classificadas as razões que permitiam prestar ou negar fé à testemunha. Durante, no *Speculum iudiciale*, alinha-as em número de noventa e seis. E, aplicando-se esse procedimento a todas as provas, em geral, constituiu-se o sistema da prova legal, ou seja, aquele complexo de regras que distinguindo as provas em plenas e semiplenas, e cada uma em várias espécies; determinando o número de presunções necessárias a formas uma prova plena; precisando os casos e os defeitos por que um prova baixa a semiplena; comensurando a idoneidade das provas à natureza do processo; perturbou o convencimento do juiz, reduzindo a tarefa do magistrado a uma verificação quase por inteiro aritmética, do concurso do número dos elementos necessários a formar, no caso concreto, aquilo que se convencionou como a verdade legal.

Segundo Cordeiro Leal (2002, p. 94), foi com base no sistema da certeza legal que se desenvolveu o sistema do processo inquisitório, uma vez que ainda se considerava a comunicação de Deus com os homens no sentido de conferir a verdade às provas produzidas, e, por meio dos sinais previamente valorados, a religião e o Direito ainda se encontravam vinculados, sendo que a legitimidade do Direito estava na ratificação das intenções divinas, pelas quais era revelada a justiça.

3.4.2 Sistema da livre convicção e o processo dispositivo

Na vigência desse sistema, o juiz tinha a liberdade de adotar a solução considerada mais justa, tendo em conta o mais adequado ao contexto social em que estivesse inserido, em termos de valores e costumes da comunidade. Nesse sentido, a prova produzida poderia ou não ser levada em conta para a decisão do feito, uma vez que seriam os critérios de justiça do próprio juiz a delimitarem o que era, de fato, relevante para a solução do caso (CORDEIRO LEAL, 2002, p. 95).

Vale ressaltar que a mudança paradigmática ocorrida entre o sistema anterior e o aqui abordado tem raízes no movimento iluminista, que trouxe uma nova concepção de Estado, e do próprio homem, o que acarretou na inadequação do sistema da certeza legal para apreciação de provas no processo, uma vez que o elo entre homem e Deus na busca por respostas foi rompido; a partir de então, a razão passa a ser o instrumento de investigação do homem como único meio de resgatá-lo daquilo que Kant denominava minoridade (CORDEIRO LEAL, 2002, p. 95).

Embora esse sistema já esteja liberto do vínculo religioso, ainda se apresenta maculado, vez que o processo está à mercê do discernimento do julgador, que, de acordo com Couture (1946, p. 194), poderia adquirir convicção da verdade por provas produzidas ou não nos autos, favoráveis ou não às partes, sobre cujas fontes (informações) as partes não exerciam controle.

3.4.3 Sistema da persuasão racional – o convencimento vinculado a juízos *secudum legis*

Afirma-se, a julgar pelas normas vigentes, que o Brasil adotou esse sistema, ao fixar na legislação a seguinte determinação:

Art. 131, CPC. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes nos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Art. 852-D, CLT: O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerado o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica. (Incluído pela Lei nº 9.957, de 12.1.2000).

Por esse sistema, como fica claro pela própria designação legal, o juiz tem liberdade para formar seu convencimento, a qual está vinculada, porém, às provas produzidas e presentes nos autos

do procedimento, quem quer que as tenha produzido, sendo-lhe vedado utilizar-se de quaisquer outros meios como base decisória. Na prolatação da decisão, ainda, é necessário que haja a devida fundamentação do decidido, com indicação dos motivos exatos que o levaram àquele convencimento, o que, para Greco Filho (1995, p. 194), serve para permitir às partes aferirem que a convicção realmente foi extraída do material probatório constante nos autos.

Para Cintra, Grinover e Dinamarco (1999, p. 68), o juiz está a exercer o princípio da persuasão racional no sentido de que, apesar de haver vinculação decisória às provas produzidas nos autos, sua apreciação independe de critérios legais determinados *a priori*, avaliando segundo critérios críticos e racionais (CPC, arts. 131 e 436; CPP, art. 182). Essa liberdade não se confunde, no entanto, com formação arbitrária, porque o convencimento, como já dito, deve ser motivado (CF, art. 93, IX; CPP, art. 381, III; CPC, arts. 131, 165 e 458, III), devendo o magistrado ainda obedecer às regras legais existentes (CPC, art. 334, IV; CPP, arts. 158 e 167) e às máximas da experiência (CPC, art. 335).

Esse entendimento, para Cordeiro Leal (2002, p. 98), é compartilhado por grande parte dos autores nacionais e demonstra falha interpretativa. Ele constata, em relação às considerações doutrinárias sobre o assunto, que

quando os autores não silenciam sobre o tema, sua quase unanimidade limita-se à interpretação dos textos legais atinentes à sentença, ainda presos aos antigos sistemas, segundo dois aspectos básicos: por um lado esses autores conferem liberdade ao julgador quanto à apreciação da prova; por outro, declaram que essa liberdade é relativa, porque o juiz deve permanecer adstrito às leis materiais e aos fatos e circunstâncias constantes nos autos. Nenhuma ressalva fazem acerca dos desdobramentos do princípio constitucional do contraditório em relação ao sistema de apreciação de provas no Código de Processo Civil.

3.4.3.1 Releitura crítica da legislação infraconstitucional vigente

Constatada a dificuldade por parte dos estudiosos do Direito e do judiciário em interpretar a legislação à luz do paradigma do Direito Democrático e da Constituição Brasileira de 1988, vale opor às práticas realizadas no exercício jurisdicional reflexão crítica sobre algumas normas em vigência e o modo de sua aplicação, que, já cumpre dizer, deve ser feita com base na hermenêutica constitucional, e no *processo* de mesma natureza.

Com efeito, importa a observação dos seguintes dispositivos:

Art. 4º, LICC: Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

Art. 5º, Lei 9.099/95: O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.

Art. 6º, Lei 9.099/95: O juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum.

Art. 335 do CPC: Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a essa, o exame pericial.

Art. 765, CLT: Os juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.

São esses alguns exemplos do que é possível averiguar na legislação infraconstitucional: a possibilidade fundamentada em lei de se haver decisões de cunho solipsista pelo judiciário ainda hoje e de normas que trazem regras e princípios constitucionalizados de fundamentação das decisões judiciais, desrespeitadas.⁸

Apresenta-se como uma ofensa à Constituição Brasileira a utilização de institutos não jurídicos, tais como *"analogia"*, *"bem comum"*, *"experiência comum"*, *"fins sociais"*, *"costumes"*, *"bom senso"*, *"tradição"*, *"princípios gerais"* e *"equidade"*, entre outros muitos com os quais muitas vezes o operador de direito se depara, como fundamentação de decisão. Não se faz necessário repetir que o paradigma de Direito Democrático por si mesmo se apresenta como uma imensa contradição a essa possibilidade.⁹

⁸ Tais como os incisos II e LV do art. 5º da Constituição da República: o primeiro, tradução do princípio da legalidade, contradiz por essência a possibilidade de juízo baseado em costume ou analogia; o segundo encerra a possibilidade de que o juiz decida solitariamente o que será produzido em termos de provas no processo, e qual o valor de cada uma delas, ou mesmo qual diligência será executada, pois, se considerarmos que a partir dessas diligências pode haver produção de provas contrárias a uma das partes, cabe à outra parte requerê-la, sob pena de desrespeito à imparcialidade judicial.

⁹ Vale dizer, sobre o Estado de Direito Democrático, que está estabelecido sobre princípios como os da legalidade, segurança jurídica e isonomia, que são feridos na medida em que se julga uma causa com bases em institutos não jurídicos como os acima citados, que não passam do que Del Negri (2009, p. 377) denomina de significantes sem significados.

A revogação tácita de alguns pontos desses dispositivos frente à Constituição de 1988 é, infelizmente, ainda questionada. Cabe, então, a implementação do exercício do *julgar* em bases essencialmente constitucionais, de modo que sejam respeitados os princípios institutivos do processo, quais sejam o *devido processo legal* (*constitucional*), o *contraditório*, a *ampla defesa* e a *isonomia*, de maneira que a discricionariedade jurisdicional seja controlada e a decisão seja compartilhada.

O sistema normativo atual é composto, como já dito anteriormente, por regras e princípios, ambos com força vinculante, e, sem dúvida, pode-se afirmar que nenhuma decisão judicial necessita de respaldo em outra fonte que não seja uma regra ou um princípio, pelo que não se faz necessária ou legítima a utilização de institutos metajurídicos para a fundamentação judicial, e faz da expressão *lacunas na lei* uma afirmação sem fundamento.

Ao intérprete da lei cabe fazer essa reflexão, com fins de realizar sua atividade com amparo no princípio da reserva legal (art. 5º, II, CF).

Conclusão

Os provimentos jurisdicionais no Brasil, por força do paradigma de Estado Democrático de Direito e do modelo de Processo Constitucional, não podem ser vistos como instrumento posto à disposição do Estado para atingir objetivos metajurídicos por via de atividade solitária do julgador, visto ser o povo a fonte única do direito, que faz inserir a justiça em leis democraticamente elaboradas.

Com efeito, a implementação do contraditório é essencialmente necessária para que se estabeleça o Processo Constitucional. Se ausente o contraditório, o processo perderia sua base democrático-jurídico-principiológica e se tornaria um meio procedimental inquisitório, o que não é possível em um Estado de Direito Democrático.

No que tange, ainda, à atividade de decidir que desempenha aquele que prolata as decisões, esta está vinculada, de mesma forma, ao produto formal e material do contraditório (e ampla defesa) exercido pelas partes ao decorrer do processo no que pode ser denominado *espaço da discursividade* das partes. Na medida em que o pronunciamento jurisdicional só se legitima pelo processo, o contraditório há de interpor-se tanto na reconstrução fática quanto na escolha e interpretação normativa a ser aplicada ao caso concreto.¹⁰ É o referente lógico-jurídico do processo constitucionalizado,

¹⁰ Vale dizer que a fundamentação das decisões não pode ser feita apenas mediante indicação dos textos legais aplicáveis ao caso, mas o embasamento deve ser feito também com os próprios argumentos produzidos pelas partes, podendo o juiz se valer da própria citação de trechos textuais apresentados pelas partes em suas manifestações, como forma de demonstração da legitimidade daquela decisão.

e aos interlocutores que se postam em defesa ou disputa de direitos alegados garante-se o direito à manifestação, embora possam exercer até mesmo o direito ao silêncio por sua própria escolha, mas nunca por cerceamento do direito de dizer.

Ainda, a atividade de decidir está vinculada não apenas ao desenvolvido pelas partes, mas também aos princípios e normas constitucionais, sendo a fundamentação em normas constitucionalizadas corolário do respeito ao paradigma vigente.

Atualmente, diante dos problemas enfrentados pela República, torna-se a cada momento mais necessário que os operadores do direito adotem postura crítico-reflexiva em face das práticas desenvolvidas pelas funções do Estado (com destaque, na presente pesquisa, ao Legislativo e ao Judiciário), bem como por aqueles que exercem suas funções nesses âmbitos, visto que o desrespeito à Constituição Federal abala todo o sistema jurídico-político no qual estamos inseridos e ameaça de ruptura toda a organização do Estado de Direito.

Enquanto os direitos e garantias individuais não forem devidamente atendidos, há o risco do colapso social, e, em sua ocorrência, nada mais teria valor: leis, políticas instituídas, decisões judiciais proferidas, visto que o modelo de organização de sociedade estabelecido não estaria mais em vigor e enfrentar-se-ia o caos social.

O acesso à jurisdição, que garante a possibilidade de resolução de conflitos de maneira jurídico-democrática, só pode ser completado por decisões judiciais legítimas, e estas, como se estudou, só se fazem mediante o respeito aos princípios constitucionais institutivos do processo, razão pela qual importa sua devida compreensão (Teoria discursiva das partes em contraditório).

Muito se falou sobre a função do magistrado no processo. Vale destacar, ainda, o papel do advogado na efetivação do devido processo constitucional: o profissional deve exercer sua profissão com incomensurável responsabilidade, visto ser ele o instrumento de comunicação entre os anseios do cidadão no Judiciário e os resultados emitidos em relação aos seus direitos e deveres. Se as decisões devem ser produzidas de acordo com o que as partes produzem no processo, e sendo o advogado o canal entre o indivíduo e suas produções no processo (art. 133, CF/88), deve ele entender a dimensão da responsabilidade que fundamenta o exercício de sua atividade (princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais – art. 93, IX, CF/88), pois é necessário justificar juridicamente o que foi fundamentado.

Referências

- ALEXV, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionais, 1989.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. **Elementos de teoria geral do processo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionali della giustizia civile**. Torino: G. Giappichelli, 1997.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral da soberania. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, UFMG, Belo Horizonte, nº 63/64, p. 0-0, jul. 1986/jan. 1987.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília, UNB, 1997.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e a teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CARVALHO NETO. Menelick de. Da responsabilidade da administração pela situação falimentar de empresa privada economicamente viável por inadimplência ou retardo indevido da satisfação de valores contratados como contraprestação por obras realizadas – ilícito do Estado – igualdade de todos diante dos encargos públicos – princípio da continuidade da empresa – Estado Democrático de Direito. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**, Brasília, v. 63, ano XXVI, p. 183-296, jul./dez./1996.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- COLUCCI, Maria da Glória Lins da Silva; ALMEIDA, José Maurício Pinto. **Lições de Teoria Geral do Processo**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 1999.
- CORDEIRO LEAL, André. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. Trad. Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Saraiva, 1946.
- DEL NEGRI, André. **Teoria da Constituição e do direito constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e Estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos em serio**. 1. ed. Barcelona: Ariel, 1999a.

_____. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999b.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FIUZA, César. **Direito civil**: Curso completo. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I., v. II.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Tutela jurisdicional e Estado Democrático de Direito**: por uma compreensão constitucionalmente adequada ao Mandado de Injunção. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

PEREIRA LEAL, Rosemiro. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999.

_____. **O que é isso**: decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

Common Law e Civil Law: história, peculiaridades e utilização no Brasil e no direito de outros países

Floriano Benevides de Magalhães Neto

Advogado da CAIXA no Ceará

Pós-graduado em Direito e Processo Tributário

Pós-graduado em Administração Pública

Pós-graduando em Direito Empresarial

Lilse Barroso Benevides

Universitária de Direito no Ceará

RESUMO

O sistema jurídico inglês, denominado *Common Law*, e o romano-germânico (*Civil Law*) influenciaram a formação do Direito de grande parte dos países de todo o mundo. Demonstraremos a importância filosófica e histórica de cada um dos sistemas e como se expandiram pelas outras nações. Analisaremos suas peculiaridades, descrevendo distinções e pontos comuns. Tempos atrás eram praticamente sistemas distintos, inconciliáveis, tendo como características básicas o positivismo (*Civil Law*) e os usos e costumes (*Common Law*). Porém, a partir da evolução da sociedade e da necessidade de um sistema jurídico célere e eficiente, passaram mais e mais a interagir, contribuindo para a modernização de várias legislações nacionais. No caso brasileiro, apesar de termos um direito de origem romano-germânica, verificando a doutrina e a jurisprudência já percebemos a influência do *Common Law*, especialmente no direito processual, propiciando avanços em nosso ordenamento jurídico e nas formas de propiciar celeridade e efetividade ao processo.

Palavras-chave: *Common Law*. *Civil Law*. Direito Consuetudinário. Direito Processual.

ABSTRACT

The English legal systems, called *Common Law* and the Roman-Germanic (*Civil Law*) influenced the formation of the law of very countries around the world. We will demonstrate the philosophical and historical importance of each system and how they expanded into other nations. We'll analyze its peculiarities, describing distinctions and common points. In the past, they were totally different, with the characteristics of

Positivism (*Civil Law*) and the customs and traditions (*Common Law*). However, with the evolution of society, they came more and more to interact and they are contributing to the modernization of several national laws. In Brazil, despite having a law basically Roman-Germanic, we also have the influence of Common Law, especially in the procedural law, in order to provide advances in our legal system and ways to provide effectiveness in the juridical process.

Keywords: *Common Law*. *Civil Law*. Customs and traditions. Procedural Law.

Introdução

Nosso objetivo é analisar o *Civil Law*, sistema romano-germânico, e o *Common Law*, sistema inglês, expondo a importância de cada um dos ordenamentos jurídicos, como também a importância histórica, filosófica, material e processual, suas características e especificidades nos ordenamentos jurídicos dos vários países do mundo.

No *Civil Law*, foi essencial a compilação e a codificação do Direito Romano, que estruturou em textos as normas costumeiras, normas escritas, decisões jurisprudenciais e doutrinárias para formar a base da influência no sistema romano-germânico.

No *Common Law*, o Direito revela-se muito mais pelos usos e costumes e pela jurisdição. É um direito costumeiro e jurisprudencial, de origem inglesa, e também aplicado em várias nações, tais como Estados Unidos, Austrália e outras ex-colônias britânicas.

E também podemos perceber aspectos do *Common Law* tornando-se mais e mais habituais no sistema brasileiro, antes caracterizado como *Civil Law*, de forma a deixá-lo mais célere e dinâmico, até mesmo porque o Direito reflete os fatos sociais, numa subsunção dialética do fato valorizado à norma jurídica.

1 *Civil Law*

1.1 Formação Histórica

1.1.1 O Direito Romano e sua evolução institucional

Analisando o período histórico de Roma, vemos que o Império Romano, grande responsável pelo ordenamento jurídico moderno, teve seu direito formado a partir do costume, complexo de usos praticados pelos antepassados e transmitidos de geração a geração, fonte espontânea e independente do órgão que a elabora.

De acordo com a evolução descrita por Tabosa (2003, p. 25-28), seguindo o modo tradicional, podemos classificar o Direito Romano em três períodos: antigo, clássico e pós-clássico.

O Direito Antigo se originava de fonte única: o uso e o costume. Mesmo com a Lei das XII Tábuas (*Lex Duodecim Tabularum*, ou *Duodecim Tabulae*) tendo sido instituída por volta de 450 a.C., não podia ser considerada inovadora, pois, na verdade, representou a condensação dos costumes e usos em prática na época.

Deve-se ressaltar que grande foi a evolução do direito entre os séculos I a.C. e III d.C., pois partiu de uma fonte única, os costumes, para a adoção de fontes diferenciadas, como a lei, o plebiscito, os editos, a jurisprudência e os senatusconsultos, que serão discutidas no item seguinte.

O Direito Clássico foi o direito que se transmitiu para as gerações futuras, compilado por Justiniano, através do *Corpus Juris Civilis*. Publicado entre 529 e 534, era composto por 4 partes: o Código de Justiniano, que continha toda a legislação romana revisada desde o século II; o *Digesto* ou *Pandectas*, composto pela jurisprudência romana; *Institutas*, os princípios fundamentais do direito; e as Novelas ou Autênticas, com leis formuladas por Justiniano.

E a fase do Direito Pós-clássico, quando praticamente não houve produção jurídica, apenas compilações dos trabalhos produzidos no período clássico. Foi a época da Monarquia Absoluta, em que, como o poder se concentrou nas mãos do Imperador, a **Constituição Imperial** foi praticamente a única fonte de direito, a vontade do Imperador com força de lei.

Sobre o direito romano, ressalta Moreira Alves:

Nenhum direito do passado reúne, para esse fim, as condições que o direito romano apresenta. Abarcando mais de 12 séculos de evolução – documentada com certa abundância de fontes –, nele desfilam, diante do estudioso, os problemas da construção, expansão, decadência e extinção do mais poderoso império que o mundo antigo conheceu. É, assim, o direito romano notável campo de observação do fenômeno jurídico em todos os seus aspectos. [...] Aliás, a partir do século XIX, o direito romano tem sido encarado com crescente interesse na Inglaterra e nos Estados Unidos (ALVES, 2008, p. 2).

Assim, a história do direito romano é o conjunto de normas que regeram a sociedade romana por mais de mil anos, desde as origens, o que compreende o período desde a fundação de Roma – segundo a tradição, em 753 a.C. – até a decadência do império, tornando-se pedra fundamental da ciência jurídica.

1.2 Formas do Direito Romano

1.2.1 Direito escrito

A expressão direito escrito pode ser vista de dois ângulos diferentes. No primeiro, refere-se à sua forma propriamente material. No segundo, refere-se ao órgão legislador que deu origem ao direito.

A Lei das XII Tábuas antiga legislação que está na origem do direito romano, base da Constituição da República Romana; e o *Corpus Juris Civilis*, publicado pelo Imperador Justiniano na tentativa de reorganizar a legislação romana, são formas de direito material.

Na Roma antiga, denominava-se *jus scriptum* (direito escrito) o direito legiferado ou promulgado. Era o direito que passava por um processo legislativo, tal qual a lei (*Lex*), ou que era aplicado por quem era competente a fazê-lo, tal qual o edito dos magistrados. Conforme definições de Tabosa (2003, p. 75-76), pode-se apresentar os seguintes conceitos utilizados no Direito Romano:

Lei(*lex*) era a norma proposta pelos magistrados, votada pelo povo e sancionada pelo Senado. O plebiscito era a decisão da plebe, que era impedida de participar politicamente, mas lhe foi permitido votar suas próprias normas.

Os senaconsultos eram as decisões do Senado, que participava do processo legislativo, sancionava leis, tomava decisões de caráter normativo e de natureza administrativa. Os editos dos magistrados eram normas estabelecidas, em geral, semelhantes aos atuais decretos e portarias. Eram considerados parte do direito escrito, porque os magistrados tinham competência legal para expedir-los.

A constituição imperial, do latim *Constitutio*, é a lei da época do Império, baseada na vontade do Imperador.

A jurisprudência era a doutrina dos jurisconsultos, resultante das respostas que os juristas davam a seus consulentes. Mas só era *jus scriptum* a doutrina dos jurisconsultos que tinham o *jus publice respondendi*, concedido pelo Imperador, isto é, o direito de responder publicamente às consultas jurídicas, exercendo, assim, atividade jurisprudencial.

Esses conceitos vão ser a base do direito romano e influenciar grande parte dos ordenamentos jurídicos nacionais, razão pela qual é estudado também em muitas faculdades de Direito no Brasil, pois demonstram a origem da ciência jurídica.

Vale destacar que na origem do direito romano, Magistrado (em latim *magistratus*, derivado de *magister*, *mestre*, *chefe*) era todo funcionário público investido de autoridade, inclusive judiciária, tais como cônsules, pretores, edis e censores. Posteriormente, esta

função foi repassada aos juízes, também funcionários públicos do Estado.

1.2.2 Direito não escrito

É formado quase exclusivamente pelos costumes. Não é totalmente constituído pelos costumes porque também podem ser incluídas decisões dos juízes e tribunais (*res judicatae*) e a jurisprudência não oficializada. Usando também as definições de Agerson Tabosa (2003, p. 78), podemos definir costumes como padrões de comportamento que são transmitidos de geração a geração.

Já o consuetudo, do latim cum-suesco (habituar-se), são padrões de conduta de menor importância que o costume, cuja adoção também é obrigatória.

O uso é semelhante ao consuetudo, também significa padrões de comportamento. É fonte de direito não escrito, conforme a lição das *Institutas*, manual de Direito elaborado por Justiniano.

A coisa julgada (*res judicata*) corresponde à moderna concepção de jurisprudência. Emprega-se não só no sistema jurídico continental, mas também no direito anglo-saxônico. A *res judicata* dos romanos, como a jurisprudência de hoje, sempre foi considerada *jus non scriptum* (direito não escrito). A jurisprudência não oficial era produzida por jurisconsultos que não possuíam o *jus publice respondendi*, ou seja, era uma espécie de parecer particular que mais tarde foi oficializado por ordem do imperador Augusto.

Esses conceitos vão influenciar o sistema jurídico inglês e também o sistema romano, incluindo a jurisprudência como fonte de direito, bastante difundido na atualidade, como meio de atualização do direito, ou seja, os tribunais decidindo questões de acordo com a evolução da sociedade, nova forma de valoração dos fatos na aplicação do direito.

1.3 O sistema romano-germânico

A criação do sistema românico-germânico está ligada ao renascimento da ideia do direito nos séculos XII e XIII no Ocidente Europeu, em que se deixa de confundir a religião e a moral com a ordem civil e o direito. Os filósofos e juristas passam a exigir que as relações sociais tomem como base o direito. Como explica David (1998, p. 31):

A sociedade civil deve ser fundada sobre o direito: o direito deve permitir a realização, na sociedade civil, da ordem e do progresso. Estas ideias tornam-se as ideias mestras na Europa Ocidental nos séculos XII e XIII; elas imperarão aí, de modo incontestado, até os nossos dias.

Foi um dos primeiros sistemas de direito que surgiram no mundo contemporâneo. Formou-se na Europa e ainda hoje permanece sendo o seu principal centro, mesmo com a expansão desse sistema para os países de outros continentes. Citando Soares (2000, p. 27):

Mesmo que se reconhecesse a máxima do Direito Romano de que *ex facto oritur jus* (o direito é gerado dos fatos), o direito foi concebido como uma criatura conceitual perfeita, um modelo de justiça racional a ser atingido, à qual a sociedade real e existente deveria ser conduzida.

Tal sistema montou-se em harmônicos textos, normas costumeiras, normas escritas, decisões jurisprudenciais e doutrinárias, juntamente com a obra dos glosadores.

A Escola dos Glosadores tinha como método de ensino a leitura e interpretação dos textos por meio de uma frase que era chamada de glosa. No Direito, a interpretação era meramente gramatical, indiferente às modificações históricas e sociais. Constitui um marco de suma importância na história do Direito, dedicando-se a explicar o conteúdo das leis romanas.

Doravante, o Direito assumiu uma posição autônoma no conhecimento, com estudo específico. Devido à influência pioneira dos *glosadores*, surgiram as primeiras Universidades Ocidentais, que serviram de modelo de ensino para as demais instituições. Na sua origem, pode-se notar a preocupação com uma ordem racional de conceitos, em que o direito aparece como um sistema, um conjunto de preceitos agrupados.

Os jurisconsultos romanos tinham soluções casuísticas e assistemáticas. Faziam análises de fatos jurídicos basicamente, fundamentados no empirismo. Assim, foi dada uma fundamentação jurídica àqueles fatos antes tratados de forma meramente empírica, de modo a compor verdadeiramente um ordenamento jurídico.

1.4 O Civil Law em outros países

O Direito, na maioria dos países, apresentava-se sob forma incerta, não consolidado e às vezes considerado caótico. Países como Portugal, Espanha, Itália e França não tinham direito nacional e em alguns o regime baseado no Feudalismo ainda era predominante.

A Universidade mais antiga da Europa é a de Bologna, na Itália, remontando ao século XI. Nela, durante a Idade Média, se estudava o Direito Civil, à luz do Código de Justiniano.

As universidades passaram a se preocupar com o incremento do ensino do direito. Assim, o direito passou a ser considerado

modelo de organização social. Era ligado à filosofia, à teologia e à religião e indicava como os juízes deviam legislar.

É tal como a moral, um *Sollen* (o que é necessário fazer), não um *Sein* (o que se faz na prática). [...] Nenhuma universidade europeia vai tomar como base do seu ensino o direito local consuetudinário; este, aos olhos da Universidade, não exprime a justiça, não é verdadeiramente direito (David, 1998, p. 33).

A base do ensino do direito será, em todas as universidades europeias, o direito romano, ao lado do direito canônico. Somente depois o ensino do direito nacional surgirá nas universidades. Uma disciplina de direito francês foi criada na Sorbonne em 1679; e depois outras disciplinas de direito nacional na Alemanha, Wittenberg (1707); em 1741, na Espanha; em 1772, em Portugal; e assim por diante.

No Brasil, foram instalados os primeiros cursos de Direito no ano de 1828, nas cidades de Olinda e São Paulo, com base na lei de 11 de agosto do ano anterior, hoje considerado o Dia do Advogado. Em Olinda, a faculdade foi instalada no Mosteiro de São Bento e depois, em 1854, transferida para Recife; em São Paulo, foi instalada no Convento de São Francisco, onde hoje funciona o curso de Direito da USP.

Entretanto, o ensino do direito romano foi evoluindo e buscando os seus métodos próprios, relativos a cada nação. Os juristas já não procuram soluções apenas no direito romano, mas utilizam os textos daquele direito para introduzir regras à sociedade de seu tempo.

Nas universidades busca-se um modelo de justiça também com o auxílio dos textos romanos, ou seja, regras segundo a ordem bem concebida, aproximando-se do direito natural. Não pretendem fazer obras de direito positivo, porque estas em cada país deveriam ser aplicadas por seus juízes. Ou seja, o sistema romano-germânico respeitou a diversidade dos povos da Europa.

No Japão, vários códigos foram promulgados a partir de 1872, com influência de juristas franceses, alemães e ingleses e uma nova Constituição em 1946. Podemos destacar no direito japonês os diversos tipos de conciliação previstos pela lei, inclusive a nível judiciário, visando pôr fim ao processo.

Tal procedimento vem sendo cada vez mais utilizado pela legislação brasileira, tudo com a finalidade de impor celeridade, dar efetividade e reduzir o número de ações em tramitação.

O Direito Muçulmano é considerado imutável, baseado no Islamismo, mas há campo de aplicação ao costume, à convenção

entre as partes. Além disso, há a intervenção do soberano, que procura assegurar a administração da Justiça de acordo com as regras, mas que não pode legislar. Semelhantes regras ocorrem no Marrocos, Indonésia e outros países islamitas, onde a teologia prevalece.

2 *Common Law*

O conhecimento do sistema romano-germânico faz-se imprescindível no estudo da *Common Law*. A sua primeira noção é de direito comum, nascido das sentenças judiciais dos Tribunais Reais, quando a *Common Law* estava no seu início e se formava vagarosamente na Inglaterra, substituindo os costumes locais.

Tal sistema, formalista e rígido, no decorrer da história sofreria radicais modificações, devido às patentes injustiças. Os recursos ao Rei fora das regras processuais foram-se tornando possíveis, sendo que os reis decidiam de acordo com a sua consciência, e não por motivos jurídicos. Demonstravam-se, assim, aspectos de um direito de cunho absolutista, a vontade do rei, a clemência real como forma de julgar.

Passou-se a adotar a *Equity*, ou seja, o direito aplicado pelos Tribunais dos Chanceleres para amenizar o rigor daquele sistema e atender a questões de equidade, buscando mais e mais o senso de justiça nas decisões.

2.1 O período histórico: a formação e a evolução da *Common Law*

O *Common Law* tem sua origem no direito inglês, tendo se desenvolvido por volta do Século XII e XV, quando se tornou um sistema jurídico comum a todo o reino. Mas, de acordo com René David, o direito da Inglaterra pode ser dividido em quatro períodos.

O primeiro é o do direito anglo-saxônico, que precede o ano de 1066, quando houve a invasão normanda. Foi um direito pouco conhecido, com leis redigidas logo após a conversão ao Cristianismo, por Santo Agostinho em 596. E, mesmo usando uma língua diferente das leis bárbaras (latim), as leis anglo-saxônicas apenas regulavam os aspectos limitados das relações sociais.

O segundo período (1066-1485) inicia-se com a assunção ao trono inglês de Guilherme II, da Normandia, devido ao rei Eduardo falecer sem deixar herdeiros, a chamada invasão normanda (1066-1154). Houve um período de maior domínio dos nobres e da Igreja e um avanço da sociedade, o que repercutiu na formação do *Common Law*, um sistema jurídico comum a todo o reino e que se sobrepunha aos costumes locais.

O terceiro período, de 1485-1832, é quando, ao lado do *Common Law*, se desenvolve a *Equity*, de modo a incluir regras de equidade nas decisões.

O quarto período, a partir de 1832, é o período moderno, no qual o sistema jurídico “deve fazer face a um desenvolvimento sem precedentes da lei e adequar-se a uma sociedade dirigida cada vez mais pela administração”(DAVID, 1998, p. 283).

2.2 A *Equity*

No direito inglês, a distinção básica é entre *Common Law* e *Equity*. A *Equity* era um conjunto de soluções decididas por um Chanceler, examinando os casos que lhe eram submetidos com processo e um sistema de provas diferentes dos do *Common Law*. Era, pois, a busca da justiça nos julgamentos do sistema inglês, bastante rígidos.

Inicialmente os aplicadores da *Equity* eram eclesiásticos, chamados de chanceleres. Eram “the keeper of the king’s conscience” (os confessores do rei), que passaram a conceder certas medidas, buscando um melhor equilíbrio nas decisões.

Há de se destacar que a utilização da *Equity* só se efetua quando inexistia remédio no *Common Law*, buscando-se o sentido de justiça aos casos concretos. A rigidez do *Common Law*, segundo David (1998, p. 36), tornou necessária a elaboração de regras de *equity*, para os fins de completar e ajustar o sistema jurídico.

Com a Reforma Anglicana de Henrique VIII e o rompimento com a Igreja Católica, o cargo de Chanceler passou a ser não mais ocupado por um adepto da Igreja. E posteriormente, através dos Judicature Acts ingleses de 1873 e 1875, foram suprimidas as Courts of Chancery, passando a competência da aplicação da *Common Law* e da *Equity* aos tribunais da Inglaterra. Ambos foram unificados em 1875 na organização judiciária inglesa.

Podemos considerar que o *Common Law*, originário da Inglaterra, tem seu sistema estabelecido nos países de língua inglesa. No entanto, a Escócia, mesmo fazendo parte do Reino Unido, está excluída da família do *Common Law*.

Destaque-se a opinião de Soares (2000, pág. 51), que afirma ser incorreta a denominação de *Common Law* como um direito anglo-saxônico, pois esse era o direito das tribos e reinos da Inglaterra, antes da conquista normanda no século X; e também não é um direito meramente inglês, porque faz parte de outros países independentes, como o Eire, Estados Unidos, Austrália, Nova Zelândia, Índia, Paquistão, Bangladesh, Quênia, Nigéria, Canadá (província de Quebec).

2.3 O *Common Law* na Inglaterra

O *Common Law* teve sua origem no direito inglês, através dos Tribunais reais, sendo depois adaptada aos vários países em que passou a ser utilizada. O sistema aplicado na Inglaterra é bem mais rígido, é um direito uniforme aplicado pelos tribunais reais, amenizado pela *Equity*.

Os Tribunais Reais só se tornaram jurisdições de direito comum no século XIX. Até 1875 continuaram a ser tribunais de exceção. Submeter um caso aos tribunais era um privilégio para os particulares.

O mais importante na Inglaterra até o século XIX não era determinar que solução considerada justa seria dada aos litígios, mas sim as decisões a serem aplicadas aos variados processos de cunho muito formalistas, cujos *writs* tinham a finalidade de formular as questões que seriam submetidas ao júri. Essa questão foi solucionada pela utilização da *equity*, que podemos traduzir como equidade.

Portanto, no *Common Law* se tem numerosos processos próprios para assegurar a solução dos litígios. Mesmo tendo sido várias formas de ação abolidas, suas fórmulas não foram simplificadas.

O direito inglês não comporta uma fórmula geral. Os juristas ingleses ainda mantêm dificuldades em se afastar das ideias dos processos antigos. As jurisdições reais ampliaram a sua competência, no interesse da Coroa. Entretanto, os litígios surgem, na Inglaterra, como sendo questão de direito público, desaparecendo praticamente os tribunais privados.

A obrigação de se submeterem a quadros processuais rígidos impediu na Inglaterra a recepção de conceitos do direito romano. Como analisa David (1998, p. 294), são processos tidos como arcaicos, tipicamente ingleses, "que obrigaram a que juízes e juristas continuem a ser formados até hoje essencialmente pela prática". Entretanto, ponto essencial do direito inglês é a celeridade, característica do *Common Law*, em face das peculiaridades do sistema.

2.4 O Direito dos Estados Unidos

Os primeiros núcleos de população inglesa nos Estados Unidos são do século XVII. Treze colônias estavam constituídas em 1722. O *Common Law* era aplicado, por influência dos colonizadores.

No entanto, o *Common Law* passou a ser aplicado nas colônias à medida em que suas regras foram adaptadas às condições de vida dos colonos. O *Common Law* em suas bases rígidas inglesas não agrada muito aos colonos, pois não atendia às peculiaridades da sociedade americana.

Assim, em algumas colônias, o direito passa a ser baseado na Bíblia. Inicia-se, depois, uma codificação do direito: de 1634 (Massachusetts) a 1682 (Pensilvânia). Percebe-se uma divergência dos colonos americanos com o sistema jurídico do colonizador.

No século XVIII, com a evolução econômica da colônia, passou-se a utilizar o *Common Law* como proteção das liberdades públicas contra o absolutismo real. Os tribunais americanos passaram a aplicar diversas leis inglesas, aderindo, praticamente, ao sistema.

2.4.1 A independência dos EUA e o sistema jurídico

Com a independência dos EUA era necessário tornar autônomo o direito americano. Até meados do século XIX, houve uma disputa filosófica entre os adeptos do *Common Law* e os da codificação do *Civil Law*.

O sistema jurídico norte-americano tem grandes traços do direito romano, tais como a Constituição positivada, sendo considerado uma mistura entre os sistemas. Entretanto, continuou a prevalecer nos EUA o sistema *Common Law*.

A base do direito nos estados americanos é constituída, tal como a do inglês, pelo direito jurisprudencial, por um direito não escrito. Mas como ensina David (1998), na esfera federal há proximidade com o sistema romano-germânico.

Destarte, diferente do direito inglês, nos EUA existem características que lhe dão originalidade, aproximando-se do direito romano-germânico. Mas o desenvolvimento dos dois direitos diferenciou-se a partir de 1776, isto é, desde a independência norte-americana.

Denota-se que a sociedade inglesa e a americana têm características próprias, totalmente distintas, razão pela qual o sistema jurídico dos EUA é específico. Nos dois países, as decisões às vezes são diversas para os mesmos casos, a formação dos juristas é diferente. Há então, uma grande diferença entre os dois direitos, como a questão do Direito Federal e do Direito dos Estados, o que não existe na Inglaterra.

Os estados americanos têm sua própria jurisdição. Entretanto, em algumas situações, os pleiteantes podem de logo submeter o caso às jurisdições federais e recorrer aos tribunais federais, aos tribunais distritais ou à Suprema Corte.

Conforme David (1998, p. 385), a instituição do júri é mais utilizada nos EUA do que na Inglaterra, garantido pela Constituição Federal. Qualquer cidadão pode exigir que a questão seja julgada

por um júri, desde que o interesse em litígio tenha valor pecuniário e não se trate de um processo de *Equity*. Assim, cerca de cem mil processos são julgados a cada ano pelos júris americanos.

Destaque-se que, em notícia no jornal *O Globo*, publicada em 2 de maio de 2013, o Estado de Maryland extinguiu a pena de morte, tornando-se o 18º Estado americano a abolir tal pena, que será substituída pela prisão perpétua. Naquele Estado, não são executados prisioneiros desde 2005, mas a nova lei só será aplicada às futuras decisões judiciais. Cinco pessoas continuam no corredor da morte e seu destino está nas mãos do governador. Maryland aplicava a execução desde 1638. Antes, o último Estado a abolir a pena de morte fora Connecticut.

3 Civil Law X Common Law

Atividade bastante enriquecedora no Direito é a comparação entre sistemas jurídicos. Como esclarece Soares (2000, p. 19), na análise podem ser consideradas as perspectivas da sucessividade e da concomitância de dois sistemas.

A prevalência desta ou daquela outra fonte depende exclusivamente de circunstâncias sociais e históricas, pois não há uniformidade entre os diversos países e nas diferentes épocas quanto às formas de elaboração do direito.

Cabe, nesse sentido, distinguir dois tipos de ordenamento jurídico, o da tradição romanística (nações latinas e germânicas) e o da tradição anglo-americana (*Common Law*).

O primeiro caracteriza-se pelo Primado do processo legislativo, com atribuição de valor secundário às demais fontes do direito. A tradição latina ou continental (*Civil Law*) acentuou-se especialmente após a Revolução Francesa, quando a lei passou a ser considerada a única expressão autêntica da Nação, da vontade geral, tal como verificamos na obra de Jean-Jacques Rousseau, *Do Contrato Social*.

Ao lado dessa tradição, que exacerba o elemento legislativo, temos a tradição dos povos de origem anglo-saxã, nos quais o Direito se revela muito mais pelos usos e costumes e pela jurisdição do que pelo trabalho abstrato e genérico dos parlamentos.

Trata-se, mais propriamente, de um Direito misto, costumeiro e jurisprudencial. Se na Inglaterra há necessidade de se saber o que é lícito em matéria civil ou comercial, não há um Código de Comércio ou Civil que o diga, através de um ato de manifestação legislativa. O Direito é, ao contrário, coordenado e consolidado em precedentes judiciais, isto é, segundo uma série de decisões baseadas em usos e costumes prévios.

Já o Direito em vigor nas nações latinas e latino-americanas, assim como no restante da Europa continental, funda-se, primordialmente, em enunciados normativos elaborados através de órgãos legislativos próprios.

A comparação entre sistemas jurídicos tem a finalidade de auxiliar o aplicador do Direito, num sistema jurídico determinado, a fazer valer os efeitos de um instituto jurídico de outro país, como pode ocorrer numa situação de direito internacional privado ou nas pesquisas em direito comparado.

Assim, no direito internacional, regras de um direito estrangeiro podem vir a ser aplicadas numa situação particular, inclusive numa situação na qual um brasileiro – temos no Brasil o sistema romano-germânico – é processado e julgado na Inglaterra e nos EUA, onde se aplica o *Common Law*. Nesse caso, o julgamento ocorrerá sob as regras do direito local.

Apesar de se atribuir papel importante de fonte formal à jurisprudência, o conceito no *Common Law* da regra *judge-made Law* (o juiz faz a lei) é bastante criticado no sistema *Civil Law*, sobretudo após a doutrina da separação dos poderes de Montesquieu. Para o filósofo francês dar-se aos juízes o papel de fazer as leis iria contra a separação dos poderes, o que reforça a concepção do direito no sistema romano, especialmente quanto ao Poder Judiciário.

Como afirma Hans Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito, citado por Soares (2000, p. 29):

O direito é uma construção escalonada (Stufenbau), tão racional e geométrica que, por isso mesmo, tem a forma de uma pirâmide, no ápice da qual se encontra uma norma fundamental (Grundnorm), a partir da qual as normas menos gerais retiram sua eficácia e vão perdendo sua generalidade, até aquelas normas colocadas na base (os contratos e as sentenças).

Por exemplo, em processos-crime no *Common Law*, como afirma Pedrosa (2013), o juiz tem papel passivo, agindo muito mais como um árbitro neutro do que, de fato, conduzindo a demanda. E, segundo a autora, o papel principal é das partes e seus advogados, que apresentam seus argumentos, numa disputa que tem como finalidade fazer surgir a verdade do caso em análise. Essa confrontação é regulada pelas próprias partes. Mas, nas decisões, busca-se o senso de justiça, a equidade.

Por seu lado, na mesma situação, no *Civil Law*, o juiz tem um interesse direto em alcançar a verdade real, tendo papel ativo e forte de direcionar e avaliar para fundamentar sua decisão à luz da legislação em vigor. Neste sistema, a equidade busca também regular o rigor da lei, como afirma Soares (2000, p. 30):

O direito é uma construção que tem sua validade na medida em que realiza os valores transcendentais de justiça, frontalmente proíbe que se satisfaça o disposto na lei, se houver ofensa à idéia magna da realização da justiça.

No *Common Law*, a ideia é de que o direito existe para resolver questões concretas. Nos EUA e na Inglaterra o estudo da Filosofia do Direito é chamado de *Jurisprudence*, ou seja, análise de casos julgados. O papel da doutrina é considerado bastante limitado.

Temos, pois, dois grandes sistemas de Direito no mundo ocidental, correspondentes a duas experiências culturais distintas, resultantes de múltiplos fatores, sobretudo de ordem histórica, que se expandiram inclusive para o Oriente.

O confronto entre um e outro sistema tem sido extremamente fecundo, inclusive por demonstrar que, nessa matéria, o que prevalece para explicar o primado desta ou daquela fonte de direito não são razões abstratas de ordem lógica, mas motivos de natureza social e histórica.

Ademais, o *Common Law* é um sistema aberto, em que novas regras são continuamente reveladas. Para um analista do *Common Law*, consoante David (1998, p. 467),

os códigos elaborados no sistema romano-germânico pareceriam mais preceitos morais, regras religiosas do que normas jurídicas precisas e claras, destinadas a solucionar conflitos.

E prossegue afirmando que, nos países de direito escrito, as regras são formuladas de forma tão genérica que

o apelo à razão se processa, normalmente, no quadro das fórmulas gerais, sob a forma de aplicação e interpretação destas regras; a existência de lacunas na ordem legislativa é dificilmente reconhecida.

No *Civil Law* há muitas regras codificadas que norteiam a aplicação das regras aos casos concretos, integrando o sistema e evitando lacunas. Mesmo não havendo leis específicas sobre o assunto, o julgador pode utilizar a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito e aplica a lei atendendo aos fins sociais e às exigências do bem comum (arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro).

Mas o Direito também evolui de acordo com as mudanças sociais, chegando, assim, ao pós-positivismo, onde mais do que a aplicação das leis, ocorre a aplicação de princípios aos casos concretos.

Obviamente não estamos defendendo a adoção pelo Brasil do sistema *Common Law*, até porque a nossa legislação é bastante codificada, abrangente e avançada. Entretanto, a utilização crescente de jurisprudência e súmulas vinculantes, a instituição dos recursos repetitivos e as propostas para a reforma do Código de Processo Civil mostram características do sistema inglês que estão fazendo mais e mais parte de nosso Direito, como também a mediação e conciliação como meio de solução de conflitos, que atende ao Princípio da Celeridade e nos traz fundamentos do *Common Law*.

Destarte, estão se instituindo alternativas ao esquema rígido do nosso Direito, que se baseava em uma parte ingressar com a ação, a parte adversa contestar e o juiz julgar. As partes também estão atuando no processo de forma a pôr fim à demanda, ao lado do Judiciário, mesmo antes de ajuizada a ação, na fase pré-processual. Está se passando da fase de triangularização do direito, onde o juiz fica no vértice superior, para a fase de círculo do direito, onde as partes e o juiz ficam no mesmo patamar, buscando uma forma rápida de pôr fim ao processo.

É um grande avanço em nossa sociedade e pode ser uma importante alternativa para acelerar a finalização das causas, como também a redução dos recursos, que superlotam os Tribunais Superiores, inclusive o Supremo Tribunal Federal, que deveria funcionar somente como Corte Constitucional.

Mas se deve ter em mente que a rapidez na solução dos processos é salutar, mas desde que fiquem assegurados o respeito aos princípios, tais como o duplo grau de jurisdição e da ampla defesa, que são os pilares fundamentais de nosso ordenamento jurídico.

Conclusão

Temos o Direito de origem romana e temos um sistema baseado fundamentalmente nos usos e costumes, utilizado em países como a Inglaterra e nos Estados Unidos, mas com as peculiaridades inerentes a cada um desses dois países e aos demais onde o *Common Law* foi estabelecido, inclusive no Brasil.

Porém, não podemos descaracterizar a importância do *Common Law* para o desenvolvimento do direito entre os povos, pois em todos eles se trazia a ideia da busca da Justiça, fossem nos códigos românicos ou nas decisões dos Tribunais Reais, o que nos relembra a ideia de Direito Natural, inerente a cada um de nós, haja ou não um direito posto, mesmo nas sociedades mais primitivas. O Direito deve, em suma, refletir o sentido de justiça, a busca do bem comum.

São sistemas distintos que, nos últimos anos, têm sido objeto de influências recíprocas, pois, enquanto as normas legais ganham cada vez mais importância no regime do *Common Law*, por sua vez, os precedentes judiciais desempenham papel sempre mais relevante no Direito de tradição romanística.

E no Brasil nós temos expressões de ambos os sistemas, de forma a enriquecer o nosso Direito, especialmente no ramo processual. Temos julgamentos baseados em jurisprudência do STJ em recursos repetitivos ou em novos entendimentos, o que demonstra uma modernização do direito. Daí a importância de estudarmos e compararmos ambos os sistemas, porque o *Common Law*, antes tido como o direito inglês, está cada vez mais presente no nosso direito, ao lado do tradicional sistema romano-germânico, atendidas nossas peculiaridades, como forma de evolução do nosso sistema processual e normativo, de forma a atender aos anseios da sociedade, que clama por um Poder Judiciário cada vez com mais celeridade.

Referências

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v.1.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

O GLOBO. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/mundo/maryland-18-estado-americano-abolir-pena-de-morte>>. Acesso em: 5 mai. 2013.

PEDROSA, Katia Lelis Aguiar. O contrato nas doutrinas *Common Law* e *Civil Law*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2465. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14625>>. Acesso em: 5 mai. 2013.

SOARES, Guido F.S. **Common Law**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TABOSA, Agerson. **Direito romano**. 2. ed. Fortaleza: FA7, 2003.

A antecipação de tutela na ação coletiva

Wilson de Souza Malcher

*Advogado da CAIXA no Rio Grande do Sul
Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual
Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto
Brasileiro de Direito Processual
MBA em Direito Econômico e das Empresas pela
Fundação Getúlio Vargas/DF
Mestre em Direito Processual pela Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra – Portugal
Doutorando em Direito Processual pela Faculdade de
Direito da Universidade de Salamanca – Espanha*

RESUMO

Os processualistas modernos, antenados com a necessidade de ampliação de acesso à justiça, dirigiram suas atenções para tentar solucionar um sério problema processual, que passou a ser designado, em sede doutrinária, como a *efetividade do processo*. Para tentar solucionar essa problemática, pensaram em formas diferenciadas de tutela que permitissem amenizar o transcurso do tempo e dar efetividade ao processo. Entre elas, a *antecipação de tutela*. As tutelas de urgência não foram pensadas para processos metaindividuais, porém a realidade social e, notadamente, a necessidade de defesa dos direitos de grupos ou de toda a coletividade estabeleceram o caminho natural de adoção nos processos coletivos.

Palavras-chave: Antecipação de Tutela. Urgência. Processo. Coletivo.

ABSTRACT

Modern jurists specialized in legal procedures, aware of the necessity for expanding access to justice, dragged their attention to try solving a serious procedural issue, which has been designated, into doctrinal field, as *process effectiveness*. To try solving this issue, they have tried alternative forms of tutelage that would ease elapsed time and give effectiveness to the legal process. Among them, the “*antecipação de tutela*” (*preliminary injunction*). The urgency tutelage was not designed for metaindividual lawsuits, however the social reality and, remarkably, the demand for defense of the collectivity rights have established the natural path for the introduction of collective lawsuits.

Keywords: Preliminary injunction. Urgency. Action. Collective.

Introdução

Torna-se imperioso salientar que partimos de uma perspectiva mais ampla de acesso ao direito, ou seja, de uma concepção dilatada da consciência em respeito aos direitos humanos, à atuação positiva do Estado e à garantia efetiva dos direitos fundamentais a todos garantidos. Acreditamos que os esforços para a remoção dos obstáculos de acesso à justiça não podem se resumir a atacar somente os aspectos de ordem prática, como, por exemplo, o grande número de processos e o reduzido quadro de juízes, sem, contudo, criar-se e manter-se um sistema processual eficiente, com procedimentos eficazes e compatíveis com os rumos da moderna ciência jurídica.

Os processualistas modernos, antenados com a necessidade de ampliação do acesso à justiça, dirigiram suas atenções para tentar solucionar um sério problema processual, que passou a ser designado, em sede doutrinária, como “a efetividade do processo”. Em outras palavras, as preocupações dos doutrinadores, de maneira resumida, se concentraram na solução de uma equação: como garantir a rapidez e a segurança do processo.

Essa preocupação foi externada por Ferruccio Tommaseo, professor da Universidade de Trieste, em intervenção no “Colloquio Internazionale di Milano”, realizado em outubro de 1984, ao referir-se à existência de uma relação inversamente proporcional entre a eficácia da tutela jurisdicional – ou, como hoje se usa dizer, a efetividade da tutela jurisdicional – e a duração do processo (TOMMASEO, 1985, p. 301-307).

Deste outro lado do Atlântico, a mesma preocupação também se observa nas palavras do consagrado processualista brasileiro Barbosa Moreira. Confira-se:

[...] toma-se consciência cada vez mais clara da função instrumental do processo e da necessidade de fazê-lo desempenhar de maneira efetiva o papel que lhe toca. Pois a melancólica verdade é que o extraordinário progresso científico de tantas décadas não pode impedir que se fosse dramaticamente avolumando, a ponto de atingir níveis alarmantes, a insatisfação, por assim dizer, universal, com o rendimento do mecanismo da justiça civil (BARBOSA MOREIRA, 1983, p. 199).

Com efeito, a preocupação com a efetividade do processo estampada nas palavras de Barbosa Moreira traduz a constante exigência de equilíbrio entre a celeridade da prestação jurisdicional e a busca de soluções judiciais justas. Como decidir conflitos de ma-

neira rápida e efetiva? Esse desafio havia sido lançado e precisava ser enfrentado por aqueles que pensavam o processo.

A formulação legislativa brasileira, em vista da celeridade processual, ganhou *status* constitucional com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, com a inclusão no elenco dos direitos fundamentais consagrados no artigo 5º da Lei Maior, do inciso LXXVIII, segundo o qual são assegurados a razoável duração do processo e os meios que possam garantir a celeridade de sua tramitação. Portanto, um pouco mais adiante da promulgação da Constituição Espanhola e seu artigo 24.1, que garantiu a obtenção de uma tutela efetiva dos juízes e tribunais a todas as pessoas, no exercício de seus direitos e interesses legítimos.

Para tentar solucionar essa problemática, os processualistas modernos pensaram em formas diferenciadas de tutela que pudessem permitir amenizar o transcurso do tempo e dar efetividade ao processo. Entre elas, a *antecipação de tutela*.

1 A demanda cautelar de urgência

Quando o autor comparece diante ao tribunal pleiteando uma tutela jurisdicional é porque, em tese, crê que tem um direito a essa concreta tutela jurisdicional. E, por intermédio do processo ordinário, o demandante ou autor visa justamente obter o reconhecimento desse direito.

Pode o órgão jurisdicional dizer o direito de várias maneiras. Pode simplesmente declarar o direito, ajustando-se ou não a uma norma jurídica (existência ou inexistência de um direito subjetivo, de uma relação ou de uma situação jurídica etc.), ditando uma *sentença meramente declarativa*, como também pode dirigir um mandado a uma das partes do processo (eventualmente, às duas) a fim de que faça, omita ou suporte algo, ditando uma *sentença condenatória*, e, finalmente, pode criar, modificar ou extinguir um estado, uma relação ou uma situação jurídica, ditando nesse caso uma *sentença constitutiva*.

Como se sabe, a tutela jurisdicional ofertada pelo Estado juiz para o reconhecimento do direito é obtida através de um demorado desenvolvimento de uma cognição exaustiva. E, não raro, os jurisdicionados reclamam da morosidade da tutela jurisdicional prestada pelo Estado.

Ademais, uma vez reconhecido o direito pleiteado, o Estado juiz deve ainda buscar permitir ao favorecido, também por via judicial, a satisfação desse direito, agora por intermédio do processo de execução ou de *execução forçada*. E esse processo, às vezes, também se mostra moroso.

Infelizmente, a lentidão da Justiça é uma das características mais citadas pelas pessoas. Na Espanha, em pesquisa realizada, constatou-se que um em cada dois espanhóis considera que a Justiça funciona mal ou muito mal.¹ No Brasil não é diferente: em investigação efetuada pela Fundação Getúlio Vargas com 1,2 mil entrevistados, a Justiça brasileira é lenta e cara. A lentidão da Justiça é uma das características mais citadas pelos entrevistados: 88%.²

Como a tutela jurisdicional requerida pode tardar ao ponto de possibilitar o perecimento do bem jurídico pretendido, a lei, ante a demora de solução do processo principal, confere providências capazes de assegurar a satisfação do direito e de afastar os perigos resultantes da demora do processo. Entre essas providências jurisdicionais protecionistas do bem jurídico, estão as medidas cautelares, cuja finalidade é assegurar a futura satisfação do direito.

Neste particular, causa certa estranheza a afirmação de Ramos Romeu de que o Tribunal Constitucional da Espanha há ditado em numerosas resoluções que, no exercício da potestade cautelar, os tribunais ordinários podem provocar violações do direito à tutela judicial efetiva do art. 24.1 da Constituição Espanhola. Essa afirmação é suavizada pela conclusão de que “del derecho a la tutela judicial efectiva se deriva un derecho subjetivo a la tutela cautelar susceptible de ser invocado en amparo” (ROMEY, 2006, p. 99).

Entre as características principais das medidas cautelares, encontramos a *instrumentalidade* e a *temporalidade*.

A *tutela cautelar é instrumental* por ser um meio de preservação do direito material. É, em outras palavras, um instrumento para garantir a efetividade do direito cujo reconhecimento se pretende. No direito processual espanhol, por exemplo, o embargo preventivo de bens, para assegurar a execução de sentenças condenatórias para a entrega de quantias em dinheiro ou de frutos, rendas e coisas fungíveis computáveis a metálico por aplicação de preços certos (art. 727, LEC). É, nesse caso, um instrumento capaz de assegurar o direito do credor. Assim, pretende-se evitar que o demandado realize determinados atos que possam afetar seu patrimônio, que venham a provocar danos aos bens, ou até mesmo a subtrair do alcance da Justiça determinados bens, criando

¹ Na sociedade espanhola, assinala Toharia Cortés (2004, p. 99-134), “la Justicia es considerada como una institución que funciona mal y a la vez como una institución que ejerce de celadora eficaz de la democracia y de los derechos y libertades”.

² Fonte: Conselho Nacional de Justiça – Brasil. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-fev-22/brasileiro-poder-judiciario-lento-caro-imparcial>>. Acesso em: 22 fev. 2009.

situações de insolvência que possam impedir a eficácia da eventual sentença.

É *temporária* por ter eficácia limitada no tempo, ou seja, uma vez cumprida sua função acautelatória, perde sua eficácia. Logo, pode-se dizer que a tutela cautelar é revestida de caráter provisório e precário. Como dita a LEC, as medidas cautelares têm caráter temporal, provisional, condicionado e suscetível de modificação (art. 726, apartado 2).

Todo autor, principal ou reconvenicional, poderá solicitar do tribunal a adoção de medidas cautelares que considere necessárias para assegurar a efetividade da tutela judicial que lhe poderá ser outorgada na sentença principal que se ditará. É importante dizer que, no ordenamento espanhol, não poderão em nenhum caso ser acordadas de ofício pelo tribunal; sempre por solicitação e sob a responsabilidade do demandante.

Como recorda De la Oliva Santos (2004a, p. 51-52), dada a virtualidade das medidas e sua onerosidade, é pressuposto necessário para a adoção de medidas cautelares a existência de dados e critérios valorativos que permitam fundar um juízo de probabilidade, mais ou menos qualificada. É a observância do *fumus boni iuris*, um *aroma do bom direito*, ao mesmo tempo em que se observa o perigo na demora processual, o conhecido *periculum in mora*. Esses são os dois pressupostos genéricos e inevitáveis das medidas cautelares. Porém, obviamente, não constituem os únicos. Dependendo da natureza e gravidade da medida, o juiz poderá exigir outros pressupostos.

Ressalta-se também, dado o caráter provisório das medidas cautelares, que elas poderão ser revogadas ou modificadas a qualquer tempo. A revogabilidade e mutabilidade das medidas cautelares resultam da própria natureza provisória dessas medidas.

Assim, no caso de ditar-se sentença de improcedência das pretensões do solicitante, o juiz imediatamente ordenará o levantamento da medida, salvo que se solicite o contrário atendendo as circunstâncias do caso e prévio aumento da caução previamente prestada pelo solicitante da medida.³

Outro caso de alteração das medidas cautelares é a solicitação de medida prévia à demanda adotada sem audiência do demandado. Nesse caso, se o solicitante não cumpre o prazo legalmente

³ A LEC impõe a prestação da caução prévia a qualquer ato de cumprimento da medida cautelar acordada (art. 737). O CPC prevê a caução cautelar como garantia ao processo, porém não como uma obrigatoriedade. Deve o juiz, ante a possibilidade de lesão grave ou de difícil reparação, utilizando-se do poder geral de cautela, determinar a prestação de caução (artigos 798 e 799, CPC).

estabelecido de 20 dias para apresentar a demanda (o CPC brasileiro, art. 806, prevê prazo de 30 dias para a parte propor a ação principal), levantar-se-á de imediato a medida e nesse momento indenizar-se-á o demandado dos prejuízos, recaindo os gastos processuais sobre o requerente.

Tampouco cabe manter a medida quando o processo permanecer em suspenso por causa imputável ao requerente em período superior a seis meses (art. 731, LEC).

A regra, portanto, é que as medidas cautelares não podem gerar efeitos satisfatórios, posto que pressupõem a existência de um processo principal, devendo, somente, resguardar o resultado útil desse processo principal.

Porém, em muitos casos, as medidas cautelares transformam-se em técnica de sumarização, ou seja, como paliativo para a ineficiência do processo ordinário e para a morosidade jurisdicional. E, na busca de obtenção de uma tutela jurisdicional mais rápida e capaz de tornar mais efetivo o direito material, a alternativa encontrada pelos operadores do direito foi a proliferação das medidas cautelares.⁴

Com efeito, a sociedade evoluiu e surgiram novas e urgentes demandas, cujas respostas por parte do Poder Estatal não se mostraram satisfatórias, causando frustrações e descontentamentos.

O consagrado processualista italiano Federico Carpi, ao proferir breve intervenção sobre o tema, assinala a necessidade de novas formas de tutela a fim de impedir o uso abusivo das tutelas cautelares. Confira-se:

[...] la problematica della tutela giurisdizionale differenziata, esaminata nell'ottica dei provvedimenti non cautelari, è di grande interesse ed attualità perché diverse riforme legislative, fra le più significative degli ultimi anni – dallo statuto dei lavoratori, al nuovo diritto di famiglia, alla legge sull'assicurazione obbligatoria – mostrano che le modifiche processuali ad esse connesse hanno privilegiato forme di tutela interinale, rispetto al giudizio tendente all'accertamento definitivo del diritto. La ragione di questa tendenza mi sembra facilmente individuabile nell'intolleranza sempre più diffusa verso la lunghezza e la disfunzione del processo civile, intolleranza che si accompagna alla sicura coscienza che la rapidità della tutela giurisdizionale delle garanzie costituzionali di azione e di difesa e che al contrario la mancanza di incisività degli strumenti processuale ordinari può

⁴ Como observa Marinoni (1994, p. 17) ao citar Roger Perrot.

comportare l'assentuzazione di diseguaglianze sostanziali fra le parti (CARPI, 1980, p. 239).

Marinoni (1994, p. 47), por sua vez, observa de modo contundente e firme:

[...] a ineficiência do procedimento ordinário e os estreitos limites postos para a execução provisória da sentença, vieram contribuir para o “alargamento” do campo do processo cautelar, que passou a albergar e a conduzir através de seu estreito canal, além da verdadeira tutela cautelar, determinadas tutelas que se assemelham à cautelar tão somente pela característica da urgência.

Com efeito, a tutela cautelar é uma tutela de urgência, porém nem toda tutela urgente é cautelar. Como, então, solucionar uma demanda que requeira uma tutela jurisdicional urgente e que não caiba no processo cautelar?

2 A antecipação dos efeitos da tutela

Para a solução dos conflitos, devem os juízes decidir e ditar resoluções judiciais (providências, autos e sentenças, segundo a LOPJ).⁵ Contudo, em alguns casos, essas resoluções podem chegar tarde, e uma solução aparentemente justa, ante o atraso da decisão, pode tornar-se injusta.⁶ Assim, os processualistas modernos pensaram em uma maneira de antecipar os resultados das deman-

⁵ De la Oliva Santos (2004b, p. 357-359) ensina-nos, para perfeita compreensão do sistema decisório espanhol: as *providências*, segundo dita a LEC (art. 206.2, 1ª) são a resolução “que no se limite a la aplicación de normas de impulso procesal, sino que se refiera a cuestiones procesales que requieran una decisión judicial, bien por establecerlo la ley, bien por derivarse de ellas cargas o por afectar a derechos procesales de las partes, siempre que en tales casos no se exija expresamente la forma de auto”. Assim, as *providências* estão destinadas a questões de maior complexidade que as solucionadas por meras resoluções de *tramitação*; portanto, destinadas à adoção de decisões de fatos diferentes, que requeiram uma tarefa valorativa e de discernimento muito superior à de mero impulso. Os *autos* são as resoluções que se ditam para resolver questões de importância, que afetam interesses dos litigantes, porém distintas da questão principal ou *de fundo*, ou seja, as *questões incidentais* que não ponham fim ao processo. Enquanto as *sentencias*, estas sim decidem sobre o fundo. São, portanto, a resolução terminal do processo.

⁶ Dentre as frases famosas de Rui Barbosa (um dos intelectuais mais brilhantes de seu tempo, um dos organizadores da República brasileira e coautor da constituição republicana), destaca-se: “A justiça atrasada não é justiça; mas injustiça qualificada e manifesta”.

das judiciais e de evitar soluções tardias, eventualmente injustas: *antecipar os efeitos da tutela jurisdicional*.

