



Revista de Direito da ADVOCEF

*Associação Nacional dos Advogados
da Caixa Econômica Federal*



ADVOCEF

Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal

Rua Santa Catarina, 50 - Salas 602/603 - Londrina - PR

Telefones: (43) 3323.5899 e 0800 400 8899

www.advocef.org.br

revista@advocef.org.br

Revista de Direito da ADVOCEF. Londrina, ADVOCEF, v.1, n.4, 2007

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*

Tiragem: *1.800 exemplares*

Impressão: *Gráfica Editora Pallotti*

Periodicidade: *semestral*

DIRETORIA EXECUTIVA DA ADVOCEF

Presidente

Altair Rodrigues de Paula (Londrina)

Vice-Presidente

Silvio do Lago Padilha (Belo Horizonte)

1º Tesoureiro

José Carlos Pinotti Filho (Londrina)

2º Tesoureiro

Patrícia Raquel Caires Jost Guadanhim (Londrina)

1º Secretário

Marisa Alves Dias Menezes (São Paulo)

2º Secretário

Henrique Chagas (Presidente Prudente)

Diretor Regional Norte

Liana Cunha Mousinho Coelho (Belém)

Diretor Regional Nordeste

Maria dos Prazeres de Oliveira (Recife)

Diretor Regional Sudeste

Sonia Lucia dos Santos Lopes (Rio de Janeiro)

Diretor Regional Centro-Oeste

Gustavo Adolfo Maia Junior (Brasília)

Diretor Regional Sul

Mariano Moreira Júnior (Florianópolis)

CONSELHO EXECUTIVO DA REVISTA

Altair Rodrigues de Paula

Patrícia Raquel Caires Jost Guadanhim

Roberto Maia

CONSELHO EDITORIAL DA REVISTA

Alaim Giovani Fortes Stefanello

Davi Duarte

Fabiano Jantalia Barbosa

João Pedro Silvestrin

CONSELHO DELIBERATIVO

Membros Efetivos

Bruno Vicente Becker Vanuzzi (Porto Alegre)

Darli Bertazzoni Barbosa (Londrina)

Izabella Gomes Machado (Brasília)

Luis Fernando Miguel (Porto Alegre)

Renato Luiz Harmi Hino (Curitiba)

Membros Suplentes

Alfredo Ambrósio Neto (Goiânia)

Luciano Paiva Nogueira (Belo Horizonte)

Marcelo Dutra Victor (Belo Horizonte)

CONSELHO FISCAL

Membros Efetivos

Julio Cezar Hofman (Maceió)

Paulo Roberto Soares (Brasília)

Rogério Rubim de Miranda Magalhães (Belo Horizonte)

Membros Suplentes

Éber Saraiva de Souza (Cuiabá)

Ivan Sérgio Vaz Porto (Goiânia)

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	9
MENSAGEM	11
PARTE 1 – ARTIGOS	
O positivismo clássico com sua auto-suficiência metodológica sedutora e uma nova ótica para compreensão da realidade jurídica: a hermenêutica filosófica a partir de Gadamer <i>Carlos Alberto Simões de Tomaz</i>	15
A inafastabilidade da prestação jurisdicional na teoria dos princípios <i>Guilherme Dieckmann</i>	27
Coisa julgada inconstitucional e o princípio da segurança jurídica <i>Alfredo Ambrósio Neto</i>	53
A recorribilidade da decisão arbitral na atual lei de arbitragem portuguesa <i>Wilson de Souza Malcher</i>	83
Competência criminal da Justiça do Trabalho: aspectos controvertidos <i>Bruno Queiroz Oliveira</i>	107
A reforma do processo de execução e os reflexos na "execução por quantia certa contra devedor solvente" <i>Julio Cezar Hofman</i>	121
O conflito entre os tratados internacionais e o ordenamento jurídico pátrio <i>Marcelo Oscar Silva Santos</i>	169
Desvio de finalidade: o ato administrativo praticado pela Administração Pública sem finalidade abonada pelo interesse público <i>Izabel Urquiiza Godoi Almeida</i>	189
Usucapião de imóvel hipotecado sob a ótica do novo Código	

Civil	
<i>Éder Maurício Pezzi López</i>	213
Coação e pessoa jurídica. Algumas ponderações	
<i>André Luís de Sousa Miranda Cardoso</i>	241
A tributação das instituições financeiras pela COFINS e o julgamento do recurso extraordinário 346.084-6/PR pelo Supremo Tribunal Federal	
<i>Leonardo de Menezes Curty</i>	267
O desenvolvimento econômico baseado na preservação ambiental como novo paradigma das instituições financeiras	
<i>Alaim Giovani Fortes Stefanello</i>	289

PARTE 2 – JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal	
<i>Loteria e sorteio. Competência legislativa da União. Inconstitucionalidade de norma estadual</i>	311
Superior Tribunal de Justiça	
<i>SFH. Contrato com FCVS. Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor</i>	315
Superior Tribunal de Justiça	
<i>Ação civil pública. Caderneta de poupança. Diferenças. Execução de sentença. Juros remuneratórios</i>	323
Superior Tribunal de Justiça	
<i>Administrativo. Permissão. Loterias. Proibição de venda de produtos concorrentes. Legalidade</i>	329
Superior Tribunal de Justiça	
<i>Contratos de mútuo. Sigilo bancário. L.C. 105/01. Ministério Público. Ilegitimidade</i>	339
Superior Tribunal de Justiça	
<i>Execução hipotecária. Lei n. 5.741/71. Demonstrativos de cálculos. Complementação. Art. 616 do CPC</i>	345
Tribunal Regional Federal da 2ª Região	
<i>FGTS. Extratos de contas. Responsabilidade do banco originário</i>	349

APRESENTAÇÃO

A Revista de Direito da ADVOCEF mantém a linha editorial voltada à pesquisa, ao ensino e à reflexão crítica sobre a produção de conhecimento na área do Direito.

Esta edição inova ao contemplar trabalhos doutrinários de ex-Advogados da Caixa e, assim, ampliar o universo de autores.

A seção de jurisprudência abrange julgados de ações patrocinadas por Advogados da Caixa e também acórdãos que, devido à importância do tema ou relevância do resultado, podem interessar sobremaneira aos profissionais que defendem os direitos e interesses da Empresa Pública Federal.

Dessa forma a Revista de Direito da ADVOCEF continua fiel à sua principal missão: contribuir para a formação e aperfeiçoamento profissional do Advogado da Caixa e socializar o conhecimento jurídico.

Diretoria Executiva da Advocef

Há poucos dias a comunidade jurídica brasileira recebeu, com surpresa e estupefação, a notícia de que a Polícia Federal prendeu magistrados, procurador da República, delegados e agentes das Polícias Federal e Civil, advogados e proprietários de casas de bingo, em um universo de 25 pessoas, sob a gravíssima suspeita de formação de quadrilha com o objetivo de obter, expedir e manter julgados em benefício à prática de jogos de azar, atividade sabidamente ilícita no Brasil, e que se apóia e alimenta o tráfico de drogas, armas, pessoas e, por decorrência lógica, a corrupção.

As ordens de prisão e apreensão de bens foram expedidas pelo Supremo Tribunal Federal, devido a indícios do envolvimento, na empreitada criminosa, também de um Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

Na semana seguinte operação semelhante foi deflagrada no Estado de São Paulo, indicativo de que a atividade ilícita alcança outras Unidades da Federação.

Os fatos, amplamente divulgados na imprensa, tiveram maior repercussão porque é na pessoa do juiz, e, portanto, no Judiciário, que está depositada a última esperança de julgamentos corretos e isentos. Daí a máxima de que a justiça tarda mas não falha.

Por isso atos de corrupção de juiz, desembargador ou de um Ministro de Corte Superior, além de afrontar direta e imediatamente os seus pares, afeta a credibilidade na Instituição, quebrando a indispensável confiança depositada pelo jurisdicionado na realização da justiça. Em consequência surge o sentimento de que esse delito caracteriza traição ao povo e ao Estado Democrático de Direito. Ocorre que o poder, atribuído às Autoridades de quaisquer dos poderes da República, tem limite na lei, é outorgado para a realização do bem comum, e não pode ter sua finalidade desviada, menos ainda para atividades ilícitas. Com efeito, titular do poder é o povo, a quem deve ser prestado contas.

Mas a par da tristeza, e do inicial impacto negativo, é com redobrada esperança e confiança que acompanhamos o desenvolvimento das medidas tendentes a apurar a extensão, a profundidade das condutas e a punição dos culpados.

Mostrou-se igualmente relevante a divulgação dos fatos ao público. A ciência da ação policial - quando os seus efeitos vieram a lume - a todas as esferas do Poder tem o benéfico efeito inibidor, permitindo concluir que o crime se expande pela impunidade e se contrai quando tratado com rigor.

Não obstante as dificuldades, acreditamos que jamais estivemos tão perto da solução para o problema da corrupção, pois a cura, na doença, anda próxima ao diagnóstico e aos julgamentos do Judiciário não pode faltar a segurança jurídica, autoridade e credibilidade, pilares que os sustentam.

Nesta hora toma vulto a grandeza da correta atuação, em todas as ações, da restante totalidade de membros do Judiciário, em todas as Comarcas, em todos os Tribunais.

Importante salientar a esmerada e precisa atuação tanto do Ministério Público Federal quanto do Supremo Tribunal Federal, que em diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) deixaram indelevelmente marcados os limites da legalidade e ilegalidade da prática de jogos de azar no Brasil (v.g. ADI- 3147 DF; 2996 SC; 3183 MS; 2690 RN; 3259 PA; 2948 MT e 2847 DF).

E agora, com a precisa atuação do STF, estamos mais convictos de que o crime não compensa, que devemos, sempre, fazer o bem e evitar o mal, em particular porque detemos parcela razoável de conhecimento para identificá-los, e temos o dever legal de agir corretamente, praticar a justiça, velar para que se concretize, e tornar este um mundo melhor.

Renovemos, pois, nesse difícil momento, a profissão de fé no Judiciário, na realização da justiça e na esmerada aplicação da lei.

Davi Duarte



PARTE 1

ARTIGOS

O positivismo clássico com sua auto-suficiência metodológica sedutora e uma nova ótica para compreensão da realidade jurídica: a hermenêutica filosófica a partir de Gadamer

Carlos Alberto Simões de Tomaz

Ex-Advogado da Caixa

Juiz Federal e professor de Teoria do Direito, Direito Constitucional, Direito Internacional, Direitos Humanos e Fundamentos da Metodologia, Pesquisa e Ensino do Direito no CEAJUFE, em Belo Horizonte/MG.

Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo UNICEUB/DF e doutorando em Direito pela UNISINOS/RS

RESUMO: Neste ensaio, a partir de uma compreensão do positivismo clássico, busca-se enfrentar a experiência jurídica sob um novo paradigma: a matriz teórica da hermenêutica jurídica a partir de Gadamer. O objetivo não é outro senão revelar que a compreensão deve ser alavancada a partir da tradição e da consciência histórico-efetual em que se encontra imerso o intérprete.

Palavras-chave: Positivismo. Hermenêutica Filosófica. Compreensão. Tradição.

1 Introdução

A tradicional idéia de reduzir o direito à norma escrita ainda goza de foros de exclusividade entre os juristas. É comum desde o estudante até o magistrado o comportamento de procurar a norma adequada, cuja incidência sobre o fato, permita a extração de certo efeito.

Efetivamente, vê-se, no dia-a-dia, uma certa dificuldade na experiência jurídica quando a questão não aponta para solução vazada numa norma escrita. A consulta demora resposta do parecerista. O advogado tarda para ajuizar a demanda ou oferecer resposta. A decisão judicial é também retardada nos juízos e tribunais. Isso decorre, sem dúvida, da falta de habilidade, de preparo, para tratar o direito fora dos domínios exclusivos da dogmática.

Sob tal contextura, o jurista depara-se com a necessidade de melhor conhecer o Direito e o caminho não se avulta outro senão o de sua teorização, sobretudo porque, hodiernamente, cada vez mais, torna-se impossível separar o jurista prático, que trata o direito como instrumento de trabalho - o advogado, o agente do ministério público, o magistrado, o delegado, etc. - daquele exclusivamente dedicado às suas questões teóricas, pois estas não se encontram tão mais dissociadas da ordem prática e, não raro, é exatamente pela falta de familiaridade com determinados conceitos abstratos, certas categorias e os caminhos hermenêuticos que viabilizam a mobilização de tais categorias e conceitos, que a compreensão do direito deixa a desejar.

O balizamento dessa questão requer, primeiro, que se enfrente o positivismo clássico com sua auto-suficiência metodológica altamente sedutora para, depois, ultrapassando-se essa matriz teórica, penetrar nos domínios da hermenêutica de cariz filosófico, como um novo paradigma para a compreensão da experiência jurídica.

2 O positivismo clássico com sua auto-suficiência metodológica sedutora

A dogmática jurídica parte do pressuposto de que a norma é um dogma. Significa dizer que as construções jurídicas não podem se distanciar dos parâmetros estabelecidos pela norma, muito menos confrontar sua existência.

Decorre, daí, a dificuldade para o trato das questões jurídicas quando o cientista do direito se depara com a ausência de norma ou quando a solução ofertada por ela não satisfaça o sequioso espírito de justiça, o que ocorre porque sendo o direito uma ciência cultural, o conteúdo da norma se expõe às alterações da cultura, necessitando o intérprete de se valer de meios para ensejar a compreensão e/ou revisão dos conteúdos através de procedimentos integradores, que no dizer de Adeodato (1983, p. 131) formam uma ponte para a nova realidade.

Nessa linha, Sobota (1995, p. 251) também divisa este fenômeno ao registrar que:

A maioria das pessoas, nas democracias modernas, parece estar convencida de que o direito é um sistema constituído de normas explícitas... Essa fachada normativa é a versão popular de uma concepção teórica que se desenvolveu a partir do espírito do iluminismo e da admiração pelos sucessos da ciência, refletidos no movimento positivista do fim do século XIX e começo do século XX...

Por esse caminho, o direito fica reduzido a um sistema fechado com a pretensão de dispor sobre as condutas humanas através de um

ordenamento hermético, auto-produtivo e auto-suficiente, altamente sedutor em nome da segurança que ensejaria.

Com efeito, em sua Teoria Pura do Direito, Kelsen (1979, p. 309-310) considera o ordenamento jurídico estatal como uma estrutura escalonada onde as normas estariam dispostas de forma hierarquizada de tal sorte que a validade de uma norma de escalonamento inferior repousaria numa outra de escalonamento superior que estabelecesse o modo de sua produção. A partir daí, a cientificidade do direito restaria assegurada num esquema metodológico onde a criação de direito sempre implica na aplicação de direito e vice-versa.

A decisão judicial, o ato administrativo e os negócios jurídicos se encontram na base da pirâmide que representaria o ordenamento jurídico estatal e se avultam como normas jurídicas de caráter particular que encontrariam fundamento de validade em normas gerais de escalonamento superior até o último fundamento de validade dentro do sistema estatal que seria a constituição (Idem, p. 324).

Esse contexto aponta segundo Vilanova (1976, p. 9), para a circunstância de que "o tratamento científico-dogmático do direito positivo requer técnicas de investigação adequadas ao direito. Tais técnicas, que todo advogado, jurisconsulto ou magistrado emprega, pertencem à Metodologia do direito" que, ainda conforme lição do festejado epistemologista pernambucano, quando repousam nos fundamentos que a lógica formal oferece conduz a um maior rendimento teórico-científico e prático-profissional, porque "Distantes da realidade concreta pelo seu nível de abstração, aparentemente inservíveis para o manuseio prático do direito, o domínio dos problemas lógicos oferta ao jurista destreza, rigor e clareza no trato do direito em função da experiência" (Idem, p. 10).

A experiência jurídica fica reduzida a encontrar, descobrir na linguagem de Kelsen (1979, p. 329), a norma jurídica a incidir sobre o fato que permita a extração de certo efeito. O processo decisório judicial revela um silogismo onde as formas lógicas encobrem referências significativas do mundo dos fatos. Sim, porque se há fórmula geral (norma), que permita a subsunção, a consequência é a criação normativa.¹

A cientificidade do direito restaria, assim, assegurada pelo conhecimento das estruturas lógicas das proposições normativas e das operações que por meio delas ensejam conclusões, ou seja, permitam a extração de efeitos, ou ainda, criem direitos, sem qualquer procedimento crítico reflexivo que permita uma aproximação com o mundo da vida. Aqui, o direito é tratado em nível de meta-linguagem através de juízos apofânticos, retirando-se da abordagem a fundamentação moral, política, e, enfim, a preocupação com a verdade, dito de outra forma: afastando-se os questionamentos acerca dos fundamentos e da finalidade do direito.

Para Vilanova "a lógica jurídica justificar-se-á se encontramos formas ou estruturas no discurso ou linguagem normativa (*in specie*, juridi-

ca) próprias do direito. Em outros termos: as formas *apofênticas* não são os únicos tipos de formas, mas as há *deônticas*, umas e outras reciprocamente irreduzíveis." (1976, p. 84-85). Mais tarde, explica as formas deônticas acrescentando: "A relação sintática própria da região do normativo e, pois, do normativo-jurídico é a de que estabelece através das expressões verbais, 'ter faculdade (de fazer ou omitir)', 'estar obrigado (a fazer ou omitir)', 'estar proibido (de fazer ou omitir)'. São três modalidades deônticas do verbo dever-ser." (Idem, p. 94).

A racionalidade jurídica decorreria, a partir daí, de uma redução operacional aos três modais deônticos (obrigação, proibição e permissão) que seriam guindados à condição ontológica do próprio direito.²

É assim, pois, que a própria Teoria Pura do Direito (KELSEN, p. 348) faz emergir a segurança jurídica na razão inversa da flexibilização do direito considerada inicialmente a partir do problema das lacunas onde os juízes são chamados a decidir mesmo à ausência de norma.³

Se é verdade que os métodos são vetores de racionalidade para projetar a compreensão - e por isso não se pode negar as contribuições epistemológicas de Kelsen e entre nós Vilanova⁴, entre outros -, também é verdade que a redução da ciência jurídica ao tecnicismo da dogmática sob o véu do monopólio estatal da criação e aplicação normativas está longe de revelar a completude do fenômeno jurídico. Daí, no dizer de Adeodato (1996, p, 277), "o surgimento de práticas a que as doutrinas tradicionais não conseguem se adequar e a necessidade de novas óticas para a compreensão da realidade jurídica (...)"

3 Uma nova ótica para compreensão da realidade jurídica: a hermenêutica filosófica a partir de Gadamer

A aceitação de novas maneiras de divisar a realidade jurídica encontra dificuldades no tradicionalismo com que o direito é tratado. Isso decorre, sem dúvida, da circunstância de que seus operadores, desde o ensino até a práxis, de regra, não voltam os olhos para uma perspectiva não-dogmática, no campo da filosofia epistemológica do direito. Esse viés, "tem uma tarefa prática, na medida em que fornece os subsídios para se criarem respostas aos estímulos da vida, isto é, decidir alternativas de conflito, tomar posições éticas, técnicas, políticas, tomar posição científica." (ADEODATO, 1996, p. 278).

Nessa ordem de pensamento, o fenômeno jurídico pode ser enfrentado sob outros prismas introduzindo sensível modificação no dogmatismo clássico e propondo um rompimento na estrutura científica do direito com a adoção de novos modelos, novos padrões, enfim, a partir de novos paradigmas porque os existentes "deixaram de responder adequadamente aos problemas postos por meio que ajudaram em parte criar." (KUHN, 2001, p. 126).

Sobre o manto dessa ordem de idéias, surgem algumas perspectivas de análise do direito, podendo-se destacar a *Teoria dos Sistemas* de Niklas Luhmann⁵ e a *Hermenêutica Filosófica*, a partir de Gadamer⁶, sob o influxo do pensamento de Heidegger⁷ e, entre nós, Streck⁸, o pensamento de Habermas⁹, que desenvolve uma análise do direito a partir do agir comunicativo, e ainda Zagrebelsky¹⁰ e Dworkin¹¹.

Neste ensaio, buscaremos aportes apenas na hermenêutica filosófica a partir de Gadamer e Streck, o que não significa dizer que estejamos desprestigiando as outras matrizes teóricas, que poderão ser objeto de exame noutra oportunidade.

As idéias precedentes já evidenciaram que a experiência jurídica hodiernamente não se volta apenas para revelar o direito. Divisa-se nela um processo realmente criador que "agregaria conteúdos jurídicos de testificação discursiva propiciadores de processual e incessante fiscalidade irrestrita, abstrata e concreta das bases de produção, legiferação e cumprimento (aplicação) do direito, que só assim se mostraria realizador do *princípio da democracia*.", assenta Leal (2002, p. 29) referindo-se a uma das nuances da experiência do direito: a decisão judicial. Ela deve, ao contrário, ocorrer não a partir de um esquema metodológico dogmático, mas num plano de compreensão onde o intérprete se encontraria livre das amarras do processo subsuntivo-dedutivista da hermenêutica clássica.

Essa constatação coloca a experiência jurídica sob um novo paradigma, desta feita, de matiz hermenêutico no âmbito do que se convencionou denominar de *guinada interpretativa*.¹²

Nessa contextura, a hermenêutica jurídica assume lugar de destaque dentro teoria do direito¹³. Os esforços voltam-se para colocar luz nos caminhos a serem percorridos pelos juristas em sua tarefa rotineira de interpretar.

Mas, como já se disse, a redução do direito à norma escrita sob o veio positivista conduz a tarefa do jurista a encontrar a norma que se ajuste ao caso concreto, em um processo de subsunção (método dogmático). Assim, se o fato se encaixa perfeitamente na norma, o intérprete faz extrair dela certo efeito.

Essa postura faz com que o intérprete tenha a preocupação voltada para alcançar a *vontade da norma* de modo que tanto mais autêntica seria a interpretação quanto revelasse essa vontade, que lhe teria sido impregnada pelo legislador (*espírito do legislador*). Nas palavras de Streck (2006, p.431):

Na doutrina e na jurisprudência do Direito ainda domina a idéia da indispensabilidade do método ou do procedimento para alcançar a vontade da norma, o espírito do legislador, a correta interpretação do texto, etc. Acredita-se que o ato interpretativo é um ato cognitivo e que interpretar a lei é retirar da norma tudo o que

nela contém, circunstância que bem denuncia a problemática metafísica nesse campo de conhecimento.

Isso pressupõe um apoderar-se da norma conquanto objeto cognoscível pelo sujeito cognoscente. Tê-la sob controle como se faz com relação aos objetos. A superação desta relação objetificante sujeito-objeto ocorre por meio da linguagem como condição de possibilidade para a compreensão do fenômeno jurídico, quando revela um sentido sempre e já pré-existente (tradição). É exatamente aqui que a hermenêutica filosófica inaugurada por Gadamer traz relevante contribuição para o direito.

Gadamer louva-se de Heidegger¹⁴ para retirar a compreensão das garras da relação objetificante da metafísica clássica e direcioná-la para uma especial forma de ser-no-mundo: a linguagem como condição de possibilidade, que privilegia a experiência histórico-factual do sujeito (tradição).

Deveras, Gadamer apregoa um "retorno ao mundo da vida, a saber, uma posição anterior à objetividade da ciência" (GADAMER, 2003, p. 341), afastando, assim, tanto o predomínio da objetividade do texto como o da subjetividade do intérprete, onde a compreensão

não é um ideal resignado da experiência de vida humana na idade avançada do espírito, como em Dilthey; mas tampouco é, como em Husserl, um ideal metodológico último da filosofia frente à ingenuidade do ir vivendo. É, ao contrário, a forma originária de realização da presença, que é o ser-no-mundo. Antes de toda diferenciação da compreensão nas diversas direções do interesse pragmático ou teórico, a compreensão é o modo de ser da presença, na medida em que é poder-ser e "possibilidade". (Idem, p. 347).

É assim que Gadamer divisa a presença (*dasein*) como uma premisa insuperável, o que torna possível e limita todo seu projetar (Idem, p. 353), ou seja, considerando que a estrutura existencial da presença precisa encontrar sua formulação também na compreensão da tradição histórica¹⁵, ele parte de Heidegger para construir sua hermenêutica filosófica, que se erige lastreada no círculo hermenêutico e na diferença ontológica, assim sintetizados por Streck (2006a, p. 431):

Para interpretar, necessitamos compreender; para compreender, temos que ter uma pré-compreensão, constituída de estrutura prévia de sentido - que se funda essencialmente em uma posição prévia (Vorhabe), visão prévia (Vorsicht) e concepção prévia (Vorgriff) - que já une todas as partes do sistema. Temos uma estrutura do nosso modo de ser no mundo, que é a interpretação. Estamos condenados a interpretar. O horizonte de sen-

tido nos é dado pela compreensão que temos de algo. Compreender é um existencial, que é uma categoria pela qual o homem se constitui. A faticidade, a possibilidade e a compreensão são alguns desses existenciais. É no nosso modo de compreensão enquanto ser no mundo que exurgirá a norma produto da síntese hermenêutica, que se dá a partir da faticidade e historicidade do intérprete.

Não há, para Gadamer (2003, p. 351), "compreensão ou interpretação que não implique a totalidade dessa estrutura existencial" da presença. E, a partir dela, constrói os traços fundamentais da uma teoria hermenêutica de matiz filosófica, onde a linguagem aparece como comunicação entre a tradição e o presente. Sim, porque para ele ser que pode *ser compreendido é linguagem*. Portanto, "aquele que quer compreender deve estar vinculado com a coisa que se expressa na transmissão e ter ou alcançar uma determinada conexão com a tradição a partir da qual a transmissão fala." (Idem, p. 390).

4 Conclusão

Trocando em miúdos, o que pretendemos revelar com as articulações acima, é que o jurista ao interpretar a norma teve estar atento à situação hermenêutica a partir da qual a compreensão será alavancada, porque sob outra consciência histórico-factual, outra será a decisão.

Assim, numa roda de pagode em Vila Isabel no Rio de Janeiro, a resposta correta será admitir que Zeca Pagodinho é um melhor cantor que Chico Buarque. A situação, todavia, inverte-se se a resposta for erigida sob um outro contexto, ou seja, se as condições de possibilidades se erigirem a partir de outra consciência histórico-efetual como seria o caso de se deflagrar a compreensão em direção à mesma questão no bairro Moinhos de Vento em Porto Alegre.

Isso não quer significar, todavia, que a tradição está proporcionando um fechamento da interpretação. Ela não permite - isso sim - é que no processo hermenêutico ocorra uma atribuição arbitrária de sentido, e é exatamente por isso que lhe serve de blindagem, impondo sua consideração por todos aqueles que enveredarem pelos árduos caminhos da experiência jurídica.

Notas

1 Segundo Kelsen "A teoria, nascida no terreno da *common law* anglo-americana, segundo a qual somente os tribunais criam Direito, é tão unilateral como a teoria, nascida no terreno do Direito legislado da Europa

Continental, segundo a qual os tribunais não criam de forma alguma Direito mas apenas aplicam o Direito já criado. Esta teoria implica a idéia de que só há normas jurídicas gerais, aquela implica a de que só há nor-

mas jurídicas individuais. A verdade está no meio. Os tribunais criam Direito, a saber - em regra - Direito individual; mas, dentro de uma ordem jurídica que institui um órgão legislativo ou reconhece o costume como facto produtor de Direito, fazem-no aplicando o Direito geral já de antemão criado pela lei ou pelo costume. A decisão judicial é a continuação, não o começo, do processo de criação jurídica. (KELSEN, *op. cit.* p. 349).

- 2 O reducionismo desta vertente preconiza a *lei do quarto excluído* como comando de exclusão do direito, considerando que somente existiriam três modais deonticos. Assim, como as operações da matemática podem ser reduzidas a partir de dez elementos modais (1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 e 0) e nessa ciência vigoraria a *lei do décimo-primeiro* excluído, cada norma jurídica seria moldada a partir de proibição, obrigação ou permissão e apenas por no mínimo uma destas três categorias formais, e o trabalho do jurista seria identificar o conteúdo deontico das normas no processo de subsunção, o que, segundo a vertente, imprimiria um grau de segurança às operações jurídicas semelhante ao das ciências exatas, advindo uma auto-suficiência metodológica sedutora do ponto de vista lógico-formal. Todavia, já se tem divisado a existência de um modal neutro que estaria presente em alguns tipos de normas como aquelas que instituem conceitos. Porém, como aqui já divisado, nas práticas jurídicas em sistemas da família romano-germânica, como o brasileiro, se há norma e ela se encaixa no fato tal qual a mão à luva, o jurista trabalha com rapidez (o advogado peticiona, o agente do ministério público oferece denúncia e o magistrado decide rapidamente). Mas se a luva apertada, significa dizer, se a nor-

ma não se ajusta bem ao fato, exigindo do jurista um maior trabalho hermenêutico de compreensão, a situação se complica e o trabalho do jurista prático retarda. Pior ainda é se a luva não é encontrada. É dizer: o jurista não conseguiu divisar a norma a incidir sobre o fato. Aqui, tem-se dito aos quatro cantos: esqueçam o processo!

- 3 O que elevaria a grau máximo o princípio da hermeticidade do ordenamento jurídico (cláusula de fechamento do sistema) que adquire roupagem no sistema jurídico pátrio na dicção vazada no art. 126 do Código de Processo Civil: *O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas gerais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.*
- 4 Lourival Vilanova, conquanto trabalhasse em nível de meta-linguagem, no âmbito, portanto, da epistemologia jurídica, estava atento para a circunstância de que na construção e na aplicação do direito a lógica formal se avulta insuficiente: "não se resolve com a lógica o que é extralógico: o conteúdo - a referência a fatos do mundo e a valores que procuram realizar-se através de normas. A lógica material que exige SICHES (*Filosofia Del Derecho*, p. 642) vai além da analítica das formas: é a lógica-instrumento com que trabalha o jurista teórico ou prático, cujo objetivo não é fazer lógica, mas relacionar o logos com a concreção existencial, de onde procede e para onde se dirige o direito, como instrumento cultural destinado a estabelecer um tipo de ordenação na vida humana coletiva. Essa atitude retrovertida (a reflexão husserliana) para o logos, pondo entre parênteses metódico a

- existência mesma dos fatos e dos valores (axiológicos, digamos) não foi nem pode ser a atitude dos juristas com senso da realidade. Foi teorização, excesso racionalista, cujo fundo subjacente o sociólogo sabe descobrir. E descobrir como ideologia que quer se confundir com ciência, falsa competência que KELSEN implacavelmente sempre denunciou." (*op. cit.* p. 168/170). Não obstante, é verdade, porém, que noutro ponto, Vilanova assenta sem nenhum receio que "O isolamento é artificial. Na relação do homem com o mundo que o contorna, conhecer é um comportamento operativo, dirigido contextualmente." (*op. cit.*, p. 17).
- 5 LUHMANN, Niklas. **Introducción a la teoría de Sistema**. México: Universidad Iberoamericana, 1996; **El Derecho de la Sociedad**. México: Iberoamericana, 2002, além de várias outras obras, entre elas, a **Sociologia do Direito**, publicada no Brasil pela editora Tempo Brasileiro, 1983, 02 vols.
 - 6 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2003.
 - 7 HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Petrópolis: Vozes, 2005, 02 vols.
 - 8 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004; **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004; e **Verdade e Consenso. Constituição, hermenêutica e Teorias Discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
 - 9 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia. Entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, 02 vols; **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003; e entre outras a **Teoria de la Acción Comunicativa**. Madrid: Taurus Humanidades, 1999, 02 vols.
 - 10 ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madrid: Trotta, 1999.
 - 11 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999; **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001; e **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
 - 12 Cfe. Gustavo Just "a expressão *guinada interpretativa (interpretative turn, tournant interpretatif, interpretative Wende)* cunhada no final dos anos 1970 para registrar o que seria o advento de um novo paradigma das ciências sociais, vem sendo utilizada com frequência nos últimos vinte anos, tanto por autores anglo-saxões como por teóricos *continentais*, para aludir a evolução recente da teoria e da Filosofia do Direito, e até mesmo para qualificar globalmente o que corresponderia ao momento atual da cultura jurídica reflexiva." (JUST, 2006, p. 394).
 - 13 Segundo Gustavo Just (*op. cit.* p. 395) "a simples constatação dos títulos dos livros e artigos publicados nos últimos anos poderia bastar para confirmar o recente diagnóstico de Andrei Marmor, que reconhece na interpretação um dos principais paradigmas intelectuais dos estudos jurídicos nos últimos quinze anos, em torno do qual se edificou boa parte da teorização da última década, como já ocorrera com as normas na década de 1960 e com os princípios jurídicos na de 1970."
 - 14 Streck tem-se revelado como profundo conhecedor do pensamento de Heidegger, sobretudo naquilo que

serve de suporte para o desenvolvimento da hermenêutica filosófica, onde se encontra em constante diálogo com o Filósofo da Floresta Negra e também com Gadamer, além de ampla interlocução com Ernildo Stein, seguramente, entre nós, o maior conhecedor da obra daquele que é apontado como o grande filósofo do século XX. Vale conferir de Streck, no que pertine à colocação ora traçada: *Heidegger, Martin*. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo e Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006, p. 426/430.

- 15 Ernildo Stein registra que " *A consciência histórica efetual* será como que o contraponto da *situação hermenêutica*. Não há situação hermenêutica que se desenvolva como ponto de partida para considerar determinados temas, não há consciência hermenêutica, situação hermenêutica, senão existe uma consciência histórica efetual, quer dizer uma consciência de que nós somos determinados pelos fatos históricos. Esses fatos históricos, por um lado, são um peso que limita a nossa compreensão, mas de outro lado, explicitados, analisados e interpretados passam a ser a própria alavanca do desenvolvimento da compreensão. Nesse sentido, embutida na idéia da consciência histórica efetual está uma idéia que nos liga à situação hermenêutica." (STEIN, 2004, p. 76).
- 16 Segundo Gadamer " a teoria da hermenêutica do século XIX falava de estrutura circular da compreensão, mas sempre inserida na moldura de uma relação formal entre o individual e o todo, assim como de seu reflexo subjetivo, a antecipação intuitiva do todo e sua explicação subsequen-

te no individual. Seguindo essa teoria, o movimento circular da compreensão vai e vem pelos textos, quando a compreensão dos mesmos se realiza, este é suspenso. Conseqüentemente, a teoria da compreensão tem seu apogeu na teoria de Shleiermacher sobre o ato adivinhatório, mediante o qual o intérprete se transporta inteiramente no autor e resolve, a partir daí, tudo o que é desconhecido e estranho no texto. Mas ao contrário, a descrição heideggeriana desse círculo mostra que a compreensão do texto se encontra constatemente determinada pelo movimento de concepção prévia da compreensão. Quando se utiliza a compreensão, o círculo do todo e das partes não se dissolve; alcança ao contrário sua realização mais autêntica. O círculo, portanto, não é de natureza formal. Não é objetivo nem subjetivo, descreve, porém, a compreensão como o jogo no qual se dá o intercâmbio entre o movimento da tradição e o movimento do intérprete. A antecipação de sentido, que guia a nossa compreensão de um texto, não é um ato de subjetividade, já que se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição. Mas em nossa relação com a tradição essa comunhão é concebida como um processo em contínua formação. Não é uma mera pressuposição sob a qual já nos encontramos, mas nós mesmos vamos instaurando-a na medida em que compreendemos, na medida em que participamos do acontecer da tradição e continuamos determinando-o a partir de nós próprios. O círculo da compreensão não é, portanto, de modo algum, um círculo "metodológico"; ele descreve antes um momento estrutural ontológico da compreensão." (*op. cit.*, p. 388/389).

Referências

- ADEODATO, João Maurício Leitão. "Inautenticidade do pensamento dogmático na ciência do direito contemporâneo". In: **Revista da Ordem dos Advogados de Pernambuco**. Ano 25/26. Recife: 1983/84.
- _____. "Filosofia do Direito e Dogmática Jurídica." . In: **Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco**. Recife: ESMAFE, jun/1996.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2003.
- JUST, Gustavo. "Guinada Interpretativa". In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo e Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979.
- KUHN, Thomas. S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2001.
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.
- STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre Hermenêutica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz. "Hermenêutica Jurídica". In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo e Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006.
- SOBOTA, Katharina. "Não mencione a norma!". In: **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife**, nº 7, Recife: UFPE, 1995, p. 251, separata do *International Journal for the Semiotics of Law*, IV/10, 1991, traduzida por João Maurício Adeodato.
- VILANOVA, Lourival. **Lógica Jurídica**. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

A inafastabilidade da prestação jurisdicional na teoria dos princípios

Guilherme Dieckmann

*Advogado da Caixa no Rio Grande do Sul
Pós-graduando em Direito Público pela PUC/RS*

RESUMO: O presente trabalho tem a finalidade de inserir a discussão a respeito do princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional na teoria dos princípios, para viabilizar a conclusão de que referido princípio, além de garantir o acesso à justiça e a impossibilidade de se impor obstáculos pela via legislativa à apreciação pelo Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direitos, inclui uma dimensão que garante a tutela judicial efetiva dos direitos e interesses.

Palavras-chave: Monopólio da Jurisdição. Tutela Judicial Efetiva. Inafastabilidade da Jurisdição. Acesso à Justiça.

1 Introdução

Identifica-se no art. 5.º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988 (CF/88) a base do princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional¹; referido dispositivo constitucional, inserto no Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos) do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) estabelece que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Em que pese a redação negativa e indireta do texto, diz-se que o citado artigo garante a todos o direito de acesso à Justiça mediante o exercício do direito à ação; todo aquele que sentir lesado ou ameaçado um direito ou interesse poderá provocar a função jurisdicional, por meio do exercício do direito de ação, a fim de obter a tutela mediante atuação dos juízes e tribunais.

Por aí se intui que o princípio em tela não se ocupa apenas do acesso ao Judiciário; dado que o Poder Judiciário, como é sabido, detém o monopólio da jurisdição, não sendo lícito aos jurisdicionados a tutela privada de seus direitos (justiça pelas próprias mãos, ou justiça pelas próprias forças), a não ser em casos excepcionados pelo próprio ordenamento jurídico, deve ser conferido aos que recorrem ao Judiciário a tutela *efetiva* dos seus direitos e interesses. Em outras palavras, o princípio insculpido no art. 5.º, inciso XXXV da CF/88 não se exaure com a distribuição da petição inicial da demanda na sede do juízo, nem com

o protocolo da contestação eventualmente ofertada pela parte adversa; sob pena de ofensa ao princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, é devida a tutela adequada, célere e efetiva dos direitos e interesses postos em causa².

O presente trabalho se destina, pois, a caracterizar o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional dentro da teoria dos princípios, a fim de extrair a sua máxima potencialidade como norma-princípio. Inicialmente, destaca-se a distinção entre texto e norma, bem como a famigerada distinção entre regras e princípios, que formarão a base das considerações subseqüentes; a partir daí, será investigada a caracterização do princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional na doutrina brasileira, e analisado um caso comum retirado da jurisprudência pátria no qual não se visualizou a incidência do princípio, na forma propugnada neste trabalho. Seguem-se comentários a respeito do direito à tutela judicial efetiva, consagrada em constituições estrangeiras e bastante desenvolvida na doutrina e jurisprudência respectivas. Ao final, pretende-se obter uma caracterização realmente útil do referido princípio, na dimensão de um direito à tutela judicial efetiva, exemplificando condutas que possam ser empregadas para consecução do estado ideal de coisas exigido pelo princípio em análise, ultrapassando, com isso, a mera exaltação abstrata da importância ou imprescindibilidade da norma sem preocupação com a sua aplicação aos casos concretos.

2 Distinção entre texto e norma

Distinção comum, notadamente na doutrina a respeito dos direitos fundamentais³, é a que se estabelece entre texto (ou enunciado) e norma. Diz-se, pois, que texto é o conjunto de signos lingüísticos contidos em dado dispositivo legal e que norma, por seu turno, representa o produto da atividade interpretativa sobre o texto. Daí se conclui que inexistente uma relação de correspondência do tipo onde houver um texto normativo existirá uma norma única e específica que se lhe reporte. Da redação de um texto legal se pode extrair mais de uma norma; há normas que podem ser extraídas sem alusão direta a qualquer texto (v.g., o princípio da segurança jurídica); há normas que se encontram em apenas um dispositivo; e, por fim, há dispositivos a partir dos quais se constrói uma norma. A norma, pois, não é um texto nem um conjunto de textos (ÁVILA, 2004, p. 22). Como explica Ávila, normas são "os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos" (2004, p. 22). O intérprete confere o significado ao texto mediante um ato de decisão racionalmente justificável (ou seja, não é uma decisão arbitrária) (ÁVILA, 2004, p. 23).

Alexy, ao propor a adoção de um modelo semântico de conceito de norma (1997, p. 50), toma como ponto de partida a distinção entre nor-

ma e enunciado normativo, pois o conceito de norma de direito fundamental é mais amplo que o conceito de direito fundamental (1997, p. 48) e a existência de um direito fundamental pressupõe a vigência da correspondente norma de direito fundamental. Para o jurista alemão, norma é o significado de um enunciado normativo, e esta distinção é necessária diante do fato de que uma mesma norma pode ser expressada através de diferentes enunciados normativos (1997, p. 51).

A relevância da distinção entre texto e norma reside na consideração de que é possível extrair de determinado texto um princípio ou uma regra, conforme as conexões axiológicas contidas na fundamentação do intérprete e as circunstâncias e condições do caso concreto. Como se verá adiante, do inciso XXXV do art. 5.º da CF/88 pode-se extrair o princípio da jurisdição una e a regra de que nenhuma lei pode excluir uma lesão ou ameaça de direito da apreciação do Poder Judiciário. Antes, convém precisar esta outra distinção fundamental, qual seja, a distinção entre princípios e regras, que irá subsidiar nossas considerações posteriores.

3 Distinção entre regras e princípios

A partir das teorias de direitos fundamentais e das normas de direitos fundamentais (e sua estrutura) divulgou-se a noção de que princípios se distinguem das regras e que princípios e regras são compreendidas pelo gênero das normas, e os juristas aos quais comumente se reporta, neste aspecto, são Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Na sua investida contra as teorias positivistas, Dworkin demonstra que para a resolução de muitos casos, notadamente os casos difíceis ou problemáticos, os juristas se valem de padrões outros que não as regras jurídicas, aos quais chama de princípios, políticas e outros padrões (2002, p. 36), ou princípios em sentido genérico (padrões que não são regras). Estabelece, então, uma distinção, de natureza lógica (2002, p. 39), entre princípios e regras, aduzindo que esta reside quanto à natureza da orientação que oferecem. Enquanto que as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada, no sentido de que sendo a regra válida para o caso concreto ela deve ser aceita e aplicada, ou caso inválida, ela não contribui para a decisão (2002, p. 39), os princípios, por sua vez, se apresentam de maneira diferente, pois não atuam estabelecendo condições que tornem sua aplicação necessária, e sim em uma certa direção, não prescindindo, porém, de uma decisão particular (2002, p. 41). Os princípios, no seu dizer, "não apresentam conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas" (2002, p. 40), e tal fato é decorrência de que "pode haver outros princípios ou outras políticas que argumentem em outra direção" (2002, p. 41).

Assim, para Dworkin, somente as regras ditam resultados, ou seja, as condutas devidas; já os princípios inclinam a decisão em uma direção,

embora de maneira não conclusiva. Quando a regra não dita o resultado, a regra é abandonada ou mudada; os princípios, ao contrário, remanesçam intactos no sistema mesmo quando não prevalecem (2002, p. 57).

Os princípios possuem, conforme Dworkin, uma dimensão de peso ou importância, e no caso de colisão de princípios a resolução deve se dar levando em conta a força relativa de cada um no caso concreto (2002, p. 42). No entanto, o princípio que eventualmente não prevalecer em face de outro em determinado caso, sob determinadas circunstâncias, não é excluído do sistema jurídico, e poderá prevalecer em outro caso concreto, sob outras condições e circunstâncias (2002, p. 41).

Importante característica dos princípios é a de que não é possível a demonstração do peso ou autoridade de um determinado princípio em si mesmo; é necessário argumentar em favor de um princípio e seu peso "apelando para um amálgama de práticas e outros princípios" (2002, p. 58). Outro dado relevante demonstrado por Dworkin é o fato de que uma das maneiras pelas quais se permite ao juiz mudar uma regra de direito em vigor ocorre quando "a mudança favorecerá algum princípio" importante; "dessa maneira o princípio justifica a modificação" (2002, p. 59/60).

Alexy, por seu turno, entende que tal distinção é importante por ser a base da fundamentação jusfundamental e a chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais (1997, p. 81)⁴. Demonstra que tanto regras quanto princípios são normas, pois ambos dizem o que deve ser, podendo ser formulados mediante as expressões deonticas básicas de ordem, permissão e proibição (1997, p. 83), sendo que o ponto decisivo para a distinção está em que princípios são mandados de otimização, ou seja, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, em atenção às possibilidades jurídicas e fáticas (1997, p. 86). Por isso, os princípios podem ser cumpridos em diferente grau. As regras são, por outro lado, normas que contêm determinações no âmbito do fática e juridicamente possível, dado que são normas que apenas podem ser cumpridas ou não (1997, p. 87).

Essas distinções foram retomadas e criticadas por Humberto Ávila, que visualizou na doutrina o emprego de quatro critérios distintivos, a saber: (a) o critério do caráter hipotético-condicional; (b) o critério do modo final de aplicação; (c) o critério do relacionamento normativo; e (d) o critério do fundamento axiológico.

O critério (a), do caráter hipotético-condicional é utilizado por autores que propugnam a distinção entre princípios e regras pelo fato de que as regras são aplicadas ao modo *se, então*, pois possuem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão; os princípios, ao contrário, "apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para, futuramente, encontrar a regra aplicável ao caso concreto" (2004, p. 31). Ávila entende que tal critério é relevante, pois informa

que "as regras possuem um elemento frontalmente descritivo, ao passo que os princípios apenas estabelecem uma diretriz" (2004, p. 32). Entretanto, o conteúdo normativo de *todas* as normas, não só dos princípios, depende de possibilidades normativas e fáticas verificáveis por ocasião da aplicação da norma (2004, p. 32). Ademais, é apenas uma questão de formulação lingüística o fato de que determinadas normas se apresentem com uma hipótese de incidência; qualquer norma pode ser reformulada de modo hipotético a fim de contar com uma hipótese de incidência (2004, p. 33/34). Finalmente, é importante reter a noção de que a qualificação de determinado dispositivo constitucional como regra ou princípio "depende das conexões valorativas que, por meio da argumentação, o intérprete intensifica ou deixa de intensificar e da finalidade que entende deva ser alcançada" (2004, p. 33).

O critério (b), do modo final de aplicação, é propalado por juristas que entendem residir a distinção na característica de que as regras seriam aplicadas ao modo tudo-ou-nada, e os princípios, de modo gradual mais ou menos. Ávila entende que tal critério pode ser parcialmente reformulado, pois, em sintonia com o referido acima, "o modo de aplicação não está determinado pelo texto objeto da interpretação, mas é decorrente de conexões axiológicas que são construídas (ou, no mínimo, coerentemente intensificadas) pelo intérprete" (2004, p. 36). Isso se deve ao fato de que razões substanciais consideradas fundamentadamente pelo aplicador como superiores às razões que justificam a aplicação da regra podem acarretar o afastamento da consequência estabelecida *prima facie* por esta (2004, p. 38). "A única diferença constatável continua sendo o grau de abstração anterior à aplicação", que relativamente aos princípios é maior quanto à norma de comportamento a ser determinada, e quanto às regras, "as consequências são de pronto verificáveis, ainda que devam ser corroboradas por meio do ato de aplicação" (2004, p. 40).

Já o critério (c), do conflito normativo, estabelece que a distinção se opera em que a antinomia entre regras deve ser solucionada mediante a declaração de invalidade de uma delas ou com a inclusão de uma exceção, ao tempo que "o relacionamento entre os princípios consiste num imbricamento, a ser decidido mediante uma ponderação que atribui uma dimensão de peso a cada um deles" (p. 43). Ávila demonstra, exemplificativamente, que também o conflito entre regras pode ocorrer no nível concreto, de maneira que "o julgador deverá atribuir um peso maior a uma das duas, em razão da finalidade que cada uma delas visa a preservar" (2004, p. 45) e também envolver uma ponderação de razões, na qual o conteúdo preliminar de sentido das regras pode ser superado por razões contrárias (2004, p. 45). Ao final, o que efetivamente caracteriza a relação entre princípios e regras, neste aspecto, é "quanto à intensidade da contribuição institucional do aplicador na determinação concreta dessa relação e quanto ao modo de ponderação" (2004,

p. 47). Ademais, "não são, pois, os princípios que possuem uma *dimensão de peso*: às razões e aos fins aos quais eles fazem referência é que deve ser atribuída uma *dimensão* de importância", e esta operação é levada ao cabo pelo aplicador em face do caso concreto (2004, p. 51).

O critério (d), do fundamento axiológico, "que considera os princípios, ao contrário das regras, como fundamentos axiológicos para a decisão a ser tomada" (2004, p. 31), não recebeu o mesmo tratamento crítico dispensado aos anteriores; entretanto, Ávila o considera "inadequado ao atribuir valor primordial à norma, e não às razões utilizadas pelo aplicador, a partir dela" (2004, p. 59).

Ávila propõe, então, três critérios de dissociação de princípios e regras, aos quais se refere em apertada síntese. O primeiro é o critério da natureza do comportamento prescrito, e é relevante para os fins do presente trabalho, pois com ele se ressalta que "os princípios estabelecem um estado ideal de coisas a ser atingido", a partir do qual o aplicador deve "verificar a adequação do comportamento a ser escolhido ou já escolhido para resguardar tal estado de coisas" (2004, p. 63). Para o jurista,

As regras instituem o dever de adotar o comportamento descritivamente prescrito, e os princípios instituem o dever de adotar o comportamento necessário para realizar o estado de coisas; as regras prescrevem um comportamento para atingir determinado fim, e os princípios estabelecem o dever de realizar ou preservar um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários (2004, p. 64).

O segundo critério é o da natureza da justificação exigida; no caso das regras, a justificação reside na "correspondência entre o conceito da norma e o conceito do fato", e no dos princípios, "a correlação entre efeitos da conduta e o estado ideal de coisas" (2004, p. 70). Por fim, conforme o terceiro critério, da medida de contribuição para a decisão (ou pretensão de decidibilidade), os princípios "não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão", ao contrário das regras, que "têm aspiração de gerar uma solução específica para o conflito entre razões" (2004, p. 68).

A noção sobre os princípios, como normas que estabelecem um estado ideal de coisas a ser atingido ou resguardado por condutas adequadas, divulgada por Humberto Ávila, deve ser, por ora, retida, e posteriormente, desenvolvida, quando da análise do princípio da inafastabilidade da jurisdição na dimensão da tutela judicial efetiva. Partiremos, agora, para caracterizar sinteticamente como vem sendo empregado o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional por alguns representantes da doutrina pátria.

4 O inciso XXXV do art. 5.º da CF/88

O inciso XXXV do art. 5.º da CF/88 tem uma redação negativa: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Outras constituições, como a portuguesa e a espanhola, optaram por um asseguramento do direito à tutela judicial efetiva de maneira positiva e direta, como se verá a seguir.

As normas que comumente se extraem do dispositivo constitucional citado são: (a) a vedação de imposições legais de obstáculos e limitações indevidas à via judicial; (b) o estabelecimento da jurisdição una (Poder Judiciário detém o monopólio da jurisdição, ao contrário de outros países, como a França e a Alemanha, que contam com uma jurisdição administrativa) (SILVA, J., 2005, p.132); e (c) a garantia do cumprimento rigoroso da tramitação do processo tal qual prevista em lei⁵.

A garantia da via judicial, ou princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional foi incorporada expressamente, pela primeira vez, a um texto constitucional brasileiro na Constituição de 1946; seu art. 141, § 4.º estatua o seguinte: "*A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.*" Pontes de Miranda entendia que o princípio já era intrínseco à sistemática da Carta de 1891 (1971, p. 104). Sua positivação na Carta de 1946 deu-se como forma de reação ao regime anterior, de 1937 a 1946 (Constituição de 1937), que deixava sem amparo judicial os direitos individuais e permitia que a lei os deixasse sem remédios processuais. Com a nova garantia, impedia-se que por meio de lei se impusessem obstáculos ao acesso à justiça. Não é por acaso que a visão do princípio era restrita; Pontes de Miranda referiu que o dispositivo constitucional estatua que a defesa dos direitos individuais que se fundassem em regras jurídicas da constituição ou de leis ordinárias não poderia ser excluída por lei ordinária (1971, p. 105). Além disso, o alcance apregoado pelo jurista continha limitações ao pressupor que a eventual apreciação judicial fosse realizada posteriormente à coisa julgada administrativa, salvo o caso de previsão legal da via recursal judicial (1971, p. 106). Fundamentalmente, para o jurista, a idéia é a de que o Congresso Nacional "não pode determinar que o Poder Judiciário não aprecie qualquer caso em que a lei vigente incidiu ou vai incidir"; em todo o caso, há de haver ação ou recurso (1971, p. 115).

Outros juristas, como Nelson Nery Junior, Nagib Slaibi Filho e Rui Portanova, enfatizam que o dispositivo constitucional garante o *acesso* ao Judiciário. Para o primeiro, o destinatário principal do art. 5.º, XXXV da CF/88 é o legislador, mas o comando nele contido se dirige a todos indistintamente, de maneira que a ninguém é dado "impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir pretensão" (NERY JUNIOR, 2000, p. 94). Nagib Slaibi Filho aduz que o princípio da universalidade da jurisdição proclama o monopólio da Justiça e assegura a todos os indivíduos o direito de ação, com o qual se provoca a atuação jurisdicional na apreciação

ação de suas pretensões, e agrega ao princípio o direito de defesa como direito de participar do processo, conferido a quem é demandado em juízo (2004, p. 711 e 713). Rui Portanova, por seu lado, é afinado com esse entendimento ao estatuir que "inafastabilidade é a inviabilidade de criar-se obstáculos ao cidadão de buscar seu direito no Judiciário" (1995, p. 82). Entretanto, o jurista vai um pouco além, ao destacar que não basta o mero acesso ao Judiciário, sendo indispensável que seja proferida uma *decisão efetiva* e justa (1995, p. 84)⁶.