Sendo assim, as medidas antecipatórias asseguram a efetividade prática da resolução definitiva, nas palavras de Artavia Barrantes (2000, p. 548), prevenindo o risco de que possa resultar ilusória a execução da sentença, pois incide na relação jurídica que é objeto do processo de fundo.

2.1 A antecipação dos efeitos da tutela no direito comparado

Na Itália

A lei italiana n° 353/1990, de 26 de novembro, com os artigos 20 e 21, que, por sua vez, acrescentaram os artigos 186-bis e 186-ter ao Código de Processo Civil (*Codice di Procedura Civile*), introduz, pela primeira vez no âmbito do procedimento ordinário, um instrumento de tutela antecipatória de natureza não cautelar.⁷

Art. 186-bis

(Ordinanza per il pagamento di somme non contestate)
Su istanza di parte il giudice istruttore può disporre, fino al momento della precisazione delle conclusioni, il pagamento delle somme non contestate dalle parti costituite. Se l'istanza è proposta fuori dall'udienza il giudice dispone la comparizione delle parti ed assegna il termine per la notificazione. (2)

L'ordinanza costituisce titolo esecutivo e conserva la sua efficacia in caso di estinzione del processo.

L'ordinanza è soggetta alla disciplina delle ordinanze revocabili di cui agli articoli 177, primo e secondo comma, e 178, primo comma.

Art. 186-ter

(Istanza di ingiunzione)

Fino al momento della precisazione delle conclusioni, quando ricorrano i presupposti di cui all'art. 633, primo comma, n. 1), e secondo comma, e di cui all'art. 634, la parte può chiedere al giudice istruttore, in ogni stato del processo, di pronunciare con ordinanza ingiunzione

⁷ Distinto, portanto, dos *procedimentos de urgência*. Art. 700: “*Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito*”.

di pagamento o di consegna. Se l'istanza è proposta fuori dall'udienza il giudice dispone la comparizione delle parti ed assegna il termine per la notificazione.

L'ordinanza deve contenere i provvedimenti previsti dall'art. 641, ultimo comma, ed è dichiarata provvisoriamente esecutiva ove ricorrano i presupposti di cui all'art. 642, nonché, ove la controparte non sia rimasta contumace, quelli di cui all'art. 648, primo comma. La provvisoria esecutorietà non può essere mai disposta ove la controparte abbia disconosciuto la scrittura privata prodotta contro di lei o abbia proposto querela di falso contro l'atto pubblico.

L'ordinanza è soggetta alla disciplina delle ordinanze revocabili di cui agli articoli 177 e 178, primo comma.

Se il processo si estingue l'ordinanza che non ne sia già munita acquista efficacia esecutiva ai sensi dell'art. 653, primo comma.

Se la parte contro cui è pronunciata l'ingiunzione è contumace, l'ordinanza deve essere notificata ai sensi e per gli effetti dell'art. 644. In tal caso l'ordinanza deve altresì contenere l'espresso avvertimento che, ove la parte non si costituisca entro il termine di venti giorni dalla notifica, diverrà esecutiva ai sensi dell'art. 647.

L'ordinanza dichiarata esecutiva costituisce titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale.⁸

Trata-se, com efeito, de uma novidade de relevo. A lei, a partir de então, permite ao juiz a possibilidade geral de emitir resoluções condenatórias no curso da demanda, que antecipam no todo ou em parte os efeitos da tutela jurisdicional final.⁹

A nova lei italiana permitiu, sem dúvidas, aos juízes melhor prestar a tutela jurisdicional, com a introdução de uma ferramenta processual capaz de atingir com maior eficácia e rapidez o ideal de justiça. Assim, o juiz italiano, diante de uma demanda de pagamento de soma não contestada por parte do demandado, bem como de uma demanda condenatória de soma líquida exigível ou de uma determinada quantidade de coisa fungível ou, ainda, de coisa móvel determinada, poderá acelerar a tutela do direito, antecipando no todo ou em parte os efeitos da sentença.

⁸ Itália. *Codice di Procedura Civile*. Disponível em <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=33723>>. Acesso em: 4 maio 2013.

⁹ Em realidade, não representou uma novidade absoluta, porém uma generalização no âmbito do processo ordinário de uma figura já prevista em processo especial (a autorização de pagamento de importância não contestada, no processo laboral – art. 423).

Na França

Esta possibilidade também é encontrada no direito francês. Trata-se da *ordonnance de référé* descrita nos artigos 484 e 486 do *Code de Procédure Civile*, a permitir a realização do direito, de forma provisória, sem prejudicar a cognição de fundo.¹⁰

Nos Estados Unidos da América

No direito norte-americano, encontramos a figura da *preliminary injunction*, geralmente ligada à tutela da obrigação de fazer ou não fazer. A função principal da *preliminary injunction* seria preservar o *status quo*, como uma forma de proibir alteração da realidade, desde o momento do início da demanda.

Ainda que não sejam uniformes os requisitos observados pelos Tribunais na concessão da *preliminary injunction*, é possível considerar quatro principais fatores observados nas cortes federais norte-americanas: (1) a probabilidade de sucesso da demanda (*plaintiff's probability of success on the merits*); (2) a probabilidade de dano irreparável caso não seja concedida a medida (*irreparable injury to the plaintiff*); (3) a comparação de possíveis danos entre as partes da demanda (*balance of hardships*); (4) o interesse público (*public interest*) (LUSVARGHI, 2012).

A probabilidade de sucesso da demanda é requisito totalmente subjetivo, resultante da análise pessoal do juiz, como resultado do exame preliminar das alegações do autor.

¹⁰ “**484.** La requête en rétractation, signifiée à toutes les parties en cause avec avis du jour où elle sera présentée à un juge pour réception, doit être produite dans les 15 jours, à compter, selon le cas, du jour où la partie a acquis connaissance du jugement, où est disparue la cause qui l’empêchait de produire sa défense, où la partie a acquis connaissance de la preuve nouvelle, de la fausseté de la pièce ou du dol de la partie adverse, où a été découverte la pièce décisive, ou encore du jour où a été rendu le jugement désavouant l’acte non autorisé.

Dans le cas du mineur, prévu au paragraphe 3 de l’article 483, le délai court du jour de la signification du jugement, faite depuis qu’il a atteint sa majorité.

Ce délai de 15 jours est de rigueur; néanmoins, le tribunal peut, sur demande, et pourvu qu’il ne se soit pas écoulé plus de six mois depuis le jugement, relever des conséquences de son retard la partie qui démontre qu’elle a été, en fait, dans l’impossibilité d’agir plus tôt.”

“**486.** L’officier chargé d’exécuter le jugement, et à qui a été signifiée une copie de la requête en rétractation et du certificat attestant qu’elle a été reçue, est tenu de surseoir, et de rapporter au greffe, sans délai, le bref d’exécution et la requête qui lui a été signifiée.” França. Disponível em: <http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/C_25/C25.HTM>. Acesso em: 4 maio 2013.

O segundo fator, a probabilidade de dano irreparável caso não seja concedida a medida, deve ser indicado de início pelo demandante, ou seja, deve, na medida do possível, provar a irreparabilidade do dano para tornar mais forte seu pleito. Muito provavelmente, essa medida do autor torne mais fácil a comparação de possíveis danos das duas partes (*balance of hardships*), em realidade, uma análise de custo-benefício de pequena escala. Seria, em síntese, uma análise econômica dos possíveis danos com a concessão da *preliminary injunction* entre as partes.

E, finalmente, a consideração do interesse público na ocasião de decidir sobre a concessão da *preliminary injunction*, principalmente, se a decisão envolve questões de segurança pública.

Como registra Thomas Lee:

[...] initially, “American Courts Treatment of the status quo followed the path established by the Lord Chancellor. The status quo was put forward not as on element of a doctrinal test, but as description of the usual effect of purpose of a preliminary injunction”. The United States Supreme Court’s early invocations of the status quo follow this pattern. In ‘Parker v. Winnepiseogee Lake Cotton and Wollen Co.’, for example, the court did not speak explicitly in terms of the ‘status quo’, but clearly invoked its essence, explaining that ‘[w]here an injunction is granted without a trial at law, it is usually upon the principle of preserving the property, until a trial at law can be had’. The Court’s seminal use of the phrase ‘status quo’ apparently came several decades later in ‘Houghton v. Meyer’. In that case, the court explained that the Federal Court’s statutory authority to issue an ‘ex parte’ temporary restraining order was intended ‘to give power to preserve the status quo when there is danger of irreparable injury from delay in giving the notice required’ in a standard preliminary injunction proceeding. None of these early decisions spoke of the status quo as a doctrinal standard; it was always offered as a description of purpose – and in the overarching goal of preventing irreparable injury (LEE, 2001, p. 138).

Faz-se evidente que a discussão sobre a preservação do *status quo* ganhou relevância nos tribunais federais norte-americanos ao final dos anos 90 e início do novo século. De início, com a finalidade de preservar danos irreparáveis, em respeito à equidade. Posteriormente, a partir da adoção de um sistema bifurcado de *preliminary injunctions*, passa a privilegiar tutelas inibitórias (*prohibitory injunction*) e cria um padrão mais exigente para as tutelas de obrigação de fazer (*mandatory injunction*).

A *prohibitory injunction* destina-se à proibição de fazer ou continuar a fazer um ato, e a *mandatory injunction* é dirigida ao acusado para fazer alguma coisa, reparar uma omissão ou restaurar uma posição ou desfazer algo injusto.

Importante registrar que os tribunais norte-americanos, ao longo do tempo, procuraram uma uniformidade de procedimentos, a partir da criação de fórmulas matemáticas, como uma maneira de libertar-se da subjetividade das decisões dos magistrados. O juiz Richard A. Posner, por exemplo, construiu uma fórmula precisa para a concessão da *preliminary injunction* ao julgar o caso *American Hospital Supply Corp. v. Hospital Products, Ltd.* (POSNER, 2008):

$$P \times H\pi > (1-P) \times H\Delta$$

Donde π representa o autor e Δ , o réu. Assim, P é a probabilidade de o autor sair vitorioso na decisão final. $H\pi$ é o conjunto de danos irreparáveis ao autor, caso a *injunction* não seja concedida. E $H\Delta$, o conjunto de danos irreparáveis ao réu, caso a *injunction* seja deferida.

Tal fórmula, denominada de *sliding scale*, pretende confirmar a regra de que quanto maior a possibilidade de sucesso da demanda, menor precisam ser os danos irreparáveis cotejados entre o autor e o réu para a aprovação da *preliminary injunction*.

Na Alemanha

Em menor extensão, podemos citar o processo civil germânico, a *Einstwellige Verfügung*, uma espécie de *preliminary injunction* em processos sumários, como forma de garantir um pedido que não envolva dinheiro, previsto nos §§ 935 a 942 do Código de Processo Civil Alemão (*Zivilprozessordnung/ZPO*).

Em Portugal

Com a reforma operada em 1º de janeiro de 1997, o art. 381.1 do Código de Processo Civil sanciona a possibilidade de adoção do instituto que nos convoca.

Artigo 381º Âmbito das providências cautelares não especificadas.

1 – Sempre que alguém mostre fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, pode requerer a providência conservatória ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efetividade do direito ameaçado.

Na Argentina

Em realidade, os ordenamentos processuais argentinos ainda não contam com normas específicas que disciplinem a instituição da antecipação da tutela. Porém, o Anteprojeto do Código Processual Civil e Comercial para a Cidade Autônoma de Buenos Aires, produto do desempenho dos Des. Augusto Mario Morello, Roland Arazi e Mario Kaminker, contém previsão da matéria, sem contar que a Corte Suprema da Nação Argentina já admite a tutela antecipada em muitos precedentes.

No Brasil

Como nos conta Gusmão Carneiro, um conhecedor da história corrente do processo civil brasileiro, a adoção da *tutela antecipada* foi sugerida por Ovídio Baptista da Silva, em julho de 1983, no 1º Congresso Nacional de Direito Processual Civil. E, em 1984, com a edição da Lei 8.952/1994, a par de muitas outras modificações produzidas no Código de Processo Civil, surge a figura da tutela antecipada no ordenamento processual brasileiro – art. 273 (CARNEIRO, 2010, p. 22-23).

Atualmente, esse art. 273, com as alterações introduzidas pela Lei 10.444/2002, assim dispõe:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Vemos que o nobre instituto foi introduzido com diversos requisitos: 1) a requisição da parte; 2) a existência de prova inequívoca; 3) a verossimilhança da alegação; 4) um fundado receio de dano irreparável; 5) um caracterizado abuso de direito de defesa ou manifesto propósito dilatório do réu; 6) a possibilidade de reversibilidade dos efeitos da tutela antecipada.

Assim, de acordo com a letra expressa do art. 273, CPC, a tutela antecipada deve ser pedida pela parte. Em princípio, na própria petição inicial da demanda. E, uma vez deferida, poderá, segundo o § 4º, ser revogada ou modificada a qualquer tempo.

A jurisprudência da Corte Superior brasileira, falo do Superior Tribunal de Justiça, avançou na interpretação da lei e passou a admitir a possibilidade de, em situações excepcionais, conceder a tutela antecipatória de ofício. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO-MATERNIDADE. TUTELA ANTECIPADA DE OFÍCIO CONCEDIDA NO ACÓRDÃO. ADMISSIBILIDADE EM HIPÓTESES EXCEPCIONAIS.

1. Trata-se, na origem, de Ação Declaratória com pedido de condenação ao pagamento de salário-maternidade movida por trabalhadora rural diarista. O acórdão confirmou a sentença de procedência e, de ofício, determinou a imediata implantação do mencionado benefício.

2. As tutelas de urgência são identificadas como reação ao sistema clássico pelo qual primeiro se julga e depois se implementa o comando, diante da demora do processo e da implementação de todos os atos processuais inerentes ao cumprimento da garantia do devido processo legal. Elas regulam situação que demanda exegese que estabeleça um equilíbrio de garantias e princípios (v.g., contraditório, devido processo legal, duplo grau de jurisdição, direito à vida, resolução do processo em prazo razoável).

3. No caso concreto, o Tribunal se vale da ideia de que se pretende conceder salário-maternidade a trabalhadora rural (boia-fria) em virtude de nascimento de criança em 2004. 4. O Superior Tribunal de Justiça reconhece haver um núcleo de direitos invioláveis essenciais à dignidade da pessoa humana, que constitui fundamento do Estado Democrático de Direito. Direitos fundamentais correlatos às liberdades civis e aos direitos prestacionais essenciais garantidores da própria vida não podem ser desprezados pelo Poder Judiciário.

Afinal, “a partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais” (REsp 1.041.197/MS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 16.9.2009.)

5. A doutrina admite, em hipóteses extremas, a concessão da tutela antecipada de ofício, nas “situações excepcionais em que o juiz verifique a necessidade de antecipação, diante do risco iminente de perecimento do direito cuja tutela é pleiteada e do qual existam provas suficientes de verossimilhança” (José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2006, pp. 384-385).

6. A jurisprudência do STJ não destoa em situações semelhantes, ao reconhecer que a determinação de implementação imediata do benefício previdenciário tem caráter mandamental, e não de execução provisória, e independe, assim, de requerimento expresso da parte (v. AgRg no REsp 1.056.742/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 11.10.2010 e REsp 1.063.296/RS, Rel. Min. Og Fernandes, DJe de 19.12.2008).

7. Recurso Especial não provido. (BRASIL, 2012).

Faz-se evidente a função ampliada do Poder Jurisdicional. Seria, como bem destacado, uma forma de garantir os direitos sociais consagrados na Constituição, de maneira a contribuir decisivamente para a mudança da realidade social, sempre que o magistrado observar o risco iminente de perecimento do direito e ante provas fortes e suficientes da verossimilhança do direito da parte.

Importante dizer: a concepção da tutela não constitui uma faculdade dos juízes. Trata-se, em realidade, de uma atribuição do magistrado, o qual, sob o princípio da persuasão racional, deverá, uma vez reunidos os requisitos acima mencionados, conceder a antecipação dos efeitos da tutela.

Outro ponto de relevância é que a lei processual exige mais do que um *aroma do bom direito* (*fumus boni iuris*) – um dos requisitos das medidas cautelares –; exige uma evidência indiscutível, a chamada verossimilhança da alegação.

De igual modo, se há empregado uma nova roupagem ao *periculum in mora*: perigo na demora processual que prevê o requisito de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

E, de maneira responsável, o legislador previu que não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade da concessão jurisdicional.

3 A antecipação dos efeitos da tutela na ação coletiva

Como já tivemos oportunidade de dizer, a sociedade moderna compreende a atuação positiva do Estado para assegurar o gozo dos direitos sociais básicos. Em algumas situações, quando esses direitos atingem um grupo e/ou uma coletividade, a defesa desses direitos deve ser viabilizada por meio de uma ação coletiva, sejam os direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

E, com efeito, o legitimado à ação coletiva, no pleno exercício do acesso à justiça, deverá utilizar todos os instrumentos necessários à efetiva defesa dos direitos do grupo e/ou da coletividade.

A lei e, principalmente, a jurisprudência dos tribunais aceitam que o autor da ação coletiva possa requerer ao juiz a apreciação do deferimento da antecipação dos efeitos da demanda. Naturalmente, o objeto da antecipação será sempre igual ou menor, quantitativa ou qualitativamente, ao pedido formulado na petição inicial.

A lei específica em defesa do consumidor de 1990 (CDC – Lei 8.078), anterior, portanto, à adoção da tutela antecipada no ordenamento brasileiro (Lei 8.952/1994), previu a possibilidade de concessão de tutela de urgência, sem dúvidas, não uma simples medida cautelar, mas a satisfação do próprio direito. Isso, uma vez observados os pressupostos estabelecidos no art. 84, § 3º, ou seja, a relevância dos fundamentos da demanda e o receio de ineficácia da decisão final.

No campo legal existe, ainda, a possibilidade de concessão de medida de urgência no mandado de segurança coletivo, segundo previsão da lei de regência – a lei 12.016/2009, de 7 de agosto.

Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:
[...]

III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

A própria lei exige, para a suspensão do ato público que está sendo contestado, verdadeira medida antecipatória da questão de fundo, a existência de dois pressupostos: a relevância dos fundamentos e a forte probabilidade de ineficácia da medida.

A Juíza Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, chama a atenção para o relevante papel dos magistrados para que possam bem prestar a tutela adequada e efetiva. Isso exige maior preparação por parte de todos os magistrados, não apenas na reciclagem permanente dos conhecimentos jurídicos e de outras áreas do saber humano, como também em uma perfeita aderência à realidade sócio-econômico-política.¹¹

Com efeito, não se pode negar a crescente importância da antecipação da tutela jurisdicional nos sistemas processuais, como forma de empreender maior eficácia e efetividade aos processos judiciais. Como já tivemos oportunidade de dizer, as tutelas de urgência não foram pensadas para processos metaindividuais, porém a realidade social e, notadamente, a necessidade de defesa dos direitos de grupos ou de toda a coletividade estabeleceram o caminho natural de adoção nos processos coletivos, a impedir ou evitar os resultados tardios da prestação jurisdicional.

Conclusão

A preocupação com a efetividade do processo, em outras palavras, a busca do equilíbrio entre a celeridade da prestação jurisdicional e a necessidade de soluções judiciais justas, exigiu dos estudiosos do direito o desenvolvimento da criatividade visando solucionar a seguinte equação: como garantir a rapidez e a segurança do processo?

Como é de conhecimento geral, os jurisdicionados reclamam da morosidade da tutela jurisdicional prestada pelo Estado, porém a própria sociedade moderna compreende a atuação positiva do Estado para assegurar o gozo dos direitos sociais básicos.

E, como forma de melhor solucionar a equação acima mencionada, os processualistas modernos pensaram na antecipação dos resultados das demandas judiciais, de modo a se evitar soluções tardias e/ou eventualmente injustas: *antecipar os efeitos da tutela jurisdicional*.

¹¹ YOSHIDA, C. Y. (2005). *Eficácia das tutelas urgentes nas ações coletivas. Efeitos dos recursos. Suspensão de liminar e de sentença*. En: R. M. Nolasco, *Processo Civil Coletivo* (p. 363/391). São Paulo: Quartier Latin.

Referências

- ARTAVIA BARRANTES, Sergio. **Tutela anticipatoria, cautelar y provisional en el Proceso Civil su estado actual, en estudio en homenaje al Profesor Enrique Vescovi**. Montevideo: F.C.V., 2000.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tendências contemporâneas do direito processual civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 31, 199-209, jul./set. 1983.
- CAPRI, Federico. Flashes sulla tutela giurisdizionale differenziata. **Rivista Triestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano, v. 34, n. 1, p. 237-42, 1980.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela, Exposição didática**. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.309.137-MG. Relator: Ministro Herman Benjamim. Brasília, 8 de maio de 2012. DJe: 22.05.2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revista-eletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1144694&sReg=201103068117&sData=20120522&formato=PDF>. Acesso em: 28 jun. 2013.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. El proceso como instrumento de la Jurisdicción. In: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio; VEGAS TORRES, Jaime. **Derecho procesal**. Introducción. Tercera ed. Madrid: Ramón Areces, 2004a. Cap. 2.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. Resoluciones del órgano jurisdiccional y recursos contra ellas. In: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio; VEGAS TORRES, Jaime. **Derecho procesal**. Introducción. Tercera ed. Madrid: Ramón Areces, 2004b. Cap. 19.
- França. **Code de Procédura Civile**. Disponível em: <http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/C_25/C25.HTM>. Acesso em: 4 maio 2013.
- Itália. **Codice di Procedura Civile**. Disponível em: <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=33723>>. Acesso em: 4 maio 2013.
- LEE, Thomas R. *Preliminary Injunctions and the status quo*. **Washington and Lee Law Review**. n. 58, p. 109-167, 2001.
- LUSVARGHI, Leonardo Augusto dos Santos. **Tutela antecipada em processos coletivos, a racionalidade de sua concessão**. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2012.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge, USA: Harward University Press, 2008.
- ROMEU, Francisco Ramos. **Las medidas cautelares civiles. Un análisis jurídico-económico**. Barcelona: Atelier, 2006.
- TOHARIA CORTÉS, José Juan. ¿De qué se quejan los españoles cuando hablan de su administración de justicia? **Manuales de Formación Continua**, Madrid, 24, p. 99-134, 2004.

TOMMASEO, Ferruccio. "Intervento".
*In: Les Mesures provisoires en
procédure civile*. Colloquio Interna-
zionale, 1984, Milano, *Atti del...*
Milano, Giuffrè, 1985, p. 301-307.

YOSHIDA, C. Y. (2005). **Eficácia das
tutelas urgentes nas ações coleti-
vas. Efeitos dos recursos. Suspen-
são de liminar e de sentença.** En:
R. M. Nolasco, *Processo Civil Coleti-
vo* (p. 363/391). São Paulo: Quartier
Latin.

Embargos de declaração e o direito fundamental à motivação das decisões

Edson Bernardo Andrade Reis Neto

Advogado da CAIXA em Rondônia

Pós-graduado em Direito e Processo Civil pela FAROIRO

Pós-graduando em Direito e Processo do

Trabalho pela PUC Minas

RESUMO

O presente estudo, em síntese, busca analisar os embargos de declaração, não apenas de modo conceitual, mas, em especial, sob a perspectiva do direito fundamental à motivação das decisões. E, da mesma forma, o estudo objetiva defender a possibilidade de se atribuir efeito suspensivo à decisão, mediante a análise de posicionamentos diversos da doutrina jurídica aplicável aos embargos declaratórios.

Palavras-chave: Embargos de declaração. Efeito suspensivo. Possibilidade. Direito fundamental à motivação das decisões.

ABSTRACT

The present study, in short, seeks to analyze the embargoes, not just conceptual mode, but in particular, from the perspective of the fundamental right to motivation of decisions. And similarly, the study aims to defend the possibility of assigning suspensive effect to the decision suspensividade choked by analyzing the positions of the various legal doctrine applicable to embargoes declaratory.

Keywords: Embargoes of declaration. Suspensive effect. Possibility. Fundamental right to motivation of decisions.

Introdução

A temática recursal, embora demasiadamente extensa e complexa, será exposta dentro daquilo que consideramos mais importante em relação ao recurso de embargos de declaração e ao direito fundamental à motivação das decisões.

De início, é pertinente considerar que em todo e qualquer ordenamento processual os julgadores são falíveis, suscetíveis de

erros e injunções, até mesmo em razão dessa feição ser inerente a todo ser humano. Por certo, ao se levar em valor referida condição se instituíram os meios de impugnação das decisões judiciais.

À evidência,

as decisões judiciais têm como finalidade última a definição de direitos, e, para esse fim, devem ser claras e precisas, evitando ambigüidades resultantes de sua inteligência. A clareza e precisão das decisões estão intimamente ligadas à idéia de pacificação ínsita no poder jurisdicional, além de nortear as manifestações de irrisignação ou conformidade das partes com a mesma. Não se pode recorrer se não se sabe o alcance do ato judicial e, *a fortiori*, o prejuízo causado pela manifestação jurisdicional (FUX, 2004, p. 1157).

Ademais,

o princípio do contraditório, além de constituir fundamentalmente em manifestação do princípio do *estado de direito*, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o *direito de ação*, quanto o *direito de defesa* são manifestações do princípio do contraditório (NERY JÚNIOR, 2012, p. 220- 221).

É de se ver, lado outro, que a previsão legal do recurso de embargos de declaração representa hodiernamente, também, clara disposição do legislador em prestigiar o amplo e irrestrito acesso à Justiça, com os meios e recursos a ela inerentes, consoante previsto no artigo 5º, LV, da CF/88, resultando, ainda, da obrigatoriedade constitucional imposta ao Poder Judiciário de fundamentar todas as suas decisões, a teor do seu artigo 93, IX.

1 Embargos de declaração – linhas históricas

O recurso abordado no presente trabalho – embargos de declaração – não é exclusivo do sistema processual brasileiro, havendo medida recursal similar em vários países, como Alemanha, França, Espanha e Portugal.

A sua gênese na seara processual interna remonta ao direito lusitano, “aliás, o direito português é reconhecido como verdadeiro criador desse recurso” (FERNANDES, 2012, p. 19).

Com efeito, “as Ordenações Afonsinas impediam que o julgador, após a prolação da sentença, a revogasse e proferisse outra de diferente teor. Contudo, caso a sentença proferida fosse duvidosa, por conter palavras obscuras ou intrincadas, estava o magistra-

do autorizado a declarar e interpretar essa decisão para torná-la clara” (FERNANDES, 2012, p. 20).

No Brasil, “os embargos de declaração foram inicialmente consagrados no Regulamento 737, de 1850” (FERNANDES, 2012, p. 21). O referido Regulamento 737 autorizava à parte pleitear no prazo de dez dias a manifestação sobre o ponto omitido mediante a oposição de embargos de declaração “sempre que a sentença apresentasse alguma obscuridade, ambiguidade ou contradição, ou em caso de ter omitido algum ponto que deveria ter sido objeto de condenação” (FERNANDES, 2012, p. 21).

Outrossim, a Consolidação Ribas, de 1876, dispôs acerca dos embargos de declaração, a exemplo da regulamentação inserta nos vários Códigos Estaduais, e ainda na Consolidação Higino Duarte Pereira, aprovada pelo Decreto nº 3.084, de 1898, referente à Justiça Federal.

Já o Código de Processo Civil de 1939 dispunha expressamente, na parte destinada aos recursos, quanto à possibilidade de manuseio dos embargos de declaração quando se verificasse, na sentença ou acórdão, hipótese de obscuridade, omissão ou contradição, os quais deveriam ser opostos no prazo de 48 horas da publicação da decisão e suspendiam o prazo para os demais recursos.

Atualmente, por força da reforma da lei adjetiva encetada pela Lei nº 8.950/94, a qual revogou várias disposições do Código de Processo Civil de 1973, houve a unificação dos prazos para oposição dos embargos de declaração, passando, portanto, a constar como norma cogente o prazo de até cinco dias, contados da data da intimação da decisão; aplicando-se, desse modo, as regras comuns sobre contagem, prorrogação, suspensão e interrupção dos prazos.

Na seara trabalhista já havia a previsão de oposição de embargos declaratórios em face de acórdão do Pleno e de Turmas do TST, a teor da Lei nº 2.244, de 23 de junho de 1954, conforme aponta Martins (2003, p. 430).

Conquanto a existência da Lei 2.244/54, somente com a edição da Lei nº 9.957, de 12 de janeiro de 2000 – a qual introduziu o artigo 897-A na CLT –, o direito processual trabalhista passou a ter fundamento legal próprio de oposição de embargos de declaração nas instâncias ordinárias, porquanto anteriormente se utilizava do Código de Processo Civil, mediante aplicação subsidiária, autorizada pelo artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho.

2 Natureza jurídica dos embargos declaratórios

Há muito os doutrinadores divergem acerca da natureza jurídica dos embargos de declaração, ou seja, para uns teriam os em-

bargos natureza recursal, enquanto para outros, tal medida processual não se reveste do referido conteúdo.

Aqueles que sustentam que os embargos não passam de um mero procedimento incidente fazem-no por conta de que os embargos não visam à correção ou reforma da decisão, mas apenas à retificação da fórmula da manifestação do julgador, ou ainda por suposta ausência de efeito devolutivo, já que os embargos serão apreciados pelo mesmo órgão singular ou colegiado que proferiu a manifestação sentencial.

Encontram-se no seio dos que defendem referido posicionamento os autores Sérgio Bermudes, José Rogério Cruz e Tucci, Antônio Cláudio da Costa Machado e Reis Friede.

Contudo, a natureza recursal dos embargos de declaração é reconhecida por grande parte dos doutrinadores, como Frederico Marques, Vicente Greco Filho, Luiz Eduardo Simardi Fernandes, Gustavo Filipe Barbosa Garcia e outros.

Entre os que consideram os embargos de declaração como recurso encontra-se o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, o qual leciona que “O embargo de declaração, não obstante endereçado ao próprio juízo prolator da decisão a ser esclarecida, é considerado pela lei ‘recurso’, como se verifica da recente reforma processual” (FUX, 2004, p. 1158).

A despeito da ainda existente discussão acadêmica quanto à natureza jurídica dos embargos de declaração, assentimos com o posicionamento que defende a sua feição recursal, até em razão da localização topográfica do instituto no Código de Processo Civil.

3 Hipóteses de cabimento dos embargos de declaração

A grande maioria da doutrina jurídica defende que todos os atos processuais dos magistrados podem ser impugnados, o que abrange até mesmo um simples despacho de expediente.

Porém, quando o ato impugnado for uma manifestação judiciária revestida de conteúdo decisório, a exemplo das sentenças e dos acórdãos, ou ainda uma decisão interlocutória, a essa impugnação se dá o nome de recurso, sendo este, portanto, “o poder de provocar o reexame de uma decisão, pela mesma autoridade judiciária, ou outra hierarquicamente superior, visando obter a sua reforma ou modificação” (SANTOS, 1997, p. 82).

Atualmente o artigo 535 do Código de Processo Civil dispõe que cabem embargos de declaração nas situações em que a decisão for obscura, contraditória ou omissa.

Em relação à obscuridade, ensina José Carlos Barbosa Moreira que “a falta de clareza é defeito capital em qualquer decisão. E bem

se compreende que o seja, visto que é função precípua do pronunciamento judicial exatamente fixar a certeza jurídica a respeito da lide ou da questão decidida” (MOREIRA, 2005, p. 551). De fato a decisão que não se traduz em clareza e compreensão, no sentido de se apresentar inteligível, se ressentir de manifesta obscuridade.

Logo, resumidamente é possível, da mesma forma,

afirmar que a obscuridade de uma decisão decorre da existência de ambiguidade, fruto do emprego de vocábulos que expressem mais de uma ideia, ou a utilização de linguagem inapropriada, às vezes arcaica ou pouco usual, que dificulta a compreensão, ou, ainda, pode ser consequência da hesitação do próprio julgador, que, inseguro quanto à decisão correta, transfere essa hesitação para o pronunciamento (FERNANDES, 2012, p. 95).

Já a contradição “é o ato pelo qual alguém se coloca em antagonismo com o que havia dito ou feito; é a posição inconciliável entre duas proposições” (TEIXEIRA FILHO, 2011, p. 370).

A contradição é verificável, portanto, quando “o juiz, na fundamentação, direciona seu raciocínio e argumenta deixando antever que decidirá em determinado sentido, mas ao final, no dispositivo, julga de forma oposta àquelas que suas razões de decidir faziam imaginar” (FERNANDES, 2012, p. 97-98).

A derradeira hipótese prevista no CPC, no caso, a omissão, se apresenta como exemplo dos julgamentos *citra petita* em que o julgador olvida-se na apreciação dos pedidos deduzidos pelos atores processuais.

Ensina Manoel Antônio Teixeira Filho que a palavra omissão deriva do latim *omissio*, ou seja, “o vocábulo identifica a ação de omitir, de não fazer, de preterir, de esquecer”, assevera também que “sentença omissa é a que deixa de pronunciar-se sobre um ou mais pedidos formulados pelas partes, pouco importando que estejam na inicial ou na contestação” (TEIXEIRA FILHO, 2011, p. 372).

Com a edição da Lei nº 9.957/2000, foi acrescentado à CLT o artigo 897-A, dispondo que caberão embargos de declaração da sentença ou do acórdão, no prazo de 5 (cinco) dias, devendo seu julgamento ocorrer na primeira audiência ou sessão subsequente a sua apresentação, admitido efeito modificativo da decisão nos casos de omissão ou contradição no julgado e manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso.

Desse modo, no processo do trabalho é verificável de forma expressa hipótese a mais de oponibilidade dos embargos de declaração, qual seja, manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso pelo julgador.

4 Admissibilidade dos embargos de declaração

A exemplo dos demais recursos, os embargos de declaração estão adstritos ao preenchimento de requisitos ou pressupostos de admissibilidade. Os requisitos de admissibilidade dos recursos, de modo geral, classificam-se em dois grupos: “requisitos intrínsecos (atinentes à própria existência do direito de recorrer) e os requisitos extrínsecos (concernentes ao exercício daquele direito)” (MOREIRA, 2006, p. 117).

Classificam-se, pois, como requisitos intrínsecos: a) o cabimento, para que seja cabível o recurso, é necessária a possibilidade de sua impugnação em tese, ou seja, que comporte ataque por meio dele; b) a legitimação para recorrer, sendo legítima a parte, entendendo-se como tal o autor e o réu, ou ainda qualquer dos litisconsortes, bem como o interveniente e o assistente litisconsorcial ou simples; c) o interesse em recorrer, caracterizado no sentido de que se possa auferir, em tese, situação mais vantajosa; d) a inexistência de fato impeditivo, ou extintivo do poder de recorrer, como, por exemplo, a preclusão lógica, a qual consiste na perda de um direito ou de uma faculdade processual por quem tenha realizado atividade incompatível com o respectivo exercício (MOREIRA, 2006, p. 117).

Os requisitos extrínsecos correspondem: a) à tempestividade, em similitude de que todo recurso deve ser tempestivo, os embargos de declaração devem ser opostos em 5 (cinco) dias da ciência da decisão, obedecendo, não menos, às demais regras processuais; b) à regularidade formal, como regra os atos processuais devem ser revestidos de determinados preceitos e forma, os quais variam de um recurso para o outro.

Não bastassem os pressupostos comuns a todos os recursos, o art. 536 do CPC, aplicado subsidiariamente ao processo do trabalho em razão do disposto no art. 769 da CLT, exige um requisito de cunho específico para os embargos de declaração: no caso, a obrigação de a parte embargante indicar precisamente o ponto obscuro, contraditório ou omissivo encontrado na decisão.

5 Efeitos dos embargos de declaração

O Código de Processo Civil dispõe que os embargos de declaração interrompem o prazo para interposição de outros recursos por qualquer das partes, a teor do artigo 538. A redação do artigo 538 do CPC se mostra indene de dúvida quanto à interrupção do prazo para as partes manusearem outros recursos. Contudo, com relação à suspensão da eficácia da decisão embargada de declaração, existe grande cizânia na doutrina.

Para José Carlos Barbosa Moreira, “como os recursos em geral, salvo exceção expressa, os embargos de declaração mantêm em suspenso a eficácia da decisão recorrida” (MOREIRA, 2005, p. 563). Para o referido autor, o Código de Processo Civil indica de forma clara e expressa, no capítulo pertinente às disposições gerais, os casos em que a interposição de recurso não tem efeito suspensivo. Assim, a regra, na espécie, seria a da *suspensividade*, até mesmo porque, sempre que o texto legal silencie, deve-se entender que o recurso é dotado de efeito suspensivo, arremata o festejado autor.

O mesmo doutrinador ensina também “que o recurso tem efeito suspensivo quando impede a produção imediata dos efeitos da decisão”, bem como que “a expressão efeito suspensivo é, de certo modo, equívoca, porque se presta a fazer supor que só com a interposição do recurso passem a ficar tolhidos os efeitos da decisão, como se até esse momento estivessem eles a manifestar-se normalmente” (MOREIRA, 2005, p. 258).

“Na realidade, o contrário é que se verifica: mesmo antes da interposição do recurso, a decisão, pelo simples fato de estar-lhe sujeita, é ato ineficaz, e a interposição apenas prolonga semelhante ineficácia, que cessaria se não se interpusesse o recurso” (MOREIRA, 2005, p. 258).

Anote-se o entendimento que o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux defende: “o efeito do recurso é mais que suspensivo; é interruptivo, haja vista que, enquanto não integrada a decisão, não se pode cogitar de torná-la efetiva, posto que ela é, ainda, possibilidade de decisão”. (FUX, 2004, p. 1163).

Porém, outros doutrinadores defendem a ausência de efeito suspensivo da eficácia da decisão embargada, entre os quais, Elpídio Donizeti, Luiz Rodrigues Wanbier e Eduardo Talamini.

Para Wanbier e Talamini, “os embargos de declaração não têm efeito suspensivo automático, isto é, decorrente da tão só sujeição da decisão judicial à sua interposição. Fosse, assim, jamais decisão judicial alguma teria que ser imediatamente cumprida” (WANBIER, 2011, p. 716).

Seguindo essa mesma linha, José Miguel Garcia Medina e Tereza Arruda Alvim Wanbier entendem que “o efeito suspensivo dos embargos de declaração deve decorrer de pedido formulado pela parte, fundado na impossibilidade real de que a decisão seja cumprida ou possibilidade de integral alteração da decisão em virtude do acolhimento dos embargos” (MEDINA; WANBIER, 2012, p. 216).

Sem maiores digressões, deflui do texto legal vigente que a oposição dos embargos de declaração se reveste, *per si*, de conteú-

do suspensivo da eficácia da decisão embargada e que somente em situações excepcionais o julgador estaria legitimado a afastar referida feição própria dos recursos, como, por exemplo, nos casos de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, repita-se, devidamente fundamentada e motivada em razão de possível dano ou ineficácia do próprio provimento judicial.

Aliás, consta do anteprojeto do Código de Processo Civil, consoante dicção do artigo 980, que os embargos de declaração não terão efeito suspensivo, bem ainda que a eficácia da decisão monocrática ou colegiada poderá ser suspensa pelo respectivo juiz ou relator se demonstrada a probabilidade de provimento do recurso, ou sendo relevante a fundamentação houver risco de dano grave ou de difícil reparação.

De fato, dentro de uma visão lógica, não tivessem os embargos efeito suspensivo da eficácia da decisão requestada, não haveria a necessidade da novel previsão no Projeto de novo código de processo civil, pois, ao introduzir referida hipótese, o legislador afirma justamente a falta de norma que impeça emprestar tal efeito ao recurso em questão.

6 Direito fundamental à motivação das decisões

A Constituição Federal de 1988, no artigo 93, IX, impõe que todas as decisões judiciais devem se revestir de motivação, sob pena de nulidade.

Consoante ensina Nelson Nery Júnior, “a motivação da sentença pode ser analisada por vários aspectos, que vão desde a necessidade de comunicação judicial, exercício lógico e atividade intelectual do juiz, até sua submissão, como ato processual, ao estado de direito e às garantias constitucionais estampadas na CF” (NERY JÚNIOR, 2012, p. 300).

Com efeito, o julgador, ao prolatar ou proferir sua decisão, deve motivar as razões de seu convencimento, de modo a permitir que as partes possam manusear as medidas processuais pertinentes.

A fundamentação possui implicação de natureza substancial, e não simplesmente formal, pois o magistrado deve analisar as questões submetidas a seu julgamento, a fim de exteriorizar a raiz de sua decisão, e, com isso, demonstrar o silogismo ocorrido.

Sobressai ressaltar que a fórmula lacônica adotada por alguns juízes, no sentido de fundamentar a sentença de embargos aduzindo que as questões postas a julgamento foram devidamente arrostadas na decisão e ao final concluir pela ausência de obscuridade, omissão ou contradição, revela manifesta violação ao pre-

ceito constitucional do dever de motivação das manifestações judiciais.

Sérgio Nojiri ensina que “o dever de fundamentar as decisões judiciais, longe de ser uma mera abstração normativa, é encarado pelos tribunais como uma norma constitucional de enorme eficácia social, entendida essa expressão como a possibilidade de realização concreta de um comando normativo” (NOJIRI, 2000, p. 117).

Não se pretende aqui defender que os julgadores devem responder a todos os questionamentos das partes, até porque seria humanamente impossível; porém, não se pode conceber a prolação de decisões desprovidas de fundamentação.

Ademais, “o dever de motivação das decisões judiciais é inerente ao Estado Constitucional e constitui verdadeiro banco de prova do direito ao contraditório das partes” (SARLET, 2012, p. 665). É imperioso ressaltar que a motivação das decisões judiciais encerra o último momento de manifestação do direito ao contraditório assegurado às partes pelo texto constitucional e que sem a observância do contraditório e sem motivação adequada não há processo justo (SARLET, 2012, p. 667).

A importância do tema é tão evidente que o Desembargador do Trabalho César Machado Júnior, do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, sediado em Minas Gerais, ao se referir ao artigo 897-A da CLT, vislumbra que “esse dispositivo é a regulamentação do art. 93, IX, da Constituição Federal, que exige que todas as decisões judiciais sejam fundamentadas, sob pena de nulidade” (MACHADO JÚNIOR, 2011, p. 399).

Noutra fala, o mesmo autor ensina que “a fundamentação da decisão é requisito para a parte interpor recurso, pois se exige do recorrente que também fundamente seu recurso, o que somente é possível quando se sabe o *iter* lógico seguido pela sentença” (MACHADO JÚNIOR, 2011, p. 399).

Por fim, com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes, em verdadeira defesa do dever de motivar as decisões, afirma o direito das partes de ver seus argumentos considerados, o qual exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo, e que o dever de conferir atenção ao direito das partes [s2] não envolve apenas a obrigação de tomar conhecimento, mas também a de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (STRECK, 2013, p. 96).

Logo, é fácil ver a necessidade de as partes se utilizarem dos embargos de declaração como instrumento de garantia constitucional dos direitos fundamentais à motivação das decisões, do contraditório e da ampla defesa, e, até mesmo, visando eventual

prequestionamento das matérias deduzidas, tanto na peça vestibular, quanto nas respostas apresentadas.

Conclusão

Resulta, portanto, do presente estudo a conclusão no sentido de que a medida recursal declaratória em questão representa um instrumento legítimo de aplicação, e, por que não, de concretização, do dever de motivação das decisões judiciais, bem como do contraditório e da ampla defesa, os quais se mostram caros diante da limitação legal ao seguimento dos recursos direcionados aos tribunais superiores, e também pelo fato de não ser possível a discussão sobre questões de fato em sede de recursos de natureza extraordinária, como na hipótese de interposição de recurso de revista para o Colendo Tribunal Superior do Trabalho.

Referências

FERNANDES, Luis Eduardo Simardi. **Embargos de declaração**: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MACHADO JÚNIOR, César P. S. **Manual de direito processual do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MEDINA, José Miguel Garcia; WANBIER, Tereza Arruda Alvim. **Recursos e ações autônomas de impugnações**. Coleção processo civil moderno. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 5.

_____. **O novo processo civil brasileiro**. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na constituição federal**: processo civil, penal e administrativo. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

STRECK, Lênio Luiz. **Compreender Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Sistema dos recursos trabalhistas**. 11ª ed. São Paulo: Ltr, 2011.

WANBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**. 12^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

Medidas investigativas no âmbito do processo civil – limites e possibilidades de produção de prova

Éder Maurício Pezzi López

*Advogado da União no Rio Grande do Sul
Especialista em Direito Civil e Processo Civil
Ex-advogado da CAIXA e do Senado Federal*

Renan Teixeira Sobreiro

*Graduando em Direito na Universidade Federal
do Rio Grande – FURG
Estagiário da Procuradoria da República
em Rio Grande/RS*

RESUMO

O presente artigo tem por finalidade estudar os critérios gerais de licitude das medidas investigativas no processo civil, traçando os limites e possibilidades de cada modalidade de produção de prova. Para tanto, após estabelecer os conceitos de ponderação, intimidade e vida privada, bem como suas implicações com a realização da Justiça, passa-se a tratar de cada uma das modalidades de prova individualmente (gravação e interceptação telefônica e ambiental, foto e filmagem, internet, dados de repartições públicas e denúncia anônima).

Palavras-chave: Processo civil. Prova. Medida investigativa. Licitude.

ABSTRACT

The aim of this article is to study the general criteria of lawfulness of investigative activities in civil procedure, outlining the limits and possibilities in each type of evidence production. In order to achieve this goal, after establishing the concepts of balance, intimacy and privacy as well as its involvement with the achievement of justice, this study treats each type of evidence production individually (telephone and ambient recording and interception, photo and film, Internet, data from government offices and anonymous complaint).

Keywords: Civil Case. Piece of Evidence. Investigative Procedure. Lawfulness.

Introdução

Sempre que se fala em medidas investigativas, tem-se a noção de que elas só têm lugar na seara criminal, sendo levadas a cabo por autoridades com natureza de polícia judiciária ou pelo Ministério Público. A ideia de que partes privadas (ou autoridades administrativas não policiais) perpetrem tais medidas para tutelar direitos tratados no processo civil ainda causa perplexidade e desconfiança, remetendo à ideia do araponga que atua sem qualquer obediência ao Direito.

Ocorre que, como se demonstrará, a medida investigativa é meio de produção de provas plenamente lícito, desde que atendidos os limites que a Constituição e a legislação preveem. Na primeira parte do presente estudo, buscar-se-á estabelecer os critérios gerais que pautam essa licitude, para então tratar de cada uma das modalidades de prova individualmente, balizando através de exemplos os limites e possibilidades de cada uma delas.

1 Medidas investigativas: conceito, valores e ponderação

1.1 Conceito: a medida investigativa como decorrência do direito subjetivo à prova

Em se tratando de processo judicial, a prova surge como um instrumento indispensável para a reconstrução ideal da matéria fática posta pelas partes. Nessa seara, as partes têm o ônus de comprovar aquilo que alegam, sob pena de improcedência de seus pedidos. Mais do que isso, a parte deve não só comprovar a veracidade dos elementos que apresenta ao Juízo, mas também eventual falsidade ou simulação existente nos elementos de prova da outra parte. Daí porque Marinoni e Arenhart (2008, p. 264) define a prova como “todo meio retórico, regulado pela lei, dirigido a, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo”.

A respeito disso, consigne-se que no âmbito do processo civil há fatos que independem da produção de prova (art. 334 do CPC), caso que se dá quando notórios, confessados, incontroversos ou quando houver presunção legal de existência ou veracidade. Entretanto, a realidade mostra que a grande maioria das questões postas em Juízo gira em torno de fatos que obrigatoriamente dependem de algum lastro probatório, em maior ou menor grau.

De fato, o sucesso em Juízo depende muito mais da qualidade das provas apresentadas do que propriamente da fundamentação jurídica nelas deduzida. Dito de outra forma, o processo não se

vence só com palavras, não sendo à toa que os fatos – e especialmente seu lastro probatório – constituem a parte mais relevante da causa de pedir¹, dado que o sistema processual brasileiro acolheu a teoria da substanciação (SANTOS, 1999, p. 164).

Nesse contexto, pode-se dizer que qualquer diligência destinada à comprovação ou apuração de determinado fato é, em essência, uma medida investigativa. Assim, a medida investigativa, em sendo um fenômeno dinâmico, coloca-se como o ato destinado à obtenção de provas que sejam juridicamente relevantes.

No âmbito criminal, tais medidas são perpetradas no bojo de inquéritos policiais civis e militares ou mesmo no curso de ações penais já instauradas. No que toca ao campo civil, essas medidas têm lugar em sindicâncias, inquéritos civis, processos administrativos (incluindo os disciplinares) e outros expedientes, além de poderem ocorrer de forma preparatória ou durante o próprio processo judicial em curso. Embora os âmbitos sejam diversos, o fato é que o objeto de tais medidas é invariavelmente o mesmo: instrumentalizar meios de demonstração concreta de fatos relevantes, seja para embasar atos administrativos, seja para possibilitar uma cognição judicial mais substancial.

Em regra, tais medidas poderão ser intentadas de forma autônoma e espontânea pelas partes, excetuadas as hipóteses em que se verifica reserva de Jurisdição, situações que serão mais minuciosamente tratadas adiante. Nessas hipóteses, as medidas de cunho probatório deverão ser autorizadas pelo Juízo, que poderá deferir o oficiamento de órgãos, buscas e apreensões feitas por oficial de justiça, entre outras. Além disso, resta também a possibilidade de o próprio juiz, diante da atribuição que tem de presidir a instrução processual, determinar medidas de ofício, ou mesmo pessoalmente proceder à inspeção judicial (art. 440 e ss. do CPC).

Em suma, o que se verifica é que as medidas investigativas no âmbito civil têm como fundamento o direito subjetivo de que as partes têm de produzir provas, o qual decorre da própria ideia de acesso à Justiça, constitucionalmente assentada. Assim, se o exercício do contraditório e da ampla defesa (CR/88, art. 5º, LV) é assegurado, eventual limitação a medidas investigativas lícitas deverá ser permeada pela proporcionalidade, sopesando outros valores igualmente relevantes.²

¹ O núcleo fático da causa de pedir é comumente classificado pela doutrina como *causa petendi* remota, ao passo que a qualificação jurídica é denominada *causa petendi* próxima (CRUZ E TUCCI, 1993, p. 42).

² O STJ já decidiu que “a produção de provas constitui direito subjetivo da parte, a comportar temperamento a critério da prudente discricção do magistrado que preside o feito, com base em fundamentado juízo de valor acerca de sua utilidade

A respeito disso, é de se observar que a ampla gama de meios de prova atualmente existentes torna obsoleta a dicção do art. 335 do CPC, o qual prevê a audiência como o *locus* obrigatório à produção de prova. Em verdade, embora se mantenha sempre vigente a relevância da prova testemunhal, as novas possibilidades tecnológicas de hoje fazem com que muitos dos elementos probatórios mais relevantes sejam produzidos fora do ambiente judicial, por meio de medidas investigativas.

1.2 A licitude como requisito de validade da prova

A Constituição, em seu art. 5º, LVI, expressa que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Em relação a tal norma, vê-se que a licitude ali referida não se limita à mera legalidade, abrangendo também critérios de moralidade e razoabilidade, uma vez que ela tem por finalidade preservar direitos individuais também constitucionalmente garantidos.

Como mais adiante se tratará de forma detalhada, a produção da prova está intimamente relacionada a valores tais como a intimidade, a privacidade, a preservação da imagem e a inviolabilidade do domicílio, todos decorrentes da dignidade da pessoa humana. Assim, não se admitirão provas que violem de maneira desarrazoada tais valores, só podendo ser admitidos os meios que não contrariem a legalidade e sejam “moralmente legítimos”, na dicção do CPC (art. 332).

Nesse contexto, dentro do gênero provas ilícitas, verificam-se aquelas absolutamente proibidas, que em regra jamais poderão ser consideradas válidas, tais como aquelas obtidas por meios imorais (ex. mediante tortura, uso de substâncias entorpecentes ou hipnose). De outra parte, há provas que, caso produzidas sem autorização judicial, são tidas por ilegítimas, por violarem a privacidade e a intimidade, situação que ocorre com a interceptação telefônica, quebra do sigilo bancário, busca e apreensão domiciliar etc.

Ocorre que, na seara da validade das provas, há poucos critérios objetivos que possam de maneira ampla e geral ser utilizados para todos os casos possíveis. Ainda que seja altamente útil estabelecer diretrizes mínimas, com base em grupos de casos mais ou menos delimitados, o fato é que a *licitude* tem tomado formas de cláusula geral, que deve ser concretizada de forma definitiva em cada caso. Exemplo disso é que até uma interceptação telefônica

e necessidade, de modo a resultar a operação no equilíbrio entre a celeridade desejável e a segurança indispensável na realização da Justiça” (AgRg no Ag 84048/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, STJ, Quarta Turma, julgado em 25/03/1996, DJ 22/04/1996, p. 12580).

realizada sem autorização judicial (ilícita por expressa vedação constitucional, art. 5º, XII), diante de determinadas hipóteses extremas, poderá ser validamente utilizada.

Em realidade, a validade ou não de determinada prova – e a licitude da medida investigativa que a originar – dependerá necessariamente de um juízo de ponderação, no qual se sopesarão os valores constitucionais envolvidos. Dessa forma, intimidade, privacidade, direito ao sigilo poderão entrar em colisão aparente com segurança jurídica, efetividade da Jurisdição, preservação do patrimônio público, proteção à infância etc.

É sobre essa particular questão que se tratará nos próximos tópicos.

1.3 Produção de prova e colisão dos valores constitucionais em jogo

A medida investigativa tem por finalidade precípua a produção de provas relevantes, que possam ser úteis para a “reconstrução judicial dos fatos”, na dicção de Oliveira (2008, p. 275). Ocorre que, no seu processo de consecução, é comum que o direito à produção de prova entre em colisão com outros valores fundamentais ligados especialmente à intimidade e vida privada.

Isso porque, considerando a elevada carga axiológica intrínseca aos direitos fundamentais, verifica-se constantemente uma inevitável tensão entre esses direitos, especialmente considerando o fato de que não há direitos fundamentais ilimitados ou absolutos no contexto de um Estado Democrático de Direito. Como bem refere Sampaio (1998, p. 379), tais direitos não detêm essa qualidade por uma razão intrínseca: “a multiplicidade de aspectos e projeções valorativas dos direitos humanos que pode levar a situação de aparente conflito, imprimindo a necessidade de opção”.

Além disso, importa ter-se claro que, por força do princípio da unidade da Constituição, não há, no texto constitucional, normas antagônicas, não se podendo estabelecer, *a priori*, a predominância de umas sobre as outras. Assim, nos casos de colisão de interesses constitucionais não há contradição³ – mormente porque a solução não pode acarretar a completa negação de nenhum deles –, mas sim a prevalência de um direito em detrimento de outro, dada a singularidade de cada caso concreto ou hipótese abstrata específica. Para tanto, impõe-se estabelecer o conceito de ponderação, bem como delimitar qual a extensão dos valores fundamentais em jogo.

³ Daí porque a doutrina refere o conflito existente entre normas constitucionais como *aparente*.

1.3.1 O conflito aparente de interesses constitucionais. Ponderação e proporcionalidade

Ante uma determinada situação, é possível que se estabeleça uma colisão aparente de direitos fundamentais, o que ocorre, por exemplo, na dicotomia preservação da intimidade *versus* produção de provas, como visto. Diante da impossibilidade de fazer valer na sua plenitude cada um dos direitos envolvidos, será necessário estabelecer qual ou quais direitos devem ser preponderantes, sem que a solução implique o completo esvaziamento dos demais. De fato, em não sendo possível a harmonização de direitos fundamentais em conflito aparente, há casos em que a solução dependerá de eleger-se um dos valores constitucionais como preponderante, fazendo-o prevalecer sobre o outro.

Além disso, dada a impossibilidade de o ordenamento jurídico abarcar todas as relações jurídicas possíveis que emergem da complexidade da sociedade contemporânea, inviável é ter uma fórmula rígida e predeterminada para a resolução de conflitos de valores constitucionais. Por isso, o equacionamento final do conflito aparente demanda, invariavelmente, a análise do caso concreto, para ali se sopesarem os interesses constitucionais envolvidos.

A partir dessa premissa, pode-se definir ponderação como o processo por meio do qual se equaciona uma colisão aparente de direitos fundamentais, seja no plano abstrato (normativo), seja no concreto (demanda fática), com base no princípio da proporcionalidade em sua dimensão ampla. Saliente-se que uma ponderação definitiva só poderá ser dada num determinado caso concreto, o que não impede que se possam ponderar *a priori* interesses envolvidos em determinados casos hipotéticos ou *standards*, situação que ocorre no plano legislativo, por exemplo. Como bem ressalta Oliveira (2008, p. 293), “a tutela normativa de qualquer bem ou valor é sempre abstrata”, o que não impede que a lei possa desde já regulamentar soluções específicas para cada possível conflito concreto.

Dissecando a temática, Alexy leciona que a ponderação se realizaria em três planos. No primeiro, seria preciso determinar a intensidade da intervenção sobre um determinado direito fundamental. Em seguida, definir a relevância dos fundamentos justificadores da intervenção; por último, realizar a ponderação em sentido específico e estrito (cf. MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 346), de modo a realizar concretamente um juízo de proporcionalidade.

Em verdade, a ponderação pressupõe a utilização do princípio da proporcionalidade, na medida em que este concederá uma aplicação coerente e segura das normas constitucionais ao caso sob

análise, pesando a incidência que cada valor deve ter. Preserva-se, assim, o máximo dos direitos e garantias fundamentais consagrados constitucionalmente (cf. CAMPOS, 2004, p. 28).

Alexy, a respeito disso, chega a afirmar que a proporcionalidade seria uma *lei de ponderação*, de tal forma que, quanto maior for a intervenção em um dado direito fundamental, mais significativos devem ser os fundamentos justificadores dessa intervenção (cf. ; COELHO; BRANCO, 2008, p. 346). Mais do que isso, a proporcionalidade é vista por Bonavides (2008, p. 434) como um mecanismo de atualização do direito constitucional em relação à realidade, na medida em que promove o equilíbrio do ordenamento:

Em verdade, trata-se daquilo que há de mais novo, abrangente e relevante em toda a teoria do constitucionalismo contemporâneo; princípio cuja vocação se move, sobretudo no sentido de compatibilizar a consideração das realidades não captadas pelo formalismo jurídico, ou por este marginalizadas, com as necessidades atualizadoras de um Direito Constitucional projetado sobre a vida concreta e dotado da mais larga esfera possível de incidência – fora, portanto, das regiões teóricas puramente formais e abstratas.

Nesse contexto, o princípio⁴ constitucional da proporcionalidade⁵ impõe que a relação entre o fim que se busca e o meio utilizado deve ser proporcional. É preciso, portanto, uma relação *adequada* entre eles, de modo que a medida restritiva deve ser apropriada para a consecução dos fins a que se propõe. Há, também, o imperativo *necessidade* que tem por desígnio evitar a adoção de medidas restritivas que, embora adequadas, não se revelem impres-

⁴ Importante ressaltar o posicionamento de Ávila (2001), que afirma que a proporcionalidade não é um princípio, mas sim um postulado normativo aplicativo, o qual subjaz “da estrutura das próprias normas jurídicas estabelecidas pela Constituição”. Para ele, os princípios são normas finalísticas, “que impõem a promoção de um estado ideal de coisas por meio da prescrição indireta de comportamentos cujos efeitos são havidos como necessários àquela promoção”. Dessa forma, a proporcionalidade se coadunaria muito mais com a definição de postulado, uma vez que ela não contém um fim em si mesma, mas baliza a aplicação de outros princípios e normas. Não obstante a relevância de tal assertiva, referiremos a proporcionalidade como princípio, considerado o escopo do presente estudo.

⁵ Ao se reportar à localização do princípio da proporcionalidade no ordenamento jurídico, Bonavides (2008, p. 434; 436) ensina que a “proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional”, de tal modo que atualmente consubstancia-se em “axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de direito”.

cindíveis para a obtenção dos fins de proteção visados pela Constituição (cf. CANOTILHO, 2003, p. 457). Dessa forma, na concepção de Canotilho (2003, p. 457), “uma medida será então exigível ou necessária quando não for possível escolher outro meio igualmente eficaz, mas menos coativo, relativamente aos direitos atingidos” (2003, p. 457).

Por fim, não obstante as críticas que se fazem ao princípio da proporcionalidade (cf. BONAVIDES, 2008, p. 428), especialmente por conta de um suposto excessivo subjetivismo do juiz que o aplica, há que se consignar que ele ainda é o meio mais adequado de aplicação do ordenamento aos casos que se examinam no presente estudo. Isso porque, em se tratando de conflito aparente de direitos e interesses constitucionais, não seria viável prever para todos os casos concretos possíveis uma solução adequada. Tal situação se agrava ainda mais se considerada a constante evolução da sociedade contemporânea, seja quanto a novos modos de vida, seja quanto a novas tecnologias, impossíveis de serem previstos pela lei formal.

1.3.2 De um lado da balança: dignidade da pessoa humana, intimidade e vida privada

a) A primazia da dignidade da pessoa humana

O Direito, tendo como principal desígnio a pacificação social, avoca a si a qualidade de ferramenta de mudança da sociedade.⁶ E assim o foi ao longo do tempo. No entanto, a experiência histórica nos mostra que a sublevação da legalidade em sentido estrito, conquanto à primeira vista surja como sinônimo de segurança jurídica e previsibilidade, em última análise, demonstrou estar muito mais preocupada com a manutenção do *status quo*.

De fato, o positivismo exacerbado mostrou-se incapaz de conter graves arbitrariedades e violações a direitos fundamentais levadas a cabo notadamente na primeira metade do século XX. Isso porque se acreditava que a lei seria um instrumento de salvaguarda da sociedade, conferindo a ela um aspecto de intangibilidade e de verdade absoluta. Qualquer imperativo legal, pelo simples fato de emanar do Estado, era incontestado. Contudo, a noção de legitimidade rompeu com essa sedutora ideologia, porquanto determinava que uma ideia, para ser legítima, deveria sofrer a aceitação por parte da consciência coletiva. A legitimidade estava, portanto, mais relacionada com o conteúdo axiológico da norma – os valores reconhecidos pela comunidade – do que com sua forma, como ocorria com a legalidade estrita.

⁶ Não sem razão, o brocardo jurídico *ubi societas ibi jus*.

Nesse contexto, diante da insuficiência do Estado de Direito na proteção da sociedade face às arbitrariedades perpetradas pela permissividade do sistema legalista estrito, a irradiação de princípios como a democracia, liberdade e solidariedade sobre o ordenamento jurídico apresentou-se como solução viável e como expressão de legitimidade. Em decorrência disso, a ética da autonomia ou da liberdade foi substituída por uma ética da responsabilidade ou da solidariedade, e, como consequência, a tutela da liberdade (autonomia) do indivíduo foi substituída pela noção de proteção à dignidade da pessoa humana (cf. MORAES, 2003, p. 67 e 72).

A adoção de valores transindividuais, inspirados principalmente na solidariedade, fez com que a noção de dignidade da pessoa substituisse a primazia patrimonial e o individualismo, dando lugar a uma espécie de antropocentrismo jurídico, no qual o homem *lato sensu* passa a ser efetivamente o núcleo do ordenamento. Em que pese a noção de dignidade humana fosse corrente no Brasil do século XX, somente a partir da promulgação da CF/88 ela tornou-se efetivamente um comando jurídico, sendo elevada a fundamento da República no art. 1º, III (cf. MORAES, 2003, p. 77 e 82).

Quanto a sua conceituação, observa-se que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana possui um índice de abstração e subjetivismo muito elevado – aliás, o que é típico dos princípios. Nesse sentido, torna-se dificultosa a obtenção de uma definição que abranja todas as situações que este enseja. Alguns autores, todavia, com admirável maestria, conseguem encerrar conceitualmente diversos desdobramentos que possam advir desse princípio. A esse respeito, veja-se a lição de Sarlet (2005, p. 67):

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Assim, pode-se referir que a dignidade da pessoa é uma qualidade que investe de direitos e deveres o sujeito, deixando-o a salvo de qualquer ingerência demasiada por parte do Estado e da comunidade, garantindo, ainda, o mínimo existencial para o indi-

víduo. Como é possível perceber, esse valor constitucional, em razão de sua abstração, incide sobre um sem-número de normas e situações, entre elas a intimidade e a vida privada, que serão objeto de análise no tópico seguinte.

b) Intimidade e vida privada como espécies de direitos que emanam da dignidade da pessoa

A intimidade e a vida privada, enquanto espécies de direitos provenientes do gênero dignidade da pessoa humana, compartilham da mesma dificuldade de conceituação desta. No entanto, ao mesmo tempo em que é preciso delimitar o campo de atuação dessas garantias individuais, não se pode engessar seus conceitos, sob pena de se tornarem inócuos.