Essa noção do princípio da inafastabilidade da jurisdição, entretanto, não exaure as dimensões que podem assumir o referido princípio. As discussões doutrinárias sobre o que se convencionou chamar de "crise de efetividade do processo civil brasileiro" (PANIZZI FILHO, 2006, p. 58) permite a conclusão de que o princípio em tela não se restringe a garantir o mero acesso da sociedade ao Poder Judiciário. Este trabalho pretende intensificar a dimensão de que o princípio da inafastabilidade da jurisdição consagra também um direito à tutela judicial efetiva. Essa dimensão ainda não se encontra devidamente incorporada ao discurso jurídico das decisões judiciais dos nossos tribunais (CORRÊA, 2000, p. 192 e 193), conforme exemplificativamente se infere de um caso analisado pelo Superior Tribunal de Justiça no qual a dimensão da tutela judicial efetiva não foi oportunamente manejada, muito embora poderia ter sido agregada ao discurso jurídico na forma como propugnada nesse trabalho.

5 Veja-se um caso

Em uma ação de execução, o demandante requereu expedição de ofício ao Banco Central com a finalidade de obter informações a respeito de eventual existência de bens penhoráveis em nome do demandado. O Superior Tribunal de Justiça decidiu que o deferimento de tal pedido implicaria a quebra do sigilo bancário do executado, e que o sigilo bancário só deveria ser afastado em situações especiais, nas quais reste identificado relevante interesse da administração da Justiça. Tal interesse não teria se feito presente no caso em apreço, dado que a questão é *apenas* a de localizar bens para serem penhorados⁷.

O Tribunal tomou em consideração que a garantia do sigilo bancário, extraído seja da garantia à vida privada prevista no art. 5.º, X da CF/88, seja da garantia de inviolabilidade dos dados estatuída no art. 5.º, XII da CF/88 (CORRÊA, 2000, p. 166/167), só deixa de prevalecer no caso concreto se se demonstrar a existência de um interesse relevante da administração da Justiça. A garantia do sigilo bancário se sobrepõe, assim, ao interesse do exequente em satisfazer o seu crédito mediante a localização de bens penhoráveis (e sua posterior venda judicial). Pode-se dizer que o Tribunal efetuou uma ponderação entre, de um lado, a garantia de sigilo bancário em favor do executado e, de outro, o direito de

crédito do exequente. Além disso, o interesse deste em localizar bens penhoráveis do executado para viabilizar a satisfação do seu direito de crédito não se identificaria como relevante interesse da administração da Justiça.

Percebe-se que em nenhum momento se fez referência ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, muito menos à necessidade se proporcionar uma tutela efetiva ao direito posto em causa. E aqui reside um ponto fundamental: após uma longa evolução histórica no sentido de fazer com que recaia sobre o patrimônio de alguém (e não sobre a sua pessoa) a responsabilidade pelas suas dívidas e a garantia dos seus credores, outorgou-se a estes a via judicial para promover a cobrança das dívidas inadimplidas, restando vedada a possibilidade da tutela de mão própria. Entretanto, no processo de execução, mais do que em qualquer outro, ficam evidentes as limitações técnicas e políticas na atividade jurisdicional da conformação ao mundo dos fatos da determinação contida na norma jurídica individual (sentença ou título executivo extrajudicial). Para Carneiro, "a execução permanece o 'calcanhar de Aquiles' do processo. Nada mais difícil, com freqüência, do que impor no 'mundo dos fatos' os preceitos abstratamente formulados no 'mundo do direito'" (2005, p. 56). É lícito concluir que da maneira como vem sendo praticado o processo de execução nos nossos tribunais, ilustrado no precedente referido acima, o instrumento destinado a tutelar o direito material, mediante a prática de atos concretos para a sua satisfação, tem se revelado de escassa efetividade. Se o devedor (assim foi nomeado o executado pelo Código de Processo Civil) não se vale da *faculdade* de nomear bens à penhora, e o exequente não localizar bens imóveis, veículos, ou qualquer outro tipo de bens penhoráveis, a ação de execução tende a se tornar execução frustrada. Ocorre que existe a possibilidade, não desprezível, de o devedor possuir aplicações financeiras em seu nome, conquanto realmente não conte com bens do tipo referido acima *em seu nome*⁸. A possibilidade dessa investigação, com fundamento na garantia do sigilo bancário protegido constitucionalmente, é sonogada ao exequente pelos tribunais, em regra sem que se promova, no caso concreto, a ponderação entre tal garantia e aquela outra que se vem referindo repetidamente - a da tutela judicial efetiva.

A finalidade do processo de execução é diversa (e mesmo oposta) da do processo de conhecimento, conforme lição de Carnelutti; com efeito, o processo de conhecimento (ou cognição) transforma o fato em direito, e o processo de execução transforma o direito em fato (1971, p. 327), servindo este para compor a lide em sua forma mais grave - a lide de pretensão insatisfeita (1971, p. 328). De modo geral, a composição da lide exige a conversão do dever ser em ser e por vezes o processo de conhecimento não é suficiente, pois quando o juiz condena o devedor a pagar determinada quantia

las cosas, en cuanto al ser, van mejor que antes; pero no van todavía, bien si, esto no obstante, el deudor continúa sin pagar; la necesitas, entendida propiamente como deficiencia de ser, exige que el iter, del no ser al ser, iniciado con la decisión, prosiga (1971, p. 328).

Se o devedor não cumpre de forma espontânea o contido na sentença ou no título executivo extrajudicial, o direito promove a sub-rogação da obediência do devedor à obediência do juiz (ou melhor, do Estado-juiz), que substitui o devedor com uma atividade sua e "*realiza um acuerdo en vez de él: en lugar del acuerdo entre el legislador y el subditus se pone el acuerdo entre el legislador y el iudex. En este sentido, también el proceso ejecutivo responde al concepto de cumplimiento de la ley*" (CARNELUTTI, 1971, p. 329).⁹ Sumariamente, pode-se dizer que

(...) el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el proceso ejecutivo se resuelve en la sustitución del juez al deudor en cuanto el juez hace aquello que debería hacer el deudor para dar cumplimiento a su obligación, y a su hacer le atribuye la ley los mismos efectos que normalmente corresponden al hacer del deudor.

El deudor debería entregar (dejar tomar) al acreedor una cosa determinada; el juez la entrega en vez de él, esto es, pone al deudor en condición de deberla dejar tomar. El deudor debería especificar un genus a fin de que la propiedad de ella pase al acreedor; el juez lleva a cabo la especificación en vez de él. El deudor, para procurarse el dinero necesario para el pago de una deuda debería liquidar algunos bienes suyos; el juez los liquida en vez de él (CARNELUTTI, 1971, p. 345).

O direito à tutela judicial efetiva foi consagrado diretamente em constituições estrangeiras, notadamente a espanhola, de modo que se seguem breves comentários sobre a doutrina estrangeira nesse sentido.

6 A tutela judicial efetiva na Constituição espanhola e no direito comparado

No texto da Constituição espanhola de 1978 se positivou, entre os direitos fundamentais com o máximo *plus* de fundamentalidade (ROYO, 1997, p. 311), o direito à tutela judicial efetiva no seu art. 24.1, com os seguintes termos: "*Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*". Em virtude do sistema constitucional espanhol, que permite o uso do recurso de amparo (art. 53.2) "*establecido para tutelar, en general, todos los derechos y libertades reconocidos por la Constitución*" (MENDEZ, 1992, p. 357), o direito à tutela judicial efetiva é, dentre todos os princípios, direi-

tos e liberdades fundamentais, o mais utilizado para fundamentar as pretensões que se deduzem em sede de amparo constitucional e, por consequência, é o mais comentado e citado nas sentenças do Tribunal Constitucional (MORI, 2002, p. 420; ROYO, 1997, p. 311). Isso permitiu um amplo desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial em torno do dispositivo, no qual se visualizou um conteúdo complexo (GIMENEZ, 1998, p. 351).

Gimenez põe em destaque as principais características do direito à tutela judicial efetiva nos seguintes termos:

El derecho a la tutela judicial efectiva es el derecho consistente en tener libre acceso a los Tribunales para solicitar de éstos la tutela de un derecho subjetivo o de un interés legítimo y obtener una resolución de fondo fundada en Derecho, sea favorable o desfavorable, siempre que se cumplan los requisitos procesales e, en contrario, una resolución de inadmisión de la pretensión formulada igualmente fundada en Derecho, a presentar los recursos que las leyes prevean y a que el contenido del fallo sea respetado y ejecutado. (GIMENEZ, 1998, p. 351).

Agrega-se a isso a noção citada por Burrieza, segundo a qual "en un Estado de Derecho, la petición de Justicia es un derecho inalienable del individuo, que a nadie puede ser negado, como medio necesario para obtener el amparo de la jurisdicción" (1990, p. 28). A autora promove uma comparação com o momento histórico pré-constitucional das Constituições italiana de 1947 e da República Federal da Alemanha de 1949 e refere que

El hecho de que se introdujera en la Constitución el derecho general a la tutela judicial, entendido como el derecho de acceder a los órganos jurisdiccionales para la tutela de las situaciones jurídicas subjetivas, obedece en los supuestos tanto italiano como alemán a la preocupación de impedir en el futuro los abusos y desviaciones que tuvieron lugar en el período totalitario y al deseo de devolver a los ciudadanos su confianza en la administración de justicia (1990, p. 32).

Trata-se, pois, de um autêntico direito fundamental (CONDE, 1996, p. 403), predicado de qualquer tipo de processo (BURRIEZA, 1990, p. 21), que, dado seu caráter complexo, se desenvolve em três direitos fundamentais, conforme se destacou na Sentença 26/1983, de 13 de abril do Tribunal Constitucional: (a) o livre acesso aos juizes e tribunais; (b) um direito a obter "un fallo de éstos"; e (c) o direito a que "el fallo se cumpla" (CONDE, 1996, p. 406; ROYO, 1997, p. 311). Gimenez também destaca o conteúdo complexo do direito à tutela judicial efetiva, cujas vertentes ou facetas podem ser reconduzidas às seguintes: (a) o direito de acesso à jurisdição; (b) o direito a uma resolução de

fundo; (c) o direito a uma resolução fundada em Direito; (d) o direito aos recursos; (e) o direito à execução; (f) o direito à invariabilidade e intangibilidade dos pronunciamentos; e (g) o direito à tutela cautelar (1998, p. 351).

É perceptível que a doutrina e a jurisprudência espanholas remetem ao direito à tutela judicial efetiva, como direito fundamental, muitas das garantias processuais já conhecidas, como o duplo grau de jurisdição e a coisa julgada. Além disso, o direito à tutela judicial efetiva condiciona a aplicação e interpretação das normas processuais infraconstitucionais de forma razoável e proporcional; a sua essência reside na consideração de que as normas processuais e a sua interpretação e aplicação devem atender a uma finalidade razoável, bem como deve existir proporção entre dita finalidade e os meios dispostos pela norma para obtê-la (GIMENEZ, 1998, p. 351/352).

Serrano (FALLA. et alli, 2001, p. 529) estatui que o fundamental com relação ao direito de ação é sua efetividade, pois "*el Estado, al constitucionalizar el derecho, queda comprometido a poner los medios oportunos para hacerlo efectivo*". Mendez segue por esse caminho ao averbar que a garantia constitucional não se limita ao aspecto negativo, consistente na proibição de "*indefensión*", de modo que "*desde un punto de vista positivo, la garantía significa que el proceso ha de ser eficaz*" (1992, p. 355).

Burrieza esclarece que, dada a estrutura lógica da norma em comento da constituição espanhola, o direito à jurisdição é diretamente invocável ante os tribunais, podendo-se fundamentar nela "*tanto el petitum de la demanda como una sentencia judicial*" (1990, p. 56); além disso, referida norma possui garantia de reserva de "*Ley Orgánica para cuya aprobación se requiere un quórum especial*" (1990, p. 56).

Respeitante à execução das sentenças, Serrano faz referência à *Sentencia 73/1991*, de 8 de abril, na qual se expressou que tal atividade faz parte do direito fundamental à tutela judicial efetiva, pois do contrário as decisões judiciais e os direitos nelas reconhecidos não seriam outra coisa que meras declarações de intenções sem alcance prático nem efetividade; assim, a execução das sentenças é uma

(...) cuestión de esencial importancia para dar efectividad al establecimiento del estado social y democrático que implica, entre otras manifestaciones, la sujeción de los ciudadanos y de la Administración Pública al ordenamiento jurídico y a las decisiones que adopta la jurisdicción, no sólo juzgando, sino también ejecutando lo juzgado (...) (2001, p. 543).¹⁰

No direito constitucional português, a garantia de acesso aos tribunais encontra assento no art. 20.º, n.º 1 da Constituição da República ("Artigo 20.º (Acesso ao direito e aos tribunais) 1. A todos é assegurado

o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legítimos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios econômicos.² Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas e ao patrocínio judiciário") e, segundo lição de Vieira de Andrade, se constitui no "meio de defesa por excelência dos direitos, liberdades e garantias", sendo ela própria também "um direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias (2004, p. 368/369); tal "direito-garantia", dentre as várias dimensões materiais que pode assumir, "inclui o direito a uma <<decisão *em prazo razoável* e mediante *processo equitativo*>> (...), isto é, a uma protecção jurídica *efectiva* e em *tempo útil*" (2004, p. 369) [grifos do autor].

CANOTILHO e MOREIRA anotam que referido preceito reconhece vários direitos distintos mas conexos, como (a) o direito de acesso ao direito (n.º 1), (b) o direito de acesso aos tribunais (n.º 1), (c) o direito à formação e consulta jurídicas e (d) o direito ao patrocínio judiciário (n.º 2); a conexão reside em que todos são componentes de um direito geral à protecção jurídica e que qualquer deles constitui elemento essencial da própria idéia de Estado de direito (1993, p. 161/162). Assim, "O direito de acesso ao direito não é apenas instrumento da defesa dos direitos e interesses legítimos. É também elemento integrante do princípio material da *igualdade* (cfr. nota ao art. 13.º) e do próprio *princípio democrático*, pois este não pode deixar de exigir também a *democratização do direito*" (1993, p. 162). Os juristas portugueses enfatizam, ainda, que a garantia em questão, conquanto inserida no capítulo destinado aos direitos fundamentais, não se restringe à defesa dos direitos fundamentais, estendendo-se a "todos e quaisquer <<direitos e interesses legítimos>>, como se lê no n.º 1, isto é, a todas as *situações juridicamente protegidas*" (1993, p. 162). Assim,

o direito de acesso ao direito engloba o direito à informação jurídica e ao patrocínio jurídico (n.º 2)"; "o direito de acesso aos tribunais (n.º 1) inclui, desde logo, no seu âmbito normativo, o direito de acção, isto é, o direito subjectivo de levar determinada pretensão ao conhecimento de um órgão jurisdicional, solicitando a abertura de um processo, com o consequente dever (direito ao processo) do mesmo órgão de sobre ela se pronunciar mediante decisão fundamentada (...). O direito de acesso aos tribunais concretiza-se também através do direito a uma decisão judicial sem dilações indevidas. Esse direito é uma dimensão ineliminável do direito a uma tutela judicial efectiva. (...) Cabe também no âmbito normativo do direito a uma tutela judicial efectiva o direito a um processo justo baseado nos princípios da prioridade e da sumariedade no caso daqueles direitos cujo exercício pode ser aniquilado pela falta de medidas de defesa expeditas. (...) O âmbito jurídico normativo

do acesso aos tribunais abrange ainda o direito a um processo de execução, ou seja, o direito a que, através do órgão jurisdicional se desenvolva e efetive toda a actividade dirigida à execução da sentença proferida pelo tribunal (...). Através deste direito pretende-se evitar que as decisões judiciais e a garantia de direitos e interesses se reduzam a meras declarações de intenção a favor de uma das partes" (1993, p. 163-164).

Sagües, em atenção ao direito constitucional argentino, no qual a Constituição consagra no seu art. 18 a inviolabilidade da defesa em juízo da pessoa e dos direitos, esclarece que aqui se trata de contar com a possibilidade de acesso aos tribunais e de obter deles uma sentença útil (1999, p. 759).

Por fim, relativamente ao direito constitucional alemão, Schwabe demonstra que o respectivo Tribunal Constitucional Federal já teve oportunidade para retirar do princípio do Estado de direito o direito a uma proteção jurídica adequada contra violações por parte do poder público, concretizada pela norma do art. 19 IV da Lei Fundamental - BVerfGE 35, 382 18/07/1973 (2005, p. 805). Em outro julgado (BVerfGE 37, 150 24/04/1974), decidiu-se que "o art. 19, IV GG garante não somente o direito formal e a possibilidade teórica de se recorrer ao Poder Judiciário, mas também estabelece em favor do cidadão uma pretensão ao controle judicial efetivo e eficaz" (2005, p. 812). Burrieza comenta que os atuais esforços da doutrina e jurisprudência alemãs "*no se limitan a intentar garantizar el libre acceso a los tribunales de justicia*", ocupando-se também de encontrar os meios de torná-lo prático e efetivo, "*porque en el fondo lo que subyace es el deseo de lograr la efectividad del derecho de acción*" (1990, p. 40).

7 Revisitando a noção de monopólio da jurisdição pelo Estado

A lição é mais do que conhecida: o Estado, ao retirar dos particulares a possibilidade de promover a resolução dos conflitos por seus próprios meios (justiça de mão própria), assumiu o monopólio da jurisdição¹¹; ao Estado, pois, incumbe o dever-poder da resolução imparcial dos conflitos, desde que provocado adequadamente para tal finalidade. São manifestações do monopólio da jurisdição o julgar e o fazer executar o julgado (SENDRA, 1981, p. 107). A substituição da idéia da justiça realizada com as próprias mãos pela idéia de justiça a cargo de uma autoridade se tornou possível graças a enormes esforços sociais, de maneira que "a ação civil vem a ser", segundo COUTURE, "em última instância, o substituto civilizado da vingança" (2004, p. 13). Em outra oportunidade, o jurista pôs em relevo a substituição da justiça de mão própria pela *colaboração* dos poderes estatais:

Cuando el hombre se siente objeto de una injusticia, de algo que él considera contrario a su condición de sujeto de derechos, no tiene más salida que acudir ante la autoridad. Privado ya de su poder de hacer justicia por mano propia, le queda en reemplazo el poder jurídico de requerir la colaboración de los poderes constituidos del Estado (1998, p. 28).

Sob esse enfoque, é importante destacar a importância para a estabilidade do sistema político "de una verdadera tutela jurisdiccional, que se há de reconocer como un auténtico derecho a todo aquel que, sufriendo una violación, pueda acudir a un órgano estatal que le atienda y que haga efectivos sus derechos en el caso de que lo juzgue procedente" (BURRIEZA, 1990, p. 51).

Pois bem. A contrapartida - que se pode dizer natural¹²- dessa vedação de autotutela é a de outorgar aos particulares uma tutela dos direitos que seja adequada, justa, célere e, fundamentalmente, efetiva. A prestação jurisdiccional não é entregue às partes a contento com a mera garantia da iniciativa (mediante o exercício do direito de ação), desenvolvimento regular do processo (atendidos os pressupostos processuais) - com observância de todas as garantias processuais -, e a prolação de uma sentença fundada em direito (OLIVEIRA, 2004, p. 17). É indispensável que se criem instrumentos adequados (BURRIEZA, 1990, p. 51) e que se façam cumprir as decisões judiciais, tanto quanto possível, e que sejam assegurados meios expeditos e eficazes, isto é, que tenham a aptidão para "propiciar ao litigante vitorioso a concretização fática da sua vitória", uma vez que "o Estado, monopolizador do poder jurisdiccional, deve impulsionar sua atividade com mecanismos processuais adequados a impedir - tanto quanto seja possível - a ocorrência de vitórias de Pirro". Em última análise: "o dever imposto ao indivíduo de submeter-se obrigatoriamente à jurisdição estatal não pode representar um castigo" (ZAVASCKI, 1999).

8 A tutela judicial efetiva como dimensão do princípio da inafastabilidade da prestação jurisdiccional

Marinoni sustenta que tanto o Estado-legislador como o Estado-juiz são devedores do direito à efetiva proteção do direito material: o primeiro, mediante a edição de normas de direito material e de direito processual instituidoras de técnicas com aptidão para viabilizar uma proteção (tutela) efetiva; o segundo, "no momento em que profere a sua decisão a respeito dos direitos fundamentais" (2003).

Tendo em vista a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, pode-se dizer que o direito fundamental à prestação jurisdiccional é, a um só tempo, um direito fundamental e também uma garantia de proteção de outros direitos e interesses; assim, o objeto do direito funda-

mental à tutela jurisdicional efetiva não é apenas a tutela da efetividade dos direitos fundamentais, "mas sim que a tutela jurisdicional seja prestada de maneira efetiva para todos os direitos" (MARINONI, 2003). Em outras palavras:

(...) embora a resposta do juiz sempre atenda ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, somente em alguns casos o objeto da decisão é outro direito fundamental, ocasião em que na realidade, existe o direito fundamental à tutela jurisdicional ao lado do direito fundamental posto à decisão do juiz. Quando esse outro direito fundamental requer prestação de proteção, não há dúvida que a decisão configura evidente prestação jurisdicional de proteção. E no caso em que a decisão não trata de direito fundamental? Frise-se que, embora o juiz, nesse caso, não decida sobre direito fundamental, ele obviamente responde ao direito fundamental à efetiva tutela jurisdicional. Nessa hipótese, como a prestação do juiz não decide sobre direito fundamental, ela deverá ser considerada diante do próprio direito fundamental à tutela jurisdicional (MARINONI, 2003).

As considerações pretéritas nos colocam em condições já de afirmar que o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional impõe ao intérprete/aplicador a garantia da consecução e manutenção de um estado ideal de coisas; dizer-se que as lesões e ameaças a direito não podem ser subtraídas da apreciação do Poder Judiciário significa que os direitos e interesses devem ser tutelados de forma adequada e efetiva pelo Estado, mediante a atuação do Poder Judiciário. Almejam-se a paz social e a segurança jurídica, já que se retirou dos particulares a possibilidade de resolverem seus conflitos de interesses por seus próprios meios. E paz social e segurança jurídica não seriam obtidas se não se permitisse a resolução dos conflitos por intermédio do Estado, e que essa resolução se desse de maneira efetiva¹³.

As condutas a serem implementadas não estão diretamente impostas pelo princípio em causa; cabe ao intérprete/aplicador, em atenção ao caso concreto, retirar do princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional os comportamentos que sejam os mais adequados para promover o estado ideal de coisas por ele preconizado.

Podemos sustentar, portanto, que os juízes e tribunais só se desincumbem do seu dever de prestar jurisdição com a prestação de tutela efetiva aos direitos e interesses postos em causa. Durante todo esse trabalho nos utilizamos das expressões "tutela judicial efectiva" ou "prestação jurisdicional efetiva" para dizer justamente isso, que os direitos e interesses (as lesões ou ameaças a direito) submetidos à apreciação jurisdicional devem ser tutelados (protegidos) de maneira a propiciar a sua efetividade (concreção, satisfação). A medida da efetividade

exigida pelo direito ou interesse posto em causa vai depender das circunstâncias e condições do caso concreto.

No caso do processo de execução, que foi objeto do julgado do STJ analisado *supra*, observa-se que a disposição legal da técnica executiva é (como não poderia deixar de ser) tendente a satisfazer o direito de crédito do exeqüente (credor, segundo o CPC).¹⁴ As fases de citação, penhora, avaliação, alienação judicial e entrega do dinheiro são pré-ordenadas com a finalidade de satisfazer o direito de crédito do exeqüente¹⁵. Evidentemente que o CPC também cuida da posição do devedor, garantindo-lhe a possibilidade de se insurgir contra quaisquer irregularidades que possam surgir em quaisquer dessas fases (é dado ao devedor, inclusive, nas execuções de título extrajudicial, a possibilidade de ajuizar uma ação de embargos - do devedor - com a qual poderá demonstrar, até mesmo, que nada é devido). Afinal, ao executado também é devida a tutela judicial efetiva. Mas não há como escapar dessa circunstância de que a finalidade do processo de execução é a de retirar do patrimônio do devedor o que nele está e não deveria, e, conseqüentemente, de agregar ao patrimônio do credor o que nele não está, mas deveria. Para dar início ao processo de execução o CPC exige apenas um título, qualificado como executivo e dotado de certas características, e o inadimplemento por parte do devedor. Superadas que sejam as possibilidades de irresignação do devedor contra a ação de execução (pelo transcurso *in albis* do prazo para embargos, ou pelo julgamento de improcedência ou procedência parcial dos eventualmente opostos), a partir daí o que se verá são atos tendentes a operar a transformação do mundo dos fatos em conformidade com a norma jurídica individualizada regedora do caso concreto.

Nesse momento é que se revelará imprescindível a constatação da máxima conformidade das condutas do intérprete/aplicador para a consecução ou manutenção do estado ideal de coisas preconizado pelo direito fundamental à tutela judicial efetiva. Diante das circunstâncias do caso concreto, os juízes e tribunais deverão aferir se o pedido do exeqüente para a decretação da quebra de sigilo bancário/fiscal (expedição de ofícios à Receita Federal para obtenção de dados referentes à existência ou não de bens penhoráveis em nome do devedor; utilização do sistema BACEN-JUD para a realização da penhora *online* em ativos eventualmente existentes em nome do devedor) é exigível¹⁶ no caso concreto para viabilizar a satisfação do seu direito de crédito, vencendo a inércia do executado.¹⁷ Neste passo, Alexy salienta que os direitos a procedimentos possuem uma ambigüidade fundamental que é a de serem ao mesmo tempo direitos ao estabelecimento de determinadas normas procedimentais (dirigidos ao legislador) e direitos a uma determinada interpretação e aplicação concreta de normas procedimentais, e neste último aspecto o jurista se reporta a numerosas decisões do Tribunal Constitucional Federal sobre o direito de execução forçada, "*cuyo*

tema es la interpretación acorde con la Constitución de normas procedimentales", de maneira que o direito à organização e procedimento sob a forma do direito à tutela judicial efetiva está dirigido aos tribunais (1997, p. 458/459).

Pode-se tomar como exemplo de decisão judicial que tomou em conta, de um lado, o direito do credor "à satisfação do seu crédito, podendo chegar à realização executiva do crédito à custa do patrimônio do devedor, sendo tal direito de conteúdo patrimonial tutelado pelo art. 62.º, n.º 1, da Constituição (garantia da propriedade privada)", e de outro o direito do devedor ao salário mínimo, diretamente em conexão com o princípio da dignidade da pessoa humana, o acórdão n.º 96/2004, de 11/02/2004, do Tribunal Constitucional de Portugal.¹⁸ O "conflito de direitos" se configurou nestes termos:

o direito do credor à realização rápida do pagamento do seu crédito e o direito do devedor e pensionista da segurança social ou do Estado à percepção de uma pensão que lhe garanta o mínimo de subsistência condigna com a sua dignidade de pessoa.

O Tribunal promoveu, então, um balanceamento mediante uma repartição adequada e proporcional dos custos do conflito, e admitiu o sacrifício do direito do credor se no caso fosse necessário e adequado para dar garantia ao direito à existência do devedor com um mínimo de dignidade. Veja-se que o Tribunal não excluiu *a priori* a satisfação do direito de crédito, nem o qualificou como mero direito patrimonial que cederia passo invariavelmente a outro direito ou interesse do devedor. A decisão, afinal, foi no sentido de declarar a inconstitucionalidade de um dispositivo do CPC apenas para excluir a interpretação que admitisse a "penhora nos casos em que o montante da pensão abrangida não é superior ao salário mínimo". Assim, a penhora sobre o salário não seria admissível quando o devedor já auferisse o salário mínimo nacional, já que do contrário, haveria ofensa à dignidade humana do devedor. Mas para outros casos que não esse, o Tribunal Constitucional preservou a constitucionalidade do dispositivo do CPC que prevê a penhora sobre o salário do devedor. Conquanto não o tenha dito, o Tribunal Constitucional promoveu um balanceamento entre os direitos e interesses em conflito levando em conta, ainda, o direito fundamental à tutela judicial efetiva, pois a satisfação do direito de crédito do exequente apenas deixou de prevalecer no caso em apreço pois, se fosse assim, a dignidade humana do devedor seria desrespeitada. Entretanto, em outros casos nos quais não seja sério o desrespeito à dignidade humana do devedor - isto é, em casos nos quais não haja o atingimento do núcleo essencial da dignidade da pessoa (SARLET, 2004b, p. 137) -, o Tribunal admite a aplicação do dispositivo infraconstitucional que estabelece a penhora sobre o salário.¹⁹

É preciso que se deixe claro que o presente discurso não é o de propugnar pela execução a qualquer custo, do tipo "tudo-pelo-exeqüente". O que se quer é, afinal, enfatizar que a execução só deverá ser considerada infrutífera quando efetivamente não forem localizados bens passíveis de suportar os atos executivos. Ou, em outras palavras, que a "*condición de una efectiva protección jurídica es que el resultado del procedimiento garantice los derechos materiales del respectivo titular de derechos*" (ALEXY, 1997, p. 472).

9 Conclusão

Um dos preceitos da interpretação sistemática constitucional é o de que se deve garantir a maior tutela jurisdicional possível (FREITAS, 2004, p. 196). Tendo isso em mente, buscamos retomar (a) a noção de monopólio da jurisdição para sublinhar que tendo o Estado retirado dos particulares a possibilidade de resolver pelas próprias mãos os conflitos interindividuais, assumiu o dever de outorgar tutela jurisdicional de modo a tutelar e tornar efetivos os direitos e interesses em causa; e (b) a tradicional distinção entre as atividades jurisdicionais de conhecimento e execução, a fim de destacar que no processo de execução a tarefa do Estado é a de dar efetividade, mediante atos concretos, ao direito do credor (exeqüente) buscando no patrimônio do devedor o que deveria estar no patrimônio do credor e não está, ou seja, transformar o direito (contido na sentença ou no título extrajudicial) em fato.

Do conjunto dessas noções pudemos extrair que o princípio da inafastabilidade da jurisdição consagra uma dimensão que garante a tutela efetiva dos direitos, para além do direito de acesso aos tribunais (mediante o exercício do direito de ação) e a garantia de que nenhum direito ou interesse poderá ser subtraído da apreciação do Poder Judiciário. Essa idéia de tutela judicial efetiva, que se encontra bastante desenvolvida em outros sistemas constitucionais comparados, não costuma aparecer nas decisões judiciais dos nossos juízes e tribunais.

Entretanto, essa dimensão do princípio da inafastabilidade da jurisdição que propugna pelo direito à prestação jurisdicional efetiva estabelece um estado ideal de coisas a ser alcançado e mantido de maneira especial pelo intérprete/aplicador no caso concreto. O seu comportamento deve guardar sintonia, pois, com esse estado ideal de coisas, a fim de propiciar a tutela judicial efetiva em cada situação que lhe for posta para apreciação.

Em vista do precedente do STJ que serviu de exemplo para o presente trabalho, pertinente ao processo de execução por quantia certa contra devedor solvente, deve-se preferir as condutas que viabilizem a máxima efetividade ao direito de crédito; este somente deve ceder (e deixar de prevalecer) quando, em determinado caso concreto e sob determinadas circunstâncias, acarretar agressão inadequada, desnecessária

e desproporcional ao núcleo essencial de algum direito fundamental. Isso significa adotar, no curso do processo de execução, medidas que superem a resistência do devedor e sejam aptas a concretizar os atos executivos, notadamente na fase de penhora de bens do devedor, com o fim último de propiciar a tutela efetiva do direito do exequente, o que, em última análise, contribui para a consecução e manutenção do estado ideal de coisas preconizado pelo princípio insculpido no art. 5.º, XXXV da CF/88: a paz social e a segurança nas relações jurídicas.

O fundamental, realmente, são as normas que dizem respeito não só à garantia do acesso aos tribunais, mas também à tutela judicial efetiva como direito fundamental à prestação jurisdicional adequada (ao direito material posto em causa), célere (sem dilações indevidas) e efetiva (apta a dar a maior tutela e efetividade aos direitos e interesses em juízo). Enfim, conforme já estatuído pelo Supremo Tribunal Federal, o acesso ao Judiciário "em concepção maior" é garantido pela Constituição, englobando "a entrega da prestação jurisdicional da forma mais completa e convincente possível"²⁰.

Notas

- 1 Por todos: TESHEINER, 1993, p. 31.
- 2 "(...) *no basta garantizar a todos el acceso a la justicia proponiendo al juez la demanda de tutela, sino que será preciso garantizar a cada ciudadano la posibilidad de obtener la tutela judicial en un caso concreto, porque, de lo contrario, la garantía se reduciría a meras declaraciones de principios que eluden toda intención de concretizar*" (BURRIEZA, 1990, p. 44).
- 3 Ver, nesse sentido, síntese promovida por FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais**: limites e restrições. Porto Alegre: PUCRS, 2005. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2005. p. 22 e seguintes.
- 4 Mais adiante o jurista averba que "*la distinción entre reglas y principios es uno de los pilares fundamentales del edificio de la teoría de los derechos fundamentales*" (p. 82).
- 5 STF, RE 202.308, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 13/03/98.
- 6 Neste passo, é lícito transcrever advertência - apropriada aos tempos que correm - de TESHEINER (1993, p. 33) a respeito da "onipresença" do Judiciário viabilizada pela consagração do princípio em tela em sede constitucional: "Curiosamente, a formalização do princípio levou a uma invasão ainda maior da esfera do indivíduo pelo Estado, representado, agora, pelo Poder Judiciário. O princípio da inafastabilidade do Judiciário se converteu no princípio da onipresença do Judiciário. Vemos, então, juizes a substituir professores, na aprovação ou reprovação de alunos. Vemos juizes a se imiscuir na vida de associações, para manter ou excluir associados. Vemos juizes a interferir nas disputas esportivas, para apontar o campeão. O juiz da 6.ª Vara Cível de Sorocaba concedeu liminar suspendendo a realização de partida futebolística e determinando a para-

lisação do Campeonato Varzeano da 2.^a Divisão da cidade de Sorocaba. A decisão veio a ser tardiamente reformada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, como lhe impunha o art. 217, § 1.º, da Constituição, não deixou de examinar o mérito, assentando que 'não implica em anulação da partida de futebol a atuação de árbitro suspenso' (RT, 663:95). Em face de fatos tais, é de se perguntar até que ponto se justifica a intromissão do Judiciário na vida de associações, escolas, entidades esportivas e igrejas, para manter ou excluir associados, para aprovar ou reprovar alunos, para dizer quem é padre ou quem é bispo, para determinar quem pode ou não pode disputar a "Copa Brasil"...

- 7 AGRADO REGIMENTAL. DESPACHO DENEGATÓRIO DE RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES AO BANCO CENTRAL. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. I. O sigilo bancário não deve ser afastado se não em situações especiais em que se patenteie relevante interesse da administração da Justiça. Tal não se configura quando se trate apenas de localizar bens para serem penhorados. II. Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag 469.275/DF, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 25/02/2003, DJ 28/04/2003, p. 207).
- 8 Araken de Assis averba, com propriedade, que "a sociedade de massas exacerbou o crédito (...). Nos dias que correm, à medida que a economia se globaliza, é bom dever, todos devem e ninguém espera que as dívidas sejam totalmente liquidadas, bastando ao obrigado solver pontualmente as obrigações para endividar-se novamente. (...) Ao mesmo tempo, a esfera patrimonial das pessoas se desvaneceu, adquirindo escassa transparência - os bens de raiz deram lugar a depósitos anônimos em paraísos fiscais" (2006, p. 15).
- 9 "El derecho está hecho para eliminar la guerra; veremos que desgraciadamente no consigue eliminarla del todo; y este es uno de los aspectos de su insuficiencia (...). Pero el problema está en reducir la guerra por el derecho a los mínimos términos. Es aquí donde opera la potestad jurisdiccional ejecutiva, cuya técnica tiende a colocar al obligado en una posición tal que deba renunciar a la resistencia y, por tanto, que no se deba constreñir a los órganos del proceso a usar de la violencia contra él. En la medida en que la potestad jurisdiccional lo logra, se puede reconocer el éxito del proceso ejecutivo" (1971, p. 334) [grifos do autor].
- 10 Sentencia 73/1991 disponível em: <http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1991-0073>. Acesso em: 13 ago. 2006.
- 11 "El fundamento básico del derecho que analizamos se encuentra en el hecho de que a las personas se les ha prohibido satisfacer por su propios medios el conjunto de derechos e intereses que constituyen su patrimonio jurídico. (...) Sobre la base de esta prohibición de las iniciativas individuales, será necesaria una compensación que permita solicitar esa defensa al Estado poniendo en marcha el mecanismo de la justicia, gracias a lo que se denomina derecho a la jurisdicción. De este modo, prohibiendo el ejercicio de la fuerza privada como forma de satisfacer las propias pretensiones y derechos, podrá asegurarse el imperio del Derecho; y así, del caos preponderante al margen de la norma, con la aplicación cruda de la ley del más fuerte, se pasa a un orden jurídico en

- que prevalece el criterio de un sujeto imparcial, sustituyendo la acción directa frente al adversario por la acción dirigida hacia el Estado con el fin de que los órganos especialmente creados para ello acogieran y actuaran las pretensiones deducidas por un sujeto frente a otro"* (BURRIEZA, 1990, p. 50).
- 12 Canotilho revela que o "dever de uma garantia jurisdicional de justiça" a cargo do Estado resulta do texto da constituição e também de um "princípio geral ('de direito', 'das nações civilizadas') que impõe um dever de proteção através dos tribunais como corolário lógico: (1) do monopólio de coação física legítima por parte do Estado; (2) do dever de manutenção da paz jurídica num determinado território; (3) da proibição de autodefesa a não ser em circunstâncias excepcionais definidas na constituição e na lei (cfr. CRP. Art. 21.º)" ([2003?], P. 497) [grifo nosso]. No mesmo sentido: FREITAS, 2004, p. 197.
- 13 "Que este direito a ter direitos resulta esvaziado se não for também compreendido como o direito a ter direitos efetivos, apontando para a íntima conexão entre a dignidade da pessoa (e, de resto, dos direitos fundamentais de modo geral) com o direito a uma tutela jurisdicional efetiva e todos os seus necessários desdobramentos, nos parece evidente (...)" (SARLET, 2004b, 96).
- 14 "*en el proceso ejecutivo las partes no están en situación de igualdad (...) pero tal situación si explica que la iniciativa del proceso corresponde solamente al acreedor, no permite considerar, en cambio, que, por lo que se refiere a la colaboración de la parte, lá acción no corresponda también al deudor"* (CARNELUTTI, 1971, p. 340).
- 15 "A execução, no seu escopo realizador e com o fito de revelar toda a seriedade da jurisdição, caminha sempre no sentido de dar ao credor aquilo que ele obteria se a obrigação tivesse sido cumprida voluntariamente, preservando-o de tal forma que ele não sinta os efeitos do descumprimento" (FUX, 2002).
- 16 Entende-se que, de modo geral, a exigibilidade nesses casos é configurada quando o exequente comprova com certidões dos registros de imóveis e dos departamentos de trânsito a inexistência de bens penhoráveis em nome do devedor.
- 17 "É por isso que o devedor deve ter a oportunidade de justificar o não pagamento e a não nomeação de bens. Nessa justificativa, o executado deverá apresentar relação do seu patrimônio e rendimentos, inclusive a situação das suas contas bancárias, bem como os motivos que justificam o não pagamento da soma em dinheiro e as provas que demonstram a veracidade de suas alegações. Em razão da apresentação dessa justificativa, o juiz fica investido do poder-dever de requisitar informações a quaisquer órgãos públicos e/ou privados, tais como Receita Federal, Banco Central, bancos privados, empregador e outras empresas com as quais o devedor mantenha vínculos" (MARINONI, 2003) [grifos no original].
- 18 Disponível em: <http://verbojuridico.net/jurisp/tc/tc04_96.html>. Acesso em: 27/04/2006.
- 19 Sobre precedente similar do Tribunal Constitucional de Portugal, mas analisado com ênfase na dignidade da pessoa humana: SARLET, 2004b, p. 116.
- 20 STF, RE 158.655, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 02/05/97.

Referências

- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 607.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 3a. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 424.
- ASSIS, Araken de. **Cumprimento da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 406.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4a. ed., rev. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 138.
- BURRIEZA, Ángela Figueruelo. **El derecho a la tutela judicial efectiva**. Madrid: Tecnos, 1990, p. 135.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, [2003?], p. 1522.
- CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. 3a. ed., rev. Coimbra: Coimbra. 1993, p. 1135.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. Nova execução. Aonde vamos? Vamos melhorar. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, vol. 379, mai-jun 2005, p. 55-60.
- CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. São Paulo: Classic, 2000. 3 v.
- _____. **Derecho procesal civil y penal**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: E. J. E. A., 1971. 2 v.
- CONDE, Enrique Álvarez. **Curso de derecho constitucional**. 2a. ed. Madrid: Tecnos, 1996. 2v.
- CORRÊA, Luciane Amaral. O princípio da proporcionalidade e a quebra do sigilo bancário e do sigilo fiscal nos processos de execução. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000. Separata de: SARLET, Ingo Wolfgang. **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000.
- COUTURE, Eduardo J. **Estudios de derecho procesal civil**. Tomo 1. 3a. ed. Buenos Aires: Depalma, 1998, p. 366.
- _____. **Introdução ao estudo do processo civil**. 3a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 76.
- CRUZ, José Raimundo Gomes da. O processo de execução e a reforma do código de processo civil. **Revista de processo**, São Paulo, n.º 98, p. 91-118, abr.-jun. 2000.
- DIAS, Francisco Barros. A busca da efetividade do processo. **Revista de processo**, São Paulo, n.º 97, p. 213-225, jan.-mar. 2000.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 327.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 569.
- FALLA, Fernando Garrido, et alli. **Comentarios a la constitución**. 3a. ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 2839.
- FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: PUCRS, 2005. Dissertação (Mestrado em Direito, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2005).
- FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 4a. ed, rev. ampl. São Paulo: Malheiros. 2004, p. 328.
- FUX, Luiz. Tutela jurisdicional: finalidade e espécie. **Informativo jurídico da Bibli-**

oteca Ministro Oscar Saraiva, v. 14, n.º 2, p. 153-168, jul.-dez. 2002. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em: 28/04/2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n.º 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>. Acesso em: 16/11/2004.

MÉNDEZ, Francisco Ramos. **Derecho procesal civil**. 5a. ed. Barcelona: Bosch, 1992. 2 v.

MORI, Tomás Gui. **Jurisprudencia constitucional íntegra**: 1981-2001. Barcelona: Bosch, 2002. 3 v.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 2004. Separata de: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Processo e constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PANIZZI FILHO, Gilberto Antônio. Quebra dos sigilos bancário e fiscal: a relativização da preservação da intimidade e a efetividade do processo de execução. **Revista de direito da ADVOCEF**, Londrina, n. 2, p. 35-68, fev. 2006.

PONTES DE MIRANDA. **Comentários ao código de processo civil**. Tomo IX. 2a. ed. revista e aumentada. Atualização legislativa de Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Comentários à constituição de 1967**: com a Emenda nº 1, de 1969. 2a. ed., rev. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1970-1972. t. 5. 6 v.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 308.

REYES, Manoel Aragon; SIMANCAS, Julian Martinez. **La constitution y la**

practica del derecho. Pamplona: Aranzadi, c1998. v.

ROYO, Javier Pérez. **Curso de derecho constitucional**. 4a. ed. Madrid: Marcel Pons, 1997, p. 805.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. **Elementos de derecho constitucional**. 3a. ed., atual. ampl. Buenos Aires: Astrea, 1999. 2 v.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4a. ed., rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004, p. 453.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 3a. ed., rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004, p. 158.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 993.

SENDRA, Jose Vicente Gimeno. **Fundamentos del derecho procesal**: jurisdicción, acción y proceso. Madrid: Civitas, 1981, p. 251.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 1023.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais. Vol. 2., 5a. ed., rev. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2002, p. 477.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Elementos para uma teoria geral do processo**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 198.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 3a. ed., revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 260.

_____. **Comentários ao código de processo civil**: do processo de execução arts.

566 a 645. vol 8, 2a. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003, p. 510.

_____. Os princípios constitucionais do processo e suas limitações. **Revista da ESMESC**, v. 5, n. 6, p. 49-58, maio 1999. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em: 28/04/2006.

Coisa julgada inconstitucional e o princípio da segurança jurídica

Alfredo Ambrósio Neto¹

*Advogado da Caixa em Goiás
Pós-graduado em Processo Civil e
Processo Penal pela FESURV/GO*

RESUMO: Além da abordagem do que vem a ser o instituto da coisa julgada, seja formal ou material, os modos tradicionais de sua produção nas ações individuais e patrimoniais; os modos diferenciados nas ações coletivas, que cuidam dos interesses difusos (transindividuais), e nas que versam sobre direitos indisponíveis (individual ou coletivo), o presente trabalho foca-se no que a doutrina e jurisprudência denominam de coisa julgada inconstitucional quando a sentença ofender diretamente a Constituição, cedendo espaço à sua relativização, sem prejuízo de sua maior garantia, a segurança jurídica.

Pretende-se demonstrar que o princípio da segurança jurídica não pode sacrificar outros igualmente de índole constitucional, em homenagem à coisa julgada. No choque entre um e outro, a imutabilidade da coisa julgada deve ceder passagem àqueles de maior valor constitucional. Quando isso acontece, o ato jurisdicional fica viciado e não transita em julgado, por não guardar consonância com a Constituição.

Destaque-se ainda os mecanismos processuais de controle e desfazimento da coisa julgada inconstitucional: a recente Impugnação prevista no Artigo 475-L, parágrafo primeiro e os Embargos do Devedor - Artigo 741, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil, e a Ação Rescisória, desde que ajuizados dentro do prazo bienal de decadência, com caráter rescisório, e ainda a Ação Declaratória de Nulidade ou Inexistência, com caráter declaratório de nulidade ou inexistência, ajuizada a qualquer tempo.

Palavras-chave: Coisa Julgada. Inconstitucional. Relativização. Segurança Jurídica.

1 Introdução

O debate doutrinário, com reflexos na jurisprudência em torno da proposta a que se tem chamado de "relativização" da coisa julgada material, vem despertando cada vez mais o interesse dos que atuam no

meio jurídico acadêmico. E um dos tópicos mais salientes dessa discussão é o da denominada "coisa julgada inconstitucional".

A polêmica sobre o assunto tem início com a própria dicção do termo. Se algo deve ser relativizado, logicamente dá a entender que se está enxergando nesse algo um *absoluto*: não faz sentido que se pretenda relativizar o que já é relativo. Até a mais superficial mirada no ordenamento jurídico brasileiro mostra que o valor da coisa julgada material está longe de ser *absoluto*.

Para se confirmar tal assertiva basta ver dois exemplos mais ostensivos materializados no direito processual brasileiro: no campo civil, a ação rescisória, e, no penal, a revisão criminal, ambas destinadas, primariamente, à eliminação da coisa julgada.

O que se pode querer - e é o que no fundo se quer demonstrar neste estudo -, é a *ampliação* do terreno relativizado, focado nas hipóteses que podem ofender diretamente a Constituição e a diversos princípios nela expressos ou implícitos, especialmente os da legalidade, isonomia, liberdade, dignidade da pessoa humana e justiça, dimensionando assim o real sentido e importância do princípio da segurança jurídica, sem rebater as concepções e opiniões dos mais diversos doutrinadores e estudiosos do tema, já que esta tarefa seria praticamente impossível, pois, na verdade, não se tratam de opiniões diferentes, mas, mais do que isso, cuidam-se de *enfoques* diferentes.

Uma nova luz sobre a mais consentânea interpretação do princípio da segurança jurídica, demonstra que este vem dando lugar, de modo suave e paulatinamente, aos valores justiça e efetividade.

Exemplo desse fenômeno pode ser identificado na criação do instituto do julgamento antecipado da lide, pelo legislador de 1973; as tendências ao afastamento da regra da *pacta sunt servanda*, tanto no plano da jurisprudência quanto no do direito positivo, e uma maior frequência de decisões em que se aplica a casos concretos a teoria da imprevisão, nos contratos civis, administrativos, e especialmente naqueles em que há incidência do Código de Defesa do Consumidor. A possibilidade generalizada de se adiantar à parte os efeitos ou parte dos efeitos da tutela pretendida (art. 273 do CPC); o regime da execução provisória, que permite atos de alienação; o novo modelo processual de execução de título judicial (Lei 11.232/06), inaugurando uma fase incidente, bem como as inovações inseridas no processo de execução de título extrajudicial (Lei 11.382/06), inspiradas nos artigos 461 e 461-A, do Código de Processo Civil (executivas *latu sensu*), demonstram de forma absolutamente inequívoca uma tendência que vem refletindo tanto nos rumos da jurisprudência quanto na conduta do legislador.

Essas últimas alterações demonstram uma valorização mais intensa da efetividade do processo, em detrimento da segurança jurídica, sem olvidar-se tantas outras recentes alterações do Código de Processo Civil,

introduzidas pelas Leis 11.187/05 (novo agravo de instrumento); 11.276/06; 11.277/06 e 11.280/06.

Isso reflete uma certa desmistificação da coisa julgada. Tal qual vinha sendo concebida pela doutrina tradicional, ela não corresponde mais às expectativas da sociedade, pois a segurança que, indubitavelmente, é o valor que está por detrás da construção de seu conceito, não mais deva ser, a todo custo, preservada, sendo, pois, inaceitável conceber a idéia tradicional de que a coisa julgada tenha eficácia de fazer do branco, preto; do quadrado, redondo.

E é nessa seara que se deve discutir as hipóteses em que se pode chamar de "coisa julgada inconstitucional", bem assim os mecanismos utilizados para solução de situações que se apresentam como tais, a exemplo da superveniência de ações declaratórias de inconstitucionalidade ou de ações declaratórias de constitucionalidade, quando houver decisões anteriores transitadas em julgado, aplicando ou não o dispositivo sob exame, daí surgindo a utilização da Ação Rescisória; Ações Declaratórias de Nulidade ou de Inexistência; a Impugnação prevista no Artigo 475-L, parágrafo único e, Embargos do Devedor, previsto no Artigo 741, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil, para declarar a inexigibilidade de título judicial.

Digno de relevo neste trabalho é o estudo realizado por alguns doutrinadores sobre um dos caminhos utilizados para não se permitir a estabilização de decisões indesejáveis, respeitante ao *reconhecimento de situações* em que a coisa julgada não se teria *nem mesmo formado*, seja porque a decisão judicial esteja inquinada de um vício capaz de torná-la juridicamente inexistente, seja porque não se terá realizado aquele grau de cognição exigido para que a decisão possa ser acobertada pela coisa julgada, impedindo a sua formação, consoante se vê do paralelo entre os regimes comuns de produção da coisa julgada previstos no Código de Processo Civil, aplicável às ações individuais e patrimoniais, e os regimes diferenciados, nas ações coletivas e individuais, em que são discutidos direitos coletivos e individuais indisponíveis.

O parâmetro que, fundamentalmente, serve de base para este estudo é o de que as soluções encontradas possam ser *úteis* em face do sistema jurídico *vigente*. A tônica deste trabalho não é dar sugestões *de lege ferenda* mas, principalmente, de, à luz da lei em vigor, adequadamente "engrenada" com a doutrina, os princípios jurídicos e parte da jurisprudência, propor caminhos para resolver algumas situações que vêm angustiando a comunidade jurídica - exemplo da ação de investigação de paternidade, quando o mérito basear-se em prova insuficiente para declarar a paternidade ou filiação, quando pelo exame do DNA, ela não seria verdadeira -, sem que com isso possa afastar a autoridade da coisa julgada e sua maior garantia, o princípio da segurança jurídica.

2 Considerações sobre a coisa julgada

A expressão coisa julgada deriva da expressão latina *res judicata*, que significa *bem julgado*. O resultado final do processo de conhecimento normalmente atribui um *bem jurídico* a alguém. E por ser uma situação jurídica destinada ao titular de uma pretensão, passa por causa da coisa julgada material a "ser imutável, razoavelmente estável ou marcadamente duradoura" (WAMBIER e MEDINA, 2003, p. 20).

A definição do que vem a ser coisa julgada formal e material, bem assim os pontos marcantes de distinção entre uma e outra, pode ser extraída das lições de Amaral Santos (1990, p. 43/44) que assim preleciona:

A coisa julgada formal consiste no fenômeno da imutabilidade da sentença pela preclusão dos prazos para recursos. Dá-se porque a sentença não poderá ser reformada por meio de recursos, seja porque dela não caibam mais recursos, seja porque estes não foram interpostos no prazo, ou porque do recurso se desistiu ou do interposto se renunciou. E porque os recursos são atos de impugnação da sentença no processo em que ela foi proferida, a coisa julgada formal redundando na imutabilidade da sentença, como ato processual, dentro do processo. (...) O comando emergente da sentença, tornado imutável, adquire autoridade de coisa julgada, a impedir que a relação de direito material decidida, entre as mesmas partes, seja reexaminada e decidida, no mesmo processo ou em outro processo, pelo mesmo ou outro juiz ou tribunal. Assim, fala-se em coisa julgada material, ou substancial, como autoridade da coisa julgada. A coisa julgada tem força de lei (SANTOS, 1990, p. 43/44).