Conquanto intimidade e vida privada tangenciem-se em diversos aspectos, não se trata de sinônimos. Enquanto a intimidade relaciona-se ao conjunto de convicções, sensações e estados de ânimo pessoais de seu titular, a vida privada seria o espaço mais adequado ou utilizado para a manifestação da intimidade (cf. OLIVEIRA, 2008, p. 288). Com efeito, a intimidade é espécie do gênero vida privada.

Em decorrência dessa dificuldade de conceituação, parte da doutrina filia-se à teoria da vontade para definir o sentido do vocábulo *privado*. Sampaio (1998, p. 247) defende que a carga de intencionalidade na exclusão da interferência ou do conhecimento de terceiros seria o fator determinante para a aferição do sentido de *privado*. Dessa forma, como bem assenta esse autor, lugar privado “é o lugar delimitado pela vontade de seu ocupante, em conformidade com a lei, de acesso restrito às pessoas por ele autorizadas” (1998, p. 260). Tratar-se-ia, portanto, de uma variante situacional de acordo com a intenção volitiva do sujeito.

Não por outra razão, tem-se considerado, por exemplo, que o interior de um veículo não é lugar exposto ao público se estacionado em lugar ermo ou deserto. Entretanto, caso esteja parado em local iluminado, em que seja possível ver o que ocorre em seu interior, não há falar em intimidade (cf. SAMPAIO, 1998, p. 368). Da mesma forma, conforme segue Sampaio (1998, p. 259), a casa revela-se como a maior expressão da intimidade, de modo que, em regra, os fatos ocorridos no seu interior estão albergados pela intimidade, que somente será elidida se tais acontecimentos acarretarem repercussão para a esfera do ilícito, civil ou penal.

Embora a definição de intimidade e vida privada não seja assente na doutrina, como observa Roque (2001), todas as formulações conceituais confluem no sentido de tratar-se do “desejo de estar só e de excluir do conhecimento alheio fatos e dados

registrados na esfera estritamente pessoal”. Vale lembrar que, especialmente, tais espécies de garantias constitucionais têm como sujeitos passivos não só o Estado, mas também os demais particulares, dada a dimensão horizontal de eficácia a que se submetem.

Por fim, há que se ver os direitos à intimidade e à vida privada como mandamentos abertos, fortemente permeados por critérios sociais, culturais e tecnológicos da sociedade, que variam igualmente com o tempo. Se talvez numa sociedade rural do início do século XX beijar a esposa fosse permitido somente em locais reservados, na sociedade dita pós-moderna não será incomum ver a foto desse beijo postada em algum *site* da internet, amplamente acessível.

No entanto, ainda que assim o seja, importa salientar que a intimidade e a vida privada – seja em que tempo for – são valores intrínsecos a qualquer sociedade, que só poderão ser relativizados em contraste com outros interesses tão ou mais relevantes, dos quais se passa a tratar a seguir.

1.3.3 Do outro lado: busca da verdade, realização da Justiça e o valor de outros direitos que não o penal

a) O mito da “verdade real” e o processo civil

Ao longo do século XX, difundiu-se em parte da Doutrina a equivocada ideia de que o processo penal teria como objeto a descoberta da *verdade real*, enquanto ao processo civil bastaria a busca da chamada *verdade formal*. Em primeiro lugar, há que se estabelecer que a verdade absoluta, como reconstituição de fatos já transcorridos, é uma utopia, um objetivo inalcançável, já que impossível voltar a *ser* aquilo que já *foi*.

Em outras palavras, o processo gira em torno de buscar reconstituir judicialmente uma verdade já passada, fazendo-o por meio de instrução probatória. Daí porque a chamada *verdade real* é um mito, já que toda a verdade reconstituída no processo é, por essência, calcada num juízo de verossimilhança e relatividade. Nas palavras de Ferrajoli (2002, p. 42):

A impossibilidade de formular um critério seguro de verdade das teses judiciais depende do fato de que a verdade “certa”, “objetiva” ou “absoluta” representa sempre a “expressão de um ideal” inalcançável. A ideia contrária de que se pode conseguir e asseverar uma verdade objetiva ou absolutamente certa é, na realidade, uma ingenuidade epistemológica.

Em realidade, em se tratando de demanda judicial – seja penal ou civil –, a verdade nela reconstituída será sempre formal, ou

seja, aquela “que emerge no processo, conforme os argumentos e as provas trazidas pelas partes” (NUCCI, 2005, p. 345). Com efeito, as diferenças havidas entre os processos penal e civil giram em torno do regime diferenciado de produção de provas, como consequência dos bens jurídicos neles tutelados.

Nesse sentido, verifica-se que no processo penal a possibilidade de produção da prova será muito mais ampla, com menos limitações formais, não se aplicando a ela o sistema de presunções e preclusões que constitui a regra geral do processo civil. Como bem ressaltou o Min. Napoleão Nunes Maia Filho⁷:

A relativa independência entre o orbe civil e o penal não se presta a justificar a possibilidade de duas verdades conflitantes protegidas pelo universo jurídico. A finalidade precípua da autonomia é permitir ao juízo penal perscrutar a verdade real além dos limites dentro dos quais se satisfaria o juízo civil.

De fato, no processo civil podem-se ter como comprovados fatos confessados, ou simplesmente não impugnados pela outra parte, o que não se cogita no direito penal. Além disso, no processo civil as partes têm o dever de dizer a verdade (CPC, art. 14, I), o que não ocorre no processo penal, em que o acusado pode, como meio de defesa, silenciar ou mesmo mentir (desde que não atinja a esfera jurídica de terceiros, em eventual calúnia, por exemplo).

No entanto, é de se ver que é possível um alargamento desses limites de produção de prova, mesmo em demandas fora do processo penal, especialmente quando há interesses sociais altamente relevantes. Como exemplo, tem-se a tutela dos direitos de família, a respeito dos quais o Min. Sálvio de Figueiredo referiu ser “injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses de menor”.⁸ No mesmo sentido, podem-se referir casos de registros públicos, tendo o STJ assentado que “não pode prevalecer a verdade fictícia quando maculada pela verdade real e incontestável, calcada em prova de robusta certeza, como o é o exame genético pelo método DNA”.⁹

⁷ HC 125853/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, STJ, Quinta Turma, julgado em 02/02/2010, DJe 01/03/2010.

⁸ REsp 4987/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, STJ, Quarta Turma, julgado em 04/06/1991, DJ 28/10/1991, p. 15259.

⁹ REsp 878954/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, STJ, Terceira Turma, julgado em 07/05/2007, DJ 28/05/2007, p. 339.

b) A realização da Justiça e o valor de outros direitos que não o estritamente penal

Igualmente, tem-se preconizado que o processo penal trataria de direitos de *liberdade*, enquanto no processo civil a discussão centrar-se-ia preponderantemente em bens jurídicos mais ligados a direitos individuais, no mais das vezes de cunho patrimonial, daí por que disponíveis. A par disso, outra distinção comumente apontada entre o âmbito processual penal e o civil é o fato de que, no último, estar-se-ia diante de partes essencialmente livres e iguais, situação que não se vislumbraria na relação Estado-acusado, como refere Lopes Jr. (2011, p. 36). Segundo esse autor, no processo penal, a discussão estaria centrada no *ser*, enquanto na esfera civil, no *ter*.

Ora, há que se observar que são de todo inadequadas tais generalizações do processo civil, uma vez que através dele são veiculadas pretensões das mais variadas. Veja-se que, na seara processual civil, podem-se discutir “desde simples créditos pecuniários, passando por direitos não suscetíveis de transformação em dinheiro e direitos não-patrimoniais, até direitos absolutamente fundamentais para a dignidade humana” (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 398).

Somem-se a isso processos em que se discutem questões relativas ao interesse público *lato sensu*, envolvendo patrimônio histórico e cultural, meio ambiente, relações de consumo, e outros direitos difusos e coletivos, geralmente veiculados no bojo de ações civis públicas. Ressalte-se, nesse particular, que também as demandas envolvendo defesa da probidade administrativa são regidas pelo processo civil, sendo que nelas há presença de valores sociais relevantíssimos. Embora nessas demandas não se discutam direitos de liberdade *stricto sensu*, têm elas alto grau punitivo, além de constituírem importante instrumento de salvaguarda do patrimônio e do interesse público.

A respeito disso, é importante salientar que a mera presença do Estado num dos polos da relação processual já torna a demanda distinta daquela ordinariamente travada entre particulares. Isso porque, na dicção de Sérgio Ferraz (*apud* LEMOS, 2005, p. 165), quando o Estado atua como parte em juízo, traz “consigo toda uma carga de interesse público, toda uma carga de interesse coletivo, que é a própria razão de ser da sua existência”. Veja-se que tal se dá mesmo nas hipóteses de se estarem discutindo interesses chamados de *secundários* do Estado¹⁰, os quais seriam de cunho

¹⁰ Com base na doutrina italiana, especialmente Renato Alessi (*apud* MELLO, 2000), tem-se feito uma distinção entre os interesses primários do Estado – em geral aqueles estabelecidos pela Constituição – e os seus interesses secundários. Estes últimos, em realidade, seriam os interesses imediatos do ente estatal, enquanto pessoa política, os quais, em regra, devem coincidir com os primeiros.

meramente patrimonial, visto que indispensáveis ao custeio e manutenção do aparelho estatal e de políticas públicas de promoção da cidadania, por exemplo.

De outra parte, é crucial destacar que a Constituição, enquanto norma fundamental de um Estado Democrático de Direito, coloca a realização da Justiça como um valor a ser buscado (art. 3º, I, “sociedade justa”), englobando tanto o processo civil quanto o penal. Mais do que isso, ao prever todo um aparato judiciário, consignando que jamais poderá a lei afastar de sua apreciação lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV), coloca-se a preservação de sua esfera jurídica como um direito fundamental do cidadão, incluindo-se aqui não só a defesa de direitos diretamente ligados à dignidade da pessoa humana, mas também daqueles individuais de cunho disponível.

Cabe aqui lembrar que mesmo os direitos individuais disponíveis possuem uma dimensão social quando se trata da sua lesão. Veja-se, por exemplo, todo o microsistema previsto no CDC para a tutela de direitos individuais homogêneos, o qual coletiviza o que antes era essencialmente individual. Além disso, há que se ter em conta que a defesa do direito individual – a realização da Justiça – interessa, em última análise, a toda a sociedade, como defende incisivamente Rudolf von Ihering (1995). Segundo ele, “quem defende o seu direito, defende também, na esfera estreita deste direito, todo o direito. O interesse e as consequências do seu ato dilatam-se, portanto, muito para lá da sua pessoa” (IHERING, 1995, p. 46).

Por tais motivos, no que toca à produção de provas, não há como se fazer uma generalização do processo civil, considerando abstratamente que nele não cabem medidas investigativas que possam de alguma forma atingir a privacidade. Efetivamente, o espectro de provas que podem ser produzidas no processo civil pode ser tão amplo quanto aquele atinente ao processo penal, dependendo dos bens jurídicos envolvidos na demanda. Como bem ressalta Marinoni e Arenhart (2008, p. 396), enquanto o processo penal dá maior relevo ao direito de liberdade, “o processo civil não faz opção por nenhum dos direitos que podem colidir (pois ela não pode ser feita em abstrato), deixando essa opção para o juiz, diante do caso concreto”.

Por conta disso, para que se possa delimitar o âmbito de produção de provas no processo civil, indispensável é fazer-se um juízo de ponderação, a fim de sopesar os direitos em jogo, conforme abordado anteriormente.

1.4 A zona de tensão entre a intimidade e a busca da verdade judicial. Viabilidade de provas ilícitas?

Analizando de maneira ampla os interesses potencialmente antagônicos antes referidos, verifica-se que a *zona de tensão* quase sempre se estabelecerá entre um determinado direito individual (privacidade) e interesses coletivos (realização da justiça etc.). Nas palavras de Moraes (2003, p. 108), poder-se-ia referir que tal embate dar-se-ia entre a liberdade e a solidariedade:

Não se trata, portanto, de impor limites à liberdade individual, atribuindo maior relevância à solidariedade, ou vice-versa. O princípio a ser alcançado é o da dignidade da pessoa humana, o que faz com que a medida de ponderação para sua adequada tutela propenda ora para a liberdade, ora para a solidariedade. Tal é, justamente, uma das medidas de aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana: a ponderação a ser feita, em cada caso, entre liberdade e solidariedade [...].

De fato, Perlingieri (1997, p. 121) estabelece uma ponte entre o direito subjetivo e o coletivo, desfazendo a vetusta dicotomia entre direito público e privado. Nessa senda, a tutela do direito subjetivo só tem sentido no momento que atende também a um interesse da coletividade, caso em que se dá a chamada situação subjetiva complexa. Para o autor, o direito subjetivo puro “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, 1997, p. 121).

Mais do que isso, é impossível estabelecer *a priori* a preponderância de uma dimensão individual em detrimento de uma coletiva, ou vice-versa, dada a multiplicidade de interesses que se podem verificar em cada caso. Desse modo, como explicita Sampaio (1998, p. 396), a solução para o conflito verdade *versus* intimidade há que passar obrigatoriamente pelo crivo da ponderação:

Em muitos pontos, o interesse público do esclarecimento da verdade cruza com o direito à intimidade de uma das partes em questão. [...] Não podemos estabelecer uma regra geral de prevalência do interesse da Justiça sobre o interesse individual, senão examinar as peculiaridades de cada caso, de acordo com a lei de ponderação de bens.

De fato, como bem expõe Grinover (1990, p. 60) em relação ao processo penal, não há como se aceitar que a liberdade individual possa ser invocada como fundamento para assegurar o ilícito:

A problemática da intimidade integra o pano de fundo do processo penal, na medida em que o Estado, na perseguição dos fins punitivos, exerce atividade investigatória que leva quase necessariamente a uma intromissão, na esfera privada do indivíduo. E se, de um lado, o direito a intimidade é parte integrante dos direitos da personalidade, envolvendo a liberdade do homem, é igualmente certo que todas as liberdades têm feito e finalidade éticos, não podendo ser utilizadas para proteger abusos ou acobertar violações.

Assim, a Jurisprudência dos Tribunais Superiores tem se firmado no sentido de que a vedação de provas ilícitas contida no art. 5º, LVI, da Constituição não é absoluta¹¹, uma vez que “há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade”. Segundo expõe Arenhart (2008, p. 394), a Constituição “proibiu a prova ilícita para dar maior tutela ao direito material, negando a possibilidade de se alcançar a verdade a qualquer custo”. Isso não impede, contudo, que o magistrado pondere posteriormente “entre o direito que se pretende fazer através da prova ilícita e o direito material violado” (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 395).

Enfim, o que ressaí é que o juízo de ponderação não exclui nem mesmo a possibilidade de utilização válida de provas ilícitas, desde que o valor que esteja em jogo se mostre preponderante. De fato, há casos extremos em que fazer valer uma determinada prova ilícita evita que se consume “um mal maior”, nas palavras de Capez (2007, p. 35), situações que serão exemplificadas na segunda parte deste estudo, a seguir.

2 Medidas investigativas em espécie: limites e possibilidades

Como esposado, muito embora se tenha clara a impossibilidade de ter uma fórmula hermética e predeterminada para a resolução de conflitos aparentes de direitos fundamentais, insta reconhecer a utilidade de se proceder à realização de um equacionamento prévio de interesses constitucionais envolvidos em determinados casos. Isso porque – a exemplo do que ocorre no plano legislativo – mostra-se necessário delinear um *standard* mínimo de conduta para nortear a prática de medidas investigativas. Assim, é exatamente essa a proposta da segunda parte do presente estudo: estabelecer abstratamente (*a priori*) o que pode e o que não pode ser feito em termos de medidas investigativas, sem prejuízo da ponderação a ser realizada em concreto (*a posteriori*).

¹¹ HC 3982/RJ, Rel. Min. Adhemar Maciel, STJ, Sexta Turma, julgado em 05/12/1995, DJ 26/02/1996, p. 4084.

Para tanto, em que pese a adoção do sistema *civil law* pelo ordenamento jurídico brasileiro, utilizar-se-ão como referencial julgados diversos de alguns dos tribunais pátrios. Isso porque, no cenário jurídico atual, a jurisprudência tem-se constituído como relevante fonte do Direito, porquanto, apesar de, em regra, não vincular o magistrado, serve como uma importante ferramenta para ilustrar a aplicação da lei no caso concreto, proporcionando um referencial relativamente seguro.

Assim, para melhor visualizar a questão, tratar-se-á separadamente de cada espécie de prova, abordando a sua forma de produção e os casos de litude e ilicitude a elas atinentes.

2.1 Gravação e interceptação telefônica

Distinguem-se, na doutrina, a gravação e a interceptação. A gravação tem lugar quando um dos interlocutores grava a conversa, com ou sem a ciência do outro. Aqui não existe a figura do terceiro interceptando diretamente a conversa alheia. Na gravação, um dos próprios interlocutores deve ser o responsável pelo registro da conversa, ainda que um terceiro o auxilie emprestando o equipamento necessário, ou instalando eventual aparelho.

A interceptação, por sua vez, é a captação de conversa realizada por um terceiro, com ou sem o conhecimento de um dos interlocutores. É o chamado *grampo telefônico*. Essa modalidade é regulada pela Lei nº 9.296/96, que a prevê exclusivamente para fins de investigação criminal e instrução processual penal (art. 1º).

No que toca à gravação, ela pode ser prova plenamente válida, ainda que realizada à margem de autorização judicial.¹² Isso porque a gravação, ao mesmo tempo em que não é regulada pela Lei nº 9.296/96, está fora do alcance da proibição do art. 5º, XII, da CFRB/88 (cf. CAPEZ, 2007, p. 42), já que não existe a figura de um terceiro agindo de forma autônoma com o intuito de violar o sigilo da conversa. Em realidade, quando um sujeito grava a sua própria conversa e a utiliza como prova, é como se ele mesmo estivesse declinando do sigilo que a lei lhe confere, não havendo, portanto, violação da intimidade em relação a ele. Tal raciocínio vale também no que toca ao interlocutor que, advertido da gravação da conversa, anui a ela.

Entretanto, o mesmo não se pode dizer em relação a eventual interlocutor alheio da gravação, que dela não tem qualquer ciên-

¹² HC 94945, Rel. Min. Laurita Vaz, STJ, Quinta Turma, julgado em 03/08/2010, DJ 23/08/2010; RHC 5.944/PR, Rel. Min. Fernando Gonçalves, STJ, Sexta Turma, julgado em 25/02/1997, DJ 24/03/1997, p. 9068; HC 4654, Rel. Min. José Dantas, STJ, Quinta Turma, julgado em 24/06/1996, DJ 16/12/1996, p. 570.

cia. Nesse caso, poderá haver, em tese, violação da sua intimidade, uma vez que se estará a divulgar diálogo que teve de forma privada, jamais cogitando que ele fosse registrado e divulgado a terceiros. Nesse caso, embora a lei não vede expressamente tal modalidade de produção de prova, sua validade judicial dependerá necessariamente de uma ponderação entre o teor da gravação e a relevância jurídica do fato que dela dependa para ser provado.

Caso o diálogo gravado contenha, por hipótese, relatos de alto grau de intimidade, apreciações subjetivas a respeito de pessoas ou outros aspectos que possam de alguma maneira expor de forma substancial questões privadas da pessoa, jamais poderá constituir prova válida para comprovar direitos meramente patrimoniais de menor expressão, ou fatos triviais cuja relevância jurídica não seja expressiva. Não haveria razoabilidade em abrir a intimidade da pessoa em benefício de direitos que, além de serem de inferior hierarquia, poderiam ter seu substrato provado por outros meios.

Situação diversa ocorre, no entanto, quando a gravação telefônica encerra a prova de fatos que por outro meio dificilmente poderiam ser demonstrados em juízo sem maior prejuízo à intimidade. Tenha-se, como hipótese, a prova de um empréstimo feito de forma verbal, o qual, embora negado em juízo, seja reconhecido amplamente por meio telefônico pelo devedor.

Igualmente, outra hipótese que referendaria a validade da gravação seria a sua utilização como prova de violação de direitos, não se justificando que a intimidade do ofensor possa ser utilizada como escudo para invalidar a prova produzida. Por esse meio, seria possível não só provar ilícitos civis, administrativos ou mesmo penais, mas também demonstrar a inocência (também no sentido civil e administrativo) do demandado. Não é à toa que a Jurisprudência criminal que tem amplamente albergado esse tipo de prova foi firmada com o escopo de possibilitar a comprovação de casos de inocência.

Em suma, o que se quer referir é que a licitude *lato sensu* da gravação deve ser também aferida com critérios de boa-fé objetiva, protegendo a confiança e a lealdade que devem pautar as relações interpessoais, ainda que fora do campo estritamente obrigacional. Daí que a abertura do diálogo privado, nesse caso, só poderá ser relativizada em face da necessidade de tutelar interesses que a justifiquem.

No que toca à interceptação, por sua vez, ela só pode ser realizada com autorização judicial, nas hipóteses da Lei nº 9.296/96, que concretiza o comando do art. 5º, XII, da CFRB/88, prevendo-a exclusivamente para fins de persecução criminal. Contudo, releva ponderar que a Jurisprudência tem assentado a possibilidade de

interceptação telefônica em matéria de natureza cível, desde que o caso envolva indícios de conduta considerada criminoso.

Em interessante julgamento, o STJ deixou claro que a medida deve assumir caráter excepcionalíssimo, devendo ser utilizada tão somente quando não houver outra diligência que resguarde os direitos ameaçados.¹³ No caso, referiu-se que “o ato impugnado [a decisão que deferiu a interceptação], embora praticado em processo cível, retrata hipótese excepcional, em que se apuram evidências de subtração de menor, crime tipificado no art. 237 do Estatuto da Criança e do Adolescente”.

Da mesma forma, é bastante comum que atos que configurem improbidade administrativa também encerrem tipos penais, o que *mutatis mutandis* poderia ensejar a mesma conclusão. Assim, mesmo em ações civis públicas relativas a atos de improbidade, poderia se cogitar eventual interceptação telefônica, desde que os fatos imputados também fossem capitulados como tipos penais e atendessem aos requisitos da Lei nº 9.296/96, sendo a medida indispensável à instrução do feito.

Outro aspecto relevante a respeito da interceptação e da gravação reside no fato de que eventual prova produzida no processo penal poderá ser utilizada também em procedimentos de natureza civil e administrativa. Assim, nada impede que tais elementos probatórios, constantes de procedimento criminal, possam embasar demandas de natureza civil ou até mesmo processos administrativos disciplinares, como assentado na Jurisprudência do STF.¹⁴ Importante assentar que a Corte reconheceu igualmente a possibilidade de utilização de tais provas mesmo contra outras pessoas que não aquelas investigadas na demanda criminal, caso se verifiquem eventuais ilícitos praticados por terceiros, fortuitamente encontrados na interceptação.¹⁵

2.2 Gravação e interceptação de escuta ambiental

O entendimento antes esposado para os casos de gravação telefônica pode ser, de maneira geral, aplicado também à escuta ambiental, consideradas as peculiaridades que esta modalidade de

¹³ HC 203.405-MS, Rel. Min. Sidnei Beneti, STJ, Terceira Turma, julgado em 28/6/2011.

¹⁴ Inq 2424 QO-QO, Rel. Min. Cezar Peluso, STF, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2007, DJE 24/08/07.

¹⁵ Tal Jurisprudência foi recentemente reafirmada, permitindo a utilização de interceptação “emprestada” em processo disciplinar levado a cabo pelo CNJ (MS 28003/DF, Rel. orig. Min. Ellen Gracie, red. p/o acórdão Min. Luiz Fux, 08/02/2012).

prova encerra. Veja-se que, da mesma forma como a Jurisprudência tem aceitado a gravação telefônica, a gravação de escuta ambiental (em que o registro é realizado por um dos interlocutores) tem sido aceita pelo STF como prova lícita, ainda que sem autorização judicial.¹⁶ Isso porque em ambas as hipóteses tem-se uma situação semelhante: duas (ou mais) pessoas entabulando uma conversa em caráter reservado, seja por meio telefônico (ou telemático), seja pessoalmente.

Já em relação à interceptação ambiental – em que ocorre o registro por conta de um terceiro –, há que se fazer uma análise das circunstâncias em que ela ocorre. Caso ela se dê em ambiente privado ou reservado, no qual se verifique um resguardo da intimidade (ex. interior de um veículo, sala fechada, local em que só estejam presentes os interlocutores etc.), ela só poderá ocorrer mediante autorização judicial. Veja-se que, embora não haja norma expressa nesse sentido, se a Lei e a Constituição resguardam a intimidade das comunicações telefônicas e telemáticas, muito mais proteção deverá ter a intimidade de um diálogo que as partes entabulam pessoalmente.

Vale salientar, nesse particular, que não há limitação legal a que a autorização judicial se dê para fins de instrução civil, uma vez que a restrição expressa para questões criminais é prevista tão somente para os casos de interceptação telefônica.

No entanto, nada impede que ocorra sem autorização judicial uma interceptação ambiental num local público, no qual não se vislumbre violação da intimidade. Em outras palavras, é plenamente lícito que um terceiro realize a gravação ambiental de conversa que ocorre publicamente, que possa ser ouvida por qualquer pessoa. Tal situação ocorreria, por exemplo, em conversa havida entre integrantes da banca de uma determinada conferência, perante grande grupo de pessoas. Nesse caso, por não haver qualquer ofensa à intimidade ou à vida privada, o registro ambiental poderá ser utilizado lícitamente como meio de prova.

Impõe-se destacar, a esse respeito, que as repartições públicas, ainda que não acessíveis a particulares em geral, podem ser consideradas como locais públicos, especialmente quando envolverem atos lesivos à Administração praticados por agentes públicos. Ressalte-se que os atos da Administração Pública devem ser regidos pelo princípio da publicidade, de modo que os agentes públicos, no exercício de suas atividades, devem pautar sua conduta nos ditames da honestidade e licitude.¹⁷ Nesse sentido, o STJ decidiu que

¹⁶ AP 447, Rel. Min. Carlos Britto, STF, Tribunal Pleno, julgado em 18/02/2009.

¹⁷ HC 2538, Rel. Desembargador Sérgio Schwartz, TRF 2ª Região, Sexta Turma, julgado em 06/11/2002, DJ 03/12/2002, p. 467.

não há violação do direito à intimidade ou à privacidade na gravação ambiental feita no interior de prédio de prefeitura municipal.¹⁸

Mais uma vez, importa ponderar entre valores, sendo aqui o resguardo da intimidade do agente público no exercício de suas funções e a repressão a ilícitos perpetrados no seio da Administração Pública, parecendo claro que deva prevalecer esta última. Saliente-se, contudo, que tal entendimento vale tão somente em relação a fatos de interesse da Administração, não se podendo violar a intimidade do local de trabalho do servidor público irrestritamente para tutelar outros direitos não relacionados com suas funções.

2.3 Filmagem e fotografia

No que toca à filmagem e à fotografia, é possível desde logo dizer que, quando tiverem por objeto coisas, não se verificam maiores restrições, salvo aquelas relativas à forma de sua produção. Assim, caso a obtenção das imagens se tenha dado com violação do domicílio ou arrombamento de veículos, depósitos ou outros lugares reservados, poder-se-á cogitar ilicitude. Veja-se que, embora objetos de cunho pessoal possam relacionar-se com a intimidade da pessoa, não parece que sua exibição de forma isolada possa ser de alguma maneira considerada lesiva a ela.

Quanto às imagens de pessoas, os critérios são semelhantes aos do registro de escuta ambiental, dependendo essencialmente da natureza do local onde ocorrem. Caso a produção de filmagem ou fotografia seja feita por terceiro em ambiente privado, ela só será lícita se tiver sido ocorrido com o consentimento do interessado ou com autorização judicial.

Entretanto, quando realizada por um dos interlocutores, vale o mesmo entendimento relativo à gravação telefônica ou ambiental, para as quais se dispensa a prévia autorização judicial. A respeito disso, o STF, em interessante julgado¹⁹, declarou a validade de filmagem clandestina feita por alistando das Forças Armadas do qual se exigia propina para dispensa do serviço militar. O Min. Eros Grau assentou que “a proteção da privacidade e da própria honra, que não constitui direito absoluto, [deve] ceder em prol do interesse público”.

Igualmente, quando realizada filmagem ou fotografia em locais públicos, onde não haja expectativa de privacidade, não se faz

¹⁸ APn 644-BA, Rel. Min. Eliana Calmon, STJ, Corte Especial, julgada em 30/11/2011.

¹⁹ HC 87341, Rel. Min. Eros Grau, STF, Primeira Turma, julgado em 07/02/2006, DJ 03/03/2006, p. 73.

necessária qualquer autorização judicial (cf. GOMES, 2011). Isso porque aquele que “se encontra em lugar público está sujeito a ser visto por qualquer pessoa, podendo livremente aparecer em alguma foto ou filmagem do mesmo lugar. Haveria, aí, um consentimento tácito na exposição” (MENDES; BRANCO; COELHO, 2008, p. 382). Em realidade, ponderando o direito à privacidade, do qual o próprio interessado já abriu mão ao se expor publicamente, com o interesse de realização da Justiça, não há como negar validade a tais provas, que têm sido amplamente aceitas pela Jurisprudência.²⁰

Quanto à forma de apresentação desse tipo de prova, o CPC prevê que “qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, cinematográfica, fonográfica ou de outras espécies, faz provas dos fatos ou das coisas representadas, se aquele contra quem foi produzida lhe admitir a conformidade” (art. 383). De fato, essa norma deve ser interpretada à luz do Novo Código Civil, o qual reputa válidas tais provas independentemente da aceitação de conformidade do prejudicado, ou seja, “se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão” (art. 225). Diante disso, impõe-se salientar que não há necessidade de juntada de negativos de fotos²¹ (não obstante a norma do art. 385, §§ 1º e 2º), fitas, CD’s ou DVD’s originais, seja contendo diretamente as gravações, seja contendo os arquivos digitais que as veiculam.

Isso porque, pelos termos da nova norma transcrita, tais provas valem, salvo se a parte contra quem foram produzidas oferecer impugnação, ocasião em que poderá haver perícia sobre o material juntado ao processo. Assim, é plenamente válida a juntada de fotos digitais impressas e cópias de arquivos digitais, desde que não modificadas ou editadas.

2.4 Obtenção de informações da internet

A rede mundial de computadores – internet – é uma realidade cada vez mais presente na vida das pessoas, fazendo com que muitas informações sejam ali veiculadas e produzidas. Por essa razão, os dados obtidos nesse ambiente têm sido cada vez mais utilizados como meios de prova em processos judiciais.

²⁰ Nesse sentido: REsp 595600/SC, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, STJ, Quarta Turma, julgado em 18/03/2004, DJ 13/09/2004, p. 259; HC 118860, Rel. Min. Laurita Vaz, STJ, Quinta Turma, julgado em 02/12/2010, DJ 17/12/2010; ACR 200271080060329, Rel. Desembargador José Luiz Borges Germano da Silva, TRF 4ª Região, Sétima Turma, julgado em 20/05/2003, DJ 28/05/2003, p. 598.

²¹ É dispensada a juntada do negativo da fotografia se não impugnada a autenticidade da imagem (AC 199904010451749, Rel. Desembargadora Luiza Dias Cassales, TRF 4ª Região, DJ 22/03/2000, p. 90).

Nesse particular, impõe-se fazer uma distinção entre informações que sejam reservadas a determinadas pessoas e aquelas que sejam livremente acessíveis a todos os usuários da rede. No caso das primeiras, só poderiam constituir eventual meio de prova se fossem obtidas por uma das pessoas que a elas tenham acesso, como um destinatário de e-mail, por exemplo, ou um participante que foi admitido em determinado *chat* (grupo de diálogo reservado) ou rede social. A interceptação por um terceiro de informações digitais privadas, salvo se realizada com autorização judicial, produz prova ilícita, constituindo tipo penal (Lei nº 9.296, art. 10).

Contudo, quando as informações forem públicas, nada obsta a que a parte interessada as utilize como meio de prova, não configurando tal medida nenhuma violação de sigilo de dados. Isso porque, se qualquer pessoa a elas tem acesso, não se verifica intimidade a ser preservada, podendo tais dados serem utilizados no processo.²²

Quanto ao meio de documentação de tais informações digitais, tem sido comum na praxe forense a juntada de CD's, DVD's ou outros meios de mídia nos processos físicos. Nos processos que tramitam por meios eletrônicos, tem-se buscado propiciar a juntada dos próprios arquivos digitais, o que tem fomentado uma profunda alteração na forma dos processos judiciais, passando dos tradicionais autos de papel para ambientes digitais multimídia, com audiências filmadas, por exemplo.

Por fim, uma dificuldade que se apresenta em relação à internet é a volatilidade das informações disponíveis, fazendo com que eventuais páginas sejam constantemente modificadas, perdendo-se seu conteúdo. Para minimizar esse problema, é possível requerer em tabelionato a impressão de páginas da internet, com certificação de endereço eletrônico e data de acesso, resguardando eventual prova no tempo.

2.5 Obtenção de informações de repartições públicas

Em regra, informações constantes de repartições públicas não são acobertadas por sigilo, e sua divulgação não constitui violação à intimidade. Exemplo disso são informações a respeito da propriedade de veículos e imóveis, dados a respeito de carteira de habilitação, infrações de trânsito, regularidade eleitoral, regularidade de cadastro do CPF, porte de arma, entre outras.

Entretanto, algumas dessas informações são protegidas, não podendo constituir meio de prova senão com autorização judicial.

²² RHC 18.116/SP, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, STJ, Sexta Turma, julgado em

Estão nesse grupo aquelas atinentes a dados fiscais e bancários, bem como aquelas atinentes à saúde, tais como prontuários médicos.

Contudo, uma possibilidade da utilização de tais informações como meio de prova poderia se dar quando a própria pessoa titular dos dados questiona-os judicialmente, abrindo mão tacitamente de sua privacidade. Assim, em casos em que a parte discuta questões relativas à incapacidade física, nada impede que a Administração, entidade hospitalar ou empregador, por exemplo, juntem exames e prontuários médicos a ela atinentes. Há que se ponderar aqui entre o resguardo da intimidade da parte, que já foi por ela própria parcialmente mitigado ao expor-se em Juízo, e o direito de defesa da parte contrária, que tem nessas provas a possibilidade de exercício do contraditório.

Igualmente, em demandas em que a parte questiona lançamentos tributários, a vinda aos autos de declarações do contribuinte e outros dados correlatos é intrínseca à instrução processual. Tal entendimento vale, também, para eventuais questionamentos atinentes a dados bancários ou mesmo telefônicos, por exemplo.

2.6 Denúncia anônima

Em regra geral, a denúncia anônima não é meio de prova, e não tem validade para, por si só, comprovar fato em Juízo. Entretanto, quando a denúncia anônima noticiar fatos verossímeis e plausíveis, nada impede que, a partir dela, sejam tomadas medidas investigativas, de modo a apurar a sua veracidade.

Nesse passo, é importante salientar que eventuais provas obtidas por investigações levadas a cabo por denúncia anônima não são ilícitas ou ilegítimas. Sobre o tema, o STF já se manifestou, assestando a possibilidade jurídica da denúncia anônima, “desde que acompanhada de demais elementos colhidos a partir dela”.²³

Por outro lado, não é lícita a autorização judicial de medidas investigativas restritivas de direitos fundamentais baseadas exclusivamente em denúncia anônima.²⁴ Isso porque, a despeito de os direitos à intimidade e à privacidade não serem absolutos, a sua mitigação deve estar pautada sobre um mínimo de indícios concretos, sob pena de um Estado que se pretende Democrático de Direito assumir as vestes de um Estado autoritário.

²³ HC 98345, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/Acórdão Min. Dias Toffoli, STF, Primeira Turma, julgado em 16/06/2010.

²⁴ HC 137.349, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, STJ, Sexta Turma, julgado em 30/05/2011.

Na realidade, recebida uma denúncia anônima por órgão estatal, a conduta mais adequada é que sejam realizadas medidas informais de investigação para averiguar se há indícios de veracidade nos fatos ali narrados. Caso positivo, aí será possível, a partir desses dados coletados, o início de medidas formais de investigação e apuração, seja para a instrução de processos judiciais, seja para fins de processo administrativo. Corroborando tal entendimento, impende destacar que o STJ decidiu pela licitude de interceptações telefônicas autorizadas judicialmente após diligências que apuraram a veracidade de fatos noticiados anonimamente por e-mail.²⁵ Na mesma linha, Oliveira (2008, p. 39) assevera:

no que respeita à fase investigatória, observa-se que, diante da gravidade do fato noticiado e da verossimilhança da informação, a autoridade policial deve encetar diligências informais, isto é, ainda no plano da apuração da existência do fato – e não da autoria – para comprovação da idoneidade da notícia.

Conclusão

Diante do que se expôs, podem-se sintetizar as seguintes conclusões:

a) Medida investigativa é qualquer diligência destinada à comprovação ou apuração de determinado fato apto a constituir prova juridicamente relevante;

b) A licitude da prova preconizada pelo art. 5º, LVI, da Constituição não se limita à mera legalidade, abrangendo também critérios de moralidade e razoabilidade, tomando formas de cláusula geral, que deve ser concretizada de forma definitiva em cada caso;

c) Ponderação é o processo por meio do qual se equaciona uma colisão aparente de direitos fundamentais, seja no plano abstrato (normativo), seja no concreto (demanda fática), com base no princípio da proporcionalidade em sua dimensão ampla;

d) Intimidade e vida privada são espécies de direitos provenientes do gênero dignidade da pessoa humana, sendo a primeira o conjunto de convicções, sensações e estados de ânimo pessoal do seu titular. Vida privada, assim, seria o espaço mais adequado ou utilizado para a manifestação dessa intimidade;

e) É equivocado estabelecer *a priori* que os interesses tratados pelo direito penal seriam mais relevantes do que aqueles do processo civil, visto que este pode também tratar de direitos de

²⁵ HC 104.005-RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, STJ, Quinta Turma, julgado em 08/11/2011.

elevadíssima importância social (tutela da dignidade da pessoa humana, interesse público etc.);

f) A licitude da prova prevista na Constituição não é absoluta, podendo ser relativizada em face de interesses que se mostrem mais relevantes, mediante um juízo de ponderação;

g) As gravações telefônica e ambiental se dão quando um dos interlocutores realiza o registro, sendo provas válidas independentemente de autorização judicial. Quando realizadas sem o consentimento do interlocutor, só serão legítimas se o direito tutelado efetivamente justificar a quebra na boa-fé objetiva;

h) A interceptação telefônica só pode ser realizada com autorização judicial, para fins de persecução criminal, podendo ocorrer em demandas de natureza civil, em havendo indícios de conduta considerada criminosa;

i) A interceptação ambiental (realizada por um terceiro alheio aos interlocutores) só dependerá de autorização judicial se houver potencial violação de intimidade, sendo dispensável no caso de ocorrer em local público. Esse meio de prova poderá ser utilizado no processo civil independentemente de haver indício de crime;

j) A produção de filmagem ou fotografia feita por terceiro em ambiente privado só será lícita se tiver sido realizada com o consentimento do interessado ou com autorização judicial. Para locais públicos, não há restrição;

k) As informações veiculadas na internet de forma pública podem ser utilizadas como prova livremente. Em caso de dados reservados, só poderão ser obtidos pelas partes autorizadas ou mediante autorização judicial;

l) As informações reservadas constantes de repartições públicas só podem ser utilizadas como prova com autorização judicial, salvo se a própria parte questioná-las judicialmente, situação em que o exercício do contraditório legitima sua apresentação no processo;

m) A denúncia anônima não é meio de prova, e não tem validade para, por si só, comprovar fato em Juízo. Entretanto, quando a denúncia anônima noticiar fatos verossímeis e plausíveis, nada impede que, a partir dela, sejam tomadas medidas investigativas, de modo a apurar a sua veracidade.

Referências

- ÁVILA, Humberto. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Publicado em jul. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 28 jan. 2009.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CAMPOS, Helena Nunes. Princípio da proporcionalidade: a ponderação dos direitos fundamentais. **Cadernos de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico**, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 23-32, 2004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2ª. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. A regra da eventualidade como pressuposto da denominada teoria da substanciação. **Revista do Advogado**, São Paulo, nº 40, p. 39-43, jul. 1993.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GOMES, Luiz Flávio. **Gravação telefônica ou ambiental**: validade como prova. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Publ. em março de 2009. Acesso em: 9 fev. 2011.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- IHERING, Rudolf Von. **A Luta Pelo Direito**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- LEMOS, Antônio Inácio Pimentel Rodrigues de. A União Federal em Juízo: As Prerrogativas Processuais da Fazenda Pública e o Princípio da Isonomia. **Revista da Advocacia-Geral da União**, local de publicação, nº 06, páginas inicial e final do artigo, abr. 2005.
- LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. vol. 1.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**. Processo de Conhecimento. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. vol. 2.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ROQUE, Maria José Oliveira Lima. Sigilo Bancário e Direito à Intimidade. **Revista da Advocacia-Geral da União**, Brasília, nº 12, jul. 2001. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br>>. Acesso em: 11 jan. 2011.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**. Uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1999. vol. 1.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

O Projeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro e suas diretrizes fundamentais

José Gabriel Boschi

*Advogado da CAIXA no Rio Grande do Sul
Especializando em Direito dos Negócios pela
Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos/RS*

RESUMO

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei que pretende criar um novo Código de Processo Civil. Entre as inúmeras novidades inseridas, percebem-se três linhas diretivas de sustentação do Novo Código, a saber, a celeridade processual, a valorização do precedente e, ainda, a pretensão de se implementar soluções alternativas de conflitos, como a conciliação e a mediação. A celeridade representa, em linhas gerais, o emprego de técnica e institutos processuais de maior velocidade à tramitação do processo. Para tanto, foram incluídos novos institutos, e outros, já previstos no CPC/73, restaram suprimidos. A valorização do precedente, embora não seja uma novidade no sistema processual civil nacional, ganha, com o Projeto, uma sistematização, definição de hipóteses vinculantes, bem como de superação e revisão do precedente. Por fim, a justiça consensual apresenta novidades teóricas, procedimentais e de organização judiciária, no desiderato de se implementar uma cultura de consenso e acordo no âmbito do processo.

Palavras-chave: Projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil. Diretrizes fundamentais. Valorização do Precedente Judicial. Justiça consensual e métodos alternativos de solução de conflitos.

ABSTRACT

It has been under review by Congress the Bill that intends to create a new Civil Procedure Code. Among several other initiatives included therein, it is noticeable three directing lines of support to the New Code: a speedy judicial process, valorization of the precedent, and the intention to implement alternative conflict resolution, such as conciliation and mediation. The speedy process represents, in general terms, the application of faster procedural techniques and concepts to the judicial process. As such, it has been included new concepts and others, already provided in the CPC/73, have been removed. The valorization of the precedent, even though it is not new in the national civil

procedure system, obtained, with the Project, systematization, definition of binding hypothesis, as well as defeat and review of the precedent. Finally, the consensual justice presents theoretical and procedural initiatives, and of judicial organization, with the intent to implement a culture of consensus and agreement in the process.

Keyword: New Civil Procedure Code. Directing lines of support. Valorization of the precedent. Consensual justice and alternative conflict resolution.

Introdução

Encontra-se em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei que cria o Novo Código de Processo Civil.¹

O presente artigo não pretende tecer comentários críticos acerca de todos os dispositivos legais do projeto. Primeiro, porque a longa extensão de artigos impede, evidentemente, esse desiderato. Em segundo lugar, porquanto o projeto pode vir a sofrer novas alterações, o que prejudicaria, conseqüentemente, o cotejo das ideias aqui lançadas ao texto eventualmente aprovado.

De qualquer sorte, é possível extrair da leitura do texto legal, bem como da exposição de motivos das relatorias da Câmara e do Senado, as principais diretrizes sistemáticas do novo código, sendo este o objetivo do presente trabalho. Pretende-se, nestes escritos, em síntese, abordar os vetores jurídicos do novo diploma, referindo-se, sempre que possível, quais os dispositivos de lei que lhe dão substrato e quais foram suprimidos do atual código de processo.

1 Princípios norteadores do Projeto do Novo Código

a) A celeridade processual

O Projeto de Reforma do Código de Processo Civil deixa bastante claro, através de inúmeros dos seus artigos, sua preocupação em empregar celeridade ao procedimento e à resposta jurisdicional, de modo a salvaguardar o direito da parte.

¹ O projeto inicial foi apresentado no Senado Federal em 2009 e aprovado em dezembro de 2010 (PL 166/2010). Foi remetido à Câmara dos Deputados e restou cadastrado sob o Projeto de Lei 8.046/2010, apensado ao PL 6.025/2005, tendo o seu relatório final aprovado na Comissão Especial em 17 de julho de 2013. Agora, o Projeto segue para o Plenário da Câmara, após ter recebido mais de 900 emendas e possuir 1.082 artigos. Se aprovado, voltará ao Senado, casa iniciadora, para apreciação.

Esse movimento não é novo, tampouco obra exclusiva do legislador ordinário. Na Constituição Federal, o princípio da celeridade do processo administrativo e judicial tem previsão expressa.² Já no atual CPC/73, das inúmeras alterações ocorridas, algumas delas tiveram por norte, justamente, a celeridade processual, como, por exemplo, a inserção do instituto da tutela antecipada, da execução específica de obrigação de fazer e, ainda, mais recentemente, da previsão do cumprimento de sentença nos próprios autos, sem a necessidade de nova citação do devedor. Logo, no Projeto do Novo Código de Processo Civil, a situação não poderia ser diferente e a preocupação com a celeridade processual é evidente, para o que se verifica, além da positivação desse princípio, a inserção de novos institutos e a exclusão de outros.³

Assim, no processo de conhecimento, por exemplo, a contestação passa a ser o instrumento adequado para alegação tanto de incompetência absoluta quanto relativa⁴, que serão alegadas em preliminar, eliminando-se, por conseguinte, o incidente previsto no atual artigo 307 e seguintes do CPC/73. O mesmo se diga quanto à impugnação à AJG, que poderá ser feita na peça de defesa, na réplica, nas contrarrazões de recurso ou, ainda, através de simples pedido superveniente, sem suspensão do processo.⁵

Ainda, no tocante à intervenção de terceiros, a denúncia da lide não é mais obrigatória, mas sim admissível, e não possui a hipótese de incidência análoga ao atual inc. III do art. 70, CPC/73, de modo a evitar, assim, a instauração de novo litígio – reflexo – que necessite ser decidido pelo juiz, no mesmo processo, para o fim de assegurar o direito de regresso.⁶ Ainda, são excluídas das hipóteses formais de intervenção de terceiros a oposição e a nomeação à autoria, acertadamente, porquanto aquela representa nova relação jurídica de direito material estabelecida entre o oponente e os opostos, e esta representa instituto a ser superado com alegação

² Art. 5, 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”.

³ Art. 4: “As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

Art. 8: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Importante alteração foi a inserção, também, dos arts. 12 e 153, não presentes no projeto aprovado pelo Senado, nos quais há a imposição aos órgãos jurisdicionais da regra de que devem obedecer à ordem cronológica de conclusão ao proferir sentença ou acórdão, ou proferir e pronunciar atos judiciais.

⁴ Art. 64.

⁵ Art. 100.

⁶ Art. 125.

de ilegitimidade pela parte, sem a necessidade, portanto, de instauração de incidente nos próprios autos. A oposição passa a ser procedimento especial, previsto a partir do art. 697.

Ainda, é importante aduzir que há a inserção do pedido de desconsideração da personalidade jurídica, que poderá ser postulado tanto na petição inicial quanto no curso do processo, sendo resolvido, de qualquer sorte, sem a necessidade de incidente em apenso.⁷

Já na parte dos atos processuais o projeto reconhece, expressamente, a tempestividade do ato praticado antes mesmo do termo inicial do prazo, prestigiando, assim, a celeridade da parte e eliminando-se, conseqüentemente, eventual alegação de recurso "premature".⁸ O projeto admite, também, a validade de atos praticados por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, o que, inquestionavelmente, é um avanço⁹, e determina, de forma bastante feliz, a ordem cronológica de conclusão como critério para se proferir as decisões judiciais. Em suma, respeita-se a ordem cronológica de conclusão ao juiz/tribunal no tocante aos processos que serão julgados com preferência.

Ainda na parte geral, unificam-se os provimentos antecipatórios e cautelares em tutela antecipada (que poderá ser de natureza satisfativa ou cautelar, com fundamento na urgência ou evidência, antecedentes ou incidentais ao processo) e procedimento cautelar antecedente, que poderá veicular inclusive o pedido principal da lide.¹⁰

Em linha evolutiva, ainda, no capítulo referente às provas, a celeridade processual se exemplifica na previsão dos meios eletrônicos como meios de provas admitidos em juízo e na eliminação da restrição contida no atual art. 401, CPC/73. No tocante aos recursos, há a supressão do recurso dos embargos infringentes, o que, ao encurtar o tramite recursal, representa, inexoravelmente, maior celeridade ao rito procedimental.

Não bastasse isso, importante destacar a previsão, pelo legislador, de dois institutos que representam mecanismos tanto de prestígio e valorização do precedente judicial quanto de celeridade processual: o incidente de resolução de demandas repetitivas e o procedimento de conversão de demanda individual em ação coletiva.¹¹ Isso porque, em linhas gerais, tanto o incidente quanto o procedimento de conversão determinam que um único julgamen-

⁷ Art. 134, § 2.

⁸ Art. 218, § 4.

⁹ Art. 236, § 3.

¹⁰ Art. 295.

¹¹ Art. 988 e art. 334.

to – do caso paradigma ou proferido em ação coletiva – estenderá os seus efeitos a outras relações jurídicas que envolvam o mesmo tema.

Tais referências são alguns exemplos de modificação relacionados ao princípio da celeridade processual. Outras poderiam também ter sido mencionadas. De qualquer forma, inúmeros institutos foram inseridos, alterados ou suprimidos para emprestar ao procedimento um rito mais célere à prestação jurisdicional, sem que tenha ocorrido supressão de direitos ou violação teórico-formal à ampla defesa ou contraditório. A crítica de que a efetividade do processo não será necessariamente alcançada com as inserções e modificações acima exemplificadas, e de que o legislador confunde celeridade com efetividade, ao nosso sentir, são exageradas e ignoram o lado positivo da reforma, que é justamente a regulamentação de institutos (alguns inseridos e outros excluídos) hábeis, em tese, a tornar o processo e a prestação jurisdicional mais célere. Ademais, a efetividade dos direitos transcende ao simples caminhar de um processo e exige, do Estado, mecanismos outros de proteção e salvaguarda que não necessariamente jurisdicionais.

b) A força do precedente jurisprudencial

Desde a sua publicação, em 1973, o CPC/73 sofreu inúmeras alterações para o fim de se adequar aos anseios sociais e a uma nova dinâmica de processo. Essas alterações certamente tornaram o processo mais célere (em especial Lei 8.952/94 e Lei 11.232/05), mas implicaram, contudo, contradições internas e incertezas judiciais, inclusive com a quebra do princípio da igualdade, previsto no art. 5, *caput* e I, da CF, ao se proferirem decisões diversas para casos idênticos. Assim, a fim de superar tais agruras e, de certa forma, ainda, recrudescer a celeridade processual, o projeto valoriza a figura do precedente judicial.

De plano, insta referir que todo precedente judicial é, inexoravelmente, uma decisão judicial. A dúvida surge, porém, quando se indaga qual decisão judicial será um precedente judicial. Em apertada síntese, conforme lição de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, “precedente judicial é uma decisão proferida a luz de um caso concreto e cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2008, p. 347).

O precedente judicial, no Brasil, a despeito de ter origem naturalmente persuasiva, já há algum tempo apresenta o seu viés também vinculativo, quando, por exemplo: a) consolida a ado-

ção da súmula vinculante em matéria constitucional, art. 103-A, CF/88 e Lei 11.417/06; b) possibilita o julgamento liminar em causas repetitivas, art. 285-A, CPC/73 (instrumento este de que, aliás, os juízes têm se valido pouco para resolver demandas de massa, como, por exemplo, ações revisionais de contrato bancário); c) empresta peso determinante às sumulas de jurisprudência ou decisões plenárias dos tribunais superiores e tribunais locais, ao impedir o reexame necessário em determinadas hipóteses (art. 475, § 3º, CPC/73); d) obsta o recebimento do recurso de apelação pelo relator (art. 518, § 1º, CPC/73); e) permite negar-se seguimento ou dar-se provimento ao recurso especial ou extraordinário que não foi admitido e sobre o qual foi interposto agravo de instrumento, conhecido liminarmente pelo relator (art. 544, § 3º, CPC/73); f) permite ao relator negar seguimento a recurso, inclusive liminarmente (art. 527, I, e art. 557, ambos do CPC/73); g) fundamenta a instauração de incidente de uniformização de jurisprudência (art. 476); h) fundamenta o manejo de recursos cujo objetivo é uniformizar a jurisprudência, como, por exemplo, embargos de divergência (art. 546, CPC/73) e recurso especial (art. 105, III, “c”, CF/88); i) permite o estudo do incidente de exame por amostragem da repercussão geral no recurso extraordinário (art. 543-B, CPC/73, e art. 102, 3, CF/88); e, ainda, j) permite a suspensão de recursos nos tribunais de segundo grau, no caso de recurso repetitivo (art. 543-C, CPC/73).

Agora, no Projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil, na esteira da valorização legal, doutrinária e jurisprudencial do precedente, o legislador criou um capítulo próprio – cap. XV do Título I (Procedimento Comum)¹² – e busca, com isso, impor uma linha diretiva a ser seguida pelos Tribunais, bem como dar efetividade aos princípios da legalidade, segurança jurídica, duração razoável do processo e proteção da confiança e isonomia.

Para tanto, determina o Projeto do Novo Código de Processo Civil que os Tribunais e juízes devem seguir:

a) as decisões e os precedentes do STF em controle concentrado de constitucionalidade;

b) os enunciados de súmula vinculante, acórdãos e precedentes em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

c) os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional, do STJ em matéria infraconstitucional, e dos tribunais aos quais estiverem vinculados, sendo que, não havendo enunciado de

¹² Art. 520.

súmula da jurisprudência dominante, os juízes e tribunais seguirão os precedentes do plenário do STF, em matéria constitucional, da Corte Especial ou das Seções do STJ, nesta ordem, em matéria infraconstitucional, e, não havendo precedente do STF ou STJ, os juízes e órgãos fracionários de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal seguirão os precedentes do plenário ou do órgão especial respectivo, nesta ordem;

d) em matéria de direito local, os precedentes do plenário ou do órgão especial respectivo, nesta ordem.¹³

No ponto, é mister referir que a eficácia vinculativa ou persuasiva do precedente está na sua *ratio decidendi*, entendida como tese ou princípio jurídico assentado na motivação da decisão. As circunstâncias de fato que embasam a controvérsia não possuem eficácia extensiva aos demais membros ou órgãos judiciais (TUCCI, 2004).

Ademais, é inegável que o poder de estabelecer um precedente envolve igualmente o poder de revisá-lo. Assim, o Projeto prevê hipótese de *overruling*, segundo o qual o precedente perde a sua força vinculante e é substituído por outro. Consiste, nessa linha, em técnica de superação e equipara-se, didaticamente, à revogação de uma lei por outra (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2008, p. 354). A técnica de revogação/superação do precedente é algo inevitável e faz certo o legislador em prevê-la em nosso ordenamento. Contudo, é importante observar que revogá-lo nem sempre significa que a decisão proferida anteriormente estava equivocada, senão que ocorreu devido à necessidade de atualizar o direito considerando-se as inovações sociais e tecnológicas.

Pois bem. Tão relevante quanto à positivação da sistemática do precedente judicial no Projeto é o debate acadêmico instaurado sobre a necessidade e utilidade dessa mudança, na lei e na cultura processual civil nacional. Ao nosso sentir, é positiva a inserção desse regime no processo civil brasileiro. Primeiro, porque, como já referido alhures, a técnica de prestígio e observância ao precedente judicial não é nova no sistema legal brasileiro e, assim, consagra um movimento jurídico-político que, em certa medida, já restou implementado no Brasil. Em segundo lugar, mas não menos importante, o fato do nosso sistema jurídico ser originário da *civil law* e se ter na lei a principal fonte do direito, obviamente, não impede a utilização, paralela, de instituto egresso do direito anglo-saxão, como é o caso.

Creemos que o respeito ao precedente judicial é uma realidade que se impõe nos tempos atuais. Acima de tudo, como afir-

¹³ Art. 521.

mam José Miguel Garcia Medina, Alexandre Freire e Alonso Reis Freire,

o declínio do positivismo jurídico e a ascensão do que se convencionou chamar de pós-positivismo, o avanço da técnica de legislar por via de cláusulas gerais bem como o uso cada vez mais frequente de conceitos jurídicos indeterminados foram responsáveis a um só tempo por soluções e novos problemas, pois, embora tenham derrotado a crença nas pretensões próprias do racionalismo jurídico, acabaram propiciando o ambiente para uma consequência jamais desejada por ele, qual seja, a ausência de coerência sistêmica, inclusive muitas vezes por meio de uso desordenado dos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade na aferição da constitucionalidade das leis (MEDINA; FREIRE; FREIRE, 2013, p. 682-683).

Assim, existência de um sistema de valorização do precedente pretende, pois, pretende reduzir a ocorrência de contradição e divergência judicial, conferindo maior integralidade sistêmica e valorizando, sobretudo, o princípio fundamental da igualdade.

Conforme doutrina de Bruno Dantas,

se por um lado a divergência judicial concita a dialética e estimula o desenvolvimento do direito e o surgimento de soluções afinadas com a realidade social, por outro lado, não pode negar o seu poder de estimular a litigiosidade no seio da sociedade. Quando a mesma situação fática, num dado momento histórico, é decidida por juízes da mesma localidade de forma diametralmente antagônica, a mensagem enviada à sociedade é de que ambas as partes têm (ou podem ter) razão. Ora, se todos podem ter razão, até mesmo quem, por estar satisfeito com o tratamento jurídico que sua situação vinha recebendo, não havia batido as portas do judiciário terá forte incentivo a fazê-lo. Evidentemente esse fenômeno é algo normal no exercício da jurisdição em primeiro grau. Anormal é que a divergência judicial perpassse os tribunais, órgãos colegiados concebidos para dar trato algo mais qualificado às questões julgadas em primeiro grau. Anormal é que a divergência dos juízes de primeiro grau seja fundamentada em acórdãos divergentes de colegiados de um mesmo tribunal, como se ali não existisse órgão uno, mas aglomerado de sobrejuízes com competências individualmente autônomas, o que contraria o princípio constitucional da colegialidade dos tribunais (DANTAS, 2013, p. 131).

Não ignoramos o fato de que a valorização do precedente é, acima de tudo, algo cultural dentro de um sistema jurídico, e não

uma realidade imposta por lei. Não ignoramos, também, que a definição de uma decisão jurídica como precedente não é algo imposto pela própria decisão, tampouco pela lei. O *status* de precedente é algo que surge *a posteriori*, quando novas decisões judiciais lhe fazem menção como a referência a ser seguida para solução daquela situação jurídica determinada.

Contudo, como já referido, entendemos que a sistemática projetada pelo Legislador no Novo Código de Processo Civil é salutar e busca aparar arestas deixadas pelo sistema atual, no qual, fundamentalmente, se proliferam decisões diversas sobre o mesmo caso. Nada impede que a valorização do precedente seja algo a ser naturalmente respeitado no sistema jurídico do Brasil com o passar do tempo, incluindo a sua dinâmica de alteração e superação, ainda que a origem, no nosso país, tenha sido por lei, e não cultural, como ocorre no direito norte-americano e inglês.

c) Justiça consensual

Por fim, o projeto apresenta cuidado exaustivo com os institutos da mediação e conciliação como formas alternativas de solução de conflitos e, assim, demonstra um desejo bastante claro de que a composição amigável da lide seja um valor a ser buscado pelas partes, a qualquer tempo. Estabelece, em síntese, que o Estado deve promover, sempre que possível, o acordo ente as partes, através da conciliação e mediação.¹⁴

A primeira novidade do Projeto vinculada ao tema está em criar, como figuras auxiliares do juízo, conciliadores e mediadores judiciais, que comporão centros judiciários de solução consensual de conflitos, por organização do Tribunal Local, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.¹⁵

Mas não é só. O Projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil cria também a audiência de conciliação, no início do procedimento comum ordinário, designada pelo juiz quando não for caso de improcedência liminar do pedido e a petição inicial estiver satisfeita quanto aos requisitos essenciais.¹⁶ Esse ato será conduzido justamente pelos mediadores e conciliadores antes referidos. Por outro lado, há o fim da tentativa de conciliação prevista no atual art. 331, CPC/73.

A inserção dessa audiência de conciliação liminar é salutar. O réu não será mais citado para se defender em 15 dias. A dinâmica processual impõe, agora, que será ele citado para tomar

¹⁴ Art. 3.

¹⁵ Art. 166.

¹⁶ Art. 335.

conhecimento da lide e intimado para audiência, ficando ciente de que, não obtido o acordo, poderá contestar o feito. A experiência social mostra que as partes têm maior tendência a acordar sobre fatos recentes, não desgastados pelo tempo. A tentativa de composição amigável em período contemporâneo ao ajuizamento da ação favorece que as partes abduquem do desgaste natural do processo e conciliem sem maiores prejuízos pessoais e patrimoniais. Ademais, postergar a tentativa de acordo somente para instantes antes da instrução, como é no sistema legal atual, não traz efetivo êxito de acordo, porquanto nesse instante as partes estarão muito mais voltadas e tencionadas a, justamente, instruir o feito e produzir a prova do seu direito do que a transacionar ou compor a lide, amigavelmente, com a parte *ex adversa*.

Quanto à exclusão da audiência preliminar, entendemos ser um equívoco a sua supressão. Nesse sentido é a lição de Adrian de Lucena Galindo,

a audiência de conciliação pode não ocorrer, caso haja requerimento de uma das partes, e por isso a audiência preliminar pode significar a primeira oportunidade para composição do litígio pela via conciliatória. Em segundo lugar, mesmo se ocorrida a audiência de conciliação, após a resposta, quando assentadas as questões incontroversas, ficarão bem mais evidentes os pontos de concordância/discordância entre as partes. O cenário pode ser bem diverso do existente quando da audiência de conciliação, e se mostrar propenso à via conciliatória. Ademais, em nossas varas cíveis abarrotadas de processos, o momento da audiência preliminar pode dar-se muitos meses após a audiência de conciliação, justificando nova tentativa conciliatória, em novo cenário (GALINDO, 2012, p. 95).

No tocante à inserção de mediadores e conciliadores como auxiliares da justiça, igualmente entendemos que a proposta deva ser aplaudida. Em primeiro lugar, porque na gênese cremos que todo acordo será sempre de melhor resultado para as partes do que a decisão judicial imposta, proferida como ato de império. Em segundo lugar, porque a realidade judicial brasileira nos mostra que outras formas de solução do conflito devem ser apuradas a fim de se proteger o direito da parte e desafogar o exercício da atividade jurisdicional. E, nessa linha, a utilização de profissionais aptos a auxiliar as partes na composição amigável da lide certamente implicará ganho considerável para o fim a que se destina. Importante, no ponto, contudo, que os Tribunais Locais e o CNJ estruturem os quadros de conciliadores e mediadores como

servidores do Poder Judiciário, dando-lhes ferramentas técnico-operacionais para efetivo exercício da atividade que lhes será atribuída.

Acerca da novidade em comento, refere Fernando Horta Tavares que

pela tradicional saída das longas tramitações perante os órgãos estatais da jurisdição, normalmente referidos conflitos, ainda que respeitados os ditames do Devido Processo Legal, resultam em soluções de adjudicação, vez que o bem da vida pretendido na disputa judicial é entregue a um vencedor, sem falar nas situações em que a angústia do tempo atordoa mas não refina as frustrações advindas da insolubilidade prática, pela ausência de estruturas estatais aptas a viabilizar as portas de entrada e saída do chamado acesso à justiça. Ao demais disso, a avalanche de litígios em tramitação nos tortuosos e às vezes insondáveis caminhos das causas em Tribunal na maioria das vezes resulta no aprofundamento da ruptura das relações sociais e exacerba-se o conflito pela utilização dos vários recursos ainda que previstos constitucionalmente e, também na maioria das vezes, procede-se à execução do julgado em novas e infindáveis situações perturbadoras (TAVARES, 2013, p. 71).

De qualquer sorte, não ignoramos que a implementação efetiva da justiça consensual exige, paralelamente às alterações legislativas, uma mudança comportamental das partes. A ideologia do litígio deve ceder ao consenso. Como bem afirmou José Herval Sampaio Junior,

a cultura da adversidade é muita intensa no dia a dia forense. Muitas pessoas, por incrível que pareça, se utilizam da justiça tão somente para brigarem e isso é lamentável, já que sua função precípua é tutelar direitos e em algumas situações não se vê direito algum violado e sequer ameaça, logo a conscientização das partes e dos operários do direito em relação às vantagens da atividade consensual é um dos desafios contemporâneos à jurisdição (SAMPAIO JUNIOR, 2012, p. 493).