A coisa julgada é instituto cuja função é a de estender ou projetar os efeitos da sentença para o futuro. Com isso pretende-se zelar pela segurança extrínseca das relações jurídicas, de certo modo em complementação ao instituto da preclusão, cuja função primordial é garantir a segurança intrínseca do processo, pois que assegura a irreversibilidade das situações jurídicas cristalizadas endoprocessualmente. A segurança extrínseca das relações jurídicas, gerada pela coisa julgada material, traduz-se na impossibilidade de que haja outra decisão sobre a mesma pretensão. Esta é a função negativa da coisa julgada. A imutabilidade pode ser definida como a principal característica ou qualidade que se acrescenta aos efeitos do comando contido na parte decisória da sentença. Entretanto, este comando pode ser eficaz mesmo que não tenha havido o trânsito em julgado.

Assim, segundo Wambier e Medina (2003), pode-se afirmar que atualmente é comum as próprias sentenças produzirem efeitos (executórios, por exemplo) antes da coisa julgada. Esse fenômeno, no direito brasileiro, ocorre, como regra, quando estão pendentes de julgamento recurso

especial e extraordinário e, excepcionalmente, quando está pendente de julgamento recurso de apelação. Há, também, decisões interlocutórias aptas a produzirem efeitos no mundo dos fatos, que excepcionalmente podem chegar a ser definitivos e irreversíveis, como as liminares que condenam a pagar alimentos provisórios.

Com isso pode-se dizer que a coisa julgada está ligada, como regra geral, à Jurisdição, embora seja concebível decisão jurisdicional como função jurisdicional, sem coisa julgada. Dizer, como *Liebman* (1984), citado por Wambier e Medina (2003), que se pode imaginar atividade jurisdicional independentemente da coisa julgada, não pode senão significar que há decisões jurisdicionais que não deixam de sê-lo pelo fato de não terem transitado em julgado.

2.1 Os regimes de formação da coisa julgada no processo civil

Registre-se que o assunto sintetizado no presente item, seguindo até o item 2.3, foi obtido do artigo de Didier Jr, intitulado "*Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro*", publicado pela *Gênesis - Revista de Direito Processual Civil*, (2001).

O regime de formação da coisa julgada está intimamente relacionado com o grau de cognição do magistrado a respeito das questões postas para sua apreciação. De acordo com estudo feito por Watanabe (1987), citado por Didier Jr (*op. cit.*, p. 710/712), o fenômeno cognitivo pode ser visualizado em dois planos:

Em primeiro lugar, o *plano horizontal*, que diz respeito à extensão e à amplitude das questões que podem ser objeto da cognição - no direito brasileiro representado pelo trinômio: condições da ação, pressupostos processuais e mérito da causa. Neste plano são definidas as questões que o juiz pode examinar, podendo a cognição ser: a) plena - não há limitação ao que o juiz conhecer; b) parcial ou limitada - limita-se o que o juiz pode conhecer. O procedimento comum é pleno, na medida em que não há qualquer restrição da matéria a ser posta sob apreciação; por outro lado, na ação de desapropriação, o rito é de cognição limitada, porquanto não se possa discutir em seu bojo a validade do ato expropriatório, mas apenas o justo preço.

Em segundo lugar, o *plano vertical* (profundidade) diz respeito ao modo como as questões serão conhecidas pelo magistrado. A apreciação pode ser exauriente ou sumária, conforme seja completo (profundo) ou não o exame. Aplica-se aqui as decisões proferidas nos procedimentos comuns (ordinário, sumário ou o dos Juizados Especiais Cíveis), passíveis de coisa julgada material.

A cognição pode ser parcial e exauriente, cuja limitação é apenas do quê. Quanto aos pontos e questões que podem ser resolvidos, ela

será exauriente, de sorte que a sentença tem aptidão para produzir coisa julgada material. As limitações ditadas pela lei levam em conta: as peculiaridades do direito material e a necessidade de tornar o processo mais célere, ressaltando-se o direito de questionar os pontos controvertidos excluídos em ação autônoma.

Há o prestígio dos valores certeza e celeridade permitindo-se o surgimento de uma sentença em tempo inferior àquele que seria necessário ao exame de toda a extensão da situação litigiosa. São exemplos: a conversão da separação judicial em divórcio; embargos de terceiro; busca e apreensão da lei de alienação fiduciária e desapropriação.

A cognição poderá ser, ainda, plena e exauriente *secundum eventum probationis*: sem limitação à extensão da matéria a ser debatida em juízo, mas com o condicionamento da profundidade da cognição à existência de elementos probatórios suficientes.

Trata-se de técnica processual para conceber procedimentos simples e céleres, com supressão da fase probatória específica ou procedimento em que as questões prejudiciais são resolvidas ou não conforme os elementos de convicção, ou, ainda, serve como instrumento de política legislativa, pois evita, quando em jogo interesse coletivo e indisponível, a formação de coisa julgada material, a recobrir juízo de certeza fundado em prova insuficiente. São exemplos: procedimento de inventário, se o juiz dispuser de elementos bastantes para o estabelecimento do juízo de certeza, sem questão de alta indagação; mandado de segurança; desapropriação, na fase de levantamento do preço, quando não houver dúvida fundada no domínio; a disciplina da ação popular e das ações coletivas, fundadas em direito indisponível.

Pode-se vislumbrar, ainda, a cognição eventual, plena ou limitada, e exauriente (*secundum eventum defensionis*): somente haverá cognição se o demandado tomar iniciativa do contraditório, eis porque eventual, tal qual ocorre na ação monitória ou na de prestação de contas.

Quanto à cognição sumária (possibilidade de o magistrado decidir sem exame completo), ela é permitida normalmente em razão da urgência e do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, ou da evidência do direito pleiteado, ou de ambos, em conjunto. No plano vertical, a diferença entre as modalidades de cognição está apenas como o juiz enxerga as razões das partes (causa de pedir). Exemplo da possessória: o juiz, ao examinar a inicial, analisa superficialmente se houve posse (causa remota) e o esbulho (próxima).

Outros exemplos: processo cautelar; processo de conhecimento que admite liminar não cautelar; processo de conhecimento com a tutela sumária de mérito genérica. Como se vê, a cognição aqui é utilizada nas medidas liminares, antecipatórias ou assecuratórias, conduzindo-se aos juízos de probabilidade e verossimilhança. Caracteriza-se por não ensejar a produção de coisa julgada.

Deste painel de cognições, segundo Didier Jr. (2001, p. 712), pode-se concluir que:

a) somente os procedimentos que ensejam pronunciamentos fundados em cognição exauriente dão azo ao surgimento da coisa julgada material; b) a lei pode, caso a caso, estabelecer quanto se considera completa (exauriente) a cognição, flexibilizando a produção da coisa julgada material e, c) a regra, no entanto, é a do procedimento comum, em que a cognição será sempre completa, a ensejar o surgimento do caso julgado (DIDIER JR. 2001, p. 712).

2.1.1 O regime comum de produção da coisa julgada e o regime secundum eventum litis

O regime comum de produção da coisa julgada material prevista no Código de Processo Civil pode ser resumido na regra defendida por Chiovenda (1998), citado por Didier Jr (*op. cit.*, p.712), desde o início do século passado: "a coisa julgada se opera *inter partes et pro et contra*". A limitação subjetiva aos participantes da causa, a limitação objetiva aos precisos extremos da lide e a sua inevitabilidade (coisa julgada *non secundum eventum litis*) são as principais características deste sistema, destinado à tutela de direitos individuais e patrimoniais próprios da época em que foi concebido, cujo regramento está previsto nos artigos 468 e 472 do Código de Processo Civil Brasileiro.

No regime comum, como já se disse, a coisa julgada somente opera em relação àqueles que fizeram parte do processo, independentemente do resultado da demanda, e ainda que fundado em falta de prova, se pronunciado sobre o mérito, incidirá sobre o julgado as qualidades da autoridade e imutabilidade, pois, por este sistema, sendo a prova do fato constitutivo ônus do autor, "*actore non brobante, réus absolvitur*" (*op. cit.*, p. 712).

Eis o ponto de diferenciação com o outro sistema de produção da coisa julgada, denominado coisa julgada *secundum eventum litis*. Neste, a coisa julgada surgirá ou não de acordo com o resultado da demanda. A lei, pelas mais variadas razões, pode entender que tal ou qual resultado (procedência ou improcedência) não autoriza a imunização. É o que acontece, por exemplo, nas demandas que dizem respeito aos direitos individuais homogêneos, quando a coisa julgada será sempre *erga omnes*, apenas nos casos de procedência do pedido.

Como se verá adiante, as novas técnicas de produção de coisa julgada foram elaboradas pelo legislador e operadores do direito a partir do desenvolvimento dos estudos sobre os direitos coletivos (transindividuais), do prestígio adquirido por certos direitos da personalidade, bem como da percepção empírica das injustiças que se vinham ou poderiam vir a ser cometidas. Daí a necessidade de se adequar o

processo às características de certos direitos materiais, precipuamente quanto à imutabilidade de suas decisões.

2.2 Os regimes diferenciados de produção da coisa julgada

A necessidade de uma melhor tutela dos direitos transindividuais gerou a percepção de que as regras vetustas de coisa julgada não poderiam ser aplicadas, surgindo assim a criação de novos mecanismos de sua produção, agora sob a ótica coletiva, pois os relativos à individual se tornaram, em relação àquela, absolutamente imprestáveis.

Segundo Didier Jr, além de reformular o sistema da legitimidade para agir - pois os direitos transindividuais não possuem titular determinado, antes pertencem a uma comunidade ou grupo, o que inviabiliza a aplicação das tradicionais concepções sobre a identidade do titular do direito com o legitimado para a causa - alterou-se profundamente o sistema de produção da coisa julgada material. Para o referido doutrinador, três foram os pontos atingidos:

a) a limitação subjetiva; b) a ampliação do objeto do processo, com o transporte in utilibus da coisa julgada e, c) a consagração da coisa julgada secundum eventum probationis (DIDIER JR, 2001, p. 714).

A análise da coisa julgada coletiva, objetiva tão somente apontar as derrogações das regras comuns, demonstrando que certos direitos possuem regime diferenciado de produção da coisa julgada, consoante as regras básicas que regulam a matéria: Art. 18, da Lei 4.717/65 (Ação Popular) e artigo 103 da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

2.2.1 Da coisa julgada erga omnes ou ultra partes

Por esta técnica, segundo Didier Jr (2001), ampliam-se os limites subjetivos da coisa julgada, que passam a atingir até quem não foi parte na relação jurídica material. Justifica-se em razão de que os interesses essencialmente coletivos (difusos e coletivos) são indivisíveis, no sentido de serem insuscetíveis de partição em quotas atribuíveis à determinada pessoa individualmente considerada. A satisfação (ou não) de um implica, de uma só vez, a satisfação (ou não) de todos quantos se encaixem naquela situação. Assim, o processo, rendendo homenagem ao princípio da adequação, não poderia deixar de tutelar esta situação.

A diferença entre a coisa julgada *erga omnes* e *ultra partes* está na circunstância de que aquela diz respeito aos direitos difusos (portanto, sem qualquer possibilidade de redução da amplitude subjetiva) e, esta, aos direitos coletivos, cuja eficácia restringe-se ao grupo, categoria ou classe; a eficácia *ultra partes*, se poderia afirmar, é menos ampla do que a *erga omnes*.

2.2.2 Da ampliação do objeto do processo nas ações coletivas

Esta alteração significativa, *ope legis*, do objeto do processo nas ações coletivas (ações civis e públicas) veio permitir o transporte *in utilibus* da coisa julgada para as demandas individuais. É o que dispõe o § 3º do Artigo 103 do CDC, quando afirma:

Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste Código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder a liquidação e a execução nos termos dos arts. 97 a 100.

Para Didier Jr,

o transporte da coisa julgada, resultante de sentença proferida na ação civil pública para as ações individuais de indenização por danos pessoalmente sofridos, se opera secundum eventus litis, ou seja, só há transporte nas hipóteses de procedência (DIDIER JR, 2001, p. 715).

Entretanto, Antonio Gidi (1995), citado por Didier Jr. (2001), diz que a coisa julgada coletiva não é *secundum eventum litis*; ela se opera *pro et contra*, mas apenas quando houver exaustão da prova; o que está de acordo com o evento da causa é a extensão da coisa julgada às lides individuais, que apenas se opera em hipótese de procedência.

O que autoriza o transporte da coisa julgada coletiva para a esfera individual daqueles que foram prejudicados pela violação do direito transindividual, segundo a lição de Ada Pellegrini Grinover (1999), citada por Didier Jr (2001), é a ampliação, por obra da lei, do objeto do processo e a inclusão, na coisa julgada coletiva, do dever de indenizar - assim como ocorre no dano *ex delicto*, em que a decisão sobre o dever de indenizar integra o julgado penal. Ou seja, acolhido o pedido na ação coletiva, no sentido de determinar a paralisação de certa obra de garimpo, por exemplo, que estava contaminando o rio com mercúrio, poderão os prejudicados se aproveitar desta decisão, para já a partir daí propor as suas respectivas ações individuais, sem necessidade de nova sentença condenatória, passando de imediato à liquidação e execução da sentença.

2.2.3 Da coisa julgada secundum eventum probationis

Por este regime condicionou-se a formação da coisa julgada ao esgotamento das instâncias probatórias. A coisa julgada somente surge, a favor ou contra, se houver suficiência de prova. Nas demandas transindividuais, é correto afirmar, segundo Marinoni (2000), citado por

Didier Jr (2001), que pode haver sentença de improcedência de cognição não exauriente, ou melhor, sentença de improcedência com carga declaratória insuficiente para a produção de coisa julgada material. Se a sentença for improcedente mas de cognição exauriente, sua consequência é a formação de coisa julgada material *secundum eventum probationes*.

Assim, para Didier Jr (2001), podem ocorrer as seguintes situações: a) demanda procedente - faz coisa julgada material *erga omnes*; b) a demanda é julgada improcedente, por insuficiência de provas - não faz coisa julgada material *erga omnes*, autorizada nova propositura, fundada em novas provas, por qualquer legitimado, inclusive aquele que eventualmente perdeu a causa originária; c) a demanda é julgada improcedente, com suficiência de provas - a demanda produz coisa julgada *erga omnes*.

Este regime diferenciado de coisa julgada repercute, sem dúvida, no sistema recursal do Código de Processo Civil, quando envolver apelação e embargos infringentes, nos casos de demandas coletivas. Ao contrário do que ocorre no sistema comum de produção da coisa julgada, onde a rediscussão da fundamentação é irrelevante, porquanto a irresignação deve estar centrada no que foi decidido, no regime diferenciado *secundum eventum probationis*, como ocorre nas demandas coletivas, haverá oportunidades em que a discussão da fundamentação (embora o recorrente concorde com a conclusão) será da mais alta relevância, pois uma improcedência por falta de provas não gera as mesmas consequências de uma improcedência comum.

Cheim Jorge (1999), citado por Didier Jr (2001), traz como exemplo um acórdão unânime na decisão de improcedência, mas por maioria quanto ao exaurimento das vias probatórias (prevaleceu a tese de que não houve esgotamento da prova). Pois bem, aquele que venceu terá interesse recursal na interposição dos embargos infringentes, de modo que prevaleça o entendimento pela possibilidade de produção da coisa julgada. *Mutatis mutandis*, em se tratando de apelação. Eis porque, no particular, as lições antigas sobre tais recursos não de ser revistas. Mostra-se, assim, também aqui, o impacto deste regime diferenciado de coisa julgada no ordenamento jurídico.

2.3 A coisa julgada nas ações de investigação e negação de paternidade

Dentro deste tópico convém ainda lembrar as construções doutrinárias e jurisprudenciais a despeito dos regimes de produção da coisa julgada nas demandas de investigação de paternidade, especialmente para justificar a relativização de tais decisões. Apenas para citar, sem maiores discussões, as duas correntes mais enfáticas a respeito do tema.

A corrente que defende a cognição exauriente *secundum eventum probationis*, capitaneada por Belmiro Welter, e seguido por Cândido Dinamarco, citados por Didier Jr. (2001), considera que nas ações

investigatórias de paternidade, somente se produzirá a coisa julgada material se houver exaurimento de todos os meios de prova admitidos em direito, principalmente o exame de correspondência do código genético (DNA), não obstante a falta de previsão legal desta técnica procedimental, e a corrente que defende a produção da coisa julgada *pro et contra et non secundum eventum probationis*, defendida por Teodoro Jr. (1999), citado por Didier Jr. (2001), plenamente consentânea com a legislação processual, que admitem a formação da coisa julgada material pelo regime comum - pro et contra, produzindo-se a favor ou contra autor e réu, independentemente do material probatório investigado e do resultado da demanda - mas trazem vários argumentos que autorizariam uma futura rescisão do julgamento, caso não se tenham esgotado os meios de prova aplicáveis à espécie.

2.4 Da não formação da coisa julgada - sentença juridicamente inexistente

Há na doutrina uma parcela considerável de autores que sustentam a não formação da coisa julgada para um grupo de sentenças que não têm aptidão para transitar em julgado, considerando-as como juridicamente inexistentes se proferidas em processos sem que os autores tenham preenchidas as condições da ação. Assim, Wambier e Medina (2003, p. 31/32), "a sentença de mérito proferida sem que haja interesse do autor, sem que as partes tenham legitimidade *ad causam* e quando se formulou pedido não compatível com o ordenamento jurídico é ato juridicamente inexistente". Da mesma forma, defendem que na hipótese de nulidade da citação somada à revelia, é caso de inexistência, posto que não há formação de relação jurídica triangular entre autor-juiz-réu, considerada esta por parte de expressiva doutrina como pressuposto de existência e não de validade.

Dinamarco (2002), citado por Wambier e Medina (2003, p. 36), também acompanha essa corrente, ao afirmar que "sentença portadora de efeitos juridicamente impossíveis não se reputa jamais coberta pela *res judicata*, porque não tem efeitos suscetíveis de ficarem imunizados por essa autoridade". Para essa corrente, o manejo da ação rescisória, apesar da letra da lei, é prescindível, posto que em se tratando de sentença juridicamente inexistente, nada há a desconstituir-se, bastando declarar-se por meio de ação de índole declaratória, a qualquer tempo. O mesmo acontece em relação a sentença que ofende a Constituição, denominada de coisa *julgada inconstitucional*, tida por essa corrente como sentença inexistente por impossibilidade jurídica, por exemplo, aplicar dispositivo declarado inconstitucional pelo STF ou cuja vigência está suspensa por medida cautelar, em ação direta de inconstitucionalidade, é o mesmo que aplicar *lei revogada ou inexistente*.

Digna de registro é a diferenciação definida por Wambier e Medina (2003, p. 212) entre sentenças nulas e sentenças inexistentes: "Aquelas, para serem desconstituídas, por meio de ação rescisória, ficam sujeitas ao prazo decadencial do art. 495. Estas podem ser, como inexistentes, declaradas a qualquer tempo".

3 Da proteção constitucional da coisa julgada material e sua relativização

A Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXVI, estabeleceu que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

Segundo Valder do Nascimento (2003) *in Coisa Julgada Inconstitucional*, conquanto tenha sido prestigiada pelo legislador constituinte, não se pode dizer que a matéria em questão, coisa julgada, tem a sua inserção na Constituição, porque esta não regula matéria de natureza estritamente instrumental. Para ele, o dispositivo constitucional supracitado tem o sentido de proteger a coisa julgada na seara infraconstitucional, impedindo que o legislador ordinário possa alterar a substância daquilo que foi decidido:

Como se observa, a relação jurídica material não guarda qualquer pertinência com a Constituição, posto ser assunto ali não versado. De fato, as regras inerentes à res judicata são regras no plano da lei ordinária que, por determinação de comando superior, não pode contrariar o que já foi decidido pelo Poder Judiciário, cuja sentença enfrentou o mérito, assim passando em julgado (NASCIMENTO, 2003, p. 8)

Já Dinamarco (2003) *in Coisa Julgada Inconstitucional*, por sua vez, ensina que na fórmula constitucional da garantia da coisa julgada está dito apenas que a lei não a prejudicará, mas é notório que o constituinte *minus dixit quam voluit*. Para ele, por força da coisa julgada, não só o legislador carece de poderes para dar nova disciplina a uma situação concreta já definitivamente regrada em sentença irrecorrível, como também *os juízes* são proibidos de exercer a jurisdição outra vez sobre o caso e *as partes* já não dispõem do direito de ação ou de defesa como meio de voltar a veicular em juízo a matéria já decidida:

Com esses contornos, a coisa julgada é mais que um instituto de direito processual. Ela pertence ao direito constitucional, segundo Liebman, ou ao direito processual material, para quem acata a existência desse plano bifronte do ordenamento jurídico (DINAMARCO, 2003, p. 55).

Embora reconheça ser a coisa julgada uma garantia constitucional, Dinamarco também defende a necessidade de relativização da coisa julgada material, quando reconhece que nenhum princípio constitui um objetivo em si mesmo e todos eles, em seu conjunto, devem valer como meios de melhor proporcionar um sistema processual justo, capaz de efetivar a promessa *constitucional* de *acesso à justiça* (entendida esta como obtenção de soluções justas - *acesso à ordem jurídica justa*). Como garantia-síntese do sistema, essa promessa é um indispensável ponto de partida para a correta compreensão global do conjunto de garantias constitucionais do processo civil.

E continua dizendo que esta garantia constitucional deve ser posta em equilíbrio com as demais garantias constitucionais e com os institutos jurídicos conducentes à produção de resultados justos. Assevera ainda que é inconstitucional a leitura clássica da garantia da coisa julgada, ou seja, sua leitura com a crença de que ela fosse algo absoluto, capaz de fazer do branco preto e do quadrado, redondo. "*A irrecorribilidade de uma sentença não apaga a inconstitucionalidade daqueles resultados substanciais política ou socialmente ilegítimos, que a Constituição repudia*", daí a justificar a propriedade e a legitimidade sistemática da locução, aparentemente paradoxal, *coisa julgada inconstitucional* (Op. cit., p. 62).

O Ministro Delgado do STJ, *in Coisa Julgada Inconstitucional* (2003), filia-se à corrente doutrinária que defende ter sido vontade do legislador constituinte impedir apenas que a lei prejudique a coisa julgada, ou seja, a regra contida no art. 5º, XXXVI, da CF, se dirige ao legislador ordinário. Para ele, a interpretação do dispositivo constitucional não oferece dificuldades. Utilizando-se do método gramatical de hermenêutica, poder-se-ia chegar a duas conclusões interpretativas absolutamente diferentes, quais sejam:

a) A lei não pode prejudicar a coisa julgada, ou seja, a lei não pode atribuir ao instituto da coisa julgada estrutura e limites que lhe emprestem menor amplitude. Assim, segundo ele, "seria inconstitucional toda disposição infraconstitucional que de qualquer forma diminuísse a importância do instituto, reduzisse sua incidência ou dificultasse sua formação". Vale dizer, por essa interpretação, "a Constituição protegeria o instituto da coisa julgada";

b) A lei não pode prejudicar a coisa julgada, ou seja, a lei não pode alterar o conteúdo do julgado, após a formação da coisa julgada. Nova disciplina jurídica do fato somente incidirá para os casos não julgados. Por essa interpretação, "a Constituição protegeria o teor do julgado". (DELGADO, 2003, p. 84/85).

Entende que a segunda interpretação é a que corresponde à mensagem constitucional, porquanto o desejo do constituinte foi o de impedir que a lei nova tivesse o condão de alterar direito já adquirido ou ato jurídico já celebrado.

Assevera ainda, que na linha de interpretação sistemática os institutos processuais sempre conviveram com a regra constitucional em comento e que se prevalecesse a primeira tese (proteção constitucional da amplitude do instituto da coisa julgada), a ação rescisória seria inconstitucional, dado que se trata de remédio jurídico que tem como único objetivo destruir a coisa julgada. Da mesma forma também seria inconstitucional o instituto da revisão criminal, dado que a revisão criminal pode ser requerida a qualquer época, não se lhe podendo opor o instituto da coisa julgada. E conclui que:

é perfeitamente constitucional a alteração do instituto da coisa julgada, ainda que a mudança implique restringir-lhe a aplicação, na criação de novos instrumentos de seu controle, ou até na sua supressão, em alguns ou todos os casos.

O que a Carta Política não admite é a retroatividade da lei para influir na solução dada, a caso concreto, por sentença de que já não caiba recurso.

De outra parte, qualquer alteração no instituto mesmo da coisa julgada, determinando seu enfraquecimento ou dilargando as hipóteses onde se admite o ataque ao julgado, não incide no que pertine às sentenças já transitadas em julgado, visto que também, neste particular, rege a lei vigorante ao tempo em que o trânsito em julgado se deu (op. cit., p. 87).

Delgado figura também dentre aqueles que se posicionam a favor da relativização da coisa julgada, defendendo que a decisão judicial, expressão maior de atuação do Poder Judiciário, "deve expressar compatibilidade com a realidade das coisas e dos fatos naturais, harmonizando-se com os ditames constitucionais e ser escrava obediente da moralidade e da legalidade" (op. cit., p. 80). Ensina, ainda:

O Estado, em sua dimensão ética, não protege a sentença judicial, mesmo transitada em julgado, que bate de frente, com os princípios da moralidade e da legalidade, que espelhe única e exclusivamente vontade pessoal do julgador e que vá de encontro à realidade dos fatos. A moralidade está insita em cada regra posta na Constituição e em qualquer mensagem de cunho ordinário ou regulamentar. Ela é comando com força maior e de cunho imperativo, reinando de modo absoluto sobre qualquer outro princípio, até mesmo sobre o da coisa julgada. A moralidade é da essência do direito. A sua violação, quer pelo Estado, quer pelo cidadão, não gera qualquer tipo de

direito. Este inexistente, por mais perfeito que se apresente no campo formal, se for expresso de modo contrário à moralidade (op. cit., p. 81).

A justiça é anterior ao Direito e são em seu nome que historicamente se forjam os ordenamentos jurídicos. É um dado ético antes que jurídico. Daí que, sob a forma de princípio, o justo penetra todo o sistema jurídico e se faz presente como a maior força influente sobre os métodos e critérios de interpretação e aplicação das normas jurídicas (op. cit., p. 106).

...não posso conceber o reconhecimento de força absoluta da coisa julgada quando ela atenta contra a moralidade, contra a legalidade, contra os princípios maiores da Constituição Federal e contra a realidade imposta pela natureza. Não posso aceitar, em sã consciência, que, em nome da segurança jurídica, a sentença viole a Constituição Federal, seja veículo de injustiça, desmoroze ilegalmente patrimônios, obrigue o Estado a pagar indenizações indevidas, finalmente, que desconheça que o branco é branco e que a vida não pode ser considerada morte, nem vice-versa (op. cit., p. 107).

Entretanto, embora os autores acima mencionados, acrescentando-se a eles Humberto Theodoro Júnior, defendam a necessidade de relativização da coisa julgada material, deixam claro também que tal medida deve ser utilizada em casos extremos, não se destinando a destruir a segurança jurídica, mas para, no dizer de DINAMARCO, assentar a proposta de um correto e razoável dimensionamento do poder imunizador da coisa julgada, relativizando o significado dessa garantia constitucional e harmonizando-o dentro de um equilíbrio sistemático.

4 O Princípio da segurança jurídica

Sobre o princípio da Segurança Jurídica, vale trazer a lume, em destaque, o pensamento dos doutrinadores Jose Afonso da Silva, Sérgio Bermudes e Carmem Lúcia Antunes Rocha, que escreveram a respeito do tema na obra intitulada *CONSTITUIÇÃO E SEGURANÇA JURÍDICA. DIREITO ADQUIRIDO, ATO JURÍDICO PERFEITO E COISA JULGADA, estudos em homenagem a JOSÉ PAULO SEPÚLVIDA PERTENCE*, coordenadora CARMEM LÚCIA ANTUNES ROCHA.

Para Silva (2005, p. 17), a segurança jurídica em sentido estrito consiste na garantia de estabilidade e de certeza dos negócios jurídicos, de sorte que as pessoas saibam de antemão que, uma vez envolvidas em determinada relação jurídica, esta se mantém estável, mesmo se modificar a base legal sob a qual se estabeleceu. Afirma que a Constituição reconhece quatro tipos de segurança jurídica: *a segurança como garantia; a segurança como proteção dos direitos subjetivos; a segurança como direito social e a segurança por meio do direito.* Ao discorrer sobre a

segurança jurídica como proteção dos direitos subjetivos, em que situa a garantia da coisa julgada material (*op. cit.* p. 22), ensina que a proteção constitucional da coisa julgada não impede, contudo, que a lei preordene regras para a sua rescisão mediante atividade jurisdicional. Dizendo que a lei não prejudicará a coisa julgada, quer-se tutelar esta contra atuação direta do legislador; contra ataque direto da lei. A lei não pode desfazer (rescindir ou anular ou tornar ineficaz) a coisa julgada, mas pode prever licitamente, como o fez o art. 485 do Código de Processo Civil, sua rescindibilidade por meio de ação rescisória.

Sustenta, ainda, ao discorrer sucintamente sobre o conflito que pode existir entre a segurança jurídica e a relatividade da coisa julgada, que o principal ponto de discussão está entre a segurança que a coisa julgada oferece e o valor da justiça. Então pergunta-se se a coisa julgada deve prevalecer, mesmo quando ela acoberta uma decisão profundamente injusta, e arremata afirmando: "Certamente que repugna o sentimento jurídico ver a justiça suplantada pela segurança" (*op. cit.*, p. 22/23).

Já Sérgio Bermudes, em seu artigo intitulado "Coisa Julgada Illegal e Segurança Jurídica" (2005), afirma que no tocante às decisões judiciais cuja subsistência é repugnante, existe a certeza de que elas não podem prevalecer de nenhum modo:

Seria contra-senso pretender-lhes a eficácia, em nome da segurança jurídica, quando elas são causa de insegurança jurídica pelas incertezas, pela incredulidade, pelos temores que infundem. Produzem efeito contrário à sua finalidade institucional (BERMUDES, 2005, p. 135).

Por outro lado, Rocha (*op. cit.* p. 181), em seu trabalho intitulado "O Princípio da Coisa Julgada e o Vício de Inconstitucionalidade, diz que o sistema constitucional é harmonioso e como tal haverá que ser interpretado e aplicado. O que desafina do seu ordenamento básico não tem valor, ainda que emanado de ato do próprio Poder Público. O Estado não está acima da Constituição, nenhum de seus agentes o está. Todos são agentes segundo a Constituição, afetos e submetidos a ela.

Não se pode considerar haver julgamento válido e subsistente contra a Constituição, pois o juiz busca a fonte de sua competência nesta Lei Suprema e sobre ela constrói os seus julgados:

O que se põe como julgamento sem fonte de direito constitucional tem aparência de coisa julgada. É caso que se julgou, mas não caso julgado no sentido jurídico e material da expressão aproveitada no sistema (ROCHA, 2005, p. 181).

Mais adiante Rocha traz alguns questionamentos que bem elucidam

a função do princípio da segurança jurídica no vigente Estado Democrático de Direito:

Contravindo a Constituição, o que se julgou em fase processual tida como derradeira não será intangível. Se assim fosse, estar-se ia a aquiescer com tese que permitiria que a obra do poder constituinte - que não pode ser alterada ou contrariada sequer pela competência constituinte reformadora - poderia ser mudada ou transgredida por ato de um juiz, que entendesse contra a Constituição, impondo-se a sua vontade à margem do Direito vigente, mais ainda, em afronta à lei magna do sistema positivo. Tanto não seria apenas contrário ao entendimento satisfatório da Constituição, seria contrário ao princípio da segurança jurídica. Com efeito, se uma inconstitucionalidade põe-se como inatacável e mantida no sistema a qualquer custo, sob o manto dito da coisa julgada, pode-se julgar qualquer coisa ou de qualquer maneira, mesmo contra a Constituição, por que o trânsito convalidaria as agressões à Lei Fundamental de um povo?

Que segurança teria qualquer pessoa se a Constituição não fosse garantida em sua integralidade, principalmente para aqueles que têm a competência específica, precípua e inarredável de lhe dar acatamento?

Que segurança se pode ter por jurídica, quando o veio máximo do Direito, fundamento de todas as ordens parciais e infraconstitucionais como é a Constituição, pode ser atacado e petrifica-se, tornando intangível até mesmo ao exame e remédio contra inconstitucionalidades objetivamente atestadas e declaradas pelo próprio Estado? (ROCHA, 2005, p. 183).

Importante destacar também, para entendimento prático da aplicação do princípio da segurança jurídica, a preocupação que a aludida doutrinadora manifesta quanto aos efeitos dos julgados anteriores à declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo por órgão judicial competente, que se tenham baseado em ato normativo havido como insubsistente.

Ressalta que em relação aos efeitos já produzidos, terão que ser considerados em razão de sua ponderação sóciojurídica e das consequências que o seu desfazimento poderá acarretar. A Lei 9.868/99, em seu art.27, estabelece que:

ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus

membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

A produção de efeitos *ex nunc*, ou até mesmo em momento futuro da declaração de que seja integralmente cumprido o quanto determinado no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual "*Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*". Seria incoerente que o jurisdicionado ficasse sujeito ao desfazimento automático dos efeitos produzidos anos antes e que lhe tenha sido patrocinado ou determinado pelo Estado em razão do advento de outro provimento, este declaratório de inconstitucionalidade, contrário ao primeiro.

Destaca ainda que, quando se busca a nulidade de um julgado inconstitucional, não se há deixar de considera a repercussão e o fundamento daquele julgado em sua inteireza. Se um dos fundamentos do *decisum* questionado tiver sido objeto de declaração de inconstitucionalidade, mas outro, que pode ser tido como autônomo, e que se respalde em princípio constitucional, for suficiente para manter o decidido, não se terá a sua nulidade declarada, não obstante a eiva que acomete o fundamento insubsistente.

Outra lição importante dita pela citada doutrinadora, (*op. cit.*, p. 188) é que os princípios constitucionais são aplicados harmoniosamente, para o que se impõe a sua ponderação no momento de sua aplicação. Logo, se o desfazimento ou a declaração de nulidade da decisão comprometer mais ainda outros princípios constitucionalmente consagrados, tais como o da dignidade da pessoa humana, da liberdade ou de qualquer um dos que se põem no sistema vigente, não se há de dar o resultado nulificador, por que o que se colheria seria o oposto do direito fundamental à segurança jurídica e ao princípio da constitucionalidade de todos os provimentos estatais e de todos os comportamentos sociais. E arremata, dizendo que:

Não se quer a insegurança, mas não se aspira à imutabilidade absoluta das coisas, atos e fatos da vida. O que se busca é a firmeza das condições segundo as quais se dá a viver todas as instituições no espaço das relações humanas e das relações jurídicas. Há que se entender, pois, que o fim de todas as instituições de direito é a justiça, que conduz à segurança, não a certeza processual de um momento, que não se pode manter quando contrarie todos os princípios postos de justiça, dignidade e liberdade (ROCHA, 2005, p. 191).

4.1 O valor segurança e a efetividade do processo

De acordo com os valores atuais, o que se quer é um processo de resultados e um processo de resultados justos, o que certamente não se

obtém com a adoção de postura teórica, rígida, inflexível e por demais formalista, que não se harmoniza com o conjunto de tendências que vêm norteando os modernos pensadores do processo.

Segundo Wambier e Medina (2003), a decisão judicial moderna não deve fundamentar-se apenas na lei, ela deve ser fruto de uma "solução normativa" como sendo fruto da combinação de vários elementos do sistema (princípios, lei, jurisprudência e doutrina). Entendem que:

A lei deve ser obedecida, tal como a entende a jurisprudência dominante, baseada na doutrina e nos princípios por ela versados. (WAMBIER e MEDINA, 2003, p. 174).

Exemplo marcante consubstancia-se na figura da *exceção de pré-executividade*, que não estava prevista expressamente em lei, mas que é admitida pela doutrina e pela jurisprudência com tranquilidade, embora tenha sido bastante mitigada, com o advento da recente lei 11.382/06, que dentre várias mudanças no processo de execução de título extrajudicial, dispensa a necessidade de garantia do juízo para o devedor embargar - Art. 736 do CPC.

Outros exemplos que marcaram a evolução deste fenômeno podem ser assim discriminados: a criação do instituto do julgamento antecipado da lide, pelo legislador de 1973; as tendências ao afastamento da regra da *pacta sunt servanda*, tanto no plano da jurisprudência, quanto no do direito positivo e uma maior freqüência de decisões em que se aplica a casos concretos a teoria da imprevisão, nos contratos civis, administrativos, e especialmente naqueles em que há incidência do Código de Defesa do Consumidor; a possibilidade generalizada de se adiantarem à parte os efeitos ou parte dos efeitos da tutela pretendida (art. 273 do CPC), bem como o novo regime da execução provisória, em que se permitem atos de alienação, além das recentes alterações introduzidas pela Lei 11.232/06, inaugurando-se um novo modelo processual de execução de título judicial, passando-a para mera fase incidental, demonstram de forma absolutamente inequívoca uma tendência que vem refletindo tanto nos rumos da jurisprudência quanto na conduta do legislador. Estas últimas alterações introduzidas no Código de Processo Civil demonstram uma valorização mais intensa da efetividade do processo em detrimento do dimensionamento clássico da segurança.

Claro está neste contexto a firme opção por deixar-se de lado, em parte, pelo menos, o valor clássico da *segurança* em favor do valor *efetividade*, posto que no quadro atual já não satisfaz mais a resolução "formal" dos conflitos: o que se quer são soluções "reais", ainda que ocorram num esquema de menor segurança.

Assim, para Wambier e Medina (2003, p. 175) se trata de postura, fruto da necessidade do balanceamento ou do equilíbrio de dois valores, *justiça e segurança*, e resultado da necessidade de que se abra mão, em parte, de soluções que têm em vista prestigiar o valor segurança,

para se optar por outros caminhos que levam à obtenção de decisões tidas por mais "justas". Afirmam ainda que:

Entender-se que a desnecessidade de que o juiz decida em exata conformidade com o que dispõe a letra da lei deveria levar a um outro extremo, ou seja, à possibilidade de que decidisse de acordo com as suas convicções pessoais geraria, em nosso entender, situação de intolerável insegurança, intranquilidade e imprevisibilidade, absolutamente incompatível com o Estado de direito. Optar-se por esta concepção, no sentido de que o juiz deve decidir com base no sistema jurídico o que significa dizer, decidindo com base em elementos que o compõem, manejando-os, às vezes, de modo a que temos designado de "criativo", se, por um lado, torna o valor segurança muito mais rarefeito do que ocorria no esquema rigorosamente silogístico, por outro lado, não leva a sociedade ao "caos", gerado pela concepção que se pretende vigorosamente repelir. (WAMBIER e MEDINA, 2003, p. 175).

Nas observações que acima se fizeram percebe-se nitidamente um juízo de valor positivo. É que a simples circunstância de, às vezes, a decisão judicial não ser, realmente, inteiramente previsível, mas, por outro lado, contar o juiz com um *repertório limitado de elementos* para conceber a solução normativa para o caso (sistema jurídico), é capaz de garantir à sociedade certa margem confiável de segurança.

5 Da coisa julgada inconstitucional e os mecanismos de seu controle e desfazimento

Existem várias situações em que se configura a coisa julgada inconstitucional, sendo que a doutrina aponta, comumente, além das decisões que violem diretamente a Constituição, aquelas que apliquem norma inconstitucional, tenham sido ou não objeto de declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral e aquelas que deixam de aplicar norma constitucional por entendê-la, equivocadamente, inconstitucional.

Há necessidade de se argüir, entretanto, acerca do mecanismo processual cabível, no direito brasileiro, para se ver reconhecida a inconstitucionalidade da coisa julgada, vez que o ordenamento jurídico processual carece de regulamentação a respeito.

A Constituição Federal Brasileira atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, revelando a tendência clássica de preocupação apenas com o controle de constitucionalidade dos atos do Legislativo e do Executivo dotados de força normativa.

Sobre este tema, Theodoro Júnior e Juliana de Faria (2003) *in Coisa Julgada Inconstitucional*, afirmam:

À mingua de previsão expressa de um instrumento de controle, muitos poderiam ser conduzidos à conclusão de que a coisa julgada inconstitucional estaria imune a qualquer meio de impugnação. Destarte, tão logo configurada a coisa julgada, com o esgotamento da via recursal, não mais haveria a possibilidade de ser alterada acaso contivesse uma violação direta à Constituição Federal. Ora, aludido entendimento mostra-se insustentável, mormente quando se verifica que até mesmo a coisa julgada que contém vício menor (ilegalidade) se sujeita à impugnação através da ação rescisória contemplada nos arts. 485 e seguintes do Código de Processo Civil. Surge, então, a indagação: o instrumento processual para a impugnação seria a ação rescisória, sujeitando-se, assim, a coisa julgada inconstitucional ao mesmo regime jurídico da coisa julgada ilegal, inclusive quanto aos prazos? (TEODORO JR. E FÁRIA, 2003, p. 151).

Os referidos autores, demonstrando que o STJ vem admitindo a ação rescisória para se desconstituir a coisa julgada inconstitucional, mas sem enfrentar diretamente o tema, entendem, entretanto, que isso não significa a sua submissão indistinta ao mesmo regime da coisa julgada ilegal, de modo a que, ultrapassado o prazo de dois anos para o manejo daquela ação, impossível o seu desfazimento, vez que, para eles, entender-se o contrário seria equiparar a inconstitucionalidade à ilegalidade, "o que é não só inconveniente como avilta o sistema e valores da Constituição" (TEODORO JR. e FÁRIA, 2003, p. 153).

O entendimento predominante é o de que a coisa julgada inconstitucional é nula e, como tal, independe de rescisória, podendo a qualquer tempo ser declarada tal nulidade, por meio de ação intentada com esse fim, ou por meio de embargos à execução.

A esse respeito, traga-se à colação o que leciona Nascimento (2003):

Se a sentença inconstitucional é nula, contra ela não cabe rescisória, por incabível lançar-se mão dos recursos previstos na legislação processual. Na espécie, pode-se valer, sem observância de lapso temporal, da ação declaratória de nulidade da sentença, tendo presente que ela não perfaz a relação processual, em face de grave vício que a contaminou, inviabilizando, assim, seu trânsito em julgado. Nesse caso, há de se buscar suporte na actio querela nullitatis.

De referência a essa ação autônoma, cumpre trazer o conceito formulado por José Cretella Neto:

Expressão latina que significa nulidade do litígio. Indica a ação criada e utilizada na Idade Média, para impugnar a sentença, independentemente de recurso, apontada como a origem das ações autônomas de impugnação.

Conquanto se registrem opiniões divergentes no plano doutrinário, a querela nullitatis insanabilis é o remédio voltado para a impugnação de erros graves cometidos no âmbito da jurisdição. Pode ser alegável contra vícios, que, consoante Alexander dos Santos Macedo, não se sanam "com a preclusão temporal e sobrevivam à formação da coisa julgada (NASCIMENTO, 2003, p. 22/23).

Esse entendimento também é partilhado por Rocha (2005) ao afirmar ser:

(...) perfeitamente pertinente a via da ação rescisória, se havida a declaração de inconstitucionalidade antes de exaurido o prazo processual legalmente estatuído (art. 495, do Código de Processo Civil), pela via de embargos à execução, fundada em inexigibilidade do título exequendo (art. 741, II, e parágrafo único, do Código de Processo Civil) ou, ainda, em qualquer tempo, pela actio querela nullitatis, tida como subsistente no direito brasileiro, pela jurisprudência dos tribunais superiores no Brasil (ROCHA, 2003, p. 187).

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp.12.586 - São Paulo, Relator Ministro Waldemar Zveiter admite a *querela nullitatis insanabilis*, no direito positivo brasileiro, consoante se vê da seguinte ementa:

Ementa: Processo Civil - Nulidade da Citação (inexistência) - Querela nullitatis.

I - A tese da querela nullitatis persiste no direito positivo brasileiro, o que implica em dizer que a nulidade da sentença pode ser declarada em ação declaratória de nulidade, eis que sem a citação, o processo, vale dizer, a relação jurídica processual não se constitui nem validamente se desenvolve. Nem, por outro lado, a sentença transita em julgado, podendo, a qualquer tempo, ser declarada nula, em ação com este objetivo, ou em embargos à execução, se for o caso.

II - Recurso não conhecido.

Theodoro Júnior (2003) levanta questão importante acerca da diferença entre a decisão rescindenda que aplicou lei inconstitucional e a que se recusou a aplicar lei constitucional:

A jurisprudência, de maneira geral, afasta o cabimento da ação rescisória quando, ao tempo da sentença

rescindenda, a lei aplicada era de interpretação controvertida nos tribunais, mesmo que, mais tarde, o entendimento pretoriano tenha se pacificado em sentido diverso do adotado pelo decisório impugnado.

No entanto, para o Superior Tribunal de Justiça, essa orientação vale apenas para a violação da lei ordinária (CPC, art. 485, V), não, porém, de texto constitucional. Em se tratando de matéria disciplinada pela Carta Magna, outrossim, pouco importa que a decisão rescindenda tenha afirmado a inconstitucionalidade ou constitucionalidade em cima de interpretações controvertidas nos tribunais. A Súmula nº 343 do STF deverá ser sempre afastada e a ação rescisória caberá, sem restrições, se a controvérsia acabou em face de prevalência de tese contrária à da sentença impugnada.

O Superior Tribunal de Justiça, como se vê, tem tratado com igual critério a sentença que deixa de aplicar lei ordinária a pretexto de inconstitucionalidade e a que acolhe lei ordinária rejeitando arguição de inconstitucionalidade. Em ambos os casos, o posicionamento do referido Tribunal é favorável ao cabimento da rescisória, sempre que, posteriormente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, vier a se fixar em sentido diverso da tese que prevalecia ao tempo dos decisórios rescindendos. Fundase, o STJ, no pressuposto de que a questão constitucional conduz à nulidade dos preceitos que não se afinem aos ditames superiores da Carta Magna, e que, assim, não se deve deixar de rescindir a sentença a eles desconforme. As duas situações cotejadas, porém, não são iguais. Quando um julgado aplica lei inconstitucional, a ofensa é cometida diretamente contra a Constituição. A lei aplicada, sendo absolutamente nula, contamina de igual ineficácia também a sentença que lhe pretende reconhecer validade. No caso, porém, de não aplicação da lei ordinária, por alegado motivo de ordem constitucional que mais tarde vem a ser afastado por mudança de orientação jurisprudencial, a ofensa que poderia ser divisada não é à Constituição, mas sim à lei ordinária a que a sentença não reconheceu eficácia. Não se pode, data venia, dizer que, na não-aplicação da norma infraconstitucional, se tenha configurado uma negativa de vigência de norma constitucional, para declarar-se a própria sentença como inconstitucional e, ipso facto, nula (TEODORO JR, 2002, p. 157/158).

Vê-se, pois, que a recusa de aplicar lei constitucionalmente correta representa, quando muito, um problema de inconstitucionalidade reflexa, o qual, porém, não é qualificado pela jurisprudência reiterada do

Supremo Tribunal Federal como questão constitucional. Disso decorre que a hipótese deva se submeter ao regime comum das ações rescisórias por ofensa à lei ordinária e não ao regime especial de invalidação ou rescisão das sentenças inconstitucionais.

5.1 Mecanismos positivados de desfazimento da coisa julgada inconstitucional

Merece exame em separado o caso do parágrafo único acrescentado ao art. 741 do Código de Processo Civil pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24/08/2001, cujo normativo foi também recentemente instituído através do Art. 475-L, parágrafo primeiro do Código de Processo Civil, *verbis*:

Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou fundado em aplicação ou interpretação de lei ou ato normativo tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.

São tantas e tão complexas, porém, as questões suscitadas por esse texto - a começar pelo entendimento que se deve dar ao enunciado legal -, que o tema, por merecer tratamento aprofundado, não será enfrentado neste trabalho. O entendimento dominante no Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto está explícito nas decisões do REsp 720953/SC - Julgamento 28/06/2005, DJ 22/08/2005, p.142 e, AgRg. no Ag. 602238/DF - Julgamento 12/05/2005, DJ 20/06/2005, p. 135 e pode assim ser sintetizado:

Primeiro, reconhece que o mecanismo agregado ao processo civil, contido no parágrafo único do art. 741 do CPC, foi instituído para solucionar específico conflito entre os princípios da coisa julgada e a supremacia da Constituição, com eficácia rescisória de sentenças inconstitucionais. Sua utilização, contudo, não tem caráter universal, sendo restrita às sentenças fundadas em norma inconstitucional, assim consideraras as que (a) aplicaram norma inconstitucional (1ª parte do dispositivo), ou (b) aplicaram norma em situação tida por inconstitucional ou, ainda, (c) aplicaram norma com um sentido tido por inconstitucional (2ª parte do dispositivo).

Segundo, em qualquer caso, que a inconstitucionalidade tenha sido reconhecida em precedente do STF, em controle concentrado ou difuso (independentemente de resolução do Senado), mediante (a) declaração de inconstitucionalidade com redução de texto (1ª parte do dispositivo), ou (b) mediante declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto ou, ainda, (c) mediante interpretação conforme a Constituição (2ª parte).

Terceiro, estão fora do âmbito material dos referidos embargos,

portanto, todas as demais hipóteses de sentenças inconstitucionais, ainda que tenham decidido em sentido diverso da orientação do STF, como, v.g, as que: a) deixaram de aplicar norma declarada constitucional (ainda que em controle concentrado), b) aplicaram dispositivo da Constituição que o STF considerou sem auto-aplicabilidade, c) deixaram de aplicar dispositivo da Constituição que o STF considerou auto-aplicável, d) aplicaram preceito normativo que o STF considerou revogado ou não recepcionado, deixando de aplicar ao caso a norma revogadora.

Quarto, também estão fora do alcance do parágrafo único do art. 741 do CPC as sentenças, ainda que eivadas da inconstitucionalidade nele referida, cujo trânsito em julgado tenha ocorrido em data anterior à da sua vigência.

Conforme bem se vê, o STJ, em respeito ao princípio da segurança jurídica da coisa julgada, restringiu a utilização do presente mecanismo de embargos às demais hipóteses de sentenças inconstitucionais, ainda que tenham decidido em sentido diverso da orientação do STF, como, v.g, as que: a) deixaram de aplicar norma declarada constitucional (ainda que em controle concentrado), b) aplicaram dispositivo da Constituição que o STF considerou sem auto-aplicabilidade, c) deixaram de aplicar dispositivo da Constituição que o STF considerou auto-aplicável, d) aplicaram preceito normativo que o STF considerou revogado ou não recepcionado, deixando de aplicar ao caso a norma revogadora.

Não se pode deixar de reconhecer o avanço já experimentado na aplicação desse mecanismo contido no parágrafo único do Art.741 e mais recentemente repetido no Art. 475-L, parágrafo primeiro, do Código de Processo Civil, especialmente pela CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, como instrumento rescisório dos julgados nas ações do FGTS (Fundo de Garantia do Tempo de Serviço), instituído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.2001, justamente para minimizar o impacto financeiro bilionário decorrente da correção das contas vinculadas do FGTS aplicada nos seguintes meses e respectivos planos econômicos: Bresser (Junho/87-26,06%); Verão (Janeiro/89 - 42,72%); Collor I (Abril/90 - 44,80% e Maio/90 - 7, 87%) e Collor II (Fevereiro/91 - 21, 87%), deferida pelo Superior Tribunal de Justiça na apreciação de recursos em centenas de milhares de ações de rito ordinário. Porém, o Supremo Tribunal Federal -STF, no julgamento do RE 226.855-7 - RS, Relator o Exmo. Min. Moreira Alves, afastou o direito à complementação dos valores referentes a JUN/87, MAIO/90 e FEV/91, porquanto ausente ofensa ao direito adquirido. Quanto aos meses de JAN/89 e ABR/90 entendeu se tratar de matéria infraconstitucional, de competência do Superior Tribunal de Justiça - STJ, órgão que estabeleceu o direito de os titulares de contas vinculadas no FGTS receberem os respectivos créditos.

Frise-se que o instrumento de natureza rescisória, utilizado para afastar a correção dos valores considerados devidos pelo STJ e afastados pelo STF, não obstante a possível discussão acerca da constitucionalidade da referida medida legislativa, somente pode ser

utilizado nos casos em que o trânsito em julgado da decisão tenha ocorrido após a instituição da aludida Medida Provisória, consoante entendimento recente do Superior Tribunal de Justiça, desde que os embargos (respeitando-se o princípio da fungibilidade) ou ação rescisória sejam propostos no prazo decadencial de 02 anos, por entender que neste caso não se trata de rescisão por motivo de inconstitucionalidade, mas por ilegalidade das decisões que concederem a correção do FGTS nos planos econômicos e meses não reconhecidos pelo STF, por ausência de direito adquirido. A Súmula nº 343 do STF deverá ser sempre afastada neste particular e a ação rescisória caberá, sem restrições, se a controvérsia acabou em face de prevalência de tese contrária à da sentença impugnada.

No entanto, o principal matiz desse mecanismo consiste em sua utilização para atacar as decisões que contenham vício de inconstitucionalidade, a qualquer tempo.

6 Conclusão

O fenômeno da *coisa julgada inconstitucional* como uma das hipóteses do que a doutrina vem chamando de *relativização da coisa julgada*, traduz-se num processo evolutivo que vem ganhando força, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, ao ponto de provocar o legislador a inserir o primeiro passo rumo à positivação de mecanismos de sua rescisão na legislação processual brasileira, conforme previsão do Artigo 741, parágrafo único, e mais recentemente no Artigo 475-L, parágrafo primeiro, ambos do CPC, que tratam respectivamente, dos embargos do devedor contra execução de sentenças condenatórias proferidas contra a fazenda pública, e da nova impugnação à execução de título judicial, com caráter declaratório de inexigibilidade.

O processo evolutivo relativista da coisa julgada não anda sozinho, ele interliga-se com outros fenômenos que vêm ocorrendo no direito processual brasileiro, tais como: a criação do instituto do julgamento antecipado da lide, pelo legislador de 1973; o afastamento da regra da *pacta sunt servanda*, tanto no plano da jurisprudência, quanto no do direito positivo e uma maior frequência na aplicação da *teoria da imprevisão*, especialmente após a edição do Código de Defesa do Consumidor e do novo Código Civil; adiantamento à parte, dos efeitos da tutela pretendida (Artigo 273 do CPC); o novo regime da execução provisória em que se permite atos de alienação; o novo modelo processual de execução de título judicial (Lei 11.232/06), inaugurando-se uma fase incidente, bem como as inovações inseridas no processo de execução de título extrajudicial (Lei 11.382/06), inspiradas nos artigos 461 e 461-A, do Código de Processo Civil (executivas *latu sensu*) dentre outros, numa demonstração clara de que o valor segurança vem dando lugar, paulatinamente, aos valores justiça e efetividade.

Percebe-se que os regimes tradicionais de formação da coisa julgada previstos no processo civil para as ações individuais e patrimoniais não serve para justificar os modos de sua formação aplicável às ações coletivas ou das que discutem direitos indisponíveis.

Da mesma forma que as sentenças tidas por inexistentes - em que há apenas a *aparência* de coisa julgada, pois que a própria sentença não passa de uma aparência - há decisões judiciais que não ficam acobertadas pela coisa julgada, ou em que a coisa julgada se opera de modo diferente do que normalmente ocorre em relação às decisões fundadas em cognição plena e exauriente, em virtude da *limitação horizontal ou vertical da cognição realizada*.

Os doutrinadores que defendem a necessidade de relativização da coisa julgada material deixam claro que tal medida deve ser utilizada em casos extremos, não se destinando a destruir a segurança jurídica, mas para assentar a proposta de um correto e razoável dimensionamento do poder imunizador da coisa julgada, relativizando o significado dessa garantia constitucional e harmonizando-o dentro de um equilíbrio sistêmico, onde os valores maiores da Constituição ganham destaque.

O princípio da segurança jurídica não pode sobrepor-se a outros princípios fundamentais inseridos na Constituição, devendo ser aplicado de forma harmônica e ponderada com outros princípios constitucionais. Logo, se o desfazimento ou a declaração de nulidade da decisão comprometer mais ainda outros princípios constitucionalmente consagrados, tais como o da dignidade da pessoa humana, moralidade, liberdade, isonomia, justiça ou de qualquer um dos que se põem no sistema vigente, não se há de dar o resultado nulificador, por que o que se colheria seria o oposto do direito fundamental à segurança jurídica e ao princípio da constitucionalidade de todos os provimentos estatais e de todos os comportamentos sociais.

No estudo apresentado restou demonstrado que a tese sobre o fenômeno da inconstitucionalidade, inclusive o que incide sobre as decisões judiciais, se reduz a uma relação de validade. Se o ato de poder - qualquer que seja ele - é conforme à Constituição, vale; se não o é, não vale. A solução passa pelo mecanismo da nulidade. O que é nulo, nenhum efeito pode produzir, bastando que se recorra à figura dos Embargos à Execução, Impugnação ou Ação Declaratória, a qualquer tempo, para reconhecimento da invalidade *pleno iure*. Para casos da espécie, doutrina e jurisprudência predominantes reconhecem a subsistência da antiga *quærela nullitatis insanabilis*.

Utiliza-se também da figura da Ação Rescisória, com apoio no Art. 485, V, do CPC, se o vício de inconstitucionalidade da lei aplicada como razão de decidir for declarado pelo Supremo Tribunal Federal (em controle abstrato ou difuso), ou que, ao contrário, tenha a sentença ou acórdão vislumbrado a inconstitucionalidade de norma reconhecida pelo

STF como constitucional, desde de que no prazo decadencial de 2 anos, não incidindo neste caso, a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, de forma que, mesmo que a matéria fosse controvertida à época do julgado rescindendo, ela seria cabível. Esse mecanismo reflete o que prevalece na doutrina e jurisprudência dos tribunais superiores.

Alguns doutrinadores, dentre eles, Tereza Arruda Alvim e José Miguel Garcia, consideram que o ato jurisdicional inconstitucional é ato inexistente, uma vez que ao se basear em dispositivo fulminado por inconstitucionalidade, tal sentença estaria sem dispositivo, não se formando coisa julgada material, o que justifica a utilização da ação declaratória para declarar sua inexistência, a qualquer tempo.

Notas

- 1 Agradecimento especial ao Digníssimo Ministro do STJ, Dr. Sebastião de Oliveira Castro Filho, pelo incentivo, discussão e colaboração no fornecimento de material de pesquisa.

Referências

DIDIER JR, Fredie. Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro. *Gênesis - Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, nº 22, outubro/dezembro 2001, p. 709/740.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Considerações sobre a chamada "relativização" da coisa julgada material.** *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 377, p. 43/62.

NASCIMENTO, Carlos Valder (coord.); DINAMARCO, Cândido Rangel; TEODORO JR. Humberto; DELGADO, José Augusto e FARIA, Juliana Cordeiro de. **Coisa Julgada Inconstitucional.** 2a. ed., Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunesv (Org.); BERMUDES, Sérgio; SILVA, José Afonso. *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence.* 2a. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil.** São Paulo: Saraiva, 1990.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O Dogma da Coisa Julgada: hipóteses de relativização.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

A recorribilidade da decisão arbitral na atual lei de arbitragem portuguesa

Wilson de Souza Malcher

Advogado da Caixa em Brasília
Professor Universitário, 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: A *arbitragem* é um dos meios alternativos de solução de conflitos mediante o qual as partes submetem determinada questão a um terceiro imparcial que não o Estado-juiz. Na Arbitragem, as partes em conflito, em vez de se dirigirem aos tribunais do Estado, submetem o litígio à apreciação de terceiros (os árbitros), os quais, por força de lei, proferem decisões, com natureza de sentença e com força de caso julgado.

A atual Lei de Arbitragem portuguesa, conhecida por LAV, não deixa margens a questionamentos, a *decisão arbitral* é recorrível, por mais que respeite a autonomia da vontade e confira às partes a possibilidade de renúncia aos recursos. Essa previsão legal, de certa forma, nos causa surpresa, posto que a efetiva intenção legislativa manifesta no diploma de regência está assente na autonomização da arbitragem voluntária.

A recorribilidade da decisão arbitral, face ao princípio da equiparação, é feita nos termos do regime geral de recursos, previsto no Código de Processo Civil, e nos critérios de recorribilidade das decisões judiciais.

Palavras chaves: Arbitragem. Decisão Arbitral. Sistema Recursal Português. Recorribilidade da Decisão Arbitral.

1 Introdução

Sabemos que a arbitragem não é instituto novo no mundo jurídico, todavia, temos consciência de que, em muitos casos, as próprias partes envolvidas, bem como a grande maioria das pessoas ainda guarda dúvidas, restrições e até mesmo "preconceitos" sobre essa forma

de solução extrajudicial de conflito, razão pela qual optamos por iniciar o desenvolvimento do trabalho a partir da conceituação de arbitragem, sua natureza jurídica e os tipos normalmente identificados pela doutrina.

A atual Lei de Arbitragem portuguesa não deixa margens a questionamentos, a decisão arbitral é recorrível, por mais que respeite a autonomia da vontade e confira às partes a possibilidade de renúncia aos recursos. Essa previsão legal, de certa forma, nos causa surpresa, posto que a efetiva intenção legislativa manifesta no diploma de regência está assente na autonomização da arbitragem voluntária.

Registre-se, de antemão, não haver a intenção de responder a todas as perguntas, até mesmo em face da singeleza do presente estudo. Temos o propósito, tão-somente, de ampliar o campo de conhecimento sobre o procedimento arbitral, nomeadamente, em relação à recorribilidade da decisão do árbitro.

2 Conceito de arbitragem

A *arbitragem* é um dos meios alternativos de solução de conflitos mediante o qual as partes submetem determinada questão a um terceiro imparcial que não o Estado-juiz. Na arbitragem, as partes em conflito, em vez de se dirigirem aos tribunais do Estado, submetem o litígio¹ à apreciação de terceiros (os árbitros), os quais, por força de lei, proferem decisões, com natureza de sentença e com força de caso julgado.²

A evolução dos meios de solução de controvérsias, até que se chegasse ao exercício da jurisdição pelo Estado, passou (após a limitação imposta à autotutela) pela solução através de árbitros, pessoas de confiança dos indivíduos em conflito. Historicamente, portanto, a arbitragem precedeu o próprio Estado e sua respectiva atividade legislativa e judiciária³.

3 Natureza jurídica

A natureza jurídica da arbitragem é matéria de grande controvérsia entre os doutrinadores e que já provocou posicionamentos apaixonados de diversos estudiosos. Esse debate se justifica não somente por sua importância teórica, mas também pela relevância política que implica.⁴

A verdade é que a discussão teórica sobre a natureza jurídica da arbitragem, com frequência, vem acompanhada de preconceitos estereotipados e que provocam relevantes conseqüências práticas.

Para alguns, a arbitragem é exorcizada como a "institucionalização da hegemonia do poder econômico", uma vez que "demandas verificadas em setores inteiros da economia passariam a ser decididas por particulares destituídos das garantias da magistratura".⁵ Como configuração definitiva da justiça privada.

Em que pese o número, diga-se, cada vez mais reduzido, de detratores da arbitragem, essa técnica é conhecida, regulada e adotada na grande maioria das legislações do mundo moderno. Perdendo fôlego, portanto, a presente discussão teórica, diante das vantagens normalmente associadas à arbitragem.

São apontadas como vantagens do processo arbitral: o caráter mais reservado ou confidencial do respectivo processo, a melhor adequação à apreciação de litígios de especial complexidade (os árbitros podem ser especialistas na matéria controvertida), a celeridade dos casos que lhe são submetidos, a flexibilidade de que as partes podem usufruir (por exemplo, na escolha dos árbitros⁶, das regras processuais⁷, do direito aplicável⁸), a neutralidade do respectivo tribunal, a equiparação da decisão arbitral⁹ às sentenças proferidas pelos tribunais da justiça oficial em termos de exeqüibilidade.¹⁰

Esquível, J.¹¹ invoca os ensinamentos de *João Caupers*¹² para mencionar vantagens pontuais da utilização da arbitragem no contencioso administrativo, tanto de ordem conjuntural (o gigantesco atraso na apreciação e julgamento dos processos confiados aos tribunais administrativos), como de ordem estrutural (em especial, as dificuldades de adequação do processo administrativo face à complexidade dos problemas do mundo atual e o caráter excessivamente formalista daquele processo).

Lemes, S., por sua vez, considera:

*um dever de civilidade poupar o Judiciário em questões que possam ser dirimidas por arbitragem". Porém, não deixa de ponderar, "a arbitragem não vem para solucionar os problemas crônicos do Judiciário e, muito menos, com ele concorrer. O seu papel é coadjuvar na administração da Justiça."*¹³

Ao retomar o rumo da discussão, podemos afirmar que a natureza jurídica da arbitragem tem sido apurada a partir de três correntes: contratualista, judicialista e teoria mista.¹⁴

Para a corrente *contratualista*, a arbitragem é um instituto de natureza contratual, consubstanciando um negócio jurídico e uma manifestação da autonomia privada das partes relativamente às suas relações jurídicas disponíveis.

A corrente *judicialista*, segundo a qual a arbitragem tem natureza judicial, baseia-se no fato de que os árbitros se equiparam aos juízes, valendo as respectivas decisões como verdadeiras sentenças, passíveis de recurso jurisdicional¹⁵, desde que não transitada em julgado e suscetíveis de constituírem título executivo.

Por fim, segundo a *teoria mista*, a arbitragem tem, simultaneamente, uma natureza *contratualista* e outra *judicialista*, ou seja, uma base assentada no contrato (a convenção de arbitragem) e outra de natureza judicial, verdadeira alternativa para a resolução de litígios entre as partes. Esta é a corrente majoritária adotada tanto pela legislação

portuguesa como pela brasileira, e, que, a nosso sentir, melhor representa a razão de ser da arbitragem.

4 Tipos de arbitragem

A tipologia da arbitragem pode assumir diferentes modalidades a depender dos critérios adotados. Procuraremos indicar, até por uma questão didática, as mais conhecidas e, de certa forma, as mais adequadas ao objetivo deste estudo. Assim, levando em conta a vontade das partes, a arbitragem pode ser *necessária* ou *voluntária*. *Ad hoc* ou *institucionalizada*, a depender de sua natureza funcional ou critério de surgimento. E, segundo os critérios que decidem o litígio, poderemos ter uma arbitragem *segundo a lei* ou *segundo a eqüidade*. E, ainda, *interna* ou *internacional*, se considerarmos a natureza dos interesses que constituem o objeto da arbitragem.

4.1 Arbitragem voluntária e arbitragem necessária

A arbitragem para atender à vontade das partes pode ser de dois tipos: voluntária ou necessária.

Arbitragem voluntária é aquela cuja existência depende da vontade das partes. Por disporem de alternativa jurisdicional, as partes podem exercer a opção de submeter a resolução do litígio aos tribunais arbitrais ou aos tribunais do Estado.

A LAV (Lei de Arbitragem Voluntária) não nos dá uma definição legal de arbitragem voluntária, porém, deixa ressaltar os elementos essenciais que marcam esta modalidade de arbitragem, quando prescreve que

desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente a tribunal judicial ou a arbitragem necessária, qualquer litígio que não respeite a direitos indisponíveis pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros (cf. art. 1º, nº. 1).

Coube à doutrina, privatista e publicista, a missão de procurar definir e caracterizar a arbitragem voluntária. Leciona Mendes, J.¹⁶ que "*quando a lei permite às partes resolverem o seu litígio em tribunal arbitral, o tribunal é voluntário*". Ensina, Abreu, E., com o mesmo propósito,¹⁷ que a arbitragem é voluntária quando comina numa "*decisão ou conjunto de decisões que uma ou mais pessoas tomam acerca das divergências surgidas entre duas ou mais partes, que àquelas, por acordo, cometem a resolução dos seus conflitos*".

Resta evidenciado que, neste tipo de arbitragem, prevalece o princípio da autonomia da vontade, dado que a adesão ao tribunal arbitral fica inteiramente ao critério das partes, podendo qualquer uma delas o recusar, se assim entender.

Em havendo opção por tribunal arbitral, todavia, as partes devem,

em caso de conflito, dirigir-se obrigatoriamente a ele, sob pena de preterição do tribunal arbitral voluntário¹⁸, o que gera vício de incompetência relativa.

Arbitragem necessária, por sua vez, é aquela imposta por lei, ou seja, as partes ficam legalmente impedidas de recorrer aos tribunais que integram a justiça oficial e que seriam normalmente competentes para apreciar o litígio.

O Código de Processo Civil português¹⁹ dispõe que pode haver casos em que a lei especial remeta certa situação ao tribunal arbitral necessário. Aplicando-se, segundo dispõe ao art. 1528º, do mesmo diploma legal, em tudo o que não for especialmente regulado, o disposto na lei de arbitragem voluntária.

4.2 Arbitragem institucionalizada e arbitragem *ad hoc*

Costuma-se apontar a arbitragem institucionalizada e arbitragem *ad hoc* como subtipos da arbitragem voluntária, levando em conta o critério do seu surgimento.

A arbitragem institucionalizada tem como característica a intervenção de uma instituição especializada de caráter permanente à qual devem as partes recorrer em caso de litígios.²⁰

Na arbitragem *ad hoc*, distintamente, o tribunal arbitral é constituído por árbitros designados pelas próprias partes. Neste caso, o tribunal arbitral não tem caráter permanente e possui competência limitada ao litígio apresentado pelas partes. Essa delimitação de competência é feita pela convenção de arbitragem.

4.3 Arbitragem segundo a lei e arbitragem segundo a equidade

Na arbitragem segundo a lei ou arbitragem de direito, os árbitros devem decidir o litígio conforme o Direito estrito, ou seja, a decisão arbitral deve estar fundamentada em normas e legislação nacional ou estrangeira. De modo diferente, na arbitragem segundo a equidade, os árbitros, ao decidirem, podem atender a razões de conveniência, de oportunidade e de justiça concreta.

Neste sentido é a disposição expressa no n.º 1 do art. 33º, da LAV, verbis: "*As partes podem escolher o direito a aplicar pelos árbitros, se os não tiverem autorizado a julgar segundo a equidade*".²¹

Caetano, A. faz lembrar, de modo apropriado, que a decisão arbitral "*deverá fundamentar-se na boa-razão e na ética, tornando mais benigno e humano o rigor da lei, amoldando a circunstância da questão, atendendo a um sem prejudicar o outro. Bem simples. Pelo bom-senso*".²²

4.4 Arbitragem interna e arbitragem internacional

Entende-se por arbitragem interna, aquela que decorre no território

rio nacional.

Na lição de Moura Vicente²³ "em regra, dir-se-ão internacionais as arbitragens que versam sobre litígios emergentes de relações jurídicas internacionais", enquanto "relações plurilocalizadas, isto é, as que entram em contacto, através de algum dos seus elementos estruturais, com diferentes sistemas de direito".

A LAV, ao conceituar arbitragem internacional, no artigo 32º, assim dispõe: "Entende-se por arbitragem internacional a que põe em jogo interesses de comércio internacional".²⁴ Conceito de arbitragem internacional considerado e extraído do Direito Internacional Privado.

A arbitragem internacional pode também ser encarada na ótica do Direito Internacional Público, segundo o qual "a arbitragem internacional consiste num meio heterocompositivo de resolução de litígios entre sujeitos de direito público internacional, designadamente entre Estados".²⁵

Ressalte-se que a distinção entre arbitragem interna e arbitragem internacional não pode ser equiparada à que existe entre arbitragem nacional e arbitragem estrangeira, cujos critérios de diferenciação empregados se assentam, comumente, no lugar da sede do tribunal arbitral ou Direito aplicável à arbitragem.²⁶

A distinção entre arbitragem nacional e arbitragem estrangeira, no ordenamento jurídico português, está patente no artigo 37º da LAV²⁷, bem como no n.º 1 do artigo 1094º do CPC (P), ao exigir o processo de *exequator*.²⁸

A legislação arbitral brasileira, neste particular, estabelece que "considera-se sentença estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional", em outras palavras, considera como "nacionais" as decisões arbitrais proferidas nos limites do território nacional. O que acaba por se confundir com o conceito de arbitragem interna.

Optaram, assim, os legisladores portugueses e brasileiros pelo critério do local onde foi proferida a sentença.

5 Arbitrabilidade subjetiva e objetiva

A análise da possível submissão à arbitragem passa necessariamente pelo exame da arbitrabilidade, que comporta dois aspectos: a *arbitrabilidade subjetiva* e a *arbitrabilidade objetiva*. A *arbitrabilidade subjetiva* determina quem pode ser parte num procedimento arbitral, ao passo que a *arbitrabilidade objetiva* estabelece quais as questões e matérias podem ser resolvidas por juízo arbitral.

No n.º 1 do artigo 1º, a LAV permite como regra geral, as convenções de arbitragem desde que se verifiquem cumulativamente os seguintes requisitos:

- a) que o litígio não esteja exclusivamente submetido por lei especial à competência de tribunal judicial ou a arbitragem necessária;
- b) que o litígio não respeite a direitos indisponíveis.

No n.º 2, do mesmo artigo, dispõe que "a convenção de arbitragem pode ter por objeto um litígio atual, ainda que se encontre afeto a tribunal judicial (compromisso arbitral), ou litígios eventuais emergentes de uma determinada relação jurídica contratual ou extracontratual (cláusula compromissória).

Verifica-se que a legislação portuguesa, ao afastar o uso da arbitragem aos litígios respeitantes a direitos indisponíveis, na verdade, não traz novidades em relação a arbitrabilidade objetiva, que sempre esteve restrita às questões passíveis de transação.²⁹

Por outro lado, no que se refere ao aspecto da arbitrabilidade subjetiva, em consonância com o mais moderno pensamento administrativista, prevê, no n.º 4, do artigo acima citado, que "*o Estado e outras pessoas colectivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem, se para tanto forem autorizadas por lei especial ou se elas tiverem por objecto litígios respeitantes a relações de direito privado*". Põe fim, desde logo, a qualquer indagação sobre a capacidade do Estado e entes coletivos de direito público se submeterem ao juízo arbitral.

A legislação brasileira, no tocante a arbitrabilidade subjetiva, sempre enunciou que pode se valer da arbitragem as pessoas capazes. A Lei de Arbitragem, logo no artigo 1º, previu que "*as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*" (grifos nossos).

Relativamente a arbitrabilidade objetiva, a Lei de Arbitragem restringiu o seu âmbito de aplicação ao prever que "*as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*".

O novo Código Civil brasileiro prevê no art. 851, que "*é admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar*". Adota, todavia, a via restritiva, ao enumerar no art. 852, as questões insuscetíveis de solução pela via arbitral. Para tanto, prevê que é vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal, de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.³⁰

Infelizmente, até a data de realização deste estudo, a legislação brasileira não dispôs acerca da capacidade de o Estado brasileiro e entes da Administração Pública se submeterem à arbitragem.³¹ Embora exista, é verdade, discussão, em estágio avançado, inclusive com parecer favorável da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, do Congresso Nacional brasileiro, de Emenda à Constituição, como parte da chamada "Reforma do Poder Judiciário", que permitirá à Administração Pública valer-se de juízo arbitral para resolver litígios.³²

6 Da decisão arbitral

6.1 Conceito e características

O Capítulo IV, a partir do artigo 19º, da LAV, cuidou da decisão arbitral. Chama, todavia, de "sentença arbitral", uma única vez, quando, no artigo 27º, trata da anulação da decisão.³³

Como a decisão proferida pelo tribunal arbitral encontra-se equiparada àquela proferida pelo tribunal de 1ª instância, possuindo a mesma força vinculativa e exequível de qualquer tribunal de comarca, pode-se afirmar, com segurança, em face do princípio da equiparação, que se trata de verdadeira sentença, como definido no n.º 2 do artigo 156º do CPC (P).³⁴ Afinal, a decisão do tribunal arbitral apreciará o fundo da causa, julgando a quem assiste o direito em conflito.

A decisão arbitral apresenta, por sua vez, características peculiares. Em primeiro plano, vê-se que a LAV (n.º 2 do artigo 19º), como regra geral, fixa em seis meses o prazo para a decisão do tribunal arbitral, se outra coisa não resultar do acordo das partes. Prevalece, deste modo, o princípio da imperatividade da vontade das partes, posto que podem estabelecer um outro prazo.³⁵

Esse prazo começa a ser contado a partir da data de designação do último árbitro, salvo convenção em contrário (n.º 3 do artigo 19º da LAV). E, por acordo escrito das partes, poderá ser prorrogado até o dobro da sua duração inicial, conforme o n.º 4, do mesmo dispositivo legal.

Sendo o tribunal arbitral composto de mais de um membro, segundo consta do n.º 1 do artigo 20º, a decisão será tomada por maioria de votos, salvo, mais uma vez, a vontade das partes, que poderão, mediante convenção de arbitragem ou acordo posterior, celebrado até a aceitação do primeiro árbitro, exigirem uma maioria qualificada. Ou, ainda, poderão convencionar que, não se tendo formado a maioria necessária, a decisão seja tomada unicamente pelo presidente ou que a questão se considere decidida no sentido do voto do presidente, conforme parte final do n.º 1 e o n.º 2, do artigo 20º.

6.2 Elementos da decisão

O artigo 23º da LAV, além de dizer que a decisão deve ser fundamentada, identifica no n.º 1, os elementos da decisão arbitral, traça, então, a estrutura do *decisum*, a saber:

- a) A identificação das partes;
- b) A referência à convenção de arbitragem;
- c) O objeto do litígio;
- d) A identificação dos árbitros;
- e) O lugar da arbitragem e o local e a data em que a decisão foi proferida;
- f) A assinatura dos árbitros;
- g) A indicação dos árbitros que não puderem ou não quiserem

assinar.

A estrutura da sentença judicial, conforme traços definidos pelo artigo 659º do Código de Processo Civil, está dividida em três partes: o relatório, os *fundamentos* e a *decisão*.

No *relatório*, o Tribunal identifica as partes e o objeto do litígio, fixando as questões que ao tribunal cumpre solucionar - art. 659º, nº. 1.

Nos *fundamentos*, o juiz discrimina os fatos que considera provados e deve indicar, interpretar e aplicar as normas jurídicas correspondentes - art. 659º, nº. 2.

A *decisão*, parte final da sentença, constitui a resposta que mereceu a pretensão das partes.³⁶

Considerando-se, mais uma vez, o princípio da equiparação, para que tal decisão seja considerada apta a produzir efeitos, deve conter a mesma estrutura lógica da sentença judicial, até mesmo porque, passada em julgado, sendo condenatória, constituirá título executivo judicial (cujo requisito de forma é indispensável), cujo processo executório dar-se-á no tribunal de 1ª instância.³⁷

Assim, os requisitos essenciais da decisão arbitral são basicamente os mesmos que se exige da sentença proferida no Tribunal Estadual - artigo 659º do CPC (P).

6.3 Efeitos da decisão

O legislador português, ao tratar do caso julgado e da força executiva da decisão arbitral no artigo 26º da LAV, acabou por lhe atribuir os mesmos efeitos que possui a sentença do Tribunal Estadual. E não poderia ser de outra forma, afinal, como já mencionado, o sistema da arbitragem voluntária veio a equiparar decisão proferida por um tribunal arbitral como se fosse proferida por tribunal de 1ª Instância.

Conforme dispõe o art. 677º do CPC (P), "*a decisão considera-se passada ou transitada em julgado, logo que não seja susceptível de recurso ordinário, ou de reclamação nos termos dos artigos 668º e 669º*".

A sentença passa ou transita em julgado quando já não é possível ser modificada por meio de recurso ordinário, embora o possa ainda vir a ser pela via do recurso extraordinário de revisão ou da oposição de terceiro.³⁸ Sobre este tema, trataremos mais adiante ao discorrermos acerca da recorribilidade da decisão arbitral.

*A exequibilidade é a força especial atribuída às sentenças que condenam alguém à realização de determinada prestação e consiste na possibilidade de exigir a cooperação do Estado, através do processo adequado, na realização coactiva da prestação.*³⁹

Tem, assim, a decisão arbitral, até porque, dito de forma expressa pela lei, os mesmos efeitos que a sentença do Tribunal Estadual; passada

em julgado, gera efeitos de imediato e constitui título hábil à instauração do processo executivo no tribunal de 1ª Instância.

Decorrem, daí, portanto, duas conseqüências essenciais: a decisão arbitral tem força de caso julgado e tem efeito de título executivo, ou seja, permite o recurso imediato à ação executiva caso a decisão seja condenatória.

7 Sistema recursal no direito processual português

O sistema processual coloca à disposição dos interessados que resultaram prejudicados os meios de impugnação que possibilitem, conforme o caso, a eliminação da decisão, inválida, injusta ou não conforme a lei, ou ainda, a sua substituição por outra.⁴⁰

A falibilidade humana e a possibilidade de erro por parte dos juízes fundamentam a admissibilidade de atacar a decisão judicial, fruto da tutela jurisdicional prestada pelos tribunais estaduais, mediante a interposição dos chamados recursos, no caso em tela, recursos cíveis.⁴¹

O recurso, como meio de impugnação da decisão judicial, pode ser exercitado dentro do processo em que surgiu a decisão impugnada, em geral com deslocamento de competência: do órgão que proferiu a decisão (*órgão a quo*) para aquele a quem compete o reexame (*órgão ad quem*).

A recorribilidade das decisões judiciais é princípio geral de qualquer ordenamento jurídico moderno. No ordenamento jurídico português esse princípio é encontrado nas disposições do artigo 676º, nº.1, segundo o qual "*as decisões judiciais podem ser impugnadas por meio de recursos*". A irrecorribilidade é exceção, e dela deve tratar a lei.

No atual direito português, o gênero "*meios de impugnação*" comporta essencialmente duas espécies, a *reclamação* e o *recurso*, este distinguindo em ordinários e extraordinários.⁴²

O critério de distinção entre recursos ordinários e extraordinários, no sistema processual português, atende ao fenômeno do trânsito em julgado da decisão:⁴³ os recursos ordinários são interpostos de decisões não transitadas em julgado; os recursos extraordinários pressupõem o trânsito em julgado da decisão.

Os *recursos ordinários* visam um novo exame da decisão impugnada por parte do órgão jurisdicional de hierarquia superior, caracterizando-se assim, como recursos devolutivos; enquanto os *recursos extraordinários* são julgados pelo mesmo órgão jurisdicional que proferiu a decisão impugnada, são, pois, recursos não devolutivos.

Segundo o nº 2 do artigo 676º, do CPC (P), são *recursos ordinários*, a apelação, a revista e o agravo; são *recursos extraordinários*, a revisão e a oposição de terceiros.

Nem toda a decisão, todavia, admite recurso. Segundo o art. 678º, do CPC (P), só se admite recurso ordinário nas causas de valor superior à

alçada do tribunal⁴⁴ de que se recorre e desde que as decisões impugnadas sejam desfavoráveis para o recorrente em valor também superior a metade da alçada desse tribunal. Ou seja, há exigência de dois requisitos: o valor da causa e o valor da sucumbência.⁴⁵

Ressalte-se, contudo, o teor do n.º 2 do art. 678º, que admite o recurso, independente do valor da causa, quando se tratar de violação das regras de competência internacional, em razão da matéria ou da hierarquia ou da ofensa de coisa julgada (material ou formal). Bem como, do n.º 4 do mesmo artigo, quanto à admissibilidade de recursos contra acórdão da Relação que esteja em contradição com outro, dessa ou de diferente Relação (conflito jurisprudencial).

8 Recorribilidade da decisão arbitral

Em que pese estarmos diante de um sistema processual que respeita a autonomia da vontade e confira às partes a possibilidade de recusa do direito de recorrer, a decisão arbitral, segundo a atual legislação portuguesa, é recorrível.

A recorribilidade da decisão arbitral, face ao princípio da equiparação, é feita nos termos do regime geral de recursos, previsto no Código de Processo Civil, e nos critérios de recorribilidade das decisões judiciais.

A LAV prevê a figura dos recursos no artigo 29º,⁴⁶ evidenciando um claro retorno ao regime de recursos instituído no Código de Processo Civil.⁴⁷ Dizemos isso, porque o Decreto-Lei n.º. 243/84, de 17 de Julho, revogado pela Lei n.º 31/86, no seu artigo 25º, já consagrara a regra da irrecorribilidade das decisões arbitrais.⁴⁸

É bom que se diga, que, em face à natureza efêmera do tribunal arbitral, o regime dos recursos à decisão arbitral tem, necessariamente, de sofrer adaptações pontuais, as quais teremos oportunidade de analisar a partir de então.

8.1 Recursos a interpor da decisão arbitral

Da decisão arbitral cabe, segundo reza o n.º.1 do artigo 29º, da LAV, os mesmos recursos que caberiam da sentença proferida pelo tribunal da comarca. Quais seriam esses recursos?

Conforme estudamos acima, o atual direito português contempla a possibilidade de interposição de recursos ordinários e extraordinários.

Apenas para recordar, são *recursos ordinários*, a apelação, a revista e o agravo; são *recursos extraordinários*, a revisão e a oposição de terceiros, conforme estipulação expressa do artigo 676º, n.º. 2, do CPC.

Iniciemos, então, pela análise de cabimento dos chamados recursos ordinários.

Compete recurso de *apelação* da sentença final e do despacho saneador que decidam do mérito da causa (art. 691º, n.º 1). Logo, aplicando-se tal critério de recorribilidade podemos concluir que a decisão arbitral, sempre que tenha decidido o mérito da causa, é suscetível de *apelação*.

Segundo a regra do n.º 1 do artigo 721º, cabe *recurso de revista* do acórdão da Relação que decida do mérito da causa. Das disposições dessa norma combinada com o que estabelece o n.º 1 do artigo 29º, poder-se-ia entender, à primeira vista, que as decisões arbitrais não são suscetíveis de recurso de revista, afinal não são dirigidas para a Relação.

Este entendimento não deve, no entanto, ser acolhido. A LAV trata apenas dos recursos a interpor de decisões do tribunal arbitral para a Relação, tribunal de 2ª Instância. E, quando a parte interpõe um recurso do acórdão da Relação já não recorre de uma decisão arbitral, mas de um acórdão da Relação, logo não faria sentido que esta afirmação fosse expressamente referida pela Lei n.º 31/86.⁴⁹

Assim, sendo a decisão arbitral suscetível de *apelação*, é de se concluir que, se o tribunal da Relação tiver conhecido do mérito deste primeiro recurso, pode a parte lesada impugnar este acórdão, através do recurso de revista, com base em violação de lei.

Por fim, das decisões que não se pode apelar, cabe *agravo*, segundo consta do art. 733º. Assim, não havendo o julgamento do mérito da causa e sendo a decisão recorrível, dela deverá ser interposto recurso de *agravo*.

Resulta do exposto que a decisão arbitral é impugnável por todas as vias ordinárias de recurso. Façamos análise, então, em relação aos recursos extraordinários: a revisão e a oposição de terceiros.

Os fundamentos do recurso de revisão são encontrados no artigo 771º. Leciona Costa Silva, P., com a qual concordamos plenamente, que "*uma vez que é possível que uma decisão proferida por árbitros esteja afectada por qualquer dos fundamentos, que legitimam o recurso de revisão, é legítimo atacar a decisão através deste meio*".⁵⁰

Relativamente ao recurso de oposição de terceiro, dita o n.º 1 do artigo 778º, que "*quando o litígio assente sobre acto simulado das partes e o tribunal não tenha feito uso do poder que lhe confere o artigo 665º, por não ter apercebido da fraude, pode a decisão final, depois do trânsito em julgado, ser impugnada mediante recurso de oposição do terceiro que com ela tenha sido prejudicado*".

Pode-se concluir, desde logo, que, decorrendo a decisão arbitral de ato simulado das partes e aquela vindo a prejudicar um terceiro, cabe a interposição de recurso de oposição de terceiro.⁵¹

Podemos concluir, portanto, que as decisões arbitrais, em decorrência, até mesmo, da regra de equiparação à decisão judicial, são passíveis de todos os recursos, sejam ordinários ou extraordinários.

8.2 Competência e juízo de admissibilidade

Ao tratarmos do requerimento de interposição do recurso, vimos que este é endereçado ao próprio tribunal que proferiu decisão recorrida. Tão logo recebido o requerimento de interposição, o juiz da causa, na 1ª. instância, ou o relator, nos tribunais superiores, exerce o juízo de admissibilidade, mediante despacho liminar de admissão ou de indeferimento do recurso.

E agora, como aplicar estas regras de admissibilidade de recursos às decisões arbitrais? Sim, justamente em face da já mencionada natureza efêmera do tribunal arbitral.

O sistema de interposição de recurso mais coerente consiste na entrega do requerimento de interposição na secretaria do tribunal competente para conhecer do objeto do recurso, assim a competência para o exercício dos poderes previstos nos artigos 687º, nº. 3 a 689º se concentra no tribunal *ad quem*. E, de forma lógica, não poderia ser de outra forma, afinal, o tribunal arbitral se extingue no momento em que é proferida a decisão final.⁵²

Assim, o requerimento de interposição do recurso deve ser apresentado na secretaria do tribunal da Relação. Cabendo ao relator sorteado exercer o juízo de admissibilidade do recurso e proferir o despacho relativo à admissão ou à rejeição do recurso, com base nos fundamentos constantes do artigo 687º, nº. 3, do CPC (P).

Como nem sempre existe uma correlação direta entre o local de funcionamento da arbitragem e a competência territorial da Relação, surge o questionamento acerca da competência territorial das Relações para conhecer do recurso.

Na tentativa de responder ao presente questionamento, devemos lembrar que, em primeiro lugar, que a LAV, no artigo 24º, nº. 2, estabelece que "*o original da decisão é depositada na secretaria do tribunal judicial do lugar da arbitragem...*". Assim, em não havendo dispensa de tal depósito, a competência para conhecer do recurso interposto é do tribunal da Relação em cujo distrito judicial se integra a Comarca, onde a decisão foi depositada.

Se ocorrer a dispensa do depósito, a solução pode estar em atribuir competência à Relação, em cujo distrito funcionou o tribunal arbitral. Ou, ainda, ao tribunal da Relação, em cujo distrito judicial se integraria o tribunal de 1ª. Instância, territorialmente competente para julgar o litígio, se não tivesse funcionado o tribunal arbitral.

Costa Silva, P.⁵³ entende que a solução mais consentânea é justamente atribuir competência ao tribunal da Relação, em cujo distrito funcionou o tribunal arbitral. Com o que concordamos plenamente, até mesmo porque, na prática, não tem ocorrido o tal depósito da decisão arbitral.

8.3 Condições de recorribilidade

Quais seriam as condições de recorribilidade das decisões arbitrais? A Lei n.º. 31/86 não estabelece um regime especial de recursos, aplica-se, por conseguinte, os critérios de recorribilidade de decisões judiciais.

Levando-se em conta os termos do n.º. 1 do artigo 29º, segundo o qual a decisão arbitral é equiparada à decisão judicial para efeitos de sua recorribilidade, não é de todo discutível que se aplique a alçada do tribunal de 1ª. instância ao tribunal arbitral.

Assim, nem toda a decisão arbitral é recorrível, devendo os recursos da decisão arbitral obedecer às disposições do regime processual português, conforme visto anteriormente.

8.4 Retratação

O recurso de agravo, interponível contra a decisão arbitral que não conheceu do mérito da causa, tem como traço característico a possibilidade de *retratação* por parte do juiz que proferiu a decisão judicial.⁵⁴ Assim ocorrendo, em face da perda de interesse processual, o recurso deve ser extinto.

Há quem entenda que, pelo fato do tribunal arbitral se extinguir no momento em que é proferida a decisão final e a considerar que a entrega do requerimento de recurso ocorre diretamente na secretaria do tribunal da Relação, não existiria o poder de retratação do juiz em sede de recurso de agravo.

No dizer de Costa Silva, P.⁵⁵, o agravo interposto contra decisão arbitral encontra-se destituído de seu traço caracterizador, ou seja, a possibilidade de retratação. Entendemos, porém, que por razões de celeridade, característica marcante do processo arbitral, deveria ser admitida a possibilidade de o juízo arbitral retratar-se ao reconhecer que julgou mal.

Essa retratação, por se constituir em exceção ao princípio de auto-esgotamento do poder jurisdicional, constante do n.º 1 do artigo 666º, segundo o qual é vedado ao tribunal alterar a sua própria decisão depois de proferida,⁵⁶ deveria se fazer presente no tribunal arbitral com vistas à efetividade do processo arbitral e de modo a evitar o prolongamento desnecessário do processo a ele confiado.

9 Renúncia aos recursos

Como dito alhures, a LAV prevê expressamente a possibilidade de renúncia do direito de recorrer. Assim, segundo o artigo 29º, podem as partes renunciar aos recursos (n.º. 1), bem como ao concederem autorização aos árbitros para julgarem segundo a equidade (n.º. 2), haverá necessária renúncia aos recursos.

O Prof. *Baptista, J.*⁵⁷ não admite, contudo, a renúncia antecipada do recurso extraordinário frente às razões de grande injustiça que lhes servem de fundamento. Não seria correto admitir, segundo ensina Costa Silva, P.,⁵⁸ que as partes por desconhecerem a gravidade dos vícios que

podem ocorrer no decurso de um processo, possam, previamente, declarar que, em caso algum, os invocarão.

10 Recursos e arbitragem internacional

O artigo 34º da Lei nº. 31/86, assim dispõe, "*tratando-se de arbitragem internacional a decisão do tribunal não é recorrível, salvo se as partes tiverem acordado a possibilidade de recurso e regulado os seus termos*".

A lei em comento estabelece, em termos de arbitragem internacional, a necessidade de dois requisitos; o primeiro é que as partes devem convencionar sobre a recorribilidade da decisão arbitral e, o segundo, que devem regular os termos desse recurso. Logo, uma vez não atendidos tais requisitos, a decisão arbitral internacional torna-se irrecorrível.

11 Irrecorribilidade na Lei brasileira nº. 9.307/96

A Lei de Arbitragem brasileira (nº. 9.307/1996, de 23 de setembro), em seu artigo 18, determina expressamente que a sentença arbitral não fica sujeita a recurso, é, portanto, irrecorrível.⁵⁹

Assim, uma vez expedida a sentença arbitral, esta faz coisa julgada entre as partes quanto à matéria decidida. Não existe um mecanismo legal que possa remeter a matéria decidida a novo julgamento ou reforma da decisão do árbitro, como ocorre nas decisões judiciais.⁶⁰

Na opinião de Paloni, N.⁶¹ seria contraproducente a utilização de recursos ordinários às decisões de mérito proferidas em tribunais arbitrais. Tal possibilidade, segundo o árbitro da Câmara de Comércio do Mercosul, tira da arbitragem a sua maior vantagem: a celeridade.

No artigo 30º da Lei de Arbitragem, encontra-se prevista uma espécie de embargos de declaração, numa analogia ao Código de Processo Civil. Segundo o qual, a parte interessada, no prazo de cinco dias contados do recebimento da sentença, poderá solicitar ao árbitro que "*esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão*". Ou, ainda, permite que o árbitro ou tribunal arbitral "*corrija qualquer erro material da sentença arbitral*".

12 Conclusão

Ao falarmos sobre a recorribilidade das decisões arbitrais, tratamos de modo direto da autonomização da arbitragem. O legislador, durante todo o desenrolar do processo arbitral, demonstra a autonomia do instituto em face dos tribunais comuns. No entanto, ao apontar para os recursos da decisão proferida pelos árbitros, mostra que a arbitragem, em Portugal, encontra-se necessariamente ligada ao tribunal estatal, pois

poderá, em sede recursal, ser substituída por decisão judicial.

É certo que as partes, no exercício da autonomia da vontade, podem renunciar à possibilidade de recurso, bem como ao concederem autorização aos árbitros para julgarem segundo a equidade, renunciando expressamente aos recursos, segundo dita o artigo 29º, da Lei nº. 31/86, de 29 de Agosto.

É bom frisar, a Lei de Arbitragem Voluntária, pelo menos no que diz respeito à recorribilidade da decisão dos árbitros, representa um retrocesso do processo arbitral, posto que ao revogar o Decreto-Lei nº. 243/84, de 17 de Julho, que consagrara a regra da irrecorribilidade das decisões arbitrais, retorna ao regime de recursos instituído no Código de Processo Civil.

"*Stare debet setentia arbitri, quam de re dixerit, sive aequa, sive iniqua*" (deve-se submeter à sentença que o árbitro pronuncia sobre a coisa, seja ela justa ou injusta), este é o pensamento de Ulpiano, ao sustentar a irrecorribilidade da decisão do árbitro.

No ordenamento jurídico português, há uma série de previsões legais a propósito da irrecorribilidade de decisões proferidas por juizes togados; neste estudo mesmo tivemos oportunidade de tratar das decisões de que não cabem recursos.

Tal deveria ocorrer também com a decisão arbitral. Não basta apenas dizer que o recurso pode ser afastado pelas partes, deveria o legislador, em prol da celeridade processual, afastar a recorribilidade das decisões proferidas pelos árbitros. Como, aliás, ocorre com a Lei de Arbitragem brasileira, que, de modo claro e taxativo, estabelece que a sentença proferida por árbitro não fica sujeita a qualquer recurso.

Espere-mos que já em pleno Século XXI possa o legislador lusitano conceder maior ou total autonomia ao processo arbitral, consagrando-o definitivamente como instrumento eficaz de acesso à justiça.

Notas

1 Para o Direito português, conforme dispõe o nº. 3 do artigo 579º do CC (P), litigioso é o direito que tiver sido contestado em juízo contencioso, ainda que arbitral, por qualquer interessado. Por sua vez, o nº. 3 do artigo 1º da Lei nº. 31/86, de 29 de Agosto (LAV) estatui que as partes podem considerar abrangidos no conceito de litígio, para além das questões de natureza contenciosa em sentido estrito, quaisquer outras, designadamente as relacionadas com a necessidade de precisar, completar, atualizar ou mesmo rever os contratos ou as relações jurí-

dicas que estão na origem da convenção de arbitragem.

2 ESQUÍVEL, J. (**Os Contratos Administrativos e a Arbitragem**. Almedina, Coimbra, 2004, p. 76.), cita a definição de Jean Robert (**L'arbitrage - droit interne - droit international privé**, 5a. ed., Paris, Dalloz, 1983, p. 3), segundo o qual arbitragem "é a instituição de uma justiça privada pela qual os litígios são subtraídos às ju-

risdições de direito comum, para serem resolvidos por indivíduos revestidos, pela circunstância, da missão de julgar".

Para CARMONA, C. (**A arbitragem no processo civil brasileiro**. São Paulo, 1993, p. 19): "a arbitragem, de forma ampla, é uma técnica para solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção, sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir a eficácia de sentença judicial".

- 3 CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. **Teoria geral do processo**. 13a. ed., São Paulo, Malheiros Ed. 1997, p. 22.
- 4 BARRAL, Welber. **Arbitragem e Jurisdição. (ARBITRAGEM - lei brasileira e praxe internacional**. 2a. ed., revista e ampliada, LTr Ed., p. 163). Conforme observou BARRAL, W.: "a técnica da arbitragem atinge um dos pilares do poder do Estado - o poder de ditar a norma aplicável ao caso concreto, assegurando-lhe o monopólio da sanção e da pacificação social. A extensão dada à arbitragem é vista usualmente como um desafio a este poder, a ser promovido ou restringido segundo a ideologia que se adote".
- 5 *Idem. ibidem*. P. 168. Ao citar ETCHEVERRY, C. **A nova lei de arbitragem e os contratos de adesão**: algumas considerações. Revista Ajuris, disponível na Internet. <<http://www.ajuris.org.br>>
- 6 Dispõe o artigo 7º, da LAV, "Nº. 1. Na convenção de arbitragem ou em escrito posterior por elas assinado, devem as partes designar o árbitro ou árbitros que constituirão o tribunal, ou fixar o modo por que serão escolhidos. Nº. 2. Se as partes não tiverem designado o árbitro ou os árbitros nem fixado o modo da sua escolha, e não houver acordo entre elas quanto a essa designação, cada uma indicará um árbitro, a menos que acordem em que cada uma delas indique mais de um em número igual, cabendo aos árbitros assim designados a escolha do árbitro que deve completar a constituição do tribunal".
- 7 O nº. 1 do artigo 15º, da LAV, dispõe que, na "convenção de arbitragem ou em escrito posterior, até à aceitação do primeiro árbitro, podem as partes acordar sobre as regras de processo a observar na arbitragem, bem como sobre o lugar onde funcionará o tribunal".
- 8 Dispõe o nº. 1 do artigo 33º: "As partes podem escolher o direito a aplicar pelos árbitros, se os não tiverem autorizado a julgar segundo a equidade".
- 9 A legislação brasileira adotou o termo "sentença arbitral", inclusive estipulou que da sentença arbitral não cabe recurso, *ex vi* do art. 18 da Lei de Arbitragem (Lei nº. 9.307/1996, de 23 de Setembro, "O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recursos ou a homologação pelo Poder Judiciário".
- 10 Cf. Dispõe o nº. 2 do artigo 48º do CPC (P) que as decisões proferidas pelo tribunal arbitral são exequíveis nos mesmos termos em que o são as decisões dos tribunais comuns.
- 11 *Op. cit.*, p. 78/79.
- 12 Segundo CAUPERS, J. (**A arbitragem nos litígios entre a administração pública e os particulares**. CJA, nº 18, 1999, p. 7), "o triunfo da arbitragem representa o fracasso dos juizes e o êxito dos peritos".
- 13 **O desenvolvimento da arbitragem no Brasil e no exterior**. Artigo publicado no Jornal Valor Econômico,

- em 01/01/2003. Caderno Legislação & Tributos.
- 14 ESQUÍVEL, J. *Op. cit.*, p. 79, ao citar NAVARRETE, A. **Manual de Derecho de Arbitrage**, Madrid, Dykinson, 1997, p. 111 a 119; MORENO, F. **El arbitrage en el Derecho Español: Interno e Internacional**, Pamplona, Aranzadi, 1995, p. 60 a 63; e, LERA, S. **El Âmbito de Aplicación del Arbitrage**, Pamplona, Aranzadi, 1998, p. 54 a 57.
- 15 Dispõe o n.º 1 do artigo 29º da LAV que, se as partes não tiverem renunciado aos recursos, da decisão arbitral cabem para o tribunal da relação os mesmos recursos que caberiam da sentença proferida pelo tribunal de comarca.
- 16 MENDES, J. **Direito Processual Civil**, volume I, Lisboa. AAFDL, 1997.
- 17 ABREU, E. **Arbitragem**. DJAP, volume I, Lisboa, 1990, p. 433.
- 18 A preterição do tribunal arbitral necessário é uma exceção dilatória que deverá ser deduzida em defesa, dela não pode conhecer oficiosamente o tribunal, ex vi dos arts. 494º c/c art. 495º, ambos do CPC (P).
- 19 CPC (P), art. 1425º. "Se o julgamento arbitral for prescrito por lei especial, atender-se-á ao que nesta estiver determinado. Na falta de determinação, observar-se-á o disposto nos artigos seguintes".
- 20 ESQUÍVEL, J. *Op. cit.*, p. 117. Nota de rodapé n.º. 337: "Em termos gerais, a arbitragem institucionalizada está prevista no artigo 38º da LAV e no DL n.º. 425/86, de 27 de Dezembro, que regula a criação de centros de arbitragem com caráter institucionalizado. Mais especificamente, existem, entre outros, vários exemplos de arbitragem institucionalizada em Portugal, como sucede com a arbitragem que tem lugar perante o Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa/Associação Comercial Portuguesa ou perante o Centro de Arbitragens Voluntária da Ordem dos Advogados. A nível internacional, destaca-se a arbitragem junto da Câmara de Comércio Internacional. Sobre os regulamentos destes e de outros centros de arbitragem ver, em língua portuguesa, a compilação organizada por COELHO, João Miguel Galhardo, **Arbitragem**, Coimbra, Almedina, 2000". A Lei de Arbitragem brasileira (Lei n.º. 9.307/96, de 23 de Setembro) faz remissão aos órgãos arbitrais institucionais e entidades especializadas em seu art. 5º: "Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencional para a instituição da arbitragem".
- 21 De igual modo, há previsão expressa na Lei de Arbitragem brasileira, conforme consta do art. 2º. "A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes".
- 22 CAETANO, L. **Arbitragem e Mediação: Rudimentos**. Atlas Ed. São Paulo. 2002, p. 58.
- 23 VICENTE, D. **Da arbitragem comercial internacional - Direito aplicável ao mérito da causa**. Coimbra Editora. Coimbra. 1990.
- 24 Parágrafo único, do art. 34, da Lei n.º. 9.307/96, de 23 de Setembro.
- 25 ESQUÍVEL, J. *Op. cit.*, p. 119.
- 26 PINTO, J. **A arbitragem no Brasil e a Convenção de New York de 1958**. Jus Navigandi n.º. 393. 2004,

disponível na Internet <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3650>>, leciona que "internacional será a arbitragem em que estejam envolvidas partes nacionais e estrangeiras, mas não necessariamente será estrangeiro o laudo proferido em qualquer dessas arbitragens". Existiriam laudos nacionais, laudos estrangeiros e laudos não estrangeiros e que não são, necessariamente, laudos nacionais ou domésticos. Para melhor explicar essa classificação, o advogado nos dá o seguinte exemplo: "Podemos imaginar duas arbitragens internacionais envolvendo as mesmas partes - uma delas domiciliada no Brasil e outra, no exterior. Numa delas, o local de arbitragem se situa fora do território brasileiro e na outra, no Brasil. No primeiro caso, teremos um laudo proferido no local da arbitragem e, conseqüentemente, um laudo arbitral estrangeiro, ao passo que na outra, proferido em território brasileiro, o laudo arbitral será considerado não estrangeiro. Portanto, duas arbitragens internacionais com laudos arbitrais de nacionalidade distinta. No caso da arbitragem em que se convencionou ser o Brasil o local da arbitragem, não se poderá dizer que, a despeito da existência de um lado não estrangeiro, a arbitragem será tida como nacional ou doméstica". Ressalta, todavia, que "a natureza internacional não decorre da nacionalidade das partes, nem mesmo de uma eventual escolha da lei estrangeira substitutiva, mas, apenas e tão somente, da diversidade de domicílios. A escolha da lei substantiva estrangeira não terá, na arbitragem, assim como não tem no exame da controvérsia pelo Poder Judiciário, o efeito de modificar a natureza da arbitragem".

- 26 A Lei de Arbitragem brasileira (Lei nº. 9.307/96), por sua vez, restringiu o

seu âmbito de aplicação, ao prever que "as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis".