E, se a efetividade dos acordos e das composições amigáveis nos autos passa, necessariamente, por uma mudança de consciência jurídico-social, a inserção de mecanismos na lei não pode, por outro lado, ser simplesmente criticada sob a bandeira de que, sozinha, não mudará a realidade jurídica. De fato, não. Porém, os institutos processuais estão a postos e prontos para que as partes e os operadores do direito os efetivem, implementando a dinâmica con-

ciliatória. A lei chegou antes e aguarda ansiosa a sua aplicação, não desejando jamais virar letra morta.

Conclusão

Como visto, as três linhas referidas no presente trabalho traduzem movimento jurídico já iniciado e em curso no Brasil e, inclusive, já restaram positivadas no atual CPC/73 e na legislação esparsa.

Vemos como positivas as mudanças propostas e acreditamos que poderão, em certa medida, alcançar êxito no fim ao qual se propõem.

A celeridade processual, nessa linha, vem acompanhada de inúmeras alterações que encurtam o trâmite processual, desde a fase postulatória até a satisfação do crédito, passando pela instrução do feito e pela fase recursal. O princípio da celeridade é princípio constitucional que exige, para a sua efetivação, uma atuação primeira do legislador, no sentido de excluir institutos e procedimentos que não estão mais adequados, nos tempos atuais, ao processo ágil e de curta duração. A efetivação do direito será o fim, no qual o meio traduz-se num processo judicial célere e de respeito aos princípios constitucionais. A consciência social sobre os direitos, atrelada ao crescimento do mercado de consumo, bem como a necessidade de se judicializar os conflitos sociais, inerentes à sociedade brasileira, gerou, nos últimos tempos, um aumento vertiginoso e irretroativo da quantidade de ações judiciais. É preciso, pois, rever o conceito de processo clássico e de prestígio ao formalismo. O Projeto do Código de Processo Civil propõe, assim, a superação, ao menos formal, desse problema, oferecendo aos operadores do direito as ferramentas necessárias para que a resposta judicial seja útil e satisfatória.

A sistemática de valorização do precedente, positivada da forma como se pretende, acentuará a influência do direito da *common law* no Brasil, ainda que se reconheçam, aqui, as diferenças profundas de um sistema para outro, em especial no que diz respeito à cultura de valorização, respeito e obediência à decisão judicial. O passo formal, que se traduz na positivação do sistema, foi dado pelo legislador, sabedor do desapego cultural por hora existente no Brasil quanto à cultura do precedente judicial e que, assim, procura, acertadamente, sistematizar o instituto, determinando as hipóteses vinculativas, bem como as formas de superação e revisão do precedente.

Por fim, o recrudescimento formal da cultura do acordo e da composição amigável da lide é, mais uma vez, um acerto do legislador. Esse pilar do Projeto do Novo Código de Processo Civil, além

de estar equalizado à realidade processual atual – que não mais suporta a resolução do conflito apenas por sentença, em típico ato de império, “de cima para baixo”, no qual invariavelmente um dos litigantes sairá derrotado ou insatisfeito –, vai ao encontro, inclusive, da realidade dos países da Comunidade Europeia.¹⁷ O CNJ já há muito valoriza e incentiva sobremaneira os inúmeros mutirões de acordo que se espalham pelo país, através de semanas nacionais de conciliação. A experiência mostrou a vantagem desse movimento, que, ao mesmo tempo em que desafoga o Judiciário, constrói uma decisão de consenso para o caso, no qual não se vê mais as figuras antagônicas do vencido e do vencedor.

Referências

- DANTAS, BRUNO. Concretizar o princípio da segurança jurídica: uniformização e estabilidade da jurisprudência como alicerces do CPC projetado. *In*: FREIRE, Alexandre *et al.* **Novas Tendências do Processo Civil**. Estudos Sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 125-143.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2008. v. 2.
- GALINDO, Adrian de Lucena. Avanços e retrocessos na disciplina das audiências no projeto do NCPC. *In*: DIDIER JR., Fredie; BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. **O Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Estudos em homenagem ao Professor José Joaquim Calmom de Passos. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 83-108.
- MEDINA, José Miguel Garcia; FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso Reis. Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do novo código de processo civil brasileiro. *In*: FREIRE, Alexandre *et al.* **Novas Tendências do Processo Civil**. Estudos Sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 679-702.
- SAMPAIO JUNIOR, José Herval. Análise crítica da pura inserção dos mediadores e conciliadores como auxiliares da justiça no novo CPC sem uma preocupação material com o efetivo exercício da atividade de conciliação. *In*: DIDIER JR., Fredie; BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. **O Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Estudos em homenagem ao Professor José Joaquim Calmom de Passos. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 437-451.
- TAVARES, Fernando Horta. Mediação, processo e constituição: considerações sobre a autocomposição de conflitos no novo código de processo civil. *In*: FREIRE, Alexandre *et al.* **Novas Tendências do Processo Civil**. Estudos Sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 57-74.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004.

Eficácia dos mecanismos de repressão ao *insider trading*

Lucia Elena Arantes Ferreira Bastos

Advogada da CAIXA em Brasília

Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da USP

RESUMO

No Brasil, o crime de *insider trading* foi tipificado em 2001. Antes disso, a conduta era punida na via administrativa, pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), bem como na via cível. Ocorre que a tipificação do *insider trading* pela norma brasileira suscita questionamentos, tais como: (i) quem pode ser de fato condenado; (ii) necessidade ou não do esgotamento da conduta para configuração do crime; e (iii) qual o bem jurídico penalmente tutelado.

Considerando essas premissas, este artigo visa a uma breve análise dessa conduta, a qual tem abalado a credibilidade dos mercados de valores mobiliários no mundo todo. Para tanto, serão observados os aspectos conceituais, a responsabilização, seja na esfera administrativa, seja na penal, bem como a aplicação desse tema no cenário internacional, buscando-se assim mapear a eficácia dos mecanismos de repressão ao *insider trading*.

Palavras-chave: Valores mobiliários. Informação relevante. *Insider trading*. Regulação.

ABSTRACT

In Brazil, insider trading was defined as a crime in 2001. Before that, such conduct was punished by the administrative and civil proceedings. However, the criminalization of insider trading by the Brazilian law raises questions such as: (i) who shall be convicted, (ii) whether or not the crime requires the full execution and (iii) what welfare shall be protected.

Given these assumptions, this paper aims to analyze this crime, which has shaken the credibility of the securities markets in the world wide range. In order to verify the effectiveness of the repression of the insider trading's crime, the article comprises the conceptual aspects, the legal accountability, as well as the application of this theme on the international parameters.

Keywords: Securities. Relevant information. Insider trading. Regulation.

1 Aspectos conceituais

Qual seria a motivação para se regular o delito de *insider trading* ou de uso indevido de informação privilegiada? É patente que a sociedade por ações, sendo o tipo societário mais indicado para a organização do capital, depende da participação contínua de investidores. Por outro lado, esses investidores demandam segurança a fim de aplicar seus ativos. Dessa forma, a fim de garantir o interesse dos investidores, o normal desenvolvimento do mercado de capitais e, conseqüentemente, o desenvolvimento econômico, é que decorre a necessidade de uma intervenção estatal, seja por meio da elaboração de normas de organização e funcionamento do mercado (regulação), seja por meio da facilitação dos institutos da própria autorregulação.

No rol de medidas regulatórias, encontram-se aquelas que definem responsabilidades aos administradores e acionistas de companhias, conhecidas na doutrina norte-americana como os *fiduciary duties*, que são deveres como o de lealdade, de diligência, de informação e de sigilo, que também se encontram previstos na legislação brasileira.

Na concepção do dever de sigilo, encontra-se a premissa de que há a necessidade de se resguardar dados que, se divulgados antecipadamente, podem influenciar o preço das ações da companhia, proporcionando vantagens indevidas àqueles que tiveram acesso à informação que, por algum motivo, ainda não deveria ter sido disponibilizada ao mercado.

Assim, o uso de informação privilegiada – *insider trading* – diz respeito à comercialização de valores mobiliários de uma companhia envolvendo o uso de uma informação ainda não divulgada, que seria de conhecimento apenas de pessoas a ela vinculadas.

Nas palavras de Eizirik et al. (2008, p. 536):

Insider trading consiste na utilização de informações relevantes sobre valores mobiliários, por parte de pessoas que, por força de sua atividade profissional, estão “por dentro” dos negócios da emissora, para transacionar com os valores mobiliários antes que tais informações sejam de conhecimento público. Assim agindo, o *insider* compra ou vende valores mobiliários a preços que ainda não estão refletindo o impacto de determinadas informações, que são de seu conhecimento exclusivo.

Certamente, existem motivos de ordem ética e econômica que levam à repressão da prática do uso indevido de informa-

ção privilegiada, pois, como lembra Wiedmann (2012), um mercado é eficiente quando os dados sobre a companhia emissora e a emissão estão refletidos nos preços dos valores mobiliários.

É possível encontrar dois tipos de *insiders*: os “primários” e os “secundários”, também chamados de *tippees*. Essa diferenciação é apresentada da seguinte forma por Eizirik et al. (2008, p. 545):

Insiders primários ou institucionais são aqueles que detêm acesso à informação privilegiada em razão de sua condição de acionistas controladores, pelo fato de ocuparem cargo de administração, ou de um ofício, ainda que temporário, que lhes permita o acesso direto a uma informação privilegiada. São as pessoas que recebem, diretamente, a informação privilegiada de sua fonte e têm o conhecimento especializado suficiente para saber que tal informação é relevante. Já os insiders secundários (tippees) são aqueles que recebem a informação privilegiada, direta ou indiretamente, dos insiders primários.

Desta forma, segundo Parente (1978), uma pessoa considerada *insider* em relação à determinada companhia é aquela que, em virtude de fatos circunstanciais, tem acesso a informações relevantes relativas aos negócios e à situação da companhia. Por sua vez, informações relevantes são todas aquelas capazes de influenciar, de modo ponderável, na cotação dos valores mobiliários de emissão da companhia, afetando a decisão dos investidores de vender, comprar ou reter esses valores.

Em termos legais, a compreensão do que é o *insider* pode ser obtida a partir da conjunção disposta na Lei nº 6.404/76, nos artigos 155 e 157, combinados com 145, 160 e 165, que tratam sobre os deveres de lealdade e de prestação de informações, por parte dos administradores e pessoas a eles equiparadas.

Assim, Parente (1978) aponta como possíveis *insiders*: (a) administradores – conselheiros e diretores da companhia (art. 145 da Lei nº 6.404/76); (b) membros de quaisquer órgãos, criados pelo estatuto da companhia, com funções técnicas ou destinadas a aconselhar os administradores (art. 160 da Lei nº 6.404/76); (c) membros do Conselho Fiscal (art. 165 da Lei nº 6.404/76); (d) subordinados das pessoas aqui referidas (§ 2º do art. 155 da Lei nº 6.404/76); (e) terceiros de confiança dessas pessoas (§ 2º do art. 155 da Lei nº 6.404/76); e (f) acionistas controladores (art. 22, inciso V, da Lei nº 6.385/76).

Quanto aos *insiders* secundários, a CVM já se manifestou no sentido de que há a necessidade de provas robustas para enquadrá-los na conduta. Senão, vejamos:

O Colegiado já decidiu que as relações de amizade e parentesco ou a familiaridade com os assuntos e corpo de funcionários da companhia isoladamente considerados [sic] não poderiam ser vistos [sic] como suficientes para sustentar o repasse de informação privilegiada. Tais relações são somente um dos possíveis meios de indicar a ciência de informação privilegiada por quem negociou com as ações. O Colegiado já se manifestou também sobre o fato de que no direito brasileiro, ao contrário do norte americano, não é necessária a identificação do informante ou mesmo do caminho que a informação percorreu até aquele que a utiliza indevidamente. Basta que o conjunto de indícios indique que a pessoa que negocia as ações tinha ciência, de alguma maneira, da informação ainda não divulgada (Processo Administrativo Sancionador 11/2008, grifos nossos).

A Lei nº 6.385/76, buscando reger o processo de divulgação da informação relevante, definiu, em seu artigo 22, inciso VI, que cabe à CVM expedir normas aplicáveis às companhias abertas sobre a “divulgação de fatos relevantes, ocorridos nos seus negócios, que possam influir, de modo ponderável, na decisão dos investidores do mercado, de vender ou comprar valores mobiliários emitidos pela companhia”. Da mesma forma, compete à CVM, de acordo com o artigo 8º, inciso III, da referida lei, fiscalizar a “veiculação de informações relativas ao mercado, às pessoas que dele participem e aos valores nele negociados”.

Ainda quanto aos *fiduciary duties*, Blok (2012) nos lembra que o dever de lealdade está relacionado com transações em que há: (a) conflito de interesse entre o administrador e a companhia; (b) conflitos de interesses entre companhias por terem administradores em comum; (c) vantagem obtida indevidamente por administrador em oportunidades que pertenciam à companhia; (d) administrador competindo com a companhia; (e) informações falsas ou indevidas aos acionistas; (f) negociação do *insider*; (g) abuso da minoria; e (h) venda de controle.

De acordo com esse entendimento, o administrador será desleal quando não guardar reserva dos negócios sociais (*leakage*), provocando vazamento de informações sigilosas da companhia a pessoas que, possuindo acesso ao mercado de valores mobiliários, tenham a possibilidade de as manipular em proveito próprio, fraudando interesses de acionistas e investidores. E, nesse caso, cabe observar que o administrador também responde quando os seus subordinados, ou terceiros de sua confiança, violarem o dever de lealdade, desde que essa violação tenha chegado ao conhecimento dele.

2 Aspectos internacionais

2.1 A experiência norte-americana e de outros Estados

Conforme destacado por Avolio (2006), a regulação de *insider trading* nos Estados Unidos surgiu como consequência de uma das maiores crises econômicas mundiais, pois originou-se com o *Securities Exchange Act*, de 1934, uma lei que fazia parte da política do *New Deal*, de Franklin Roosevelt, em resposta ao difícil período pelo qual passava o mercado de capitais desde a crise de 1929.

À época, em 1933, o senador Carter Glass e o deputado Henry Steagall apresentaram o projeto de lei *Glass-Steagall Act*, que determinava a segmentação de atividades típicas dos bancos comerciais e dos bancos de investimento. Dessa forma, tanto o *Securities Act*, de 1933, quanto o *Securities Exchange Act*, de 1934, contribuíram na repressão ao *insider trading*.

Vale lembrar que, antes mesmo da elaboração dessas normas federais, segundo Proença (2005), já existiam em alguns Estados as denominadas *blue sky laws*, ou seja, leis que vedavam, em regra, o uso de informações confidenciais por ocupantes de cargos de chefia. Tanto é que Leães (1982, p. 83-84) comenta que a

[...] primeira “lei do céu azul” foi promulgada em Kansas, em 1911. Nos dois anos subseqüentes, dezoito outros Estados adotaram leis semelhantes, em rápida sucessão. [...] Na altura de 1919, trinta e dois Estados dispunham de *Blue Sky Laws*, e, em 1933, quando surgiu o primeiro diploma federal, quarenta e sete Estados e o Havaí, com a exceção de Nevada, já contavam com legislação semelhante.

Nessa linha de proteção à lisura das operações no mercado de valores mobiliários, Tayar (2009) também já salientou que a legislação federal da *Securities Exchange Commission* (SEC) se orientou no sentido de proteger muito mais os investidores do que os administradores e sócios da companhia, adotando, para tanto, o princípio do *full disclosure*, que se relaciona ao dever de divulgar informações relativas à companhia de forma transparente, nas quais sejam levantados os aspectos positivos e negativos referentes à situação financeira e quaisquer outras questões capazes de influenciar no entendimento das condições da companhia por parte de seus investidores.

Acrescenta-se também que, consoante os ensinamentos de Blok (2012), a legislação norte-americana estabelece que, nos casos de *insider trading*, a responsabilidade é objetiva, ou seja, não é necessário que o autor da ação prove o intuito do *insider* em obter

lucros indevidos, ou de causar danos a terceiros, ou até mesmo a efetiva utilização de informações confidenciais.

Apenas a título de elucidação, esse entendimento quanto à não exigência da obtenção de lucro para fins do enquadramento da conduta de *insider trading* também é aplicado no Brasil pela CVM:

Em segundo lugar, mesmo que os acusados não tivessem apurado lucro nas respectivas operações, como efetivamente ocorreu, já é consolidado o entendimento do Colegiado da CVM de que o lucro não é requisito necessário para a caracterização do ilícito de uso indevido de informações privilegiadas. A efetiva consecução da vantagem não integra a caracterização do *insider*, basta, simplesmente, a negociação por qualquer pessoa que detenha informação privilegiada. Afasto, portanto, também essa linha de defesa (Processo Administrativo Sancionador 3665/2011, grifos nossos).

Por outro lado, para além dos Estados Unidos, o número de mercados em que negociar ações com uso de informação privilegiada é crime não para de crescer. Ilustrativamente, em janeiro de 2011, a prática tornou-se um crime sujeito a detenção de até sete anos na Rússia. E, no início de 2012, a Argentina adotou medida no sentido de repressão ao *insider trading* por meio de uma lei que prevê prisão de até quatro anos para os seus agentes.

Segundo Del Caro (2012), aguarda-se também que a União Europeia aprove uma medida que deverá tipificar o *insider trading* nos 27 países integrantes desse bloco econômico. A proposta está em análise pelo Parlamento Europeu. Atualmente, o regime que reprime o uso indevido de informação privilegiada é ditado pela Diretiva 2003/6/CE, que fixa as linhas gerais para o combate ao referido crime, bem como ao de manipulação de mercado. Ocorre que essa Diretiva confere flexibilidade para que os 27 Estados-membros estabeleçam, a seu arbítrio, as sanções aplicáveis ao caso concreto. Logo, essa diversidade vem dificultando o combate ao uso indevido de informação privilegiada no continente europeu. Assim, a alternativa que se apresenta para os países desse bloco é a de se harmonizar o tratamento legal do tema, a fim de fomentar a credibilidade dos mercados europeus.

2.2 A Teoria do Mosaico

Negociar ou induzir outros a negociarem baseados em informações materiais não públicas destrói a confiança no mercado de capitais, nas instituições e nos profissionais de investimentos, pois se difunde a concepção de que aquelas informações e o acesso

especial são capazes de gerar uma vantagem injusta se comparados aos do público investidor em geral. Desta forma, negociar a longo prazo com *inside information* faz com que os investidores evitem o mercado de capitais.

Henning (2011) aponta que a discussão acerca desse assunto – informações materiais e não públicas –, que leva à elaboração da denominada Teoria do Mosaico, tem sido amplamente debatida nos Estados Unidos. Logo, para fins de compreensão acerca da referida teoria, é mister identificar os conceitos de “informação material” e “informação não pública”.

Uma informação é material se a sua divulgação, provavelmente, tiver um impacto no preço das ações, ou se investidores gostariam de ter acesso àqueles dados antes de tomarem uma decisão de investimento. De outra forma, uma informação é material se for capaz de alterar, significativamente, o total de informações atualmente disponíveis sobre uma ação, de tal modo que o preço da ação venha a ser afetado.

A especificidade da informação, a extensão, a natureza e a sua confiabilidade são fatores-chaves para determinar se uma parte de uma informação se enquadra como material. Como exemplo, informação material pode incluir ganhos; fusões; aquisições; *joint ventures*; mudanças nos ativos ou na qualidade dos ativos; inovação nos produtos, processos ou descobertas; novas licenças, patentes, registros de marcas, aprovações regulatórias; mudanças na administração da companhia; eventos relacionados à emissão de valores mobiliários (aplicação de cláusulas de *default*, mudanças nos dividendos, alterações de *rating*, ofertas públicas ou privadas de novas séries de emissões etc.); falências; disputas judiciais relevantes; entre outros.

Em adição à substância e especificidade da informação, a fonte e a relativa confiabilidade da informação também determinam a sua materialidade. Quanto menos confiável for uma fonte, menor a possibilidade de a informação ser considerada material. Por exemplo, uma informação vinda de um *insider* que pertence à companhia a respeito de um novo contrato significativo para a empresa tende a ser material, ao passo que uma afirmação baseada na especulação de um concorrente da mesma empresa a respeito do referido contrato aparenta ser menos confiável; logo, não material.

Da mesma forma, quanto mais ambíguo for o efeito da informação em relação ao preço, menos material ela será. Ou seja, se não resta claro que a informação afetará o preço da ação e em qual extensão, a informação pode não ser considerada como material. E, por último, a passagem do tempo também pode tornar uma informação que no passado era importante não material.

Sob outro ângulo, a informação é considerada como não pública até que tenha sido disseminada ou se torne disponível para o mercado em geral. Por exemplo: um demonstrativo contábil que ateste ganhos da empresa disponibilizado na internet e distribuído largamente por meio da imprensa ou que tenha sido registrado foi efetivamente disseminado no mercado.

Logo, a informação que é apenas disponibilizada para analistas continua a ser não pública até que se torne disponível para os investidores em geral. Desta forma, as companhias que disponibilizam informação numa base limitada de pessoas criam uma oportunidade, em potencial, para a geração de violações de *insider trading*.

Portanto, aplicando-se a Teoria do Mosaico, um analista financeiro obtém e verifica grandes quantidades de informações vindas de várias fontes. O analista pode usar conclusões oriundas de informações (i) públicas, (ii) não materiais e (iii) não públicas como base para as suas recomendações de investimentos, mesmo que essas conclusões contenham *inside information* material, desde que esta tenha sido comunicada ao analista diretamente pela companhia. De acordo com a Teoria do Mosaico, o analista é livre para atuar em sua coleção de dados sem que corra o risco de violar as regras.

3 Mecanismos aplicáveis à repressão ao *insider trading*

Quatro aspectos foram apontados por Parente (1978) como exemplos para o combate do uso da informação privilegiada: (i) a proibição propriamente dita do uso da referida informação; (ii) a ênfase no dever de informar fatos relevantes modificadores da vida societária; (iii) a vedação à prática de determinadas operações de mercado; (iv) a elaboração de relatórios a respeito da posição acionária de pessoas com possibilidades de conhecimento dos negócios internos da companhia.

Consoante essa doutrina, com o primeiro pilar, ou seja, com a proibição ao uso da informação privilegiada, busca-se proteger os investidores que ignoram as condições internas da companhia contra os possíveis abusos daqueles que as conheçam. O que caracteriza o uso da informação privilegiada é o aproveitamento de informações reservadas sobre a companhia emissora de valores mobiliários em detrimento de outra pessoa que com eles negocia ignorando aquelas informações. Tal prática representa iniquidade, por parte de qualquer pessoa que se utilize de informações sigilosas para negociar títulos emitidos pela companhia com outras pessoas que as desconheçam. O objetivo dessa proibição é evitar que pessoas

direta ou indiretamente relacionadas com a empresa intervenham no mercado em condições de superioridade em relação ao público em geral.

Quanto às informações, segundo Proença (2006, p. 270):

A idéia sempre presente na legislação do mercado de capitais é a de que a informação constitui pressuposto básico a permitir que os investidores, de posse da mesma, possam aquilatar os verdadeiros valores dos títulos distribuídos e negociados e realizar, em um regime de paridade, suas aplicações. Não sendo eles portadores da informação real, podem ser induzidos a erro, quer por omissão das mesmas, quer por prática não equitativa.

No caso do segundo pilar – a divulgação das informações referentes a atos e fatos relevantes ocorridos no âmbito da companhia –, tem-se que esses dados devem se tornar acessíveis a todos ao mesmo tempo, de forma a estimular a existência de um mercado justo no que se refere ao acesso equânime às informações.

Nas palavras de Parente (1978):

Razões de ordem ética embasam o dever de informar. Decorre este da necessidade de se impedir que alguém, prevalecendo-se da posição que ocupa, obtenha vantagens patrimoniais indevidas, em detrimento de pessoas que ignoram certas informações. Trata-se de um dever jurídico, atribuído aos administradores de companhia aberta, que encontra correspondência direta no direito subjetivo que têm os investidores de se inteirarem, não só dos atos e decisões provenientes da administração da companhia, como de todos os fatos relevantes que possam ocorrer em seus negócios. Assim, o dever de informar configura-se como parte complementar e indispensável na repressão ao uso da informação privilegiada.

A vedação à prática de determinadas operações de mercado, o terceiro pilar de repressão ao *insider trading*, tem sido empregada como medida auxiliar no combate ao uso da informação privilegiada. A sua justificativa encontra-se na constatação de que as pessoas que administram a companhia, ou que com ela mantêm íntimo relacionamento, podem ter uma visão global do seu desempenho e, com base nisso, operar no mercado com valores mobiliários com superioridade se comparadas aos demais investidores.

Por último, o quarto pilar – a obrigatoriedade da apresentação periódica de relatórios a respeito da posição acionária das pessoas diretamente ligadas à companhia – tem sido igualmente utilizado como medida preventiva no combate ao *insider trading*, pelo

poder coativo que possui. Tal medida se relaciona ao dever de informar e visa proporcionar aos investidores o conhecimento acerca da quantidade e qualidade dos valores mobiliários pertencentes àqueles que dirigem a companhia da qual participam.

4 O *insider trading* e a Lei nº 6.404/1976

A obrigatoriedade de divulgação de fato relevante é uma decorrência lógica do princípio do *full disclosure*, e a Lei nº 6.404/1976, artigo 155, § 1º, define como “relevante” aquele fato capaz de alterar significativamente a cotação das ações no mercado. Na mesma linha, a jurisprudência norte-americana compreende como fato relevante aquele que seria levado em consideração para fins de tomada de decisão por um investidor médio. Assim, em resumo, para Wiedmann (2012), o fato relevante seria todo e qualquer evento que possa vir a causar modificações significativas nos valores mobiliários emitidos pela companhia, independentemente de previsão legal ou regulamentar que identifique os fatos que devam ser obrigatoriamente divulgados.

Em complemento, a reforma da Lei das Sociedades por Ações, instituída pela Lei nº 10.303/2001, acrescentou o § 4º ao artigo 155, que passou a vedar a utilização de informação relevante ainda não divulgada, por qualquer pessoa que a ela tenha tido acesso, com a finalidade de auferir vantagem, para si ou para outrem, no mercado de valores mobiliários.

Destaca-se, porém, que Carvalhosa e Eizirik (2003) observam a aplicação da expressão “qualquer pessoa” utilizada na norma em questão, no sentido de que deve haver um nexo profissional entre o vazamento de informações e os terceiros, para que se possa ser enquadrado na norma. Na mesma linha, Oliveira (2012) define que para fins do § 4º do artigo 155 da Lei nº 6.404/1976 o sujeito em análise é aquele obrigado a guardar sigilo das informações obtidas em razão de um vínculo com a companhia, como os administradores, conselheiros e diretores, compreendendo-se nessa lista os acionistas, tanto controladores quanto minoritários, prestadores de serviços jurídicos ou contábeis à empresa, bem como os agentes privados e públicos que atuam no mercado de valores mobiliários.

Ainda, a partir do que dispõe o artigo 157, § 4º, da lei supracitada – no sentido de que os administradores da companhia aberta são obrigados a comunicar imediatamente à bolsa de valores e a divulgar pela imprensa qualquer deliberação da assembleia geral ou dos órgãos de administração da companhia, ou fato relevante ocorrido nos seus negócios, que possa influir, de modo ponderável, na decisão dos investidores de vender ou

comprar valores mobiliários emitidos pela companhia –, percebe-se que o direito brasileiro adota o padrão de *disclosure or refrain from trading*. Consoante esse padrão, o administrador que possui a informação privilegiada, considerando o seu dever de fidúcia com relação à companhia, caso decida não divulgar a informação que detém, deve abster-se de negociá-la em proveito próprio ou de terceiro.

E, por sua vez, o artigo 157, § 5º, da Lei nº 6.404/1976 apresenta o *affirmative duty of disclosure of any material fact*, pois, ao se definir que o administrador da companhia aberta deverá informar imediatamente as modificações em suas posições acionárias na companhia, tem-se a preocupação em se proteger acionistas minoritários, que podem vir a ser prejudicados diante do não conhecimento de uma informação à qual, por outro lado, um administrador tenha acesso.

5 O *insider trading* e a Comissão de Valores Mobiliários

Inicialmente, a Lei das S.A. considerava como *insider* apenas os administradores das companhias. A Instrução CVM nº 31/1984 alarrou o rol de *insiders* e, atualmente, a Instrução CVM nº 358/2002 prevê, em seu art. 13, que podem ser considerados como *insiders* a própria companhia, os acionistas controladores, diretos ou indiretos, diretores, membros do conselho de administração, do conselho fiscal e de quaisquer órgãos com funções técnicas ou consultivas criados por disposição estatutária, ou quem quer que, em virtude de seu cargo, função ou posição na companhia aberta, sua controladora, suas controladas ou coligadas, tenha conhecimento da informação relativa ao ato ou fato relevante.

Consoante o artigo 9º, inciso V, da Lei nº 6.385/1976, compete à CVM apurar, mediante inquérito administrativo, atos ilegais e práticas não equitativas de administradores, acionistas de companhias abertas, intermediários e participantes do mercado. Seguindo-se esse rol, na opinião de Blok (2012), os atos ilegais devem ser compreendidos como aqueles contrários à Lei nº 6.404/1976 e à própria Lei nº 6.385/1976; e as práticas não equitativas são aquelas nas quais não é reconhecido e respeitado por igual o direito de cada uma das partes.

Uma vez apurado que houve conduta baseada em ato ilegal ou prática não equitativa, caberá à CVM a aplicação das penalidades de acordo com o artigo 11 da Lei nº 6.385/1976. Após o encerramento do processo administrativo sancionador, e tendo havido a conclusão no sentido da ocorrência de crime de ação penal pública, a CVM oficiará ao Ministério Público.

O fato é que as dificuldades de se provar o crime e os trâmites tradicionalmente extensos da Justiça fazem com que se pergunte o quão efetiva é a criminalização do *insider trading*. Não há entendimento pacífico sobre essa questão, mas Del Caro (2012) aponta no sentido de que a resposta pareceria estar na eficácia da aplicação das normas e, para tanto, comenta acerca de uma pesquisa publicada, em dezembro de 2011, pela Universidade de Auckland, na Nova Zelândia, a qual destacou que não haveria nenhum benefício concreto da lei local que criminalizava o uso indevido de informações privilegiadas naquele país, pois, desde fevereiro de 2008 até dezembro de 2011, a lei não havia sido aplicada.

No caso brasileiro, o cenário é semelhante, pois a maioria das sanções a *insiders* tem ocorrido no âmbito do processo administrativo sancionador (PAS), sob a coordenação da CVM. Logo, surge a crítica de Del Caro (2012) no sentido de que, no país, a coerção às vezes é branda demais, apesar do reconhecimento de que a fiscalização da CVM vem se tornando mais efetiva e mais célere, pois, se compararmos a 2004 – quando transcorriam em média quatro anos e quatro meses entre o início e o fim de um PAS –, atualmente, essa média passou a girar em torno de 11 meses.

Quanto à eficácia do processo administrativo, analisando alguns casos da CVM, é possível observar que a própria instituição regulatória aponta para a dificuldade em se obter as provas nos delitos de *insider trading*:

A acusação neste processo é constituída por indícios, como em geral ocorre na apuração de responsabilidade em casos de *insiders* secundários. O indício equivale aos demais meios de prova e está definido no art. 239 do Código de Processo Penal como “a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”. Sendo o indício amplamente reconhecido no direito processual penal, não haveria por que ser diferente no direito administrativo sancionador. Desta forma, e com base no princípio do livre convencimento motivado do juiz, o julgador terá liberdade para decidir da forma que lhe pareça mais adequada à luz das provas e argumentos trazidos aos autos no processo administrativo sancionador, inclusive utilizando-se de prova indiciária (Processo Administrativo Sancionador 2789/2011, grifos nossos).

E, finalmente, observa-se a resignação da CVM quanto à dificuldade dos julgamentos diante da exiguidade e fluidez probatória:

Preliminarmente, contudo, gostaria de ressaltar que, como exposto pelo Diretor-relator, nos casos envolven-

do *insiders* secundários, a utilização de indícios na construção da peça acusatória e na eventual condenação dos acusados mostra-se não só como um caminho natural, mas, muitas vezes, como o único caminho a ser seguido; isso porque penso que a prova definitiva e irrefutável da prática de *insider* de mercado é bastante complexa, exceto se, de alguma forma, o vínculo ficar claramente evidente, como ocorreria na hipótese de haver uma confissão, por exemplo. Entendo, assim, possível que uma condenação seja baseada em prova indiciária, formada por um conjunto de indícios sérios, consistentes e convergentes, e respeitado o princípio do livre convencimento motivado do julgador e essas provas indiciárias são, inclusive, reconhecidas expressamente pelo art. 239 do Código de Processo Penal (Processo Administrativo Sancionador 13/2009, grifos nossos).

6 O *insider trading* e os aspectos penais

No Brasil, o *insider trading* é considerado crime, conforme disposto no art. 27-D da Lei nº 6.385/1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Tal dispositivo, inserido pela Lei nº 10.303, de 31 de outubro de 2001, assim tipifica:

Uso Indevido de Informação Privilegiada

Art. 27-D. Utilizar informação relevante ainda não divulgada ao mercado, de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo, capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiro, com valores mobiliários:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime.

Tal como definida, a conduta é, portanto, a utilização privilegiada de informações a respeito de determinada companhia por profissionais que, por algum vínculo com a empresa, possam ter acesso a essas fontes e, assim, utilizá-las na compra e venda de ações no mercado financeiro, antes que tais informações cheguem ao domínio de conhecimento público.

Com isso, a informação privilegiada pode ser utilizada de duas formas, dependendo da natureza de seu conteúdo: (i) conteúdo positivo da informação: o *insider* compra ações no mercado, antes que as mesmas sejam influenciadas pelo conteúdo da informação, e as vende após a alta obtida com a valorização decorrente do referido conteúdo, obtendo daí altos lucros; e (ii) conteúdo negativo da informação: o *insider* vende as ações no mercado mobiliá-

rio antes que o conteúdo das informações as contamine, abaixando o seu valor, evitando, com isso, o prejuízo decorrente da desvalorização dos ativos.

O sujeito passivo imediato do crime de *insider trading* é o Estado, o bem jurídico a ser tutelado é a confiabilidade do mercado, bem como o investidor lesado da companhia, e como sujeito passivo mediato encontra-se a própria companhia, pois, com o descumprimento do dever de sigilo, deixa de apresentar confiabilidade perante seus potenciais investidores.

Na concepção de informação relevante, para fins da conduta penal, mostra-se essencial que esta seja passível de ocasionar um desequilíbrio entre os investidores se comparados àquele que, privilegiadamente, fez uso dela.

Com isso, tem-se uma norma penal cujo elemento normativo do tipo requer um aprofundado juízo de valor no que se refere à potencialidade danosa de uma informação que possa provocar desequilíbrio no mercado de valores mobiliários.

Tal como previsto no art. 27-D da Lei nº 6.385/1976, no crime de uso indevido de informação privilegiada, uma das controvérsias a respeito da tipificação do crime refere-se à sua caracterização como crime formal (delito de mera conduta) ou material (delito de resultado ou causal). A maior parte da doutrina caracteriza o crime como formal; nesse sentido, encontram-se as opiniões de Avolio (2006), Lucchesi (2011) e De Sanctis (2003).

Contrariamente, encontra-se a posição de Eizirik et al. (2008):

O delito é material, de forma que o momento consumativo é o da realização do resultado, a vantagem indevida obtida com a utilização da informação privilegiada. A norma penal, a propósito, é expressa no sentido de exigir que a informação seja capaz de propiciar vantagem indevida mediante negociação com valores mobiliários; não há como se caracterizar a “vantagem indevida” sem a realização do resultado.

Além do que, quanto à classificação do crime no que se refere ao sujeito ativo, trata-se de crime próprio, pois reclama especial condição do agente; uma vez que o artigo 27-D da Lei nº 6.385/76 define a informação “de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo”. Logo, interpreta-se que não é qualquer pessoa que tem a obrigação de manter sigilo, ou seja, exige-se que o agente, além de ser detentor da informação privilegiada, possua também a obrigação legal de manter sigilo a respeito dela.

Consoante essa interpretação, o tipo penal restringe-se à responsabilização penal dos *insiders* primários, quais sejam, administradores e equiparados, pois são a estes que a Lei nº 6.404/1976

aplica o dever de sigilo. Assim, os *insiders* secundários somente serão responsabilizados criminalmente quando da existência de lei que os obrigue a guardar sigilo, como é o caso de contadores e advogados.

A conduta definida pelo crime de *insider trading* suscita a dúvida: o crime é mesmo um produto do meio ou, neste caso, pode-se dizer que a natureza humana foi um fator marcante? Oliveira (2012) posiciona-se no sentido de que não se deve aplicar um reducionismo simplista e considerar que o crime, em geral, apenas se origina das desigualdades sociais. O crime seria um fenômeno muito mais complexo, que ultrapassaria as fronteiras da questão social para alcançar pessoas que tiveram oportunidade e boa formação profissional, fazendo surgir uma criminalidade mais inteligente e apurada, denominada de *white collar crimes*.

Nesse rol dos crimes do colarinho-branco, encontram-se aqueles praticados contra a ordem tributária, o sistema financeiro, mercado mobiliário de valores, a economia popular; sendo que em todos estes predomina uma atividade criminosa inteligente, praticada por pessoas de boa formação intelectual e profissional. Nesses casos, é possível identificar dois pontos marcantes: o *status* do autor e a conexão da atividade criminosa com a profissão que desempenha.

Assim, o delito de *insider trading* se desvincula da questão social e se enquadra em termos de ambição e ausência de escrúpulos do agente, que atua motivado pela oportunidade que o exercício de sua função lhe apresenta.

Conclusão

Conforme observado, a repressão ao *insider trading* é o corolário da adoção do princípio do *full disclosure*; e a função da regulação repressiva é a de desestimular os comportamentos não desejáveis no âmbito do mercado de valores mobiliários, gerando, assim, uma credibilidade maior entre os investidores.

Quanto aos aspectos legais, a repressão ao *insider trading* passou a ser regulada de maneira taxativa na Lei nº 6.404/1976, a partir das mudanças promovidas pela Lei nº 10.303/2001, que passou a prever tanto os meios preventivos quanto os repressivos à prática em questão.

Exemplificando, na função preventiva encontra-se o dever, por parte dos administradores, de divulgar fato relevante (artigo 157, § 4º, da Lei nº 6.404/1976); e a regra repressiva vem expressa no artigo 155, § 4º, da Lei nº 6.404/1976, que veda a utilização de informação relevante ainda não divulgada, por qualquer pessoa

que a ela tenha tido acesso, com a finalidade de auferir vantagens, para si ou para outrem, no mercado de valores mobiliários.

Por meio desse mecanismo, a eficácia da repressão ao crime de *insider trading* encontra-se no dever de informar e no dever de lealdade, ou seja, antes mesmo da ocorrência de um ato lesivo (utilização de informação relevante ainda não divulgada), o agente que atua no mercado já deveria ter noticiado o caso, evitando, assim, a assimetria de informações. Além dessa estruturação, na esfera penal, a Lei nº 10.303/2001 também acresceu à Lei nº 6.385/1976 o artigo 27-D, que tipificou a conduta de uso indevido de informação privilegiada.

Referências

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. A Criminalização do Insider Trading no Brasil e seu Contributo para o Direito Penal Econômico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 95, n. 850, p. 443, ago. 2006.

BLOK, Marcella. Insider Trading: O Descumprimento do Dever de Lealdade pelo Uso de Informações Privilegiadas. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 55, p. 83-129, jan./mar. 2012.

CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. **A nova lei das S.A.** São Paulo: Saraiva, 2003.

DE SANCTIS, Fausto Martin. **Punibilidade no Sistema Financeiro Nacional**. Tipos Penais que Tutelam o Sistema Financeiro Nacional. Campinas: Millenium, 2003.

DEL CARO, Luciana. Algemas Neles. **Revista Capital Aberto**, São Paulo, v. 104, p. 36-39, abr. 2012.

EIZIRIK, Nelson et al. **Mercado de Capitais**: Regime Jurídico. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

HENNING, Peter J. Why Is Insider Trading Wrong? **The New York Times**, New York, Apr. 11, 2011. Disponível em: <<http://dealbook.nytimes.com/2011/04/11/why-is-insider-trading-wrong/>>. Acesso em: 18 dez. 2012.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Mercado de Capitais e Insider Trading**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. O Objeto de Tutela Penal no Delito de *Insider Trading*. Uma análise crítica a partir da dogmática penal contemporânea. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 19, n. 90, p. 137-164, maio/jun. 2011.

OLIVEIRA, Natália Silva Teixeira Rodrigues de. Insider Trading: Uma Realidade à Luz do Direito Penal. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 60, p. 365-390, jan./jun. 2012.

PARENTE, Norma Jonssen. **Aspectos Jurídicos do Insider Trading**. Rio de Janeiro: CVM, 1978. Não paginado. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/port/public/publ/publ_600.asp>. Acesso em: 12 dez. 2012.

PROENÇA, José Marcelo Martins. Violação do Dever de Informar no Mercado de Capitais – a Manipulação de Mercado e a Prática do *Insider Trading*. **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 144, p. 263-274, out./dez. 2006.

_____. **Insider Trading**. Regime Jurídico do Uso de Informações Privilegiadas no Mercado de Capitais. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

TAYAR, Amanda Duarte Dias. Questões Atuais Envolvendo Insider Trading. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 12, n. 45, p. 121-148, jul./set. 2009.

WIEDMANN, Natasha Pereira. **A Criminalização do Insider Trading no Brasil, Suas Principais Controvérsias e o Caso Sadia Perdigão**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/586/3/20764837_Natasha%20Wiedmann.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2012.

Project Finance: uma solução viável para o financiamento privado da infraestrutura

Leandro Jacob Neto

Advogado da CAIXA em Goiás

*Instrutor operacional da Escola de Advocacia da
Universidade CAIXA*

Ex-Gestor Jurídico do Estado de Goiás

Especialista em Direito Público pela URV

Especialista em Consultoria e Direito

Empresarial pela PUC/GO

RESUMO

O presente estudo retrata uma solução viável para o financiamento privado da infraestrutura através do *Project Finance*. Tal sistema consiste em uma operação estruturada por meio de uma engenharia jurídica financeira consolidada em uma complexa rede de contratos coligados em que é fundamental a releitura dos conceitos tradicionais do direito empresarial.

Palavras-chave: Financiamento. Infraestrutura. Projeto. Mercado.

ABSTRACT

This study portrays a viable solution for private financing of infrastructure through Project Finance. Since, such a system consists of a structured transaction through a legal consolidated financial engineering in a complex network of linked contracts where it is essential to reconsider the traditional concepts of business law.

Keywords: Financing. Infrastructure. Project. Market.

Introdução

O Brasil possui um extraordinário potencial para o crescimento econômico com diversos aspectos positivos para um vertiginoso desenvolvimento sustentável da economia e capacidade para assumir uma posição de destaque no cenário global. Contudo, em virtude de uma série de fatores como os investimentos deficitários no setor de infraestrutura, o custo da produção no país ainda é excessivamente oneroso.

O presente trabalho pretende demonstrar que existem soluções de mercado viáveis para o financiamento privado da infraestrutura, derivadas de uma visão pragmática e empírica, desenvolvida nos países percussores do capitalismo a partir de avançadas técnicas jurídicas e financeiras, como o *Project Finance*, tema deste artigo. Tal paradigma foi incorporado à cultura empresarial pátria, principalmente, após a abertura econômica perceptível no novo ordenamento jurídico dogmatizado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88).

Após uma abordagem dessa concepção sistêmica, pretender-se-á demonstrar que o referido modelo de obtenção de recursos privados para a infraestrutura pode ser aplicado para solução de diversos entraves ao desenvolvimento econômico do país como a produção de matrizes energéticas, programas de mobilidade urbana, sistemas viários de transportes e escoamento de cargas, portos, aeroportos, saneamento básico, telecomunicações, entre outros.

Assim sendo, serão apresentados alguns dos principais aspectos das operações estruturadas em *Project Finance* como uma das soluções viáveis para o financiamento privado da infraestrutura, consistindo em avançada e complexa engenharia jurídica financeira embasada em uma série de contratos coligados típicos e atípicos, os quais exigem uma releitura dos paradigmas clássicos do direito obrigacional pátrio, necessitando do profissional da área jurídica uma ampla *expertise* e uma cognição multidisciplinar para atuação nesse ramo promissor do direito empresarial.

1 Conceção sistêmica

A Ordem Econômica na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) optou por uma solução complexa e eclética, buscando a harmonia entre o capitalismo liberal e o intervencionismo estatal sistemático, aliada ao dirigismo planificador (BULOS, 2001).

Nesse novo ordenamento jurídico, houve uma ruptura sistêmica com o modelo econômico anterior, no qual era adotada uma estratégia desenvolvimentista priorizando a industrialização como o meio mais eficaz para vencer o subdesenvolvimento, com pesados investimentos públicos em infraestrutura, alavancados por vultosos financiamentos externos, com o aval do Tesouro Nacional, considerando o excesso de liquidez no mercado internacional (TOLEDO DA SILVA, 2012).

Neste sentido, reza a doutrina:

Esta estrutura de financiamento concentrava no governo e nas empresas por ele controladas os riscos de mer-

cado, tecnológicos e econômico-financeiros dos projetos. Adotava como padrão para a contratação o regime tradicional Design-Bid-Build (DBB), também denominado “empreitada de preços unitários” ou “empreitada de preço global”, no qual cabe à construtora (ou o consórcio contratado) somente a fase de construção do empreendimento, sem se preocupar com o projeto (design) ou aquisição dos fornecimentos (procurement) (TOLEDO DA SILVA, 2012, p. 62).

De acordo com o supracitado autor, sob a regência do modelo econômico anterior à CRFB/88, o financiamento público da infraestrutura no País ocorreu de forma extremamente onerosa, principalmente, em virtude da adoção de técnicas e sistemas inadequados ou até mesmo inoperantes para tal endividamento.

Esse novo ordenamento promoveu uma ampla revisão do modelo de intervencionismo na economia de acordo com o “direito corporificador da sociedade estatal”, fixando-se novos “preceitos normativos identificadores do Estado” (TEMER, 2003, p. 29). Acerca do tema, justificando essa nova concepção:

Com o esgotamento das fontes de recursos, o Estado brasileiro viu-se incapaz de sustentar a máquina estatal hipertrofiada pelos anos de intervencionismo. O modelo do Estado-empresário sucumbiu. Os investimentos estatais cessaram e suas obras foram paralisadas. Decretou-se a moratória em relação à dívida externa. Instalou-se uma crise econômica sem precedentes (ENEI, 2007, p. 20).

Assim sendo, considerando esse complexo cenário político, social e econômico envolvido nessa nova realidade mercadológica, o Estado promoveu grandes reformas estruturais e legislativas. Conforme Vicentino (1997, p. 465):

Cumprindo a nova lógica do capitalismo globalizado, ganhou enorme intensidade a venda de empresas estatais por todos os países, as privatizações, ampliando os espaços econômicos empresariais e também a subordinação dos Estados minimizados à lógica do mercado internacionalizado.

De acordo com a especialista na matéria Di Pietro (2002, p. 20), o Poder Público instituiu vários regimes de parcerias para a desestatização, abarcando “todas as técnicas possíveis, já aplicadas ou ainda a serem criadas, com o objetivo de reduzir a atuação estatal”.

Neste sentido:

O modelo puro e simples das privatizações, concessões comuns, permissões e autorizações, revigorado a partir

da década de noventa, permitiu ao Estado atrair investimentos privados significativos para diversos segmentos do setor de infraestrutura (ENEI, 2007, p. 403).

Desta forma, pode-se afirmar:

O Estado, que inicialmente regulava a vida econômica da nação para atender a necessidades ditadas pelas suas finanças, desenvolvendo políticas mercantilistas, passou a fazê-lo para assegurar o *laissez faire* e, concomitantemente, prover a proteção social, visando à defesa e preservação do sistema (GRAU, 2012, p. 31).

Em suma, o novo ordenamento econômico prestigiou uma economia de mercado de cunho eminentemente capitalista, sendo pressuposto básico desse sistema constitucional a livre iniciativa com pouca ou nenhuma interferência estatal nas soluções econômicas desenvolvidas pela iniciativa privada (TAVARES, 2003).

Sob esse prisma, a infraestrutura assume uma importância primordial, considerando ser o setor responsável pelo conjunto de elementos estruturais para a produção e o fluxo de bens e serviços. Assim, atualmente, resta inexorável que o financiamento de tal atividade econômica possui uma concepção híbrida, envolvendo interesses públicos e privados, como fator essencial ao crescimento e desenvolvimento do próprio País (TOLEDO DA SILVA, 2012).

Nesse aspecto, verifica-se a necessidade de uma intensa reformulação da atividade de consultoria jurídica voltada para os negócios de infraestrutura, a qual, inexoravelmente, deve ser incluída nos custos da transação, conforme se demonstrará.

2 Do projeto de infraestrutura

De acordo com a doutrina (ZIMMERMANN, 2012), a infraestrutura é a atividade econômica associada às grandes obras de engenharia e construção civil pesada, imprescindíveis ao desenvolvimento econômico, especialmente, em relação a:

a) matrizes energéticas voltadas para a produção de petróleo e gás, energia hidro/termoelétrica, eólica, nuclear, entre outras fontes, abrangendo toda a logística das redes interligadas de distribuição;

b) industriais navais e sistemas de transporte, envolvendo as malhas rodo/ferro/aero/hidroviárias, complexos portuários, estaleiros, aeroportos, terminais de carga e escoamento de produção etc;

d) complexos industriais de base para a produção de *commodities* (setor petroquímico, mineração, siderurgia, metalurgia, cimentos, agropecuária, entre outros), integrados à logística

de transporte e escoamento de cargas, interligados aos parques das indústrias de transformação;

e) saneamento básico, envolvendo complexos hídricos de captação, tratamento e fornecimento de água potável, dutos para o manejo de águas pluviais, sistemas para a coleta e tratamento de esgoto e resíduos sólidos, entre outros;

f) sistemas de telecomunicações, abrangendo todos os mecanismos necessários à transmissão, emissão ou recepção de dados, por fio, radioeletricidade, meios ópticos, entre outros processos eletromagnéticos;

g) outras atividades que necessitem de vultosos investimentos na construção pesada, como, por exemplo, amplos complexos habitacionais e/ou empresariais.

De acordo com pesquisas recentes (FRISCHTAK, 2008, p. 307), atualmente, o volume de investimentos em infraestrutura no Brasil é insuficiente para a sustentação de um significativo crescimento econômico, com uma participação paritária dos setores público e privado, em torno da cifra anual de 2% do PIB – Produto Interno Bruto. Assim, seria necessária uma expansão contínua de *“4% - 6% do PIB investido ao longo de 20 anos, para alcançar níveis observados atualmente na Coreia do Sul e em outros países industrializados do leste da Ásia”*.

Por outro lado, é notória a deficiência e a precariedade da infraestrutura brasileira, que implica a perda de competitividade no mercado globalizado, bem como o aumento do chamado “custo-Brasil”, o qual equivale ao “risco invariavelmente presente nos projetos financiados no Brasil em comparação aos países desenvolvidos, associado às ações e omissões do Poder Público” (ENEI, 2007, p. 203).

De acordo com Baptista (2011, p. 101):

O início do século XXI é marcado pela mudança do papel do Brasil no cenário internacional. A estabilidade e o crescimento da economia, conjugados com o aumento da distribuição de renda, criam um ambiente favorável para os negócios. [...] O fenômeno se verifica de maneira exemplar no âmbito da construção civil. As empreiteiras nacionais figuram entre as maiores e mais qualificadas do mundo. Sua atuação é conhecida do cidadão brasileiro, habituado a testemunhar a realização de grandes obras, reputadas necessárias ao desenvolvimento do país.

Considerando que o Estado sozinho não é capaz de suprir toda a demanda de recursos necessários para o setor de infraestrutura, faz-se necessário o desenvolvimento de mecanismos para a atração

de investimentos privados, principalmente, no modelo econômico adotado pelo atual ordenamento constitucional.

Neste sentido, considerando a complexidade e os riscos envolvidos nos investimentos privados em infraestrutura, torna-se imprescindível a realização de estudos para um profundo conhecimento do mercado (aspectos jurídicos, técnicos, operacionais etc) e um planejamento estratégico acerca de todas as possíveis variáveis que envolvem tal atividade econômica, objetivando aferir a viabilidade do empreendimento, segundo diversos cenários e perspectivas.

Na concepção doutrinária (ENEI, 2007, p. 17), os supracitados “estudos traduzem-se então em planos de negócios (*business plans*) que indicam, dentre outros fatores relevantes à decisão de investimentos, o volume de recursos necessários ao desenvolvimento e à execução do projeto”. Assim, em termos gerais, o plano de negócios “trata-se de metodologia utilizada para descrever, analisar, avaliar e propor uma determinada oportunidade estratégica” (ROSSI, 2010, p. 61).

Sobre a importância do projeto de infraestrutura, dispõe a doutrina:

A definição do objeto ou escopo da obra de engenharia é feita ordinariamente por meio de um projeto, que é uma peça eminentemente técnica. Na sua elaboração, o projetista considera diversas informações provenientes de diversas fontes, desde as fornecidas pelo próprio dono da obra, as provenientes de pesquisas e consultas de cunho legal e regulatório, as provenientes de levantamentos tais como sondagens geológicas, medições hidrológicas e levantamentos topográficos, entre várias outras (BAPTISTA, 2011, p. 69-70).

Ainda, segundo a concepção doutrinária (BONOMI, 2008), a elaboração de um *business plan* para o setor de infraestrutura é uma atividade complexa que deve envolver diversos fatores como a descrição completa e detalhada do empreendimento, inclusive sob o aspecto legal, declarando sua missão, visão e valores envolvidos no empreendimento, seu estágio e estratégia de desenvolvimento, o mercado alvo, estudos da concorrência, diferenciação e vantagens, sistemas de gestão, sistemas operacionais, metas de curto, médio e longo prazo, riscos envolvidos, sistemas de alavancagem financeira para a viabilidade do empreendimento, resultados projetados, estratégias alternativas, entre outros mecanismos.

Nessa perspectiva, entre os diversos estudos constantes em um plano de negócios de infraestrutura, constata-se que o planejamento financeiro integra tal projeto e tem como “principal objeti-

vo formalizar um fluxo de caixa projetado que esteja sustentado por premissas consistentes” (ROSSI, 2010, p. 81).

Desta forma, no caso específico, o referido planejamento financeiro é bem mais complexo do que o ordinariamente perceptível no mercado como parte do estudo de um plano de negócios de um empreendimento empresarial comum, necessitando de uma ampla cognição de aspectos e instrumentos jurídicos, principalmente, para o financiamento com foco no projeto de infraestrutura.

Em regra, os projetos de infraestrutura demonstram que para sua viabilidade operacional é exigível vultoso investimento para a sua concretização, sendo que o empreendedor não possui disposição ou capacidade para assumir individualmente perante os agentes financeiros as obrigações associadas à integralidade do aporte necessário ao empreendimento.

Neste sentido, acerca dos itens que devem ser analisados em um planejamento financeiro de projetos de infraestrutura, reza a doutrina:

Estes itens evidenciam normas e métodos de controle financeiro: * estrutura organizacional e recursos envolvidos nos processos de controle financeiro; * responsabilidade pela definição de normas e procedimentos da área financeira; * critérios para concessão de crédito e liberação de pedidos; * política de crédito; * estrutura de controle de contas a pagar e normas de compras; * informações integradas de recebimentos, pagamentos, disponibilidade financeira, fluxo de caixa e outros aspectos contábeis; * sistemas operacionais de transmissão contínua dos fluxos de informações financeiras para demais áreas; * periodicidade dos relatórios e como eles são divulgados (BONOMI, 2008, p. 47-48).

Assim sendo, diante dessa realidade mercadológica, o direito assume uma relevância científica significativa para o mercado de infraestrutura, principalmente, como instrumento de harmonização e integração entre todos os setores envolvidos nessa complexa dinâmica empresarial. Assim, de forma geral, é perceptível que as melhores práticas e conceitos aplicáveis ao setor jurídico dos negócios de infraestrutura são forjados, geralmente, sob o crivo do *Common Law*, sem uma regulamentação estatal específica (ENEL, 2007).

Neste sentido, de acordo com Tavares (2003, p. 147), “a globalização, como fenômeno de nítida conotação econômica, implica, em parte, no [sic] reconhecimento da importância da economia internacional para a saúde do País”. Fato que, inevitavelmente, gera amplos reflexos ao direito.

3 Do financiamento do projeto - *Project Finance*

Sob a ótica empresarial, “o direito deve ter como um de seus objetivos a redução ou neutralização dos custos de transação” (ENEL, 2007, p. 189), propiciando para os negócios jurídicos o alcance de suas finalidades sociais com a menor onerosidade possível.

Neste sentido, o direito pode fornecer soluções de mercado que proporcionem a mitigação dos riscos empresariais envolvidos na atividade de infraestrutura, inclusive com o desenvolvimento metodológico de sistemas de alavancagem financeira para tal setor econômico.

Acerca do tema:

O financiamento de grandes empreendimentos não envolve somente a meta tradicional de obter o financiamento mais barato, mas implica num [sic] aspecto estratégico muito importante que afeta a estrutura, o controle e a propriedade do empreendimento. [...] As diversas opções de financiamento, como, por exemplo, a alavancagem financeira de um projeto, não podem ser separadas de considerações sobre riscos, controles e incentivos (GÓMEZ, 2006, p. 52).

Assim sendo, ao ressaltar a extrema relevância da atividade creditícia, Fazzio Júnior (2003, p. 575) preconiza que “sua função econômica extravasa os lindes da mera intermediação financeira, podendo caracterizar-se como implementadora da mobilização creditícia e suplementadora do mercado”.

Entretanto, não é incomum que, diante da conjugação de diversos fatores de riscos (de mercado, tecnológicos, de construção, operacionais, regulatórios, sociais, institucionais, entre outros), as instituições de crédito adotem técnicas de mitigação de instabilidades do negócio que impliquem uma excessiva onerosidade operacional. Consequentemente, tais mecanismos podem influenciar na própria viabilidade econômica do empreendimento, possibilitando o surgimento de situações danosas para a própria estabilidade da empresa tomadora de recursos.

Sobre essa dificuldade de financiamento, preconiza a doutrina:

Na fenomenologia do mercado e nas determinantes que o sistema apresenta, com a respectiva redução do limite de lucro e a constante presença da concorrência, inclusive desleal, tudo indica que o mutuário, ao precisar de socorro financeiro do banco, se coloca em posição desfavorável e, ao enfrentar a menor crise operacional, terá uma dívida em progressão geométrica, e o seu patrimônio nem sequer apresentará uma variação aritmética (ABRÃO, 2009, p. 99).

Assim sendo, com objetivo de harmonizar tal questão, os negócios jurídicos financeiros voltados à infraestrutura devem ser estruturados em vínculos obrigacionais focados “exatamente na manutenção de uma relação de cooperação entre os seus partícipes – bem como entre eles e a sociedade – a fim de que seja possível a consecução do bem comum da relação jurídica” (FARIAS, 2008, p. 33), evitando, assim, crises operacionais.

Portanto, o paradigma contratual para o financiamento da infraestrutura deve estabelecer entre os pactuantes mecanismos de cooperação voltados ao sucesso do projeto, em uma ampla integração de todos os envolvidos em busca de resultados positivos (TOLEDO DA SILVA, 2012).

Por outro lado, em virtude de sua magnitude, as relações obrigacionais devem ser pactuadas em diferentes níveis envolvendo diversas pessoas físicas e jurídicas, estabelecendo-se uma série de acordos e contratos, os quais devem ser interpretados de uma forma integrada dentro de uma concepção sistêmica – são os denominados “contratos coligados”. Neste sentido:

Os contratos coligados são, portanto, fruto da hipercomplexidade das relações sociais e econômicas da atualidade, bem como da crescente especialização das atividades e divisão de trabalho. Operações econômicas que outrora podiam ser concretizadas por um único contrato, fosse típico ou atípico, agora, em virtude da maior complexidade destas e do envolvimento de um número maior de partes, exigem a celebração de diversos contratos interligados (ENEI, 2007, p. 284).

Diante dessa supracitada realidade contratual, a atividade financeira voltada para o mercado de infraestrutura tem adotado uma modelagem obrigacional, derivada de concepções empíricas internacionais, a qual deve fixar “diretrizes de relacionamento que enfatizam a confiança, objetivos mútuos, negociações justas, boa-fé, cooperação e compromissos firmes em relação ao empreendimento, na busca da minimização de conflitos” (TOLEDO DA SILVA, 2012, p. 73).

Aliás, tal aceção foi adotada pelo Código Civil de 2002, o qual estipulou que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” (artigo 421). Neste sentido, preconiza a doutrina:

A função social interna do contrato concerne à indispensável relação de cooperação entre os contratantes, por toda a vida da relação. Implica a necessidade de os parceiros se identificarem como sujeitos de direitos fundamentais e titulares de igual dignidade. Assim, deve-

rão colaborar mutuamente nos deveres de proteção, informação e lealdade contratual, pois a finalidade de ambos é idêntica: o adimplemento, de forma mais satisfatória ao credor e menos onerosa ao devedor (PELUSO, 2008, p. 409).

Desta forma, o mercado de crédito desenvolveu uma ampla gama de serviços financeiros específicos para o desenvolvimento de tal setor. Assim, como um dos mais importantes mecanismos de alavancagem financeira dos empreendimentos de infraestrutura, o *Project Finance* consiste em uma operação estruturada que visa a “captação de recursos para um projeto de investimento de capital separável” (TOLEDO DA SILVA, 2012, p. 63).

De acordo com a concepção doutrinária (ZIMMERMANN, 2012, p. 24), tal instituto consiste em uma “engenharia jurídica suportada contratualmente pelo fluxo de caixa de um projeto, servindo como garantia os ativos e os recebíveis desse mesmo empreendimento”. Neste sentido:

Uma estrutura de Project Finance é um exercício de engenharia financeira que permite que as partes envolvidas em um empreendimento possam realizá-lo, assumindo diferentes responsabilidades, ou diferentes combinações de risco e retorno, de acordo com suas respectivas preferências (BONOMI, 2008, p. 009).

Segundo Enei (2007), em uma operação estruturada de *Project Finance* devem participar diversos agentes com diferentes vínculos obrigacionais, mas todos vinculados ao sucesso do empreendimento projetado. Desta forma, usualmente, forma-se uma ampla rede de contratos coligados entre a empresa autora do projeto/patrocinadora, o empreendimento personificado/SPE, os diversos fornecedores, os consumidores finais, e, na maioria dos casos, o próprio Poder Público, este último com regulamentação contratual própria, regida por normas do direito administrativo.

Para tanto, são indispensáveis diversos arranjos e reorganizações societárias para adequação da situação jurídica empresarial à finalidade proposta com a conjunção dos interesses das diversas entidades envolvidas, em uma estruturação contratual que envolve soluções diversas financeiras, administrativas, operacionais e pré-operacionais.

Para a concretização de tal modalidade de financiamento, inicialmente, é imprescindível que o empreendimento adquira personalidade jurídica própria, em regra, como uma Sociedade de Propósito Específico – SPE (parágrafo único do artigo 981 do Código Civil), “normalmente constituída sob a roupagem de uma sociedade limitada ou de uma sociedade anônima, visando à consecução de um projeto determinado” (BAPTISTA, 2011, p. 157).

Neste sentido:

Modelo mais indicado para grandes projetos de investimentos, o *Project Finance* é uma engenharia (estruturação) financeira cujo objetivo é aumentar as chances de sucesso dos projetos de investimentos por meio da criação de uma sociedade de propósito específico (*Special Purpose Company*). Ao criar uma empresa desta natureza, o que se busca é diminuir o risco geral de um empreendimento separando o risco inerente a uma companhia do risco de um projeto específico (ZIMMERMANN, 2012, p. 27).

Portanto, considerando a supracitada necessidade de personificação do empreendimento no *Project Finance*, as tratativas, as negociações e os vínculos obrigacionais entre os empreendedores do ramo da infraestrutura devem ser previamente pactuados antes mesmo da apresentação da proposta de alavancagem financeira propriamente dita, visando à organização societária da SPE. Assim sendo:

Com efeito, diante do aumento da complexidade das operações, as negociações e tratativas tornaram-se essenciais à constituição dos contratos. A necessidade de consenso acerca dos diversos tópicos pertinentes a essas transações reclama inúmeros ajustamentos preliminares, tal como ocorre com as reorganizações e reestruturações societárias (QUATTRINI, 2012, p. 81).

Tais “ajustamentos preliminares” exigem extrema perícia e cautela na fixação das principais diretrizes e vínculos obrigacionais, sendo imprescindível para o profissional do direito uma ampla cognição e habilidades multidisciplinares para avaliar os diversos aspectos da transação, possuindo uma visão de todo o negócio, e não apenas pleno domínio da matéria jurídica envolvida.

Por outro lado, de acordo com o entendimento especializado, apesar de constituir uma figura atípica sob a perspectiva positivista brasileira, o direito já denota um “tipo jurídico estrutural” (ENEI, 2007, p. 34) na figura do *Project Finance*, perceptível pela concepção normativa via contratos coligados com cláusulas padronizadas.

Desta forma, constata-se que tal modalidade de financiamento é estruturada em relações contratuais típicas e atípicas (artigo 425, Código Civil). Assim, nesse contexto, de acordo com a doutrina (VENOSA, 2003, p. 367), o contrato “passa a ser o instrumento fundamental do mundo negocial, da geração de recursos e da propulsão da economia”. Ainda, de acordo com a doutrina:

Em um mundo globalizado e informatizado, marcado pelo incessante tráfego econômico e jurídico, aflora a atipicidade na contratação. Atualmente, a *lex mercatoria* pretende conceber um direito universal que rompa com as limitações jurídicas produzidas pela peculiaridade dos regimes jurídicos de cada Estado. A finalidade negocial consiste na circulação rápida de créditos globalizados, por meio de modelos atípicos que correspondam ao interesse do mercado, com a uniformização de condutas comerciais (PELUSO, 2008, p. 416).

Esse tipo de estrutura contratual financeira possui uma ampla aceitação no setor empresarial exatamente por segregar riscos com a personificação do empreendimento. Nesse contexto, as relações creditícias serão pactuadas diretamente entre a nova estruturação societária (SPE) e os agentes financeiros que irão financiar os investimentos, os quais também farão rigorosas avaliações do projeto de infraestrutura visando obter uma conjunção de variáveis que garantam seu lucro operacional.

Por outro lado, os custos dessa operação devem integrar o projeto de infraestrutura a ser desenvolvido pela SPE, considerando que “a alavancagem acarretará a necessidade de se estimar o custo médio ponderado de capital, que é a média ponderada entre o custo do capital próprio e de terceiros” (ROSSI, 2010, p. 81). O *Project Finance* envolve uma intensa estruturação de fluxos financeiros com a utilização de diversos instrumentos operacionais equacionados pelo Índice de Cobertura do Serviço da Dívida – ICSD, a partir da Taxa Interna de Retorno – TIR, entre outros aspectos (ZIMMERMANN, 2012).

Neste ponto, é preciso salientar que a avaliação das projeções dos supracitados fluxos financeiros do empreendimento é primordial ao sucesso da operação estruturada em *Project Finance*, considerando que o resultado positivo em longo prazo é o que proporcionará o adimplemento das obrigações pactuadas nessa respectiva modalidade de financiamento.

Em termos práticos:

Com efeito, a decisão de crédito baseia-se preponderantemente nas perspectivas de sucesso do empreendimento explorado. Mais do que isso, sua concessão exige um grau de confiança mínimo por parte dos agentes financeiros quanto à capacidade de o projeto gerar lucros e receitas suficientes para manter-se em operação e pagar o financiamento no longo prazo (ENEL, 2007, p. 20).

Portanto, o *Project Finance* é concebido em uma rede de vínculos contratuais convergentes para o sucesso do empreendimen-

to, tendo por natureza um caráter híbrido das relações obrigacionais que envolvem a mixagem de aspectos comutativos e aleatórios, sendo que esses pactos “preocupam-se com a alocação transparente e justa de riscos entre as partes contratantes, alocando-os àquele que melhor os administra” (BAPTISTA, 2011, p. 204).

No que se refere à dinâmica de riscos de tal operação estruturada, de acordo com Enei (2007), para garantir o empréstimo, os sócios/acionistas da SPE podem oferecer bens e direitos equivalentes ao total financiado, na modalidade denominada *full recourse*, e/ou garantir parcialmente o montante emprestado, na modalidade *limited recourse*. Contudo, no uso dessa forma de financiamento o mais comum consiste na modalidade *non-recourse*, em que as instituições credoras não têm acesso ao patrimônio dos sócios/acionistas da SPE, além das respectivas ações ou quotas sociais.

Desta forma, considerando que, em regra, o financiador do projeto de infraestrutura não tem acesso ilimitado ao patrimônio dos sócios/acionistas da SPE, é imprescindível a adoção de avançadas técnicas contratuais coligadas, objetivando propiciar segurança jurídica ao negócio e visando ainda assegurar o pagamento do empréstimo, o que na prática convencionou-se denominar “pacote de garantias” (*security package*).

Conforme o preconizado pela doutrina, “a principal garantia é aquela incidente sobre as receitas (recebíveis) do empreendimento, e que pressupõe a continuidade da operação do projeto para a sua materialização” (ENEI, 2007, p. 353). Por outro lado, adicionalmente, é necessária uma série de contratos de seguros (*insurance*) para garantir a continuidade do empreendimento em virtude de diversos fatores que podem atrasar o prosseguimento ordinário das obras de infraestrutura.

Todavia, além dos supracitados recebíveis, o aludido pacote inclui várias outras garantias reais e fidejussórias, acessórias e abstratas, típicas e atípicas, como o direito de intervenção (*step-in rights*) e outras obrigações de fazer ou não fazer (*covenants*), segundo entendimento doutrinário (ENEI, 2007), o que, associado a outros mecanismos jurídicos do direito imobiliário pátrio (negócios fiduciários, direito real de superfície, entre outros), proporciona uma considerável penetração do instituto no setor de infraestrutura.

Outro aspecto importante a ser ressaltado, ainda segundo o supracitado doutrinador, é que, em virtude dos custos envolvidos e da complexidade para uma abordagem multidisciplinar de um *Project Finance*, o prazo de maturação para tal financiamento é relativamente superior ao dos demais empréstimos tradicionais, sen-

do que os custos operacionais para a realização do projeto, geralmente, são aportados por meio de um empréstimo ponte (*bridge loan*). Assim, acerca de tal espécie de contrato preliminar, esclarece a doutrina que:

Forçoso, portanto, extrair-se dessas teorias alguns pontos em comum. Se houver, efetivamente, um contrato preliminar que ultrapasse a simples negociação ou manifestações de intenções, alcançando a vontade das partes, um acordo quanto aos elementos essenciais do contrato a ser efetivado, então o pré-contrato consistiria na faculdade que se atribuem as partes de exigir, uma da outra, a concretização do negócio jurídico (AVVAD, 2012, p. 365).

Portanto, considerando todos esses fatores, nas operações estruturadas em *Project Finance*, os custos da transação são mais onerosos do que àqueles relativos ao financiamento tradicional embasado na estrutura corporativa da empresa (*corporate finance*), sendo que tais despesas podem ser substancialmente minimizadas com a efetiva participação de consultores multidisciplinares para a condução técnica do negócio e tratamento da “assimetria das informações”. Neste sentido:

A assimetria das informações, no linguajar econômico, consubstancia-se na dispersão das informações no ambiente em que os negócios se dão, fazendo com que alguns agentes tenham maiores prejuízos ou lucros em função da quantidade e qualidade de informações de que dispõem para a concretização dos negócios (QUATTRINI, 2012, p. 41).

Um exemplo prático da utilização de tal modalidade de financiamento, de acordo com Enei (2007), foi a construção do Eurotúnel concluído em 1994 com o objetivo de interligar por via férrea a Inglaterra à França, com um investimento superior a 16 bilhões de dólares, financiados por mais de 200 instituições de crédito, e possuindo uma SPE, sob a forma de sociedade anônima, com mais de 500 mil acionistas.

No âmbito nacional, um exemplo clássico citado pela doutrina (BONOMI, 2008) é a ponte Rio-Niterói, empreendimento cuja viabilidade econômica ocorreu – após a concessão administrativa, por meio de procedimento licitatório efetivado pela União (primeiro trecho de rodovia federal privatizado no Brasil em 1994) – com a constituição de uma SPE (Ponte S/A), cujos principais acionistas são as empresas Camargo Corrêa Transportes S/A, Construtora Andrade Gutierrez S/A, Odebrecht Serviços de Infraestrutura S/A, Serveng-Civilsan S/A, SVE Engenharia S/A e Brisa – Autoestradas de Portugal

S/A, e o financiador do projeto foi o BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social.

Ainda de acordo com a doutrina (BONOMI, 2008), especificamente no Estado de Goiás, o supracitado paradigma de alavancagem financeira viabilizou a operacionalização da Usina Hidrelétrica de Serra da Mesa, com capacidade de geração de 1.275 MW, através da SPE (Serra da Mesa Energia S/A), cujos principais acionistas são as empresas Camargo Corrêa S/A, Companhia Luz e Força Santa Cruz e União do Comércio e Participações Ltda, possuindo como patrocinadores privados do projeto o Grupo Votorantim e a Bradespar, que integralizaram inicialmente o capital social da SPE, além do aporte financeiro do BNDES.

Tal sistema de alavancagem financeira encontra-se consolidado na CAIXA, principalmente, no portfólio de produtos direcionados ao financiamento da infraestrutura, conforme o perceptível nos manuais normativos AE 117 001 (Análise socioambiental para financiamento de operações estruturadas - princípios do equador), SA 052 014 (Financiamento - Operações estruturadas de financiamento em saneamento e infraestrutura), SA 055 034 (Financiamento - Pró transporte - Programa de infraestrutura de transporte e mobilidade urbana), entre outros. Sendo evidenciado que "o desenvolvimento de uma operação estruturada requer um prazo de maturação relativamente mais longo, além de exigir criatividade e um profundo conhecimento quanto às legislações e normas do mercado nacional e, em alguns casos, internacional, utilizando-se de especialistas internos e externos, na avaliação e aconselhamento na estruturação da operação - subitem 3.2.7 do SA 052 014.

É fundamental ainda ressaltar que as técnicas de tal sistema de financiamento podem ser absorvidas por outras áreas da economia, além do setor de infraestrutura, como, atualmente, está ocorrendo no mercado imobiliário, que "tem conseguido realizar estruturações de menor valor, mais simples que usam, quase sempre, mecanismos locais de distribuição nos títulos (BONOMI, 2008, p. 20).

Por outro lado, o principal elemento de instabilidade para tal sistema de financiamento consiste na insegurança jurídica sistêmica dos investidores, principalmente, considerando o longo prazo dos investimentos. Neste sentido:

As operações de *Project Finance* são, costumeiramente, operações de longo prazo. Uma das dificuldades geradas pelo longo prazo é a dificuldade de previsão pelas partes de todas as variáveis de risco possíveis e sua formalização quando da redação dos contratos referentes ao empre-

endimento. Além disso, por conta do prazo das operações, as naturais trocas de governo que deverão ocorrer causam preocupação às partes, especialmente aos investidores estrangeiros (BONOMI, 2008, p. 52).

Portanto, o *Project Finance* possui ampla aceitação e credibilidade consolidada na experiência consuetudinária global para o financiamento de projetos de infraestrutura, exatamente por propiciar uma excelente mitigação de riscos para todas as partes envolvidas. Assim, o Brasil apresenta um extraordinário potencial para a aplicação de tais técnicas de financiamento, as quais conjugadas aos institutos pátrios maximizam sua eficácia, podendo fornecer magníficas soluções jurídicas privadas ao setor de infraestrutura, desde que “haja um excelente trabalho de coordenação das equipes participantes, executando um rigoroso e preciso planejamento, com condição básica para viabilizar empreendimentos assim estruturados” (BONOMI, 2008, p. 20).

Conclusão

De acordo com todo o exposto no presente trabalho, percebe-se que um dos grandes empecilhos ao desenvolvimento do potencial econômico do Brasil é a precariedade e a falta de investimentos na infraestrutura, sendo que o Poder Público, por si só, é incapaz de suprir todo o volume de recursos necessários para tal setor. Desta forma, principalmente, a partir do novo modelo econômico dogmatizado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, possibilitou-se o investimento massivo privado em tal setor de infraestrutura.

Neste sentido, o *Project Finance* é apresentado como uma das soluções viáveis para o financiamento privado da infraestrutura considerando tratar-se de uma engenharia jurídica contratual que proporciona uma ampla segurança jurídica para todas as partes envolvidas, desde que os riscos sejam corretamente calculados e direcionados aos pactuantes que melhor os absorvam.

Deste modo, nota-se que em tal sistema de financiamento o empreendimento é desenvolvido e explorado segregadamente da atividade principal do patrocinador do projeto, através de uma Sociedade de Propósito Específico, a qual se responsabiliza pelas obrigações assumidas total ou parcialmente. Assim, adicionalmente, o financiador é protegido por um “pacote de garantias”, constituído a partir de avançadas técnicas contratuais típicas e atípicas.

Assim sendo, verifica-se a existência de uma rede de contratos coligados que exigem extrema fidúcia entre os participantes de tal

operação estruturada em *Project Finance*, considerando que do sucesso do empreendimento dependerá o resultado positivo para todos os envolvidos.

Por fim, é ressaltado que o Brasil apresenta um extraordinário potencial para a aplicação de tais técnicas de financiamento, as quais, conjugadas com os institutos jurídicos pátrios, maximizam sua eficácia, podendo fornecer magníficas soluções jurídicas para a infraestrutura.

Referências

- ABRÃO, Nelson. **Direito Bancário**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- AVVAD, Pedro Elias. **Direito Imobiliário: teoria geral e negócios imobiliários**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- BAPTISTA, Luiz Olavo (Coord.). **Construção Civil e Direito**. São Paulo: Lex Editora, 2011.
- BONOMI, Cláudio Augusto. **Project Finance no Brasil: fundamento e estudo de casos**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- ENEL, José Virgílio Lopes. **Project Finance: financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas, leveraged buy-outs e outras figuras afins)**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das Obrigações**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de Direito Comercial**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FRISCHTAK, Cláudio R. O investimento em infraestrutura no Brasil: Histórico recente e perspectivas. **Pesquisa e Planejamento Econômico (PPE)**, Rio de Janeiro, v. 38, n. 2, p. 307-348, ago. 2008. Disponível em: <<http://ppe.ipea.gov.br/index.php/ppe/article/viewFile/1129/1033>>. Acesso em: 1 jun. 2013.
- GÓMEZ, Luis Alberto. **Contratos EPC – Turnkey**. Florianópolis: Visual Books, 2006.
- GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- PELUSO, Cezar (Coord.). **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 2ª ed. Barueri, SP: Manole, 2008.
- QUATTRINI, Larissa Teixeira (Coord.). **Direito Societário: Fusões, aquisições, reorganizações societárias e due diligence**. São Paulo: Saraiva, 2012. (Série GVlaw)

ROSSI, Luiz Egydio Malamud. **Manual de Private Equity e Venture Capital** – Passos para atração de investidores e alocação de recursos. São Paulo: Atlas, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 1ª ed. São Paulo: Método, 2003.

TEMER, Michel. **Elementos do direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

TOLEDO DA SILVA, Leonardo (Coord.). **Direito e Infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VICENTINO, Cláudio. **História Geral**. 7ª ed. São Paulo: Scipione, 1997.

ZIMMERMANN, Lúcia Vidigal (Coord.). **Direito e Infraestrutura** – Guia do Investidor. São Paulo: LTr, 2012.

Fraude à execução, Súmula 375 do Superior Tribunal de Justiça e artigo 615-A do Código de Processo Civil

Renato Luiz Harmi Hino

*Advogado da CAIXA no Paraná
Pós-graduado em Direito Processual Civil pela
Universidade Gama Filho*

RESUMO

A ocorrência da fraude à execução tem sido objeto de diferentes decisões judiciais, o que levou o Superior Tribunal de Justiça a consolidar seu entendimento por meio da sua Súmula 375, passando a exigir prévio registro da penhora ou prova da má-fé do terceiro adquirente para seu reconhecimento. Este estudo tem por objetivo apresentar a evolução histórica do instituto da fraude à execução e seus atuais pontos polêmicos, conjugado à aplicação da providência do artigo 615-A do Código de Processo Civil, que permite ao exequente averbar a certidão do ajuizamento da ação junto ao registro público dos bens do devedor, com destaque aos tipos de processos em que ela pode ser utilizada, e aponta a necessidade de adoção pelo credor de providências judiciais com o objetivo de prevenir a alienação de bens pelo devedor em fraude à execução, que pode comprometer a recuperação de seu crédito.

Palavras-chave: Processo Civil. Fraude à execução. Súmula 375 do STJ. Art. 615-A do CPC.

ABSTRACT

The fraud of execution incident has been subject of several court decisions, which led the High Court of Justice to consolidate its understanding through its Precedent 375, starting to require prior registration of the attachment or proof of third acquirer bad faith in order to recognize the fraud. This study aimed to present historical evolution of the fraud of execution incident and its current controversial issues, combined with action application of the Article 615-A from Civil Procedure Code, which allows the petitioner to register the lawsuit distribution certificate in public records of debtor goods, notably in relation to the types of proceedings in which can be used, and shows the necessity of lender to take legal actions in order to prevent the alienation of property by the debtor in fraud of execution, which may jeopardize the recovery of his credit.

Keywords: Civil Procedure. Fraud of Execution. Precedent 375 of the STJ. Article 615-A from CPC.

Introdução

O presente estudo inicia-se pelo instituto da fraude à execução, com as suas hipóteses legais de ocorrência, passando pelas alterações havidas na jurisprudência ao longo do tempo quanto à sua caracterização até chegarmos à edição da Súmula 375 pelo STJ.

Com o objetivo de propiciar a celeridade e a efetividade do processo de execução, foram promovidas mudanças no Código de Processo Civil, no tocante às disposições a ele relativas, por meio da Lei nº 11.382/2006.

Dentre essas mudanças, introduziu-se no Código de Processo Civil o artigo 615-A, prevendo-se a possibilidade de o exequente, distribuída a execução, obter certidão comprobatória do ajuizamento e averbá-la junto ao registro público dos bens do devedor passíveis de penhora, objetivando prevenir sua alienação a terceiros em fraude à execução.

Essa inovação, que, em princípio, pareceu ser algo benéfico ao credor, demonstrou tratar-se, na prática, da positivação legal da tendência jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça de proteção ao terceiro de boa-fé, consolidada em sua Súmula 375.

Analisaremos essa providência do artigo 615-A do CPC e as polêmicas existentes em relação aos tipos de processo em que ela se aplica considerando as decisões de nossos tribunais.

Ao final, abordaremos como o atual entendimento jurisprudencial acerca da fraude à execução acarreta aos credores a necessidade de adoção de medidas judiciais preventivas para resguardar seus interesses e possibilitar a recuperação de seu crédito em caso de inadimplência.

1 Fraude à execução

O instituto da fraude à execução está diretamente ligado à responsabilidade patrimonial do devedor, em que *“el crédito encierra un deber para el deudor e una responsabilidad para su patrimonio”* (VON TUHR, 1934 *apud* THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 201).

Essa responsabilidade patrimonial do devedor encontra-se positivada no Código de Processo Civil ao prever em seu artigo 591 que *“o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei”*.

Dessa disposição legal surge a questão temporal referente aos bens presentes; isto é, presentes em que momento? Dúvidas não há que os bens penhoráveis encontrados na fase de penhora poderão ser objeto desta. Mas e se nessa fase não forem localizados esses bens porque já alienados a terceiros? Os bens que já estiveram na esfera de propriedade do devedor poderão ser penhorados? Como leciona Theodoro Júnior (1993, p. 103), “tanto os bens existentes ao tempo da constituição da dívida como os que o devedor adquiriu posteriormente ficam vinculados à responsabilidade pela execução”.

Considerando que o patrimônio do devedor responde por suas obrigações, se após a constituição destas o devedor onera ou aliena bens ou direitos a título gratuito ou oneroso, o patrimônio que possuía ao tempo da obrigação irá por ela responder (NERY JUNIOR; NERY, 2010).

Porém, a possibilidade de o patrimônio do devedor que já tiver sido alienado ou onerado em favor de terceiros continuar a responder por suas obrigações não é automática, pois depende de pronunciamento judicial. Esse pronunciamento judicial dependerá da demonstração pelo credor de que a alienação ou oneração de bens pelo devedor se deu em fraude, a qual poderá ser considerada contra credores ou à execução.

Apesar de a fraude contra credores e a fraude à execução possuírem semelhanças, trata-se de institutos distintos inclusive quanto à sua natureza jurídica. Como nosso estudo tem como foco o direito processual, não adentraremos no estudo da fraude contra credores; porém, se apresenta oportuno conhecer suas principais distinções tomando por base o que leciona Bruschi (2005).

A fraude contra credores é instituto de direito material disciplinado nos artigos 158 a 165 do Código Civil, enquanto a fraude à execução pertence ao direito processual tratado no artigo 593 do Código de Processo Civil. A fraude contra credores atinge interesses particulares dos credores preexistentes, enquanto na fraude à execução ocorre, também, por parte do devedor, a violação à atividade jurisdicional do Estado, inclusive passível de penalidades. A fraude contra credores depende de ação própria (revocatória ou pauliana) para sua declaração por sentença, enquanto para a fraude à execução é necessário haver lide pendente, na qual sua ocorrência será reconhecida. Na fraude contra credores, o ato fraudulento é anulado e o bem retorna ao patrimônio do devedor, beneficiando inclusive outros credores; já na fraude à execução, o ato permanece válido entre as partes, sendo ineficaz apenas em relação ao credor prejudicado para o qual assim foi declarado e, portanto, somente a ele aproveita.

Esses institutos também se diferenciam quanto à vontade das partes em prejudicar o credor, conhecida como *consilium fraudis*, a qual necessita ser provada na fraude a credores, mas pode ser presumida na fraude à execução. Por fim, na fraude contra credores, estes têm a obrigação de fazer prova da insolvência do devedor como requisito para a ação revocatória, enquanto na fraude à execução esse ônus, como regra, não é do exequente, vez que se presume sua ocorrência, cabendo ao devedor afastar essa presunção.

Ainda sobre o aspecto temporal, há a questão relativa à hipótese de existência de vários bens em nome do devedor por ocasião da constituição da obrigação, os quais foram sendo alienados paulatinamente até que o devedor se tornou insolvente; neste caso, segundo Castro (1974), a fraude deverá ser apreciada considerando o tempo da alienação, de forma a atingir inicialmente as alienações por último realizadas, retroagindo apenas até o cômputo da dívida.

Isso significa que, se por ocasião da alienação ou oneração o devedor possuía outros bens para responder por suas obrigações pecuniárias, ela não será considerada em fraude à execução, a qual poderá verificar-se apenas em relação às alienações ou onerações dos bens que permaneceram no patrimônio do devedor. Nesse sentido:

Fraude à execução. Alienação de imóvel após a citação e anterior à penhora. Art. 593, II, CPC. Embargos de terceiro. Existência de outros bens, alienados posteriormente. Não havendo comprovação da insolvência, à época do negócio, não há que se falar em fraude (REsp 222.709/SP, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/04/2000, DJ 19/06/2000, p. 143).

Há que se registrar, entretanto, que essa regra não se aplica aos bens cujos direitos sejam objeto da ação ou que já estejam eficazmente constrictos em garantia desta, pois, nesses casos, é irrelevante, como regra, a existência de outros bens do devedor que possam responder pela obrigação.

1.1 Conceito e efeitos

O conceito de fraude à execução pode ser extraído do artigo 593 do CPC, o qual dispõe que ocorre a fraude à execução na alienação ou oneração de bens quando sobre eles pender ação fundada em direito real, ou quando ao tempo desse ato corria em face do devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência, ou ainda em outras hipóteses previstas em lei.

Para Marinoni e Mitidiero (2010, p. 615), “trata-se de manobra do executado que visa subtrair à execução bem de seu patrimônio”. Mas essa subtração de bens pode dar-se não somente pela alienação, que corresponde à “transferência a título gratuito ou oneroso” (LIMA, 1990, p. 443), mas também pela sua oneração a qualquer título, sendo as mais comuns a constituição de garantia real para o cumprimento de alguma obrigação pecuniária e a promessa irretratável de compra e venda. Na hipótese de oneração pela constituição de garantia real, o reconhecimento da fraude à execução em sua constituição terá o efeito de os privilégios dessa garantia não serem oponíveis ao credor prejudicado, fazendo com que este, mesmo se quirografário, tenha seu crédito satisfeito com preferência àquele com garantia real.

A justificativa para a existência do instituto da fraude à execução pode ser extraída do seguinte ensinamento de Theodoro Júnior (2004, p. 212):

É claro que não se pode ter como eficaz um processo executivo que não consegue defender a própria garantia da prestação jurisdicional satisfativa. Com efeito, a execução tem como objeto bens aptos a satisfazer o direito do credor. Se esses bens são desviados impunemente, o que se frustra não é apenas o direito subjetivo da parte. É, acima de tudo, a prestação jurisprudencial.

Em razão de o conceito legal nada dispor sobre a intenção de fraudar, a maioria da doutrina posicionou-se no sentido de ser ela presumida e, portanto, desnecessária a prova de que o terceiro adquirente tivesse a deliberada vontade de fraudar o credor, sendo bastante a existência da litispendência. Porém, a atual orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça é de proteção ao terceiro adquirente de boa-fé, condicionando a presunção da *consilium fraudis* à existência de prévia anotação do gravame no registro público do bem, como se verá no decorrer deste estudo.

A consequência legal do reconhecimento judicial da ocorrência da fraude à execução na alienação ou oneração de bens é que esta será considerada ineficaz em relação ao credor prejudicado, para o efeito de ser possível a penhora desses bens perante o terceiro adquirente, sem que a alienação ou oneração seja anulada. Para Zavascki (2003 *apud* BRUSCHI, 2005, p. 146),

na fraude à execução o bem fica desde logo passível de constrição judicial, independentemente de sentença ou de decisão judicial declaratória ou constitutiva, posto que o negócio em que se deu a alienação ou instituição do gravame não opera seus efeitos perante a execução”.

Além disso, nos termos do art. 600, inciso I, do CPC, a fraude à execução é considerada ato atentatório à dignidade da justiça, sujeitando o devedor à multa de até 20% do valor atualizado do débito, em favor do credor, como previsto no art. 601 do mesmo *codex*.

Embora de rara aplicação, a fraude à execução também se constitui em crime, como tipificado no art. 179 do Código Penal, sujeitando o infrator à pena de detenção de seis meses a dois anos ou multa. Diz-se de rara aplicação em razão de sua ação penal depender de queixa e, portanto, ser necessário pedido formal do credor prejudicado para que seja ajuizada. Normalmente, não há interesse do credor na detenção do devedor, pois isso pode obstar sua capacidade laborativa e, com isso, impossibilitar a percepção de rendimentos, sem os quais não será possível o adimplemento de obrigações pecuniárias.

Cabe ressaltar, ainda, que a fraude à execução haverá apenas em face do autor da ação, não se lhe aproveitando para outros credores.

1.2 Hipóteses Legais

Os incisos I a III do artigo 593 do CPC dispõem sobre as situações passíveis de caracterização da fraude à execução. A saber: I - quando sobre eles pender ação fundada em direito real; II - quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência; III - nos demais casos expressos em lei.

1.2.1 Na pendência de ação fundada em direito real

Corresponde à hipótese de sobre o bem alienado ou onerado pender ação fundada em direito real (reivindicatórias, usucapião, que versem sobre penhor, hipoteca, alienação fiduciária, anticrese, entre outras), na qual se busca bem certo ou “a obrigação se acha vinculada a bem igualmente certo”, objeto de garantia real (LIMA, 1990, p. 447). Nesse caso, desde que haja essa ação, a alienação ou oneração poderá ser declarada em fraude à execução, mesmo que o devedor possua outros bens que possam responder pela obrigação pecuniária. Como ensina Salamacha (2005, p. 160):

Pela norma do inciso I do art. 593 do CPC, não há que se perquirir sobre a insolvência ou não do devedor alienante. Não faz diferença que tenha outros bens, livres e desembaraçados, eis que estará configurada a fraude à execução, pois, como se trata de ação fundada em direito real, somente interessa ao autor o bem vin-

culado ao processo. É esse bem que trará a satisfação do autor.

O que se exige nessa hipótese é a litispendência, ou seja, a existência de ações judiciais “cuja pretensão de direito material nelas discutida tem natureza real” (NERY JUNIOR; NERY, 2010, p. 1042); isto é, seu objeto deve corresponder a direitos sobre o bem alienado ou onerado.

Há divergência, porém, se é bastante o simples ajuizamento da ação ou se é necessária a citação do réu. Para Nery Junior e Nery (2010, p. 1042):

Embora o sistema do CPC considere proposta a ação assim que distribuída ou despachada a petição inicial (CPC 263), somente se poderá dizer que a ação corre, isto é, está pendente, depois que se efetivar a citação válida (CPC 219). Assim, se o ato de oneração ou alienação se dá depois da propositura da ação, mas antes da citação, terá havido fraude contra credores, somente declarável por meio de ação pauliana; se o ato de oneração se deu depois da citação válida, terá havido fraude de execução, que pode ser reconhecida na execução ou nos embargos, de devedor ou de terceiro.

Esse entendimento doutrinário é acompanhado pela jurisprudência, a qual entende ser “imprescindível que o demandado tenha sido citado validamente para o processo em curso” (STJ, 5ª T., REsp 719.969/RS, rel. Min. Felix Fischer, j. 02.08.2008, DJU 26.09.2005, p. 450, *apud* MARINONI; MITIDIERO, 2010, p. 615). Todavia, como cita Nery Junior e Nery (2010, p. 1042), há entendimentos em sentido diverso, admitindo “que o ato praticado depois da propositura da ação, mesmo antes da citação, pode caracterizar a fraude à execução”, e também posições intermediárias que não consideram indispensável a citação válida, admitindo-se a prova da “ciência inequívoca do demandado de que contra ele pende ação capaz de reduzi-lo à insolvência”. Contudo, o entendimento predominante da doutrina e da jurisprudência é pela necessidade da citação válida do devedor.

Mas a controvérsia vai além para discutir se o reconhecimento da fraude à execução nesses casos também dependerá do registro da citação junto à matrícula do imóvel, cuja providência está prevista no artigo 167, I, 21, da Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos). Quanto a isso, Castro (1974), Santos (1989) e Theodoro Júnior (2004) entendem que o registro da citação na matrícula imobiliária não é requisito para o reconhecimento da fraude à execução na alienação ou oneração daquele bem, sendo bastante a litispendência; a consequência é que a ausência do registro da ci-

tação retira a presunção absoluta da fraude e acarreta ao credor o ônus de provar que o terceiro adquirente tinha conhecimento da existência da ação pendente em face do alienante, providência esta dispensada se realizado o registro previsto na Lei de Registros Públicos. Nesse sentido é o julgado colacionado por Nery Junior e Nery (2010, p. 1044):

Para configurar a fraude de execução, mister se faz que haja litispendência, isto é, já tenha sido o executado validamente citado (JTACivSP 107/286), estando esse ato inscrito no registro (LRP 167 I), ou, na falta de tal providência, havendo prova de que o adquirente sabia da existência da ação (STJ, 4ª T., REsp 212107/SP, rel. Min. Rui Rosado de Aguiar, j. 4.11.1999, v.u., DJU 7.2.2000, p. 166).

Disso se conclui que haverá presunção absoluta da fraude à execução quando houver o registro público da citação válida do devedor anterior à alienação. Porém, e se não tiver havido esse registro? Será do credor o ônus da prova de que o adquirente sabia da existência da ação?

Salamacha (2005, p. 163), com base no princípio da proporcionalidade, “que serve de ponto de equilíbrio na interpretação e aplicação das regras jurídicas”, apresenta duas situações em que haveria presunção relativa em favor de determinada parte a depender de determinadas circunstâncias. Para ele, haverá presunção relativa em favor do credor quando a ação tramitar no foro da situação do bem, em razão da praxe comercial de o adquirente obter, previamente à alienação do bem, certidão de feitos ajuizados em nome do alienante. De fato, mais que uma praxe comercial, há lugares em que é obrigatória a apresentação dessa certidão como condição para a lavratura da escritura pública de alienação, como prevê o § 2º do art. 1º da Lei nº 7.433/1985, regulamentado pelo Decreto nº 93.240/1986. Com isso, o adquirente teria prévio conhecimento da existência da ação em face do alienante e, portanto, não poderia alegar sua ignorância.

Por outro lado, esse mesmo autor defende que a presunção relativa será em favor do adquirente quando a ação tramitar em foro diverso da situação do bem, pois, nesse caso, não teria ele como saber da existência da ação sem o registro público dessa litispendência, diante da impossibilidade de obtenção da certidão de feitos ajuizados que abrangesse todos os foros, especialmente da justiça comum. Nessa hipótese, caberia ao credor o ônus de demonstrar que o adquirente tinha ciência da existência da ação.

Essas alternativas são juridicamente defensáveis e plenamente aplicáveis em casos concretos com essas características, além de dis-

tribuir de forma equilibrada o ônus da prova. Na verdade, elas podem ser aplicadas não somente nas ações fundadas em direito real, mas também em qualquer ação que possa levar o réu à insolvência, que corresponde à segunda hipótese de ocorrência da fraude à execução que veremos a seguir.

1.2.2 Na existência de ação capaz de tornar o devedor insolvente

Trata-se da hipótese em que a caracterização da fraude à execução depende da circunstância de, ao tempo da alienação ou oneração do bem, haver em face do devedor ação judicial capaz de levá-lo à insolvência. Apesar de o nome do instituto ser fraude à execução, sua ocorrência pode dar-se em outras demandas judiciais, além do processo de execução, vez que, sendo o ato fraudulento "atentatório à dignidade da justiça, é suficiente que haja litispendência em ação judicial, qualquer que seja ela (de conhecimento – declaratória, constitutiva ou condenatória –, cautelar ou de execução)", bastando que possa levar o devedor à insolvência (NERY JUNIOR; NERY, 2010, p. 1042-1043). Esse entendimento decorre da interpretação da própria previsão legal que usa o termo "demanda", sem limitar a um tipo específico de ação.

Por certo que o reconhecimento da fraude à execução, com seus efeitos, somente ocorrerá na fase de execução ou de cumprimento de sentença, mas o ato fraudulento não necessita que tenha ocorrido nessa fase, sendo possível a partir da fase de conhecimento, desde que a alienação ou oneração tenha desfalcado o patrimônio do devedor ao ponto de não remanescer bens bastantes para responder pela obrigação decorrente da decisão judicial.

Contudo, apesar de o texto legal prever a possibilidade da ocorrência da fraude à execução mesmo que a ação ainda esteja na fase de conhecimento, a atual orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, de proteção ao terceiro adquirente de boa-fé, tornou difícil sua caracterização, como se verá nas seções seguintes.

Além disso, diferente da hipótese anterior, nesta a lei exige a presença de dois requisitos: a) existência ao tempo da alienação ou oneração de ação judicial em face do devedor que lhe possa acarretar responsabilização patrimonial (litispendência); e b) que essa ação leve o devedor à insolvência.

O primeiro requisito, referente à litispendência, corresponde à mesma situação já tratada no item anterior, onde se viu que o entendimento doutrinário e jurisprudencial predominante é que

a litispendência somente será reconhecida após a citação válida do devedor, não sendo suficiente o simples ajuizamento da ação.

Porém, a partir da Lei nº 11.382/2006, que introduziu no Código de Processo Civil o artigo 615-A, instituiu-se a possibilidade de caracterizar-se a fraude à execução antes mesmo da citação do devedor, bastando que o exequente providencie o registro da certidão do ajuizamento da execução no registro público do bem que se pretende penhorar. Como esse assunto será tratado na sequência em seção própria, ficaremos neste ponto apenas como mera menção.

O segundo requisito correspondente à insolvência o art. 748 do CPC assim define: “dá-se a insolvência toda vez que as dívidas excederem à importância dos bens do devedor”. A insolvência, portanto, é a incapacidade do devedor de honrar seus compromissos financeiros, pela ausência de bens ou de renda que possam por eles responder.

Portanto, não basta a litispendência, faz-se necessária também a insolvência do devedor. Como leciona Lima (1990, p. 451), a simples existência da ação não gera a fraude, há que haver dano, prejuízo, decorrente da insolvência resultante da alienação ou oneração de bens pelo devedor. “Se o devedor aliena ou onera mas fica com bens suficientes, não cabe ao credor insurgir-se, pois não lhe compete um bem determinado”.

Isso significa que se após a alienação ou oneração o devedor permanecer com outros bens que não o tornem insolvente, não terá havido fraude à execução. Segundo Theodoro Júnior (2004, p. 211), é necessário “demonstrar o *eventus damni*, isto é, a insolvência do devedor decorrente da alienação ou da oneração”.

O texto legal do inciso II do art. 593 do CPC refere-se à demanda judicial como a causadora da insolvência do devedor, e não à alienação ou oneração de bens, o que não poderia ser diferente, já que no momento da alienação ou oneração o devedor poderia não estar insolvente, pois a obrigação pecuniária decorrente da decisão judicial ainda não existia, sendo esta, portanto, a causadora da insolvência.

Theodoro Júnior (2004, p. 211), todavia, observa “que a insolvência não deve decorrer obrigatoriamente da demanda pendente, mas do ato de disposição praticado pelo devedor”. O que ocorre nesse caso é que os efeitos da decisão judicial retroagem até a alienação ou oneração, pelo devedor, de bens existentes por ocasião da sua citação, que ocasionaram a impossibilidade de cumprimento da obrigação estabelecida judicialmente, fazendo com que aquela alienação ou oneração possa ser atingida pela declaração de fraude à execução.

Essa hipótese legal é a que mais sofreu alterações e gerou controvérsias quanto à sua aplicação, como veremos em seção específica sobre a divergência doutrinária e a sua evolução jurisprudencial.

1.2.3 Outras situações previstas em lei

Embora despidendo, já que as demais hipóteses estabelecidas no próprio CPC e em lei específica não necessitam desse referendo, o inciso III do art. 593 do citado código pode ser visto como mero alerta da existência de outras situações legais que também caracterizam a fraude à execução.

Iniciaremos com as hipóteses contidas no próprio Código de Processo Civil, como a do art. 672, § 3º, referente à situação em que, realizada a penhora de crédito, o terceiro por ele obrigado nega sua existência em conluio com o devedor do exequente, recebendo a quitação deste. Nesse caso, essa quitação é considerada em fraude à execução para o efeito de o devedor do crédito penhorado continuar a por ele responder perante o exequente.

A outra hipótese contida no Código de Processo Civil corresponde ao art. 615-A, introduzido pela Lei nº 11.382/2006, referente à possibilidade de o exequente, distribuída a execução, obter certidão do ajuizamento e promover sua averbação junto ao registro público do bem móvel ou imóvel. Nos termos do parágrafo terceiro desse artigo, após essa averbação, presumir-se-á em fraude à execução a alienação ou oneração desse bem. Não nos alongaremos nessa análise aqui em razão de esse assunto estar abordado especificamente na seção 3 deste estudo.

Para Lima (1990), após os registros de que trata o art. 167, inciso I, 2, 5 e 21, da Lei nº 6.015/1973, combinado com o art. 240 da mesma lei, as alienações ou onerações que a eles se seguirem serão considerados em fraude à execução. Aqueles incisos tratam dos registros da hipoteca judicial; da penhora, arresto ou sequestro de imóveis; e das citações em ações de direito real ou pessoais reipersecutórias relativas a imóveis. Já o art. 240 prevê que o registro da penhora faz prova quanto à fraude em qualquer transação posterior.

Deixamos por último a hipótese de fraude à execução contida no art. 185 do Código Tributário Nacional, em razão da alteração de redação promovida pela Lei Complementar nº 118/2005, que, igualmente, acarretou mudança na jurisprudência para esses casos.

Prevía o texto anterior do art. 185 do Código Tributário Nacional: “Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com

a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução”.

Diante da condição de o débito tributário estar em cobrança judicial, o entendimento majoritário da doutrina e também da jurisprudência, como discorreu Pacheco (1997), era que a essa hipótese se aplicavam as mesmas regras do inciso II do art. 593 do CPC, referentes à litispendência e à insolvência do devedor.

Porém, com a edição da Lei Complementar nº 118/2005, deu-se nova redação ao art. 185 do Código Tributário Nacional para excluir da parte final do texto anterior a expressão “em fase de execução”, de forma que a existência da execução fiscal deixou de ser requisito para a caracterização da fraude na alienação ou oneração de bens por devedores tributários.

Apesar disso, como no âmbito do Superior Tribunal de Justiça há clara tendência de proteção ao terceiro adquirente, mesmo após a alteração de redação havida no art. 185 do CTN, ainda se observavam decisões em execução fiscal, inclusive com a citação do executado, não reconhecendo a ocorrência da fraude à execução quando não averbada a penhora sobre o bem alienado, como no julgamento proferido pela Segunda Turma no Recurso Especial nº 1.103.907-ES, relatora Ministra Eliana Calmon, de 2.4.2009, DJE 29.4.2009.

Contudo, com espeque na nova redação do art. 185 do CTN, dada pela Lei Complementar nº 118/2005, iniciaram-se decisões judiciais dispensando a necessidade do próprio ajuizamento da execução fiscal para a caracterização da fraude à execução.

Diante disso, tornou-se imperiosa a uniformização do entendimento dessa matéria, a qual se deu em 10 de novembro de 2010, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1141990/PR pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo, que teve como relator o Ministro Luiz Fux, com decisão unânime.

Como essa decisão foi tomada na forma do art. 543-C do Código de Processo Civil, seu entendimento passou a orientar todas as decisões da justiça comum em recursos que tratem da mesma questão jurídica. Por essa razão, apresenta-se importante conhecer seus termos, como trazidos a seguir nos pontos mais relevantes:

1. A lei especial prevalece sobre a lei geral (*lex specialis derogat lex generalis*), por isso que a Súmula n.º 375 do Egrégio STJ não se aplica às execuções fiscais.
[...]

9. Conclusivamente: (a) a natureza jurídica tributária do crédito conduz a que a simples alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, pelo sujeito passivo por quantia inscrita em dívida ativa, sem a reserva de

meios para quitação do débito, gera presunção absoluta (jure et de jure) de fraude à execução (lei especial que se sobrepõe ao regime do direito processual civil); (b) a alienação engendrada até 08.06.2005 exige que tenha havido prévia citação no processo judicial para caracterizar a fraude de execução; se o ato translativo foi praticado a partir de 09.06.2005, data de início da vigência da Lei Complementar n.º 118/2005, basta a efetivação da inscrição em dívida ativa para a configuração da figura da fraude; (c) a fraude de execução prevista no artigo 185 do CTN encerra presunção jure et de jure, conquanto componente do elenco das “garantias do crédito tributário”; (d) a inaplicação do artigo 185 do CTN, dispositivo que não condiciona a ocorrência de fraude a qualquer registro público, importa violação da Cláusula Reserva de Plenário e afronta à Súmula Vinculante n.º 10, do STF.

[...]

11. Recurso especial conhecido e provido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução STJ n.º 08/2008.

(REsp 1141990/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado 10/11/2010, DJE 19/11/2010)

Dessa forma, a partir desse julgado, para a caracterização da fraude à execução fiscal não mais se exige a prova da má-fé do terceiro adquirente, o registro da penhora ou mesmo o ajuizamento da execução fiscal, sendo bastante que a alienação tenha ocorrido após a inscrição do débito tributário em dívida ativa.

Essa nova orientação jurisprudencial trouxe o efeito de ser essencial a apresentação de certidão negativa de débitos fiscais em nome do alienante, para que o adquirente ou beneficiário não seja surpreendido com a declaração de ineficácia da sua aquisição ou oneração perante o fisco por fraude à execução.

1.3 Divergência doutrinária e evolução jurisprudencial

Durante considerável período, a doutrina e a jurisprudência, esta especialmente nos tribunais estaduais e regionais, entenderam suficiente para a caracterização da fraude à execução a existência da litispendência e da insolvência do devedor (esta quando exigida), vez que a *consilium fraudis* era presumida. Não se perquiria a existência de culpa ou má-fé, como na afirmação de Pontes de Miranda (1976, p. 464) de que:

é preciso que se não intrometa no assunto da fraude à execução o elemento da culpa, nem, tampouco, do lado do adquirente, o elemento da má-fé. [...] O suporte fáctico da fraude à execução nada tem com o suporte fáctico da fraude contra credores.

Acompanham esse entendimento Santos (1989) e Bruschi (2005), e no mesmo sentido é o magistério de Theodoro Júnior (1979, p. 209; 2004, p. 209), ao dispor que:

não se requer, por isso, a presença do elemento subjetivo da fraude (*consilium fraudis*) para que o negócio incida no conceito de fraude de execução. Pouco importa, também, a boa-fé do adquirente. [...] É irrelevante que o ato seja real ou simulado, de boa ou de má-fé.

A jurisprudência também possuía essa orientação, como se vê na seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal citada por Paula (1977, p. 94):

Considera-se em fraude a alienação depois de iniciada a ação condenatória ou executória do único bem sobre o qual a execução deveria recair. Sem necessidade de ação especial, visando a destruir os efeitos prejudiciais do ato de alienação, embora válido entre as partes, não subtrai os bens à responsabilidade executória; eles continuam respondendo pelas dívidas do alienante, como se não tivessem saído de seu patrimônio. Além disso, a lei dispensa a prova do elemento subjetivo da fraude, do *consilium fraudis*. A intenção fraudulenta está *in re ipsa*, e a ordem jurídica não pode permitir que, enquanto pende o processo, o réu altere a sua posição patrimonial (Ac. unân. da 2ª T. do STF, de 6.9.1974, no RE 77.242-PE, rel. Min. Bilac Pinto, DJU 29.11.1974/8.995).

Esse entendimento foi inicialmente seguido pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme julgado citado por Negrão e Gouvêa (2008, p. 813):

Não se exige a demonstração do intuito de fraudar, circunstância de que não se cogita em se tratando de fraude à execução, mas apenas em fraude contra credores, que reclama ação própria (revocatória/pauliana). Na fraude à execução é dispensável a prova da má-fé (RSTJ 159/484).

Contudo, mesmo antes, doutrinadores como Marques (1987, p. 50) já defendiam a proteção ao terceiro de boa-fé ao afirmar que “na fraude de execução não se sacrifica o adquirente de boa-fé em holocausto à regularidade da atuação dos órgãos jurisdicionais”, sendo necessária não somente a fraude na alienação por parte do devedor, mas também a ciência dessa fraude por parte do adquirente. Comungam desse entendimento Castro (1974) e Lima (1990).

Porém, fazendo o contraponto, Dinamarco (2000 *apud* BRUSCHI, 2005, p. 160) adverte:

A penhora é ato público, integrante de um processo jurisdicional, que é público, razão por que constitui ônus do adquirente perquirir a respeito, correndo os riscos de eventual imprudência ou erro. A visão dessas alienações como modalidade particularmente agravada de fraude de execução autoriza optar pelo eventual prejuízo de quem adquiriu e preservar a situação do credor exequente, com igual zelo pela autoridade do juiz sob cujo poder está o bem.

Acompanhando esse raciocínio, Bruschi (2005, p. 162) defende que o adquirente tem a facilidade de verificar e constatar a existência de ação pendente em nome do alienante, por meio de certidão dos distribuidores forenses, como decidiu o Tribunal de Justiça do Paraná em julgado de 2002 por ele citado, no qual se reconheceu a ocorrência de fraude à execução, em sede de embargos de terceiro, pela não comprovação pelo terceiro adquirente de ter “tomado as cautelas necessárias para a realização do negócio, tendo em vista que, mesmo que efetivamente não tivesse ciência daquela demanda, poderia tê-la tido, bastando para tal consultar o cartório distribuidor cível da comarca da situação do bem”.

Por outro lado, Theodoro Júnior (2004) também pontua que há muito a Lei de Registros Públicos franqueia ao credor a inscrição das ações reais imobiliárias e das penhoras no registro de imóveis, atribuindo-lhe eficácia *erga omnes*, mas que nem sempre os interessados têm sido diligentes quanto a isso, sujeitando-se à obrigação de provar a má-fé do adquirente, incumbência esta que seria dispensável caso tivessem promovido o registro.

Dessa controvérsia surge a questão: é o credor quem tem que dar publicidade à litispendência ou é o terceiro adquirente quem deve pesquisar sua existência? No mesmo sentido: é o credor quem deve provar a má-fé do terceiro adquirente ou é este quem deve provar sua boa-fé?

Como vimos, a doutrina possui defensores para ambas as posições, as quais refletiram na jurisprudência com decisões em ambos os sentidos. Porém, as decisões favoráveis ao credor estavam restritas aos Tribunais Estaduais e Regionais, como se vê na seguinte decisão colacionada por Bruschi (2005, p. 157 e 161):

[...] I – Para que se configure fraude de execução, basta a existência de lide pendente e a situação de insolvência do devedor. Não se requer que em tal demanda haja penhora e muito menos que tenha sido inscrita. II – Não há necessidade, por igual, de se demonstrar que o devedor agiu dolosamente. A intenção fraudulenta está in re ipsa, não dependendo pois da apuração do consilium

fraudis entre o alienante e o terceiro adquirente (TJPR, 1ª C. Cível, AI 052231-8, rel. Des. Munir Karam, j. 25.02.1997).

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, entretanto, as decisões há muito haviam mudado em favor do terceiro adquirente, como no julgado colacionado por Theodoro Júnior (2004, p. 214-215):

Se a fraude consiste em imputar insolvência à parte que, no processo de conhecimento, ou no processo de execução, alienou bens ainda não sujeitos à penhora (CPC, art. 593, II), o reconhecimento da ineficácia do ato de disposição dependerá, na falta de registro, da prova de que o 'o terceiro tinha ciência da demanda em curso' (STJ, 4ª T., REsp 4.132-RS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 26/09/1994, DJU 31/10/1994, p. 29.500).

Há que se destacar, todavia, interessantíssima decisão da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 655.000/SP, no qual foi relatora a Ministra Nancy Andrighi, prolatada em 23/08/2007, em que, mudando seu entendimento, divergiu da jurisprudência dominante daquele tribunal, em defesa dos direitos do credor:

- A partir da vigência da Lei n.º 7.433/1985, para a lavratura de escritura pública relativa a imóvel, o tabelião obrigatoriamente consigna, no ato notarial, a apresentação das certidões relativas ao proprietário do imóvel emitidas pelos cartórios distribuidores judiciais, que ficam, ainda, arquivadas junto ao respectivo Cartório, no original ou em cópias autenticadas.

- Cabe ao comprador do imóvel provar que desconhece a existência da ação em nome do proprietário do imóvel, não apenas porque o art. 1.º, da Lei n.º 7.433/85 exige a apresentação das certidões dos feitos ajuizados em nome do vendedor para lavratura da escritura pública de alienação de imóveis, mas, sobretudo, porque só se pode considerar, objetivamente, de boa-fé, o comprador que toma mínimas cautelas para a segurança jurídica da sua aquisição.

- Tem o terceiro adquirente o ônus de provar que, com a alienação do imóvel, não ficou o devedor reduzido à insolvência, ou demonstrar qualquer outra causa passível de ilidir a presunção de fraude disposta no art. 593, II, do CPC, inclusive a impossibilidade de ter conhecimento da existência da demanda, apesar de constar da escritura de transferência de propriedade do imóvel a indicação da apresentação dos documentos comprobatórios dos feitos ajuizados em nome do proprietário do imóvel.

Recurso especial não provido.

(REsp 655.000/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 23/08/2007, DJU 27/02/2008, p. 189)

Em que pese se tratar de decisão diversa da corrente majoritária do Superior Tribunal de Justiça, entendemos que se trata de acórdão de leitura obrigatória para os estudiosos desse tema, pelo aprofundado debate travado pelos ministros daquela turma, com votos lavrados por seus cinco integrantes, bem como pela exaustiva pesquisa de precedentes daquela corte referentes à fraude à execução apresentada pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito em seu voto-vista vencido.

A Ministra Nancy Andrighi manteve esse entendimento no julgamento do Recurso Especial nº 618.625-SC (2003/0223708-0), em 19/02/2008; e no Recurso Especial nº 804.044-GO (2005/0205765-0), em 19/05/2009; este último, porém, como voto vencido.

Frente ao entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça, a jurisprudência foi se consolidando para estabelecer a necessidade de se demonstrar, de alguma forma, que o terceiro adquirente tinha conhecimento da litispendência para caracterizar a sua má-fé, para o efeito do reconhecimento da fraude à execução.

Apesar de o instituto da fraude à execução ter sido criado em benefício do credor, com o objetivo de evitar que o devedor, maliciosamente, se desfizesse de seus bens para não responder por suas obrigações patrimoniais, a jurisprudência da corte superior caminhou no sentido de estabelecer mecanismos de proteção ao terceiro adquirente de boa-fé.

Mas no que consiste a boa-fé? Bruschi (2005, p. 158-159) traz o conceito de dois renomados estudiosos:

Para De Plácido e Silva (Vocabulário Jurídico, 1998), a boa-fé nada mais é do que ‘a intenção pura, isenta de dolo ou engano, com que a pessoa realiza o negócio ou realiza o ato, certa de que está agindo na conformidade do direito, consequentemente protegida pelos preceitos legais’.

Já para Caio Mário da Silva Pereira (Enciclopédia Saraiva de Direito, 1977): ‘... procede de boa-fé quem age norteado por uma noção inexata da verdade mas convicto de que está certo. É preciso, porém, que o erro seja escusável, e não a consequência de uma negligência, de um descuido, de um juízo apressado’.

Considerando esses conceitos, não é desarrazoado o entendimento daqueles que defendem que o terceiro que adquire bem do devedor sem se acautelar quanto à existência de demandas ju-

iciais em face do vendedor não pode ser considerado plenamente de boa-fé, já que seu erro não é escusável, pois decorrente de negligência.

Porém, mesmo que se admita a não caracterização plena da boa-fé do terceiro adquirente, isso não significa que ele tenha agido de má-fé, vez que esta não pode ser decorrente de negligência. Além disso, também não se pode considerar o terceiro adquirente de má-fé quando não verificada a manifesta intenção de prejudicar o credor.

Essas considerações apresentam-se importantes para compreender a atual orientação jurisprudencial do STJ quanto à demonstração da má-fé do terceiro adquirente para a caracterização da fraude à execução. Quanto a isso, é importante salientar a existência de situações em que a má-fé do terceiro adquirente é considerada presumida, especialmente quando for dada publicidade à litispendência ou à constrição do bem alienado ou onerado.

Para a presunção da má-fé do terceiro adquirente, exige-se que o credor tenha se acautelado e averbado a litispendência junto ao registro público do bem. Caso assim não tenha procedido, terá o credor prejudicado que demonstrar, de alguma outra forma, a má-fé do terceiro adquirente.

2 Súmula 375 do Superior Tribunal de Justiça

Em razão dos inúmeros precedentes, decidiu a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em 18/03/2009, consolidar seu entendimento sobre a fraude à execução por meio da aprovação da Súmula 375, a qual teve como relator o Ministro Fernando Gonçalves, com o seguinte teor: “O reconhecimento da fraude de execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”. Nos termos dessa súmula, a fraude à execução somente será reconhecida após a penhora do bem alienado e do registro desta (publicidade), ou se provada a má-fé do terceiro adquirente.

Essa súmula tem sido alvo de críticas pelos operadores de direito, como escreveram Graça e Costa (2009) e Ramos (2012) em artigos específicos, sob o argumento de ser ela ilegal, por afrontar o disposto no art. 593, inciso II, do Código de Processo Civil, já que estabelece requisitos para a caracterização da fraude à execução nele não previstos.

Além disso, esses críticos trazem também os mesmos argumentos apresentados pela Ministra Nancy Andrighi em seu supracitado acórdão lavrado no Recurso Especial nº 655000-SP, quanto à obrigação de apresentação de certidões de feitos ajuizados para a

lavratura das escrituras de transação de bens imóveis, como prevê o parágrafo 2º do artigo 1º da Lei nº 7.433/1985, a qual, se observada, teria propiciado ao terceiro adquirente tomar conhecimento da existência da litispendência.

De fato, o parágrafo 2º do artigo 1º da Lei nº 7.433/1985 prevê a necessidade de constar nas escrituras de transação de bens imóveis a apresentação de certidões de feitos ajuizados em nome do alienante. Se o adquirente tiver apresentado essas certidões, nelas deverão constar as ações judiciais existentes, e, portanto, não há como ele negar seu conhecimento. Ocorre que muitos tribunais, em seu código de normas, têm permitido que os adquirentes dispensem a apresentação dessas certidões.

Por outro lado, se o adquirente dispensou a apresentação dessas certidões, assumiu o risco de responder por essa ausência de cautela (ou negligência), na hipótese de haver ações judiciais em face do alienante e aquela alienação reduzi-lo à insolvência, pelo que não há, nessa hipótese, justificativa para imputar ao credor prejudicado o ônus de provar que o adquirente tinha conhecimento da existência da ação judicial.

Graça e Costa (2009) defende, ainda, que essa súmula não leva em consideração a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, por considerar que o adquirente está em melhor condição para provar sua boa-fé, mediante a demonstração da adoção das cautelas regulares, como a obtenção de certidão negativa de feitos ajuizados antes da aquisição ou oneração do bem; ao contrário, o credor prejudicado dificilmente conseguirá provar a má-fé do adquirente.

O fato é que, na prática, para proteger o terceiro de boa-fé, a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, na forma da sua Súmula 375, acaba por beneficiar os devedores que maliciosamente se desfazem de seus bens para não responder por suas obrigações patrimoniais, em prejuízo ao credor e ao próprio Judiciário, que acaba tornando não efetivas suas decisões pela impossibilidade de dar-lhes cumprimento.

Além disso, essa Súmula também evidencia a divergência entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo no tocante à promoção, pelo último, de alterações legislativas para buscar reduzir o prazo de tramitação dos processos e propiciar melhores condições para a recuperação de créditos, com o que não se coaduna a Súmula 375 do STJ.

Enquanto permanecer vigente a orientação contida na Súmula 375, haverá a necessidade de os credores adotarem medidas judiciais preventivas que resguardecam a recuperação de seus créditos inadimplentes, no sentido de dar publicidade à existência desses

créditos ou de ações judiciais em face do devedor, de forma a provar, se necessário, a ciência do terceiro adquirente e, com isso, afastar a presunção da boa-fé deste último.

Essas medidas preventivas serão tratadas na sequência em seção própria.

3 Artigo 615-A do Código de Processo Civil

Introduzido pela Lei nº 11.382/2006, o artigo 615-A do Código de Processo Civil trouxe a possibilidade de o exequente, desde a distribuição da ação, obter certidão do ajuizamento e averbá-la nos registros públicos de bens passíveis de penhora, com a consequência de presumir-se em fraude à execução a sua alienação ou oneração após essa providência.

O objetivo do art. 615-A do CPC é manter o patrimônio do demandado vinculado à tutela jurisdicional, de modo a ser possível alcançá-lo para a efetivação dessa tutela em favor do demandante (MARINONI; MITIDIERO, 2010). Nery Junior e Nery (2010, p. 1053) vão além ao afirmar:

Trata-se não somente de garantia para o credor, que poderá evitar a alienação indevida de bens no curso da execução, pelo desestímulo do adquirente cuidadoso, que se preocupou em investigar a situação dos bens que compõem o patrimônio do devedor e garantem o cumprimento exato da obrigação e a satisfação do credor. A norma também permite que outros credores avaliem a viabilidade de propor execução contra o mesmo devedor, considerando que o bem cujo registro indica a existência de execução contra seu proprietário já foi localizado por outrem, autor de execução em curso.

Antes dessa disposição legal, como regra, a anotação no registro público de bens do devedor somente era possível na citação em ação de direito real ou reipersecutória sobre bens imóveis (art. 167, I, 21, da Lei nº 6.015/1973) ou após a penhora destes (art. 659, § 4º, do CPC).

Pensou-se, inicialmente, que essa medida legal teria sido instituída em benefício do credor, já que ele poderia caracterizar a ocorrência da fraude à execução na alienação ou oneração de bens sobre os quais ele pretendesse incidir a penhora antes mesmo da citação do devedor, cujo ato, como já abordado, a jurisprudência predominante entende necessário para a existência da litispendência.

Porém, o tempo demonstrou que essa providência se constituiu em ônus ao credor e uma proteção ao terceiro adquirente. Ônus para o credor pelo fato de a averbação da certidão do

ajuizamento no registro do bem alienado ser necessária para afastar a presunção de boa-fé do terceiro adquirente, uma vez que de outra forma o credor dificilmente conseguirá provar a má-fé do adquirente; e proteção para este em razão de a ausência da averbação no registro público acarretar a presunção da sua boa-fé pela ignorância da existência da ação em face do alienante, conforme remansosa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Dessa forma, caso o credor queira que determinado bem do devedor possa vir a ser penhorado para satisfação de seu crédito, sem o risco de alienação ou oneração em favor de terceiros, deverá providenciar a averbação da existência da execução junto ao registro público desses bens. Na hipótese de o credor não providenciar essa averbação, terá o difícil ônus de provar a má-fé do terceiro adquirente para a caracterização da fraude à execução, como prevê a Súmula 375 do STJ.

3.1 Aplicação

Como esse dispositivo está situado no Código de Processo Civil em seu livro do processo de execução, além de seus termos referirem-se à parte como sendo o exequente, surgiu a discussão se sua aplicação estaria restrita a esse tipo de processo ou se ele se estenderia a qualquer outro que pudesse resultar em responsabilidade patrimonial, como nos processos de conhecimento de natureza condenatória.

Quanto a isso, a primeira discussão foi em relação ao cumprimento de sentença que, em razão das alterações introduzidas no Código de Processo Civil pela Lei nº 11.232/2005, deixou de ser tratada no processo de execução para integrar o processo de conhecimento.

Sobre esse ponto, como leciona Assis (2008), a doutrina tem se posicionado no sentido de a providência do art. 615-A do CPC ser cabível também ao cumprimento de sentença em razão do disposto no art. 475-R do mesmo diploma legal, o qual prevê a aplicação subsidiária do processo de execução ao cumprimento de sentença. Logo, dúvidas não há quanto ao seu cabimento no cumprimento de sentença por expressa previsão legal.

Contudo, sendo essa providência aplicável ao cumprimento de sentença, surgiu nova discussão acerca da sua necessidade, vez que, nos termos do inciso II do art. 593 do CPC, desde a citação havida na fase de conhecimento, a alienação ou oneração de bens que reduza o devedor à insolvência já seria suficiente para a caracterização da fraude à execução.

A rigor, nos exatos termos da lei, não haveria utilidade para o uso da certidão de ajuizamento no cumprimento de sentença, considerando que eventual alienação ou oneração de bens a partir da citação na ação de conhecimento que reduzisse o devedor à insolvência já seria bastante para o reconhecimento judicial da fraude à execução. Por esse motivo é que Gonçalves (2008) a entende desnecessária nessa fase processual.

Ocorre que, considerando os termos da Súmula 375 do Superior Tribunal de Justiça, na ausência da averbação da constrição ou da litispendência no registro público do bem, caberá ao credor demonstrar a má-fé do terceiro adquirente para a caracterização da fraude à execução, providência esta que, como já abordado, é de difícil comprovação.

Sendo assim, apresenta-se útil essa providência também no cumprimento de sentença, especialmente nos casos em que, pela morosidade da justiça, a penhora de bens poderá demandar considerável lapso temporal e, nesse período, o devedor poderá desfazer-se de seus bens a terceiros de boa-fé.

A segunda discussão é quanto ao cabimento dessa providência nas ações monitórias, cuja ação Nery Junior e Nery (2010, p. 1291) conceituam como sendo:

O instrumento processual colocado à disposição do credor de quantia certa, de coisa fungível ou de coisa móvel determinada, com crédito comprovado por documento escrito sem eficácia de título executivo, para que possa requerer em juízo a expedição de mandado de pagamento ou de entrega da coisa para a satisfação de seu direito.

Dizem, ainda, quanto à sua natureza jurídica, tratar-se de “ação de conhecimento, condenatória, com procedimento especial de cognição sumária e de execução sem título”.

Como seu objeto pode corresponder à cobrança de quantia certa e a uma execução sem título, apresenta-se defensável deferir-lhe a providência do artigo 615-A do CPC. Na verdade, pode ser considerada indispensável diante da obrigação do credor de dar publicidade à litispendência para terceiros de boa-fé.

Entretanto, a averbação da certidão de ajuizamento da ação monitória junto ao registro público de bens do devedor com espeque no art. 615-A do CPC não tem sido admitida pelo Judiciário, a exemplo da seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

A disposição prevista no art. 615-A do CPC é concernente à fase executiva, não se podendo admitir que o simples

ajuizamento de ação monitória - ainda não convertida em mandado executivo - autorize anotação restritiva sobre bem, com a finalidade de garantir a satisfação de eventual crédito. Mera expectativa de direito que não autoriza a anotação restritiva pretendida pela agravante. [...] (Agravo 70043357581, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgado em 31/08/2011, Publicado no DJ-RS de 08/09/2011).