- 27 Art. 37º da LAV: "O presente diploma aplica-se às arbitragens que tenham lugar em território nacional".
- 28 CPC (P), nº 1 do Art. 1094º.: "Sem prejuízo do que se ache estabelecido em tratados, convenções, regulamentos comunitários e leis especiais, nenhuma decisão sobre direitos privados, *proferida por tribunal estrangeiro ou por árbitros no estrangeiro, tem eficácia em Portugal, seja qual for a nacionalidade das partes, sem estar revista e confirmada.*" (grifamos).
- 29 A Lei de Arbitragem brasileira (Lei nº. 9.307/96), por sua vez, restringiu o seu âmbito de aplicação, ao prever que "as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis".
- 30 MEDEIROS, S. **Algumas questões sobre a arbitragem envolvendo a Administração Pública no direito brasileiro.** Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC. Volume 5. Número 17. Jan/Mar 2004, p. 93.
- 31 A doutrina, por sua vez, em sua maioria, embora em posição contrária, às decisões do Tribunal de Contas da União, por diversas vezes, manifestou-se favorável à utilização da arbitragem. Veja-se os artigos de GRAU, E. **Arbitragem e contrato Administrativo.** Revista Trimestral de direito Público 32/2000, p. 14/20; GRINOVER, A. **Arbitragem e Prestação de serviços Públicos.** Revista síntese de direito Civil e Processual Civil. Ano V, nº. 26, Nov-Dez 2003, p. 65/73; LEMES, Selma Maria Ferreira. **Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos - Arbitra-**

- bilidade Objetiva. Confidencialidade ou Publicidade Processual?**, disponível na Internet <<http://www.amcam.com.br>>; MEDEIROS, S. **Algumas questões sobre a arbitragem envolvendo a Administração Pública no direito brasileiro**. Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC. Volume 5. Número 17. Jan/Mar 2004, p. 91/113; ROCHA, Fernando Antônio Dusí. **Regime Jurídico dos Contratos Administrativos**. 2a. ed. Brasília Jurídica, Ed. Brasília. 2000, p. 279/299.
- 32 Congresso Nacional brasileiro, Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Parecer nº. 1.748, de 2004. Acresce parágrafo 3º ao artigo 98, da Constituição Federal de 1988, com a seguinte redação: Os interessados em resolver seus conflitos de interesse poderão valer-se de juízo arbitral, na forma da lei" .
- 33 O legislador brasileiro alterou a denominação do ato decisório do árbitro para "sentença arbitral", dedicando todo o Capítulo V, da Lei nº. 9.307/96, artigos 23 a 33, a tratar do assunto.
- 34 CPC (P), nº. 2 do artigo 156º. " Diz-se sentença o acto pelo qual o juiz decide a causa principal ou algum incidente que apresente a estrutura de uma causa". Para o Código de Processo Civil brasileiro, segundo consta do artigo 162, parágrafo primeiro, "sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa" .
- 35 ALMEIDA, J. **Processo Arbitral**, p. 128.
- 36 AMARAL, J. **Direito Processual Civil**. Almedina. Coimbra. 2001, p. 289.
- 37 Conforme o nº. 2 do artigo 26º da LAV, " a decisão arbitral tem a mesma força executiva que a sentença do tribunal judicial de 1ª. Instância". E, segundo disposição do artigo 30º, " a execução da decisão arbitral corre no tribunal de 1ª. Instância, nos termos da lei de processo civil" .
- 38 AMARAL, J. *Op. cit.*, p. 307.
- 39 VARELA, A.; BEZERRA, J.; NORA, S. **Manual de Processo Civil**. 2a. ed., Coimbra Ed., 1985, p. 700.
- 40 FERREIRA, F. **Manual dos recursos em processo civil**. 5a. ed., Almedina. Coimbra, 2004, p. 63.
- 41 Recorrer é inerente ao próprio ser humano que, não raro, mostra-se insatisfeito com a decisão que lhe é imposta pela jurisdição estatal. Por outro lado, os recursos encarecem o processo e, muitas vezes, servem para retardá-lo, quando utilizados por litigantes de má-fé com o único objetivo de embarçar o trâmite processual e retardar a execução da decisão judicial.
- 42 FERREIRA, A. (*Op. cit.*, p. 65) traz a lume os ensinamentos de Castro Mendes acerca da diferença tendencial entre reclamação e recurso: " A reclamação representa um pedido de revisão do problema sobre que incidiu a decisão judicial, revisão feita pelo mesmo órgão judicial e sobre a mesma situação em face da qual decidiu; o recurso representa um pedido de revisão da legalidade ou ilegalidade da decisão judicial, feita por um órgão judicial diferente (superior hierarquicamente) ou em face de argumentos especiais feitos valer" .
- 43 Segundo o artigo 677º, do CPC (P), "a decisão considera-se passada ou transitada em julgado, logo que não seja susceptível de recurso ordinário, ou de reclamação nos termos dos artigos 668º e 669º". Para o CPC brasileiro, cf. artigo 467,

"denomina-se coisa julgada material a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário".

- 44 A alçada é o limite até o qual o tribunal julga sem recurso ordinário (Segundo o art. 24º da LOFTJ: em matéria cível a alçada dos tribunais da Relação é de €\$ 14.963,94 e a dos tribunais de 1ª. Instância é de •\$ 3.740,98. Tribunal da Relação é o tribunal de 2ª. Instância na organização judiciária portuguesa, o qual recebe o nome do município em que se encontrar instalado, segundo consta da Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais (Lei n. 3/99, de 13 de janeiro).
- 45 FERREIRA, F. (*Op. cit.*, p. 101), ilustra de maneira simples e objetiva a exigência da lei processual: Proposta, no tribunal de comarca, acção de dívida do valor de •\$4.000 e o réu foi condenado a pagar a importância de •\$ 1.500. Atendendo somente ao valor da causa, tanto autor como o réu podiam recorrer para a Relação. Mas, diante da necessidade de igualmente levar em consideração o valor da sucumbência, apenas o autor pode interpor recurso, por a decisão lhe ter sido desfavorável no montante de •\$2.500, valor superior a metade da alçada do tribunal.
- 46 Diz o nº. 1 do artigo 29, da LAV: "Se as partes não tiverem renunciado aos recursos, da decisão arbitral cabem para o tribunal da relação os mesmos recursos que caberiam da sentença proferida pelo tribunal da comarca".
- 47 Os CPC de 1939 e de 1961 previam a regra de equiparação da decisão arbitral à decisão de 1ª. Instância, vigorando naquela altura, evidente regime de dependência da arbitragem ao tribunal estadual e ao processo judicial, a ponto de, uma vez proferida a decisão arbitral, que seria depositada na secretaria do tribunal judicial, em que funcionara o tribunal arbitral, terem as partes legitimidade para requererem ao tribunal judicial, que se pronunciasse, em sede de recurso, sobre a decisão, segundo lição de COSTA SILVA, P. **Anulação e Recursos da Decisão Arbitral**, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 52, Lisboa, 1992, p. 984.
- 48 No regime do Decreto-Lei nº. 243/84, de 17 de Julho, o tribunal arbitral julgava definitivamente todas as questões abrangidas pela convenção de arbitragem. Cabendo às partes envolvidas, no exercício da autonomia da vontade, estipularem em contrário, acordando que a decisão arbitral seria impugnável por via de recurso.
- 49 COSTA SILVA, Paula. **Anulação e recursos da decisão Arbitral**, p. 989.
- 50 *Idem*, p. 991.
- 51 Esse é o posicionamento de Pais De Amaral, **Direito Processual Civil** e de Costa Silva, **Anulação e Recursos da Decisão Arbitral**.
- 52 Fica ressalvado, porém, a aplicação das disposições contidas no nº 1 do art. 669º, relativamente aos necessários esclarecimentos de alguma obscuridade ou ambigüidade contida na decisão arbitral, em que pese a lacuna verificada na LAV. O que não ocorre na Lei de Arbitragem brasileira, posto que há previsão expressa no art. 30, da Lei 9.307, de 23 de Setembro.
- 53 *Op. cit.*, p. 998
- 54 Trata-se da reparação do agravo ou, em outras palavras, da reconsideração do juiz de 1ª. Instância que, ao se vencer que decidiu mal, reconhece o direito do agravante e profere despa-

cho de reparação do agravo. Assim, satisfeita a posição do agravante, extingue-se quanto a ele o recurso, por perda de interesse processual.

- 55 *Op. cit.*, p. 1001.
- 56 FERREIRA, F. P. 308.
- 57 BAPTISTA, J. **Dos Recursos**. 7a. ed., p.136.
- 58 *Op. cit.*, p. 1007.
- 59 A Lei nº. 9.307/96 revogou os artigos 1.037 a 1.048 do Código Civil Brasileiro (Lei nº. 3.071/1916, de 1º de Janeiro). O artigo 1.046 continha previsão de recorribilidade da sentença arbitral, ao estabelecer que "no caso de nulidade ou extinção do compro-

misso" ou no caso "de ter o árbitro excedido seus poderes" havia recurso para o "tribunal superior" e que este recurso era regulado pela lei processual.

- 60 SALLES, A.; BARBEIRO, F. **Efeitos da sentença arbitral. Jus Navigandi**. Disponível na Internet. <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3628> Acesso em 02/02/2005.
- 61 **A Força da Sentença Arbitral**. Revista do BND. Vol. 8, n. 16. Rio de Janeiro. 2001, p. 275
- 62 PALONI, Nelson Alexandre. *Op. cit.*, p. 263 *apud* ACQUAVIVA (1993, p. 149).

Referências

ABREU, Erídano de. **Arbitragem**. Lisboa: DJAP, volume I, 1990.

ALMEIDA, João Alberto de. **Processo Arbitral**. Belo Horizonte: Del Rey Ed, 2002.

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo. **Arbitragem: questões polêmicas**. Disponível na Internet <<http://www.jus.com.br>>, Acesso em 25/01/2005.

AMARAL, Jorge Augusto Pais de. **Direito Processual Civil**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

BARRAL, Welber. **Arbitragem e Jurisdição**. In **ARBITRAGEM - lei brasileira e praxe internacional**. 2a. ed., revista e ampliada. São Paulo: LTr.

BAPTISTA, José João. **Dos Recursos**. 7a. ed. Lisboa: SPB Ed., 2004.

CAETANO, Luiz Antunes. **Arbitragem e Mediação: Rudimentos**. São Paulo: Atlas, 2002.

CARMONA, Carlos Alberto. **A arbitragem no processo civil brasileiro**. Atlas:

São Paulo, 1993.

CAUPERS, João. **A arbitragem nos litígios entre a administração pública e os particulares**. CJA, nº 18, 1999.

CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. **Teoria geral do processo**. 13a. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CORTEZ, Francisco. **A Arbitragem Voluntária em Portugal**. Revista O Direito. Ano 124. 1992.

DIAS, João Álvaro. **Resolução Extrajudicial de Litígios - Quadro Normativo**. Livraria Almedina. Coimbra, 2002.

ESQUÍVEL, José Luís. **Os Contratos Administrativos e a Arbitragem**. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

FERREIRA, Fernando Amâncio. **Manual dos Recursos em Processo Civil**. 5a. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **Arbitragem e contrato Administrativo**. Revista Trimestral

de direito Público 32/2000, p. 14/20.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Arbitragem e Prestação de serviços Públicos**. Revista Sintese de Direito Civil e Processual Civil. Ano V, nº. 26, Nov-Dez 2003, p. 65/73.

LEAL-HENRIQUES, Manuel. **Recursos em Processo Civil**. 3a. ed. Lisboa: Vislis, 1998.

LEMES, Selma Ferreira.

_____. **O desenvolvimento da arbitragem no Brasil e no exterior**. Jornal Valor Econômico, publicação de 01/01/2003. Caderno Legislação & Tributos.

_____. **Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos - Arbitrabilidade Objetiva. Confidencialidade ou Publicidade Processual?**, Disponível na Internet <<http://www.amcam.com.br>>, acesso em 25/01/2005.

LUZIA, Clara. **Código de Processo Civil**. Coimbra: Livraria Almedina, 2005.

MEDEIROS, Suzana Domingues. **Algumas questões sobre a arbitragem envolvendo a Administração Pública no direito brasileiro**. Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC. Vol. 5., n. 17. Jan/Mar 2004.

MENDES, João de Castro. **Direito Processual Civil**, volume I, Lisboa: AAFDL, 1997.

NETO, Abílio. **Código Civil Anotado**, 11a. ed. Lisboa: EDIFORUM, Edições Jurídicas Lta, 1997.

PALONI, Nelson Alexandre. **A Força da Sentença Arbitral**. Revista do BNDS. Vol. 8, n. 16. Rio de Janeiro. 2001.

PINTO, José Emilio Nunes. **A arbitragem no Brasil e a Convenção de New York de**

1958. Jus Navigandi nº. 393. 2004. Disponível na Internet. <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3650>

ROCHA, Fernando Antônio Dusi. **Regime Jurídico dos Contratos Administrativos**. 2a.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

SALLES, André Marcondes / BARBEIRO, Fabiano Fonseca. **Efeitos da sentença arbitral**. Jus Navigandi. Disponível na Internet. <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3628> Acesso em 02/02/2005.

SILVA, Manuel Botelho.

_____. **Arbitragem Voluntária**. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

_____. **Pluralidade de Partes em Arbitragens Voluntárias in Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço**. Volume II. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 500/538.

SILVA, Paula Costa. **Anulação e Recursos da Decisão Arbitral in Revista da Ordem dos Advogados**, Ano 52. Lisboa, 1992.

SOUSA, Miguel Teixeira. **Estudos sobre o novo Processo Civil**. 2a. ed. Lisboa: LEX, 1997.

VARELA, Antunes; BEZERRA, J.Miguel; NORA, Sampaio. **Manual de Processo Civil**. 2a. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1985.

VICENTE, Dário Moura. **Da arbitragem comercial internacional - Direito aplicável ao mérito da causa**. Coimbra Editora. Coimbra, 1990.

Competência criminal da Justiça do Trabalho: aspectos controvertidos

Bruno Queiroz Oliveira

Advogado da Caixa no Ceará

Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela

Universidade Estácio de Sá/RJ

Mestre em Direito Público pela

Universidade Federal do Ceará.

Professor de Direito Penal do Curso de Direito da Faculdade Christus e no Programa de Pós-Graduação em Direito Penal e Processo Penal da Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará.

RESUMO: Estudo breve sobre os aspectos controvertidos em relação à possibilidade de julgamento de causas criminais na Justiça do Trabalho, com estudo de fundamentos favoráveis e contrários. Para tanto, analisa-se o conceito de competência e os eventuais riscos em torno do deslocamento destas causas para a Justiça do Trabalho, antes de algum pronunciamento final por parte do Supremo Tribunal Federal em torno da matéria.

Palavras-chave: Competência Criminal. Justiça do Trabalho. Emenda Constitucional n.º 45/2004. Princípios Constitucionais.

1 Introdução

A Justiça do Trabalho ganhou novos contornos a partir da Emenda Constitucional n.º 45, que tratou da Reforma do Poder Judiciário. A antiga redação do artigo 114 da Constituição Federal tratava do alcance da Justiça do Trabalho para a solução de dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores. Com a emenda, o novo artigo 114, em seu inciso primeiro, disciplina que a Justiça do Trabalho agora é competente para julgamento das ações oriundas da relação de trabalho. E mais; também se tornou competência dessa Justiça Especializada o julgamento das ações decorrentes das relações de trabalho, na forma de lei.¹

A ampliação da competência da Justiça do Trabalho constitui aspecto extremamente positivo da reforma do Poder Judiciário. Dentre tais mudanças, destacamos a possibilidade de julgamento para outros tipos de conflito, além daqueles entre trabalhadores e empregadores. Além disso, ficou absolutamente sedimentado o entendimento de que

as ações pertinentes ao direito de greve devem ser dirimidas pela Justiça do Trabalho. Nesta mesma senda, as ações relativas à indenização por dano moral e patrimonial decorrentes da relação de trabalho, o mandado de segurança e *habeas corpus*, relativos à jurisdição trabalhista, e os litígios envolvendo representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores e entre sindicatos e empregadores.²

Por outro lado, já são muitas as vozes que defendem a possibilidade de julgamento das causas criminais na Justiça do Trabalho, principalmente com fulcro no Princípio da Unidade da Convicção e na própria mudança de critério de definição da competência da Justiça Especializada, antes da emenda, em função da pessoa (trabalhador e empregador) e doravante em razão da natureza da matéria. Aliás, já existem alguns precedentes no âmbito da Justiça do Trabalho, ou seja, termos circunstanciados que foram encaminhados às Varas do Trabalho, cujas transações foram aceitas e homologadas pelo magistrado.

A discussão em torno dessa matéria já chegou ao Supremo Tribunal Federal, por intermédio da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3684, ajuizada pelo Procurador Geral da República contra os incisos I, IV e IX do artigo 114 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 45/2004. O Ministério Público Federal requer, no âmbito da ação, que o Supremo Tribunal Federal conceda interpretação sobre a norma que afaste qualquer sentido conducente ao exercício de competência criminal pela Justiça do Trabalho. O pedido do Ministério Público Federal encontra-se com fulcro nos princípios constitucionais do juiz natural e nas regras de repartição de competência fixadas na Constituição Federal.

É evidente que, além dos argumentos contrários ou favoráveis existe uma disputa de poder em torno do assunto, como bem disse o professor Francisco Gérson Marques de Lima em entrevista concedida à Revista Interagir. Para ele, quando se trata de competência, cogita-se em poder, o poder de decidir a vida das pessoas e, nesta perspectiva, ninguém quer abrir mão de competências.³

O objeto do presente artigo reside justamente na análise da viabilidade do julgamento desses crimes no âmbito da Justiça do Trabalho, tendo como base a disciplina da Constituição Federal e os precedentes jurisprudenciais em torno da matéria.

2 Jurisdição e competência

Não poderíamos partir para o cerne da questão que envolve a competência criminal da Justiça do Trabalho sem antes trazer ao conhecimento do leitor os conceitos de jurisdição e competência. A jurisdição é função do Estado no sentido de dirimir conflitos. É função mediante a qual o Estado se substitui aos particulares que figuram no conflito para, de forma imparcial, buscar a pacificação social.

Significa jurisdição (do latim *juris*, "direito", e *dicere*, "dizer") o poder que detém o Estado para aplicar o direito ao caso concreto, com o objetivo de solucionar os conflitos de interesses e, com isso, resguardar a ordem jurídica e a autoridade da lei. Em seu sentido mais correto, portanto, a jurisdição refere-se apenas aos órgãos do Poder Judiciário, não obstante, em Direito Administrativo, também se falar em "jurisdição administrativa", bem como em "jurisdição", simplesmente, como o limite da competência administrativa de um órgão público. Como regra, a função jurisdicional é exercida somente diante de casos concretos de conflitos de interesses, quando provocada pelos interessados.

Nesse sentido, trazemos a lição dos professores Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete. O poder, a função e a atividade somente transparecem legitimamente através do processo devidamente estruturado (devido processo legal).⁴

A jurisdição penal, por seu turno, monopolizada pelo Estado, realiza, a importante missão de aplicação do Direito Penal aos fatos violadores dos bens jurídicos mais relevantes para o ordenamento do direito. Assim, a jurisdição penal tem contornos específicos, porque ela somente deverá ser invocada quando determinada lesão ao direito não puder ser dirimida por algum outro ramo da Ciência Jurídica. Tal constatação nada mais é do que uma decorrência explícita do Princípio da Intervenção Mínima.

O conceito de competência possui íntima conexão à idéia de jurisdição. Competência é a delimitação da jurisdição, vale dizer, é espaço dentro do qual pode determinada autoridade judiciária aplicar o direito aos litígios que lhe forem apresentados. Aqui torna-se válida a preciosa lição que recebemos nos bancos da Faculdade de Direito: jurisdição todo magistrado possui; competência não.

No Direito Penal, com bem lembra o professor Guilherme de Sousa Nucci, são fundamentais no contexto do estudo da competência, o princípio constitucional do juiz natural, bem como a regra que veda o tribunal ou juízo de exceção, haja vista todas as cautelas adotadas pelo legislador constituinte, ao fixar a competência de cada magistrado apto para julgamento das querelas penais, em especial com o objetivo de manter a independência do Poder Judiciário, com o escopo de evitar eventuais

intromissões indevidas de outros poderes. Além, por óbvio, da função de garantia que o referido princípio proporciona aos cidadãos, tudo em consonância ao Estado Democrático de Direito.⁵

3 Argumentos favoráveis à competência criminal da Justiça do Trabalho

A reflexão em torno da competência criminal da Justiça do Trabalho tem como uma de suas pilastras o princípio da unidade da convicção, respeitante à seguinte idéia: quando o mesmo fato tiver de ser analisado mais de uma vez deve sê-lo pelo mesmo juízo. Desse modo, os partidários dessa corrente advogam o argumento de que a Justiça do Trabalho deve ser competente tanto para a ação de natureza cível quanto para a de ordem criminal que nascem da relação de trabalho. O princípio da unidade da convicção tem sido acertadamente aplicado pelo Supremo Tribunal Federal em processos envolvendo ações acidentárias.

Tal princípio foi devidamente invocado nos autos do Conflito de Competência 7.204-1, Relator Ministro Carlos Britto, julgado em 29 de junho de 2005. Trazemos à baila o voto do Ministro Cezar Peluso:

Se o fato jurídico pode, ao mesmo tempo, ser qualificado por normas de duas taxionomias, as ações processuais que se irradiam de ambas essas qualificações jurídicas não podem ser atribuídas a Justiças diferentes e, pois, a órgãos jurisdicionais diversos. De outro modo, teremos uma conse-qüência prática gravíssima, que é a possibilidade de decisões contraditórias baseadas na apreciação retórica e na valoração jurídica do mesmo fato histórico.⁶

Em reforço ao entendimento decorrente desse princípio, o artigo 78, IV do Código de Processo Penal explicita que, no concurso entre a jurisdição comum e a especial, prevalecerá esta.

Outro argumento favorável é que a partir da Emenda Constitucional n.º 45/2004, a competência da Justiça do Trabalho não decorre apenas da relação de emprego. Com o afastamento dos vocábulos "empregador" e "trabalhador" do artigo 114 da Constituição Federal, a competência da Justiça do Trabalho deixou de buscar supedâneo apenas no aspecto subjetivo, passando a ter como parâmetro o aspecto puramente objetivo. Com efeito, a ação penal oriunda da relação de trabalho tendo como partes Ministério Público e réu deveria ser processada na Justiça Laboral.

Afora isso, a possibilidade de julgamento do *habeas corpus* no âmbito da Justiça Criminal é utilizada como forte indício da competência criminal dos juízes trabalhistas. De fato, o Supremo Tribunal Federal

decidiu, embora de maneira equivocada, que o *habeas corpus* tem natureza penal, senão vejamos:

*Sendo o habeas corpus, desenganadamente, uma ação de natureza penal, a competência para seu processamento e julgamento será do juízo criminal, ainda que a questão material subjacente seja de natureza civil, como no caso de infidelidade de depositário, em execução de sentença. Não possuindo a Justiça do Trabalho, onde se verificou o incidente, competência criminal, impõe-se reconhecer a competência do Tribunal Regional Federal para o feito.*⁷

Desse modo, o argumento consiste em que, se inclusive o *habeas corpus*, que constitui remédio constitucional, é da competência da Justiça do Trabalho, com muito mais razão também os demais procedimentos penais, que nem mesmo alcançam a seara constitucional.⁸

Por outro lado, o baixo número das ações penais envolvendo questões trabalhistas também constitui forte motivação para o julgamento de tais crimes pelos magistrados trabalhistas. São muitos os casos relativos às práticas de trabalho e salário sem registro, cooperativismo irregular, falsidade documental, dentre outros crimes.

A eventual falta de conhecimento penal dos juízes do trabalho é rebatida em razão do rígido concurso público ao qual os candidatos são submetidos. Sobre o assunto, o Procurador do Trabalho, Marcelo José Ferlim D'Ambroso, esclarece que, em verdade, existe uma injustificada *capitis diminutio* em relação ao operador do Direito Trabalhista, ou seja, para ele, o juiz do trabalho tem plenas condições de se preparar para a jurisdição criminal.⁹

De todo modo, é importante esclarecer que essa nova competência da Justiça do Trabalho para questões criminais teria como objeto, segundo seus defensores, apenas os crimes contra a organização do trabalho de aspecto individualizado, que se deslocariam da Justiça Estadual para a Justiça do Trabalho, isto porque, em matéria de crimes contra a organização do trabalho de repercussão geral e transcendência coletiva, dúvida não há de que a competência para julgamento de tais crimes continua sendo da Justiça Federal.

Sem embargo de todos esses argumentos, continuamos pensando que o legislador constituinte ainda não permitiu (nem mesmo pela inteligência da Emenda n. 45/2004) o deslocamento das causas criminais para a Justiça do Trabalho.

4 Argumentos contrários à competência criminal da Justiça do Trabalho

Primeiramente, constitui rematado equívoco a classificação do

habeas corpus como ação de natureza penal, e aqui ousamos discordar do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento já citado. É que, em verdade, o *habeas corpus* é ação de natureza constitucional que tem por objetivo tutelar o direito de liberdade e cujo objeto nem sempre versará sobre alguma querela penal. Ora, é cabível *habeas corpus* caso haja qualquer constrangimento no direito de ir e vir em casos de abuso de poder envolvendo detenções ilegais relativas à prisão pelo não-pagamento de pensão alimentícia, por exemplo.

Isto posto, trazemos a lição do professor Guilherme Nucci, no sentido de que o *habeas corpus* não é ação de natureza penal.

Trata-se de ação de conhecimento. Aliás, note-se o disposto no artigo 5.º, LXXVII, da Constituição, que a ela se refere expressamente como ação e não como recurso. Como bem esclarece Ada, Magalhães e Sacrance, pode objetivar um provimento meramente declaratório (extinção da punibilidade), constitutivo (anulação de ato jurisdicional) ou condenatório (condenação nas custas da autoridade que agiu de má-fé). Para nós, entretanto, inexistente o habeas corpus com finalidade condenatória, pois o artigo 5.º, LXXVII, da Constituição, prevê a gratuidade desse tipo de ação. Destacam os autores supramencionados, ainda, que possui o caráter mandamental, envolvendo a ordem dada pelo juiz para que a autoridade coatora cesse imediatamente a constrictão, sob pena de responder por desobediência.¹⁰

Nessa mesma toada, o professor Eugênio Pacelli de Oliveira esclarece que o *habeas corpus* não é uma ação penal condenatória, mas precisamente o contrário: uma ação (e não recurso) de impugnação autônoma, com tramitação independente à ação penal ou ao inquérito policial em curso, cujo objeto reside na proteção da liberdade ou do direito de ir e vir, em face de ilegalidade ou abuso de poder.¹¹ Corroborando esse entendimento, Paulo Rangel esclarece que o *habeas corpus* não é recurso, mas sim ação autônoma de impugnação, cuja pretensão é incidente sobre o direito de liberdade.¹²

Assim, parece-nos evidente que *habeas corpus*, no âmbito da Justiça do Trabalho somente, terá cabimento em relação à prisão de natureza civil que venha a ser decretada pelo magistrado do trabalho, como é o caso da prisão de depositário infiel. De mais a mais, não existe qualquer vetor indicativo da jurisdição penal nesse caso, eis que a prisão civil é de reprimenda totalmente divorciada do fenômeno criminal.

Em relação ao assunto, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu reiteradas vezes que o juiz trabalhista não exerce jurisdição penal, não podendo decretar prisão em flagrante. Nessa pisada, em tendo sido praticado algum crime na presença do magistrado trabalhista, poderá ha-

ver voz de prisão, entretanto, a lavratura do respectivo auto deverá ser formalizada pela autoridade competente, no caso, a autoridade policial, que, por sua vez, tornar-se-á autoridade coatora, em caso de eventual impetração de *habeas corpus*.

Quanto ao princípio da unidade da convicção, é bem verdade que este deverá ser aplicado em relação às ações acidentárias e mesmo noutros casos, mas de modo algum afasta a competência da Justiça Federal (crimes contra a organização do trabalho e repercussão coletiva) e da Justiça Estadual (crimes de repercussão individual) para tais delitos.

Não constitui nenhuma novidade a disciplina do ordenamento jurídico pátrio em relação às questões prejudiciais heterogêneas, ou seja, aquelas que se vinculam a outras áreas do Direito e que, portanto, devem ser decididas por outro juízo. A exemplo, citamos a decisão sobre a posse na esfera cível em relação à sentença no crime de esbulho possessório, previsto no artigo 161, § 1.º, II do Código Penal Brasileiro. Como se vê, o princípio da unidade da convicção não constitui o bastante para legitimar a competência criminal da Justiça do Trabalho.

A mutação do critério de definição da competência da Justiça do Trabalho, por seu turno, também não justifica a mudança de competência criminal. Primeiro porque a competência criminal deve ser explícita, não devendo pairar qualquer tipo de dúvida em relação a esta matéria. Em segundo lugar porque o princípio constitucional do juiz natural deve garantir ao cidadão o direito de conhecer com antecedência o juízo criminal competente para o julgamento de quaisquer delitos e não haveria de ser diferente nessa seara de crimes contra a organização do trabalho ou que, de algum modo, maculem os direitos dos trabalhadores brasileiros. Por fim, porque, como é público e notório, foi retirado do texto final da Emenda n.º 45/2004 o dispositivo que tratava explicitamente da competência criminal da Justiça do Trabalho.

Demais disso, recentemente, o Supremo Tribunal Federal julgou em favor da competência da Justiça Federal nos casos de crimes de redução à condição análoga à escravidão, figura prevista no artigo 149 do Código Penal.¹³

Nesse julgamento, ficou sedimentado que é sobre a União que recai responsabilidade internacional diante do compromisso que tem o Brasil de combater as violações contra os direitos humanos delimitados nos tratados e convenções internacionais. Justamente por isso, a Emenda Constitucional n.º 45/2004 estabeleceu as hipóteses de deslocamento da competência para a Justiça Federal no julgamento de crimes contra os direitos humanos, concedendo à União responsabilidade para investigar, processar e punir tais agressões. Eis alguns trechos do voto do Ministro Gilmar Mendes:

O Estado brasileiro, portanto, está comprometido, nos planos interno e externo, com a erradicação de todo tipo

de escravidão, servidão e trabalho forçado que venham a afrontar a dignidade humana. O Estado está incumbido, dessa forma, do dever de criar mecanismos eficazes para a realização desse mister, dentre os quais sobressai a edição de normas de organização e procedimento destinadas a regular a investigação, processo e julgamento dos fatos transgressores dos direitos fundamentais dos trabalhadores. Porém, isso não leva à conclusão, apodítica, de que o processo e julgamento dos fatos que impliquem situação análoga à escravidão de trabalhadores tenham de estar necessariamente na incumbência da Justiça Federal. Significa apenas que cabe ao Estado brasileiro a criação de mecanismos eficazes para reprimir tais delitos. Assim, em atenção às exigências internacionais decorrentes dos tratados e convenções dos quais o Brasil é signatário, e em exercício de concretização dos direitos fundamentais assegurados na Constituição de 1988, foi editada a Lei n° 10.803/2003, que modificou o art. 149 do Código Penal, dando nova conformação, mais específica, ao tipo do crime de redução à condição análoga à de escravo. No plano processual, a legislação já conta com normas reguladoras da investigação, processo e julgamento desse crime. Estou certo de que os crimes contra a organização do trabalho aos quais faz referência o art. 109, VI, da Constituição, não estão resumidos taxativamente no Título IV do Código Penal. Se é possível encontrar crimes definidos nesse título que não correspondem à norma constitucional do art. 109, VI, também é certo que outros crimes definidos na legislação podem configurar, dependendo do caso, crime contra a organização do trabalho. A questão está, portanto, em identificar qual o bem jurídico afetado; ou seja, como o Ministro Moreira Alves deixou delimitado, se na hipótese existe ofensa ao interesse de ordem geral na manutenção dos princípios básicos sobre os quais se estrutura o trabalho em todo o país.¹⁴

Outros fatores tornam dificultoso o deslocamento da competência ora em análise. Além de não haver atribuição expressa acerca da competência criminal da Justiça do Trabalho no artigo 114, a Constituição outorga explicitamente à Justiça Federal competência para julgamento dos crimes contra a organização do trabalho. Só mesmo empenando a Carta Magna seria possível concluir que foi desejo do legislador constituinte atribuir à Justiça do Trabalho competência para julgamento desses crimes, vale dizer, não é razoável supor-se uma competência de forma subliminar enquanto a Constituição Federal, de forma expressa, já estabelece qual órgão jurisdicional detém competência em matéria penal.

É bem verdade que a jurisprudência dos tribunais fixou o entendimento no sentido de que a Justiça Federal somente seria competente para julgar os crimes contra a organização do trabalho que tivessem repercussão contra os órgãos e institutos destinados a preservar, coletivamente, os direitos dos trabalhadores. Os demais crimes devem ser julgados pela Justiça Estadual, pelo critério da competência residual. Não há como imaginar o contrário, sem grave afronta aos princípios constitucionais.

De outro giro, ao que tudo indica, o deslocamento prematuro dessas causas para a Justiça do Trabalho, conforme já se tem notícia, constitui fator de extrema insegurança jurídica, pelo menos até que haja qualquer pronunciamento final sobre a matéria por parte do Supremo Tribunal Federal. Como bem sabemos, eventuais sentenças absolutórias, mesmo prolatadas por juiz incompetente, jamais poderão ser objeto de revisão criminal, o que, de *per sí*, torna extremamente temerário o procedimento de encaminhamento dessas demandas para a Justiça Laboral.

Nesse sentido, como também em razão do texto expresso da Constituição Federal de 1988, que erige em garantia do juiz natural a competência para processar e julgar qualquer cidadão, não há, portanto, sequer possibilidade de aplicação do artigo 567 do CPP aos casos de incompetência constitucional, vale dizer, não poderá haver aproveitamento dos atos não decisórios.¹⁵

Segundo os professores Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, mesmo em se tratando de sentença inexistente, a sistemática do processo penal não permitiria segundo julgamento em desfavor daquele que de qualquer modo for submetido às agruras do processo criminal e obteve sentença absolutória.

Como já se viu, a coisa julgada exerce o papel de sanatória geral dos atos nulos, e até dos inexistentes praticados no processo, antes da sentença; só mediante revisão criminal ou habeas corpus poderá ser argüida a nulidade ou a inexistência de atos processuais, cobertos pela coisa julgada material. Não haverá assim possibilidade de desconstituir a coisa julgada que tenha favorecido o réu. Mas, em se tratando de sentença inexistente (proferida por juiz constitucionalmente incompetente em contraste com o artigo 5.º, LIII, da CF), esta simplesmente não transitará em julgado, sendo nenhuma sua eficácia. Poderia o vício ser declarado pro societate, formulando a acusação nova pretensão punitiva e, na arguição de coisa julgada oferecida pela defesa, argumentar com a não ocorrência desta, por sentença inexistente? Não. Em se tratando de processo penal, o rigor técnico da ciência processual há de ceder perante os princípios maiores do favor rei e do favor libertatis. E o dogma do ne bis in idem deverá prevalecer, impedindo nova persecução penal a respeito de fato delituoso que

*já foi objeto de outra ação penal.*¹⁶

Como se vê, parece extremamente temerário o encaminhamento dessas demandas à Justiça do Trabalho antes do pronunciamento final do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

Por outro lado, parece-nos que a sistemática do processo penal não se coaduna aos princípios que norteiam os julgamentos na Justiça do Trabalho, muito ao contrário. Como sabemos, na Justiça do Trabalho, as diretrizes jurídicas devem ser aplicadas para equilibrar a desigualdade fática entre os litigantes, sempre em favor do trabalhador. Já no processo penal, em muitos casos, o empregador é que figurará como réu, e nessa perspectiva os princípios protetivos deverão ser aplicados em favor dele, o que certamente poderá, aí sim, produzir decisões conflitantes já que as lógicas do processo penal e do processo do trabalho não se coadunam.¹⁷

Qualquer interpretação que vislumbre, no artigo 114, incisos I, IV e IX (com a redação da Emenda Constitucional n.º 45/2004), o indicativo de outorga de competência criminal à Justiça do Trabalho viola sobremaneira os princípios constitucionais relativos ao juiz natural e à repartição de competências jurisdicionais.

Com efeito, constitui cláusula pétrea o dispositivo constitucional segundo o qual "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente". Não resta dúvida de que se trata de um dispositivo que integra o rol de direitos e garantias individuais. Qualquer mácula a tais dispositivos constitui afronta direta ao próprio Estado Democrático de Direito. Tal norma não pode sequer ser objeto de deliberação tendente a eventual revogação, conforme previsão na Carta Magna.

A interpretação que enxerga no artigo 114 fixação de competência criminal para a Justiça do Trabalho afronta diretamente o juízo natural para o processo e julgamento nos seguintes casos: a Justiça Federal Comum, nas condutas que agridam bens, serviços e interesses da União, suas autarquias e empresas públicas, e nos crimes contra a organização do trabalho; as infrações penais não previstas na competência especial da Justiça Eleitoral e da Justiça Militar deverão ser processadas e julgadas pela Justiça Comum Estadual. Assim sendo, não há qualquer indicio, de acordo com a Emenda Constitucional n.º 45/2004, de outorga de competência criminal à Justiça Laboral, ou seja, nos incisos I e IX, do artigo 114 o legislador constituinte refere-se apenas a querelas de natureza não penal.

5 Conclusão

A Emenda Constitucional n.º 45/2005 trouxe importantes modificações no que concerne ao papel da Justiça do Trabalho, na medida em que modificou o critério definidor para o julgamento das causas que ali devam ser dirimidas. Noutras palavras, a competência da Justiça do

Trabalho foi alargada para abranger outras causas oriundas ou decorrentes da relação de trabalho, mas desde que sejam causas que continuem na esfera das ações trabalhistas.

A nosso aviso, não existe nenhum dispositivo constitucional autorizando o deslocamento dessas causas para a Justiça Laboral, muito ao revés, a Constituição Federal outorgou de maneira explícita à Justiça Federal o julgamento dos crimes contra a organização do trabalho, permanecendo a Justiça Estadual com a competência para julgamento dos demais crimes que não sejam de competência da Justiça Eleitoral ou Militar.

De outro giro, constitui medida extremamente temerária o julgamento de quaisquer autos de processos criminais no âmbito da Justiça do Trabalho antes do pronunciamento final do Supremo Tribunal Federal em torno da matéria.

Notas

- 1 Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:
 - I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
 - II - as ações que envolvam exercício do direito de greve;
 - III - as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;
 - IV - os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;
 - V - os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o;
 - VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;
 - VII - as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;
 - VIII - a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;
 - IX - outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.
- 2 O professor Francisco Gérson Marques de Lima esclarece, com argúcia, que o fato de a EC 45/2004 ter aumentado a competência da Justiça do Trabalho não implica dizer que o direito material aplicável nos processos a ela submetidos será sempre o da CLT e legislação correlata. Com efeito, os litígios decorrentes de prestação de serviço não subordinado possuem legislação própria, máxime o Código Civil. Para ele, o juiz do trabalho aplicará legislação comum, o direito co-
 mum, e não a CLT, pois a natureza do contrato continuará sendo civil. O rito processual, a seu turno, será o trabalhista, porque inerente ao exercício da jurisdição laboral. O aumento da competência de um órgão jurisdicional não implica, por si só, que o direito material aplicado também mudará. Mudarão as concepções, o modo de pensar os problemas, as perspectivas dos institutos etc. A regulamentação

- material da questão judicial, todavia, permanecerá a de antes, salvo se ela própria for modificada pelo Direito, mediante o instituto adequado. LIMA, Francisco Gérson Marques de. A nova competência material da Justiça do Trabalho: considerações iniciais sobre a Emenda Constituinte n.º 45, de 08/12/2004. Revista Opinião Jurídica, n.º 04, ano 2, 2004, p. 76.
- 3 LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Competência Criminal da Justiça do Trabalho**. Revista Interargir, Fortaleza, n.º 30, ano IV/ Outubro/2006, p. 08.
 - 4 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo. 17a. ed, Malheiros, 2001, p. 131.
 - 5 NUCCI, Guilherme de Sousa. **Manual de processo e execução penal**. 2a. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 220.
 - 6 Supremo Tribunal Federal. **Conflito de Competência n.º 7209**, relator Ministro Carlos Brito, 29.06.2005. Disponível em: <www.stf.gov.br> Acesso em: 11.01.2007
 - 7 Supremo Tribunal Federal. **Recurso de Habeas Corpus n.º 81859**, relator Ministro Carlos Velloso, DJ 07.06.2002. Disponível em: <www.stf.gov.br> Acesso em: 11.01.2007
 - 8 CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. **A Emenda Constitucional nº 45/2004 e a competência penal da Justiça do Trabalho . Jus Navigandi**, ano 10, n. 909, 29 dez. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/> Acesso em: 15 jan. 2007.
 - 9 D'AMBROSO, Marcelo José Ferlin. **Competência criminal da Justiça do Trabalho e legitimidade do Ministério Público do Trabalho em matéria penal: elementos para reflexão. Jus Navigandi**, ano 10, n. 995, 23 mar. 2006. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.>> Acesso em: 15 jan. 2007.
 - 10 NUCCI, Guilherme de Sousa. **Manual de processo e execução penal**. 2a. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 871.
 - 11 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 6a. ed. 2a. tiragem. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 499.
 - 12 RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 9a. ed. Editora Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2005, p. 832.
 - 13 Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.
§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:
I - cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;
II - mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.
§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:
I - contra criança ou adolescente;
II - por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.
 - 14 Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 398041/Pa**, relator Ministro Joaquim Barbosa. Informativo n.º 451. Disponível em: <www.stf.gov.br> Acesso em: 16.01.2007.
 - 15 Art. 567 - A incompetência do juízo

anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente.

- 16 Ainda sobre o assunto, os eminentes professores afirmam que, tendo sido perseguido penalmente o acusado, ainda que perante juiz constitucionalmente incompetente, que o absolveu, não poderá ser novamente processado pelo mesmo fato, apesar de a sentença não ter aptidão para passar em julgado. Até porque a garantia do juiz constitucionalmente competente é erigida em favor do processado e do sentenciado. A categoria da inexistência da teoria geral perde força no processo penal, sempre que haja uma absolvição, a qual surte efeitos jurídicos para impedir um novo julgamento pelo mesmo fato apontado como delituoso. GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance, e; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 7a. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 49/50.
- 17 Sobre o assunto, o Presidente da Associação Nacional dos Procuradores da República, Dr. Nicolau Dino, asseverou que a Justiça do Trabalho é uma Justiça Especializada, com a competência para julgar as ações decorrentes das relações de trabalho. A matéria penal tem enfoque absolutamente diverso. Para ele, o Direito Penal é destinado à repressão de situações em que se verificam graves violações a bens jurídicos de matriz individual ou coletiva. Consubstancia tutela de "última razão", de caráter fragmentário. A Aplicação do Direito Penal é própria da Justiça Comum, Federal ou Estadual. Não devem ser misturadas as áreas de atuação, por serem diversas as premissas que inspiram a aplicação do Direito do Trabalho e do Direito Penal. Além disso, haveria sérios riscos de instalação de conflitos de competência, cuja so-

lução demandaria tempo, originando prescrição e impunidade. Para ilustrar seu pensamento, arremata, lembrando que os atos caracterizados de trabalho escravo quase sempre são conexos a outros delitos ambientais, previdenciários, grilagem de terras, uso de armas, falsidade documental e outros delitos, o que de todo modo autorizaria o deslocamento desses feitos para a Justiça Federal. DINO, Nicolau.

Algumas reflexões sobre o combate ao trabalho escravo. In *Jornal da ANPR*, n.º 33, dezembro/2005, p. 04.

Referências

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Conflito de Competência n.º 7209**, relator Ministro Carlos Brito, 29.06.2005. Disponível em: <www.stf.gov.br> Acesso em: 11.01.2007.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso de Habeas Corpus n.º 81859**, relator Ministro Carlos Velloso, DJ 07.06.2002. Disponível em: <www.stf.gov.br> Acesso em: 11.01.2007.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 398041/PA**, relator Ministro Joaquim Barbosa. Informativo n.º 451. Disponível em: <www.stf.gov.br> Acesso em: 16.01.2007.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo. 17a. ed, Malheiros, 2001.

CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. **A Emenda Constitucional nº 45/2004 e a competência penal da Justiça do Trabalho. Jus Navigandi**, ano 10, n. 909, 29 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/>> Acesso em: 15 jan. 2007

D'AMBROSO, Marcelo José Ferlin. **Competência criminal da Justiça do Trabalho e legitimidade do Ministério Públi-**

co do Trabalho em matéria penal: elementos para reflexão. Jus Navigandi, ano 10, n. 995, 23.03.2006. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto>.> Acesso em: 15.01.2007.

DINO, Nicolau. **Algumas reflexões sobre o combate ao trabalho escravo**. In *Jornal da ANPR*, n.º 33, dezembro/2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; Fernandes, Antônio SCARANCE; MAGALHÃES, Gomes Filho Antônio. **As Nulidades no Processo Penal**. 7a. ed. RT, São Paulo, 2001.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **A nova competência material da Justiça do Trabalho: considerações iniciais sobre a Emenda Consitucional n.º 45, de 08/12/2004**. *Revista Opinião Jurídica*, n.º 04, ano 2, 2004.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Competência Criminal da Justiça do Trabalho**. *Revista Interargir*, Fortaleza, n.º 30, ano IV, Outubro/2006.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Manual de processo e execução penal**. 2a. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 6a. ed., 2a. tiragem. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 9. ed. Editora Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2005.

A reforma do processo de execução e os reflexos na "execução por quantia certa contra devedor solvente"

Julio Cezar Hofman

Advogado da Caixa em Alagoas

Pós-graduado em Direito Empresarial pela UFPB

Pós-graduado em direito civil "O Novo

Código Civil" pela SEUNE

Professor na FEJAL/CESMAC/CCJUR

RESUMO: Dando seqüência às reformas que vêm sendo implementadas no livro II do CPC, que trata do processo de execução, foi editada em 06/12/2006 a Lei nº 11.382, a qual, após o fim da dicotomia dos processos de conhecimento e execução, decorrente da entrada em vigor da Lei nº 11.282, de 22/12/2005, introduziu importantes alterações na sistemática da execução de título extrajudicial, em especial na modalidade da "execução por quantia certa contra devedor solvente".

No presente trabalho, sem se pretender esgotar o tema - até porque, considerando-se que algumas das alterações implementadas por aquele diploma legal constituem inovações em nosso sistema processual, que, seguramente, demandarão tempo para que a doutrina e a jurisprudência as sedimentem - buscar-se-á analisar alguns dos aspectos mais relevantes da citada reforma, no tocante, especificamente, à modalidade da "execução por quantia certa, contra devedor solvente".

Palavras-chaves: Execução. Título. Extrajudicial. Reforma.

1 Novas tendências do Direito Processual Civil

O direito positivo, de um modo geral, vivencia, hoje, uma forte tendência à descodificação, com o conseqüente surgimento de microsistemas (*v.g.*: Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança de Adolescente, Lei dos Juizados Especiais, etc.) permeados de conceitos abertos, tratando tanto de direito material quanto processual, acompanhada da valorização da efetividade do processo, decorrente, em grande parte, do fortalecimento dos direitos e garantias fundamentais, em

especial do direito a todos assegurado, no âmbito judicial e administrativo, à "... razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação", assumindo relevo a possibilidade de deferimento de tutelas satisfativas, baseadas em cognição sumária.

A par disso, o próprio processo de execução vem sofrendo profundas transformações, das quais cabe salientar a implementada pela Lei nº 11.232/2005, que rompeu definitivamente com o dogma da separação das atividades cognitiva e executiva, fazendo surgir no ordenamento jurídico uma nova fase dentro do próprio processo de conhecimento, denominada fase de "cumprimento de sentença", destinada a dar efetividade às sentenças condenatórias, passando, a partir da entrada em vigor daquele diploma legal, o processo de execução a ter por objeto apenas e tão somente os títulos executivos extrajudiciais, procedimento este que, por sua vez, há muito reclamava alterações estruturais e principiológicas, a fim de imprimir-lhe maior efetividade.

Com a entrada em vigor da Lei nº 11.382/2006, espera-se que mais este anseio seja, ao menos em parte, atendido, uma vez que o processo de execução sofreu substanciais alterações, não apenas procedimentais, mas também na sua principiologia e estrutura, de forma a amoldar-se às exigências de um processo cada vez mais célere, eficiente e efetivo.

No presente trabalho, sem se pretender esgotar o tema, proceder-se-á à análise das alterações implementadas pela Lei nº 11.382/2006, especificamente no tocante à "execução por quantia certa contra devedor solvente".

Contudo, para que se possa ter uma visão mais abrangente do real alcance das reformas implementadas, far-se-á, a título de introdução, menção a algumas alterações que, conquanto não estejam diretamente inseridas no contexto do processo de "execução por quantia certa contra devedor solvente", por se tratarem de normas de caráter geral, sendo, portanto, aplicáveis a todas as espécies de execução, incidem sobre aquela modalidade executiva.

A fim de propiciar um entendimento sistemático do alcance das alterações implementadas, far-se-á a sua análise seguindo a mesma ordem das disposições no Livro II do CPC, citando-se apenas os dispositivos legais que tenham sofrido alguma alteração.

CAPÍTULO III DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA REALIZAR QUALQUER EXECUÇÃO

Seção I

Do Inadimplemento do Devedor

Art. 580. A execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível, consubstanciada em título executivo. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

Parágrafo único. (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

O art. 580 encontra-se inserido na Seção I, Capítulo III, do Livro II do CPC, que trata dos requisitos necessários para a realização de qualquer execução.

E um dos requisitos apontados como necessário para realizar qualquer execução, é o inadimplemento do devedor.

Na novel redação daquele dispositivo legal, ao contrário do anterior, evitou o legislador definir o inadimplemento, limitando-se a aludir à não satisfação, pelo devedor, de obrigação certa, líquida e exigível, consubstanciada em título executivo, como requisito do processo de execução.

Com isso, pôs-se fim à discussão acerca do ônus da prova do inadimplemento, que na redação anterior gerou controvérsia doutrinária e jurisprudencial, especialmente no tocante à natureza da decisão que aprecia a presença de tal requisito, conforme bem o apontou Araken de Assis.

(...), a doutrina mais ortodoxa e fiel a Liebman se rendeu à realidade: o adimplemento é causa da extinção da obrigação e motivo de improcedência da demanda (Cândido Dinamarco, Marcelo Lima Guerra).¹

Como é notório, influenciado por Liebman, o CPC em vigor organizou o título executivo e o inadimplemento como requisitos necessários para realizar qualquer execução. No entanto, nenhum deles se relaciona com as condições da ação executiva. O pronunciamento judicial sobre a existência, ou não, de inadimplemento respeita ao mérito, tanto que cabe ao executado alegar pagamento mediante embargos. A falta de prova do implemento do termo ou da condição ou do título, é que constituem requisitos de admissibilidade da demanda executiva. Eventual declaração de que o documento exibido não é título, porque refoge à tipologia legal, envolve julgamento de mérito. Desta maneira, conforme o grau de cognição do juiz, o ato decisório, tendo por objeto o título e o inadimplemento, variará de natureza. Limitando-se o juiz à prova do título ou do inadimplemento, há simples juízo de inadmissibilidade; declarando a inexistência desses elementos, ao invés, proverá o órgão judiciário sobre o mérito.² Embora a designação de pressuposto, em realidade o inadimplemento, considerando o trinômio de questões - pressupostos processuais, condições da ação e mérito - que, no processo brasileiro, ao juiz é dado conhecer, integra o objeto litigioso, ou mérito, da demanda.³

Com a reforma implementada, dúvidas não persistem de que ao credor basta apenas e tão somente comprovar que o devedor não satisfaz obrigação certa, líquida e exigível, consubstanciada em título executivo, relegando-se o exame acerca de eventual inadimplemento (causa extintiva ou modificativa da obrigação) ao exame de mérito a ser reali-

zado quando do julgamento da ação de embargos à execução.

Este, aliás, já era o entendimento de Araken de Assis⁴, mesmo na vigência do art. 580 em sua redação revogada:

A causa de pedir, no processo executivo, consiste na afirmação, realizada pelo credor, de que o obrigado não satisfaz, espontaneamente, o direito de crédito reconhecido no título executivo.

Andou bem ainda legislador ao corrigir a deficiente redação do § único do art. 580, cujo teor foi deslocado para o *caput* daquele artigo, a qual conduzia ao equivocado entendimento de que a *obrigação* é que teria força executiva, quando, em verdade, sabe-se que a força executiva independe da natureza da obrigação, estando afeita à existência de título formal que a represente e que possua força executiva atribuída por lei.

Seção II Do Título Executivo

Art. 583. (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais: (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

III - os contratos garantidos por hipoteca, penhor, anticrese e caução, bem como os de seguro de vida; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

IV - o crédito decorrente de foro e laudêmio; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

V - o crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

VI - o crédito de serventário de justiça, de perito, de intérprete, ou de tradutor, quando as custas, emolumentos ou honorários forem aprovados por decisão judicial; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

VII - a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

VIII - todos os demais títulos a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 586. A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 1º (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

§ 2º (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

O art. 583, segundo o qual "Toda execução tem por base título executivo judicial ou extrajudicial" foi expressamente revogado, já que, desde a entrada em vigor da Lei nº 11.232/2005, não há mais que se falar em execução de *título judicial*.

O art. 585, que atribui, exemplificativamente, força executiva a alguns documentos que se consubstanciam no segundo requisito para o ariamento de qualquer processo de execução, que é o título *executivo*

extrajudicial, sofreu pequenas alterações em alguns de seus incisos.

Os incisos I e II não foram alterados. No inciso III foi corrigida a deficiente redação que fazia referência a "... contratos *de* hipoteca, *de* penhor, *de* anticrese e *de* caução..." (destaquei), quando em verdade se tratam de "... contratos *garantidos* por hipoteca, penhor, anticrese e caução..." (destaquei), além de ser suprimida a sua parte final, que atribuía força executiva aos contratos de "... seguro de vida e *de* acidentes pessoais *de* que resulte morte ou incapacidade; (destaquei)", que tantas críticas recebeu, passando a fazer alusão apenas e tão somente aos contratos de "...seguro de vida."

O inciso IV foi desdobrado nos incisos IV, que passou a tratar somente do foro e laudêmio e V, que passou a tratar do "...crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio;"

É bom lembrar que este dispositivo atribui força executiva aos "...encargos, tais como taxas e despesas de condomínio", apenas em relação ao inquilino ou fiador que tenha expressamente assumido tais ônus no contrato de locação e não aos débitos resultantes da relação proprietário-condomínio.

O inciso V foi apenas reenumerado para VI, sem qualquer alteração. O VI, além de ser reenumerado para VII, teve sua redação alterada apenas para colocar no plural a referência aos territórios e municípios. O VII foi reenumerado para VIII, com a exclusão da excedente vírgula que existia em sua primeira parte.

Foi corrigida ainda a deficiente redação do *caput* do art. 586, cujo teor, à exemplo do art. 580, § único, conduzia à equivocada ilação de que a *obrigação* é que teria força executiva, o que, como visto, não é verdade. Foram revogados, ainda, os §§ 1º e 2º daquele artigo, que tratavam do título executivo *judicial ilíquido*, por não haver mais que se falar em execução de título *judicial*, seja líquido, seja ilíquido, já que as sentenças condenatórias, desde a entrada em vigor da Lei nº 11.232/2005, são objetos de "cumprimento de sentença", na forma dos artigos 475-I e seguintes, submetendo-se, se for o caso, à liquidação de que cuidam os artigos 475-A e seguintes.

Seção II Do Título Executivo

Art. 587. É definitiva a execução fundada em título extrajudicial; é provisória enquanto pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos do executado, quando recebidos com efeito suspensivo (art. 739). (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

Segundo se colhe da nova redação do art. 587, é definitiva a execução fundada em título extrajudicial; é provisória enquanto pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos do executado, quando recebidos com efeito suspensivo.

Conforme preceitua o art. 739-A, os embargos do executado não terão efeito suspensivo. Excepcionalmente, porém, o juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir tal efeito aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes (CPC, art. 739-A, § 1º).

Pela interpretação conjunta dos artigos 587 e 739-A *caput* e § 1º, percebe-se que a execução de título extrajudicial será em regra definitiva, já que os embargos à execução não mais possuem efeito suspensivo.

Será provisória, porém, quando, excepcionalmente, os embargos forem recebidos no efeito suspensivo, desde que presentes os pressupostos a que alude o § 1º do art. 739-A. Neste caso, mesmo que a ação de embargos venha a ser julgada improcedente, se o efeito suspensivo dos embargos não for revogado, a execução será provisória até o trânsito em julgado da sentença, independentemente de ter sido ou não atribuído efeito suspensivo ao recurso contra ela aviado.

É o que se colhe da parte final daquele dispositivo: "... é provisória enquanto pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos do executado, quando *recebidos* com efeito suspensivo" (destaquei).

É que, enquanto na sistemática anterior a propositura da ação de embargos à execução, *ipso facto*, tinha o condão de suspender o andamento da execução, na sistemática atual, para que tal efeito possa ser atribuído à ação de embargos, o juiz deverá antes, mediante requerimento do embargante, verificar se estão presentes os pressupostos a que alude o § 1º do art. 739-A, em seguida decidindo fundamentadamente.

Logo, não mais decorrendo o efeito suspensivo de imposição legal, mas sim de decisão judicial, somente pela revogação desta, que, diga-se de passagem, poderá ser revogada a qualquer tempo, cessando as circunstâncias que a motivaram (art. 739-A, § 2º), tal efeito poderá ser afastado.

Não há que se confundir, portanto, a suspensividade atribuída aos embargos, com o efeito suspensivo do recurso, sendo certo que este, em se tratando de apelação contra sentença de improcedência daqueles, conforme dispõe o art. 520, V, não possui tal efeito.

Ou seja, ajuizada execução fundada em título executivo extrajudicial e não sendo ela embargada ou ainda sendo embargada sem que, excepcionalmente, tenha sido atribuído efeito suspensivo aos embargos, a execução será sempre definitiva, o que implica dizer que prosseguirá sua marcha até a integral satisfação do crédito exequendo, inclusive com a expropriação do patrimônio do executado e a entrega do produto ao exequente, tanto é assim que na nova sistemática os embargos devem ser autuados em apartado e não mais em apenso como o era anteriormente (art. 736, § único).

Já na hipótese de ser atribuído efeito suspensivo aos embargos, a execução será definitiva até o oferecimento destes, quando passará a ser

provisória, assim permanecendo até o trânsito em julgado da sentença prolatada nos embargos ou a revogação do efeito suspensivo a eles atribuído (e não ao recurso), caso em que prosseguirá somente até os atos de apreensão e avaliação, quando então será suspensa, até o julgamento do recurso ou a revogação do efeito suspensivo (art. 739-A, § 6º).

Deslocou-se, portando, para o juízo da execução o poder de decisão acerca da suspensividade dos embargos, o que nos parece salutar, já que ninguém melhor que o juiz que conduz o processo para avaliar se o prosseguimento da execução poderá causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, o que, seguramente, não inibirá que se busque, por meio de agravo de instrumento ou mesmo mandado de segurança, quando isto for possível, atribuir-se tal efeito aos embargos, restando aguardar o comportamento da jurisprudência acerca da matéria.

CAPÍTULO IV DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL

Art. 592. Ficam sujeitos à execução os bens:

I - do sucessor a título singular, tratando-se de execução fundada em direito real ou obrigação reipersecutória; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

II - omissis

O art. 592 sofreu alteração em seu inciso I apenas para excluir a referência à "... sentença proferida em ação fundada em direito real", já que o livro II passou a tratar somente da execução fundada em título executivo extrajudicial, bem como para incluir em sua parte final a referência à obrigação reipersecutória.

CAPÍTULO V DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 600. Considera-se atentatório à dignidade da Justiça o ato do executado que: (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

IV - intimado, não indica ao juiz, em 5 (cinco) dias, quais são e onde se encontram os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

O art. 600, que elenca os atos considerados atentatórios à dignidade da justiça, sofreu alteração no *caput* para ampliar a sua incidência a todos os *executados* e não mais apenas ao *devedor*.

Aliás, fica evidente a preocupação do legislador em se utilizar do termo *executado* ao invés de *devedor*, em todas as hipóteses em que este termo havia sido adotado de forma pouco técnica, como sinônimo de executado, que efetivamente não o é.

Já o inciso IV teve sua redação alterada a fim de adequá-lo ao que dispõe o art. 652, § 3º, considerando como ato atentatório à dignidade da justiça o fato do executado, intimado, não indicar ao juiz, em 5 (cinco) dias, quais são e onde se encontram os bens sujeitos à penhora e

seus respectivos valores.

Remanesce a crítica no sentido de que o legislador olvidou o fato de que também o exeqüente poderá, em determinadas circunstâncias, praticar atos em tese atentatórios à dignidade da justiça.

TÍTULO II
DAS DIVERSAS ESPÉCIES DE EXECUÇÃO
CAPÍTULO I
DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 614. Cumpre ao credor, ao requerer a execução, pedir a citação do devedor e instruir a petição inicial:

I - com o título executivo extrajudicial; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 615-A. O exeqüente poderá, no ato da distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 1º O exeqüente deverá comunicar ao juízo as averbações efetivadas, no prazo de 10 (dez) dias de sua concretização. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 2º Formalizada penhora sobre bens suficientes para cobrir o valor da dívida, será determinado o cancelamento das averbações de que trata este artigo relativas àqueles que não tenham sido penhorados. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 3º Presume-se em fraude à execução a alienação ou oneração de bens efetuada após a averbação (art. 593). (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 4º O exeqüente que promover averbação manifestamente indevida indenizará a parte contrária, nos termos do § 2º do art. 18 desta Lei, processando-se o incidente em autos apartados. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 5º Os tribunais poderão expedir instruções sobre o cumprimento deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 618. É nula a execução:

I - se o título executivo extrajudicial não corresponder a obrigação certa, líquida e exigível (art. 586); (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

O art. 614 teve seu inciso I alterado apenas para adequá-lo à novel sistemática do Livro II do CPC, excluindo-se a alusão à sentença.

Já o art. 615-A, introduzido pela Lei nº 11.382/2006, trouxe importante inovação ao permitir que o exeqüente, munido de certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa, possa promover a averbação, no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto, a indisponibilidade de bens do executado, suficientes à integral satisfação do débito em execução (CPC, art. 615-A), caso em que, nos 10 dias seguintes deverá comunicar o juízo acerca de tais averbações (CPC, art. 615-A, § 1º), sendo certo que uma vez efetivada a penhora ou o arresto sobre bens suficientes para cobrir a dívida, serão liberados da

indisponibilidade os bens que não forem penhorados ou arrestados (CPC, art. 615-A, § 2º).

A partir da averbação da indisponibilidade, qualquer alienação ou oneração dos bens objetos da averbação presumir-se-á efetuada em fraude à execução, sendo, portanto, ineficaz em relação à execução (CPC, art. 615-A, § 3º), ficando o exequente que efetuar averbação manifestamente indevida, sujeito a indenizar o executado nos termos do § 2º do art. 18 do CPC, cujo valor será apurado em incidente autuado em apenso (CPC, art. 615-A, § 4º).

Conforme preceitua o art. 593, II, do CPC, a fraude à execução resta caracterizada quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência.

Esta é a definição tradicional do marco inicial da fraude à execução, que tanta controvérsia gerou acerca da definição do momento em que se considera *pendente* a demanda capaz de reduzir o devedor à insolvência.

Atualmente, no STJ, prevalece o entendimento de que "Só há fraude de execução quando a alienação ocorre depois de consumada a citação." (STJ - ADRESP 199700926729 - (160382 SP) - 3ª T. - Rel. Min. Humberto Gomes de Barros - DJU 17.12.2004 - p. 00512).

O art. 615-A, ao estabelecer que o exequente poderá, no ato da distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto, presumindo-se em fraude à execução a alienação ou oneração de bens efetuada após a averbação (§ 3º), deslocou para o momento da averbação o marco inicial da fraude à execução quando tal faculdade for exercida, pondo fim à longa controvérsia em torno da definição do momento em que restava caracterizada a litispendência para fins de incidência do instituto da fraude à execução.

Há ainda a vantagem adicional de que o ato de averbação, por si só, gera presunção absoluta de conhecimento por terceiros (*erga omnes*), aplicando-se por analogia o § 4º do art. 659. Já no caso do exequente não exercer tal faculdade, somente após a ocorrência da citação do executado e do registro da penhora é que haverá tal presunção (art. 659, § 4º).

Portanto, se o exequente utilizar-se da faculdade a que alude o art. 615-A, prevalece como marco inicial da fraude à execução o momento em que se der a averbação de que cuida o referido dispositivo legal. Contudo, caso o exequente não se valha da referida faculdade, permanecerá a necessidade de se indagar o momento em que se configura a litispendência para fins de caracterização da fraude à execução, cujo marco inicial, conforme entendimento do STJ, é a citação, sendo manifesto pois o prejuízo do exequente em tais circunstâncias, uma vez que eventuais alienações ou onerações ocorridas após o ajuizamento e antes da citação não serão consideradas em fraude à execução, mas sim em fraude contra credores, cujo ato, para ser anulado, carecerá da propositura

de ação pauliana, com todos os seus percalços, inclusive a difícil tarefa de se demonstrar a presença do *consilium fraudis*, ao contrário da fraude à execução, cuja ineficácia do ato poderá ser reconhecida no próprio processo de execução, sendo de todo recomendável, portanto, que o exeqüente se valha da faculdade de que cuida o art. 615-A do CPC.

A averbação, conforme se depreende do § 2º do art. 615-A, tem natureza de ato constrictivo (pré-penhora), já que se destina a assegurar a eficácia da própria penhora, nela se convolvendo quanto aos bens suficientes à satisfação do crédito em execução, cancelando-a apenas em relação aos bens que excederem ao necessário.

Para tanto, deverá o exeqüente, nos dez dias seguintes à averbação, comunicar a sua ocorrência ao juízo da execução, possibilitando que sobre tais bens venha a incidir a penhora, bem como a análise de eventual alegação de excesso.

Deve-se observar, contudo, que apesar do manifesto avanço que o art. 615-A representa, permanece a dificuldade de se evitar que o executado se desfaça de bens móveis como ações ao portador, saldos em contas bancárias, aplicações financeiras, etc., que podem ser facilmente transferidos para terceiros de boa ou má-fé com um simples *click* de mouse, acobertados, na maioria das vezes, pelo sigilo bancário, tornando quase que impossível ao credor sequer tomar conhecimento de tais transações a tempo de evitá-las. A penhora *on-line*, de que cuida o § 6º, do art. 659 do CPC, introduzido pela Lei nº 11.382/2006, sem dúvida é outro avanço, mas, diante da velocidade com que evolui a informática e se integram os mercados, é cada vez mais fácil a transferência de vultuosas quantias para os chamados paraísos fiscais, lesando mesmo aqueles credores mais precavidos.

Outra alteração que merece menção diz respeito ao depósito dos bens seqüestrados, arrestados ou penhorados, que na sistemática anterior eram depositados, via de regra, em mãos do próprio executado, o que propiciava que mesmo tais bens, mantidos na posse do executado, como depositário, pudessem ser eficazmente alienados a terceiros de boa-fé. A alteração do art. 666 do CPC e em especial a introdução do § 1º àquele mesmo artigo tornam exceção o depósito de bens em mãos do próprio executado, o que, seguramente, contribuirá para minimizar a possibilidade de alienação ou oneração fraudulenta de tais bens a terceiros de boa-fé.

Ainda a respeito do tema, não descurou o legislador da possibilidade do exeqüente, ao exercer a faculdade a que alude o art. 615-A, promover "averbação manifestamente indevida", razão pela qual, além da responsabilidade pelos danos provocados pela execução injusta (art. 574), o exeqüente fica sujeito à reparação dos danos que vier a causar ao executado por eventual "averbação manifestamente indevida".

É o que estabelece o § 4º do art. 615-A: O exeqüente que promover averbação manifestamente indevida indenizará a parte contrária, nos termos do § 2º do art. 18 desta Lei, processando-se o incidente em autos apartados.

Trata-se, contudo, de responsabilidade subjetiva, já que fundada no art. 18 do CPC, que cuida da litigância de má-fé, sendo os danos apurados em incidente autuado em apartado.

Diante disso, é de todo recomendável que o exeqüente que pretenda se valer da faculdade do art. 615-A, já na petição inicial indique à penhora os mesmos bens que irá indisponibilizar, a fim de evitar excesso de constrição (averbação + penhora de bens diversos) e eventual alegação de "averbação manifestamente indevida", com suas indesejáveis conseqüências.

Por fim, o § 5º do art. 615-A faculta aos Tribunais a expedição de instruções sobre o cumprimento deste artigo, instruções estas que, em relação aos veículos automotores, será imprescindível, a fim de que os DETRAN adotem procedimentos uniformes e que não venham a tornar ineficaz tão benfazeja inovação.

A alteração implementada no inciso I do art. 618 visou apenas adequá-lo ao Livro II do CPC, que passou a ter por objeto apenas os títulos executivos extrajudiciais, bem como corrigiu a imprecisão técnica de sua redação, que identicamente ao que ocorria com o art. 580, § único e o *caput* do art. 586, conduzia à equivocada ilação de que a *obrigação* é que teria força executiva, o que, como dito alhures, não é verdade.

Feitas estas breves observações sobre as alterações implementadas nas disposições gerais relativas ao processo de execução de título extrajudicial, passar-se-á em seqüência à análise das alterações implementadas naquele que é o objeto do presente trabalho, qual seja, o processo de execução de título extrajudicial por quantia certa contra devedor solvente.

CAPÍTULO IV DA EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA DEVEDOR SOLVENTE

Seção I

Da Penhora, da Avaliação e da Expropriação de Bens (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

Subseção I

Das Disposições Gerais

Art. 647. A expropriação consiste:

I - na adjudicação em favor do exeqüente ou das pessoas indicadas no § 2º do art. 685-A desta Lei; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

II - na alienação por iniciativa particular; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

III - na alienação em hasta pública; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

IV - no usufruto de bem móvel ou imóvel. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

II - os móveis, pertences e utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida; (Redação dada

pela Lei nº 11.382, de 2006).

III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

VI - o seguro de vida; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

X - até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, a quantia depositada em caderneta de poupança. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 1º A impenhorabilidade não é oponível à cobrança do crédito concedido para a aquisição do próprio bem. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 2º O disposto no inciso IV do *caput* deste artigo não se aplica no caso de penhora para pagamento de prestação alimentícia. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 650. Podem ser penhorados, à falta de outros bens, os frutos e rendimentos dos bens inalienáveis, salvo se destinados à satisfação de prestação alimentícia. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 651. Antes de adjudicados ou alienados os bens, pode o executado, a todo tempo, remir a execução, pagando ou consignando a importância atualizada da dívida, mais juros, custas e honorários advocatícios. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

O art. 647 teve seus incisos alterados, com a redefinição de institutos já consolidados, como a adjudicação, que passou a constituir o primeiro possível ato de expropriação, bem como a inserção de novas modalidades de alienação dos bens penhorados, como a alienação por iniciativa particular e a alienação em hasta pública, que passou ser o gênero que comporta diversas espécies, como se verá mais adiante, quando da análise dos respectivos dispositivos que os regulamentam.

O art. 649, que trata da impenhorabilidade absoluta, sofreu algumas alterações em seus incisos II a X. Nos incisos II e III, apenas se atualizou a sua vetusta redação para a realidade de nossos dias; No inciso IV, foram agrupados os incisos IV e VII, alargando-se a sua abrangência a quaisquer pessoas e não mais apenas aos magistrados, com a inclusão expressa ainda dos ganhos de trabalhador autônomo e dos honorários de profissional liberal como verbas impenhoráveis.

O inciso VI foi renumerado para V e passou a abranger os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão; os incisos IX e VIII foram renumerados para VI e VII; o X foi renumerado para VIII e teve a sua redação adequada ao texto constitucional; e o V foi revogado.

Como novidades, temos os incisos IX e X que passaram a tratar, respectivamente, da impenhorabilidade dos "recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;" e "até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, a quantia depositada em caderneta de poupança".

Das alterações implementadas, a que vem sofrendo maiores críticas é a constante do inciso X, que estendeu a impenhorabilidade aos saldos existentes em contas de caderneta de poupança, até o limite de quarenta salários mínimos (R\$ 15.000,00).

Tal disposição está na contramão da busca da efetividade do processo de execução, que vem evoluindo exatamente no caminho oposto, qual seja, a viabilização da penhora *on-line* de valores depositados ou aplicados em instituições financeiras como uma das formas mais rápidas e eficazes de satisfação do crédito do exequente.

O que mais preocupa é que o referido dispositivo deixa ampla margem para a prática de chicanas como, *v.g.*, transferências de valores aplicados em outras modalidades de conta ou mesmo de aplicações financeiras para contas de cadernetas de poupança, como forma de tornar impenhoráveis tais valores e frustrar a execução.

Note-se que não há qualquer limite temporal mínimo de permanência dos recursos depositados nesta modalidade de aplicação para que incida a impenhorabilidade, o que possibilitará, *v.g.*, que um valor depositado em conta corrente em um determinado dia, no dia seguinte ou quiçá até no mesmo dia, através de uma simples transferência eletrônica (*on-line*), se torne impenhorável por ter sido transferido para uma conta de caderneta de poupança do executado.

Imagine as discussões que tais transferências irão gerar quanto à incidência ou não do instituto da fraude à execução.

O fato é que além da ampla margem para a prática de atos destinados a frustrar a execução, o que se percebe é o efeito colateral consistente no involuntário incentivo ao nefasto hábito de *poupar para não pagar*, não se vislumbrando nenhuma razoabilidade que possa justificar tal infeliz novidade.

Foram incluídos ainda os §§ 1º e 2º ao art. 649, que estabelecem, respectivamente, que "A impenhorabilidade não é oponível à cobrança do crédito concedido para a aquisição do próprio bem", bem como que "O disposto no inciso IV do *caput* deste artigo não se aplica no caso de penhora para pagamento de prestação alimentícia", os quais, pela sua clareza, dispensam maiores comentários.

O art. 650 teve seus incisos revogados e o *caput* foi alterado nele

incluindo-se parte do conteúdo do inciso I, passando a dispor que "Podem ser penhorados, à falta de outros bens, os frutos e rendimentos dos bens inalienáveis, salvo se destinados à satisfação de prestação alimentícia."

O art. 651 teve sua redação adequada ao novo modelo da execução por quantia certa contra devedor solvente, ampliando ainda a possibilidade de remir a execução a todos que figurem no processo na condição de executado e não mais apenas ao devedor.

É bom lembrar que somente foi mantido o direito do executado remir a execução, pagando o débito ou consignando o seu valor, não mais subsistindo a possibilidade de os bens adjudicados ou arrematados serem remidos, como se verá mais adiante.

Subseção II

Da Citação do Devedor e da Indicação de Bens (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 652. O executado será citado para, no prazo de 3 (três) dias, efetuar o pagamento da dívida. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 1º Não efetuado o pagamento, munido da segunda via do mandado, o oficial de justiça procederá de imediato à penhora de bens e a sua avaliação, lavrando-se o respectivo auto e de tais atos intimando, na mesma oportunidade, o executado. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 2º O credor poderá, na inicial da execução, indicar bens a serem penhorados (art. 655). (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 3º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento do exequente, determinar, a qualquer tempo, a intimação do executado para indicar bens passíveis de penhora. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 4º A intimação do executado far-se-á na pessoa de seu advogado; não o tendo, será intimado pessoalmente. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 5º Se não localizar o executado para intimá-lo da penhora, o oficial certificará detalhadamente as diligências realizadas, caso em que o juiz poderá dispensar a intimação ou determinará novas diligências. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 652-A. Ao despachar a inicial, o juiz fixará, de plano, os honorários de advogado a serem pagos pelo executado (art. 20, § 4º). (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Parágrafo único. No caso de integral pagamento no prazo de 3 (três) dias, a verba honorária será reduzida pela metade. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 655. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem: (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

II - veículos de via terrestre; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

III - bens móveis em geral; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

IV - bens imóveis; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

V - navios e aeronaves; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

VI - ações e quotas de sociedades empresárias; (Redação dada pela Lei nº

11.382, de 2006).

VII - percentual do faturamento de empresa devedora; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

VIII - pedras e metais preciosos; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

IX - títulos da dívida pública da União, Estados e Distrito Federal com cotação em mercado; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

X - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

XI - outros direitos. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 1º Na execução de crédito com garantia hipotecária, pignoratícia ou anticrética, a penhora recairá, preferencialmente, sobre a coisa dada em garantia; se a coisa pertencer a terceiro garantidor, será também esse intimado da penhora. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 2º Recaindo a penhora em bens imóveis, será intimado também o cônjuge do executado. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 655-A. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 1º As informações limitar-se-ão à existência ou não de depósito ou aplicação até o valor indicado na execução. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 2º Compete ao executado comprovar que as quantias depositadas em conta corrente referem-se à hipótese do inciso IV do *caput* do art. 649 desta Lei ou que estão revestidas de outra forma de impenhorabilidade. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 3º Na penhora de percentual do faturamento da empresa executada, será nomeado depositário, com a atribuição de submeter à aprovação judicial a forma de efetivação da constrição, bem como de prestar contas mensalmente, entregando ao exequente as quantias recebidas, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 655-B. Tratando-se de penhora em bem indivisível, a meação do cônjuge alheio à execução recairá sobre o produto da alienação do bem. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 656. A parte poderá requerer a substituição da penhora: (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

I - se não obedecer à ordem legal; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

II - se não incidir sobre os bens designados em lei, contrato ou ato judicial para o pagamento; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

III - se, havendo bens no foro da execução, outros houverem sido penhorados; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

IV - se, havendo bens livres, a penhora houver recaído sobre bens já penhorados ou objeto de gravame; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

V - se incidir sobre bens de baixa liquidez; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

VI - se fracassar a tentativa de alienação judicial do bem; ou (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

VII - se o devedor não indicar o valor dos bens ou omitir qualquer das indicações a que se referem os incisos I a IV do parágrafo único do art. 668 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 1º É dever do executado (art. 600), no prazo fixado pelo juiz, indicar onde se encontram os bens sujeitos à execução, exhibir a prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus, bem como abster-se de qualquer atitude que dificulte ou embarace a realização da penhora (art. 14, parágrafo único). (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 2º A penhora pode ser substituída por fiança bancária ou seguro garantia judicial, em valor não inferior ao do débito constante da inicial, mais 30% (trinta por cento). (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 3º O executado somente poderá oferecer bem imóvel em substituição caso o requeira com a expressa anuência do cônjuge. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 657. Ouvida em 3 (três) dias a parte contrária, se os bens inicialmente penhorados (art. 652) forem substituídos por outros, lavar-se-á o respectivo termo. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

Parágrafo único. O juiz decidirá de plano quaisquer questões suscitadas. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

A Seção II do Capítulo IV do Livro II do CPC, antes denominada "Da Citação do Devedor e da Nomeação de Bens", foi renomeada para "Da Citação do Devedor e da Indicação de Bens".

O art. 652 sofreu substancial alteração, passando o executado a ser citado para, no prazo de três dias efetuar o pagamento da dívida, não mais lhe assistindo o *direito* à nomeação de bens.

Com efeito, na sistemática anterior o executado era citado para, no prazo de vinte e quatro horas, pagar ou nomear bens à penhora, sob pena de não o fazendo serem penhorados tantos bens quantos bastassem à satisfação do débito, de sorte que somente após a citação e desde que não ocorresse a nomeação de bens à penhora é que o oficial de justiça poderia promover a penhora de bens do executado.

No novo sistema, "Não efetuado o pagamento, munido da segunda via do mandado, o oficial de justiça procederá de imediato à penhora de bens e a sua avaliação, lavrando-se o respectivo auto e de tais atos intimando, na mesma oportunidade, o executado", podendo o credor, "... na inicial da execução, indicar bens a serem penhorados (art. 655)", devendo observar o disposto no art. 655, que estabelece a ordem *preferencial* em que deve se dar a penhora.

Nada obstante não mais assistir ao executado o *direito* de nomear bens à penhora, persiste a sua *obrigação* de indicar os bens de sua propriedade suscetíveis de serem penhorados, consoante estabelece o § 3º do art. 652, para o que será intimado na pessoa de seu advogado (§ 4º) e não o tendo pessoalmente.

Efetuada a penhora, do mesmo modo, a intimação do executado que possuir advogado será a este dirigida.

Não possuindo advogado constituído, a intimação do executado

deverá ser pessoal, com a observância de que "Se não localizar o executado para intimá-lo da penhora, o oficial certificará detalhadamente as diligências realizadas, caso em que o juiz poderá dispensar a intimação ou determinará novas diligências."

Esta é mais uma salutar inovação, que seguramente contribuirá para a celeridade do processo executivo, neutralizando eventuais manobras do executado no sentido de se ocultar da intimação, dificultando a regular tramitação do processo.

Vale lembrar que com a introdução do art. 615-A ao CPC, o exeqüente, munido de certidão comprobatória do ajuizamento da execução, poderá promover a averbação, no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto, da indisponibilidade de bens do executado, caso em que, a partir da averbação da indisponibilidade, qualquer alienação ou oneração dos bens objetos da averbação presumir-se-á efetuada em fraude à execução, sendo, portanto, ineficaz em relação à execução (CPC, art. 615-A, § 3º).

É salutar, portanto, como dito alhures, que na hipótese de o exeqüente pretender utilizar-se de tal faculdade, indique desde logo à penhora, na petição inicial, os mesmos bens que pretende indisponibilizar, a fim de evitar a possível imputação de "alienação manifestamente indevida", decorrente da indisponibilidade de determinados bens e da penhora de outros, diversos daqueles, em manifesto excesso de constrição, que poderá sujeitá-lo à reparação de eventuais danos que o executado venha sofrer (CPC, art. 615, 4º).

Com a inclusão do art. 652-A do CPC, ao despachar a inicial, o juiz fixará, de plano, os honorários de advogado a serem pagos pelo executado, na conformidade do art. 20, § 4º do CPC (consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas "a", "b" e "c" do § 3º do art. 20 do CPC), sendo que no caso de integral pagamento do débito, no prazo de três dias após a citação, a verba honorária será reduzida pela metade (art. 652-A, § único).

De acordo com o art. 745-A, no prazo para embargos (15 dias após a juntada aos autos do mandado de citação devidamente cumprido), reconhecendo o crédito do exeqüente e comprovando o depósito de 30% do valor em execução, inclusive custas e honorários de advogado, poderá o executado requerer seja admitido a pagar o restante em até 6 parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e juros de 1% ao mês, sendo que na hipótese de ser deferida pelo juiz a proposta, o exeqüente levantará a quantia depositada e serão suspensos os atos executivos, importando o não pagamento de qualquer das prestações, de pleno direito, o vencimento das subseqüentes e o prosseguimento do processo, com o imediato início dos atos executivos, imposta ao executado multa de 10% sobre o valor das prestações não pagas e vedada a oposição de embargos. Indeferida a proposta, o depósito será mantido e seguir-se-ão os atos executivos.

Parece claro que na hipótese de o executado utilizar-se da prerrogativa de que cuida o art. 745-A, os honorários advocatícios não sofrerão a redução a que alude o § único do art. 652-A, já que aquela hipótese faz alusão ao pagamento integral, nos três dias após a citação.

Ainda no que concerne à citação, com a nova dicção do art. 738, é da juntada aos autos do mandado de citação devidamente cumprido (e não da intimação da penhora) que começa a fluir o prazo de 15 dias para o executado opor-se à execução por meio de embargos, sendo que quando houver mais de um executado, o prazo para cada um deles embargar conta-se a partir da juntada do seu respectivo mandado citatório, salvo tratando-se de cônjuges (CPC, art. 738, § 1º), não se aplicando à hipótese o disposto no art. 191 do CPC (prazo em dobro quando os executados tiverem advogados distintos), por disposição expressa do § 3º do próprio art. 738.

Já na hipótese da execução processar-se por carta precatória, a citação do executado deverá ser imediatamente comunicada pelo juiz deprecado ao juiz deprecante, inclusive por meios eletrônicos, contando-se o prazo para embargos a partir da juntada aos autos de tal comunicação (e não da carta precatória).

De acordo com o art. 655, tanto o oficial de justiça, ao penhorar os bens do executado, quanto o credor ao indicar bens à penhora na petição inicial (CPC, art. 652, § 2º), deve observar, *preferencialmente*, a ordem estabelecida nos incisos daquele dispositivo legal quais sejam:

I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira;

II - veículos de via terrestre;

III - bens móveis em geral;

IV - bens imóveis;

V - navios e aeronaves;

VI - ações e quotas de sociedades empresárias;

VII - percentual do faturamento de empresa devedora;

VIII - pedras e metais preciosos;

IX - títulos da dívida pública da União, Estados e Distrito Federal com cotação em mercado;

X - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado;

XI - outros direitos.

Vale lembrar que na sistemática anterior a ordem de nomeação era dirigida essencialmente ao executado, que ao exercer o direito à nomeação de bens, estava adstrito à ordem legal de preferência, sob pena de ineficácia da nomeação, devolvendo-se o direito de nomear ao exequente.

Na sistemática atual, também o executado, quando intimado a indicar bens passíveis de serem constritos, deverá, *preferencialmente*, observar aquela ordem. A diferença é que quando proceder à indicação de bens passíveis de serem penhorados não mais estará exercendo um *direito*, mas sim cumprindo *obrigação* legalmente imposta (art. 652, § 3º).

Pela nova redação do § 1º do art. 655, a penhora do bem dado em

garantia passou a ser apenas preferencial e não mais impositiva, como o era por força do art. 655, § 2º em sua antiga redação. A razão de ser de tal alteração nos parece ter sido a preocupação com a efetividade da execução, já que, muitas vezes, a penhora do bem ofertado em garantia não se mostrava a forma mais eficaz do credor ter seu crédito satisfeito.

O disposto no § único do art. 669 foi deslocado para o § 2º do art. 655, alterando-se ainda sua redação para fazer referência ao "cônjuge do executado" e não do "devedor", como constava anteriormente.

Com a inserção do art. 655-A e do § 6º ao art. 659 do CPC, restou regulamentada a possibilidade do juiz, a requerimento do exeqüente, requisitar à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução, convalidando a penhora *on-line* de ativos em depósito ou aplicação financeira. As informações solicitadas, contudo, devem limitar-se à existência ou não de depósito ou aplicação até o valor indicado na execução (art. 655-A, § 1º), competindo ao executado comprovar que as quantias depositadas em conta corrente referem-se à hipótese do inciso IV do *caput* do art. 649 do CPC ou que estão revestidas de outra forma de impenhorabilidade, como a decorrente do inciso X do art. 649 (CPC, art. 655-A, § 2º).

A penhora *on-line* teve sua origem no processo de execução trabalhista, tendo o TST firmado, em março de 2002, um convênio com o BACEN, denominado Convênio BACEN JUD, que tinha por objetivo permitir aos juízes trabalhistas encaminharem ofícios eletrônicos (através da Internet) ao BACEN, determinando o bloqueio e o desbloqueio de contas correntes ou aplicações financeiras dos executados, limitadas ao valor em execução. Pelo fato do Convênio BACEN JUD possibilitar a penhora de créditos dos executados através da Internet, ou seja, de maneira virtual e imediata, convencionou-se denominar tal modalidade de constrição judicial como "penhora *on-line*."

Posteriormente, foi firmado Convênio de Cooperação Técnico Institucional entre o BACEN e o STJ, para fins de utilização do Sistema BACEN JUD pela justiça comum estadual e federal, utilização esta que gerou acirrada discussão jurisprudencial, entendendo alguns tribunais que somente poderia se dar após o "Esgotamento dos meios ao alcance do credor para encontrar bens penhoráveis." (1º TACSP - AI 7012830-6 - (59746) - São Paulo - Rel. Juiz Rui Cascaldi - J. 18.05.2005), ou que "O bloqueio de contas bancárias, conhecido como penhora on line, por meio do Banco Central, assim como a determinação judicial à Receita Federal e às instituições financeiras para prestar informações sobre a existência de bens penhoráveis, constitui medida excepcional a ser empreendida pelo juízo da execução quando exauridas as providências ao alcance do credor para realização da constrição." (TJRO - AI 100.001.2003.015982-1 - C.Cív. - Rel. Des. Péricles Moreira Chagas - J.

04.10.2005), ou ainda que "O bloqueio de verbas constantes em saldo de conta corrente é uma faculdade conferida ao magistrado singular, a qual depende de demonstração de fato concreto que a justifique." (TJMS - AG 2005.011303-4/0000-00 - Bela Vista - 3ª T.Cív. - Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli - J. 26.09.2005), o que tornou escassa a aplicação de tal modalidade de penhora no âmbito da justiça comum federal e estadual.

Como o art. 655-A não estabelece qualquer restrição ao uso da penhora *on-line*, como, *v.g.*, o esgotamento dos meios ao alcance do credor para encontrar bens penhoráveis, parece que não poderão os tribunais, ao regulamentar a operacionalização de tal modalidade de penhora, conforme lhes faculta o § 6º do art. 659, estabelecer restrições à sua utilização, devendo apenas ser disciplinado o procedimento operacional para a sua efetivação, esperando-se que a regulamentação possa ao menos reduzir a ojeriza dos magistrados ao uso de tal modalidade de penhora.

Em verdade, o que se percebe é que a resistência ao uso de tal modalidade de penhora se deve, basicamente, à dificuldade de alguns magistrados de distinguir com clareza a abrangência do denominado sigilo bancário, o qual, por óbvio, não foi instituído com a finalidade de propiciar a ocultação de ativos pelos devedores a fim de se safar do pagamento de seus débitos.

A penhora *on-line*, na forma como concebida, não irá violar o sigilo da movimentação financeira do executado, já que as informações a serem solicitadas restringir-se-ão à existência ou não de depósito ou aplicação até o valor indicado na execução.

Não deverá o juiz, por óbvio, requerer o detalhamento da movimentação financeira do executado, o qual é absolutamente irrelevante para a efetivação da penhora *on-line*, a não ser a informação de eventual movimentação a débito ocorrida após a expedição da determinação judicial com o fito de frustrá-la.

Não se pode olvidar, por outro lado, que a via ordinária da quebra do sigilo bancário é exatamente a judicial, sendo incompreensível a resistência dos magistrados à implementação da penhora *on-line*, mormente considerando-se que, via de regra, não há quebra do sigilo propriamente, já que as informações limitam-se à propriedade de ativos depositados em instituições financeiras.

Outro ponto que não pode ser ignorado é o fato de a nova redação do art. 655 fazer menção, além do dinheiro, em espécie, ao *depósito ou aplicação em instituição financeira*, situando-os no ápice da ordem de preferência para fins de penhora, em seu inciso I.

Aliás, é bom que se recorde o que foi dito quanto ao disposto no art. 649, X, acerca da janela que se abriu para a fraude e a ocultação de ativos depositados em instituições financeiras, com a impenhorabilidade a que alude referido dispositivo legal, o qual seguramente trará reflexos negativos, diretos e imediatos na penhora *on-line*.

De todo modo, a inovação é importante e o que se espera é que restrições muitas vezes insustentáveis sob o ponto de vista jurídico, não venham a tornar inútil tão importante ferramenta posta à disposição do Poder Judiciário e dos jurisdicionados, como forma de dar maior efetividade ao processo de execução.

O § 3º do art. 655-A regulamenta a penhora de percentual do faturamento da empresa executada, medida esta que já vinha sendo determinada por alguns juízes antes mesmo da reforma.

Outra inovação importante foi introduzida pelo art. 655-B, ao estatuir que "Tratando-se de penhora em bem indivisível, a meação do cônjuge alheio à execução recairá sobre o produto da alienação do bem."

É mais um entendimento que já estava consolidado pela jurisprudência. Contudo, a sua positivação traz maior segurança jurídica e é de todo bem vinda.

Pela nova redação do art. 656, que anteriormente tratava da ineficácia da nomeação de bens à penhora pelo devedor, cujo direito foi extinto, "A parte poderá requerer a substituição da penhora: I - se não obedecer à ordem legal; II - se não incidir sobre os bens designados em lei, contrato ou ato judicial para o pagamento; III - se, havendo bens no foro da execução, outros houverem sido penhorados; IV - se, havendo bens livres, a penhora houver recaído sobre bens já penhorados ou objeto de gravame; V - se incidir sobre bens de baixa liquidez; VI - se fracassar a tentativa de alienação judicial do bem; ou VII - se o devedor não indicar o valor dos bens ou omitir qualquer das indicações a que se referem os incisos I a IV do parágrafo único do art. 668 desta Lei."

A primeira observação que se faz é que o pedido de substituição pode ser feito tanto pelo exequente como pelo executado, já que o dispositivo refere-se à parte.

No mais, o que se verifica é que o legislador aproveitou as hipóteses anteriormente previstas como passíveis de ineficácia da nomeação efetuada pelo executado, para elencá-las como motivos ensejadores do direito de postular a substituição dos bens penhorados tanto pelo exequente quanto pelo executado.

Com efeito, conforme se percebe pelo disposto no inciso I, *v.g.*, conquanto a ordem legal constante dos incisos do art. 655 seja preferencial, conforme consta do seu *caput*, a não observância daquela ordem, aliada à discordância da outra parte, poderá gerar o direito da parte adversa de pleitear a substituição dos bens penhorados.

No caso do executado, entretanto, o direito à substituição por quaisquer dos motivos constantes dos incisos do art. 656 somente poderá ser exercido se for observado quanto ao bem substituto o disposto nos §§ 1º e 3º daquele artigo.

Poderá ainda o executado requerer que a penhora seja "substituída por fiança bancária ou seguro garantia judicial, em valor não inferior ao do débito constante da inicial, mais 30% (trinta por cento)".

O art. 657 elenca as providências que devem preceder a substituição, determinando a oitiva da parte contrária, no prazo de três dias, devendo, após a decisão de plano das questões suscitadas, ser formalizada a penhora substitutiva por termo nos autos, a ser lavrado pelo escrivão.

Subseção III **Da Penhora e do Depósito**

Art. 659. A penhora deverá incidir em tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal atualizado, juros, custas e honorários advocatícios. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 1º Efetuar-se-á a penhora onde quer que se encontrem os bens, ainda que sob a posse, detenção ou guarda de terceiros. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 4º A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, cabendo ao exequente, sem prejuízo da imediata intimação do executado (art. 652, § 4º), providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, a respectiva averbação no ofício imobiliário, mediante a apresentação de certidão de inteiro teor do ato, independentemente de mandado judicial. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 6º Obedecidas as normas de segurança que forem instituídas, sob critérios uniformes, pelos Tribunais, a penhora de numerário e as averbações de penhoras de bens imóveis e móveis podem ser realizadas por meios eletrônicos. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 666. Os bens penhorados serão preferencialmente depositados: (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

III - em mãos de depositário particular, os demais bens. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 1º Com a expressa anuência do exequente ou nos casos de difícil remoção, os bens poderão ser depositados em poder do executado. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 2º As jóias, pedras e objetos preciosos deverão ser depositados com registro do valor estimado de resgate. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 3º A prisão de depositário judicial infiel será decretada no próprio processo, independentemente de ação de depósito. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 668. O executado pode, no prazo de 10 (dez) dias após intimado da penhora, requerer a substituição do bem penhorado, desde que comprove cabalmente que a substituição não trará prejuízo algum ao exequente e será menos onerosa para ele devedor (art. 17, incisos IV e VI, e art. 620). (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

Parágrafo único. Na hipótese prevista neste artigo, ao executado incumbe: (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

I - quanto aos bens imóveis, indicar as respectivas matrículas e registros, situá-los e mencionar as divisas e confrontações; (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

II - quanto aos móveis, particularizar o estado e o lugar em que se encontram; (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

III - quanto aos semoventes, especificá-los, indicando o número de cabeças

e o imóvel em que se encontram; (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

IV - quanto aos créditos, identificar o devedor e qualificá-lo, descrevendo a origem da dívida, o título que a representa e a data do vencimento; e (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

V - atribuir valor aos bens indicados à penhora. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 669. (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

Conforme já mencionado e se depreende da nova redação do art. 659, o devedor não tem mais o direito de nomear bens à penhora, devendo o oficial de justiça, uma vez efetuada a citação e em não ocorrendo o pagamento nos 3 dias seguintes, promover desde logo a penhora de bens (CPC, art. 652, § 1º c/c 659, *caput*).

Vale lembrar ainda que a reforma ensejou ao exequente a possibilidade de promover a indisponibilidade de bens do executado, na forma do art. 615-A, bem como de indicar na petição inicial os bens a serem penhorados, sendo de todo recomendável que a indicação recaia sobre os mesmos bens que se pretenda indisponibilizar, a fim de evitar os inconvenientes antes mencionados.

A redação do § 1º do art. 659 foi alterada para excluir a alusão de que "Efetuar-se-á penhora onde quer que se encontrem os bens, ainda que em repartição pública; caso em que precederá requisição do juiz ao respectivo chefe", que se encontrava caduca, pela assertiva de que "Efetuar-se-á a penhora onde quer que se encontrem os bens, ainda que sob a posse, detenção ou guarda de terceiros."

O § 4º teve sua redação corrigida apenas para fazer referência à *averbação* e não mais ao *registro* da penhora, como equivocadamente constava da redação anterior.

O § 6º, acrescido pela Lei nº 11.382/2006, na esteira da tendência à utilização dos meios eletrônicos como forma de agilizar a tramitação processual, trouxe importante novidade ao possibilitar que, "Obedecidas as normas de segurança que forem instituídas, sob critérios uniformes, pelos Tribunais, a penhora de numerário e as averbações de penhoras de bens imóveis e móveis podem ser realizadas por meios eletrônicos."

Sobre a penhora *on-line*, remete-se ao quanto foi dito quando da análise do art. 655-A.

Já no que respeita à implementação da rotina de *averbações* de penhoras de bens móveis ou imóveis via *on-line*, por força do disposto no § 6º do art. 659, só poderá ocorrer após a regulamentação pelos respectivos tribunais, na área de sua competência. Contudo, a positivação de tal possibilidade merece aplausos, restando torcer para que os tribunais façam a sua parte, regulamentando a matéria, com a brevidade que a sociedade espera. Essa forma de averbação terá especial eficácia em se tratando de veículos e bens imóveis.

Pela redação do art. 666, seus incisos e § 1º, verifica-se que ao contrá-

rio do que se dava antes da reforma implementada pela Lei nº 11.382/2006, o executado não ostenta mais a condição de depositário preferencial dos bens penhorados, ainda que na sistemática anterior o depósito em suas mãos fosse condicionado à concordância do exequente.

Com a nova redação do art. 666 e seu § 1º, somente não sendo o caso do depósito ser efetivado na forma do disposto nos incisos I (*no Banco do Brasil, na Caixa Econômica Federal, ou em um banco, de que o Estado-Membro da União possua mais de metade do capital social integralizado; ou, em falta de tais estabelecimentos de crédito, ou agências suas no lugar, em qualquer estabelecimento de crédito, designado pelo juiz, as quantias em dinheiro, as pedras e os metais preciosos, bem como os papéis de crédito*), II (*em poder do depositário judicial, os móveis e os imóveis urbanos*) e III (*em mãos de depositário particular, os demais bens*), é que, com a expressa anuência do exequente ou nos casos de difícil remoção (CPC, art. 666, § 1º), os bens poderão ser depositados em poder do executado.

Trata-se de mais um alteração que seguramente trará efeitos positivos, pois o depósito dos bens penhorados em mãos do executado, especialmente em se tratando de bens móveis, deixava-o em uma situação bastante cômoda, pois podia continuar usufruindo a coisa até que finalmente ocorresse a alienação, muitas vezes provocando a desvalorização pelo simples uso normal, que sequer ensejava indenização.

Basta que se cite o exemplo da penhora incidente sobre veículos, em que o executado fosse nomeado depositário, para que se possa avaliar da importância da alteração.

Não sendo os bens penhorados depositados em mãos do executado, com a sua conseqüente remoção, privando-o do seu usufruto, seguramente terá maior interesse em regularizar sua situação de inadimplemento nos casos em que tenha condições de fazê-lo.

O § 3º do art. 666, inserido pela Lei nº 11.382/2006, veio positivar entendimento que já se encontrava sedimentado na jurisprudência (STF, Súmula 619), no sentido de que a prisão civil do depositário infiel pode ser decretada no próprio processo de execução, independentemente de ação de depósito.

O art. 668 teve sua redação alterada para limitar o pedido de substituição do bem penhorado pelo executado, que antes podia ser postulada a todo tempo, antes da arrematação ou da adjudicação, ao prazo de dez dias após ser intimado da penhora, "desde que comprove cabalmente que a substituição não trará prejuízo algum ao exequente e será menos onerosa para ele devedor (art. 17, incisos IV e VI, e art. 620)", incumbindo-lhe, ainda, "I - quanto aos bens imóveis, indicar as respectivas matrículas e registros, situá-los e mencionar as divisas e confrontações; II - quanto aos móveis, particularizar o estado e o lugar em que se encontram; III - quanto aos semoventes, especificá-los, indicando o número de cabeças e o imóvel em que se encontram; IV - quanto aos créditos, identificar o devedor e qualificá-lo, descrevendo a origem da dívida, o títu-

lo que a representa e a data do vencimento; e V - atribuir valor aos bens indicados à penhora."

Desse modo, pretendendo o executado requerer a substituição do bem penhorado, deverá fazê-lo, nos dez dias que se seguirem à intimação da penhora, sob pena de não o fazendo, decair de tal direito.

Trata-se de mais uma importante alteração, que trará maior segurança para o exeqüente, que ficará menos exposto a chicanas processuais consubstanciadas em pedidos de substituição manifestamente incabíveis, que, podendo ser manifestados a qualquer tempo "... antes da arrematação ou adjudicação ...", acabavam tumultuando o trâmite da execução, retardando a satisfação do crédito do exeqüente.

O art. 669, que determinava que uma vez feita a penhora fosse o devedor dela intimado para embargar a execução, no prazo de dez dias, foi expressamente revogado em razão da alteração implementada no Título III, do Livro II, do CPC, que trata dos embargos.

Subseção VI Da Avaliação

Art. 680. A avaliação será feita pelo oficial de justiça (art. 652), ressalvada a aceitação do valor estimado pelo executado (art. 668, parágrafo único, inciso V); caso sejam necessários conhecimentos especializados, o juiz nomeará avaliador, fixando-lhe prazo não superior a 10 (dez) dias para entrega do laudo. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 681. O laudo da avaliação integrará o auto de penhora ou, em caso de perícia (art. 680), será apresentado no prazo fixado pelo juiz, devendo conter: (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

Parágrafo único. Quando o imóvel for suscetível de cômoda divisão, o avaliador, tendo em conta o crédito reclamado, o avaliará em partes, sugerindo os possíveis desmembramentos. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 683. É admitida nova avaliação quando: (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

I - qualquer das partes argüir, fundamentadamente, a ocorrência de erro na avaliação ou dolo do avaliador; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

II - se verificar, posteriormente à avaliação, que houve majoração ou diminuição no valor do bem; ou (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

III - houver fundada dúvida sobre o valor atribuído ao bem (art. 668, parágrafo único, inciso V). (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 684. Não se procederá à avaliação se:

I - o exeqüente aceitar a estimativa feita pelo executado (art. 668, parágrafo único, inciso V); (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

III - (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

Art. 685. Após a avaliação, poderá mandar o juiz, a requerimento do interessado e ouvida a parte contrária:

Parágrafo único. Uma vez cumpridas essas providências, o juiz dará início aos atos de expropriação de bens. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

De acordo com a nova redação do art. 680, a avaliação será feita, em regra, pelo oficial de justiça, ressalvada a aceitação do valor estimado pelo executado (art. 668, parágrafo único, inciso V). Para tanto, a Lei nº 11.382/2006 fez incluir o inciso V ao art. 143, o qual atribui ao oficial de justiça "... efetuar avaliações ...".

Somente quando forem necessários conhecimentos especializados, o juiz nomeará avaliador, fixando-lhe prazo não superior a 10 (dez) dias para entrega do laudo.

Pela nova redação do art. 681, o laudo da avaliação (e não mais do avaliador) integrará o auto de penhora ou, em caso de perícia (art. 680), será apresentado no prazo fixado pelo juiz, sendo que, quando o imóvel for suscetível de cômoda divisão, o avaliador, tendo em conta o crédito reclamado, o avaliará em partes, sugerindo os possíveis desmembramentos.

Os artigos 683 e 684, que tratam, respectivamente, das hipóteses de reavaliação e de dispensa da avaliação, não trouxeram inovações que mereçam maiores comentários, a não ser a revogação do inciso III do art. 684, que dispensava a avaliação quando os bens fossem de pequeno valor, por ser manifestamente contraditório, na medida em que, para se saber se os bens eram de pequeno valor, necessário que se procedesse à sua avaliação.

No que respeita à avaliação, merecem destaque as conseqüências para o exequente ante sua atitude no momento em que é intimado para manifestar-se sobre o requerimento de substituição do bem penhorado feito pelo executado. Se o exequente, aceitando o bem que foi oferecido em substituição, silenciar quanto ao valor a ele atribuído, terá aceito também a estimativa do valor, o que poderá trazer sérias conseqüências por ocasião da arrematação ou em caso de adjudicação, por ocasião da alienação forçada, cujo lance, em primeira praça ou leilão, não poderá ser inferior ao valor da avaliação, sendo relevante ainda o valor da avaliação quando da verificação de se tratar ou não de alienação por preço vil.

Subseção VI-A Da Adjudicação

(Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 685-A. É lícito ao exequente, oferecendo preço não inferior ao da avaliação, requerer lhe sejam adjudicados os bens penhorados. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 1º Se o valor do crédito for inferior ao dos bens, o adjudicante depositará de imediato a diferença, ficando esta à disposição do executado; se superior, a execução prosseguirá pelo saldo remanescente. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 2º Idêntico direito pode ser exercido pelo credor com garantia real, pelos credores concorrentes que hajam penhorado o mesmo bem, pelo cônjuge, pelos descendentes ou ascendentes do executado. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 3º Havendo mais de um pretendente, proceder-se-á entre eles à licitação; em igualdade de oferta, terá preferência o cônjuge, descendente ou ascendente, nessa ordem. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 4º No caso de penhora de quota, procedida por exeqüente alheio à sociedade, esta será intimada, assegurando preferência aos sócios. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 5º Decididas eventuais questões, o juiz mandará lavrar o auto de adjudicação. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 685-B. A adjudicação considera-se perfeita e acabada com a lavratura e assinatura do auto pelo juiz, pelo adjudicante, pelo escrivão e, se for presente, pelo executado, expedindo-se a respectiva carta, se bem imóvel, ou mandado de entrega ao adjudicante, se bem móvel. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Parágrafo único. A carta de adjudicação conterá a descrição do imóvel, com remissão a sua matrícula e registros, a cópia do auto de adjudicação e a prova de quitação do imposto de transmissão. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

A Lei nº 11.382/2006 fez inserir no Capítulo IV, Seção I, do Livro II, do CPC, a Subseção VI-A, que trata "Da Adjudicação."

Segundo se colhe dos artigos 685-A e 685-B, a adjudicação, que pode ser requerida pelo exeqüente imediatamente após a formalização da penhora e respectiva avaliação e intimações cabíveis, passou a ser o primeiro possível ato de expropriação de bens do executado, precedendo as fases de "Alienação por Iniciativa Particular" (CPC, art. 685-C) e "Alienação em Hasta Pública" (CPC, art. 686 e segs.).

De fato, invertendo a ordem vigente na sistemática anterior, a adjudicação de bens, que só podia ser requerida após a frustração das praças ou leilões, passou a ser o primeiro possível ato expropriatório dos bens penhorados, precedendo a qualquer outra modalidade de expropriação.

Em assim sendo, uma vez efetivada a penhora e promovidas as respectivas intimações, poderá o exeqüente, desde que não ofereça preço inferior ao da avaliação, requerer a adjudicação dos bens penhorados, evitando que a execução se prolongue com a adoção dos subseqüentes meios de expropriação, o que, seguramente trará maior efetividade ao processo executivo.

Tal direito, contudo, não é restrito ao exeqüente, podendo ser exercido, identicamente, pelo credor com garantia real; pelos credores concorrentes que hajam penhorado o mesmo bem; pelo cônjuge; e pelos descendentes ou ascendentes do executado.

Caso se trate de penhora de quota, procedida por exeqüente alheio à sociedade, esta será intimada, assegurando a preferência aos sócios. Do mesmo modo, não se efetuará a adjudicação ou alienação de bem do executado sem que da execução seja cientificado, por qualquer modo idôneo e com pelo menos dez dias de antecedência, o senhorio direto, o credor com garantia real ou com penhora anteriormente averbada, que não seja de qualquer modo parte na execução, sob pena de nulidade.