Nossos tribunais têm condicionado o deferimento do pedido de averbação da certidão do ajuizamento da ação monitória ao preenchimento dos requisitos da antecipação de tutela, na forma do art. 273 do CPC, como se vê no julgado abaixo, também do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

O mero ajuizamento de ação ordinária ou monitória não autoriza a adoção das cautelas previstas no art. 615-A do Código de Processo Civil. Para que lhe seja antecipadamente deferida medida apta a resguardar a execução, deverá a parte requerente comprovar - como determina o 273 do Código de Processo Civil - a verossimilhança da liquidez e certeza do crédito perseguido, bem como a urgência na concessão da medida protetiva. [...] (AI 70047068341, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Sérgio Scarpato, j. 26/01/2012, DJ-RS 30/01/2012).

Já em relação às ações de conhecimento, com raríssimas exceções, tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm entendido ser a providência do art. 615-A do CPC a elas inaplicável, principalmente pela ausência de previsão legal. Sustentam que se o legislador quisesse estender sua aplicação às ações em fase de conhecimento teria assim disciplinado.

Divergindo do entendimento majoritário, defendem Marinoni e Mitidiero (2010, p. 628):

Na realidade, a compreensão da ação como direito fundamental à efetiva tutela do direito impõe que a possibilidade de averbação da petição inicial no registro competente se estenda para toda e qualquer demanda capaz de reduzir o demandado ao estado de insolvência. A razão é simples: não há possibilidade de execução frutífera sem que se tenha íntegro o patrimônio do executado, atrelando-o à finalidade expropriatória.

Rodrigues Netto (2007) também defende a aplicação do art. 615-A do CPC em qualquer tipo de ação judicial, seja ela de conhecimento, de execução ou cautelar.

De forma isolada, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem admitido a possibilidade da averbação da certidão de

ajuizamento em processos que não sejam de execução ou de cumprimento de sentença, como nas decisões proferidas nos Agravos de Instrumento 70038310777 e 70038831319 e no seguinte acórdão:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. AVERBAÇÃO NA MATRÍCULA DO IMÓVEL. POSSIBILIDADE. A averbação da existência da ação indenizatória em matrículas de imóveis, com o fito de prevenir eventual direito de terceiro, não diz com impossibilidade do exercício dos direitos de propriedade. Mesmo estando o processo em fase de conhecimento, é possível a averbação da demanda junto à matrícula do bem, objetivando a comunicação da existência do litígio, bem como prevenir terceiros contra eventual alienação de má-fé. Tal possibilidade encontra respaldo no art. 615-A do CPC, assim como no poder geral de cautela previsto no art. 798 do CPC, aplicando-se a medida, portanto, para qualquer demanda judicial. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME. (Agravado de Instrumento 70046000600, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 03/05/2012, DJ-RS de 25/05/2012)

Contudo, esse mesmo tribunal possui decisões em sentido contrário, como a proferida no Agravo de Instrumento 70046091294, Quinta Câmara Cível, relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, julgado em 30/11/2011, DJ-RS de 05/12/2011.

A impossibilidade de utilização da providência do art. 615-A do CPC fora do processo de execução ou do cumprimento de sentença também tem sido reconhecida como regra pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, como na decisão proferida no Agravo 0553523-21.2010.8.26.0000, da 27ª Câmara de Direito Privado, relator: Hugo Crepaldi, julgado em 17/05/2011, DJE-SP de 17/07/2011. Porém, aos poucos, essa resistência vem sendo mitigada, à luz dos casos concretos, como na seguinte decisão do mesmo tribunal:

Ação declaratória de rescisão contratual. Construção civil. Determinação de averbação da demanda junto à matrícula dos imóveis. Inteligência do artigo 659, parágrafo 4º, e, por analogia, do artigo 615-A, ambos do CPC, bem como do artigo 167, inciso II, item 12, da Lei 6.015/1973. Necessidade de acautelar terceiros, eventuais adquirentes das unidades postas à venda, quanto à existência da demanda. Interesse de eventuais compradores que se sobrepuja ao interesse econômico do agravante. Recurso improvido. (Agravado 0305679-25.2011.8.26.0000, 24ª Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça de SP, Relator: Sérgio Rui, Julgado 12/04/2012, Publicado DJE-SP de 27/04/2012)

Verifica-se, dessa forma, grande resistência do Judiciário à aceitação do uso da averbação da certidão de ajuizamento nas ações de conhecimento, o que a nosso ver é incoerente com o atual entendimento do STJ sobre a fraude à execução, que, para a sua caracterização, exige a prova da má-fé do terceiro adquirente.

Sem a possibilidade de utilizar-se da providência do art. 615-A do CPC nas ações de conhecimento, fica muito difícil para o credor demonstrar a má-fé do terceiro adquirente, e praticamente torna letra morta a hipótese de fraude à execução prevista no inciso II do art. 593 do mencionado código, em relação às demandas que não sejam executivas.

Em nossas pesquisas não localizamos no âmbito do STJ precedentes sobre o cabimento da providência do art. 615-A do CPC fora das ações executivas ou de cumprimento de sentença, pelo que ainda teremos que aguardar de que forma a jurisprudência daquela Corte Superior irá consolidar-se.

O fato é que, por coerência ao ônus imposto ao credor de demonstrar a má-fé do adquirente para caracterizar a fraude à execução, não se justifica a imposição de dificuldades à publicidade da existência de demanda judicial em face do alienante, especialmente se considerarmos que essa averbação não acarreta impedimento à alienação do bem, podendo o devedor livremente dele dispor para vender a quem, conscientemente, o queira adquirir apesar do risco de aquela alienação ser considerada ineficaz por fraude à execução.

Pode pensar-se que ninguém, conscientemente, irá adquirir um bem nessas condições. Mas esse pensamento não é correto, já que na prática comercial os bens alienados em circunstâncias passíveis de caracterizar fraude à execução são transacionados por preço muito inferior ao mercado, até para que essa transação ocorra no menor prazo possível. Portanto, é plenamente possível encontrar adquirentes que queiram correr o risco, considerando o preço ofertado e a possibilidade de ganho considerável.

Nessa mesma linha de raciocínio quanto ao preço da transação do bem, normalmente muito inferior ao mercado, cabe lembrar que essa circunstância também não justifica a primazia da proteção ao terceiro adquirente em detrimento ao credor, considerando que a oferta de preço muito inferior ao mercado já recomendaria maior cautela por parte do adquirente, com vistas a identificar o seu real motivo. Porém, no afã de obter a vantagem do preço baixo, o adquirente celebra o negócio sem as necessárias cautelas e ainda se diz de boa-fé, e nessa condição é protegido pelo Judiciário. Essa circunstância não tem sido arguida pelos credores prejudicados em suas manifestações judiciais, o que pensamos deva pas-

sar a ser, vez que é relevante para a formação do convencimento do magistrado que irá decidir a questão.

Mas, voltando à nossa temática, também não se pode olvidar que o § 4º do art. 615-A do CPC prevê a responsabilidade de indenizar os danos causados para aquele que promover a averbação de ação manifestamente indevida, de sorte que aquele que adotar essa providência para prejudicar a outra parte irá responder pelos danos decorrentes dessa medida.

Por tudo isso é que se espera que o Superior Tribunal de Justiça, ao ser chamado para pacificar a questão, reconheça a possibilidade de o credor promover a averbação da certidão do ajuizamento da ação junto ao registro público dos bens do réu em qualquer tipo de demanda que possa resultar na alienação de bens em fraude à execução e, com isso, permita ao credor atender à exigência imposta pela sua Súmula 375.

4 Necessidade de mudança na postura do credor para a defesa de seu crédito e as alternativas jurídicas cabíveis

Como vimos, o Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento, na forma da sua Súmula 375, no sentido de que “o reconhecimento da fraude de execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”.

Portanto, enquanto não for possível promover o registro da penhora, se o credor pretender ver declarada a ocorrência de fraude à execução, ele terá que demonstrar que o terceiro adquirente agiu de má-fé ao adquirir o bem em disputa.

Na verdade, não é essencial que se prove a má-fé do terceiro adquirente, sendo bastante demonstrar a ausência da sua boa-fé. Esse ponto é importante frisar em razão de a atual orientação jurisprudencial ter como fundamento a proteção ao terceiro de boa-fé.

É perfeitamente possível que o terceiro adquirente não tenha agido de má-fé, ou seja, com deliberada intenção de prejudicar o credor, mas, por outro lado, é também possível que não reste caracterizada sua boa-fé.

Na prática, o que se tem exigido do credor é a demonstração de que o terceiro adquirente, de alguma forma, tinha conhecimento (ou deveria ter) da existência da demanda judicial em face do vendedor que pudesse torná-lo insolvente com a alienação do bem em disputa. Caso o credor faça essa prova, restará descaracterizada a boa-fé do terceiro adquirente para o efeito da declaração da ocorrência da fraude à execução prevista no inciso II do art. 593 do CPC.

A questão, portanto, está em como o credor poderá provar que o terceiro adquirente tinha conhecimento (ou deveria ter) da existência da ação judicial por ele proposta em face do vendedor. Para melhor compreensão, trataremos as providências que poderão ser adotadas pelo credor a partir do tipo de ação por ele proposta.

4.1 Nas ações de execução de título extrajudicial ou no cumprimento de sentença

A forma mais simples de dar publicidade à ação executiva é adotando a providência prevista no art. 615-A do CPC, relativa à obtenção de certidão do ajuizamento e sua averbação junto ao registro público dos bens do devedor.

Trata-se de providência ainda pouco utilizada pelos credores, mas que necessita ser adotada como regra em todas as execuções, especialmente quando já se conhecem os bens penhoráveis em nome do devedor.

Ajuizada a execução do seu crédito, deve o credor providenciar no menor prazo possível a sua averbação no registro público dos bens que ele pretenda ver penhorados para a satisfação de seu crédito, de forma a dar-lhe a necessária publicidade para que eventual terceiro adquirente não possa alegar seu desconhecimento e boa-fé.

Diante da presunção de publicidade proporcionada pela averbação da existência da execução no registro público do bem, não há como o terceiro adquirente alegar que dela não tinha conhecimento.

Como já estudado, essa providência também é cabível no cumprimento de sentença, vez que lhe são aplicáveis subsidiariamente as disposições do processo de execução, como prevê o art. 475-R do CPC. Mas a partir de que momento seria cabível essa averbação no cumprimento de sentença? Dúvidas não há de que a partir do requerimento do credor na forma dos artigos 461, 461-A ou 475-J do CPC é plenamente cabível essa providência. Todavia, há tribunal utilizando o disposto no § 5º do art. 615-A do mesmo diploma legal para ampliar essas hipóteses.

É o que ocorre com o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, cuja Corregedoria Geral de Justiça editou o Provimento nº 27, de 17 de dezembro de 2008 (publicado no DJMS-08(1878):6, de 19/12/2008), cujo artigo 8º prevê que se considera iniciado o procedimento de cumprimento de sentença para fins da providência do art. 615-A do CPC:

- I – imediatamente após o trânsito em julgado da sentença proferida no processo de conhecimento e tão logo constituído de pleno direito o título executivo judicial na ação monitória (artigo 1.102-C, caput ou § 3º, do Código de Processo Civil); ou
- II – assim que protocolada a petição inicial de execução provisória da sentença, nos moldes do artigo 475-O do Código de Processo Civil.

Ou seja, tem-se admitido a providência do art. 615-A do CPC a partir do trânsito em julgado da sentença no processo de conhecimento ou da constituição do título executivo na ação monitória, mesmo que ainda não requerida a intimação do devedor para o seu cumprimento, e também nas execuções provisórias.

Portanto, se ainda não houver a averbação no registro público dos bens do devedor da ação que deu origem ao cumprimento de sentença, é igualmente recomendável a adoção da providência do art. 615-A do CPC assim que possível, especialmente quando já se sabe, pela praxe do foro, que a penhora de bens poderá não ocorrer com a celeridade esperada, o que pode permitir que, nesse lapso temporal, o devedor aliene seus bens a terceiros que possam ser considerados de boa-fé, sob a alegação de desconhecimento da existência da ação.

Sendo assim, sempre que o credor já souber quais bens do devedor ele buscará penhorar para a satisfação de seu crédito, deverá ele adotar a cautela de providenciar a averbação da execução ou do cumprimento de sentença no registro público desses bens, como forma de se resguardar de eventual alienação em fraude à execução.

4.2 Nas ações monitórias

A ação monitória, como disciplinado no art. 1.102-A do CPC, destina-se à cobrança de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel ao autor que possuir prova escrita sem eficácia de título executivo.

Na prática, a quase totalidade das ações monitórias refere-se à cobrança de valores que, não tendo havido seu pagamento espontâneo e constituído o título executivo em favor do autor, resultará na penhora de bens do réu, seguindo-se os mesmos trâmites do cumprimento de sentença. Por essa razão, são recomendáveis às ações monitórias as mesmas cautelas das ações executivas quanto aos bens do devedor que se pretenda penhorar, no sentido de dar publicidade à existência da ação judicial em face do devedor.

Isso significa que, para se prevenir de eventuais alienações de bens do devedor que possam torná-lo insolvente, o credor deve tornar pública a existência da ação judicial por ele proposta, para

não prejudicar terceiros de boa-fé e poder caracterizar a ocorrência de fraude à execução.

Ocorre que essa publicidade depende da averbação da existência da ação junto ao registro público dos bens do devedor, que corresponde à providência prevista no art. 615-A do CPC, aplicável, como regra, às ações executivas e ao cumprimento de sentença.

Entretanto, como já vimos, os tribunais estaduais e regionais, em sua maioria, não têm admitido a aplicação da providência do art. 615-A do CPC nas ações monitórias, ou têm condicionado essa providência à demonstração dos requisitos para a antecipação de tutela do art. 273 do mesmo *codex*.

Sendo assim, enquanto perdurar o atual entendimento jurisprudencial, é essencial que o credor fundamente seu pedido de averbação da certidão do ajuizamento da ação monitória no registro público dos bens do devedor não somente no art. 615-A do CPC, mas também no art. 273 do mesmo código, e demonstre a existência da verossimilhança de seu direito e o fundado receio de dano irreparável para a concessão da antecipação de tutela ou de medida cautelar, esta com fundamento no parágrafo sétimo do citado art. 273.

4.3 Nas ações de conhecimento

Se há resistência para a utilização da providência do art. 615-A do CPC nas ações monitórias, com mais rigor ela se manifesta em relação às ações de conhecimento, não se admitindo a averbação da certidão de ajuizamento no registro público de bens do réu, por entendê-la exclusiva da fase de execução e temerária durante a fase cognitiva pelo gravame imposto ao réu.

Diante disso, a exemplo do recomendado para as ações monitórias, há que se fundamentar esse pedido na forma do art. 273 *caput* e § 7º do CPC, em sede de antecipação de tutela ou cautelar, conjugado com o poder geral de cautela previsto no artigo 798 do mesmo código, demonstrando a necessidade de prevenir terceiros de boa-fé de eventual aquisição de bens do réu em fraude à execução, e tornar possível o atendimento às condições da Súmula 375 do Superior Tribunal de Justiça.

Há também a possibilidade de promover-se o protesto judicial contra a alienação de bens previsto no artigo 867 e seguintes do CPC, com pedido de sua averbação no registro público desses bens. Atentando-se que de nada adiantará o protesto judicial sem essa averbação, considerando-se que sua principal finalidade é a publicidade a terceiros.

Contudo, a eficácia do protesto pode não se materializar, pois há quem defenda, como Nery Junior e Nery (2010, p. 1045), que o

simples protesto contra a alienação de bens não é bastante para caracterizar a fraude à execução, vez que se exige que a alienação ou oneração do bem tenha ocorrido após a litispendência decorrente da ação principal que levou o devedor à insolvência.

Esse entendimento está baseado no anterior conceito da fraude à execução que exigia a litispendência para sua caracterização. Porém, com o advento da providência prevista no art. 615-A do CPC, referente à averbação da certidão do ajuizamento, que antecipa a possibilidade de ocorrência da fraude à execução antes mesmo da materialização da litispendência pela citação do devedor, é possível que a partir dessa nova realidade o Judiciário passe a flexibilizar a exigência da ação principal para reconhecer a ocorrência de fraude à execução, aceitando a averbação do protesto judicial contra a alienação de bens para afastar a presunção de boa-fé do terceiro adquirente.

Conclusão

A economia de qualquer país necessita de crédito e do adimplemento das obrigações para desenvolver-se. Por questões culturais, alguns cidadãos procuram honrar seus compromissos a todo custo enquanto outros tendem a deles fugir. Para aqueles que buscam fugir do cumprimento de suas obrigações pecuniárias, a alternativa mais comum é desfazer-se de seus bens para que o credor não os possa executar.

É nessa situação que tem lugar o instituto da fraude à execução, para evitar que esse artifício impeça o credor de ver satisfeito seu crédito. Mais do que isso, busca-se coibir que se atente contra a própria Justiça, na medida em que esses atos impedem a efetividade e o cumprimento das decisões judiciais.

Surgiu, entretanto, um terceiro elemento nessa equação, o adquirente de boa-fé que se via prejudicado com a declaração da fraude à execução e, na prática, era o único a sofrer seus efeitos, já que o valor por ele pago ao alienante dificilmente era recuperado.

Na busca de proteger esse adquirente de boa-fé, o Superior Tribunal de Justiça editou sua Súmula 375, na qual se afastou a presunção do *consilium fraudis* entre o vendedor e o adquirente e estabeleceu-se a necessidade de o credor provar a publicidade da constrição do bem ou a má-fé do adquirente para o reconhecimento da fraude à execução.

Sem adentrar no mérito dessa súmula, apesar de não concordar com seus termos, o fato é que ela buscou pacificar as condições necessárias para a caracterização da fraude à execução, impondo

uma mudança de conduta aos credores, no sentido de atribuir-lhes a obrigação de dar publicidade a terceiros da ação por eles proposta caso queiram beneficiar-se da proteção desse instituto.

Com relação à publicidade da ação, a Lei nº 11.382/2006 introduziu o art. 615-A no Código de Processo Civil prevendo a possibilidade de o credor obter certidão do ajuizamento da execução e averbá-la no registro público dos bens do devedor, a partir da qual sua alienação poderá ser considerada em fraude à execução.

O problema é que o atual entendimento dos tribunais estaduais e regionais tem negado ao credor o direito de tornar possível o atendimento às exigências da Súmula 375, pela resistência em permitir a providência do art. 615-A do CPC fora dos processos executivos e de cumprimento de sentença. Esse problema fica ainda maior se considerarmos que esse entendimento, tecnicamente, está acorde com a disposição legal.

A rigor, a destoar da disposição legal está a orientação da Súmula 375 do STJ, que impõe a exigência de o credor provar a má-fé do terceiro adquirente, quando não prevista em lei, e ainda não leva em consideração que é muito mais fácil ao adquirente provar sua boa-fé do que ao credor provar a má-fé do adquirente. Além disso, ainda desconsidera o disposto no § 2º do art. 1º da Lei nº 7.433/1985, que prevê a necessidade de constar nas escrituras de transação de bens imóveis a apresentação de certidão de feitos ajuizados em nome do alienante.

De toda sorte, enquanto vigente a Súmula 375 do STJ, deve o credor adotar medidas preventivas no sentido de dar publicidade à ação por ele proposta, utilizando-se das providências legais disponíveis para averbar sua existência no registro público dos bens do devedor, não se conformando com eventuais negativas dos tribunais estaduais e regionais, e levando a controvérsia à apreciação do STJ, onde, se espera, seja pacificada a questão de forma coerente à sua Súmula 375, para permitir a averbação da existência da ação junto aos bens do réu em todos os processos que possam resultar em sua responsabilidade patrimonial.

Referências

ASSIS, Araken de. Averbação da distribuição da execução. In: BUENO, Cássio Scarpinella; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos Polêmicos da Nova Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. vol. 4, p. 50.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial. Súmula 375. Brasília, 18 de março de 2009. **Diário da Justiça eletrônico** de 30 de março de 2009. Revista do Superior Tribunal de Justiça, vol. 213, p. 553.

_____. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Seção. Recurso Especial nº 1.141.990-PR (2009/0099809-0). Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: José Agnaldo de Moraes. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 10 de novembro de 2010. **Diário da Justiça eletrônico** de 19 de novembro de 2010. Revista dos Tribunais, vol. 907, p. 583.

_____. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma. Recurso Especial nº 655.000-SP (2004/0050454-3). Recorrente: Banco Barclays e Galícia S/A. Recorrido: Jorge Estaban Del Campo. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 23 de agosto de 2007. **Diário da Justiça da União** de 27 de fevereiro de 2008, p. 189.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. Fraude de Execução (polêmicas). In: BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coord.). **Processo de Execução**: temas polêmicos e atuais. São Paulo: RCS, 2005. p. 143-172.

CASTRO, Amílcar de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. vol. VIII. cap. IV, p. 67-95.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008. vol. 3, p. 94.

GRAÇA E COSTA, Marco de Albuquerque da. Súmula 375 do STJ. Análise das suas sérias repercussões. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2144, 15 maio 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12884>>. Acesso em: 08 set. 2012.

LIMA, Alcides de Mendonça. **Comentários ao Código de Processo Civil**: arts. 566 a 645. 6. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1990. vol. IV. cap. IV, p. 409-455.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**: processo de execução. processo cautelar – parte geral. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1987. vol. IV. cap. XXIX, p. 41-51.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil**: comentado artigo por artigo. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 587-595 e 627-629.

NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 810-815.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**: e legislação extravagante. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 1039-1046 e 1053-1054.

PACHECO, José da Silva. **Comentários à Lei de Execução Fiscal**: (lei n. 6.830, de 22-9-1098). São Paulo: Saraiva, 1997. p. 164 e 187-188.

PAULA, Alexandre de. **Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. vol. III. cap. IV, p. 77-96.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1976. tomo IX. cap. IV, p. 441-472.

RAMOS, Frederico José Cardoso. A Súmula 375 do STJ afronta a lei e o bom senso, mas isso poucos parecem enxergar. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3264, 8 jun. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21943>>. Acesso em: 08 set. 2012.

RODRIGUES NETTO, Nelson. A fraude à execução e o novo art. 615-A do CPC. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes; SHIMURA, Sergio (Coords.). **Execução Civil e Cumprimento da Sentença**. São Paulo: Método, 2007. vol. 2, p. 456.

SALAMACHA, José Eli. **Fraude à Execução**: direitos do credor e do adquirente de boa-fé. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. 3º vol. cap. XCIV, p. 249-257.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. vol. IV. cap. IV, p. 197-215.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**: processo de execução e processo cautelar. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. vol. II. cap. XXIX, p. 101-114.

_____. **Processo de Execução**. 22. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2004. cap. XIII, p. 201-218.

Questões tributárias controvertidas do Programa Minha Casa Minha Vida

Daniel Barbosa Lima Faria Corrêa de Souza

*Advogado da CAIXA no Rio Grande do Sul
Pós-graduado em Direito Notarial e Registral
pela Anhanguera-Uniderp
Pós-graduado em Direito Tributário pela UNP
Pós-graduado em Direito Constitucional pela UNP*

RESUMO

O Programa Minha Casa Minha Vida trouxe instrumentos capazes de propiciar o direito à moradia, a todos importante. Para tanto, ocorreram isenções e reduções tributárias de taxas estaduais, ocasionando grande controvérsia a respeito da constitucionalidade desses dispositivos, notadamente em razão do princípio da vedação da isenção heterônoma. Tais argumentos são rebatidos em razão do princípio fundamental do direito à moradia, bem como da possibilidade de a União editar normas gerais em matéria de emolumentos (artigo 236, § 2º, da CRFB) e da gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania (artigo 5º, LXXVII, da CRFB).

Palavras-chave: Tributário. Constitucional. Programa Minha Casa Minha Vida. Isenções e reduções tributárias.

ABSTRACT

The program Minha Casa Minha Vida has brought instruments that are capable of providing the right to housing for everyone involved. For that purpose, tributary exemptions and reductions of state fees were made, causing great controversy on the constitutionality of these devices, clearly due the principle of prohibited heteronomous exemption. Such arguments are refuted by the fundamental principle of the right to housing, as well as by the possibility of the Union can edit general rules of charges (article 236, § 2º, of CRFB) and also by the free-of-charge acts that make the citizenship exercise possible (article 5, LXXVII, CRFB).

Keywords: Tributary. Constitucional. Program My House My Life. Tax exemptions and reductions.

Introdução

O Programa Minha Casa Minha Vida – PMCMV, instituído pela Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009 (1ª LMCMV – Lei Minha Casa Minha Vida), alterada pela Lei nº 12.424, de 16 de junho de 2011 (2ª LMCMV), trouxe relevantes implicações tributárias, bem como significativo avanço social.

Discute-se deveras a constitucionalidade de dispositivos que reduzem ou isentam tributos estaduais no âmbito do programa.

Passa-se à análise do tema.

1 Dos princípios

Todo estudo deve se iniciar pelos princípios, os quais são a vigia mestra de qualquer disciplina (SOUZA, 2012a). Irrefragavelmente, os princípios constitucionais devem ser ponderados. Campos (2004) argui que os direitos fundamentais não são absolutos nem ilimitados, ocorrendo, em muitas hipóteses, colisões ou contradições entre direitos. Schwarzer (2008, p. 97) propõe: “Os princípios são pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio direito, indicando seu próprio alicerce”. Alexy (*apud* SAPUCAIA, 2011) refere serem mandamentos, isto é, “normas que ordenam que algo seja cumprido na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes”.

Por conseguinte, os princípios devem ser ponderados. No caso, no decorrer do artigo, analisa-se a colisão entre o princípio do acesso à moradia e o da vedação à isenção heterônoma.

2 Do Programa Minha Casa Minha Vida

O Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV) “tem por finalidade criar mecanismos de incentivo à produção e aquisição de novas unidades habitacionais ou requalificação de imóveis urbanos e produção ou reforma de habitações rurais para famílias com renda mensal de até R\$ 4.650,00 (quatro mil, seiscentos e cinquenta reais)”, compreendendo os seguintes subprogramas: Programa Nacional de Habitação Urbana – PNHU e Programa Nacional de Habitação Rural – PNHR (Lei nº 11.977/2009, forte no artigo 1º, com a redação dada pela Lei nº 12.424/2011). Na glosa de Finotti (2012):

Em verdade, havia muita dificuldade para se desenvolver produtos imobiliários que satisfizessem a capacidade de financiamento dos cidadãos e das famílias de baixa renda.

Diante deste desafio de estruturação de políticas habitacionais, o Governo Federal lançou o Programa Minha Casa, Minha Vida, instituído pela Lei 11.977/2009, criado para requalificar imóveis urbanos, construir unidades habitacionais e produzir ou reformar imóveis rurais.

Maciel (2012, p. 75, grifos da autora) aduz que a Política Nacional de Habitação, criada em 2005, contempla duas ações: “**ações corretivas** de regularização fundiária, urbanização e inserção social dos assentamentos precários e **ações preventivas**, voltadas para a ampliação e universalização do acesso à terra urbanizada e a novas unidades habitacionais adequadas”. Ademais, refere, no contexto dessa política, o surgimento do Programa Minha Casa Minha Vida, adotando o modelo de subsídio público à capacidade de pagamento da população de baixa renda.

Silveira (2009) comenta:

A Lei nº 11.977, de 09 de julho de 2.009, traçou um ousado arcabouço jurídico para o enfrentamento do gravíssimo problema da habitação popular em nosso país. Além criar [sic] mecanismos para a regularização fundiária de áreas urbanas, instituir subsídios estatais, facilidades em financiamentos imobiliários e [sic] tocou em ponto nevrálgico, quase sempre esquecido em iniciativas semelhantes – as excessivas taxas cartorárias.

Com base no primado do acesso à moradia, foi criado o PMCMV, trazendo vários instrumentos capazes de propiciar o direito à moradia a todos.

3 Da isenção heterônoma e do artigo 236, § 2º, da Constituição

Discute-se a constitucionalidade de alguns dispositivos das leis do programa, especialmente aqueles que reduzem ou isentam tributos de competência de outros entes da Federação, notadamente tributos estaduais, o que poderia configurar, em tese, a isenção heterônoma.

Como regra geral (SOUZA, 2009), lei federal que atribua isenção de tributo estadual, distrital ou municipal fora dos limites estabelecidos pela Constituição Federal padece de inconstitucionalidade, porquanto constitui a denominada ISENÇÃO HETERÔNOMA, vedada pelo artigo 151, inciso III, da Constituição Federal, o qual estabelece ser vedado à União estabelecer isenções de tributos de competência estadual, distrital ou municipal.¹

¹ “Art. 151. É vedado à União: [...]

III - instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.”

O sistema tributário brasileiro veda a isenção heterônoma, a qual pode ser conceituada, segundo Machado (2007, p. 257), como a isenção concedida “por lei de pessoa jurídica diversa daquela que é titular da competência para instituir e cobrar o tributo a que se refere”, diferenciando-se da **isenção autônoma**, que é a instituída pela própria pessoa jurídica titular da competência.

Andreazza (2012) assevera: “[...] não raro o Congresso Nacional, sob o pretexto de viabilizar o acesso aos serviços notariais e registrais de populações economicamente desfavorecidas ou para fomentar a circulação econômica, estabelece isenções ou reduções nos emolumentos devidos aos tabeliães e registradores”.

A autora faz forte crítica aos instrumentos tributários do PMCMV, anotando:

Todavia, o viés social do Programa não pode ignorar a matriz constitucional dos serviços notariais e de registro, atualmente exercidos por particulares mediante delegação de uma função pública nos termos do art. 236 da Constituição.

A remuneração destinada à subsistência destes agentes públicos, que na verdade são particulares em colaboração com o Estado, é decorrente de emolumentos, que, seguindo as diretrizes nacionais da Lei 10.167/2000, são fixados pelos Estados.

Outrossim, assevera que, por serem os emolumentos taxas estaduais, somente poderiam ser isentados ou renunciados por lei estadual.

Não obstante, pode-se afastar a configuração da vedação da isenção heterônoma com a incidência do artigo 236, § 2º, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. [...]

§ 2º - Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

Nesse diapasão, o artigo mencionado autoriza a União a editar normas gerais para fixação de emolumentos dos serviços notariais e de registro. Dessa feita, os aspectos do PMCMV que tratam de emolumentos recebem guarida no artigo 236, § 2º, da Constituição. Nessa alheta, Silveira (2009) sustenta:

Mas não é só. De conformidade com aquilo que dispõe o § 2º, do artigo 236 da Constituição Federal, é da competência da União o estabelecimento de normas gerais relativas à fixação dos emolumentos cartorários.

Está claro que as disposições dos artigos 42 e 43 da Lei Federal nº 11977/2009 cuidaram de estabelecer normas gerais para a cobrança de emolumentos pelas serventias extrajudiciais, em todo [sic] país. O caráter de generalidade da norma não viola a cláusula federativa da Constituição da República ou invade o campo da competência tributária exclusiva do Estado.

Outro dispositivo mitigando o princípio da vedação da isenção heterônoma é a previsão do artigo 184, § 5º da CF, que determina que são isentas² de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária.

Portanto, compreende-se, a despeito de entendimentos contrários, que a legislação tributária do Programa Minha Casa Minha Vida não viola o princípio da vedação da isenção heterônoma, porquanto o artigo 236, § 2º, da Constituição da República autoriza a União a editar normas gerais em relação aos emolumentos dos serviços notariais e de registro.

4 Do direito fundamental à moradia

Indubitavelmente, existe previsão constitucional assegurando o direito fundamental à moradia, no artigo 6º, *caput*, da Constituição da República³, o qual foi incorporado ao corpo constitucional pelo advento da Emenda Constitucional nº 26 de 2000. No escólio de Gonçalves (2013):

O direito à moradia digna foi reconhecido e implantado como pressuposto para a dignidade da pessoa humana, desde 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, e foi recepcionado e propagado na Constituição Federal de 1988, por advento da Emenda Constitucional nº 26/00, em seu artigo 6º, *caput*. [...]

Como já mencionado, com a ratificação dos tratados e convenções, o Brasil reconhece o direito à moradia digna como um direito fundamental de toda a [sic] pessoa humana, para que a mesma viva com um mínimo de dignidade, adotando responsabilidades frente à comunidade internacional para proteger e tornar realidade esse direito.

² A Constituição da República utiliza impropriamente o termo isenção, quando o adequado seria falar em imunidade.

³ “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)”

Dessa maneira, mesmo que se entenda inaplicável, *in casu*, o artigo 236, § 2º, da Constituição Federal, ainda assim o direito fundamental à moradia, no cotejo da questão em foco, suplanta a vedação à isenção heterônoma. Veja-se.

Rangel e Silva (2009) afirmam que o direito à moradia é um dever constitucional que visa assegurar a dignidade da pessoa humana. Para a efetivação do direito à moradia, é imperioso que o Estado realize políticas públicas, adotando programas e esforços políticos (GONÇALVES, 2013).

Maciel (2012) obtempera que o PMCMV propicia o atendimento às diretrizes constitucionais da função social do desenvolvimento urbano, bem como permite aos cidadãos figurarem como protagonistas na ocupação dos espaços urbanos.

É com base no primado do direito à moradia que o PMCMV foi criado, trazendo vários instrumentos capazes de propiciar moradia a todos, entre eles, algumas isenções ou reduções tributárias. E pouco adianta facilitar o acesso à moradia se não for garantido o cumprimento das obrigações acessórias tributárias relativas à propriedade, notadamente de registro/averbação.

Na linha do direito fundamental à moradia, pode-se trazer à baila o incipiente direito fundamental à felicidade. Não há negar que o direito à moradia busca, de certa feita, contribuir para a concretização do direito à felicidade. Para Pinheiro (2012):

Sendo conceito individual, é dever do Estado, com a evolução das gerações de Direito, garantir o mínimo essencial para que o homem possa buscar a sua felicidade, por meio da concretização dos Direitos Sociais.

Inegavelmente, a despeito das considerações a respeito da isenção heterônoma, em razão do princípio fundamental à moradia, tais dispositivos foram recepcionados pela Constituição Federal. De nada adianta garantir o acesso à propriedade sem permitir a formalização desta (registro/averbação). Como visto, os princípios devem ser ponderados. No caso, o princípio do acesso à moradia deve ser aplicado, afastando-se a vedação à isenção heterônoma.

5 Da gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania

Além do princípio fundamental à moradia, importa gizar o disposto no artigo 5º, inciso LXXVII, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), o qual dispõe serem gratuitos, “na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania”. Reza o disposi-

tivo: “são gratuitas as ações de ‘*habeas-corpus*’ e ‘*habeas-data*’, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania”.

Em caso semelhante (ADI 1.800), em que se discutia a constitucionalidade de lei federal que estabelecia a gratuidade dos primeiros registros de nascimento e de óbito para todos, independentemente da condição econômica (artigo 1º, inciso VI, da Lei nº 9.265/1996, incluído pela Lei nº 9.534/1997), o Supremo Tribunal Federal (STF) firmou a constitucionalidade do dispositivo legal, com fulcro no artigo 5º, inciso LXXVII, da CRFB.

Conquanto a lei tenha aumentado o alcance do inciso LXXVI do artigo 5º, da CRFB (“são gratuitos para os reconhecidamente **pobres**, na forma da lei: a) o registro civil de nascimento; b) a certidão de óbito”), com base no subsequente aludido inciso LXXVII foi reconhecida a constitucionalidade da legislação federal que estendeu a gratuidade da taxa estadual para todos (independentemente de ser pobre ou não), porquanto a lei federal propiciou a gratuidade a atos necessários ao exercício da cidadania.

Assim restou ementada a decisão:

Constitucional. Atividade notarial. Natureza. Lei 9.534/1997. Registros públicos. Atos relacionados ao exercício da cidadania. Gratuidade. Princípio da proporcionalidade. Violação não observada. Precedentes. Improcedência da ação. A atividade desenvolvida pelos titulares das serventias de notas e registros, embora seja análoga à atividade empresarial, sujeita-se a um regime de direito público. Não ofende o princípio da proporcionalidade lei que isenta os ‘reconhecidos pobres’ do pagamento dos emolumentos devidos pela expedição de registro civil de nascimento e de óbito, bem como a primeira certidão respectiva. Precedentes. Ação julgada improcedente (BRASIL, 2007).

No corpo do voto, o ministro relator dissertou e fundamentadamente reconheceu a incidência do art. 5º, LXXVII, da CRFB na situação vertente:

Com efeito, o nascimento e a morte constituem fatos naturais que afetam igualmente ricos e pobres, mas as suas consequências econômicas e sociais distribuem-se desigualmente. O diploma legal imputado busca igualá-los nesses dois momentos cruciais da vida, de maneira a permitir que todos, independentemente de sua situação patrimonial, nesse particular, possam exercer os direitos de cidadania, exatamente nos termos do que dispõe o art. 5º, LXXVII, da Constituição da República.

Nesse mesmo sentido, pode-se lembrar a Lei Federal nº 1.060/50, que estabeleceu a gratuidade de justiça (com isenção de taxas estaduais nos litígios perante a Justiça Estadual) aos desamparados e, mesmo assim, não se verificaram discussões a respeito de sua constitucionalidade (SILVEIRA, 2009).

Por conseguinte, são gratuitos os atos necessários ao exercício da cidadania, e tal mandamento constitucional dá amparo aos dispositivos do PMCMV que estabelecem reduções ou isenções tributárias. Não se pode descuidar que as gratuidades do PMCMV são instituídas com o desiderato de permitir o amplo exercício da cidadania.

6 Do artigo 290-A da LRP

Um dos dispositivos mais polêmicos da novel legislação é o artigo 290-A da LRP (Lei de Registros Públicos – Lei nº 6.015/1973), o qual foi incluído pela Lei nº 11.481/2007 e alterado pela 2ª LMCMV.⁴

A norma estabelece a gratuidade no primeiro registro direito real constituído em favor de beneficiário de regularização fundiária de interesse social em áreas urbanas e em áreas rurais de agricultura familiar, a gratuidade da primeira averbação de construção residencial de até 70 m² de edificação em áreas urbanas objeto de regularização fundiária de interesse social e a gratuidade do registro do título de legitimação de posse e de sua conversão em propriedade.

6.1 Da gratuidade do primeiro registro real em favor de beneficiário de regularização fundiária de interesse social

O primeiro registro de direito real constituído em favor de beneficiário de regularização fundiária de interesse social em

⁴ “Art. 290-A. Devem ser realizados independentemente do recolhimento de custas e emolumentos:

I - o primeiro registro de direito real constituído em favor de beneficiário de regularização fundiária de interesse social em áreas urbanas e em áreas rurais de agricultura familiar;

II - a primeira averbação de construção residencial de até 70 m² (setenta metros quadrados) de edificação em áreas urbanas objeto de regularização fundiária de interesse social;

III - o registro de título de legitimação de posse, concedido pelo poder público, de que trata o art. 59 da Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, e de sua conversão em propriedade.

§ 1º O registro e a averbação de que tratam os incisos I, II e III do caput deste artigo independem da comprovação do pagamento de quaisquer tributos, inclusive previdenciários.”

áreas urbanas e em áreas rurais de agricultura familiar será realizado independentemente do recolhimento de custas e emolumentos, consoante estabelece o inciso I do referido artigo 290-A da LRP.

A regularização fundiária de interesse social vem conceituada no artigo 46 da Lei nº 11.977/2009 (1ª LMCMV):

Art. 46. A regularização fundiária consiste no conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Dessa forma, o primeiro registro real em favor do beneficiário de regularização fundiária de interesse social será contemplado com a isenção das taxas cartorárias. Tal dispositivo permite a benesse tanto para as áreas urbanas quanto para as rurais.

É indubitável que, além de assegurar o acesso à propriedade, importa permitir a formalização desta através da averbação da construção, garantindo a regularização formal do imóvel.

6.2 Da gratuidade da primeira averbação de construção em áreas urbanas objeto de regularização fundiária de interesse social

Na linha de permissão da concretização do direito fundamental à moradia, a lei permite para as áreas urbanas envolvidas na regularização fundiária de interesse social a gratuidade da primeira averbação de construção residencial de até 70m², forte no inciso II do artigo 290-A da LRP.

Nesse ponto, o legislador não concedeu a isenção tributária aos proprietários de imóvel rural, nem aos proprietários urbanos de construções que excedam o limite aludido.

Da mesma forma que no inciso anterior, o legislador quis facilitar a formalização da construção realizada em imóvel urbano.

6.3 Da gratuidade do registro da legitimação de posse e de sua conversão em propriedade

É gratuito o registro de título de legitimação de posse, concedido pelo poder público, forte no citado artigo 290-A, III, da LRP. A **legitimação de posse** é importante instrumento trazido pela 1ª LMCMV, estando prevista no artigo 47, IV, e podendo ser conceitu-

ada como o “ato do poder público destinado a conferir título de reconhecimento de posse de imóvel objeto de demarcação urbanística, com a identificação do ocupante e do tempo e natureza da posse”.

Ademais, o legislador, no mesmo dispositivo, também concedeu a gratuidade para o registro da conversão em propriedade da legitimação de posse.

Por seu turno, o artigo 59 da Lei nº 11.977/2009 declara que a legitimação de posse registrada constitui direito em favor do detentor da posse direta para fins de moradia.⁵

6.4 Da dispensa de prova para o registro

O parágrafo primeiro do citado artigo 290-A trata da dispensa de prova para o registro. Não se trata de isenção ou imunidade, apenas a desnecessidade de apresentação de quitação para fins de regularização da propriedade.

Dessa forma, não se exige para o registro a prova da quitação; a Fazenda interessada deverá se utilizar dos meios necessários para fins de cobrança, sejam administrativos, sejam judiciais, pela execução fiscal ou pelo protesto da CDA (SOUZA, 2012b). Nesse mesmo diapasão, está o disposto no artigo 47 da Lei 8.212/1991.⁶

Trata-se de mais um instrumento importante para facilitar a regularização formal da propriedade.

⁵ “Art. 59. A legitimação de posse devidamente registrada constitui direito em favor do detentor da posse direta para fins de moradia. (Redação dada pela Lei nº 12.424, de 2011)

§ 1º A legitimação de posse será concedida aos moradores cadastrados pelo poder público, desde que: (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 12.424, de 2011)

I - não sejam concessionários, foreiros ou proprietários de outro imóvel urbano ou rural; (Redação dada pela Lei nº 12.424, de 2011)

II - não sejam beneficiários de legitimação de posse concedida anteriormente. (Redação dada pela Lei nº 12.424, de 2011)

III - (revogado).

§ 2º A legitimação de posse também será concedida ao coproprietário da gleba, titular de cotas ou frações ideais, devidamente cadastrado pelo poder público, desde que exerça seu direito de propriedade em um lote individualizado e identificado no parcelamento registrado. (Incluído pela Lei nº 12.424, de 2011)”

⁶ “Art. 47. É exigida Certidão Negativa de Débito-CND, fornecida pelo órgão competente, nos seguintes casos: (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 28.4.95). [...]

§ 6º **Independência de prova de inexistência de débito:** [...]

e) **averbação da construção civil localizada em área objeto de regularização fundiária de interesse social**, na forma da Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009. (Incluído pela Lei nº 12.424, de 2011)”

7 Do artigo 237-A da LRP – atos únicos

Outra polêmica inovação é o artigo 237-A da LRP, incluído pela Lei nº 11.977/2009 (1ª LMCMV) e alterado pela Lei nº 12.424/2011 (2ª LMCMV).⁷

Para as hipóteses de parcelamento e incorporação previstas no *caput* do artigo 237-A da LRP, as averbações e registros serão considerados atos únicos, isto é, só poderá ser cobrado um ato de registro, desimportando a quantidade de unidades autônomas envolvidas ou de atos intermediários. Reza o *caput* do referido artigo que, entre o registro do parcelamento do solo ou da incorporação imobiliária e a emissão da carta de habite-se, as averbações e registros serão realizados na matrícula de origem do imóvel e em cada uma das matrículas das unidades autônomas abertas.

A norma foi questionada no Supremo Tribunal Federal, através do Mandado de Segurança 30710, o qual foi não foi conhecido, por falta das condições da ação (BRASIL, 2012).

O mandado fora impetrado pelo oficial titular de Cartório de Registro de Imóveis do Distrito Federal contra ato do presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do corregedor do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT). O autor da ação questionava a impossibilidade de cobrança por cada um dos atos praticados pelo cartório, refutando o dispositivo legal que assevera que todos os registros e averbações relativos ao empreendimento nas condições estabelecidas no *caput* do artigo 237-A serão considerados ato único, desimportando a quantidade de unidades autônomas (BRASIL, 2011).

O oficial de Registro impugnava a decisão da Corregedoria do TJDFT, que não somente considerava válido o dispositivo em testilha,

⁷ “Art. 237-A. Após o registro do parcelamento do solo ou da incorporação imobiliária, até a emissão da carta de habite-se, as averbações e registros relativos à pessoa do incorporador ou referentes a direitos reais de garantias, cessões ou demais negócios jurídicos que envolvam o empreendimento serão realizados na matrícula de origem do imóvel e em cada uma das matrículas das unidades autônomas eventualmente abertas. (Incluído pela Lei nº 11.977, de 2009)

§ 1º Para efeito de cobrança de custas e emolumentos, as averbações e os registros relativos ao mesmo ato jurídico ou negócio jurídico e realizados com base no *caput* serão considerados como ato de registro único, não importando a quantidade de unidades autônomas envolvidas ou de atos intermediários existentes. (Redação dada pela Lei nº 12.424, de 2011)

§ 2º Nos registros decorrentes de processo de parcelamento do solo ou de incorporação imobiliária, o registrador deverá observar o prazo máximo de 15 (quinze) dias para o fornecimento do número do registro ao interessado ou a indicação das pendências a serem satisfeitas para sua efetivação. (Incluído pela Lei nº 11.977, de 2009)

§ 3º O registro da instituição de condomínio ou da especificação do empreendimento constituirá ato único para fins de cobrança de custas e emolumentos. (Incluído pela Lei nº 12.424, de 2011)”

como também estendia sua aplicação para parcelamentos e incorporações imobiliárias fora do âmbito do Programa Minha Casa Minha Vida. Dessa feita, pode-se concluir que a Corregedoria do TJDFT considera válido o dispositivo em apreço.

A norma em comento almeja facilitar o registro dos parcelamentos do solo que, como cediços, tradicionalmente, não eram registrados em nome do adquirente. Isso dificulta a regularização da propriedade, privando o proprietário dos direitos de domínio e prejudicando, inclusive, a cobrança de IPTU.

8 Dos artigos 42 e 43 da 1ª LMCMV

Outrossim, além das hipóteses de gratuidade mencionadas, há situações de redução de emolumentos previstas nos artigos 42 e 43 da 1ª LMCMV.

O artigo 42⁸ traz a redução de emolumentos para abertura de matrícula e de outros atos registrais de construção de empreendimentos no âmbito do PMCMV.

O artigo 43 prevê a redução de emolumentos da escritura pública para o registro da alienação do imóvel e demais atos no âmbito do PMCMV.⁹

⁸ “Art. 42. Os emolumentos devidos pelos atos de abertura de matrícula, registro de incorporação, parcelamento do solo, averbação de construção, instituição de condomínio, averbação da carta de ‘habite-se’ e demais atos referentes à construção de empreendimentos no âmbito do PMCMV serão reduzidos em: (Redação dada pela Lei nº 12.424, de 2011)”

I - 75% (setenta e cinco por cento) para os empreendimentos do FAR e do FDS; (Redação dada pela Lei nº 12.424, de 2011)

II - 50% (cinquenta por cento) para os atos relacionados aos demais empreendimentos do PMCMV. (Redação dada pela Lei nº 12.424, de 2011)

III - (revogado). (Redação dada pela Lei nº 12.424, de 2011)

§ 1º A redução prevista no inciso I será também aplicada aos emolumentos devidos pelo registro da transferência de propriedade do imóvel para o FAR e o FDS. (Incluído pela Lei nº 12.424, de 2011)

§ 2º No ato do registro de incorporação, o interessado deve declarar que o seu empreendimento está enquadrado no PMCMV para obter a redução dos emolumentos previstos no caput. (Incluído pela Lei nº 12.424, de 2011)

§ 3º O desenquadramento do PMCMV de uma ou mais unidades habitacionais de empreendimento que tenha obtido a redução das custas na forma do § 2º implica a complementação do pagamento dos emolumentos relativos a essas unidades. (Incluído pela Lei nº 12.424, de 2011)”

⁹ “Art. 43. Os emolumentos referentes a escritura pública, quando esta for exigida, ao registro da alienação de imóvel e de correspondentes garantias reais e aos demais atos relativos ao imóvel residencial adquirido ou financiado no âmbito do PMCMV serão reduzidos em: (Redação dada pela Lei nº 12.424, de 2011)

I - 75% (setenta e cinco por cento) para os imóveis residenciais adquiridos do FAR e do FDS; (Incluído pela Lei nº 12.424, de 2011)

II - 50% (cinquenta por cento) para os imóveis residenciais dos demais empreendimentos do PMCMV. (Incluído pela Lei nº 12.424, de 2011)”

Em síntese, a redução para matrícula e escritura pública será de 75% para empreendimentos do FAR¹⁰ e do FDS¹¹ e de 50% para os demais empreendimentos do PMCMV.

É ônus do interessado, quando do registro da incorporação, declarar que seu empreendimento está enquadrado no PMCMV para garantir a redução de emolumentos.

O descumprimento do disposto nos referidos artigos importará as sanções do artigo 44 da 1ª LMCMV¹², podendo também haver, dada a natureza tributária dos emolumentos, a incidência do artigo 316, § 1º, do Código Penal.¹³

¹⁰ O FAR é o Fundo de Arrendamento Residencial, previsto na Lei n.º 10.188, de 12 de fevereiro de 2001, a qual cria o Programa de Arrendamento Residencial, institui o arrendamento residencial com opção de compra e dá outras providências. Destacamos os seguintes dispositivos:

“Art. 1º Fica instituído o Programa de Arrendamento Residencial para atendimento da necessidade de moradia da população de baixa renda, sob a forma de arrendamento residencial com opção de compra. (Redação dada pela Lei nº 11.474, de 2007)

§ 1º A gestão do Programa cabe ao Ministério das Cidades e sua operacionalização à Caixa Econômica Federal - CEF. (Redação dada pela Lei nº 10.859, de 2004) [...] Art. 6º Considera-se arrendamento residencial a operação realizada no âmbito do Programa instituído nesta Lei, que tenha por objeto o arrendamento com opção de compra de bens imóveis adquiridos para esse fim específico.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se arrendatária a pessoa física que, atendidos os requisitos estabelecidos pelo Ministério das Cidades, seja habilitada pela CEF ao arrendamento. (Redação dada pela Lei nº 10.859, de 2004)”.
¹¹ FDS é o Fundo de Desenvolvimento Social, regido pela Lei nº 8.677, de 13 de julho de 1993. Conforme dispõe o artigo 2º:

“Art. 2º O FDS destina-se ao financiamento de projetos de investimento de interesse social nas áreas de habitação popular, sendo permitido o financiamento nas áreas de saneamento e infra-estrutura, desde que vinculadas aos programas de habitação, bem como equipamentos comunitários.
Parágrafo único. O FDS tem por finalidade o financiamento de projetos de iniciativa de pessoas físicas e de empresas ou entidades do setor privado, vedada a concessão de financiamentos a projetos de órgãos da administração direta, autárquica ou fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios ou entidades sob seu controle direto ou indireto.”

¹² “Art. 44. Os cartórios que não cumprirem o disposto nos arts. 42 e 43 ficarão sujeitos à multa no valor de até R\$ 100.000,00 (cem mil reais), bem como a outras sanções previstas na Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994.”

³ **“Concussão**

Art. 316 - Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa.

Excesso de exação

§ 1º - Se o funcionário exige tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevido, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza: (Redação dada pela Lei nº 8.137, de 27.12.1990)

No sentido da constitucionalidade dos artigos 42 e 43 da Lei nº 11.977/2009, tem-se o entendimento do jurista Silveira (2009), o qual conclui:

Portanto, é forçoso concluir que a União pode e deve elaborar normas gerais para disciplinar a cobrança de emolumentos de atividades notariais ou registras e que inexistente qualquer eiva de inconstitucionalidade nos artigos 42 e 43 da Lei nº 11977/09, que concedeu isenção ou redução no valor de emolumentos para os contribuintes nela mencionados

Por conseguinte, são constitucionais tais artigos.

9 Outros dispositivos tributário-financeiros

A 1ª LMCMV, em seu artigo 2º, I, também traz a possibilidade de subvenção econômica da UNIÃO ao beneficiário pessoa física no ato da contratação de financiamento habitacional.

O artigo 3º, § 1º, II, da 1ª LMCMV traz a recomendação de implementação pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios de medidas de desoneração tributária, para as construções destinadas à habitação de interesse social. Não se trata de mandamento obrigatório, apenas de uma recomendação aos entes federativos. Dessa forma, podem os referidos entes, dentro de suas respectivas competências tributárias, instituir reduções ou isenções tributárias que afetem construções destinadas à habitação de interesse social. Considerando a necessidade de responsabilidade fiscal dos entes, o dispositivo legal é uma autorização legal para instituição de medidas de desoneração tributária, sem que haja configuração de renúncia fiscal.

O artigo 3º, § 1º, III, da 1ª LMCMV traz a lembrança da necessidade de implementação pelos Municípios dos instrumentos da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, voltados ao controle da retenção das áreas urbanas em ociosidade. Aqui, tem-se a recomendação para que os Municípios utilizem os instrumentos existentes no Estatuto das Cidades, *verbi gratia*, o IPTU progressivo nas áreas urbanas ociosas.

No concernente ao artigo 6ºB, § 3º, da 1ª LMCMV, tem-se a autorização legal para que Estados, Distrito Federal e Municípios

Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 8.137, de 27.12.1990)

§ 2º - Se o funcionário desvia, em proveito próprio ou de outrem, o que recebeu indevidamente para recolher aos cofres públicos:

Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa."

também prestem subvenções econômicas ou benefícios fiscais no âmbito do PMCMV.

Também se destaca a não incidência de imposto de renda na fonte sobre os rendimentos auferidos pela carteira do FG Hab, forte no artigo 23 da 1ª LMCMV.¹⁴

O artigo 72 da 1ª LMCMV estabelece a obrigatoriedade de notificação do titular do domínio pleno ou útil, bem como do promitente vendedor ou fiduciário, em ações envolvendo IPTU ou cobrança de cotas condominiais.¹⁵

Conclusão

Do estudo, infere-se ter o Programa Minha Casa Minha Vida carreado ao ordenamento jurídico alterações na legislação tributária. Nesse concernente, o direito tributário está sendo usado como instrumento de política habitacional e social. O próprio Estatuto das Cidades já foi utilizado nesse íterim, com o IPTU progressivo no tempo.

A despeito de considerações em sentido contrário, entendem-se constitucionais as isenções e reduções tributárias instituídas pelas leis do PMCMV, tendo em vista que são instituídas para assegurar o direito fundamental à moradia, bem como por receberem guarida no artigo 236, § 2º, da CRFB.

Outrossim, a Constituição estabelece a gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania (artigo 5º, inciso LXXVII). Não se pode descurar que as gratuidades do PMCMV são instituídas com o desiderato de permitir o amplo exercício da cidadania.

É com base no primado do direito à moradia que o PMCMV foi criado, trazendo vários instrumentos capazes de propiciar moradia a todos, entre eles, algumas isenções ou reduções tributárias. E pouco adianta permitir o acesso à moradia se não for facilitado o cumprimento das obrigações acessórias tributárias relativas à propriedade e à formalização desta (registro/averbação). Ademais, os princí-

¹⁴ “Art. 23. Os rendimentos auferidos pela carteira do FG Hab não se sujeitam à incidência de imposto de renda na fonte, devendo integrar a base de cálculo dos impostos e contribuições devidos pela pessoa jurídica, na forma da legislação vigente, quando houver o resgate de cotas, total ou parcial, ou na dissolução do Fundo.”

¹⁵ “Art. 72. Nas ações judiciais de cobrança ou execução de cotas de condomínio, de imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana ou de outras obrigações vinculadas ou decorrentes da posse do imóvel urbano, nas quais o responsável pelo pagamento seja o possuidor investido nos respectivos direitos aquisitivos, assim como o usufrutuário ou outros titulares de direito real de uso, posse ou fruição, será notificado o titular do domínio pleno ou útil, inclusive o promitente vendedor ou fiduciário.”

pios devem ser ponderados. No caso, o princípio do acesso à moradia deve ser aplicado, afastando-se a vedação heterônoma.

Dessarte, são constitucionais os instrumentos tributários do Programa Minha Casa Minha Vida.

Referências

ANDREAZZA, Gabriela Lucena. Usucapião administrativa: reflexos no registro de imóveis. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3387, 9 out. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22767>>. Acesso em: 1 jul. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1800/DF. Requerente: Associação dos Notários e Registradores do Brasil. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator para o Acórdão: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 11 jun. 2007. Data da publicação: 28 set. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1699175>>. Acesso em: 13 jul. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 30710 / DF, decisão monocrática. Impetrante: Manoel Aristides Sobrinho. Impetrados: Presidente do Conselho Nacional de Justiça e Corregedor do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Ministro Relator: Celso de Mello. Brasília, 6 ago. 2012. Data da publicação: 08 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4103919>>. Acesso em: 02 jul. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. Mandado de Segurança nº 30710 /DF. Data da publicação: 11

jul. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=183981&caixaBusca=N>>. Acesso em: 02 jul. 2013.

CAMPOS, Helena Nunes. Princípio da proporcionalidade: a ponderação dos direitos fundamentais. **Cadernos de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico**, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 23-32, 2004. Disponível em: <http://www.mackenzie.br/fileadmin/Pos_Graduacao/Mestrado/Direito_Politico_e_Economico/Cadernos_Direito/Volume_4/02.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2013.

FINOTTI, Gabriel Schievano. Anotações sobre a Lei nº 11.977/2009 (Programa Minha Casa, Minha Vida) e a inconstitucionalidade do artigo 35-A. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3213, 18 abr. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21545>>. Acesso em: 1 jul. 2013.

GONÇALVES, Fabiana Rodrigues. Direitos sociais: direito à moradia. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 110, mar. 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12892&revista_caderno=9>. Acesso em: jul 2013.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MACIEL, Bruna de Oliveira. Habilitação de Interesse Social e Regularização Fundiária: possibilidades e convergências dentro do atual marco institucional brasileiro. **Revista de Direito da ADVOCEF**, Porto Alegre, v. 1, n. 16, p. 69-89, 2012.

PINHEIRO, Raphael Fernando. A positivação da felicidade como direito fundamental: o Projeto de Emenda Constitucional n. 19/10. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11701>. Acesso em: ago 2013.

RANGEL, Helano Márcio Vieira; SILVA, Jacilene Vieira da. O Direito Fundamental à moradia como mínimo existencial e a sua efetivação à luz do Estatuto da Cidade. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 6, n. 12, p. 57-78, jul.-dez. 2009.

SAPUCAIA, Rafael Vieira Figueiredo. O modelo de regras e princípios em Robert Alexy. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 93, out. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10552>. Acesso em: 1 jul. 2013.

SCHWARZER, Márcia Rosália. **Curso de Direito Notarial e Registral: Da origem à Responsabilidade Civil, Penal e Trabalhista**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. O Regime diferenciado de custas na Lei nº 11977/09 – Programa Minha Casa – Minha Vida – Uma alternativa de tutela de interesses coletivos. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 71, dez. 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7015>. Acesso em: 01 jul. 2013.

SOUZA, Daniel Barbosa Lima Faria Corrêa de. Da imunidade das instituições de educação e de assistência social. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF, 18 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.25468>>. Acesso em: 13 ago. 2012.

SOUZA, Daniel Barbosa Lima Faria Corrêa de. Importância dos princípios no assento registrário de nascimentos e óbitos. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF, 09 abr. 2012a. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=.36386>>. Acesso em: 18 abr. 2013.

SOUZA, Daniel Barbosa Lima Faria Corrêa de. Protesto Extrajudicial da Certidão de Dívida Ativa. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF, 26 mar. 2012b. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=10085_Daniel_Souza&ver=1197>. Acesso em: 09 ago. 2013.



PARTE 2

JURISPRUDÊNCIA

Superior Tribunal de Justiça

Recurso Especial Repetitivo. Cédula de crédito bancário vinculada a contrato de crédito rotativo. Exequibilidade. Lei n. 10.931/2004.¹

EMENTA OFICIAL

DIREITO BANCÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO VINCULADA A CONTRATO DE CRÉDITO ROTATIVO. EXEQUIBILIDADE. LEI N. 10.931/2004. POSSIBILIDADE DE QUESTIONAMENTO ACERCA DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS RELATIVOS AOS DEMONSTRATIVOS DA DÍVIDA. INCISOS I E II DO § 2º DO ART. 28 DA LEI REGENTE.

1. Para fins do art. 543-C do CPC: A Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial, representativo de operações de crédito de qualquer natureza, circunstância que autoriza sua emissão para documentar a abertura de crédito em conta-corrente, nas modalidades de crédito rotativo ou cheque especial. O título de crédito deve vir acompanhado de claro demonstrativo acerca dos valores utilizados pelo cliente, trazendo o diploma legal, de maneira taxativa, a relação de exigências que o credor deverá cumprir, de modo a conferir liquidez e exequibilidade à Cédula (art. 28, § 2º, incisos I e II, da Lei n. 10.931/2004).

3. No caso concreto, recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da SEGUNDA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Para os efeitos do art. 543-C, do CPC, foi fixada a seguinte tese: A Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial, representativo de operações de crédito de qualquer natureza, circunstância que autoriza sua emissão para documentar a abertura de crédito em conta corrente, nas modalidades de crédito rotativo ou cheque especial. O título de crédito deve vir acompanhado de claro demonstrativo acerca dos valores utilizados pelo cliente, trazendo o diploma legal, de maneira taxativa, a relação de exigências que o credor deverá cumprir, de modo a conferir liquidez e exequibilidade à Cédula (art. 28, § 2º, incisos I e II, da Lei n. 10.931/2004). Os Srs.

¹ Disponível em: <https://www2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201100557801&dt_publicacao=02/09/2013> Acesso em: 02 set. 2013.

Ministros Raul Araújo Filho, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Nancy Andrichi e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Brasília (DF), 14 de agosto de 2013 (Data do Julgamento)

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO - Relator

REsp 1.291.575 - PR (2011/0055780-1). DJe 02.09.2013.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. Centro Gás Transportes e Comércio de Gás Ltda. e Martin Egydio Saffaro opuseram embargos à execução (fls. 3/11) ajuizada por Banco Bradesco S.A., alegando ausência de título executivo, uma vez que, a despeito de estar aparelhada a execução em Cédula de Crédito Bancário, o contrato subjacente é de abertura de crédito rotativo em conta corrente, o qual não é considerado título executivo.

Sustentaram os executados, ainda, a inépcia da inicial, em razão da não apresentação de documentos essenciais à propositura da ação, ou seja, “planilha de cálculo acompanhado de extratos bancários, documentos obrigatórios para que se possa realmente aferir a exata evolução do débito”. Ademais, insurgiram-se contra a cobrança de juros capitalizados e ausência de

limitação a patamares legais. Alegaram, ainda, que os juros moratórios foram cobrados desde o inadimplemento, ao invés de incidirem desde a citação. Por fim, defenderam ser cabível a inversão do ônus da prova.

O Juízo de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Londrina/PR julgou procedentes os embargos, estabelecendo a nulidade da execução por não reconhecer a Cédula de Crédito Bancário como título executivo extrajudicial (fls. 239/243).

Em grau de apelação, o recurso foi provido, a fim de reformar a sentença “para reconhecer a existência de título hábil à propositura da ação de execução, sem prejuízo do enfrentamento pelo Juízo de origem das demais razões alegadas nos embargos” (fls. 292/299).

O acórdão recebeu a seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. DÍVIDA DE CORRENTE DE ABERTURA DE CRÉDITO ROTATIVO EM CONTA CORRENTE. IRRELEVÂNCIA. TÍTULO REVESTIDO DE EFICÁCIA EXECUTIVA. ART. 28 DA LEI Nº 10.931/2004. NULIDADE DA EXECUÇÃO AFASTADA. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

1. A Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial e representa dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, pela própria soma nela indicada ou pelo saldo devedor demonstrado, nos termos do art. 28 da lei nº 10.931/2004.

2. Apelação provida.

Sobreveio recurso especial (fls. 303/311), apoiado na alínea “a” do permissivo constitucional, no qual se alega ofensa aos arts. 28, § 2º, incisos I e II, da Lei n. 10.931/2004; 586 e 618, inciso I, do Código de Processo Civil, além da Súmula 233 do STJ.

Os recorrentes sustentam que a Cédula de Crédito Bancário não é título executivo extrajudicial, ausentes a certeza, liquidez e exigibilidade.

Salientam que a Súmula 233 desta Corte de Justiça “reconhece não ser título executivo extrajudicial a cédula de crédito da forma que veio aos autos”.

Em contrarrazões (fls. 326/336), o recorrido alega que o apelo especial está deserto. Ademais, defende violação ao princípio da dialeticidade, pois o recorrente não combateu, de forma coerente e direta, o conteúdo da decisão da qual recorre.