Havendo mais de um interessado na adjudicação, proceder-se-á entre eles à licitação, consoante prescreve o § 3º do art. 685-A, sendo de

todo aconselhável que o exequente, ao requerer a adjudicação manifeste-se, desde logo, sobre seu interesse em licitar no caso de haver mais de um interessado.

De acordo com o § 1º do art. 685-A, se o valor do crédito for inferior ao dos bens, o adjudicante depositará de imediato a diferença, ficando esta à disposição do executado; se superior, a execução prosseguirá pelo saldo remanescente.

Resolvidos os incidentes decorrentes do pedido de adjudicação ou de eventual licitação em havendo mais de um interessado na adjudicação e uma vez lavrado o respectivo auto de adjudicação, expedir-se-á a respectiva carta, se bem imóvel, ou mandado de entrega ao adjudicante, se bem móvel.

O ato do juiz que resolve o incidente de licitação, decorrente da multiplicidade de pretendentes à adjudicação, tem natureza de decisão interlocutória, desafiando recurso de agravo na sua forma de instrumento.

Subseção VI-B **Da Alienação por Iniciativa Particular** **(Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).**

Art. 685-C. Não realizada a adjudicação dos bens penhorados, o exequente poderá requerer sejam eles alienados por sua própria iniciativa ou por intermédio de corretor credenciado perante a autoridade judiciária. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 1º O juiz fixará o prazo em que a alienação deve ser efetivada, a forma de publicidade, o preço mínimo (art. 680), as condições de pagamento e as garantias, bem como, se for o caso, a comissão de corretagem. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 2º A alienação será formalizada por termo nos autos, assinado pelo juiz, pelo exequente, pelo adquirente e, se for presente, pelo executado, expedindo-se carta de alienação do imóvel para o devido registro imobiliário, ou, se bem móvel, mandado de entrega ao adquirente. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 3º Os Tribunais poderão expedir provimentos detalhando o procedimento da alienação prevista neste artigo, inclusive com o concurso de meios eletrônicos, e disporo sobre o credenciamento dos corretores, os quais deverão estar em exercício profissional por não menos de 5 (cinco) anos. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Identicamente à Subseção VI-A, a Lei nº 11.382/2006 fez inserir no Capítulo IV, Seção I, do Livro II do CPC, a Subseção VI-B, que trata de uma nova modalidade de expropriação de bens, denominada "Da Alienação por Iniciativa Particular".

De fato, o art. 685-C incluiu no processo de Execução por Quantia Certa Contra Devedor Solvente uma nova modalidade de alienação dos bens penhorados, denominada "Alienação por Iniciativa Particular". Esta fase situa-se entre as fases de Adjudicação (CPC, art. 685-A e 685-B) e Alienação em Hasta Pública (CPC, art. 686 e segs.), de modo que não preferindo o exequente

ou não requerendo as pessoas indicadas nos §§ 2º e 4º do art. 685-A a adjudicação dos bens penhorados, poderá o exeqüente requerer que o juiz lhe autorize aliená-los, por sua própria iniciativa ou através de corretor.

A Alienação por Iniciativa Particular é o ato de expropriação em que o órgão judicial autoriza o exeqüente, por sua própria iniciativa ou através de corretor, a alienar coativamente os bens penhorados, mediante recebimento do respectivo preço.

Tal modalidade de expropriação somente pode se dar mediante requerimento do exeqüente e autorização do juiz da execução (CPC, art. 685-C), que fixará o prazo em que a alienação deve ser efetivada, a forma de publicidade, o preço mínimo (art. 680), as condições de pagamento e as garantias, bem como, se for o caso, a comissão de corretagem.

Esta modalidade de alienação, conquanto tenha suas principais condições e formas de publicidade fixadas judicialmente, bem como seu preço mínimo limitado à avaliação judicial, em muito se assemelha a uma alienação particular, mormente havendo a intermediação de um corretor nomeado pelo juiz.

O executado deverá ser intimado do deferimento da alienação por intermédio de seu advogado ou, se não tiver procurador constituído nos autos, por meio de mandado, carta registrada, edital ou outro meio idôneo (CPC, art. 687, § 5º).

Assim como na adjudicação, em se tratando de alienação de quota social, cuja penhora tenha sido procedida por exeqüente alheio à sociedade, esta deverá ser intimada, assegurando-se o direito de preferência aos sócios. Do mesmo modo, não se efetuará a Alienação por Iniciativa Particular sem que da execução seja cientificado, por qualquer modo idôneo e com pelo menos dez dias de antecedência, o senhorio direto, o credor com garantia real ou com penhora anteriormente averbada, que não seja de qualquer modo parte na execução.

Como regra geral, poderão adquirir os bens alienados por iniciativa particular todos aqueles que estiverem na livre administração dos seus bens (CPC, art. 690-A), ou seja, os capazes, não falidos e não insolventes, à exceção daqueles que, mesmo capazes, se incluem em qualquer das hipóteses dos incisos do art. 690-A.

Conquanto não haja vedação expressa de que o próprio credor adquira o bem submetido a esta nova modalidade de alienação, à primeira vista nos parece estar impedido de fazê-lo, já que os artigos 685-A e 685-B reservam ao exeqüente o direito de Adjudicar os bens penhorados, em fase que precede a Alienação por Iniciativa Particular, aludindo o art. 685-C à circunstância de que "não realizada a adjudicação dos bens penhorados, o exeqüente poderá requerer sejam eles alienados por sua própria iniciativa ou por intermédio de corretor credenciado perante a autoridade judiciária", donde se conclui estar ele impedido de adquirir por esta modalidade os bens penhorados, já que rege o processo de execução o princípio de que esta deve dar-se pelo modo menos gravoso para o

executado, e a adjudicação, dispensando a publicidade e eventual comissão a ser paga ao corretor, é menos onerosa para o executado, razão pela qual, não tendo o exeqüente requerido a adjudicação do bem penhorado, entendo que não poderá adquiri-lo por esta novel modalidade de expropriação.

O preço mínimo é o valor da avaliação (CPC, art. 685-C, § 1º), e, regra geral, deve ser pago em dinheiro, à vista, ou no prazo de quinze dias, mediante oferecimento de caução.

Entendo ser aplicável a esta modalidade de alienação o disposto no art. 690, §§ 1º e 2º, segundo os quais, "tratando-se de bem imóvel, quem estiver interessado em adquiri-lo em prestações poderá apresentar por escrito sua proposta, nunca inferior à avaliação, com oferta de pelo menos 30% (trinta por cento) à vista, sendo o restante garantido por hipoteca sobre o próprio imóvel", caso em que, as propostas para aquisição em prestações, serão juntadas aos autos, indicando o prazo, a modalidade e as condições de pagamento do saldo.

O aperfeiçoamento dessa novel modalidade de expropriação se dá mediante termo nos autos, assinado pelo juiz, pelo exeqüente, pelo adquirente e, se for presente, pelo executado, expedindo-se carta de alienação do imóvel para o devido registro imobiliário, ou, se bem móvel, mandado de entrega ao adquirente.

A carta de alienação do imóvel ou o mandado de entrega ao adquirente de bem móvel são expedidos para fins de instrumentalização da transferência de domínio, objetivando, no caso de bem imóvel, a transcrição no registro imobiliário (CPC, art. 703).

Através do § 3 do art. 685-C, o legislador atribuiu aos Tribunais a competência para expedir provimentos detalhando o procedimento da Alienação por Iniciativa Particular, inclusive acerca da utilização de meios eletrônicos, bem como sobre o credenciamento dos corretores, os quais deverão estar em exercício profissional por mais de cinco anos.

À vista de tal disposição, conquanto se deva aplicar supletivamente as regras atinentes à Alienação em Hasta Pública até a expedição do referido provimento, a partir da normatização pelos Tribunais as regras por estes estabelecidas é que deverão prevalecer.

Subseção VII

Da Alienação em Hasta Pública

(Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 686. Não requerida a adjudicação e não realizada a alienação particular do bem penhorado, será expedido o edital de hasta pública, que conterà: (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

I - a descrição do bem penhorado, com suas características e, tratando-se de imóvel, a situação e divisas, com remissão à matrícula e aos registros; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

IV - o dia e a hora de realização da praça, se bem imóvel, ou o local, dia e hora de realização do leilão, se bem móvel; (Redação dada pela Lei nº

11.382, de 2006).

§ 3º Quando o valor dos bens penhorados não exceder 60 (sessenta) vezes o valor do salário mínimo vigente na data da avaliação, será dispensada a publicação de editais; nesse caso, o preço da arrematação não será inferior ao da avaliação. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 2º Atendendo ao valor dos bens e às condições da comarca, o juiz poderá alterar a forma e a frequência da publicidade na imprensa, mandar divulgar avisos em emissora local e adotar outras providências tendentes a mais ampla publicidade da alienação, inclusive recorrendo a meios eletrônicos de divulgação. ()

§ 5º O executado terá ciência do dia, hora e local da alienação judicial por intermédio de seu advogado ou, se não tiver procurador constituído nos autos, por meio de mandado, carta registrada, edital ou outro meio idôneo. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 689-A. O procedimento previsto nos arts. 686 a 689 poderá ser substituído, a requerimento do exequente, por alienação realizada por meio da rede mundial de computadores, com uso de páginas virtuais criadas pelos Tribunais ou por entidades públicas ou privadas em convênio com eles firmado. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Parágrafo único. O Conselho da Justiça Federal e os Tribunais de Justiça, no âmbito das suas respectivas competências, regulamentarão esta modalidade de alienação, atendendo aos requisitos de ampla publicidade, autenticidade e segurança, com observância das regras estabelecidas na legislação sobre certificação digital. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 690. A arrematação far-se-á mediante o pagamento imediato do preço pelo arrematante ou, no prazo de até 15 (quinze) dias, mediante caução. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 1º Tratando-se de bem imóvel, quem estiver interessado em adquiri-lo em prestações poderá apresentar por escrito sua proposta, nunca inferior à avaliação, com oferta de pelo menos 30% (trinta por cento) à vista, sendo o restante garantido por hipoteca sobre o próprio imóvel. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

I - (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

II - (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

III - (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

§ 2º As propostas para aquisição em prestações, que serão juntadas aos autos, indicarão o prazo, a modalidade e as condições de pagamento do saldo. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 3º O juiz decidirá por ocasião da praça, dando o bem por arrematado pelo apresentante do melhor lance ou proposta mais conveniente. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 4º No caso de arrematação a prazo, os pagamentos feitos pelo arrematante pertencerão ao exequente até o limite de seu crédito, e os subsequentes ao executado. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 690-A. É admitido a lançar todo aquele que estiver na livre administração de seus bens, com exceção: (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

I - dos tutores, curadores, testamenteiros, administradores, síndicos ou liquidantes, quanto aos bens confiados a sua guarda e responsabilidade; (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

II - dos mandatários, quanto aos bens de cuja administração ou alienação estejam encarregados; (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

III - do juiz, membro do Ministério Público e da Defensoria Pública, escrivão e demais servidores e auxiliares da Justiça. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Parágrafo único. O exequente, se vier a arrematar os bens, não estará obrigado a exibir o preço; mas, se o valor dos bens exceder o seu crédito, depositará, dentro de 3 (três) dias, a diferença, sob pena de ser tornada sem efeito a arrematação e, neste caso, os bens serão levados a nova praça ou leilão à custa do exequente. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 693. A arrematação constará de auto que será lavrado de imediato, nele mencionadas as condições pelas quais foi alienado o bem. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

Parágrafo único. A ordem de entrega do bem móvel ou a carta de arrematação do bem imóvel será expedida depois de efetuado o depósito ou prestadas as garantias pelo arrematante. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 694. Assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo serventuário da justiça ou leiloeiro, a arrematação considerar-se-á perfeita, acabada e irretroatável, ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 1º A arrematação poderá, no entanto, ser tornada sem efeito: (Renumerado com alteração do paragrafo único, pela Lei nº 11.382, de 2006).

I - por vício de nulidade; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

II - se não for pago o preço ou se não for prestada a caução; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

III - quando o arrematante provar, nos 5 (cinco) dias seguintes, a existência de ônus real ou de gravame (art. 686, inciso V) não mencionado no edital; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

IV - a requerimento do arrematante, na hipótese de embargos à arrematação (art. 746, §§ 1º e 2º); (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

V - quando realizada por preço vil (art. 692); (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

VI - nos casos previstos neste Código (art. 698). (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 2º No caso de procedência dos embargos, o executado terá direito a haver do exequente o valor por este recebido como produto da arrematação; caso inferior ao valor do bem, haverá do exequente também a diferença. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 695. Se o arrematante ou seu fiador não pagar o preço no prazo estabelecido, o juiz impor-lhe-á, em favor do exequente, a perda da caução, voltando os bens a nova praça ou leilão, dos quais não serão admitidos a participar o arrematante e o fiador remissos. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 1º (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

§ 2º (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

§ 3º (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

Art. 696. O fiador do arrematante, que pagar o valor do lanço e a multa, poderá requerer que a arrematação lhe seja transferida.

Art. 697. (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

Art. 698. Não se efetuará a adjudicação ou alienação de bem do executado sem que da execução seja cientificado, por qualquer modo idôneo e com

pelo menos 10 (dez) dias de antecedência, o senhorio direto, o credor com garantia real ou com penhora anteriormente averbada, que não seja de qualquer modo parte na execução. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 699. (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

Art. 700. (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

Art. 703. A carta de arrematação conterà: (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

I - a descrição do imóvel, com remissão à sua matrícula e registros; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

II - a cópia do auto de arrematação; e (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

III - a prova de quitação do imposto de transmissão. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

IV - (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

Art. 704. Ressalvados os casos de alienação de bens imóveis e aqueles de atribuição de corretores da Bolsa de Valores, todos os demais bens serão alienados em leilão público. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 706. O leiloeiro público será indicado pelo exequente. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 707. Efetuado o leilão, lavrar-se-á o auto, que poderá abranger bens penhorados em mais de uma execução, expedindo-se, se necessário, ordem judicial de entrega ao arrematante. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

A Lei 11.382/2006 corrigiu a impropriedade técnica que havia no nome da Subseção VII, da Seção I, do Capítulo IV, do Livro II, do CPC, passando a denominar de "Alienação em Hasta Pública" (gênero) a referida Subseção, que antes era denominada "Arrematação". Como espécies de Alienação em Hasta Pública elenca a referida Subseção a Praça, o Leilão e a novel modalidade de alienação realizada por meio da rede mundial de computadores, com uso de páginas virtuais criadas pelos Tribunais ou por entidades públicas ou privadas em convênio com eles firmado, cuja regulamentação estará a cargo do CNJ e dos TJ's.

Pela dicção do art. 686, percebe-se que a Alienação em Hasta Pública tem caráter supletivo em relação à Adjudicação e à Alienação por Iniciativa Particular, já que só terá lugar quando não requerida a adjudicação e não realizada a alienação particular dos bens penhorados.

Nos incisos I a VI daquele artigo são relacionados os requisitos que deverão constar do edital de Alienação em Hasta Pública, não tendo ocorrido grandes alterações a não ser no inciso I que corrigiu a deficiente alusão à "transcrição aquisitiva ou a inscrição" no registro imobiliário pela "remissão à matrícula e aos registros". No inciso IV foi melhorada a redação anterior, clareando a distinção entre os requisitos que deverão constar do edital quando se tratar de praça (bem imóvel) ou de leilão (bem móvel).

No § 3º daquele artigo foi ampliada a dispensa da publicação de editais para o caso da avaliação dos bens penhorados não exceder a 60

salários mínimos, que antes não podia exceder a 20 salários mínimos.

A redação do § 2º, do art. 687 foi alterada para incluir a possibilidade de o juiz, atendendo ao valor dos bens e às condições da comarca, alterar frequência da publicidade, "inclusive recorrendo a meios eletrônicos de divulgação."

Atualmente, o executado deverá ter ciência do dia, hora e local da alienação judicial por intermédio de seu advogado ou, se não tiver procurador constituído nos autos, por meio de mandado, carta registrada, edital ou outro meio idôneo (CPC, art. 687, § 5º).

Interessante novidade foi introduzida pelo art. 689-A e seu § único, consistente na substituição, a requerimento do exequente, do procedimento previsto nos arts. 686 a 689 do CPC (Alienação em hasta pública), por alienação realizada por meio da rede mundial de computadores, com uso de páginas virtuais criadas pelos Tribunais ou por entidades públicas ou privadas em convênio com eles firmado.

Esta nova modalidade de alienação visa dar maior agilidade e transparência à expropriação de bens penhorados, aproveitando as bem sucedidas experiências do pregão eletrônico e das páginas de vendas de bens móveis e imóveis existentes na *Internet*.

Contudo, a utilização da rede mundial de computadores para fins de alienação de bens penhorados, para ser implementada, carece de regulamentação pelo Conselho da Justiça Federal e pelos Tribunais de Justiça, no âmbito das suas respectivas competências, atendendo aos requisitos de ampla publicidade, autenticidade e segurança, com observância das regras estabelecidas na legislação sobre certificação digital.

Espera-se que o CNJ e os Tribunais de Justiça, nas suas respectivas esferas de competência, regulem essa novel modalidade de alienação com a brevidade que a sociedade anseia.

O art. 690, em sua nova redação, ampliou de três dias para quinze dias o prazo para o arrematante promover a integralização do pagamento, quando a arrematação se der à vista, mediante caução.

A regra geral continua a ser a de que a arrematação ocorra à vista, constituindo o prazo de quinze dias para a integralização do preço, desde que seja prestada caução, exceção.

De acordo com os §§ 1º e 2º daquele mesmo art. 690, "Tratando-se de bem imóvel, quem estiver interessado em adquiri-lo em prestações poderá apresentar por escrito sua proposta, nunca inferior à avaliação, com oferta de pelo menos 30% (trinta por cento) à vista, sendo o restante garantido por hipoteca sobre o próprio imóvel", caso em que, as propostas para aquisição em prestações, serão juntadas aos autos, indicando o prazo, a modalidade e as condições de pagamento do saldo.

Oferecidos os lances e apresentadas as propostas, "O juiz decidirá por ocasião da praça, dando o bem por arrematado pelo apresentante do melhor lance ou proposta mais conveniente" (art. 690, § 3º), sendo que no caso de se decidir pela arrematação a prazo, "... os pagamentos feitos

pelo arrematante pertencerão ao exeqüente até o limite de seu crédito, e os subseqüentes ao executado."

Como regra geral, poderão arrematar os bens alienados em hasta pública todos aqueles que estiverem na livre administração dos seus bens (CPC, art. 690-A), ou seja, os capazes, não falidos e não insolventes, à exceção daqueles que, mesmo capazes, se incluam em qualquer das hipóteses dos incisos do art. 690-A.

Também o exeqüente poderá arrematar, consoante se vê do disposto no § único do art. 690-A, não estando, em tal circunstância, obrigado a exibir o preço, a não ser que o valor dos bens exceda o seu crédito, caso em que deverá depositar, dentro de três dias, a diferença, sob pena de ser tornada sem efeito a arrematação e, neste caso, os bens serão levados a nova praça ou leilão à custa do exeqüente.

Após a lavratura do auto de arrematação, que deverá se dar imediatamente após concluída a arrematação e o depósito do preço ou a prestação da garantia (art. 693, § único), a carta de arrematação ou a ordem de entrega serão expedidos para fins de instrumentalização da transferência de domínio, objetivando, no caso de bem imóvel, a transcrição no registro imobiliário (CPC, art. 703).

Assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo serventuário da justiça ou leiloeiro, a arrematação considerar-se-á perfeita, acabada e irretroatável, ainda que sejam julgados procedentes os embargos do executado (art. 694), podendo, contudo, ser tornada sem efeito nas hipóteses elencadas nos incisos do § 1º do art. 694.

No caso de procedência dos embargos, o executado terá direito a haver do exeqüente o valor por este recebido como produto da arrematação; caso inferior ao valor do bem, haverá do exeqüente também a diferença.

Se o arrematante ou seu fiador não pagar o preço no prazo estabelecido, o juiz impor-lhe-á, em favor do exeqüente, a perda da caução, voltando os bens a nova praça ou leilão, dos quais não serão admitidos a participar o arrematante e o fiador remissos (art. 695).

Assim como na adjudicação e na alienação por iniciativa particular, em se tratando de alienação de quota social, procedida por exeqüente alheio à sociedade, esta deverá ser intimada, assegurando-se o direito de preferência aos sócios. Do mesmo modo, não se efetuará a adjudicação ou alienação de bem do executado sem que da execução seja cientificado, por qualquer modo idôneo e com pelo menos dez dias de antecedência, o senhorio direto, o credor com garantia real ou com penhora anteriormente averbada, que não seja de qualquer modo parte na execução (art. 698).

Foram revogados ainda os artigos 697; 699 e 700 (que tratavam da hipoteca de vias férreas).

Os incisos I a III do art. 703 receberam nova redação, devendo doravante a carta de arrematação conter "I - a descrição do imóvel, com remissão à sua matrícula e registros; II - a cópia do auto de arrematação; e III - a prova de quitação do imposto de transmissão.", sendo excluída

a exigência relativa ao título, que constava do inciso IV.

Subseção II Da Entrega do Dinheiro

Art. 713. Findo o debate, o juiz decidirá. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

O art. 713 recebeu nova redação para determinar que findo o debate, o juiz decida e não mais sentencie, como constava na sua redação anterior.

Logo, a decisão que resolve acerca da preferência tem natureza jurídica de decisão interlocutória, desafiando recurso de agravo na modalidade de instrumento.

Os artigos 714 e 715 foram revogados, já que a adjudicação, na sua nova formatação, passou a ser tratada no Capítulo IV, Seção I, do Livro II, onde foi incluída a Subseção VI-A.

Subseção IV Do Usufruto de Móvel ou Imóvel (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 716. O juiz pode conceder ao exeqüente o usufruto de móvel ou imóvel, quando o reputar menos gravoso ao executado e eficiente para o recebimento do crédito. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 717. Decretado o usufruto, perde o executado o gozo do móvel ou imóvel, até que o exeqüente seja pago do principal, juros, custas e honorários advocatícios. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 718. O usufruto tem eficácia, assim em relação ao executado como a terceiros, a partir da publicação da decisão que o conceda. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 720. Quando o usufruto recair sobre o quinhão do condômino na copropriedade, o administrador exercerá os direitos que cabiam ao executado. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 722. Ouvido o executado, o juiz nomeará perito para avaliar os frutos e rendimentos do bem e calcular o tempo necessário para o pagamento da dívida. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

I - (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

II - (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

§ 1º Após a manifestação das partes sobre o laudo, proferirá o juiz decisão; caso deferido o usufruto de imóvel, ordenará a expedição de carta para averbação no respectivo registro. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 2º Constarão da carta a identificação do imóvel e cópias do laudo e da decisão. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 3º (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

Art. 724. O exeqüente usufrutuário poderá celebrar locação do móvel ou imóvel, ouvido o executado. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

Parágrafo único. Havendo discordância, o juiz decidirá a melhor forma de exercício do usufruto. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 725. (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

Art. 726. (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

Art. 727. (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

Art. 728. (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

Art. 729. (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

Algumas alterações foram implementadas, ainda, na Subseção IV (Do Usufruto de Móvel ou Imóvel), as quais, por tratarem da mera operacionalização da expropriação consistente no usufruto de móvel ou imóvel, não se fará maiores comentários.

Foi revogado ainda o Título V, do Livro II do CPC, que tratava da remição de bens, passando o cônjuge, ascendente ou descendente, em situação de igualdade com o exeqüente, o credor com garantia real e os credores concorrentes que hajam penhorado o mesmo bem, a ter apenas o direito de adjudicar o bem, sendo que na eventualidade de haver mais de um interessado na adjudicação, será procedida à licitação entre eles (art. 685-A, §§ 2º e 3º).

Trata-se de importante alteração que deve reduzir sensivelmente as chicanas armadas para excluir da execução bens que tinham sido penhorados, mediante a utilização de 'laranjas' que, oferecendo lances mínimos, arrematavam tais bens, possibilitando a remição pelo cônjuge, ascendente ou descendente do executado por aqueles mesmos valores, possibilitando a permanência do bem na esfera patrimonial dos familiares do executado e frustrando a execução.

TÍTULO III DOS EMBARGOS DO DEVEDOR CAPÍTULO I DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 736. O executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá opor-se à execução por meio de embargos. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

Parágrafo único. Os embargos à execução serão distribuídos por dependência, autuados em apartado, e instruídos com cópias (art. 544, § 1º, *in fine*) das peças processuais relevantes. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 737. (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

Art. 738. Os embargos serão oferecidos no prazo de 15 (quinze) dias, contados da data da juntada aos autos do mandado de citação. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

I - (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

II - (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

III - (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

IV - (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

§ 1º Quando houver mais de um executado, o prazo para cada um deles embargar conta-se a partir da juntada do respectivo mandado citatório, salvo tratando-se de cônjuges. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 2º Nas execuções por carta precatória, a citação do executado será imediatamente comunicada pelo juiz deprecado ao juiz deprecante, inclusive

por meios eletrônicos, contando-se o prazo para embargos a partir da juntada aos autos de tal comunicação. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 3º Aos embargos do executado não se aplica o disposto no art. 191 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 739. O juiz rejeitará liminarmente os embargos:

I - quando intempestivos; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

II - quando inepta a petição (art. 295); ou (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

III - quando manifestamente protelatórios. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 1º (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

§ 2º (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

§ 3º (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

Art. 739-A. Os embargos do executado não terão efeito suspensivo. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 1º O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 2º A decisão relativa aos efeitos dos embargos poderá, a requerimento da parte, ser modificada ou revogada a qualquer tempo, em decisão fundamentada, cessando as circunstâncias que a motivaram. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 3º Quando o efeito suspensivo atribuído aos embargos disser respeito apenas a parte do objeto da execução, essa prosseguirá quanto à parte restante. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 4º A concessão de efeito suspensivo aos embargos oferecidos por um dos executados não suspenderá a execução contra os que não embargaram, quando o respectivo fundamento disser respeito exclusivamente ao embargante. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 5º Quando o excesso de execução for fundamento dos embargos, o embargante deverá declarar na petição inicial o valor que entende correto, apresentando memória do cálculo, sob pena de rejeição liminar dos embargos ou de não conhecimento desse fundamento. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 6º A concessão de efeito suspensivo não impedirá a efetivação dos atos de penhora e de avaliação dos bens. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 739-B. A cobrança de multa ou de indenizações decorrentes de litigância de má-fé (arts. 17 e 18) será promovida no próprio processo de execução, em autos apensos, operando-se por compensação ou por execução. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 740. Recebidos os embargos, será o exequente ouvido no prazo de 15 (quinze) dias; a seguir, o juiz julgará imediatamente o pedido (art. 330) ou designará audiência de conciliação, instrução e julgamento, proferindo sentença no prazo de 10 (dez) dias. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

Parágrafo único. No caso de embargos manifestamente protelatórios, o juiz imporá, em favor do exequente, multa ao embargante em valor não

superior a 20% (vinte por cento) do valor em execução. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

A reforma implementada pela Lei nº 11.382/2006, trouxe profundas alterações na ação de embargos à execução, que constitui o meio de defesa por excelência, do executado.

O art. 736, *caput*, em sua nova redação, fulminou o pressuposto processual da chamada segurança do juízo na ação de embargos à execução. De fato, na sistemática anterior, o executado somente poderia lançar mão da ação de embargos à execução após garantir o juízo pela penhora, na execução por quantia certa ou pelo depósito, na execução para entrega de coisa. Doravante, o executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá opor-se à execução por meio de embargos. A segurança do juízo, contudo, continua sendo pressuposto para o caso de, excepcionalmente, ser atribuído efeito suspensivo aos embargos (CPC, art. 739-A, § 1º).

Doravante, o prazo para o oferecimento dos embargos à execução, que antes era de 10 dias contados da juntada aos autos da prova da intimação da penhora; do termo de depósito; do mandado de imissão na posse, ou de busca e apreensão, na execução para a entrega de coisa; ou ainda do mandado de citação, na execução das obrigações de fazer ou de não fazer, passou a ser de 15 dias, contados da data da juntada aos autos do mandado de citação devidamente cumprido, já que, uma vez dispensado o requisito da segurança do juízo, não teria sentido que o executado somente pudesse se valer dos embargos após a juntada aos autos da prova da intimação da penhora, do termo de depósito, etc.

Ou seja, uma vez citado, o executado terá o prazo de 15 dias após a juntada aos autos do seu respectivo mandado de citação, para opor embargos à execução, instruindo a inicial com cópia de todas as peças relevantes ao seu julgamento. Tal prazo, consoante estabelece o § 1º do art. 738, conta-se isoladamente, para cada executado, começando a fluir a partir da juntada aos autos do seu respectivo mandado, independentemente de os demais permanecerem pendentes de cumprimento, excetuando-se apenas quando se tratarem de cônjuges, quando o prazo somente começa a fluir a partir da juntada do último de ambos os mandados devidamente cumpridos. Não se aplica aos embargos à execução, do mesmo modo, a regra do art. 191 do CPC (prazo em dobro quando os executados possuírem advogados distintos), por disposição expressa do § 3º do art. 738 do CPC.

Outra inovação introduzida pelo § 2º do art. 738, diz respeito à contagem do prazo para a oposição de embargos à execução, no caso da execução se processar por carta precatória, situação em que, a citação do executado, tão logo efetivada, deverá ser imediatamente comunicada pelo juiz deprecado ao juiz deprecante, inclusive por meios eletrônicos, contando-se o prazo para embargos a partir da juntada aos autos da execução, de tal comunicação.

Questão que pode gerar alguma indagação é a da necessidade ou não de que o executado seja intimado da juntada da comunicação a que alude o art. 738, § 2º. Penso que a intimação é desnecessária, já que, no processo de conhecimento, uma vez citado, o réu é quem deve diligenciar o momento da juntada do mandado ou da carta precatória aos autos, quando então começa a fluir o seu prazo para contestar, não vislumbrando nenhuma razão para que no processo de execução seja diferente. Resta saber qual vai ser o posicionamento da jurisprudência.

Antes da reforma, os embargos à execução eram autuados em apenso ao processo de execução. Com a nova dicção do art. 736 e a inserção do § único, àquele dispositivo legal, os embargos à execução passaram a ser distribuídos por dependência, autuados em apartado, e instruídos com cópias (art. 544, § 1º, *in fine*) das peças processuais relevantes, o que deve amenizar os percalços ocasionados pela autuação em apenso, mormente levando-se em conta que os embargos, na nova sistemática, não suspendem o curso da execução (CPC, art. 739-A), e o apensamento, em tais circunstâncias, perturbaria o processamento simultâneo das duas ações. É de todo racional, portanto, que o legislador tenha optado pela autuação em apartado, para propiciar o curso normal de uma e de outra.

Uma questão que suscitava dúvidas e restou disciplinada pelo art. 736 é a instrução dos embargos, que na sistemática anterior, para alguns, era prescindível, já que a autuação se dava em apenso e todos os elementos probatórios se achavam autuados no processo de execução. A situação se complicava quando os embargos eram opostos sem instrução e eram julgados improcedentes, sendo desapensados e remetidos ao tribunal *ad quem* no caso de interposição de recurso de apelação, muitas vezes, carente de elementos probatórios ao julgamento do recurso, os quais ficavam no processo de execução, que era desapensado para propiciar o seu prosseguimento.

Com a inclusão do § único, ao art. 736, em especial pelo fato de os embargos, doravante serem autuados em apartado, devem ser instruídos com cópias (art. 544, § 1º, *in fine*) das peças processuais relevantes, a fim de propiciar o seu julgamento, independentemente da consulta aos autos do processo de execução. Desse modo, cumpre ao embargante colacionar aos autos dos embargos cópias de todas as peças relevantes para o julgamento daquela ação, competindo ao embargado, da mesma forma instruir a impugnação com cópias das peças destinadas a fazer prova de suas alegações e que não tenham sido juntadas pelo embargante.

O art. 739 disciplina as situações em que os embargos à execução deverão ser rejeitados liminarmente, a saber: quando intempestivos, quando inepta a petição inicial (art. 295); ou quando manifestamente protelatórios.

A natureza peculiar da ação de embargos à execução explica a primeira e a terceira hipóteses de rejeição liminar: a disciplina genérica da petição inicial corrobora a segunda. O primeiro caso envolve a perda da faculdade de opor-se à execução, por força da preclusão. De fato, o prazo do art. 738 é preclusivo, eliminando, pelo seu decurso, a possibilidade do exercício da ação incidental a que se refere. O segundo concerne à inépcia da inicial que

alcança, curialmente, a dos embargos à execução que ação é e cuja inicial está sujeita aos mesmos requisitos das demais ações, além dos que lhe são específicos. O terceiro caso envolve a utilização dos embargos à execução com fins meramente protelatórios, o que, com a dicção do art. 739-A *caput* (Os embargos do executado não terão efeito suspensivo) e seus §§, por si só, já deve restringir tais ocorrências, muito comuns na sistemática anterior, em que os embargos sempre suspendiam o curso da execução.

Com efeito, ao estabelecer o § 1º do art. 739-A que "O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes" e o seu § 2º que "A decisão relativa aos efeitos dos embargos poderá, a requerimento da parte, ser modificada ou revogada a qualquer tempo, em decisão fundamentada, cessando as circunstâncias que a motivaram", a possibilidade da utilização dos embargos com fins meramente protelatórios deve ser bastante restringida, já que o juiz poderá, a requerimento do exequente e a qualquer tempo, revogar a decisão que, excepcionalmente, atribuiu efeito suspensivo aos embargos, mesmo que a execução se encontre garantida pela penhora ou pelo depósito.

Demais disso, é bom lembrar que o § 6º, do art. 739-A, estabelece que "A concessão de efeito suspensivo não impedirá a efetivação dos atos de penhora e de avaliação dos bens" e o § único do art. 740 preceitua que "No caso de embargos manifestamente protelatórios, o juiz imporá, em favor do exequente, multa ao embargante em valor não superior a 20% (vinte por cento) do valor em execução."

A circunstância de o executado ter se valido da faculdade a que alude o art. 745-A e ter inadimplido com o pagamento de alguma parcela, fazendo incidir o § 2º daquele mesmo artigo, cuja parte final preceitua ser vedada a oposição de embargos, também é causa de extinção liminar de eventuais embargos que venham a ser opostos pelo executado.

Do mesmo modo o § 5º do art. 739-A, ao estabelecer que "Quando o excesso de execução for fundamento dos embargos, o embargante deverá declarar na petição inicial o valor que entende correto, apresentando memória do cálculo, sob pena de rejeição liminar dos embargos ou de não conhecimento desse fundamento", instituiu mais uma possibilidade de rejeição liminar dos embargos, a qual deve somar-se às hipóteses de que cuida o art. 739 e à de que cuida o art. 745-A, § 2º.

Contudo, cumpre observar que nesta última hipótese a rejeição liminar somente ocorrerá quando o excesso for o único fundamento dos embargos, já que, havendo mais de um fundamento, a subsistência de outro pode inviabilizar a rejeição liminar com base no § 5º do art. 739-A, caso em que os embargos não serão conhecidos por esse fundamento, restando, entretanto, ao juiz apreciar as demais questões deduzidas.

A sentença que rejeitar liminarmente os embargos, desafia o recurso de apelação do art. 513, com efeito meramente devolutivo, nos ter-

mos do disposto no art. 520, V.

O § 3º do art. 739-A apenas repetiu a regra que constava do § 2º do art. 739 na sua redação original, o mesmo ocorrendo com o § 4º do art. 739-A em relação ao § 3º do art. 739 na sua redação revogada.

A impugnação dos embargos tem caráter de contestação e deve ser oferecida no prazo de 15 dias após a intimação do exeqüente (CPC, art. 740). Contestados os embargos, os autos serão conclusos para que o juiz, versando os embargos matéria, apenas, de direito, ou sendo comprovados, documentalmente, os fatos constitutivos da pretensão neles deduzida, promova o julgamento antecipado da lide, no prazo de 10 dias, a contar da conclusão dos autos (CPC, art. 740, 1ª parte).

Não sendo o caso de julgamento antecipado da lide, o juiz designará audiência de conciliação, instrução e julgamento, prolatando, em seguida, sentença, no prazo de 10 dias (CPC, art. 740, 2ª parte).

CAPÍTULO III **OS EMBARGOS À EXECUÇÃO** **(Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).**

Art. 744. (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

Art. 745. Nos embargos, poderá o executado alegar: (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

I - nulidade da execução, por não ser executivo o título apresentado; (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

II - penhora incorreta ou avaliação errônea; (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

III - excesso de execução ou cumulação indevida de execuções; (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

IV - retenção por benfeitorias necessárias ou úteis, nos casos de título para entrega de coisa certa (art. 621); (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

V - qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 1º Nos embargos de retenção por benfeitorias, poderá o exeqüente requerer a compensação de seu valor com o dos frutos ou danos considerados devidos pelo executado, cumprindo ao juiz, para a apuração dos respectivos valores, nomear perito, fixando-lhe breve prazo para entrega do laudo. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 2º O exeqüente poderá, a qualquer tempo, ser imitado na posse da coisa, prestando caução ou depositando o valor devido pelas benfeitorias ou resultante da compensação. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 745-A. No prazo para embargos, reconhecendo o crédito do exeqüente e comprovando o depósito de 30% (trinta por cento) do valor em execução, inclusive custas e honorários de advogado, poderá o executado requerer seja admitido a pagar o restante em até 6 (seis) parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e juros de 1% (um por cento) ao mês. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 1º Sendo a proposta deferida pelo juiz, o exeqüente levantará a quantia depositada e serão suspensos os atos executivos; caso indeferida, seguir-se-ão os atos executivos, mantido o depósito. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 2º O não pagamento de qualquer das prestações implicará, de pleno

direito, o vencimento das subseqüentes e o prosseguimento do processo, com o imediato início dos atos executivos, imposta ao executado multa de 10% (dez por cento) sobre o valor das prestações não pagas e vedada a oposição de embargos. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 746. É lícito ao executado, no prazo de 5 (cinco) dias, contados da adjudicação, alienação ou arrematação, oferecer embargos fundados em nulidade da execução, ou em causa extintiva da obrigação, desde que superveniente à penhora, aplicando-se, no que couber, o disposto neste Capítulo. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 1º Oferecidos embargos, poderá o adquirente desistir da aquisição. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 2º No caso do § 1º deste artigo, o juiz deferirá de plano o requerimento, com a imediata liberação do depósito feito pelo adquirente (art. 694, § 1º, inciso IV). (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 3º Caso os embargos sejam declarados manifestamente protelatórios, o juiz imporá multa ao embargante, não superior a 20% (vinte por cento) do valor da execução, em favor de quem desistiu da aquisição. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

O Capítulo III, do Título III, do Livro II, do CPC, que era denominado "Dos Embargos do Devedor" passou a denominar-se "Os Embargos à Execução", em consonância com entendimento há muito sedimentado na doutrina e na jurisprudência de que a legitimidade para opor "embargos do devedor" não se restringia somente ao devedor, mas também àqueles que ostentassem legitimidade para figurar no pólo passivo do processo de execução.

Em se tratando de execução por quantia certa contra devedor solvente, fundada em título executivo extrajudicial, o art. 745 do CPC elenca o rol de matérias que poderão ser argüidas pelo embargante, quais sejam: nulidade da execução, por não ser executivo o título apresentado; penhora incorreta ou avaliação errônea; excesso de execução ou cumulação indevida de execuções; retenção por benfeitorias necessárias ou úteis, nos casos de título para entrega de coisa certa (art. 621); e ainda qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento.

De acordo com o disposto no art. 745-A, é facultado ao executado, no prazo para oposição de embargos, reconhecendo o crédito do exeqüente e comprovando o depósito de 30% do valor em execução, inclusive custas e honorários de advogado, requerer seja admitido a pagar o restante do débito em até 6 parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e juros de 1% ao mês.

Trata-se de louvável iniciativa do legislador que visa propiciar aos executados de boa-fé o adimplemento parcelado do débito, em até 6 meses, com a incidência de correção monetária + juros de 1% ao mês, que representam taxa módica em relação às praticadas pelo mercado financeiro, constituindo-se em atrativo para o adimplemento voluntário, com reflexos diretos na economia processual, já que a opção pode

ser feita logo após a citação e uma vez admitida, e realizados todos os pagamentos, a execução será extinta sem maiores delongas.

Entretanto, considerando-se que o § 2º do mesmo art. 745-A estabelece que o não pagamento de qualquer das prestações implicará, de pleno direito, o vencimento das subseqüentes e o prosseguimento do processo, com o imediato início dos atos executivos, imposta ao executado multa de 10% sobre o valor das prestações não pagas e vedada a oposição de embargos, o executado que pretenda se valer dessa faculdade de adimplemento deverá refletir muito bem sobre as suas reais condições de solver o débito confessado, já que o inadimplemento de qualquer parcela ocasionará o vencimento antecipado das remanescentes e a imposição de multa de 10% sobre o saldo devedor, com a imediata retomada da execução. Além disso, estará o executado impedido de utilizar-se da ação de embargos à execução, que constitui o meio processual adequado à sua defesa.

Sem contar que na hipótese do executado ter requerido o parcelamento do restante do débito, e seu requerimento ser indeferido, seguir-se-ão os atos executivos, mantido o depósito.

Como o requerimento de parcelamento não suspende o prazo para a interposição de embargos e um dos seus requisitos é exatamente o reconhecimento do crédito do exeqüente, conclui-se que a utilização de tal faculdade será restrita aos casos em que o executado não pretenda embargar a execução, pois caso contrário seria temerário optar pelo parcelamento para somente após eventual decisão pelo indeferimento embargar, além do que, restaria um campo extremamente restrito de matérias que poderiam ser articuladas nos embargos, já que haveria o reconhecimento do débito.

CAPÍTULO IV

DOS EMBARGOS NA EXECUÇÃO POR CARTA

(Renumerado do Capítulo V para o IV, pela Lei nº 11.382, de 2006)

Art. 747. Na execução por carta, os embargos serão oferecidos no juízo deprecante ou no juízo deprecado, mas a competência para julgá-los é do juízo deprecante, salvo se versarem unicamente vícios ou defeitos da penhora, avaliação ou alienação dos bens. (Redação dada pela Lei nº 8.953, de 13.12.1994)

O Capítulo V, do Título III, do Livro II, teve sua numeração alterada para IV, mantendo-se a redação de seu único artigo.

A competência para o julgamento dos embargos, quando a execução se processar por carta precatória, portanto, continua disciplinada pelo art. 747 do CPC, segundo o qual "Na execução por carta, os embargos serão oferecidos no juízo deprecante ou no juízo deprecado, mas a competência para julgá-los é do juízo deprecante, salvo se versarem unicamente vícios ou defeitos da penhora, avaliação ou alienação dos bens."

Ou seja, quando a execução se processar por carta precatória, os

embargos podem ser ajuizados tanto no juízo deprecante como no juízo deprecado. Contudo, a competência do juízo deprecado restringe-se unicamente aos vícios ou defeitos da penhora, avaliação ou alienação dos bens. Versando os embargos sobre tema diverso daqueles, se ajuizados perante o juízo deprecado, os autos devem ser encaminhados ao juízo deprecante para o seu processamento e julgamento.

É oportuno lembrar, contudo, que na nova sistemática, o prazo para o ajuizamento dos embargos à execução começa a fluir da juntada aos autos do mandado de citação devidamente cumprido, sendo que na hipótese dos embargos se processarem por carta precatória, a citação do executado será imediatamente comunicada pelo juiz deprecado ao juiz deprecante, inclusive por meios eletrônicos, contando-se o prazo para oposição de embargos a partir da juntada aos autos de tal comunicação.

2 Conclusão

Como dito inicialmente, não é pretensão do autor esgotar tão vasto e intrincado tema como o é o processo de execução de que cuida o Livro II do CPC, cujas alterações implementadas pela Lei nº 11.382/2006 seguramente levarão juristas de peso a sobre elas se debruçarem por um bom tempo, a fim de extraírem de suas entranhas o máximo da efetividade que possam emprestar ao processo de execução, sem, contudo, descuidar das garantias constitucionais tão valiosas e cuja conquista demandou tão longa e penosa jornada trilhada na esteira da evolução social e da repulsa aos sistemas autoritários e injustos que tanto sofrimento causaram a incontáveis gerações.

Contudo, espera-se que este breve estudo, apesar de sua limitação, possa trazer se não luz, ao menos algum lampejo que possa de algum modo auxiliar na ingrata tarefa daqueles que labutam na seara do direito em seu dia-a-dia, de desvendar as facetas de uma reforma que veio como resposta a tão ingentes anseios de toda a sociedade brasileira.

Notas

- 1 ASSIS, Araken. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Vol. VI, (Arts. 566 a 645), Rio de Janeiro. 2000. p. 118.
- 2 *Op. cit.*, p. 319.
- 3 *Op. cit.*, p. 121.
- 4 *Op. cit.*, p.

Referências

ARRUDA, Alvim. **Manual de Direito Processual Civil**. Ed. RT, 2001.

ASSIS, Araken. **Manual do processo de execução**. São Paulo. Ed. RT.

_____. **Comentários ao código de processo civil**: do processo de execução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

_____. **Da execução de alimentos e prisão do devedor**. Ed. Forense: Rio de Janeiro.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, vol. V., 8a. ed., 1999.

_____. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 21a. ed. 2001.

_____. **Temas de Direito Processual**: Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. Notas sobre o problema da efetividade do processo, *in* Estudos de Direito Processual em homenagem a José Frederico Marques. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 203 e ss; **Temas de Direito Processual** (Terceira Série). São Paulo: Saraiva, 1984.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 14a. ed. São Paulo: Malheiros.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2a. ed., 1995.

_____. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

_____. **A Reforma da Reforma**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Execução civil**. São Paulo: Malheiros Editores.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. vol. I, II, e III. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

_____. **Fundamentos do Processo Ci-**

vil Moderno. São Paulo: Malheiros Editores, 5a. ed., 2002.

FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. Editora Forense. 2000.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 3º volume. São Paulo: Editora Saraiva.

GRECO, Leonardo. **O Processo de Execução**. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas Tendências do Direito Processual**. São Paulo. 2a. ed. Editora Forense Universitária, 1990.

_____. **O Processo em Evolução**. Rio de Janeiro-São Paulo: E. forense Universitária, 2a. ed., 1998.

_____. **A Marcha do Processo**. Rio de Janeiro-São Paulo: Ed. Forense Universitária, 1a. ed., 2000.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. São Paulo: Editora Saraiva. 1963.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. **Novas Linhas do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2a. ed., 1966.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. 2a. ed. São Paulo: Saraiva, 1976. v. 2.3 e 4.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. 1a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. v. 3,12.

_____. **Comentários ao código de processo civil (de 1939)**. 2a. ed. Rio de Janeiro: [s.n.], 1969. t. 9.

_____. **Comentários ao código de pro-**

cesso civil. Rio de Janeiro, 1974. t. 5.

_____. **Tratado das ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970-1976. v. 1.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Atualidades sobre o processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. Nelson e Rosa Maria Andrade Nery. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

_____. **Princípios do processo civil na constituição federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

PACHECO, José da Silva. **Evolução do Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SANTOS, Ernane Fidélis. **Manual de direito processual civil**. v.2. São Paulo: Saraiva.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras li-**

nhas de direito processual. v.3. São Paulo: Saraiva.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. Volume 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense. v. 1,2,3.

_____. **Lei de Execução Fiscal**. São Paulo: Saraiva.

_____. **Processo de execução**. Rio de Janeiro: Forense.

TUCCI, Rogério Lauria. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva.

ZAVASCKI, Teori. **Comentários ao código de processo civil**: do processo de execução. Volume 8. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

O conflito entre os tratados internacionais e o ordenamento jurídico pátrio

Marcelo Oscar Silva Santos

*Advogado da Caixa em Santa Catarina
Mestrando em Direito - Relações Internacionais, pelo
Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade
Federal de Santa Catarina - CPGD/UFSC.*

RESUMO: O presente estudo versa sobre a validade dos Tratados Internacionais quando confrontados com a legislação ordinária e com a própria Constituição Federal, com a conseqüente perda de eficácia sem a renúncia formal, associada às implicações decorrentes, analisando, historicamente, o conflito entre a visão dualista e a monista, com suas subdivisões. Trata ainda da influência da Convenção de Viena, da elaboração, validade e vícios dos Tratados Internacionais, bem como de sua importância, características e terminologia. Para viabilizar esta proposta, será abordado o ponto de vista dos principais juristas expoentes em cada concepção, bem como uma breve crítica da dicotomia entre a visão dualista e a monista, para poder analisar, com a devida fundamentação, o posicionamento do STF, antes e depois do julgamento do Recurso Extraordinário 80.004.

Palavras-chave: Tratados internacionais. Validade interna. Eficácia. Monismo e dualismo.

1 Introdução

*"Atualmente, é inimaginável um mundo sem o enorme fluxo de bens, recursos financeiros, informações, pessoas e de uma série de outros elementos mais difusos e menos quantificáveis que transitam continuamente entre as fronteiras que delimitam os Estados."*¹

Na citação transcrita, o professor Sato, do Instituto de Relações Internacionais da Universidade de Brasília, explicita a interdependência existente entre os diversos Estados soberanos, materializada através de diversos Tratados Internacionais, um fenômeno bastante comum nos dias atuais, iniciado há mais de 3.000 anos².

A questão está na pauta do dia. Em março deste ano, o mundo parou para assistir a visita ao Brasil do presidente dos Estados Unidos da

América - EUA, George W. Bush, que iniciaria entendimentos para a assinatura de protocolos, que poderiam eliminar as tarifas de importação do etanol brasileiro e criar um mercado internacional para o biocombustível, visando diminuir a dependência estadunidense do petróleo e atenuar os efeitos do aquecimento global.

Alguns críticos alertaram que ele estaria fugindo das implicações da guerra que iniciou contra o terror, guerra esta que, dentre as inúmeras armas de que dispõe, conta com um arsenal de tratados internacionais; outros reclamaram a sua rejeição ao Protocolo de Kyoto³.

Os dois parágrafos anteriores, tecendo algumas breves considerações sobre fatos recentes, ilustram uma matéria bastante discutida na mídia de todo planeta. Neles foram ventiladas diversas questões como meio ambiente, comércio internacional, combate ao terrorismo, segurança pública, que são freqüentemente abordadas pelos meios de comunicação e pela própria sociedade como objeto de tratados, protocolos, acordos ou convênios internacionais, sem que sejam conhecidas, nem mesmo pela maior parte dos operadores do Direito, as etapas, condições e requisitos necessários para a implantação dos Tratados Internacionais e para sua vigência na ordem interna.

A inauguração pela Caixa Econômica Federal, em fevereiro deste ano, na cidade japonesa de Hamamatsu, de sua primeira dependência em solo estrangeiro: o Escritório de Representação Internacional da empresa no Japão, tão divulgada ao seu público interno, só foi possível devido à existência de tratados internacionais que possibilitaram a instalação no exterior de uma instituição financeira brasileira.

Entretanto, apesar de ser um instituto milenar, somente nos últimos dois ou três séculos, em decorrência do notável progresso vivenciado em vários campos da sociedade⁴, é que se tem verificado, internacionalmente, um adensamento extraordinário da quantidade de assuntos e questões reguladas por meio de inúmeros tratados internacionais.

Tais tratados surgiram inicialmente vinculando apenas dois Estados, tratando de questões de segurança, ou de interesse comum, evoluindo até a normatização de questões técnicas ou solidárias que abarcam, em muitos casos, dezenas de Estados.

Invocando, novamente, a segura lição do consagrado prof. Rezek, até o limiar do século retrasado o Direito dos Tratados, ramo importantíssimo do Direito das Gentes, fundamentava-se, essencialmente, no costume, além da segura orientação dos princípios da boa-fé e *pacta sunt servanda*, razão pela qual vários autores priorizaram a abordagem dos diversos aspectos da prática entre os Estados, quanto à negociação, garantia de autenticidade, manifestação do consentimento definitivo, eficácia, efeitos entre as partes e perante terceiros, alteração, desgaste e extinção do instrumento original (do tratado em si), que constituiriam, de forma muito elementar, o cerne do Direito dos Tratados, cuja origem se perde nos primórdios da civilização, mas, sem sombra de dúvida, foi consuetudinária.⁵

Este trabalho, fruto de uma disciplina ministrada pelo Prof. Dr. Luís Otávio Pimentel, vinculada ao programa do mestrado do CPGD/UFSC, é o primeiro passo de um estudo que está sendo realizado sobre o processo de internacionalização da Caixa Econômica Federal, que renderá outros artigos sobre o tema no futuro.

Trata da questão da validade dos Tratados Internacionais quando confrontados com leis internas no Brasil, especialmente as posteriores, com a conseqüente perda de eficácia sem a renúncia formal, bem como as implicações decorrentes.

Para tanto, num primeiro momento, serão abordados alguns aspectos referentes aos Tratados em si: importância, características e terminologia, influência da Convenção de Viena, elaboração, validade e vícios.

Em seguida, para abordar a forma como o ordenamento jurídico nacional encara os conflitos dos Tratados Internacionais com a legislação ordinária e com a própria constituição, serão consideradas as formas como, historicamente, foi tratado o conflito entre a ordem interna e a internacional - a visão dualista e a monista, com suas subdivisões.

Para viabilizar esta proposta, serão abordados os principais juristas expoentes em cada concepção, bem como uma breve crítica desta dicotomia e a posição de alguns doutrinadores nacionais, para poder analisar, com a devida fundamentação, o posicionamento do STF, antes e depois do julgamento do Recurso Extraordinário 80.004.

Além disso, foi destacada a questão da adoção de tratados internacionais em matéria tributária, diante da edição de novas leis contraditórias e aspectos pertinentes à extradição, abordados sob o viés especialidade X generalidade, com o qual também se analisam outros aspectos da matéria.