Enfatiza não ter sido preenchido o requisito do prequestionamento e que os recorrentes, na verdade, pretendem o revolvimento de matéria probatória, o que é vedado no âmbito desta Corte de Justiça.

Por fim, diz que, “embora se mostre bastante aproximada da cobrança fundada em contrato de abertura de crédito em conta corrente, ao presente caso não se aplica a Súmula nº 233 do Superior Tribunal de Justiça, porquanto existe norma legal específica que confere à Cédula de Crédito Bancário a eficácia de título executivo extrajudicial”.

Em sede de juízo de admissibilidade, o Tribunal de origem ne-

gou seguimento ao recurso especial interposto, por entender que incidira, no caso, a Súmula 7 do STJ (fls. 338/339).

Contra a mencionada decisão, os recorrentes interpuseram agravo em recurso especial (fls. 343/357). Em seguida, dei provimento ao mesmo para determinar sua conversão no presente recurso especial (fl. 381).

Posteriormente, verificando a multiplicidade de recursos a versarem sobre a mesma controvérsia, submeti o feito ao rito do artigo 543-C do CPC, determinando a ciência e facultando manifestação, no prazo de 15 (quinze) dias (art. 3º, I, da Resolução n. 08/2008), à Federação Brasileira de Bancos e ao Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (fls. 386/387).

A Federação Brasileira de Bancos - Febraban, atuando como *amicus curiae* (fls. 404/493), pugna para que a orientação desta Corte de Justiça “se consolide no sentido de reconhecer a eficácia executiva da Cédula de Crédito Bancário, sempre que atendidos os requisitos previstos na Lei 10.931/2004, ainda quando consubstancie um contrato de abertura de crédito em conta corrente”.

Já o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - Idec, apesar de oficiado (fl. 395), não se manifestou (fl. 543).

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Mauricio Vieira Bracks, opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso, nos termos da seguinte ementa (fls. 537/542):

- Recurso especial repetitivo, processado nos termos do art. 543-C, do CPC, e do art. 2º, §§ 1º e 2º, c.c. o art. 7º, ambos da Resolução STJ nº 8, de 7.8.2008, apontando violação ao art. 28, § 2º, da Lei nº 10.931/2004, e aos arts. 586 e 618, I, ambos do CPC.

- Por força do disposto no art. 28, da Lei nº 10.931/2004, a cédula de crédito bancário é título executivo extrajudicial e representa dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos da conta corrente. Assim, desde que o credor comprove o atendimento aos requisitos para a apuração do valor exato da obrigação ou de seu saldo devedor, previstos no art. 28, § 2º, I e II, da Lei nº 10.931/2004, não se opõem a execução da cédula de crédito bancário os óbices dos arts. 586 e 618, I, ambos do CPC, e da Súmula 233, do STJ, mesmo que o título decorra diretamente de contrato de abertura de crédito, seja rotativo ou cheque especial. Precedentes do STJ.

- Parecer, preliminarmente, pelo conhecimento do presente recurso especial, e, no mérito, pelo seu não provimento.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. O litígio ora instalado versa sobre a possibilidade de execução de Cédula de Crédito Bancário, criada inicialmente pela MP n. 2.160,

de 2001, a qual, após diversas reedições, culminou parcialmente na aprovação da Lei n. 10.931/2004.

Luis Felipe Pires Alves apresenta profícuo e extenso estudo acerca das inovações trazidas pela Lei n. 10.931/2004, referentes à cédula de crédito bancário:

A cédula de crédito bancário é consequência natural da evolução do sistema de cédulas de crédito, iniciado na década de 30 do século XX. Humberto Theodoro Júnior afirma que “a cédula bancária é mais um capítulo na evolução de um gênero: cédulas de crédito e, como tal, tudo aquilo que já se estudou, ensinou ou decidiu em sede pretoriana, sobre a natureza, o regime jurídico, as regras gerais e os princípios norteadores das demais cédulas de crédito se aplicam também às cédulas de crédito bancário”.

Foi idealizada com o propósito de desonerar as operações de crédito. Pelas características das transações financeiras atuais (que assumem, em grande parte, a forma de contratos de crédito rotativo), idealizou-se um modelo de título de crédito adaptável à evolução do saldo devedor, mas, ao mesmo tempo, seguro. Inspirando-se nas cédulas de crédito já reguladas em leis anteriores, a Med. Prov 1.925/1999 criou a cédula de crédito bancário como título de crédito, ou seja, documento escrito, cujo conteúdo e forma são rigorosamente prescritos pela lei, capaz de circular com segurança, preservando a boa-fé daqueles que o adquirem, conferindo a seu titular ação exe-

cutiva para receber o crédito ali mencionado. (grifou-se).

[...]

A cédula de crédito bancário é essencialmente promessa de pagar em dinheiro dívida decorrente de operação de crédito de qualquer modalidade contratada com instituição financeira ou de natureza assemelhada.

É título de crédito provido dos atributos da cartularidade (materialização do direito no documento), literalidade (obrigação de valor delimitado), ainda que mitigada, e autonomia (livre circulação). É título executivo extrajudicial, dotado de certeza, liquidez e exigibilidade, tanto pela soma nele indicada quanto pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo ou extrato de conta-corrente a ele vinculada. Pode ser emitida em moeda estrangeira em favor de instituição domiciliada no exterior, desde que a obrigação se sujeite exclusivamente à lei e ao foro brasileiros. Pode conter a pactuação de juros, capitalizados ou não, por qualquer período, além dos usuais critérios de atualização monetária, configuração de mora, multas, penalidades, restituições e vencimento antecipado, observadas as disposições legais aplicáveis.

[...].

Foi necessário clamar a intervenção do Poder Executivo que, com grande acerto, criou a cédula de crédito bancário, cujas características, pautadas pela simplicidade e objetividade, reavivaram a força e a estabilidade do Sistema Financeiro.

[...]

Porém, logo ficou claro nos meios jurídicos brasileiros que a lei

quis criar, e efetivamente criou, um título de crédito dotado de força executiva, não deixando qualquer margem ao arbítrio ou juízo subjetivo dos aplicadores do Direito. Ao fazê-lo, balizou dois valores consagrados na Constituição: a efetividade da Justiça (de especial importância para a saúde do Sistema Financeiro Nacional) e a segurança jurídica (ampla defesa e devido processo legal). Como bem se sabe, a Constituição impõe ao Estado de Direito a observância de princípios vários que se completam sem se anularem, cabendo aos Poderes constituídos zelar pela sua constante harmonização.

Pois bem, a criação da cédula de crédito bancário deu, sem sombra de dúvida, destaque ao princípio da efetividade da Justiça num momento em que as circunstâncias da realidade socioeconômica clamaram por tal medida.

Contudo, isso não significou desrespeito à segurança jurídica dos devedores: o devido processo legal e a ampla defesa continuam incólumes no seio da ação executiva.

Humberto Theodoro Júnior pondera que “Se, todavia, a lei nova tomou rumo diferente do que até então seguia a jurisprudência, nenhum vício se poderá, por isso, imputar-lhe; e, por conseguinte, não poderá o juiz fugir da força vinculante da norma legal derogadora do posicionamento pretoriano firmado à luz de lei diversa da atual. Afinal, seu dever primário é o de aplicar as normas legais e jamais o de revogá-las para fazer prevalecer opinião jurisprudencial superada”.

Quando o Poder Executivo instituiu a cédula de crédito bancário, atribuiu-lhe expressamente a natureza de título de crédito líquido, certo e exigível. Não houve, pois, nenhuma afronta à jurisprudência pretérita, mas sim, mera criação de título executivo novo.

[...]

Porém, dentre todas as diferenças que se possam identificar entre o modelo tradicional de cédulas de crédito e a nova cédula de crédito bancário, a que mais se destaca e que mais reflexos produz é o fato de esta ser claramente vocacionada para o mercado de capitais, o que resulta numa dinâmica nova.

Possibilitando-se a emissão de certificados de cédulas de crédito bancário, títulos físicos ou escriturais representativos das cédulas de crédito bancário (o certificado pode representar mais de uma cédula de crédito bancário, sendo que podem ter diferentes valores, prazos e condições de remuneração. Podem ser de propriedade da própria instituição financeira emitente ou de terceiros, respondendo sempre a instituição financeira pela origem e autenticidade das cédulas de crédito bancário depositadas que os lastreiam), dota-se a instituição financeira de um forte mecanismo de alavancagem de operações, pois permite-lhe repassar ao mercado o valor dos créditos concedidos, recompondo seu capital. Pode-se afirmar que nenhuma das cédulas de crédito tradicionais possui flexibilidade semelhante à da cédula de crédito bancário.

[...]

No que diz respeito à sua operacionalização, a cédula de crédito bancário oferece a inegável vantagem de permitir maior simplificação e padronização de produtos e serviços, o que significa aumento de eficiência, seja pelo ganho de agilidade/produktividade, seja pela concentração de esforços naquilo que a instituição pode produzir de melhor, com a consequente redução de custos operacionais. Vale lembrar, por oportuno, que a criação do novo instrumento foi inserida num conjunto de medidas sugeridas pelo Banco Central do Brasil, com vistas a reduzir os elevados níveis de *spread* bancário.

[...]

Nesse sentido, podemos apontar algumas situações em que o novo título facilita ou, ao menos, afasta percalços na execução judicial das dívidas: (a) o valor da obrigação, constante da cédula de crédito bancário, será exigível pela soma nele indicada ou pelo saldo devedor expresso em planilha de cálculo ou extratos de conta-corrente, documentos esses que integrarão a cédula e que serão elaborados exclusivamente pelo credor. Assim, não cabem mais discussões quanto ao poder legal do credor de apurar o saldo líquido da dívida para fins de execução judicial; (b) o regramento legal da cédula de crédito bancário deixa expressa a possibilidade de pactuação da capitalização de juros, bem como sua periodicidade, afastando discussões a respeito; (c) o título incorpora em seu bojo a apuração de honorários advocatícios, judiciais ou extrajudiciais, para inclusão no saldo devedor, o que

simplifica sua execução; (d) a atualização do saldo devedor, sempre que se fizer necessária, é função atribuída ao credor, o que poderá reduzir a incidência de perícias técnicas das planilhas de cálculo que, como já explicitado, são consideradas parte inseparável do título; (e) a lei determina a apuração do saldo devedor com base no crédito efetivamente utilizado, afastando discussões acerca da liquidez do título; (f) a cédula de crédito bancário é certa, líquida e exigível por expressa definição legal, sendo que sua validade e eficácia não dependem de registro; (g) a possibilidade de o título sofrer protesto por indicação, mantendo-se o credor na posse da única via negociável, afasta as hipóteses de retenção em cartório via medidas judiciais cautelares e, consequentemente, evita atrasos na execução; (h) a constituição de garantias abrange legalmente os acessórios, benfeitorias, valorizações, frutos e vinculações de qualquer natureza; (i) são ampliados os controles sobre as garantias, bem como as responsabilidades dos garantidores por sua integridade, qualidade, guarda e conservação. (ALVES, Luis Felipe Pires. *A cédula de crédito bancário: natureza, características e aplicabilidade*. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, vol. 49, p. 79)

A problemática hospeda-se no fato de que, na grande maioria das vezes, se encontra subjacente à Cédula de Crédito Bancário um contrato de abertura de crédito

rotativo, cuja exequibilidade fora afastada por sólida jurisprudência do STJ, cristalizada nas Súmulas 233 e 247:

Súmula 233: O contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extrato da conta-corrente, não é título executivo.

Súmula 247: O contrato de abertura de crédito em conta-corrente, acompanhado do demonstrativo de débito, constitui documento hábil para o ajuizamento da ação monitória.

Daí por que se tem entendido que a criação da Cédula de Crédito Bancário constituiu nítida reação do legislador contra a jurisprudência do STJ.

Segundo aqueles que rivalizam com o entendimento insculpido nas Súmulas 233 e 247, a jurisprudência deixara o Sistema Financeiro "órfão, desamparado, de instrumento jurídico que conferisse celeridade e segurança às volumosas transações que envolvem abertura de crédito, cheque especial ou crédito rotativo" (THEODORO JÚNIOR. Humberto. A cédula de crédito bancário como título executivo extrajudicial no direito brasileiro. in. *Revista Jurídica*. Ano 55, dezembro de 2007, n. 362, p. 15).

A mencionada jurisprudência do STJ - com a qual este relator concorda integralmente - finca raízes no fato de que o contrato de abertura de crédito em conta-corrente, em si, não revela obrigação líquida e certa assumida pelo cliente, e não pode o credor, à revelia do assentimento do devedor,

criar título executivo “terminado” unilateralmente, mediante impressão de extratos bancários ou elaboração de planilhas.

Tive a oportunidade de enfrentar a questão na relatoria do REsp. n. 800.178/SC, quando asseverei:

[...] o contrato de abertura de *crédito rotativo* (utilizado, no mais das vezes, em sua modalidade “cheque especial”) não consubstancia, em si, uma obrigação assumida pelo consumidor. Ao contrário, incorpora uma obrigação da instituição financeira em disponibilizar determinada quantia ao seu cliente, podendo dela utilizar-se ou não.

[...]

A ausência de executividade do contrato de abertura de crédito decorre do fato de que, quando da assinatura do instrumento pelo consumidor – ocasião em que a obrigação nasce para a instituição financeira, de disponibilizar determinada quantia ao seu cliente –, não há dívida líquida e certa, sendo que os valores eventualmente utilizados são documentados unilateralmente pela própria instituição, sem qualquer participação, muito menos consentimento, do cliente.

Inexistindo, pois, certeza e liquidez no próprio instrumento, exigências que não são alcançadas mediante a complementação unilateral do credor com a apresentação de extratos bancários, porquanto não lhe é dado criar títulos executivos à revelia do devedor, tem-se que o contrato de abertura de crédito carece, realmente, de exequibilidade.

Em suma, porque não havia lei prevendo a exequibilidade do contrato de abertura de crédito em conta-corrente, não podia o credor suprir a iliquidez e a incerteza que emergia diretamente do contrato, mediante a elaboração unilateral de cálculos relativos ao crédito utilizado, enquadrando o contrato de abertura de crédito na categoria geral de “documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas” a que faz referência o art. 585, inciso II, do Código de Processo Civil, ao indicar os títulos executivos extrajudiciais aceitos no ordenamento jurídico.

3. Contudo, com o advento da Lei n. 10.931/2004, foi criada a Cédula de Crédito Bancário, exatamente nos mesmos moldes da prática bancária antes rechaçada pela jurisprudência do STJ, de modo a conferir certeza, liquidez e exigibilidade “seja pela soma nela indicada (na Cédula), seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos da conta corrente” (art. 28).

Tal a perplexidade gerada pela mencionada Lei que levou o ilustre ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior a asseverar, em sede doutrinária, que:

Certamente não se encontrará nos países ocidentais, no âmbito das instituições financeiras, um diploma que conceda mais poderes ao credor estipulante de contrato de adesão, sem limites para taxas, comissões e multas: para completar, faltaria apenas excluí-lo do controle judicial (AGUIAR JUNIOR. Ruy Rosado de. *Os contratos bancá-*

rios e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Disponível na Biblioteca Digital do Superior Tribunal de Justiça, BDJur, p. 101).

As críticas alcançam a estatura da inconstitucionalidade (NERY JUNIOR, Nelson [et. al.]. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 837-838), muito embora não se me afigure que a discussão, por esse enfoque, esteja suficientemente madura a ponto de permitir o incidente adequado.

4. Nessa esteira, o fato é que há lei regulando a matéria controversa.

O legislador agiu pela via própria e validou as práticas bancárias que antes não encontravam lastro no ordenamento jurídico brasileiro.

Marlon Tomazette e Lucinéia Possar fazem as seguintes considerações acerca da executividade da Cédula de Crédito Bancário após a edição da Lei n. 10.931/2004:

Com base na referida Lei 10.931/2004, a CCB foi instituída como título executivo extrajudicial, representando dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos da conta corrente. Merece registro também o fato de que a CCB representa instrumento executivo hábil para formalização de contratos de abertura de crédito em conta corrente, hipótese em que será emitida pelo valor

total do crédito posto à disposição do emitente.

Assim, considerando que a lei é fonte instituidora de títulos executivos, não restam dúvidas, portanto, que a CCB é - pelo princípio da legalidade - título executivo extrajudicial e, como exige o art. 586 da Lei Adjetiva, é dotada dos requisitos da certeza, liquidez e exigibilidade, o que também é reconhecido pela Lei 10.931/2004. (TOMAZETTE, Marlon. POSSAR, Lucinéia.

Executividade da cédula de crédito bancários - sinais contraditórios da jurisprudência do STJ. Disponível na Biblioteca Digital do Superior Tribunal de Justiça, BDJur, p. 6).

Em outras palavras, a Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial representativo de operações de crédito de qualquer natureza, circunstância que autoriza sua emissão para documentar a abertura de crédito em conta corrente.

Os arts. 26 e 28 da Lei n. 10.931/2004 confirmam essa situação:

Art. 26. A Cédula de Crédito Bancário é título de crédito emitido, por pessoa física ou jurídica, em favor de instituição financeira ou de entidade a esta equiparada, representando promessa de pagamento em dinheiro, decorrente de operação de crédito, de qualquer modalidade.

§ 1º **A instituição credora deve integrar o Sistema Financeiro Nacional**, sendo admitida a emissão da Cédula de Crédito Bancário em favor de instituição domiciliada no exterior, desde que a obrigação es-

teja sujeita exclusivamente à lei e ao foro brasileiros.

§ 2º A Cédula de Crédito Bancário em favor de instituição domiciliada no exterior poderá ser emitida em moeda estrangeira.

[...]

Art. 28. A Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial e representa dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos da conta corrente, elaborados conforme previsto no § 2º.

Com efeito, havendo lei a prever a complementação da liquidez do contrato bancário mediante apresentação de cálculos elaborados pelo próprio credor, penso que cabe ao Judiciário, em sede de jurisdição infraconstitucional, aplicar o novo diploma.

Esse entendimento foi sufragado por este Colegiado em inúmeros precedentes. Confirmam-se os julgados:

DIREITO BANCÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO VINCULADA A CONTRATO DE CRÉDITO ROTATIVO. EXEQUIBILIDADE. LEI N. 10.931/2004. POSSIBILIDADE DE QUESTIONAMENTO ACERCA DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS RELATIVOS AOS DEMONSTRATIVOS DA DÍVIDA. INCISOS I E II DO § 2º DO ART. 28 DA LEI REGENTE.

1. A Lei n. 10.931/2004 estabelece que a Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial, representativo de

operações de crédito de qualquer natureza, circunstância que autoriza sua emissão para documentar a abertura de crédito em conta corrente, nas modalidades de crédito rotativo ou cheque especial.

2. Para tanto, o título de crédito deve vir acompanhado de claro demonstrativo acerca dos valores utilizados pelo cliente, trazendo o diploma legal a relação de exigências que o credor deverá cumprir, de modo a conferir liquidez e exequibilidade à Cédula (art. 28, § 2º, incisos I e II, da Lei n. 10.931/2004).

3. No caso em julgamento, tendo sido afastada a tese de que, em abstrato, a Cédula de Crédito Bancário não possuiria força executiva, os autos devem retornar ao Tribunal a quo para a apreciação das demais questões suscitadas no recurso de apelação.

4. Recurso especial provido. (REsp 1283621/MS, de minha relatoria, **SEGUNDA SEÇÃO**, julgado em 23/05/2012, DJe 18/06/2012)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. ACÓRDÃO RECORRIDO. TEMA CENTRAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRA-JUDICIAL. LEI 10.931/2004.

1. O prequestionamento é evidente quando a controvérsia trazida no recurso especial foi o tema central do acórdão recorrido.

2. A matéria disciplinada exclusivamente em legislação ordi-

nária não está sujeita à interposição de recurso extraordinário, que não tem cabimento nas hipóteses de inconstitucionalidade reflexa. Precedentes do STF.

3. No caso, para se entender violado o princípio constitucional da hierarquia das leis, seria imprescindível analisar a redação da Lei 10.931/2004 para verificar se, de alguma forma, foi descumprido preceito da Lei Complementar 95/1998. Ademais, a própria Lei Complementar 95/1998, em seu art. 18, prescreve que “eventual inexactidão formal de norma elaborada mediante processo legislativo regular não constitui escusa válida para o seu descumprimento”.

4. A cédula de crédito bancário, mesmo quando o valor nela expresso seja oriundo de saldo devedor em contrato de abertura de crédito em conta corrente, tem natureza de título executivo, exprimindo obrigação líquida e certa, por força do disposto na Lei 10.930/2004. Precedentes da 4ª Turma do STJ. (grifou-se).

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 248.784/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, **QUARTA TURMA**, julgado em 21/05/2013, DJe 28/05/2013)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. REQUISITOS. LEI 10.931/2004. MATÉRIA FÁTICA. REEXAME. SÚMULA N. 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(AgRg no REsp 1326137/AP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, **TERCEIRA TURMA**, julgado em 14/05/2013, DJe 20/05/2013)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. LIQUIDEZ DO TÍTULO. ATENDIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ.

1. É firme o entendimento desta Corte de que a cédula de crédito bancário possui natureza de título executivo, por expressa disposição da Lei n. 10.931/2004.

2. No caso concreto, o Tribunal de origem, com base nos elementos de prova, concluiu que o título que embasou a execução constitui cédula de crédito bancário, pois preenche os requisitos da supracitada lei.

Alterar esse entendimento demandaria o reexame das provas dos autos, o que é vedado a esta Corte por força do óbice da Súmula n. 7/STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 272.501/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, **QUARTA TURMA**, julgado em 02/05/2013, REPDJe 22/05/2013, DJe 13/05/2013)

BANCÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURI-

DADE. NÃO OCORRÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. HARMONIA ENTRE O ACÓRDÃO RECORRIDO E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

- Ausentes os vícios do art. 535 do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração.

- A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados impede o conhecimento do recurso especial.

- O acórdão recorrido que adota a orientação firmada pela jurisprudência do STJ não merece reforma.

- Agravo não provido.

(AgRg no REsp 1319426/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, **TERCEIRA TURMA**, julgado em 13/11/2012, DJe 20/11/2012)

AGRAVO REGIMENTAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. INSURGÊNCIA DA EXECUTADA.

1. É inadmissível o recurso especial que não impugna fundamento do acórdão recorrido apto, por si só, a manter a conclusão a que chegou a Corte de origem (Súmula 283 do STF).

2. A cédula de crédito bancário tem natureza de título executivo, exprimindo obrigação líquida e certa, por força do disposto na Lei n. 10.930/2004.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 1221989/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, **QUARTA TURMA**, julgado em 07/08/2012, DJe 14/08/2012)

Outros precedentes: Min. João Otávio de Noronha (Resp n. 599.609), Min. Villas Boas Cueva

(Aresp n. 46.950), Min. Sidinei Beneti (Aresp n. 281.561).

Nesse mesmo sentido, para a Cédula de Crédito Rural, o art. 10, *caput* e § 1º, do Decreto-Lei n. 167/1967, assim dispõe:

Art 10. A cédula de crédito rural é título civil, líquido e certo, exigível pela soma dêla constante ou do endôssô, além dos juros, da comissão de fiscalização, se houver, e demais despesas que o credor fizer para segurança, regularidade e realização de seu direito creditório. § 1º **Se o emitente houver deixado de levantar qualquer parcela do crédito deferido ou tiver feito pagamentos parciais, o credor desconta-los-á da soma declarada na cédula, tornando-se exigível apenas o saldo.**

Com artigo e parágrafo de mesma numeração, o Decreto-Lei n. 413/1969 preceitua comando normativo idêntico para a Cédula de Crédito Industrial. O art. 3º da Lei n. 6.313/1975 manda aplicar à Cédula de Crédito à Exportação as disposições do Decreto-Lei n. 413/1969, relativas à Cédula de Crédito Industrial.

Disposição análoga está contida no art. 5º da Lei n. 6.840/1980, aplicável à Cédula de Crédito Comercial e à Nota de Crédito Comercial.

E a própria jurisprudência vem aceitando a emissão de outras cédulas de crédito, como a comercial e a industrial, para documentar contrato de abertura de crédito em conta-corrente (REsp 791.676/GO, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALO-

MÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/6/2011; REsp 480.261/SC, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 3/5/2005; REsp 253.433/RS, Rel. Ministro CASTRO FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/2/2005).

Em suma, descabe indagar se, em abstrato, a Cédula de Crédito Bancário é título executivo, mesmo que decorra diretamente de contrato de abertura de crédito, seja rotativo ou cheque especial.

5. Cumpre investigar se, **em concreto**, a Cédula de Crédito Bancário reúne os requisitos legais para sua emissão e execução da dívida, exigências contempladas, sobretudo, no § 2º do art. 28 da Lei n. 10.931/2004, *verbis* :

Art. 28. A Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial e representa dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos da conta corrente, elaborados conforme previsto no § 2º.

[...]

§ 2º Sempre que necessário, a apuração do valor exato da obrigação, ou de seu saldo devedor, representado pela Cédula de Crédito Bancário, será feita pelo credor, por meio de planilha de cálculo e, quando for o caso, de extrato emitido pela instituição financeira, em favor da qual a Cédula de Crédito Bancário foi originalmente emitida, documentos esses que integrarão a Cédula, observado que:

I - os cálculos realizados deverão evidenciar de modo claro, preciso e de fácil entendimento e compreensão, o valor principal da dívida, seus encargos e despesas contratuais devidos, a parcela de juros e os critérios de sua incidência, a parcela de atualização monetária ou cambial, a parcela correspondente a multas e demais penalidades contratuais, as despesas de cobrança e de honorários advocatícios devidos até a data do cálculo e, por fim, o valor total da dívida; e

II - a Cédula de Crédito Bancário representativa de dívida oriunda de contrato de abertura de crédito bancário em conta corrente será emitida pelo valor total do crédito posto à disposição do emitente, competindo ao credor, nos termos deste parágrafo, discriminar nos extratos da conta corrente ou nas planilhas de cálculo, que serão anexados à Cédula, as parcelas utilizadas do crédito aberto, os aumentos do limite do crédito inicialmente concedido, as eventuais amortizações da dívida e a incidência dos encargos nos vários períodos de utilização do crédito aberto.

Aliás, as exigências constantes nos incisos I e II do § 2º do art. 28 da Lei n. 10.931/2004, *grossomodo*, são as mesmas que preceituava a Quarta Turma do STJ antes da edição das Súmulas n. 233 e 247 no sentido de ser exequível o contrato de abertura de crédito, mas exigia a adequada demonstração contábil do valor utilizado pelo cliente, sob pena de não se lhe conferir liquidez.

Na mesma linha são os seguintes precedentes: REsp 6.949/CE, Rel. Ministro ATHOS CARNEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 5/3/1991; REsp 11.037/DF, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 12/5/1992; REsp 8715/MG, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 10/12/1991.

Portanto, a Lei n. 10.931/2004 não permite a utilização da Cédula de Crédito Bancário como mera roupagem do antigo contrato de abertura de crédito, como se a simples nomenclatura diversa lhe conferisse força executiva.

Ao reverso, o novo título de crédito, para ostentar exequibilidade, deve vir acompanhado de claro demonstrativo acerca dos valores utilizados pelo cliente, trazendo o novo diploma legal, de maneira taxativa, as exigências para conferir liquidez e exequibilidade à Cédula, a saber:

I - os cálculos realizados deverão evidenciar, de modo claro, preciso e de fácil entendimento e compreensão, o valor principal da dívida, seus encargos e despesas contratuais devidos, a parcela de juros e os critérios de sua incidência, a parcela de atualização monetária ou cambial, a parcela correspondente a multas e demais penalidades contratuais, as despesas de cobrança e de honorários advocatícios devidos até a data do cálculo e, por fim, o valor total da dívida; e

II - a Cédula de Crédito Bancário representativa de dívida oriunda de contrato de abertura de cré-

dito bancário em conta-corrente será emitida pelo valor total do crédito posto à disposição do emitente, competindo ao credor discriminar nos extratos da conta-corrente ou nas planilhas de cálculo, que serão anexados à Cédula, as parcelas utilizadas do crédito aberto, os aumentos do limite do crédito inicialmente concedido, as eventuais amortizações da dívida e a incidência dos encargos nos vários períodos de utilização do crédito aberto.

Nesse mesmo sentido, o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Mauricio Vieira Bracks (fls. 537/542), opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso especial. Segue trecho do parecer:

Deveras, na mesma linha do que decidiu o v. Acórdão recorrido, e diferentemente dos argumentos dos Recorrentes, a jurisprudência dessa colenda Superior Corte de Justiça há muito se encontra pacificada no sentido de que, por força do disposto no art. 28, da Lei nº 10.931/2004, a cédula de crédito bancário é título executivo extrajudicial e representa dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos da conta corrente. Em complemento a essa orientação, concordando novamente com o v. acórdão recorrido, esse colendo STJ entende que, desde que o credor comprove o atendimento aos requisitos para a apura-

ção do valor exato da obrigação ou de seu saldo devedor, previstos no art. 28, § 2º, I e II, da lei nº 10.931/2004, não se opõem à execução da cédula de crédito bancário os óbices dos arts. 586 e 618, I, ambos do CPC, e do enunciado da Súmula 233, do STJ, mesmo que o título decorra diretamente de contrato de abertura de crédito, seja rotativo ou cheque especial, conforme diretriz dos seguintes precedentes:

[...].

Pelas razões expostas e ao lume dos precedentes transcritos, o Ministério Público Federal preliminarmente opina pelo conhecimento do presente recurso especial, e, no mérito, pelo seu não provimento.

6. Assim, o entendimento para efeito do art. 543-C do CPC, que ora encaminho, é o seguinte:

“A Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial, representativo de operações de crédito de qualquer natureza, circunstância que autoriza sua emissão para documentar a abertura de crédito em conta-corrente, nas modalidades de crédito rotativo ou cheque especial. O título de crédito deve vir acompanhado de claro demonstrativo acerca dos valores utilizados pelo cliente, trazendo o diploma legal, de maneira taxativa, a relação de exigências que o credor deverá cumprir, de modo a conferir liquidez e exequibilidade à Cédula (art. 28, § 2º, incisos I e II, da Lei n. 10.931/2004)”.

7. No caso concreto, a sentença julgou procedentes os embargos por não reconhecer a Cédula de

Crédito Bancário como título executivo extrajudicial.

O acórdão proferido em grau de apelação, por sua vez, reformou a sentença “para reconhecer a existência de título hábil à propositura da ação de execução, sem prejuízo do enfrentamento pelo Juízo de origem das demais razões alegadas nos embargos”.

Nesse sentido, confira-se a fundamentação do voto condutor:

O cerne da discussão refere-se à executividade da Cédula de Crédito Bancário objeto da execução.

Entendeu o julgador singular que o título em questão cerece de liquidez e certeza, pois representa abertura de crédito em conta corrente, sendo nula a execução.

Todavia, tal circunstância não é suficiente para macular de nulidade a cédula e, tampouco, para descaracterizá-la como título executivo, uma vez que a sua eficácia executiva decorre expressamente da lei (art. 585, VIII, do CPC c/c art. 28 da Lei nº 10.931/2004).

Com efeito, embora a situação se mostre bastante aproximada da cobrança fundada em contrato de abertura de crédito em conta corrente, ao presente caso não se aplica a Súmula 233 do Superior tribunal de Justiça, porquanto existe norma legal específica que confere à Cédula de Crédito Bancário a eficácia de título executivo extrajudicial.

É o teor da Lei nº 10.931/2004: [...].

Trata-se, pois, de um título bancário e representativo de uma

promessa de pagamento em dinheiro, emitida por pessoa natural ou jurídica em favor de instituição financeira ou entidade a ela equiparada, e que, por si só, já possui eficácia de título executivo extrajudicial, tanto que preenchidos os requisitos para sua constituição.

[...].

Outrossim, a juntada das planilhas de cálculo ou dos extratos da conta corrente somente se faz necessária para as estritas hipóteses do § 2º do art. 28 mencionado, ou seja, trata-se de providência meramente acessória, exigida unicamente para a propositura da ação de execução e não para atribuir à cédula de crédito bancário a qualidade de título executivo extrajudicial.

De toda sorte, no presente caso, verifica-se que a Cédula exequenda preenche todos os requisitos legais de formação, inclusive quanto ao valor do débito e à data de vencimento, além de ter vindo acompanhada de demonstrativo detalhado da movimentação (ff. 30/38), corroborada pelos extratos da conta corrente (ff. 73/84 e 116/175).

Não restam dúvidas, portanto, de que a Cédula de Crédito Bancário em exame se constitui em título hábil ao embasamento da ação de execução, de modo que a sentença não pode prevalecer.

Assim, nota-se que o acórdão recorrido está em consonância com o entendimento desta Corte Superior, no sentido de reconhecer que, em abstrato, a Cédula de Crédito Bancário possui força executiva,

exprimindo obrigação líquida e certa, por força do disposto na Lei n. 10.931/2004, tendo consignado, ainda, que a cédula preencheu todos os requisitos legais de formação.

8. Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Seção, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os efeitos do art. 543-C, do CPC, foi fixada a seguinte tese: A Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial, representativo de operações de crédito de qualquer natureza, circunstância que autoriza sua emissão para documentar a abertura de crédito em conta corrente, nas modalidades de crédito rotativo ou cheque especial. O título de crédito deve vir acompanhado de claro demonstrativo acerca dos valores utilizados pelo cliente, trazendo o diploma legal, de maneira taxativa, a relação de exigências que o credor deverá cumprir, de modo a conferir liquidez e exequibilidade à Cédula (art. 28, § 2º, incisos I e II, da Lei n. 10.931/2004).

Os Srs. Ministros Raul Araújo Filho, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Nancy

Andrighi e João Otávio de Noronha
votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente,
o Sr. Ministro Paulo de Tarso
Sanseverino.

Superior Tribunal de Justiça

Corte Especial. Andamento processual disponibilizado pela internet. Contagem de prazo. Boa-fé.¹

EMENTA OFICIAL

PROCESSUAL CIVIL. ANDAMENTO PROCESSUAL DISPONIBILIZADO PELA INTERNET. CONTAGEM DE PRAZO. BOA-FÉ. ART. 183, §§ 1º E 2º, DO CPC. APLICAÇÃO.

1. Hipótese em que as instâncias de origem entenderam que os Embargos à Execução são intempestivos, desconsiderando a data indicada no acompanhamento processual disponível na internet.

2. A divulgação do andamento processual pelos Tribunais por meio da internet passou a representar a principal fonte de informação dos advogados em relação aos trâmites do feito. A jurisprudência deve acompanhar a realidade em que se insere, sendo impensável punir a parte que confiou nos dados assim fornecidos pelo próprio Judiciário.

3. Ainda que não se afirme que o prazo correto é aquele erroneamente disponibilizado, desarrazoado frustrar a boa-fé que deve orientar a relação entre os litigantes e o Judiciário. Por essa razão o art. 183, §§ 1º e 2º, do CPC determina o afastamento do rigorismo na contagem dos prazos processuais quando o descumprimento

decorrer de fato alheio à vontade da parte.

4. A Terceira Turma do STJ vem adotando essa orientação, com base não apenas no art. 183 do CPC, mas também na própria Lei do Processo Eletrônico (Lei 11.419/2006), por conta das “Informações processuais veiculadas na página eletrônica dos tribunais que, após o advento da Lei n.º 11.419/06, são consideradas oficiais” (trecho do voto condutor do Min. Paulo de Tarso Sanseverino, no REsp 960.280/RS, DJe 14.6.2011).

5. Não desconheço os precedentes em sentido contrário da Corte Especial que são adotados em julgados de outros colegiados do STJ, inclusive da Segunda Turma.

6. Ocorre que o julgado mais recente da Corte Especial é de 29.6.2007 (AgRg nos EREsp 514.412/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 20.8.2007), como consta do Comparativo de Jurisprudência do STJ.

7. Parece-me que a ampliação constante do uso da internet pelos operadores do Direito, especialmente em relação aos informativos de andamento processual colocados à disposição pelos Tribunais, sugere a revisão desse entendimento, em atenção à boa-fé objetiva que deve orientar a relação

¹ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201201047356&dt_publicacao=10/05/2013> Acesso em: 10 mai. 2013.

entre o Poder Público e os cidadãos, acolhida pela previsão do art. 183, §§ 1º e 2º, do CPC.

8. Ainda que os dados disponibilizados pela internet sejam “meramente informativos” e não substituam a publicação oficial (fundamento dos precedentes em contrário), isso não impede que se reconheça ter havido justa causa no descumprimento do prazo recursal pelo litigante (art. 183, *caput*, do CPC), induzido por erro cometido pelo próprio Tribunal.

9. Recurso Especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da CORTE Especial do Superior Tribunal de Justiça: A Corte Especial, por unanimidade, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Jorge Mussi, Raul Araújo, Sebastião Reis Júnior, Ari Pargendler, Eliana Calmon, Nancy Andrichi, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão, Laurita Vaz, João Otávio de Noronha e Napoleão Nunes Maia Filho.

Licenciado o Sr. Ministro Gilson Dipp, sendo substituído pelo Sr. Ministro Jorge Mussi.

Convocados os Srs. Ministros Raul Araújo e Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 17 de dezembro de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO FELIX FISCHER, Presidente

MINISTRO HERMAN BENJAMIN, Relator.

REsp 1.324.432 - SC (2012/0104735-6). DJe 10.05.2013.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator):

Trata-se de Recurso Especial interposto contra acórdão assim ementado (fl. 48):

APELAÇÃO CÍVEL - EXECUÇÃO DE SENTENÇA CONTRA FAZENDA PÚBLICA - PRAZO EGAL DE 30 DIAS PARA OPOSIÇÃO DE EMBARGOS - AJUIZAMENTO SERÔDIO - EMBARGOS LIMINARMENTE REJEITADOS - ALEGAÇÃO DE TEMPESTIVIDADE DA AÇÃO, COM BASE EM MOVIMENTAÇÃO COLHIDA NA INTERNET - CARÁTER MERAMENTE INFORMATIVO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

“A extração, via internet, da movimentação processual do SAJ não configura prova idônea da tempestividade do recurso, tendo em vista seu caráter meramente informativo.” (Agravado (§ 1º art. 557 do CPC) em Agravo de Instrumento n. 2009.051243-0/0001.00, de Joinville, rel. Des. Subst. Altamiro de Oliveira, j. 17.12.2009)

O Município aponta ofensa ao art. 183, §§ 1º e 2º, do CPC e dissídio com precedente da Terceira Turma (REsp 960.280/RS), pois é de ser

prestigiada a boa-fé, levando-se em consideração os prazos publicados pelo TJ na internet, para fins de tempestividade dos Embargos à Execução (fl. 79).

A Segunda Turma, na sessão de 21.8.2012, em questão de ordem suscitada pelo Sr. Ministro-Relator, decidiu remeter o feito à Corte Especial, nos termos do art. 16, IV, do RISTJ, dispensada a lavratura de acórdão.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Discute-se a tempestividade dos Embargos à Execução apresentados pelo Município.

A sentença, mantida pelo TJ-SC, entendeu pela intempestividade, pois o mandado de citação foi juntado aos autos em 16.6.2010, de modo que o prazo de 30 dias terminou em 16.7.2010, mas a petição foi protocolada apenas em 20.7.2010 (fl. 50).

O Município defende que deve ser considerada a data indicada no sistema de acompanhamento processual fornecido pelo próprio Judiciário estadual pela internet, segundo o qual o mandado teria sido juntado aos autos somente em 18.6.2010 (sexta-feira), de modo que o prazo de 30 dias teria se iniciado apenas em 21.6.2010 e terminado exatamente no dia do protocolo da petição de Embargos à Execução (20.7.2010).

A Corte Estadual afastou a tese, afirmando que a disponibilização do prazo via internet tem caráter

meramente informativo (fls. 50-51).

O recorrente tem razão.

A disponibilização do andamento processual pelos Tribunais por meio da internet passou a representar a principal fonte de informação dos advogados em relação aos trâmites do processo.

A jurisprudência, coerentemente, deve acompanhar a realidade em que se insere, sendo impensável punir a parte que confiou nos dados assim fornecidos pelo próprio Judiciário.

Ainda que não se afirme que o prazo correto é aquele erroneamente disponibilizado pela internet, não é razoável frustrar a boa-fé que deve orientar a relação entre os litigantes e o Judiciário. Por essa razão o art. 183, §§ 1º e 2º, do CPC, cuja aplicação foi implicitamente recusada pelo TJ-SC, determina o afastamento do rigorismo na contagem dos prazos processuais quando o descumprimento decorre de fato que não dependeu da vontade da parte:

Art. 183. Decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato, ficando salvo, porém, à parte provar que o não realizou por justa causa.

§ 1º Reputa-se justa causa o evento imprevisto, alheio à vontade da parte, e que a impediu de praticar o ato por si ou por mandatário.

§ 2º Verificada a justa causa o juiz permitirá à parte a prática do ato no prazo que lhe assinar.

No caso em discussão, é bom lembrar, o descumprimento não é alheio à vontade da parte, mas decorreu diretamente do aparente erro cometido pelo Judiciário.

Esse entendimento moderno vem sendo acolhido pela Terceira Turma do STJ, conforme a divergência suscitada no Recurso Especial, como indicam os seguintes precedentes:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. INFORMAÇÕES PROCESSUAIS DISPONIBILIZADAS NA PÁGINA OFICIAL DOS TRIBUNAIS. CONFIABILIDADE. JUSTA CAUSA. ART. 183, § 2º, DO CPC. PRESERVAÇÃO DA BOA-FÉ E DA CONFIANÇA DO ADVOGADO. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA CELERIDADE PROCESSUAL. INFORMAÇÃO CONSIDERADA OFICIAL, APÓS O ADVENTO DA LEI N.º 11.419/06.

1. O equívoco ou a omissão nas informações processuais prestadas na página eletrônica dos tribunais configura justa causa, nos termos do art. 183, § 2º, do CPC, a autorizar a prática posterior do ato, sem prejuízo da parte.

2. A confiabilidade das informações prestadas por meio eletrônico é essencial à preservação da boa-fé e da confiança do advogado, bem como à observância dos princípios da eficiência da Administração e da celeridade processual.

3. Informações processuais veiculadas na página eletrônica dos tribunais que, após o advento da Lei n.º 11.419/06, são consideradas oficiais. Precedente específico desta Corte (REsp n.º 1.186.276/RS).

4. RECURSO ESPECIAL PROVIDO (REsp 960280/RS, Rel. Ministro

PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, DJe 14/06/2011).

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 JURISDICCIONAL - 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.(...) § 2.º 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 umas 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.

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 (REsp 1186276/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, DJe 03/02/2011).

Note-se que a Terceira Turma cita, além do art. 183 do CPC, a própria Lei do Processo Eletrônico (Lei 11.419/2006) ao reconhecer que as “Informações processuais veiculadas na página eletrônica dos tribunais que, após o advento da Lei n.º 11.419/06, são consideradas oficiais” (trecho do voto-condutor do Min. Paulo de Tarso Sanseverino, no antes citado REsp 960.280/RS).

Não desconheço os precedentes em sentido contrário da Corte Especial, que são adotados em julgados de outros colegiados do STJ, inclusive da Segunda Turma (v.g. AgRg no REsp 780.478/DF, de minha relatoria, j. 2.12.2008, DJe 13.3.2009; REsp 644.231/PA, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 9.9.2008, DJe 13.10.2008).

Ocorre que o julgado mais recente da Corte Especial é de 29.6.2007 (AgRg EREsp 514.412/DF, rel. Min. Luiz Fux, DJ 20.8.2007), como consta do Comparativo de Jurisprudência do STJ.

Parece-me que a ampliação constante do uso da internet pelos operadores do Direito, especialmente em relação aos sistemas informativos de andamento processual disponibilizados pelos Tribunais, sugere a revisão desse entendimento, em atenção à boa-fé objetiva que deve orientar a relação entre o Poder Público e os cidadãos, acolhida pela disposição do art. 183, §§ 1º e 2º, CPC.

Ainda que os dados disponibilizados pela internet sejam “meramente informativos” e não substituam a publicação oficial (fundamento dos precedentes

em contrário), isso não impede reconhecer que houve justa causa no descumprimento do prazo recursal pelo litigante (art. 183, *caput*, do CPC), induzido por erro cometido pelo próprio Tribunal.

Por essa razão, proponho a adoção da novel jurisprudência capitaneada pela Terceira Turma ou o encaminhamento do dissídio para julgamento pela Corte Especial.

Caso a Turma decida por adentrar o mérito da demanda, adianto meu entendimento pela reforma do acórdão recorrido.

Entretanto, noto que as instâncias de origem não chegaram a verificar se efetivamente a data publicada no sítio da Justiça Estadual conduziria à tempestividade dos Embargos à Execução, já que a tese jurídica foi afastada *de plano*.

Diante do exposto, dou provimento ao Recurso Especial, determinando o retorno dos autos ao TJ-SC para que verifique os prazos envolvidos, à luz do entendimento ora acolhido e, sendo o caso, devolva os autos à primeira instância para que prossiga no julgamento.

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 do recurso especial e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Jorge Mussi, Raul Araújo, Sebastião Reis Júnior, Ari Pargendler, Eliana Calmon, Nancy Andrichi, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão, Laurita Vaz, João Otávio de Noronha e Napoleão Nunes Maia Filho.

Licenciado o Sr. Ministro Gilson Dipp, sendo substituído pelo Sr. Ministro Jorge Mussi.

Convocados os Srs. Ministros Raul Araújo e Sebastião Reis Júnior.

Superior Tribunal de Justiça

Ação civil pública. Cadastros de proteção ao crédito. Débitos discutidos judicialmente. Inscrição nomes devedores. Licitude.¹

EMENTA OFICIAL

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INCLUSÃO DO NOME DE CONSUMIDOR EM CADASTRO DE INADIMPLENTE. DISCUSSÃO JUDICIAL DO DÉBITO. POSSIBILIDADE.

1. Discussão acerca da possibilidade jurídica do pedido na ação civil pública haja vista o interesse individual homogêneo a ser tutelado pelo MP e da possibilidade de inclusão nos cadastros de devedores do nome de consumidores que litiguem em ações judiciais relativas ao seu respectivo débito.

2. Ausente a ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos.

3. A ausência de decisão sobre os dispositivos legais supostamente violados, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial. Incidência da Súmula 211/STJ.

4. Na hipótese, em que se visa à tutela de um determinado número de pessoas ligadas por uma circunstância de fato, qual seja, a inclusão de seu nome nos cadastros

de inadimplentes mantidos pelas recorrentes, em decorrência da existência de ações judiciais que discutem os débitos, fica clara a natureza individual homogênea do interesse tutelado.

5. Além de não se vislumbrar a impossibilidade jurídica dos pedidos condenatórios feitos pelo Ministério Público, sua legitimidade para a propositura da presente demanda, que visa à tutela de direitos individuais homogêneos, é clara.

6. Sendo verdadeiros e objetivos, os dados públicos, decorrentes de processos judiciais relativos a débitos dos consumidores, não podem ser omitidos dos cadastros mantidos pelos órgãos de proteção ao crédito, porquanto essa supressão equivaleria à eliminação da notícia da distribuição dos referidos processos, no distribuidor forense, algo que não pode ser admitido, sob pena de se afastar a própria verdade e objetividade dos bancos de dados.

7. A simples discussão judicial da dívida não é suficiente para obstaculizar ou remover a negativação do devedor nos bancos de dados, a qual depende da presença concomitante dos seguin-

¹ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200901308814&dt_publicacao=05/03/2013> Acesso em: 05 mar. 2013.

tes requisitos: a) ação proposta pelo devedor contestando a existência integral ou parcial do débito; b) efetiva demonstração de que a pretensão se funda na aparência do bom direito; e c) depósito ou prestação de caução idônea do valor referente à parcela incontroversa, para o caso de a contestação ser apenas de parte do débito.

8. Recursos especiais providos.

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, dar provimento aos recursos especiais, nos termos do voto da Senhora Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora. Dr(a). FILLIPE LEAL LEITE NÉAS, pela parte RECORRENTE: CÂMARA DE DIRIGENTES LOJISTAS DE BELO HORIZONTE CDL. Dr(a). ADRIANO SOARES BRANQUINHO, pela parte RECORRENTE: CÂMARA DE DIRIGENTES LOJISTAS DE UBERLÂNDIA - CDL.

Brasília (DF), 26 de fevereiro de 2013(Data do Julgamento).

MINISTRA NANCY ANDRIGHI, Relatora.

REsp 1.148.179 - MG (2009/0130881-4). DJe 05.03.2013.

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relatora):

Cuida-se de Recurso Especial interposto por CÂMARA DE DIRIGENTES LOJISTAS DE BELO HORIZONTE CDL e por CÂMARA DE DIRIGENTES LOJISTAS DE UBERLÂNDIA - CDL, ambos com base no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJ/MG).

Ação: civil pública, proposta por MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS em face de CÂMARA DE DIRIGENTES LOJISTAS DE BELO HORIZONTE CDL; CÂMARA DE DIRIGENTES LOJISTAS DE UBERLÂNDIA – CDL e COMPANHIA DE PROCESSAMENTO DE DADOS DO ESTADO DE MINAS GERAIS – PRODEMGE, com a finalidade de que as primeiras rés excluam de seus cadastros, ou se abstenham de incluir, os dados de consumidores cujos débitos se encontram em fase de discussão judicial, não os repassando a seus associados; de que a terceira ré se abstenha de fornecer informações processuais às primeiras; além da condenação ao pagamento de compensação por danos morais e reparação por danos materiais causados aos consumidores em razão da inclusão indevida de seus nomes nos referidos cadastros.

Contestação: a COMPANHIA DE PROCESSAMENTO DE DADOS DO ESTADO DE MINAS GERAIS – PRODEMGE aduziu, preliminarmente, a impossibilidade jurídica do pedido e a falta de interesse processual e, no mérito, que o TJ/MG autorizava a transmissão de arquivos contendo informações sobre processos em andamento, não sendo sua responsabilidade a

forma como as informações passadas eram utilizadas; a CÂMARA DE DIRIGENTES LOJISTAS DE BELO HORIZONTE CDL alegou, preliminarmente, a impossibilidade jurídica do pedido; e, no mérito, (i) que não há qualquer restrição ao conteúdo do cadastro questionado, exigindo-se apenas a veracidade da informação e a prévia comunicação à pessoa registrada; (ii) é assegurada constitucionalmente a publicidade dos atos processuais e (iii) a impossibilidade de serem excluídas genericamente as dívidas objeto de pendências judiciais; a CÂMARA DE DIRIGENTES LOJISTAS DE UBERLÂNDIA – CDL reiterou os mesmos argumentos da CÂMARA DE DIRIGENTES LOJISTAS DE BELO HORIZONTE CDL.

Sentença: julgou procedente o pedido, para (i) declarar a ilegalidade dos repasses de dados feitos pela terceira ré; (ii) determinar a exclusão imediata dos cadastros das duas primeiras rés dos nomes dos consumidores inscritos em razão dos débitos em discussão judicial; (iii) condenar as duas primeiras rés à reparação dos danos patrimoniais e compensação dos danos morais, a serem fixados em liquidação de sentença; e (iv) fixar multa diária de R\$10.000,00, para a hipótese não cumprimento da decisão no prazo de 5 dias; haja vista que sendo “litigioso o crédito por discussão judicial, não pode o consumidor ter o seu nome divulgado em listagem de devedores inadimplentes e ou qualquer outra restrição levada a efeito a consulta geral de pessoas associadas” (e-STJ fls. 306/307). Foi deter-

minada a remessa dos autos ao TJ/MG por força da necessidade de reexame necessário. Além disso, tanto a CÂMARA DE DIRIGENTES LOJISTAS DE UBERLÂNDIA – CDL como a CÂMARA DE DIRIGENTES LOJISTAS DE BELO HORIZONTE CDL interpuseram recurso de apelação.

Acórdão: não conheceu do reexame necessário e negou provimento aos recursos de apelação interpostos (fls. 505/520), nos termos da seguinte ementa:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E CONSUMIDOR – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES – PARTES EM DEMANDAS JUDICIAIS – DÉBITOS SUB JUDICE – IMPOSSIBILIDADE – CUMULATIVIDADE DE PEDIDOS – OBRIGAÇÃO DE FAZER E NÃO FAZER E CONDENAÇÃO EM DINHEIRO – POSSIBILIDADE – PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS – MANUTENÇÃO – INTELIGÊNCIA DOS ART. 5º, LX E 93, IX AMBOS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, ARTS. 43, 83 E 95 TODOS DO CDC E ART. 3º A LEI 7.347/1985. A inscrição em cadastro de inadimplentes de consumidores que litigam em ações de busca e apreensão, cobrança ordinária, concordata, despejo por falta de pagamento, embargos, execução fiscal, falência, execução comum, mostra-se verdadeiro constrangimento ao consumidor e coação ao exercício constitucional do direito de agir. A publicidade dada aos atos processuais, com previsão constitucional, que possibilita o livre acesso aos processos judiciais, sob o qual não paira o segredo de justiça, não corrobora a

possibilidade de anotações cadastrais das instituições de proteção ao crédito, uma vez que o livre acesso às ações judiciais não se confunde com a inserção da parte litigante em cadastros de inadimplente. A Ação Civil Pública que tenha por objeto relação de consumo possibilita a cumulatividade de condenação em dinheiro e cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer.

Embargos de Declaração: interpostos pela CÂMARA DE DIRIGENTES LOJISTAS DE UBERLÂNDIA – CDL (fls. 528/542) e pela CÂMARA DE DIRIGENTES LOJISTAS DE BELO HORIZONTE CDL (fls. 522/525), foram rejeitados pelo TJ/MG (fls. 547/551).

Recurso especial da CÂMARA DE DIRIGENTES LOJISTAS DE BELO HORIZONTE CDL: interposto com base nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional (fls. 555/575), sustenta violação dos seguintes dispositivos legais:

(i) arts. 463 e 535, I e II, do CPC, pois, não obstante a interposição de embargos de declaração, “não foram explicitadas e prequestionadas as normas em alusão e as questões jurídicas delas decorrentes, ou tampouco foi sanada a obscuridade” (e-STJ fl. 558);

(ii) art. 81, I e II, do CDC; e arts. 267, VI, e 295, parágrafo único, do CPC, haja vista que o Tribunal de origem não reconheceu a impossibilidade jurídica do pedido, a qual decorre da ausência de “situações capazes de caracterizar direitos difusos ou mesmo individuais homogêneos” (e-STJ fl. 560), prevale-

cendo as circunstâncias individuais de cada consumidor;

(iii) art. 3º da Lei 7.347/85, porque a condenação, nos processos coletivos, não pode ser cumulativa em relação à obrigação de pagar e de fazer ou não fazer;

(iv) art. 43 do CDC; e art. 188, I, do Código Civil, em razão da inserção de informações de dívidas de consumidores objeto de medidas judiciais ser direito do credor, que não pode ser tolhido por mera contestação judicial;

(v) art. 4º, §2º, da Lei 9.507/97, que prevê a possibilidade de anotação no cadastro de qualquer discussão judicial sobre o débito, mas não a sua exclusão;

(vi) art. 155, I e II, do CPC e 43 do CDC, pois as únicas restrições quanto ao conteúdo dos cadastros de proteção ao crédito são a veracidade da informação e a comunicação prévia à pessoa registrada; e às medidas judiciais é assegurada ampla publicidade, não havendo que se falar em constrangimento decorrente da conduta da recorrente.

O dissídio jurisprudencial, por sua vez, estaria configurado entre o acórdão recorrido e o acórdão proferido por esta Corte no Recurso Especial n.º 527.618/RS, no qual teria sido reconhecido que a simples existência de discussão judicial dos débitos não impede a restrição cadastral do devedor.

Recurso especial da CÂMARA DE DIRIGENTES LOJISTAS DE UBERLÂNDIA – CDL: interposto com base nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional (fls. 596/

637), sustenta violação dos seguintes dispositivos legais:

(i) art. 535 do CPC, pois apesar da interposição de embargos de declaração, não foi sanado o erro de fato apontado, “relacionado à ciência do conteúdo do contrato [de transmissão de arquivos], bem como quanto à origem de informação tida como danosa pelo Tribunal” (e-STJ fl. 603); e não foram sanadas omissões relativas à norma do art. 4º, §2º, da Lei 9.507/97;

(ii) art. 81, I e III, do CDC e art. 267, VI, do CPC, com fundamento na impossibilidade jurídica do pedido decorrente da inexistência de direitos individuais homogêneos a serem tutelados;

(iii) art. 43 do CDC, porque os dados processuais são públicos, inexistindo ilicitude no ato dos órgãos de proteção ao crédito, que divulgam essas informações através de seu banco de dados; e porque os cadastros de proteção ao crédito não se resumem a fornecimento de informações de pessoas inadimplentes.

O dissídio jurisprudencial, por sua vez, estaria configurado entre o acórdão recorrido e o acórdão proferido por esta Corte no:

(i) Recurso Especial n.º 748.561/RS, que teria assentado o entendimento de que o cadastro de inadimplentes não é o responsável pela inscrição indevida;

(ii) Recurso Especial n.º 527.618/RS, em sede do qual se reconheceu que o simples ajuizamento de ação judicial para discutir o valor do débito não inibe a inscrição do nome do devedor nos cadastros de proteção ao crédito;

(iii) Recurso Especial n.º 720.493/SP e 866.198/SP, que entenderam, respectivamente, não haver prejuízo moral originário da sistematização de dados públicos pelo SERASA e que não se pode vedar que os cadastros de proteção ao crédito divulguem informações públicas decorrentes de ações judiciais.

Exame de admissibilidade: o recurso foi admitido na origem pelo TJ/MG (fls. 884/).

Parecer do MPF: o Il. Subprocurador Geral da República Dr. Moacir Guimarães Moraes Filho opinou pelo não conhecimento ou improvimento do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relatora):

Cinge-se a controvérsia a verificar (i) a possibilidade jurídica do pedido na ação civil pública quando ausente o interesse individual homogêneo a ser tutelado pelo MP; e (ii) a possibilidade de inclusão nos cadastros de devedores do nome de consumidores que litiguem em ações judiciais referentes ao seu respectivo débito.

Considerando que ambos os recursos tratam das questões relativas à possibilidade jurídica do pedido e à inserção dos dados dos consumidores nos cadastros mantidos pelas entidades, alegando violação dos mesmos dispositivos legais, salvo algumas peculiaridades, eles serão analisados em conjunto.

I – Da ofensa aos arts. 463 e 535, I e II, do CPC.

Os embargos de declaração são instrumento processual excepcional e destinam-se a sanar eventual obscuridade, contradição ou omissão existente no acórdão recorrido. Não se prestam à nova análise do processo ou à modificação da decisão proferida.

Aduz a CÂMARA DE DIRIGENTES LOJISTAS DE BELO HORIZONTE CDL que o Tribunal de origem não teria sanado a obscuridade relativa à extensão dos efeitos da condenação à obrigação de fazer, além de não ter expressamente consignado os dispositivos legais que tratam da matéria discutida na ação.

A CÂMARA DE DIRIGENTES LOJISTAS DE UBERLÂNDIA – CDL, por sua vez, aduz que houve omissão do acórdão recorrido no tocante à existência de erro de fato e à menção à norma do art. 4º, §2º, da Lei 9.507/97.

O acórdão recorrido, contudo, é claro quanto ao teor e a eficácia da condenação à obrigação de fazer, inexistindo qualquer obscuridade.

Não se vislumbra, outrossim, omissão relativa ao erro de fato apontado pela segunda recorrente. Isso porque os detalhes da contratação foram apreciados pelo TJ/MG, ainda que tenha dado solução diversa daquele pretendida pela recorrente.

Quanto às demais alegações de omissão, feitas por ambas as recorrentes, destaca-se que a não apreciação de todos os argumentos expostos no recurso não implica obscuridade, contradição ou omissão,

pois cabe ao julgador apreciar a questão conforme o que ele entender relevante à lide. O Tribunal não está obrigado a julgar a questão posta a seu exame nos termos pleiteados pelas partes, mas sim de acordo com seu livre convencimento, consoante o disposto no art. 131 do CPC.

Os embargos declaratórios têm como objetivo sanear eventual obscuridade, contradição ou omissão existentes na decisão recorrida. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão, como ocorrido na espécie.

Ausente, portanto, a suposta infringência aos arts. 463 e 535 do CPC.

II – Do Prequestionamento (violação do art. 188, I, do Código Civil; e do art. 4º, §2º, da Lei 9.507/97).

A CÂMARA DE DIRIGENTES LOJISTAS DE BELO HORIZONTE CDL aduziu, em seu recurso especial, violação do art. 188, I, do Código Civil; e do art. 4º, §2º, da Lei 9.507/97. Todavia, não houve emissão de juízo a seu respeito, pelo acórdão recorrido, apesar da oposição de embargos de declaração, ressentindo-se, portanto, o recurso especial do necessário questionamento.

Com efeito, não se discutiu se o cadastro foi praticado em legítima defesa ou exercício regular de direito sob a ótica do Código Civil, assim como também não foi objeto de decisão pelo Tribunal de ori-

gem se era cabível somente a anotação junto ao cadastro, referente à contestação ou explicação da pendência a ser requerida pelo consumidor, e não a exclusão do próprio cadastro.

Os demais dispositivos legais apontados pelas recorrentes como violados foram prequestionados pelo acórdão recorrido, ainda que de maneira implícita, autorizando o exame do especial.

III – Da possibilidade jurídica do pedido (violação do art. 81, I e III, do CDC; e dos arts. 267, VI; e 295 do CPC).

Ambas as recorrentes aduzem a impossibilidade jurídica do pedido, pois estaria ausente interesse individual homogêneo a ser tutelado pelo Ministério Público, por meio da ação civil pública proposta. Segundo elas, na hipótese, prevaleceriam as circunstâncias individuais de cada consumidor em relação ao débito questionado, no momento da verificação da pertinência da inclusão de seu nome nos cadastros de inadimplentes.

Percebe-se que, na realidade, o inconformismo das recorrentes está muito mais ligado à legitimidade do Ministério Público para a propositura da presente ação do que, propriamente, à possibilidade jurídica dos pedidos feitos.

Isso porque as pretensões relativas à condenação (i) à obrigação de fazer consistente na retirada do nome dos consumidores do cadastro mantido pelas entidades, (ii) à obrigação de não fazer consistente na abstenção de

novas inclusões cadastrais e (iii) ao pagamento de reparação por danos materiais e compensação por danos morais decorrentes da referida inclusão, não estão proibidas pelo ordenamento jurídico. Consequentemente, não há que se falar extinção do processo, nos termos dos arts. 267, VI e 295 do CPC, por impossibilidade jurídica do pedido.

Entretanto, considerando que o Tribunal de origem tratou da questão relativa à configuração dos direitos individuais homogêneos na hipótese, para legitimar a tutela coletiva, analisar-se-á a questão sob esse prisma.

A Lei 7.347/1985, que dispõe sobre a legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública, é aplicável a quaisquer interesses de natureza transindividual, tais como definidos no art. 81 do CDC, ainda que eles não digam respeito às relações de consumo.

Essa conclusão é extraída da interpretação conjunta do art. 21 da Lei 7.347/1985 e dos arts. 81 e 90 do Código de Defesa do Consumidor, os quais evidenciam a reciprocidade e complementaridade dos referidos diplomas legislativos, mas principalmente do disposto no art. 129, III da Carta Constitucional, que estabelece como uma das funções institucionais do Ministério Público, “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Mesmo no que se refere aos interesses de natureza individual

homogênea, após grande discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da legitimação processual extraordinária do *parquet*, devido à ausência de menção expressa a tal categoria no texto constitucional e nos dispositivos da lei da ação civil pública, firmou-se entendimento no sentido de que basta a demonstração da relevância social da questão para que ela seja reconhecida.

Nesse sentido, o STF pacificou a questão ao estabelecer que no gênero “interesses coletivos”, ao qual o art. 129, III, CF faz referência, se incluem os “interesses individuais homogêneos” cuja tutela, dessa forma, pode ser pleiteada pelo Ministério Público (RE 163.231/SP, Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 29-06-2001).

E esta Corte, na mesma linha, já se manifestou no sentido de que “os interesses individuais homogêneos são considerados relevantes por si mesmos, sendo desnecessária a comprovação desta relevância” (REsp 635.807/CE, 3ª Turma, minha relatoria, DJ 20.06.2005). A lição da mais abalizada doutrina aponta no mesmo sentido. Confira-se:

“(...) a doutrina, internacional e nacional, já deixou claro que a tutela de direitos transindividuais, não significa propriamente defesa de interesse público, nem de interesses privados, pois os interesses privados são vistos e tratados em sua dimensão social e coletiva, sendo de grande importância política a solução jurisdicional de conflitos de massa. “Assim, foi exa-

tamente a relevância social da tutela coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos que levou o legislador ordinário a conferir ao MP e a outros entes públicos a legitimação para agir nessa modalidade de demanda, mesmo em se tratando de interesse ou direitos disponíveis. Em conformidade, aliás, com a própria Constituição, que permite a atribuição de outras funções ao MP, desde que compatíveis com sua finalidade (art. 129, IX); e a dimensão comunitária das demandas coletivas, qualquer que seja seu objeto, insere-as sem dúvida na tutela dos interesses sociais referidos no artigo 127 da Constituição” (Ada Pellegrini Grinover et ali. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentados pelos autores do anteprojeto. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998).

Na hipótese, em que se visa à tutela de um determinado número de pessoas ligadas por uma circunstância de fato, qual seja, a inclusão de seu nome nos cadastros de inadimplentes mantidos pelas recorrentes, em decorrência da existência de ações judiciais que discutem os débitos, fica clara a natureza individual homogênea do interesse tutelado.

Mencione-se, ainda, que a situação individual de cada consumidor não é levada em consideração no momento da inclusão de seu nome no cadastro, bastando que exista demanda judicial discutindo o débito, o que evidencia a prevalência dos aspectos coletivos e a homogeneidade dos interesses envolvidos.

Conforme já mencionado, os interesses individuais homogêneos são considerados relevantes por si mesmos, e não se pode relegar a tutela de todos os direitos a instrumentos processuais individuais, sob pena de excluir do Estado e da Democracia aqueles cidadãos que mais merecem sua proteção, ou seja, uma multidão de desinformados, necessitados, carentes ou que possuem direitos cuja tutela torna-se economicamente inviável sob a ótica do processo individual.

Assim, além de não se vislumbrar a impossibilidade jurídica dos pedidos condenatórios feitos pelo Ministério Público, sua legitimidade para a propositura da presente demanda, que visa à tutela de direitos individuais homogêneos, é clara, inexistindo qualquer violação do art. 81, I e III, da Lei 8.078/1990 e dos arts. 267, VI e 295 do CPC.

IV – Da possibilidade da inclusão nos cadastros de proteção ao crédito (violação do art. 43 do CDC; e do art. 155, I e II, do CPC).

Aduzem as recorrentes que a inclusão do nome dos consumidores nos cadastros de proteção ao crédito em razão da existência de débitos discutidos judicialmente é lícita e não gera danos passíveis de indenização.

Invocam as disposições do art. 43 do CDC, que prevê a existência e regula o funcionamento dos bancos de dados e cadastros relativos aos consumidores, além de sustentarem que as informações sobre os

processos judiciais discutindo os débitos já são públicas, podendo ser obtidas por qualquer pessoa junto aos cartórios distribuidores dos fóruns, não havendo justificativa para sua exclusão dos bancos de dados mantidos pelas entidades.

Importante que se esclareça que não se trata a hipótese de simples inscrição do nome devedor em cadastros de inadimplentes por indicação do credor, isto é, de informação obtida de fonte privada; mas, sim, de inscrição decorrente da existência de processos de “busca e apreensão, cobrança ordinária, concordata, despejo por falta de pagamento, embargos, execução fiscal, falência, execução comum” (e-STJ fl. 515), cuja informação foi obtida, por meio de contrato firmado entre a CÂMARA DE DIRIGENTES LOJISTAS DE BELO HORIZONTE CDL e a COMPANHIA DE PROCESSAMENTO DE DADOS DO ESTADO DE MINAS GERAIS – PRODEMGE, diretamente do cartório de distribuição de processos judiciais, sem qualquer intervenção do credor, portanto.

De fato, uma das formas pelas quais os órgãos de proteção ao crédito obtêm dados para alimentar os seus cadastros é mediante informações constantes nos cartórios de distribuição de processos judiciais, o que conseguem por meio de convênios firmados com o Poder Judiciário de cada Estado da Federação.

E, conforme já tive oportunidade de observar, ao relatar acórdão proferido em hipótese semelhante, nos termos dos art. 5.º, XXXIII e LX, da CF, e do art. 155 do CPC, os dados sobre processos, existen-

tes nos cartórios distribuidores forenses, são informações públicas (salvo, é claro, os dados dos processos que correm sob segredo de justiça), eis que publicadas na Imprensa Oficial, e, portanto, de acesso a qualquer interessado, mediante pedido de certidão, conforme autoriza o parágrafo único do art. 155, do CPC (REsp 866.198/SP, 3ª Turma, DJe de 05.02.2007).

Portanto, se as recorrentes reproduzem fielmente o que consta no cartório de distribuição a respeito dos já mencionados processos relativos aos débitos dos consumidores, não se lhes pode tolher que forneçam tais dados públicos aos seus associados, sob pena de grave afronta ao Estado Democrático de Direito, que prima, como regra, pela publicidade dos atos processuais, “preciosa garantia do indivíduo no tocante ao exercício da jurisdição” (CINTRA-GRINOVER-DINAMARCO, **Teoria geral do processo**, 15.ª ed. rev. atua., São Paulo: Malheiros, 1.999, p. 69).

Realmente, o princípio da publicidade processual “existe para vedar o obstáculo ao conhecimento. Todos têm o direito de acesso aos atos do processo, exatamente como meio de se dar transparência à atividade jurisdicional” (Luiz Rodrigues Wambier, **Curso Avançado de Processo Civil**, Vol I, 5.ª ed., São Paulo: RT, 2002, item 12.4, p. 172).

E, além disso, o CDC fornece parâmetros de “lealdade, transparência e cooperação”, controlando a prática dos cadastros de proteção ao crédito de “forma a prevenir e diminuir os dados causados

por esses bancos de dados e/ou pelos fornecedores que os utilizam no mercado” (Cláudia Lima Marques, in Cláudia Lima Marques; Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem, **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, São Paulo: RT, 2006, p. 611).

Com efeito, há mecanismos para que o consumidor conteste ou requeira a retificação/exclusão dos seus dados dos referido cadastros nas hipóteses deles não refletirem a realidade ou conterem incorreções, além de ser possível à reparação por eventuais danos decorrentes da inscrição indevida.

Todavia, como contrapartida, há que se reconhecer que, sendo verdadeiros e objetivos, os dados públicos, decorrentes de processos judiciais relativos a débitos dos consumidores, não podem ser omitidos dos cadastros mantidos pelos órgãos de proteção ao crédito, porquanto essa supressão equivaleria à eliminação da notícia da distribuição dos referidos processos, no distribuidor forense, algo que não pode ser admitido, sob pena de se afastar a própria verdade e objetividade dos bancos de dados.

Conforme destaquei no Resp 866.198/SP, já referido:

“como qualquer interessado pode obter informações diretamente junto ao cartório do distribuidor, podem os órgãos de proteção ao crédito obter tais informações sobre os processos de execução em andamento e disponibilizá-las aos seus associados, evitando que cada um deles, em cada negócio jurídico,

tenha que se dirigir ao distribuidor forense para pedir uma certidão em nome daquele com quem irá negociar, porquanto tal medida, além de menos burocrática, é mais econômica, até mesmo para o Poder Judiciário, pois reduz o número de certidões de distribuição fornecidas – e, conseqüentemente, sobre-carrega menos os funcionários responsáveis por tal tarefa”.

O acórdão recorrido, ratificando o entendimento esposado pelo juiz de primeiro grau, também aponta como um dos fundamentos para julgar procedente o pedido inicial, o seguinte:

“sendo litigioso o crédito por discussão judicial, não pode o consumidor ter seu nome divulgado em listagem de devedores inadimplentes e ou outra qualquer restrição levada a efeito a consulta geral de pessoas associadas, de fato, o que autoriza a lei por anotações em órgãos de controle de crédito no mercado é a incontroversa do crédito não pago a tempo e modo” (e-STJ fl. 512).

Entretanto, conforme apontado pelas recorrentes, esta Corte tem entendimento pacificado no sentido de que a simples discussão judicial da dívida não é suficiente para obstaculizar ou remover a negativação do devedor nos bancos de dados, a qual depende da presença concomitante dos seguintes requisitos: a) ação proposta pelo devedor contestando a existência integral ou parcial do débito; b) efetiva demonstração de que a pretensão se funda na aparência do

bom direito; e c) depósito ou prestação de caução idônea do valor referente à parcela incontroversa, para o caso de a contestação ser apenas de parte do débito. (Resp n. 1.061.530, Segunda Seção, de minha relatoria, julgado em 22/10/2008).

Acrescente-se, por fim, que, em se tratando de inscrição decorrente de dados públicos, como os de cartórios de protesto de títulos ou de distribuição de processos judiciais, sequer exige-se a prévia comunicação do consumidor, sendo que a ausência desta não enseja dano moral (Rcl 6.173/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, DJe de 15.3.2012 AgRg nos EDcl no REsp 1204418/RS, de minha relatoria, julgado em 20/03/2012; EDcl no REsp 1.080.009/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 3.11.2010 AgRg no REsp 1199459/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 28/09/2010 e AgRg no Ag 1036057/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJe 23/03/2009).

Diante do exposto, reconhece-se a violação do art. 43 do CDC pelo Tribunal de origem, haja vista que não há qualquer ilicitude na inscrição do nome dos consumidores, cujos débitos se encontram em discussão judicial, nos bancos de dados das recorrentes, desde que expressem fatos verdadeiros, devendo ser reformado o acórdão recorrido para julgar improcedente o pedido.

Fica prejudicada a análise das demais questões.

Forte nestas razões, DOU PROVIMENTO aos recursos especiais,

para julgar improcedente os pedidos formulados em sede da presente ação civil pública.

Fica invertida a sucumbência. Deixo de condenar o recorrido ao pagamento das custas e honorários advocatícios, em razão do disposto no art. 18 da Lei 7.347/85.

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, deu provimento aos recursos especiais, nos termos do voto da Senhora Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Superior Tribunal de Justiça

Indenização por danos morais. Mútuo para aquisição de bem imóvel. Expectativa frustrada de crédito bancário.¹

EMENTA OFICIAL

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - PEDIDO DE CONCESSÃO DE MÚTUA PARA AQUISIÇÃO DE BEM IMÓVEL - INÍCIO DO PROCEDIMENTO DE ANÁLISE DE CRÉDITO - POSTERIOR INDEFERIMENTO DO EMPRÉSTIMO - RECONHECIMENTO DO ABALO MORAL PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. INSURGÊNCIA DA CASA BANCÁRIA.

1. A redefinição do enquadramento jurídico dos fatos expressamente mencionados no acórdão hostilizado constitui, na hipótese, mera reavaliação da prova, procedimento sobejamente admitido no âmbito desta Corte, mormente quando em juízo sumário, for possível vislumbrar *primo icto oculi* que a tese articulada no apelo sobre não retrata rediscussão de fato e nem interpretação de cláusulas contratuais, senão somente da qualificação jurídica dos fatos já apurados e dos efeitos decorrentes da não concessão do financiamento imobiliário.

2. A denegação de concessão de financiamento por instituição financeira não constitui, de per si, ato ilícito, destacadamente por

configurar o mútuo um negócio jurídico cuja consolidação é antecedida de um procedimento *interna corporis* objetivo e subjetivo no âmbito do agente econômico, com inúmeras variantes a serem observadas, dentre as quais a liquidez, rentabilidade e segurança.

3. A despeito da possibilidade de a pessoa jurídica sofrer dano moral (súmula 227/STJ), a simples negativa de concessão de financiamento, após procedimento administrativo interno da instituição financeira, não enseja o dever de indenizar, sobretudo quando as instâncias ordinárias aludem à mera “*quebra de expectativa*” de conclusão da operação, bem como a termos congêneres, nenhum dos quais indicativos de ofensa à honra objetiva da empresa.

4. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUARTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

¹ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201201273221&dt_publicacao=09/05/2013> Acesso em: 09 mai. 2013.

Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Raul Araújo Filho, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de abril de 2013(Data do Julgamento).

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO, Presidente.

MINISTRO MARCO BUZZI, Relator.

REsp 1.329.927 - PR (2012/0127322-1). DJe 09.05.2013.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MARCO BUZZI (Relator):

Cuida-se, na origem, de ação de indenização, proposta por CFQ Fermentas Ltda., em face do Banco Bradesco S/A, objetivando a condenação da instituição bancária ao pagamento de verba indenizatória por danos materiais na monta de R\$ 6.350,00 (seis mil trezentos e cinquenta reais), corrigidos até a data do efetivo adimplemento, e de danos morais, em razão da ruptura de tratativas para a concessão de crédito bancário para a aquisição de sede própria para a empresa.

Depreende-se dos autos, que em meados de agosto de 2008, as partes iniciaram procedimento para a contratação de um financiamento imobiliário no importe de R\$ 700.000,00 (setecentos mil reais), sendo que após os trâmites exigidos, houve **aprovação do crédito**, sem a formalização de contrato de financiamento.

Informa a autora que ante a aprovação do crédito e de orienta-

ção de preposto da casa bancária, efetuou, mediante contrato particular de compra e venda, a aquisição de imóvel no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), dando como sinal do negócio a quantia de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Ato contínuo, a instituição bancária, por intermédio de sua funcionária, contactou o vendedor do imóvel para que efetuasse a abertura de conta junto à instituição financeira.

Decorrido mais de 30 (trinta) dias, sem a consolidação do financiamento e da liberação do valor, o negócio não foi concluído *“em vista de constatação da existência de inviabilidade técnica, em face do não cumprimento das condições básicas de financiamento e do devido enquadramento técnico”*.

Alegou a autora, na inicial, que a conduta da parte requerida foi ilícita e implicou na imposição de dano de natureza patrimonial, uma vez que diante do atraso no adimplemento perante terceiro, foi obrigada a pagar aluguel pelo imóvel no valor de R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais) e a quantia de R\$ 2.850,00 (dois mil oitocentos e cinquenta reais) pela elaboração de laudo de avaliação, bem como que houve efetivo dano moral, ante a circulação de notícia da existência de sede própria e, posteriormente, descrédito perante fornecedores em decorrência da ausência de recursos para pagamento.

O togado de origem julgou parcialmente procedente a pretensão deduzida na inicial, conforme sen-

tença de fls. 202-209, cuja parte dispositiva abaixo se transcreve:

“ANTE AO EXPOSTO, com fundamento no artigo 269, inciso I do Código de Processo Civil, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a pretensão deduzida na inicial, extinguindo o processo com a resolução do mérito da data do aditivo (11 de dezembro de 2008 - fl. 34) e de juros de mora à razão de 1% ao mês a contar da data da citação (sic); 2) dano emergente no montante de R\$ 2.807,25 (dois mil oitocentos e sete reais e vinte e cinco centavos) (com os acréscimos legais (juros de mora de 1% ao mês a contar da data da citação e correção monetária pelo INPC a partir da data do desembolso - 03/10/2008, conforme fl. 58); 3) a pagar ao autor a título de indenização pelos danos morais sofridos pelo autor o montante de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) acrescidos de correção monetária pela variação do INPC e juros de mora a razão de 1% (um por cento) ao mês, ambos a partir desta data.

Diante da mínima sucumbência da parte autora, condeno a parte ré no pagamento das custas e despesas processuais e no pagamento de 18% (dezoito por cento) do valor da condenação ao patrono da parte autora, o que faço com fundamento no art. 20, §3º do CPC, percentual que arbitro levando em conta o zelo do profissional, bem como a complexidade da matéria.” (grifo nosso)

Ambas as partes interpuseram apelação, tendo o Tribunal de Jus-

tiça do Estado do Paraná negado provimento aos recursos nos termos da seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL. ARTIGO 159 CÓDIGO CIVIL. RUTURA DE TRATATIVAS PARA CONCLUSÃO DO CONTRATO SEM JUSTIFICATIVA. DANO MORAL CONFIGURADO. OBRIGAÇÃO DE REPARAÇÃO. PRETENSÃO DE REDUÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. RECURSO ADESIVO. DANOS MORAIS. PRETENSÃO DE MAJORAÇÃO DO QUANTUM. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Irresignada, a casa bancária apresenta recurso especial, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea “c” do permissivo constitucional, aduzindo existir dissenso interpretativo no que tange ao artigo 186 do Código Civil. Sustenta inexistir ato ilícito ou dano moral em virtude da negativa de concessão do crédito, pois *“inexiste obrigação das instituições financeiras em conceder créditos sempre que solicitados”,* uma vez que *“a atuação por parte das instituições financeiras para a concessão de créditos aos consumidores pode ser rigorosa com ampla liberdade de decisão, não se mostrando razoável que assumam o risco de um futuro e eventual prejuízo financeiro, de acordo com a análise feita em relação algum contrato”.*

Contrarrazões às fls. 322-325. É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO MARCO BUZZI (Relator):

O recurso merece prosperar.

1. Primeiramente, cumpre destacar que a análise da presente controvérsia prescinde de interpretação de cláusula contratual e de reexame de prova, motivo pelo qual não incidem, na espécie, as Súmulas 5 e 7 do STJ.

Com efeito, a Súmula 7 do STJ (correspondente à Súmula 279 do STF) foi redigida com o intuito de explicitar que a apreciação dos fatos e das provas, à luz do princípio da persuasão racional do juiz, compete às instâncias ordinárias, não sendo possível, por meio do recurso especial, transformar o Superior Tribunal de Justiça em um terceiro grau de exame de prova.

No entanto, a redefinição do enquadramento jurídico dos fatos expressamente mencionados no acórdão hostilizado constitui, na hipótese, mera reavaliação da prova, procedimento sobejamente admitido no âmbito desta Corte, mormente quando num juízo sumário, for possível vislumbrar *prima icto oculi* que a tese articulada no apelo nobre não retrata rediscussão de fato e nem interpretação de cláusulas contratuais, senão somente da qualificação jurídica dos fatos já apurados e dos efeitos decorrentes da não concessão do financiamento imobiliário.

2. Cumpre destacar que o recurso especial apresentado pela a instituição financeira somente se insurge quanto à inexistência de

dano moral na espécie, razão pela qual as questões afetas aos danos materiais não constituem objeto do presente reclamo, matéria esta, inclusive, transitada em julgado, ante a ausência de irrisignação da casa bancária.

A despeito da possibilidade de a pessoa jurídica sofrer dano moral (súmula 227/STJ), a simples negativa de concessão de financiamento, após procedimento administrativo interno da instituição financeira, não enseja o dever de indenizar, sobretudo quando as instâncias ordinárias aludem à mera “*quebra de expectativa*” de conclusão da operação, bem como a termos congêneres, nenhum dos quais indicativos de ofensa à honra objetiva da empresa.

Consoante entendimento de Arnaldo Rizzardo, o ato ilícito caracterizador da responsabilidade civil por abalo extrapatrimonial causado à pessoa jurídica é aquele cuja repercussão atinge o conceito e a credibilidade de que goza a empresa no meio social, *verbis* :

“Não se pode negar que a honra e a imagem estão intimamente ligadas ao bom nome das pessoas (sejam físicas ou jurídicas); ao conceito que projetam exteriormente”. De modo especial incide indenização quando atingido o conceito de empresas por atos de protesto de títulos de crédito mercantis, ou pela divulgação de informações desprestigiosas. Passou-se a formar-se um consenso consubstanciado na Súmula n.º 227 do STJ: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral” (*in* Responsabilidade Ci-

vil, 4. ed., São Paulo: Forense, 2009, pág 225).

Assim, consolidou-se o entendimento no sentido de que é passível de indenização o dano extrapatrimonial infligido ao ente moral quando repercute de forma tal a ponto de macular a reputação da empresa.

Na hipótese em enfrentamento, a Corte *a quo* ponderou o seguinte:

Há procedência na pretensão do autor, tendo em vista a ruptura injustificada dos entendimentos para a conclusão do contrato de financiamento pelo qual a empresa obteria o recurso necessário para aquisição do imóvel para sua nova sede.

Saliente-se que, mesmo dando parcial procedência da ação o MM. Juiz *a quo* reconheceu a existência desse contrato como se pode ver do seguinte trecho da sentença:

“De início, tenho como incontroversa a existência entre as partes de tratativas preliminares tendentes à pretensa contratação de empréstimo e financiamento (art. 302 do Código de Processo Civil). Partindo de tal premissa, da análise dos autos e da prova oral colhida é possível referir a ocorrência da chamada responsabilidade pré-contratual em decorrência de exercício abusivo de direito pela parte ré durante as chamadas tratativas preliminares. Segundo o contido no art. 422 do Código Civil os contratantes devem guardar durante toda a contratação os princípios da probidade e

boa-fé, sendo certo que a boa-fé objetiva também rege a chamada fase pré-contratual”.

(...)

Portanto, **não resta dúvida que a demora criou a expectativa no autor** de que os contratos de financiamento seriam concluídos, vindo depois a recusa em celebrá-los, não tendo a inconclusão uma justa causa. Dessa forma, não agiu com lealdade **o banco ao alimentar a ilusão de que celebraria os contratos necessários para aquisição do imóvel para a nova sede da empresa.**

No caso dos autos, a empresa apelada CFQ Ferramentas Ltda., **criou a expectativa**, baseada nos contatos e nas promessas feitas, de que o acerto firmado nas condições prometidas ser ia cumprido.

Dispensando maiores considerações, consta da decisão, às fls. 194/195, in verbis:

“Ora, a parte ré deu ao autor fundada expectativa deque teria seu pedido de financiamento de valor expressivo (R\$ 700.000,00 - setecentos mil reais) aceito, de modo que, com base em tal assertiva, deu azo à efetiva continuação na contratação com terceiro, qual seja, o efetivo vendedor do imóvel, bem como à assunção de despesas relacionadas à concretização do empréstimo e decorrentes da negativa. Observa que consta expressamente dos autos consulta de negócios (pesquisa sintética) proveniente da própria instituição bancária (fl.35) dando conta da resposta positiva no sentido que

era autorizada a concessão do crédito, documento que não foi impugnado pela ré. Em referido documento consta a data positiva da resposta como sendo a de 08 de setembro de 2008 (vide parte superior - fl. 35).

(...) Observo que a própria gerente da parte ré (Andréa Guimarães Simão) cita especificamente que foi aprovado o crédito ("... demos o favorável...") e que nunca havia sido negada contratação em casos assim, fato que causou surpresa. Refere que não houve qualquer alerta para a parte autora quanto à impossibilidade de concessão do empréstimo após a autorização do crédito (fl.161)".

Em tais circunstâncias é devida a indenização pelo abalo moral imposto, levando em consideração a capacidade financeira da parte ré e o ato ilícito que gerou o dever de indenizar.

À luz das balizas fáticas estabelecidas pelas instâncias ordinárias, **inexistiu contratação de financiamento entre as partes**, mas tão somente, **tratativas preliminares de análise de crédito**, voltadas a eventual concessão de financiamento por parte da instituição bancária para a compra de imóvel, que passaria a constituir a sede da empresa recorrida.

Ora, as instituições financeiras exercem função de grande importância, relacionada com o crescimento e com o desenvolvimento econômico, em especial ao atuar na captação de recursos e na concessão de créditos, com o respecti-

vo *spread bancário*, além dos demais serviços prestados. Portanto, são os agentes econômicos que propiciam o fomento à produção de riquezas, ao financiar atividades produtivas.

Conforme Túlio Ascarelli, "*se não existisse o crédito e o comerciante tivesse que usar somente capital próprio, certamente o seu negócio teria um vulto muito menor*". (ASCARELLI, Túlio. *Teoria Geral dos Títulos de Crédito*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p.8).

Para a ocorrência do dano em foco, seria imprescindível que as operações financeiras de concessão de crédito estevessem formalizadas com segurança, a fim de dotar o instrumento de liquidez e certeza, circunstância que eleva a possibilidade de recuperação dos valores envolvidos.

Assim, o crédito é um mecanismo indispensável para a criação e a circulação de riquezas, devendo-se levar em consideração as formalidades envolvidas para a regular constituição do mútuo, ou seja, o custo-benefício em relação ao montante da operação objetivada.

Esta formalidade denomina-se **análise de crédito**, procedimento pelo qual o agente cedente avalia o potencial de retorno do tomador do crédito, bem como, os riscos inerentes à concessão.

Segundo Blatt, o processo de análise de crédito, não é uma ciência exata, podendo existir inúmeras soluções para cada situação de concessão, sendo certo que a análise pode fazer emergir opções durante o processo decisório. (BLATT, Adriano. "A essência da

Análise". In: Avaliação de Risco e Decisão de Crédito. Um enfoque prático. São Paulo: Nobel, 1999. p. 93).

Os instrumentos específicos de análise variam com a situação peculiar que se tem à frente, porém, o objetivo e a lógica são permanentes. Sem dúvida, não é uma tarefa fácil ou simples. Há que se tomar uma decisão, dentro de um contexto incerto, em constante mutação, e tendo em mãos um volume de informações nem sempre suficiente em nível de seu detalhamento. (SCHRICKEL, Wolfgang Kurt. "Análise de Crédito - Pessoas Físicas Análise de Crédito" In: Concessão e gerência de empréstimos. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 155).

Todos aqueles que buscam instituições financeiras objetivando a elaboração de contratos de mútuo são sabedores de que para a concessão do financiamento é fundamental uma análise acurada, por parte da concedente, das reais possibilidades e gravames envolvidos no negócio.

Tanto é assim que a Central de Risco de Crédito do Banco Central do Brasil, criada ao amparo da Resolução BACEN nº 2.724/2000, auxilia o processo de análise cadastral e de decisão final quanto à concessão da operação solicitada pelos clientes, pretensos tomadores, visto que contém informações positivas e negativas, com relação a financiamentos e operações de crédito, inclusive quanto a avais, fianças e coobrigações pactuadas.

Desta forma, o risco de crédito envolve a aferição, por critérios

objetivos, da probabilidade de cumprimento da obrigação assumida pelo tomador de recursos na operação de crédito. A partir de tal avaliação, sem detrimento de outros fatores econômico-financeiros, é tomada a decisão quanto à concessão da operação, bem como quanto à taxa de juros e aos demais encargos a serem aplicados.

Conforme Schrickel, para a concessão do crédito, devem ser observadas três etapas:

1 - Análise retrospectiva: a avaliação do desempenho histórico do potencial tomador, identificando os maiores fatores de risco inerentes a sua atividade e quão satisfatoriamente esses riscos foram atenuados e/ou contornados no passado. A análise histórica tem como objetivo primordial o de identificar fatores, na atual condição do tomador, que possam denunciar eventuais dificuldades e/ou questionamentos quanto a seu almejado sucesso em resgatar financiamentos tomados com o prestador.

2 - Análise de tendências: a efetivação de uma razoavelmente segura projeção da condição financeira futura do tomador, associada à ponderação acerca de sua capacidade de suportar certo nível de endividamento oneroso (mais comumente, empréstimos bancários), aí incluindo o financiamento em análise.

3 - Capacidade creditícia: decorrente das duas etapas anteriores, tendo sido avaliado o atual grau de risco que o tomador potencial apresenta, bem como o provável grau de risco futuro, deve-se che-

gar a uma conclusão relativa à sua capacidade creditícia e, conseqüentemente, à estruturação de uma proposta de crédito em que o empréstimo pleiteado (ou série de financiamentos futuros) possam ser amortizados em consonância com certo fluxo de caixa futuro e em condições tais que seja sempre preservada a máxima proteção do emprestador contra eventuais perdas. (SCHRICKEL, Wolfgang Kurt. *Análise de Crédito. Concessão e gerência de empréstimos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1998).

Desta forma, percebe-se que a análise de crédito não é um exercício que visa ao cumprimento de disposições normativas, mas sim tem por objetivo chegar a uma decisão clara e segura sobre a concessão ou não do crédito ao solicitante.

É no sentido de mitigar o risco que se deve concentrar o Direito, buscando soluções com fundamento teórico, mas também de cunho operacional, ou seja, que atendam ao binômio segurança e viabilidade.

Por esta razão, no caso concreto, a não concessão do financiamento pela instituição bancária, após a análise do crédito do solicitante, não pode ser vista como um ato ilícito capaz de ensejar o pagamento de indenização por dano moral, porquanto não se vislumbra, na hipótese, atos que importem em efetiva ofensa à honra objetiva da pessoa jurídica interessada no empréstimo.

É que a operação envolve um procedimento objetivo e subjetivo, com inúmeras variantes que de-

vem ser observados pela instituição financeira, haja vista que todo e qualquer ato de crédito não deve perder de vista três focos essenciais: a liquidez, a segurança e a rentabilidade das operações.

Assim, é importante consignar que todo solicitante de crédito, sabedor do procedimento a ser tomado pelo banco, não pode pretender imputar à casa bancária a eventual desilusão pela sua não concessão, afinal, a mera expectativa não gera direito adquirido, e tampouco repercute sobre a reputação ou conceito social da pessoa jurídica interessada no mútuo, de sorte a inexistir ato ilícito, e, conseqüentemente, qualquer dano a ser reparado.

A propósito do tema em referência, recorda-se o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça quanto ao corte de energia elétrica, sendo perfeitamente aplicável à hipótese em tela:

A pessoa jurídica pode sofrer dano moral desde que haja ferimento à sua honra objetiva, **ao conceito de que goza no meio social**. 2. O mero corte no fornecimento de energia elétrica não é, a princípio, motivo para condenação da empresa concessionária em danos morais, **exigindo-se, para tanto, demonstração do comprometimento da reputação da empresa**. (REsp n. 1298689/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/04/2013, DJe 15/04/2013 – grifou-se)

3. Do exposto, dou provimento ao recurso especial para excluir da

condenação o pagamento de dano moral. Custas e honorários mantidos conforme fixados na origem.

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 Quarta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Raul Araújo Filho, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Tribunal Superior do Trabalho

SDI. Gerente geral de agência CEF. Horas extras. PCS/89 alterado pelo PCS/98. Prescrição total.¹

ACÓRDÃO

RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI 11.496/2007. PRESCRIÇÃO TOTAL. HORAS EXTRAS. DESCUMPRIMENTO DE NORMA INTERNA. GERENTE GERAL DE AGÊNCIA. PCS/89 ALTERADO PELO PCS/98. Controvérsia acerca da ocorrência do prazo prescricional em ação trabalhista ajuizada por empregado da Caixa Econômica Federal que, entre outros pedidos, requereu a condenação no pagamento de horas extras superiores à sexta hora diária, em razão do descumprimento de regulamento interno (OC DIRHU 009/88), o qual teria assegurado jornada de seis horas a todos os empregados, inclusive para aqueles que exerciam o cargo de gerente geral. Na esteira do atual entendimento desta Subseção, a hipótese é de incidência da prescrição total, uma vez que a pretensão autoral de reconhecimento do direito de bancário exercente de cargo de confiança à jornada diária de seis horas decorre de disposição contida em norma regulamentar (PCS de 1989), a qual foi alterada em 1998. Há precedentes da SBDI-1. Recur-

so de embargos conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista com Agravo nº TST-E-ED-ARR-96300-26.2008.5.04.0028, em que é Embargante CAIXA ECONOMICA FEDERAL e Embargado HUMBERTO SILVA SOLARO.

Comissionados, em 1998, não conheceu do recurso de revista da reclamada CEF, com fundamento na Súmula 333 do TST, por está a decisão do Tribunal regional em consonância com precedentes oriundos dessa Corte (doc. seq. 7).

Os embargos de declaração opostos pela CEF com intuito de obter pronunciamento jurisdicional a respeito de o pedido do autor referente às horas extras não está amparado no art. 224 da CLT, mas sim na norma interna da CED DIRHU 009/88, foram desprovidos sem acréscimos de fundamentação, com aplicação de multa de 1% sobre o valor da causa, em razão de inequívoco intuito protelatório (acórdão - doc. seq. 13).

Inconformada, a reclamada interpôs recurso de embargos, insistindo na incidência da prescrição

¹ Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProcInt=2012&numProcInt=30796&dtaPublicacaoStr=30/08/2013%2007:00:00&nia=5914394>> Acesso em: 30 ago. 2013.

total (doc. seq. 15). Afirmou que o caso comporta a aplicação da prescrição total, tendo em vista tratar-se de pedido de horas extras em razão do descumprimento de regulamento interno (OC DIRHU 009/88), o qual teria assegurado jornada de seis horas aos que exerciam o cargo de gerente geral. No entender da recorrente, o reclamante impugna ato único do empregador proferido em 1998, quando da edição do Plano de Cargos e Salários que extinguiu o benefício da jornada de seis horas aos gerentes bancários. Colacionou arestos a confronto.

Juízo de admissibilidade do recurso de embargos efetivado na forma do disposto na Instrução Normativa nº 35/2012 (doc. seq. 17).

Intimado regularmente (doc. seq. 18), o reclamante não apresentou impugnação (doc. seq. 19).

Dispensada a remessa dos autos à Procuradoria Geral do Trabalho, nos termos do art. 83, § 2º, II, do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho. É o relatório.

ARR-96300-26.2008.5.04.0028. DJe 30.08.2013.

VOTO

1 - PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS

Atendidos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade do recurso de embargos, porquanto tempestivo (docs. seqs. 14 e 15), subscrito por procurador regularmente constituído (doc. seq. 6) e regular o preparo (doc. seq. 15, fl. 3).

Em atenção ao Ato TST 440/SEGJUD.GP, de 28 de junho de 2012,

registre-se que os números de inscrição das partes no cadastro de pessoas físicas e jurídicas da Receita Federal do Brasil já constam dos autos, no doc. seq. 15, fl. 5.

Cumpra apreciar os pressupostos intrínsecos dos embargos, à luz da atual redação do artigo 894 da CLT.

2 - PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS PRESCRIÇÃO. HORAS EXTRAS. DESCUMPRIMENTO DE NORMA INTERNA.

Conhecimento

Consoante relatado, a Turma não conheceu do recurso de revista da reclamada quanto ao debate sobre a prescrição da pretensão de horas extras resultantes da opção pelo exercício de função de confiança em jornada de oito horas com a entrada em vigor do Novo Plano de Comissionados, em 1998, por está a decisão do Tribunal Regional em consonância com precedentes oriundos dessa Corte. Eis as razões de decidir consignadas no acórdão recorrido (doc. seq. 7):

“PRESCRIÇÃO O Tribunal Regional consignou os seguintes fundamentos:

No caso, ajuizada a presente ação em 01.09.2008, afigura-se correta a sentença ao aplicar a prescrição parcial, declarando prescritas eventuais parcelas anteriores a 01.09.2003. Não se cogita, no particular, da adoção do invocado Plano de Cargos Comissionados como marco para a contagem do prazo

prescricional e, tampouco, da aplicação do entendimento expresso na Súmula nº 294 do TST.

No que tange ao FGTS, o pronunciamento exarado pela sentença não colide com o entendimento consubstanciado na Súmula nº 206 do TST, mas, por outro lado, expressamente o aplica.

Por fim, a leitura atenta da sentença permite concluir que o pedido sucessivo, de observância da prescrição parcial, já restou atendido.

Nega-se provimento.

A reclamada sustenta prescritas as pretensões decorrentes da implantação de PCS relativa a horas extras. Indica violação dos artigos 7º, XXIX, da Constituição da República, 11 da CLT, contrariedade à Súmula 294 do TST. Transcreve arestos para demonstrar o dissenso pretoriano. À análise.

O Tribunal Regional, ao dar provimento ao recurso ordinário obreiro, concluiu que as horas extras postuladas pelo reclamante não se sujeitam à prescrição total, mas somente à parcial.

Não prospera a pretensão recursal, porquanto a decisão regional não contraria o teor da Súmula nº 294 desta Corte (Tratando-se de ação que envolva pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei).

A decisão regional está alinhada ao entendimento dessa Corte acerca da aplicação da prescrição parcial sobre as preten-

sões relativas a diferenças salariais decorrentes da invalidade da opção pelo exercício de função de confiança em jornada de 8 horas.

Precedentes:

EMBARGOS - HORAS EXTRAS - ALTERAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO - PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS - OPÇÃO DO EMPREGADO POR JORNADA DE OITO HORAS - PRESCRIÇÃO Aplica-se a prescrição parcial, pois cuida-se de parcela de trato sucessivo e existe previsão legal para o pagamento de horas extras. Incidência da parte final da Súmula nº 294 do TST. Embargos conhecidos e providos. (E-RR - 87500-34.2006.5.03.0019, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 11/12/2009).

RECURSO DE REVISTA. PRESCRIÇÃO. Nos termos da Súmula 294/TST, - tratando-se de ação que envolva pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei. Aplicável à espécie a prescrição parcial, porquanto assegurado o direito ao pagamento das horas extras no art. 7º, XVI, da Carta Política. (...) Recurso de revista não conhecido (RR-27/2006-060-02-00.9, Rel. Min. Rosa Maria Weber, 3ª Turma, DEJT 29/05/2009);

I) CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - HORAS EXTRAS - PRES-

CRIZAÇÃO TOTAL - SÚMULA 294 DO TST. A decisão regional foi proferida na esteira da Súmula 294 do TST, na medida em que, tratando-se de alteração contratual, mas referente a parcela assegurada por dispositivo legal, a saber, o art. 224 da CLT, que estabelece expressamente que a jornada de trabalho dos trabalhadores em estabelecimentos bancários é de 6 horas diárias, aplica-se a prescrição parcial. (...) Agravo de instrumento desprovido (AIRR-7921/2006-015-09-40.1, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, 7ª Turma, DEJT 17/04/2009).

Nesse passo, o Recurso de Revista encontra óbice na Súmula nº 333 dessa Corte.

Não conheço."

Os embargos de declaração opostos pela CEF com intuito de obter pronunciamento jurisdicional a respeito de o pedido do autor não estar amparado no art. 224 da CLT, mas sim na norma interna da CED DIRHU 009/88, foram desprovidos sem acréscimos de fundamentação, com aplicação de multa de 1% sobre o valor da causa, em razão de inequívoco intuito protelatório (acórdão - doc. seq. 13). In verbis:

"(...) Conheço dos embargos de declaração, porque tempestivos e regulares. A reclamada opõe embargos de declaração ao acórdão proferido pela 5ª Turma do TST, aduzindo ter havido omissão quanto a divergência jurisprudencial entre o acórdão embargado e decisões recentes da SDI-1.

Não há qualquer vício a ser sanado.

Ficaram devidamente consignados no acórdão embargado os fundamentos para não conhecer do recurso de revista, de modo que toda a matéria referente ao tema em discussão foi devidamente analisada.

Assim, verifica-se que o embargante tenta desconstituir decisão que lhe foi desfavorável, e não sanar irregularidade, uma vez que inexistente.

Nos termos do artigo 897-A da CLT, os embargos declaratórios cabem tão-somente quando houver obscuridade ou contradição no acórdão, for omitido ponto sobre o qual o Tribunal devia pronunciar-se ou houver manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso - hipóteses que não se configuram no presente caso. Assinala-se, ainda, que o vício que o embargante entende haver no acórdão somente poderia caracterizar *error in iudicando*, passível de modificação apenas por recurso próprio.

Logo, não havendo qualquer dos vícios especificados no artigo 897-A da CLT e não sendo o presente recurso expediente para a parte manifestar seu inconformismo a respeito da decisão proferida, rejeito os embargos declaratórios.

Rejeito.

Ademais, a interposição dos presentes embargos de declaração se apresenta com inequívoco cunho protelatório, pois formula pretensão

em desacordo com a disposição legal invocada e não consegue justificar a utilidade de seu manejo de acordo com as finalidades da espécie recursal, o qual não se presta ao exame de divergência jurisprudencial.

Impõe-se, assim, a condenação da Reclamada ao pagamento em favor da Reclamante de multa de 1% sobre o valor da causa, conforme prevê o parágrafo único do artigo 538 do CPC.”

Em suas razões recursais, a reclamada afirmou que o caso comporta a incidência da prescrição total, tendo em vista tratar-se de descumprimento de ato único do empregador. Ressaltou que na petição inicial houve pedido de horas extras em razão do descumprimento de regulamento interno (OC DIRHU 009/88), o qual teria assegurado jornada de seis horas aos que exerciam o cargo de gerente geral. No entender da recorrente, o reclamante impugna ato único do empregador proferido em 1998, quando da edição do Plano de Cargos e Salários que extinguiu o benefício da jornada de seis horas aos gerentes bancários. Colacionou arrestos a confronto.

À análise.

De fato, os arrestos cujas ementas encontram-se transcritas às fls. 7/8 e 17/18, oriundos das Oitava e Sexta Turmas do TST, respectivamente, autorizam o conhecimento do apelo. Afinal, trata da mesma hipótese de incidência do prazo prescricional em processo que tem a CEF, ora demandada, como

parte, e reconhecem, ao contrário do decidido no acórdão recorrido, que o descumprimento de obrigação prevista no regulamento do Banco atrai a incidência da prescrição total para fins de pagamento de horas extras.

Cumprem, ademais, os requisitos da Súmula 337 do TST.

Portanto, conheço do recurso de embargos por divergência jurisprudencial.

Mérito

A controvérsia gira em torno da ocorrência do prazo prescricional em ação trabalhista ajuizada por empregado da Caixa Econômica Federal que, entre outros pedidos, requereu a condenação no pagamento de horas extras superiores a sexta hora diária, em razão do descumprimento de regulamento interno (OC DIRHU 009/88), o qual teria assegurado jornada de seis horas a todos os empregados, inclusive para aqueles que exerciam o cargo de gerente geral.

No entender da Caixa Econômica Federal, o reclamante impugna ato único do empregador proferido em 1998, quando da edição do Plano de Cargos e Salários que extinguiu o benefício da jornada de seis horas aos gerentes bancários.

Incontroverso nos autos que o reclamante é empregado da reclamada desde 22 de junho de 1981 e que, até 06 de novembro de 2007, exerceu a função de gerente geral de agência, em caráter efetivo. Em 07 de novembro de 2007 foi destituído da função de gerente geral, quando passou a receber o adicio-

nal de incorporação, e ajuizou a presente reclamação trabalhista em 04/04/2011.

No presente caso, o que fez o reclamante vir a juízo para reivindicar as horas extras superiores à sexta hora diária foi o fato de que havia norma interna prevendo a jornada de seis horas, independentemente da função exercida, e que depois ela foi alterada para oito horas.

Na esteira do atual entendimento desta Subseção, a hipótese é de incidência da prescrição total, uma vez que a pretensão autoral de reconhecimento do direito de bancário exercente de cargo de confiança à jornada diária de seis horas decorre de disposição contida em norma regulamentar (PCS de 1989), a qual foi alterada em 1998.

No ponto, vale conferir precedentes desta Subseção, com destaque à primeira ementa referente a processo recentemente julgado em 25/04/2013, decisão por maioria, vencidos este Relator e o Ministro José Roberto Freire Pimenta. Neste processo, constatei que o pedido de horas extras reivindicado na inicial estava amparado no art. 224 da CLT. In verbis:

“RECURSO DE EMBARGOS. PRESCRIÇÃO TOTAL – HORAS EXTRAS – PREVISÃO REGULAMENTAR DE JORNADA DE SEIS HORAS DIÁRIAS PARA EMPREGADOS BANCÁRIOS EXERCENTES DE FUNÇÃO DE CONFIANÇA – ALTERAÇÃO DO PCS/89 PELO PCS/98. 1) A v. decisão ora embargada foi publicada na vigência da Lei nº 11.496/2007, que emprestou nova redação ao artigo 894 da

CLT, pelo que estão os presentes embargos regidos pela referida lei. E, nos termos da atual sistemática processual, o recurso de embargos só se viabiliza se demonstrada divergência entre arestos de Turmas desta Colenda Corte, ou entre arestos de Turmas e da SDI. Nesse passo, afigura-se imprópria a invocação de ofensa a dispositivo legal ou preceito constitucional a justificar o conhecimento dos embargos, pelo que não cabe o exame da alegada violação dos artigos 7º, XVI, da Constituição Federal e 59 da Consolidação das Leis do Trabalho. 2) A reclamante ocupou, durante o período imprescrito, os cargos de supervisora e de gerente, sendo que na presente reclamação trabalhista pleiteia a condenação da reclamada ao pagamento de horas extras além da sexta diária em razão da previsão contratual contida no PCS/89 – o qual assegurava a todos os empregados, independentemente da função exercida, jornada diária de seis horas –, em detrimento do PCS/98, que prevê jornada de oito horas para os referidos cargos. É inegável, portanto, que a pretensão autoral de reconhecimento do direito de bancário exercente de cargo de confiança à jornada diária de seis horas não decorre de previsão legal, mas sim de disposição contida em norma regulamentar (PCS/89), a qual foi alterada em 1998. Sendo assim, tratando-se de alteração contratual supostamente lesiva e considerando-se que o contrato de trabalho se encontra em vigor, teria a reclamante o prazo de cinco anos a partir da vigência do PCS/98 para questionar a sua validade, sob

pena de incidência da prescrição total, à luz da regra geral trazida na Súmula/TST nº 294. Dessa forma, incide o contido na parte final do artigo 894, II, da CLT, não havendo que se falar em divergência jurisprudencial. Recurso de embargos não conhecido.” (E-RR-97400-61.2008.5.04.0013, Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva, DEJT de 17/05/2013.)

“RECURSO DE EMBARGOS. PRESCRIÇÃO. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. JORNADA ESPECIAL DE GERENTE DE AGÊNCIA. PREVISÃO EM NORMA REGULAMENTAR. ALTERAÇÃO DO PACTUADO. GERENTE GERAL DE AGÊNCIA. PCS/89 ALTERADO PELO PCC/98. PRESCRIÇÃO TOTAL A c. Turma aplicou a prescrição total, por não se tratar de pretensão fundada em norma legal, embora se trate de jornada de bancário, já que remete a empregado, gerente geral de agência, que pretende horas extraordinárias com base em norma regulamentar que vigia à época de sua admissão (PCS/89), e que assegurava o direito à jornada de seis horas aos exercentes de cargos gerenciais, mas que foi posteriormente alterada pelo PCC/98. Consonância da decisão da c. Turma com a Súmula nº 294 do c. TST, além de inespecificidade de arestos colacionados com o fim de demonstrar conflito jurisprudencial sobre o tema. Embargos não conhecidos.” (E-ED-RR-37700-48.2008.5.04.0016, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, decisão unânime, DEJT de 05/10/2012.)

Tratando-se de alteração contratual supostamente lesiva, e

considerando-se que o contrato de trabalho se encontra em vigor, teria o reclamante o prazo de cinco anos, a partir da vigência do PCS de 1998, para questionar a sua validade, sob pena de incidência da prescrição total, à luz da regra geral trazida na Súmula 294, in verbis:

“PRESCRIÇÃO. ALTERAÇÃO CONTRATUAL. TRABALHADOR URBANO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Tratando-se de ação que envolva pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei.”

Nesse contexto, ajuizada a presente ação trabalhista mais de cinco anos do marco prescricional, dou provimento ao recurso de embargos da reclamada para declarar a incidência da prescrição total, quanto ao pedido de horas extras, e reflexos, excedentes da sexta hora diária.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de embargos por divergência jurisprudencial e, no mérito, dar-lhe provimento para declarar a incidência da prescrição total, quanto ao pedido de horas extras, e reflexos, excedentes da sexta hora diária.

Brasília, 22 de Agosto de 2013.
Firmado por Assinatura Eletrônica (Lei nº 11.419/2006)
AUGUSTO CÉSAR LEITE DE CARVALHO, Ministro Relator.

Tribunal Superior do Trabalho

Recurso de revista. Recálculo do "saldamento" pela inclusão da CTVA. Prescrição.¹

ACÓRDÃO

RECURSO DE REVISTA. PRESCRIÇÃO. RECÁLCULO DO "SALDAMENTO" PELA INCLUSÃO DA CTVA. Ajuizada a presente demanda somente em 31 de agosto de 2011, ou seja, cinco anos após o cálculo do benefício saldado para pagamento de suplementação de aposentadoria ao Autor, por certo que as parcelas devidas anteriormente a 31 de agosto de 2006 estão fulminadas pela prescrição, conforme o que preceitua o inciso XXIX do artigo 7.º da Constituição Federal, independentemente de se tratar de parcelas sucessivas ou asseguradas por preceito legal. Recurso de Revista não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n.º TST-RR-1640-98.2011.5.03.0113, em que é Recorrente ELCIO MELO CARDOSO e são Recorridas CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF e FUNDAÇÃO DOS ECONOMIÁRIOS FEDERAIS - FUNCEF.

RR-1640-98.2011.5.03.0113. DJe 07.06.2013.

RELATÓRIO

Contra a decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 3.ª Região, que negou provimento ao seu Recurso Ordinário (a fls. 1.710/1.712), o Reclamante interpõe o presente Recurso de Revista, postulando a reforma do julgado (a fls. 1.739/1.757).

Admitido o Apelo (a fls. 1.793/1.794), foram ofertadas contrarrazões (certidão a fls. 1.798/1810 e 1.812/1.835), sendo dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 83, § 2.º, II, do RITST.

É o relatório.

VOTO

Preenchidos os requisitos gerais de admissibilidade, passo à análise dos pressupostos intrínsecos.

Conhecimento

PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO, POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

O Reclamante argui, preliminarmente, a nulidade do acórdão re-

¹ Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProcInt=2012&numProcInt=192463&dtaPublicacaoStr=07/06/2013%2007:00:00&nia=5881541>> Acesso em: 07 jun. 2013.

corrido, ao argumento de que o Regional, embora instado por meio de dois Embargos de Declaração, não emitiu pronunciamento quanto à contradição apontada. Relata que, no primeiro parágrafo do acórdão, o Regional registrou que as diferenças eram “devidas até 31/8/2006”, e, no segundo parágrafo, consignou a expressão “anterior a 31/8/2006. Aponta violação dos arts. 93, IX, da Constituição Federal e 832 da CLT.

Sem razão, contudo.

Ab initio, deve ser dito que, nos termos da Orientação Jurisprudencial n.º 115 da SBDI-1, este Tribunal firmou entendimento de que a nulidade por negativa de prestação jurisdicional somente se justifica quando demonstrada cabalmente a violação dos arts. 93, inciso IX, da Constituição Federal, 832 da CLT e 458 do CPC. É nesse contexto que devem ser analisados os argumentos lançados pela parte em sede recursal.

Conforme se verifica dos acórdãos proferidos a fls. 1.710/1.712 (Recurso Ordinário), e 1.725/1.726 (acórdão do primeiro Embargos de Declaração) e 1.736/1.737 (acórdão do segundo Embargos de Declaração), o Regional manifestou-se precisamente sobre a controvérsia posta sob sua apreciação, esclarecendo os motivos pelos quais manteve a sentença que declarou prescrito o direito de ação do Reclamante.

Verifica-se, portanto, que a Turma fundamentou adequadamente a decisão recorrida, pois constam as razões que levaram o órgão

julgador a rejeitar as alegações do Reclamante, atendendo, portanto, ao comando constitucional. Impõe-se esclarecer que o Magistrado não está obrigado a rebater, uma a uma, as teses trazidas pela parte. Seu dever cinge-se a apreciar os pedidos formulados e demonstrar os elementos de convicção que o levaram a esta ou àquela solução.

Ressalte-se que esta Corte tem o entendimento de que o mero inconformismo da parte com a decisão que lhe é desfavorável não enseja a nulidade do julgado por negativa de prestação jurisdicional, como revela o seguinte precedente:

“NULIDADE DO JULGADO POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. O mero inconformismo dos reclamados com o fato de a Turma não ter reconhecido a especificidade do aresto oferecido para a instauração de divergência jurisprudencial não impulsiona decretação de nulidade do julgado por negativa de prestação jurisdicional. Mostram-se intactos os artigos 832 da CLT, e 93, inciso IX, da Constituição Federal, únicas hipóteses, que, em tese, segundo a Orientação Jurisprudencial n.º 115 da SBDI-1, possibilitariam o conhecimento do recurso neste item, em que se pretende a decretação de nulidade do julgado por negativa de prestação jurisdicional. Recurso não conhecido.” (TST-E-ED-RR-419.506/1998.8, Rel. Min. Vantuil Abdala, SBDI-1, in DJ de 27/4/2007.)

Não conheço.

PRESCRIÇÃO – CTVA - INCLUSÃO DA VERBA PARA RECÁLCULO DO SALDAMENTO.

O Regional negou provimento ao Recurso Ordinário do Reclamante, quanto à decretação da prescrição total do direito de ação, aos seguintes fundamentos (a fls. 1.711/1.712):

“DA PRESCRIÇÃO TOTAL - RECÁLCULO DO SALDAMENTO PELA INCLUSÃO DA CTVA O Juízo de origem considerando que a demanda foi ajuizada em 31/08/2011, ou seja, cinco anos após o cálculo do benefício saldado para pagamento de suplementação de aposentadoria do autor (31/08/2006), com fulcro no art. 7.º, inciso XXIX, da Constituição Federal, independente de se tratarem de parcelas sucessivas ou asseguradas por preceitos de lei, declarou ‘que as contribuições devidas em favor da FUNCEF, anteriores a 31 de agosto de 2006, incidentes sobre a parcela CTVA, ainda que fossem devidas, já estariam prescritas. Por conseguinte, não havendo contribuições a serem recolhidas a favor da FUNCEF anteriormente a 31 de agosto de 2006, também não se há falar em diferenças do benefício saldado calculado em 31 de agosto de 2006 e respectivas diferenças de suplementação de aposentadoria relativas ao REG/REPLAN saldado daí advindas, já que, como o próprio demandante ressaltou, tais diferenças seriam decorrentes PROCESSO Nº TST-RR-1640-98.2011.5.03.0113 exatamente

te das contribuições a serem recolhidas em favor da FUNCEF incidentes sobre a parcela CTVA paga anteriormente a 31 de agosto de 2006’ (fl. 997-verso).

Pois bem.

No caso em tela, busca o autor sejam as reclamadas condenadas ao recálculo do ‘saldamento’, com a integração da parcela CTVA no cálculo do salário de contribuição recolhido mensalmente à FUNCEF e à integralização da reserva matemática das parcelas previdenciárias pela inclusão desta parcela devidas até 31/08/06, por entender que referida parcela não foi nele incluída.

Assim, muito embora o autor postule o recálculo do valor ‘saldado’ e a complementação da reserva matemática, pretende, na realidade, o reconhecimento de que a CTVA decorre do exercício da função comissionada e, portanto, também deve integrar o salário de contribuição para fins de saldamento do REG/REPLAN no período anterior a 31/08/06. No caso, o prejuízo efetivo ao autor decorrente do alegado equívoco do valor saldado do REG/REPLAN ocorreu em período anterior a 31/08/06, ao passo que a presente ação foi ajuizada em 31/08/2011, de forma que, ainda que não se pudesse cogitar de prescrição total do direito do autor, estariam prescritos eventuais direitos anteriores a 31/08/2006, na forma do que dispõe o art. 7.º, inciso XXIX, da Constituição Federal.

Ressalte-se ser desnecessária qualquer ilação quanto a even-

tuais diferenças a partir de 01/09/2006, porquanto o autor restringe o pedido até 31/08/06. Assim, tendo em vista o anterior exposto e com fulcro no art. 7.º, inciso XXIX, da Constituição Federal, os pleitos relativos ao 'saldamento' do plano REG/REPLAN estão alcançados pela prescrição quinquenal. Nada a prover neste aspecto."

O Reclamante argumenta, em suas razões de Recurso de Revista, que se trata de ação em que busca o reconhecimento de que a parcela salarial CTVA tem a mesma natureza jurídica de função de confiança/cargo comissionado, e, em consequência, a condenação da CEF, primeira Reclamada, ao pagamento da contribuição de sua responsabilidade em favor da FUNCEF, segunda Reclamada, além do reconhecimento do seu direito de contribuir com a sua parte. Em razão dessas contribuições, requer, ainda, que a segunda Reclamada seja condenada a recalcular o valor de sua suplementação de aposentadoria, saldada em 31/8/2006. Assevera que, tendo em vista que "o saldamento" da suplementação de aposentadoria ocorreu em 31/8/2006, e a presente ação foi ajuizada em 31/8/2011, portanto, dentro do prazo de cinco anos a contar da lesão ao direito, não há prescrição a ser declarada. Aponta violação dos arts. 7.º, XXIX, da Constituição Federal e 11 da CLT. Transcreve arestos para configurar a divergência de julgados.

À análise.

Registre-se que, no tocante à prescrição, a discussão não diz res-

peito à alteração operada em 1998, mas à alegação de que há lesão continuada, decorrente da não integração da parcela em apreço no saldamento e na base de cálculo da complementação de aposentadoria, sendo certo que deve ser ressaltado que o contrato se encontrava em curso quando da interposição da ação, o que atraiu a incidência da prescrição quinquenal.

Por outro lado, deve ser considerado que a prescrição quinquenal é contada a partir do ajuizamento da Reclamação.

Ora, ajuizada a presente demanda somente em 31 de agosto de 2011, ou seja, cinco anos após o cálculo do benefício saldado para pagamento de suplementação de aposentadoria ao Autor, por certo que as parcelas devidas anteriormente a 31 de agosto de 2006 estão fulminadas pela prescrição, conforme o que preceitua o inciso XXIX do artigo 7.º da Constituição Federal, independentemente de se tratar de parcelas sucessivas ou asseguradas por preceito legal.

Dessa forma, se o pedido do Reclamante é embasado no fato de que as contribuições devidas em favor da FUNCEF, anteriores a 31 de agosto de 2006, incidentes sobre a parcela CTVA, não foram integradas, ainda que, de fato, fossem devidas essas diferenças de contribuições sobre a parcela CTVA, já estariam prescritas porque já decorridos mais de cinco anos, a partir da data do ajuizamento da ação.

Sendo assim, não havendo contribuições a serem recolhidas a fa-

vor da FUNCEF anteriormente a 31 de agosto de 2006, também não se há falar em diferenças do benefício saldado, calculado em 31 de agosto de 2006, e respectivas diferenças de suplementação de aposentadoria relativa ao REG/REPLAN daí advindas, já que, como o próprio Reclamante asseverou, tais diferenças seriam decorrentes exatamente das contribuições a serem recolhidas em favor da FUNCEF, incidentes sobre a parcela CTVA paga anteriormente a 31 de agosto de 2006.

Nesse sentido, correto o entendimento do Regional quanto à incidência da prescrição do direito de ação do Reclamante, relativo a tais diferenças.

O único aresto transcrito para configurar a divergência jurisprudencial é inespecífico, nos termos da Súmula n.º 296, I, do TST, pois trata de hipótese em que Autor já se encontrava aposentado.

Diante do exposto, não conheço do Recurso de Revista.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer do Recurso de Revista do Reclamante.

Brasília, 5 de Junho de 2013.

Firmado por Assinatura Eletrônica (Lei nº 11.419/2006).

MARIA DE ASSIS CALSING, 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, sem a identificação dos autores e instituições (*blind review system*), o qual decidirá pela publicação do material enviado com base em critérios científicos, interesse institucional ou técnico e, ainda, atualidade de seu conteúdo.

Eventual adequação do conteúdo ao formato eletrônico poderá ser proposta, sem prejuízo da informação. Pequenas modificações no texto poderão ser feitas pelo Conselho Editorial, mas as modificações substanciais serão solicitadas aos autores. Será permitida a reprodução parcial dos artigos, desde que citada a fonte.

Ao remeter o texto para publicação, o Autor cede à ADVOCEF o direito de fazer uso do material enviado na Revista de Direito, no encarte “Juris Tantum” do Boletim Informativo Mensal e/ou em seu site na internet, a critério da associação.

A publicação em qualquer veículo de comunicação da ADVOCEF não é remunerada e o conteúdo é de responsabilidade do autor. Os originais, publicados ou não, não serão devolvidos.

III – TIPOS DE TEXTO

1. Artigos doutrinários – análise de temas e questões fundamentadas teoricamente, levando ao questionamento de modos de pensar e atuar existentes e a novas elaborações na área jurídica;

2. Relatos de experiência profissional e estudos de caso – relatos de experiência profissional ou estudos de caso de interesse para as diferentes áreas de atuação do advogado;

3. Comunicações – relatos breves de pesquisas ou trabalhos apresentados em reuniões científicas/eventos culturais;

IV - APRESENTAÇÃO DOS TRABALHOS

O texto, de até 30 laudas, deve ser enviado por e-mail à ADVOCEF, no formato Word, redigido em fonte Times New Roman, tamanho 12, com espaçamento entre linhas de 1,5 cm e margens de 2 cm (eventualmente, o conselho editorial poderá aprovar textos acima de 30 laudas, caso entenda ser de interesse da Revista a publicação na íntegra do material enviado).

O autor deve ainda enviar à ADVOCEF, por correio ou malote, devidamente preenchido e assinado, um termo de cessão de direitos autorais, elaborado a partir de formulário padrão disponibilizado em <http://www.advocef.org.br/_arquivos/40_1047_termocessao.doc>.

O arquivo do trabalho deve conter:

1. Folha de rosto com o nome do(s) autor(es) e: a) título em português; b) nome de cada autor, seguido da afiliação institucional e titulação acadêmica; c) endereço eletrônico para envio de correspondência.

2. Resumo em português – com no máximo 150 palavras e acompanhado de quatro palavras-chave. Palavras-chave são vocábulos representativos do conteúdo do documento que devem ser separados entre si por ponto e finalizados também por ponto.

2.1 Sumário indicando as principais partes ou seções do artigo.

2.2 Resumo bilíngue – Título, resumo e palavras-chave devem ser traduzidos para outro idioma, acompanhando os originais em português.

3. Notas de rodapé – As notas não bibliográficas devem ser reduzidas a um mínimo, ordenadas por algarismos arábicos e colocadas no rodapé da página, não podendo ser muito extensas.

4. As citações de autores devem ser feitas da seguinte forma:

a) Por meio do último sobrenome do autor, com apenas a primeira letra maiúscula, seguido, entre parênteses, do ano de publicação do trabalho e, para citações diretas, do número da página.

Quando o sobrenome do autor vier entre parênteses, deve ser escrito todo em letra maiúscula.

b) As obras e fontes citadas devem constar, obrigatoriamente, nas referências.

c) As citações diretas com mais de três linhas são consideradas citações longas e são transcritas em parágrafo distinto, começando a 4 cm da margem esquerda, sem deslocamento da primeira linha. O texto é apresentado sem aspas e transcrito com espaçamento entre linhas simples e fonte tamanho 10, devendo ser deixada uma linha em branco entre a citação e os parágrafos anterior e posterior.

5. Referências – Deve-se utilizar a norma ABNT 6023. Exemplos:

a) Livros: DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

b) Capítulo de livro: Autor(es) (ponto). Título do capítulo (ponto). In: referência completa do livro seguida pela paginação inicial e final do capítulo (p. XX-XX) ou pelo número dele (cap. X).

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

c) Artigo em periódico científico: Autor (ponto). Título do artigo (ponto). Nome da revista ou periódico em negrito (vírgula), local de publicação (vírgula), volume e/ou ano (vírgula), fascículo ou número (vírgula), paginação inicial e final (vírgula), data ou intervalo de publicação (ponto).

Exemplo: DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. Os povos indígenas brasileiros e os direitos de propriedade intelectual. **Hiléia**: Revista de Direito Ambiental da Amazônia, Manaus, v. 1, n. 1, p. 85-120, ago./dez. 2003

d) Documentos consultados na internet: além dos elementos indicados em a, b e c, deve-se informar o endereço eletrônico completo inserido dentro de < > (que remeta diretamente à fonte consultada, e não apenas à página inicial do site) e precedido de "Disponível em:". Informa-se também a data de acesso, precedida da expressão "Acesso em:" (o horário de acesso é opcional).

Exemplo: STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso**: mutação constitucional e limites da legitimidade da Jurisdição Constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1498, ago. 2007. Não paginado. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10253>>. Acesso em: 6 nov. 2007.

V - ANÁLISE DOS TRABALHOS

A análise dos trabalhos recebidos para publicação respeitará o seguinte fluxo:

1. Análise pelos membros do Conselho Editorial;
2. Resposta ao autor, informando se o texto foi aceito (com ou sem ressalvas) ou não;
3. Remessa para a composição e diagramação;
4. Publicação.

VI - ENDEREÇO PARA REMESSA DOS TRABALHOS

Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal – ADVOCEF

Brasília/DF:

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

E-mail: revista@advocef.org.br

****O envio eletrônico do documento pelo e-mail pessoal do autor substitui a assinatura física da carta de encaminhamento.**



ADVOCEF

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS ADVOGADOS
DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

Processo constitucional e decisionismo judicial

Carolina Mello Suave

Common Law e Civil Law: história, peculiaridades e utilização no Brasil e no direito de outros países

Floriane Benevides de Magalhães Neto

A antecipação de tutela na ação coletiva

Wilson de Souza Malcher

Embargos de declaração e o direito fundamental à motivação das decisões

Edson Bernardo Andrade Reis Neto

Medidas investigativas no âmbito do processo civil - limites e possibilidades de produção de prova

Éder Maurício Pezzi López e
Renan Teixeira Sobreiro

O Projeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro e suas diretrizes fundamentais

José Gabriel Boschi

Eficácia dos mecanismos de repressão ao *insider trading*

Lucia Elena Arantes Ferreira Bastos

Project Finance: uma solução viável para o financiamento privado da infraestrutura

Leandro Jacob Neto

Fraude à execução, Súmula 375 do Superior Tribunal de Justiça e artigo 615-A do Código de Processo Civil

Renato Luiz Harmi Hino

Questões tributárias controvertidas do Programa Minha Casa Minha Vida

Daniel Barbosa Lima Faria Corrêa de Souza