Ao concluir, serão comparadas a visão doutrinária e jurisprudencial nacional, quanto à dicotomia existente entre o dualismo e o monismo, com as implicações para uma ordem mundial solidária, comprometida com o bem comum e não com alguns casuísmos, que muitas vezes são os responsáveis pelas alterações legislativas internas.

2 Tratados internacionais - breves noções

Para que se possa dar continuidade ao presente estudo, convém que se faça uma breve explanação sobre as peculiaridades do Tratado Internacional. Como já foi visto, é um instituto muito antigo, decorrente da própria vida em sociedade; pois da mesma forma que as pessoas necessitam umas das outras, não conseguindo viver sozinhas, os Estados apresentam necessidades, que não podem ser atendidas isoladamente.

Conforme mencionado, em sua origem, os Tratados Internacionais caracterizavam-se pela forma costumeira, com a qual eram dosados e

aplicados os princípios da boa-fé e *pacta sunt servanda*, tendo evoluído da forma bilateral para a multilateral.

Com a evolução da comunidade internacional e com o relevante incremento no número de Tratados Internacionais celebrados, até para facilitar o gerenciamento e controle das obrigações assumidas, desenvolveu-se certo formalismo e o costume tradicional perdeu a primazia na interação entre os Estados soberanos para o Tratado Internacional propriamente dito, que, em última análise, consiste naquele mesmo costume, agora convertido em fonte de direito, sob a forma documental, respeitadas as formalidades próprias, muitas delas de origem consuetudinária.

2.1 A Convenção de Viena

Para disciplinar a elaboração dos Tratados houve uma primeira tentativa na Convenção de Cuba de 1928, da qual só participaram 8 países, incluindo o Brasil, mas que não logrou êxito. Em seguida, a Convenção de Viena começa a ser preparada em 1949, sendo ultimado o texto em 23/05/1969, tendo vigência a partir de 27/01/1980, após a adesão de 35 Estados-partes.

Esta convenção, de fato, é um Tratado sobre tratados, que busca regulamentar a forma como os Estados vão pactuar, implantar e aplicar os tratados dos quais façam parte, além de outras questões conexas, sendo destinada a regular, exclusivamente, a relação entre Estados.

Conforme ensinado com maestria pelo prof. Accioly, em 1986 houve outra Convenção em Viena que complementou a primeira, justamente para reconhecer, também, o Direito à celebração de Tratados Internacionais entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais⁶, reconhecendo assim o relevante papel desempenhado por estas organizações.

2.2 Conceitos e terminologias

Lafayette, há mais de cem anos, asseverava: "aos tratados dá-se indiferentemente a denominação de convenções, acordos, pactos e ajustes internacionais"⁷ O aclamado ministro Rezek ensina que a terminologia adotada é indiferente, ressaltando que na França há 38 termos diferentes e no vernáculo há uns 20 termos, além dos compostos.⁸

Rezek conceitua o Tratado como "*todo acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público e destinado a produzir efeitos jurídicos. (...) identificamo-lo por seu processo de produção e pela forma final, não pelo seu conteúdo.*" Sendo conceituado pela Convenção de Viena como "*um acordo internacional concluído entre Estados em forma escrita e regulado pelo Direito Internacional consubstanciado em um único instrumento ou em dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja a sua designação específica.*"⁹

2.3 Procedimento de elaboração

Quanto ao processo de elaboração dos Tratados Internacionais, a professora Nádia de Araújo, de forma didática, leciona: "*As fases de elaboração dos tratados são identificadas, geralmente, da seguinte maneira: negociação, assinatura, ratificação, promulgação, publicação e registro. Segundo a Constituição Federal - artigo 84, VIII - compete privativamente ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais. Em seguida, o presidente remete os tratados para serem apreciados pelo Congresso Nacional, a quem cabe resolver definitivamente sobre sua aprovação - artigo 49, I da Constituição. Uma vez aprovados, por meio de decreto legislativo, os atos internacionais voltam ao Executivo, para a ratificação - momento em que ocorre a troca de notas diplomáticas ou o depósito do instrumento de ratificação no local designado, nos casos de tratados multilaterais.*"¹⁰

2.4 Validade dos tratados internacionais

Para que sejam considerados válidos, devem ser analisados os seguintes aspectos dos Tratados Internacionais: a) capacidade das partes contratantes; b) habilitação dos agentes signatários; c) objeto lícito e possível e d) consentimento mútuo.

2.4.1 Capacidade das partes contratantes

Após a Convenção de 1986, foi reconhecida esta exclusiva capacidade de celebrar tratados aos Estados soberanos, às organizações internacionais, aos beligerantes, à Santa Sé e a outros entes internacionais, como os membros de uma federação, em casos especiais, da mesma forma que os Estados dependentes, já os protetorados dependem da autorização dos Estados protetores.

2.4.2 Habilitação dos agentes signatários

Para que os negociadores estejam habilitados a negociar e concluir um Tratado Internacional, necessitam da habilitação, que consiste na cessão de poderes por parte do Estado-parte para tal fim. Após esta delegação serão chamados de plenipotenciários.

Obviamente, se qualquer das fases de um tratado for realizada por pessoa não habilitada, acarretará em nulidade, mas se trata de nulidade relativa, uma vez que o Estado-parte, se assim o desejar, poderá ratificar o ato praticado.

Assim, o instituto dos plenos poderes facilita a realização dos Tratados Internacionais, pois como a agenda dos chefes de Estado é extremamente atarefada, caso eles tivessem que realizar toda a complexa e demorada negociação acabaria inviabilizando a celebração dos Tratados.

Entretanto, com a figura da ratificação, houve o esvaziamento daquele instituto, pois os Estados podem iniciar as negociações a título provisório, para confirmação a *posteriori*, o que limita a sua vinculação antecipada, havendo no Estado-parte outro juízo de conveniência e oportunidade, daquilo que for ajustado pelo negociador, sendo assim, até certo ponto, mais interessante.

2.4.3 Objeto lícito e possível

Inicialmente os Tratados eram consuetudinários, focados na boa fé, no *pacta sunt servanda* e em outros princípios do Direito Internacional. Atualmente, persiste, principalmente, a submissão aos princípios¹¹, de tal modo que, se alguma norma ou aspecto do Tratado Internacional violar estes princípios, torna-lo-á nulo, da mesma forma, se contrariar a moral, ou se o objeto for impossível de ser conceituado.

2.4.4 Consentimento mútuo

Este tópico trata do consentimento mútuo, *conditio sine qua non* para a celebração dos Tratados Internacionais, bem como as formas de sua corrupção, haja vista que, como em todo acordo de vontades, pode ser viciado pelo erro, pelo dolo ou pela coação no momento do ajuste das vontades.

Quanto ao erro, só implicará na anulação do Tratado se for de fato e macular o consentimento para que o Estado-parte se submeta ao Tratado Internacional, em seu aspecto fundamental, o que não ocorre com o erro de direito, pois se presume que todos os Estados-partes o conheçam. Se atingir apenas a redação do Tratado, não refletirá em sua validade, devendo, tão somente, ser corrigido. Aquele que der causa ao erro ou de alguma maneira contribuir, obviamente, não poderá invocá-lo.

Relativamente ao dolo, muito embora, informalmente, se sustente que alguns Estados, para obterem vantagens em Tratados Internacionais, costumam ludibriar ou induzir outro(s) Estado(s) ao erro, por quaisquer meios, na trajetória do Direito Internacional Público trata-se de uma prática bastante rara, se não de ocorrer, ao menos de ser provada. Mas, caso o seja, o Estado ludibriado terá o direito de pleitear a anulação do referido Tratado.

Contudo, na história recente da humanidade, a falsa alegação da existência de armas de destruição em massa no Iraque, sustentada por relatórios oficiais,¹² para mobilizar uma coalizão de Estados com o objetivo de invadir este país, visando, realmente, controlar as suas reservas de petróleo, é um exemplo didático que deve se tornar clássico na ilustração do dolo nos Tratados e Acordos Internacionais.

A última forma de viciar o consentimento mútuo - a coação, pode se apresentar de duas formas, ou contra o representante do Estado ou contra o próprio Estado, através do emprego de força, ou, simplesmente

te, de sua ameaça. Mas, em ambos os casos, implicará na anulação do Tratado.

3 O tratado internacional e o ordenamento jurídico pátrio

Tendo em vista que já foi abordada, superficialmente, a importância dos Tratados Internacionais, bem como, uma breve análise sobre os seus aspectos técnicos, no que tange à sua conceituação, elaboração e validade, já se pode enveredar na questão central do presente trabalho, que é o conflito dos Tratados Internacionais, dos quais o Brasil é signatário, com o ordenamento jurídico nacional.

3.1 Dualismo X Monismo

Para que se possa analisar a posição do STF e do ordenamento jurídico nacional, convém atizar as brasas de uma discussão que se acomodou, mas que não foi completamente resolvida, que diz respeito às correntes clássicas que relacionam o Direito Interno e o Internacional, tratam-se do Dualismo e do Monismo.

Esta é uma discussão muito antiga e alguns dos melhores doutrinadores, como o professor Vicente Marotta Rangel acreditava que, já em 1967, já se prolongava por "(...) *quatro séculos, desde quando aliás o aforismo International Law is part of the Law of the land, passou a informar a jurisprudência dos Tribunais de presas inglesas.*"¹³

Apesar de discutida há tanto tempo e de ter sido tão criticada, por ser, supostamente, maniqueísta e simplista, essa divisão constitui um marco, não havendo como escapar dela quando se aborda o tema, pois "*as teorias monistas e dualistas fornecem as bases doutrinárias para a solução a ser adotada pelos Estados no conflito entre o tratado internacional e o direito interno.*"¹⁴

De qualquer modo, a grande questão consiste em conseguir determinar, abstratamente e, principalmente, diante dos casos práticos que se apresentem, qual ordem deve ter prevalência se a interna ou a internacional, o que exige uma sistematização teórica de cada ordem isoladamente e de sua eventual interação, ou da hierarquização entre ambas no mesmo conjunto, conforme se adote uma visão dualista ou monista, respectivamente.

3.1.1 Dualismo

O primeiro jurista a estudar a essência do conflito entre normas foi o alemão Heinrich Triepel¹⁵ em 1899, na obra *Volkerrecht und Landesrecht* que Walz avaliou como "(...) *la plus importante pour le problème en question.*"¹⁶ Tais ensinamentos foram desenvolvidos em 1905 por Dionisio Anzilotti na obra *Il Diritto Internazionale nel Giudizio*

Interno, com algumas sutis diferenças, pois assegurava que o Direito Internacional em alguns casos poderia ser aplicado diretamente, sem ser internalizado.

Em 1914, Alfred Verdross denomina a teoria do prof. Triepel de dualista, que, apenas em 1923, passa a adotar a expressão em seus escritos, no mesmo ano em que a "expôs de forma sistemática num curso da Academia Internacional de Direito da Haia, por sinal, um dos primeiros a ser publicado no famoso *Recueil des Cours*"¹⁷. No que tange ao dualismo "*The chief exponents of dualism are Triepel and Anzilotti. Triepel maintains that the two system of international law and State law are entirely different in nature.*"¹⁸ e "La teoria dualista ou pluralista, fundada por Triepel y Anzilotti y representada todavía hoy por la doctrina italiana afirma que DI y el derecho interno son dos ordenamientos jurídicos absolutamente separados, por tener fundamentos de validez y destinatarios distintos."¹⁹

A prof. Mariângela Ariosi, no artigo mencionado, abordando o tema considera que *a tese dualista, proposta por Triepel, teve uma grande aceitação principalmente na Alemanha e na Itália. O dualismo, tal como fora construído por Triepel, todavia, sofreu algumas modificações quando repensado por outros autores. Não que esses autores tenham se distanciado da substância do dualismo, que é a consideração da existência de dois sistemas jurídicos independentes, mas, cada autor contribuiu com novos conceitos e postulados dentro da mesma estrutura teórica do dualismo jurídico. Foi o caso, por excelência de Anzilotti: "Anzilotti adopts a different approach; he distinguishes international law and State law according to the fundamental principles by which each system is conditioned. In his opinion, State law is conditioned by the fundamental principle or norm that State legislation is to be obeyed, while international law is conditioned by the principle pacta sunt servanda."*²⁰

3.1.2 Monismo

No mesmo momento histórico, o jurista austríaco Hans Kelsen, como contraponto, "*partindo do pressuposto que as normas internas e as internacionais constituem um único fenômeno normativo, que têm em mira regular o comportamento livre dos homens e sua natural sociabilidade, em qualquer circunstância, inclusive em seu relacionamento fora da própria comunidade*"²¹, considera que "*somente existiria um único sistema jurídico, sendo os ordenamentos jurídicos nacionais sistemas normativos parciais, que se integram no ordenamento jurídico internacional.*"²² Tal visão apresentava duas variantes, quanto à ordem que detém a primazia, numa é o Direito interno e na outra é o Direito Internacional.

Para o saudoso internacionalista Celso Duvivier de Albuquerque Mello²³, a visão do monismo que dá primazia ao Direito interno origina-se no *hegelianismo*, para o qual a soberania do Estado é absoluta.²⁴

Assim, o Estado não pode submeter-se a nenhum sistema jurídico que não tenha emanado de sua própria vontade; haja vista, o fundamento do Direito Internacional, segundo Jellinek, é a autolimitação do Estado, tendo em vista que o Direito Internacional fundamenta sua obrigatoriedade no Direito interno.²⁵

Esta corrente foi defendida por Wenzel, pelos irmãos Zorn, Decenièrre-Ferrandièrre, Korovin, George Burdeau e Verdross num primeiro momento, que consideravam o Direito Internacional como um direito estatal externo, um tipo de direito interno aplicado pelos Estados na esfera internacional.²⁶

Já o monismo com primazia do Direito Internacional originou-se na escola de Viena, cujos expoentes foram Kelsen, Verdross e Kunz, cabendo a Kelsen a maior glória, por formular a *Teoria Pura do Direito*, estabelecendo a difundida pirâmide de normas, na qual uma norma tem sua origem e validade na norma imediatamente superior, de nível em nível, até que se chegue na norma hipotética fundamental, ou *Grundnorm*, conforme denominado na primeira fase de seu trabalho.

Há ainda uma terceira corrente monista que equipara a influência do Direito interno e do Direito Internacional, "dependendo a prevalência de uma fonte sobre a outra da ordem cronológica de sua criação (monismo moderado)."²⁷

Num segundo momento, cedendo à influência de Verdross, Kelsen passa a considerar a *Grundnorm* como sendo um princípio de Direito Internacional, consagrado pela prática consuetudinária - o *pacta sunt servanda*.²⁷

A teoria de Kelsen obteve maior repercussão mundial ao ser ministrada como curso em Haia, sendo publicado no *Recueil des Cours* em 1926²⁹, o clássico da literatura jurídica internacional "Les Rapports de Système entre le Droit Interne et le Droit International Public", maior contribuição doutrinária para a consolidação do monismo, principalmente no período após a 2ª Guerra Mundial, no qual o monismo se consolidou, adquirindo a aceitação dos principais teóricos.

Esta visão kelseniana do monismo com a primazia da ordem internacional, adquire maior relevo, como instrumento assegurador da paz mundial, pois é considerada vital para a estabilidade internacional, uma vez que evitaria conflitos entre os Estados-partes de um Tratado Internacional. Independente disso, é sob a ótica monista com suas variantes que se assenta o debate jurídico sobre o tema.

Para Walz, o monismo de Kelsen, de fato, tem raízes ancestrais na idéia de Christian Wolff sobre a *civitas maxima*, na qual a ordem jurídica predominante é a sociedade de Estados, e, tendo em vista o método transcendental, pelo qual há a coincidência entre a idéia de ordem jurídica e a de Estado, o Direito Internacional é incorporado pela *civitas maxima* em sua forma moderna. Desta maneira, as diversas ordens internas dos Estados originar-se-iam no Direito Internacional.³⁰

3.1.3 Críticas à dicotomia entre Monismo e Dualismo

O prof. Guido Fernando Silva Soares³¹, quanto à dicotomia ora abordada, considera que nem o dualismo, nem o monismo, "*com suas três versões do tipo tertius genus, (monismo com prevalência do Direito interno, ou monismo com prevalência do Direito Internacional, ou ainda monismo com paridade entre Direito interno e Direito Internacional) respondem, adequadamente, ao questionamento das relações entre Direito interno e Direito Internacional, seja do ponto de vista teórico, seja em suas aplicações funcionais na prática. A matéria constitui um tema aberto, ainda em discussão na doutrina, sendo que, em seus efeitos práticos, deve, a nosso ver, ser conduzida numa perspectiva nova de, em primeiro lugar, determinar-se o campo de análise: como o Direito Internacional é considerado nos ordenamentos jurídicos dos Estados, e, com base no conhecimento de tais fenômenos, tentar-se numa segunda etapa, formular-se uma nova teoria que, ainda a nosso ver, possa compatibilizar os fenômenos da globalização, de forma a corresponder à realidade, e não partindo-se de pressupostos teóricos como no começo do século XX (que tentaram espremer a realidade da vida internacional e das práticas constitucionais dos Estados dentro de um modelo teórico prévio).*"³²

Hildebrando Accioly entende que os Estados submetem-se às normas provenientes do Direito Internacional, ao mesmo tempo em que os Estados que ainda tentam condicionar o Direito Internacional ao seu Direito interno são exceções, no atual nível da sociedade internacional.³³ Neste caso, a soberania nacional é o fundamento para autodeterminação do Estado perante o Direito Internacional.

Mirtô Fraga apresenta uma visão conciliadora, na qual "a adoção pode ser automática ou não; a superioridade do tratado sobre a lei pode ser expressa, sendo verdadeira, também, a posição oposta; pode-se ainda, nada estabelecer, competindo, nesse caso, aos Tribunais a tarefa de determinar qual delas deva ser aplicada; é certa, no entanto, a tendência de se procurar uma interpretação que permita a conciliação."³⁴

Nádia de Araújo, insatisfeita com a polarização do debate, exclusivamente nesta dicotomia, assevera "saber se há separação de qualquer espécie entre o ordenamento jurídico nacional e o internacional, e, ainda, em que qualidade o tratado integra o ordenamento jurídico interno traz à tona a velha controvérsia entre as idéias colocadas, nos anos 20, por dualistas e monistas, correntes teóricas que até hoje assombam a doutrina nacional."³⁵

Como se pode verificar, a questão da abordagem e influência da ordem interna e internacional é bastante complexa e polêmica, no panorama internacional e no doméstico, cabe agora verificar, de forma sucinta, como esse debate ocorreu no Brasil e como o STF se posicionou.

3.2 A Constituição da República e o posicionamento do STF

O Poder Judiciário Brasileiro - entenda-se STF - há bastante tempo discute a postura a ser adotada em relação ao *status* dos Tratados Internacionais diante da legislação ordinária, tendo mudado de orientação em 1977, quando julgou o Recurso Extraordinário n.º 80.004-SE (RTJ 83/809), vencendo por maioria a tese de que a lei posterior teria a prevalência garantida em caso de conflito com algum Tratado Internacional.

No mesmo recurso extraordinário, o Ministro Leitão de Abreu, quanto à vigência dos tratados atingidos por leis posteriores, defendeu a tese que foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

O tratado não se revoga com a edição de lei que contrarie norma nele contida. Rege-se pelo Direito Internacional e o Brasil a seus termos continuará vinculado até que se desligue mediante os mecanismos próprios. Entretanto, perde a eficácia quanto ao ponto em que exista a antinomia. Internamente prevalecerá a norma legal que lhe seja posterior.

Desta maneira, o E. STF adotou posição a tal ponto extremada que o prof. José Francisco Rezek, na ocasião ministro, expressou a ríspida orientação do pretório excelso da nação: "*O STF deve garantir prevalência à última palavra do Congresso Nacional, expressa no texto doméstico, não obstante isto importasse o reconhecimento da afronta, pelo país, de um compromisso internacional. Tal seria um fato resultante da culpa dos poderes políticos, a que o Judiciário não teria como dar remédio*".³⁶

Tal posicionamento foi emitido em uma extradição, mas não se restringe a esta matéria "*aplicando-se sempre que uma lei conflitar com tratado anterior*".³⁷

Da análise do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 80.004-SE percebe-se que o STF passou a adotar de forma radical o monismo moderado, também chamado de paridade normativa, situando os Tratados Internacionais e as leis ordinárias no mesmo plano e grau de eficácia.

O prof. Valério de Oliveira Mazzuoli considera retrógrada a mudança de posição adotada pelo STF³⁸, elencando que inúmeros outros ilustres doutrinadores comungam da mesma opinião, a exemplo de Flávia Piovesan e de Antônio Augusto Cançado Trindade.³⁹

O prof. Jacob Dolinger relata minuciosamente a evolução da jurisprudência nacional sobre o tema,⁴⁰ posicionando-se favoravelmente à postura assumida pelo Egrégio Tribunal, pois, para ele, "*A posição do STF através dos tempos é de coerência e resume-se em dar o mesmo tratamento a lei (sic) e a tratado (sic), sempre prevalecendo o diploma*

posterior, excepcionados os tratados fiscais e de extradição."⁴¹

O prof. Mazzuoli e outros doutrinadores contrários à mudança de posicionamento do STF consideram que ao aquiescer com o conteúdo do compromisso firmado, o Congresso Nacional tacitamente reconhece que caso seja ratificado o Tratado Internacional, assumiria uma obrigação de não fazer - não legislar contrariamente ao acordado no tratado. "*E, se porventura editadas, tais leis jamais terão o condão de afastar a aplicação interna do tratado concluído anteriormente.*"⁴²

No mesmo artigo Mazzuoli trata da questão da especialidade das leis, adotado ultimamente pelo Supremo Tribunal Federal para privilegiar algumas normas de direito interno, (v.g. o Decreto-lei n.º 911/69, que permite a prisão civil do devedor-fiduciante, equiparado que é a um depositário) sobre alguns tratados, mesmo mais recentes, (v.g. o Pacto de San José da Costa Rica - ratificado pelo Brasil em 1992, que não permite, por sua vez, a prisão civil por infidelidade depositária). Assim, "*uma lei geral não pode derogar uma lei especial, pois segundo o entendimento do STF (cf. HC 72.131-RJ), nem toda lei nova, somente porque é lei nova, tem força para revogar uma lei anterior que com ela conflite. Não basta somente ser lei nova. Exige-se mais: além de nova, deve ser apta a revogar a lei anterior. E esta qualidade só se verifica nas hipóteses em que ambas as leis (nova e anterior), sejam gerais, ou ambas sejam especiais.*"⁴³

Oportuno ainda trazer à colação a posição do STJ, com o voto do ministro Eduardo Ribeiro, relator do Recurso Especial 58.736, quanto à responsabilidade das companhias aéreas pelo transporte das bagagens, quanto à incidência do CDC em aparente conflito com o Tratado de Varsóvia, *verbis*:

(...) tendo em vista a sucessão temporal das normas, para saber qual a prevalente aplicam-se os princípios pertinentes que se acham consagrados na Lei de Introdução ao Código Civil. No caso o estabelecido pela Convenção constitui lei especial, que não se afasta pela edição de outra de caráter geral. As normas convivem, continuando as relações de que cuida a especial a serem por ela regidas.

3.2.1 A questão dos direitos humanos

A Constituição Federal de 1988, ressalvado o art. 5.º, § 2.º, sobre os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos (com *status* constitucional) não previu nenhum dispositivo que regulasse expressamente a primazia do direito internacional sobre o interno.

Não é nada novo, sendo mesmo lógico e razoável, como demonstram as Constituições da Alemanha, França e EUA, que já ado-

tam este posicionamento há algum tempo, conforme relata Cintra Junior, *verbis*:

Segundo o artigo 25 da vigente Constituição Alemã: "As normas gerais do Direito Internacional Público constituem parte integrante do direito federal. Sobrepoem-se às leis e constituem fonte direta para os habitantes do território federal". O art. 55 da Constituição Francesa estabelece: "Os tratados e acordos regularmente ratificados ou aprovados possuem, desde a sua publicação, autoridade superior à das leis, sob reserva, em cada caso, de aplicação pela outra parte". O art. VI (2) da Constituição dos EUA reza: "Esta Constituição e as Leis complementares e todos os Tratados já celebrados constituirão a Lei suprema do País..." (...).⁴⁴

Diante disso, os doutrinadores aplicados aos direitos humanos⁴⁵, ao interpretarem a Carta Magna nacional, consideram que o constituinte tutelou esta matéria, em um patamar superior a qualquer outra, sendo válida a lei mais favorável ao ser humano, de forma que um Tratado Internacional, neste caso, sobrepor-se-ia à própria Constituição Federal.

O STF mantém a posição atual, porque na Lei Maior brasileira só existe um rol de princípios que deve orientar a nação nas relações internacionais (art. 4.º, incs. I a X) e alguns aspectos procedimentais (art. 102, III, "b"; 105, III, "a" e 109, III e V), mas não há nenhuma regra quanto à primazia do direito interno, do internacional ou da paridade entre ambos, exceto os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, que, conforme já visto, estão num patamar superior à própria Constituição, se, efetivamente, concederem proteção mais eficaz ao ser humano.

Tendo a Constituição Federal silenciado quanto à matéria, vários juristas⁴⁶ afirmam que o STF deveria levar em conta o direito das gentes, especialmente as normas estabelecidas pela Convenção de Viena de 1969, partidária do monismo com prevalência do direito internacional, o que, na visão destes autores, situaria os tratados internacionais ratificados pelo Brasil em uma posição hierárquica intermediária: abaixo da Constituição e acima da legislação infraconstitucional, não podendo ser revogados por lei posterior, uma vez que não se encontram em situação de *paridade normativa* com a legislação nacional, como defendido pelo STF.

3.2.2 A questão tributária e a da extradição

A questão tributária é uma exceção, seja porque o Código Tributário Nacional é taxativo ao determinar o cumprimento dos tratados "pelas leis que lhes sobrevenham"⁴⁷, "dispositivo invocado por alguns como

demonstração da primazia do direito internacional em todos os sentidos, deve ser interpretado como regra específica e especialíssima do direito fiscal."⁴⁸ Seja porque, como bem apontado pelo ministro Rezek, o STF atribuiu caráter de lei complementar ao CTN, de modo que " *esta (a lei complementar) não se confunde com a própria Carta Constitucional, mas subjuga a lei ordinária inscrita em seu âmbito temático*"⁴⁹ proibindo-a de prevalecer sobre tratado anterior.

O prof. Dolinger acentua, também, outra exceção ao monismo moderado, resultante de conflito entre Tratado de Extradicação do qual o Brasil faça parte e a lei geral do instituto - o Estatuto do Estrangeiro, em que o STF reconhece a primazia do Tratado sobre a Lei mesmo que esta última seja posterior, transcrevendo excerto do voto do ministro Soares Muñoz, no HC 58.727, impetrado no STF, que acompanhou o parecer da Procuradoria da República "no tocante à primazia do tratado sobre a lei. Há relação da lei geral com a lei especial, predominando esta, equivalente, na hipótese, ao tratado."⁵⁰

4 Conclusão

Diante do exposto, percebe-se que não há consenso na doutrina, todavia, não há como negar a imensa contribuição de Hans Kelsen, pois mesmo tanto tempo após a sua morte, sua teoria foi aplicada pelo STF até 1977 - o monismo com primazia do Direito Internacional, sendo que, até hoje, importante segmento da doutrina, ciente da importância do Direito Internacional, comprometida com o êxito das Relações Internacionais e com o desenvolvimento da Nação, considera que a visão idealizada pelo jurista alemão é a mais adequada. Mas, de qualquer modo, o monismo moderado hoje dominante no Brasil, também decorre de sua teoria.

Entretanto, não é posição unânime. O prof. Jacob Dolinger, cuja competência e princípios são inquestionáveis, elogia a posição adotada pela Corte Suprema do País, considerando acertada por não haver disposição expressa na Constituição Federal sobre a matéria.

Já a professora Nádia de Araújo e o prof. Guido Soares revelam a insatisfação com a polarização em torno de uma dicotomia já superada, que não permite um debate mais atualizado, de acordo com a realidade brasileira.

Conforme exposto, não há consenso, mas a tese esposada pelo prof. Mazzuoli quanto à existência da obrigação do Congresso Nacional em se abster de elaborar novas leis contrárias aos Tratados Internacionais que aprovou e foram ratificados pelo Presidente da República, é bastante sedutora, pois a ordem internacional é regida por princípios que, em tese, não violam a ordem interna.

Além disso, deve-se considerar a especificidade da sociedade contemporânea, que vivencia uma perspectiva de integração nunca antes

imaginada na história da humanidade, onde surgem novas tecnologias, o progresso avança ininterruptamente, novas oportunidades de negócios são vislumbradas, haja vista, dentre outros casos, a internacionalização da Caixa, ao mesmo tempo em que se agravam os problemas da humanidade, como um todo, entre eles os sociais, ambientais, criminais, econômicos, dentre tantos outros.

Considerando que, atualmente, é impossível perceber o mundo sem o nível de integração atual, sendo imprescindível que haja soluções coletivas e integradas para problemas da mesma natureza, não é possível que os Estados mantenham uma ótica mesquinha, preocupados com casuísmos, esquecendo-se que se vive em um planeta que se tornou uma aldeia globalizada, na qual os problemas devem ser resolvidos de forma conjunta.

Desta maneira, considerando o longo processo de discussão, negociação, ratificação e efetiva implementação dos Tratados Internacionais, que surgem comprometidos com uma realidade complexa, é inadmissível que qualquer lei ordinária tenha o condão de alterá-los, pois muitas vezes é consequência da manipulação de grupos específicos de pressão, que são comprometidos com a sua pequena base e não com o interesse maior.

Louvável a posição adotada pelo constituinte brasileiro quanto aos Direitos Humanos, que visando a proteção mais efetiva do ser humano, submete a própria Constituição Federal aos Tratados Internacionais que sejam mais eficazes nesta missão. Infelizmente, não adotou uma posição que expressamente privilegiasse o monismo com a primazia do Direito Internacional, como regra geral.

Resta esperar que o STF possa amadurecer a sua posição e, quem sabe, um dia retornar à posição que defendia antes de 1977, para que se possa pensar na efetividade de um mundo mais integrado, no qual o comprometimento com um ideal maior seja mais importante do que os casuísmos, que sempre hão de existir.

Notas

- 1 SATO, Eiiti. **Conflito e Cooperação nas Relações Internacionais**: as Organizações Internacionais no Século XXI. Publicado na Revista Brasileira de Política Internacional, ano 46, n° 1, 2003.
- 2 O aclamado ministro Rezek relata, na sua obra *Direito Internacional Público*, que o primeiro antecedente foi o Tratado Egípto-Hitita 1280-1272 a.c..
- 3 Resultado da 3ª Conferência das Partes da Convenção das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, discutido e negociado em Kyoto no Japão em 1997, aberto para assinaturas em 16 de março de 1998, com representantes de 166 países para discutir pro-

- vidências em relação ao aquecimento global, estabelecendo a redução das emissões de dióxido de carbono (CO₂), que responde por 76% do total das emissões relacionadas ao aquecimento global, em vigor desde 16 de fevereiro de 2005, depois que a Rússia o ratificou em novembro de 2004.
- 4 Este progresso é bastante amplo, alcançando das inestimáveis conquistas sociais aos notáveis avanços tecnológicos, além de campos permeados, na medida do possível, pela responsabilidade solidária, como a proteção dos direitos humanos e do meio ambiente.
 - 5 Rezek, *Direito dos Tratados*, Rio de Janeiro, 1984, Forense, p.13.
 - 6 ACCIOLY, Hildebrando e NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio do. **Manual de Direito Internacional Público**, Rio de Janeiro, Saraiva, 1998, 13a. ed., p. 23.
 - 7 LAFAYETTE. **Princípios de Direito Internacional II**; p. 268, *apud* Rezek, J. F. *Direito dos Tratados*, Rio de Janeiro, 1984, Forense, p.13.
 - 8 *Op. cit.*, p. 83, 84 e 86.
 - 9 Art. 2º item 1 "a".
 - 10 ARAÚJO, Nádia de; ANDREIUOLO, Inês da Matta. "A Internacionalização dos Tratados no Brasil e os Direitos Humanos" *in Os Direitos Humanos e o Direito Internacional*; ARAÚJO, Nádia de, BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu - **Organizadores**. Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 75.
 - 11 No que tange a relevância dos princípios, é magistral a lição de do prof. Roque Antônio Carrazza, que com brilhantismo ímpar, ensina: "*Sendo o princípio, pois, a pedra de fecho do sistema ao qual pertence, desprezã-lo equivale, no mais das vezes, a incidir em erronia inafastável e de efeitos bem previsíveis: o com-pleto esboramento da construção intelectual, a exemplo, como lembra Geraldo Ataliba, do que ocorreu na Abóbada, capítulo do livro História de Portugal, de Alexandre Herculano de Carvalho e Araújo, vulto máximo do romantismo português, relatos, com todo o vigor de seu estro insuperável, os singulares episódios que marcaram a construção do Convento da Batalha (ou Santa Maria da Vitória). Como se sabe, D. João I, Mestre de Aviz, tendo vencido os castelhanos em Aljubarrota (1385), mandou edificar, em cumprimento a um voto que fizera, o referido Convento. A obra foi confiada ao arquiteto português Afonso Domingues, que, ficando cego no curso dos trabalhos, viu-se, sem mais, substituído pelo irlandês David Ouguet, antes de dar início a formidável abóbada da casa capitular. Ouguet, menosprezando a pedra de fecho concebida pelo antecessor, alterou o risco primitivo e, por isso, a abóbada ruiu, algumas horas depois de ser dada por concluída. Chamado à presença do rei, Afonso Domingues, apesar de ressentido (a página que reproduz o suposto diálogo que manteve com D. João I, inscreve-se entre as mais belas e dramáticas das já escritas em língua portuguesa), retornou a direção dos trabalhos e, na data aprazada, deu por terminada a notável obra, que tem resistido ao peso dos séculos. Tão consciente estava da exatidão dos cálculos, que, retiradas as vigas que sustinham a abóbada, debaixo dela permaneceu, sem comer nem beber, durante três dias."* CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 14a. ed. Malheiros Editores, 2000, p. 30.
 - 12 Destaque-se que estes relatórios foram elaborados por órgãos supostamente sérios, de países preocupados,

em tese, apenas em combater o terrorismo e tornar o mundo um lugar mais seguro.

- 13 RANGEL, Vicente Marotta. "Os Conflitos entre o Direito Interno e os Tratados Internacionais", in **BSBDI**, nº 44-45, p. 29-64, 1967, p. 30.
- 14 FRAGA, Mirtô. **O Conflito entre Tratado Internacional e Norma de Direito Interno**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. XIII.
- 15 Triepel estudou na Universidade de Fribourg, em Brisgau, e na de Leipzig, onde adquiriu seu título de Doutor em Direito, em 1891. De 1890 a 1897, Triepel trabalhou com a prática jurídica, nesses últimos anos, como juiz suplente (Richter) no Tribunal Regional (Landgericht) de Leipzig. Durante esses anos, ele adquire o título de privat-docent da Universidade de Leipzig, onde ele fora professor extraordinário em 1899. Mais tarde, Triepel fora convidado a lecionar D. público e DI na Universidade de Tübingen, em 1900, em Kiel, em 1909 e em Berlim, em 1913. Em 1914, fora nomeado Conseiller intime de Justice (Geheimer Justizrat). De 1910 a 1920, Triepel pertenceu ao Instituto de DI, de onde fora Conseiller technique para o D. Público Estrangeiro e DI. Ao final de sua vida presidiu a União Alemã dos Professores de Direito Público e foi membro da Députation Permanente do Comitê dos Juristas Alemães. As atividades acadêmicas de Triepel desenvolveram-se em dois campos: o Direito Público e o Direito Internacional. No campo do Direito Público, podem-se mencionar as seguintes obras: *Das Interregnum* (1892); *Wahrecht Wahlpflicht* (1900, traduzida em russo, em 1906); *Die Thronfolge in Fürstentum Lippe* (1903); *Unitarismus und Föderalismus* (1907); *Die Kompetenzen des Bundesstaats und die Geschriebene Verfassung* (1908); *Zur Vorgeschichte der Norddeutschen Bundesperfassung* (1911); *Die Reichsaufsicht* (1917); *Streitigkeiten Zwischen Reich und Landern* (1923); *Quellensammlung zum Deutschen Reichsstaatsrecht* (3a. edição, 1922). Na área do DI, podem ser citadas as obras: *Volkerrecht und Landesrecht* (1899, traduzida em italiano, em 1913, em francês, em 1920); *Die Zukunft des Volkerrechts* (1916); *Die Freiheit der Meere* (1917); *konterbande, Blockade und Seesperre* (1918); *Virtuelle Staatsangehörigkeit* (1921). (TRIEPEL, apud ARIOSI, Mariangela de F. *As Relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno*. Capturado do sítio www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_63/Artigos/Art_Mariangela.htm, em 30/06/2005)
- 16 WALZ, G A. "Les Rappports du Droit International et du Droit Interne", in **RDC**, Paris, 1937, vol. III, t. 61, p. 379, apud ARIOSI, *op. cit.*
- 17 Conforme lembra o saudoso mestre Guido Soares, in SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de Direito Internacional Público**. 2a. ed. São Paulo: Atlas, 2004, v. 1, p. 204.
- 18 WALZ, *op. cit.*, p. 55, apud ARIOSI, *op. cit.*
- 19 VERDROSS, "La Loi de la Formation des Groupes Juridiques et la Notion de Droit International Public" in **Introduction à l'Étude du Droit Comparé, Recueil d'Études en l'Honneur d'Edouard Lambert**, 1938, vol. I, p. 63, apud ARIOSI, *op. cit.*
- 20 STARKE, J. G. **An Introduction to International Law**. London: Butterworth & Co., 1950, p. 55, apud ARIOSI, *op. cit.*
- 21 SOARES, *op. cit.*, p. 204.

- 22 *Ib. id.*
- 23 Um dos maiores especialistas em Direito Internacional da América Latina, falecido em 16/02/2005.
- 24 MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002 p. 84.
- 25 *Apud* MELLO, *op. cit.*, p. 84.
- 26 MELLO, *op. cit.*, p. 84.
- 27 DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**. 7a. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 92.
- 28 MELLO, *op. cit.*, p. 84.
- 29 Conforme SOARES, *op. cit.*, p. 204.
- 30 WALZ, "Les Rappports du Droit International et du Droit Interne". *Op. cit.*, p. 397, *apud* ARIOSI, *op. cit.*
- 31 Professor de Direito Internacional, jurista e diplomata, falecido em São Paulo, na madrugada do dia 30 de maio de 2005.
- 32 *Op. cit.*, p. 205/206.
- 33 ACCIOLY, Hildebrando. **Tratado de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: IBGE, 1956, vol. I, p. 50.
- 34 FRAGA, *op. cit.*, p. 27.
- 35 ARAÚJO, Nádia de. **Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 140.
- 36 Exatidão n.º 426, *in* RTJ 115/973
- 37 DOLINGER, Jacob. *Op. cit.*, p. 108, n. 82.
- 38 De forma clara na obra: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais**, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.
- 39 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Supremo Tribunal Federal e os conflitos entre tratados internacionais e leis internas**. Disponível no sítio: www.advogado.adv.br/artigos/2004/valeriomazzuoli/stfconflitotratado.htm, acesso em 30/06/2005.
- 40 *Op. cit.*, p. 98 e ss.
- 41 *Op. cit.*, p. 114.
- 42 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Supremo Tribunal Federal e os conflitos entre tratados internacionais e leis internas. *Op. cit.*
- 43 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Supremo Tribunal Federal e os conflitos entre tratados internacionais e leis internas. *Op. cit.* Em seguida, complementa o mesmo texto: Em suma, pode-se afirmar que além do critério da *lex posterior derogat priori*, o STF aplica ainda um outro, qual seja, o da *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*, através do qual algumas leis internas infraconstitucionais têm prevalência sobre alguns tratados internacionais, por serem estes considerados normas também infraconstitucionais gerais.
- 44 CINTRA JUNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. A Prisão Civil do Depositário Infiel em Face da Constituição Federal e dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, *in* Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo, Setembro/1998, disponível no sítio <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revistas/tes3.htm>, acesso em 30/06/2005.
- 45 Dentre os quais: Antônio Augusto Cançado Trindade, Flávia Piovesan e Valério de Oliveira Mazzuoli.
- 46 Dentre os quais: Antônio Augusto Cançado Trindade, Flávia Piovesan e Valério de Oliveira Mazzuoli.
- 47 Art. 98.

48 DOLINGER. *Op. cit.*, p. 109.

49 REZEK, José Francisco. **Direito dos Tratados**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 475.

50 *Op. cit.*, p. 109/110.

Janeiro, Saraiva, 1998, 13a. ed., p. 23.

ACCIOLY, Hildebrando. **Tratado de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: IBGE, 1956, vol. I, p.50.

ARAÚJO, Nádia de. **Direito Internacional Privado**: Teoria e Prática Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 140.

ARAÚJO, Nádia de; ANDREIUOLO, Inês da Matta; "A Internacionalização dos Tratados no Brasil e os Direitos Humanos" *in Os Direitos Humanos e o Direito Internacional*; ARAÚJO, Nádia de, BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu - Organizadores, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 75.

ARIOSI, Mariângela de F. As Relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno. Capturado do sítio <www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_63/ArtigosArt_Mariangela.htm> Acesso em 30 de junho de 2005.

CARRAZZA, Roque Antônio. Curso de **Direito Constitucional Tributário**. 14a. ed. Malheiros Editores, 2000, p. 30.

CINTRA JUNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. A Prisão Civil do Depositário Infiel em Face da Constituição Federal e dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo, setembro 1998. Disponível no sítio <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista/tes3.htm>> Acesso em 30/06/2005.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacio-**

Referências

ACCIOLY, Hildebrando e NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio do. **Manual de Direito Internacional Público**, Rio de

nal Privado. 7a. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Extradição n.º 426, *in* RTJ 115/973

FRAGA, Mirtô. **O Conflito entre Tratado Internacional e Norma de Direito Interno**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. XIII.

LAFAYETTE. **Princípios de Direito Internacional II**; p. 268, *apud* Rezek, J. F. *Direito dos Tratados*, Rio de Janeiro, 1984, Forense, p. 13.

MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. **A Internalização dos Tratados no Ordenamento Jurídico Brasileiro - O Caso do Mercosul**, *in* *Revista de Direito Internacional e do Mercosul*. Buenos Aires - Argentina; La Ley - Síntese: 2002, Ano 6, nº 6, p. 64-86.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais**, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002

_____. Supremo Tribunal Federal e os conflitos entre tratados internacionais e leis internas. Disponível no sítio: <www.advogado.adv.br/artigos/2004/valeriomazzuolistfconflitotratado.htm> Acesso em 30/06/2005.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 84.

RANGEL, Vicente Marotta. "Os Conflitos entre o Direito Interno e os Tratados Internacionais", *in* **BSBDI**, nº 44-

45, p. 29-64, 1967, p. 30.

REZEK, José Francisco. **Direito dos Tratados**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. **Direito Internacional Público**.

SATO, Eiiti. **Conflito e Cooperação nas Relações Internacionais**: as Organizações Internacionais no Século XXI. Publicado na Revista Brasileira de Política

Internacional, ano 46, n.º 1, 2003.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de Direito Internacional Público**. 2a. ed. São Paulo: Atlas, 2004, v.1, p. 204.

Desvio de finalidade: o ato administrativo praticado pela Administração Pública sem finalidade abonada pelo interesse público

Izabel Urquiza Godoi Almeida

Advogada da Caixa em Pernambuco

Pós-Graduada em Direito Tributário pela FADE-UFPE

Pós-Graduada em Direito Administrativo pela FADE-UFPE

RESUMO: O Estado tem o dever de atingir o bem da coletividade. E, para tanto, necessita harmonizar os interesses individuais dos cidadãos. O direito administrativo disciplina o exercício da função administrativa do Estado. O administrador não só está obrigado a fazer o que é permitido, mas também está sujeito ao princípio da conformidade, este deve ser essencial no ato administrativo e não apenas aparente. O desvio de finalidade situa-se no limite da ação discricionária e ocorre quando o administrador aproveita o espaço facultado ao exercício do Poder Discricionário para praticar ato contrário ao interesse público, ultrapassando assim a fronteira da competência legal. A noção de discricionariedade está ligada ao princípio da legalidade e este por sua vez possui a mesma origem do Estado de Direito. O presente trabalho busca contribuir para uma reflexão sobre o ato administrativo e as conseqüências deste quando não atendida a finalidade pública.

Palavras-chave: Desvio de Finalidade. Desvio de Poder. Improbidade Administrativa.

1 Introdução

1.1 A importância do primado das leis sobre a vontade dos governantes

No Estado de Direito busca-se o primado das leis sobre a vontade dos governantes, pois o Estado existe nos atos e através dos atos dos indivíduos que o criaram, tendo na atividade contínua relacionada com a finalidade pública uma de suas funções. Possui personalidade própria, de natureza social, que face ao reconhecimento pelo legislador, se transfigura em pessoa jurídica, ou seja, o Estado nasce por uma relação natu-

ral e sobrevive utilizando sua capacidade de agir e sua natureza racional para transformar a relação natural em relação jurídica.¹

Toda organização política, mesmo as mais rudimentares, assenta-se em uma cadeia de relações que vinculam todos os indivíduos membros do grupo. E, para que este grupo organizado possa gozar de estabilidade, é necessário que haja uma certa coerência com o centro de referência.

Ao Poder Legislativo incumbe traçar as finalidades que a Administração Pública deve seguir, determinando os meios e modos a serem seguidos.

O Poder Executivo, sucessor do rei, deve cumprir a regra geral e abstrata expedida pelo Legislativo, posto que este é o corpo representativo dos cidadãos e não se pode admitir que o Administrador persiga escopos diversos dos fins estabelecidos pela lei.

Destarte, a atividade administrativa possui uma relação de dependência e subordinação à lei, estabelecendo vínculos bem mais estreitos que os firmados entre a lei e os particulares.

A função exercida pelo administrador é estatal, pois ao exercitar um poder realiza atividade correspondente a um dever-preestabelecido em lei.

Pois bem, toda vez que a Administração não implementa no interesse público a finalidade preceituada pela lei não cumpre a sua função estatal. E quando a autoridade administrativa se serve de um ato administrativo para atingir finalidade diversa da natureza do ato utilizado ocorre o desvio de poder, vício que enseja nulidade do ato administrativo.

Diante desse panorama, onde a questão da finalidade pública possui grande relevância para que a Administração Pública cumpra sua função estatal e o instrumento pelo qual ela declara e manifesta sua vontade, que produz efeitos de direito, mediante comandos concretos complementares a lei, é o ato administrativo, o presente trabalho busca contribuir para uma reflexão sobre o a origem do ato administrativo, seu conceito, seus requisitos e as conseqüências, no contexto brasileiro, quando não atendida a finalidade pública.

1.2 Mecanismos para identificação do desvio de finalidade

Considerando que o presente trabalho se propõe a estudar sobre a origem do ato administrativo, seu conceito, seus requisitos e as conseqüências quando o administrador conduz a coisa pública em termos distintos aos que foram fixados pelo *dominus* e, via de conseqüência, não atende a finalidade pública, situamos a questão dentro do ordenamento jurídico vigente, a fim de identificar o ato administrativo e seus requisitos de validade e as conseqüências do vício decorrente do desvio de finalidade.

Registramos que o nosso estudo cinge-se à problemática, no contexto brasileiro, razão pela qual demos prioridade aos doutrinadores nacionais e fizemos pesquisas sobre as posições adotadas pelos Tribunais Superiores em relação à matéria, por entender ser relevante o posicionamento jurisprudencial destes para os estudiosos e aplicadores do direito.

Finalmente, abordamos a obrigatoriedade da administração de sempre agir *secundum legem*, a origem do desvio de poder e a ação discricionária da Administração Pública, tudo com o objetivo de demonstrar a importância da prática de atos administrativos abonados pelo interesse público, pois, segundo os ensinamentos de Montesquieu e Rousseau, a soberania reside e é pertença do povo e, para que se cumpra a finalidade precípua do Estado, é necessário fixar as regras procedimentais e limites jurídicos ao exercício do poder.

2 A origem do Estado e a importância do bem comum

2.1 O Estado e a finalidade de realização do bem comum

O Estado tem origem na sociedade natural. O homem, em virtude da sua natureza racional, se organizou e criou a sociedade política.

O Estado é uma criação do ser humano e se renova de forma contínua. Mas, ele tem uma existência real que não se confunde com a dos indivíduos que o criaram, possuindo personalidade própria, de natureza social, que face ao reconhecimento pelo legislador se transfigura em pessoa jurídica, ou seja, o Estado nasce por uma relação natural e sobrevive utilizando sua capacidade de agir e sua natureza racional para transformar a relação natural em relação jurídica.²

Toda organização política, mesmo as mais rudimentares, assenta-se em uma cadeia de relações que vinculam todos os indivíduos membros do grupo. E para que este grupo organizado possa gozar de estabilidade é necessário que haja uma certa coerência com o centro de referência, qual seja, o Bem Comum.

O Estado existe nos atos e através dos atos dos indivíduos que o criaram, tendo na atividade contínua relacionada com o Bem Comum a sua própria atividade. Todavia, é importante destacar que o Estado possui realidade própria que não se confunde com nenhum, nem com um grupo de indivíduos, nem com parte do território, a sua realidade não se pode sentir e é intelegível.

Toda a Política deve ter o escopo de atingir o Bem Comum e o Estado tem que escolher um caminho para atingi-lo, normalmente o faz segundo uma concepção de mundo predominante no momento, pois esta tende a se modificar com o passar do tempo, adequando-se ao novo conteúdo do Bem Comum, sob pena de condenar-se à inércia e não servir de instrumento para a proteção deste.

O Bem Comum não está vinculado a questões religiosas, mas decorre de um reflexo da filosofia do homem que consiste nas condições materiais e morais de um meio social onde se possa atingir o bem de todos e o bem de cada um. Aquele será autêntico quando se identificar com o Direito Natural.

Quando estudamos Teoria Geral do Estado aprendemos que a finalidade fundamental do Estado é a realização do bem da coletividade. Ocorre que tal atribuição não é tão simples de ser desempenhada, pois os interesses individuais dos cidadãos nem sempre são semelhantes, ao contrário, muitas vezes são conflitantes. Assim, o Estado, por meio de seus representantes, tem que desenvolver atividades múltiplas objetivando em seu conjunto harmonizar os interesses gerais.³

2.2 O Poder do Estado e a vontade social

Não se deve confundir o Poder com o Estado, nem com o órgão que o exerce.

O homem, diante da incapacidade de vencer isoladamente o meio exterior e garantir sua sobrevivência e desenvolvimento, uniu seu Poder ao Poder de outros indivíduos com fins de atingir o bem comum.

Ocorre, que nesse grupo de indivíduos existe sempre uma parcela cujo poder prepondera sobre o dos demais e essa capacidade dominante é a chamada "vontade social preponderante".⁴

O Poder do Estado é o Poder oriundo dos indivíduos que ultrapassou o liame individual e passou a constituir o Poder do Estado.

A realidade do Estado consiste na atividade contínua e relacionada ao Bem Comum e este agir é a relação constitucional do Estado.

Todo homem que tem poder tende a abusar dele. Assim, embora o Poder seja uno, é necessário colocar limites e estabelecer pontos de equilíbrio para evitar governantes tiranos.

Segundo os ensinamentos de Montesquieu, o essencial não é a conquista do Poder, mas a fixação de regras procedimentais e limites jurídicos ao exercício deste⁵, chegando aquele a afirmar que "o Poder vai até onde encontrar limites"⁶, já que só o poder detém o poder.⁷

A corrupção ocorre quando o poder se concentra em um único titular, pois o homem em tais condições é levado a abusar do poder, razão pela qual é necessário estabelecer limites para preservar a liberdade humana.

O Poder ocupa, por sua vez, um lugar indispensável para possibilitar o cumprimento do dever de atingir a finalidade legal.

Consoante o axioma de São Tomás de Aquino, não há ordem sem desigualdade, pois a ordem é o equilíbrio de forças opostas que não se harmonizam.⁸

O Estado não elabora regras jurídicas em função de ser sujeito de direitos e deveres naturais; o Estado cria livremente o seu Direito Positi-

vo e este Poder de criar com liberdade suas próprias regras jurídicas comprova a existência de sua Personalidade, pois ele tem consciência de que tem um fim em si mesmo e pode defendê-lo.⁹

O Estado não é só poder institucionalizado, mas o poder é um dos elementos essenciais que compõem o Estado. Em sendo assim, o Estado não é o titular de um Direito de Soberania, contudo, em função da própria natureza estatal ele é Soberano.

Ao elaborar a constituição o Estado criou o seu próprio mundo jurídico e neste momento transformou a personalidade social em personalidade jurídica.

Quando o Estado cria regras jurídicas estabelece limitações, pois elabora regras de conduta para si próprio, como por exemplo, a autolimitação pela divisão de Poder.

O Estado, ao criar outros órgãos com o instrumental daquelas regras jurídicas constitucionais, cria órgãos jurídicos, sujeitos a regras jurídicas. E ao atribuir o exercício de Poder estabelece a competência.

O Direito Administrativo é um dos ramos do Direito Público interno que se ocupa da função Administrativa do Estado, disciplinando o exercício desta e dos órgãos que a desempenham.

O administrador não só está obrigado a fazer o que é permitido, mas também está sujeito ao princípio da conformidade, este deve ser essencial no ato administrativo e não apenas aparente.

Quando o administrador aproveita o espaço facultado para o exercício do Poder de Discricionário e praticar ato contrário ao interesse público, ultrapassa a fronteira da competência legal, pois utiliza seu poder de agir para atingir fim diverso do preestabelecido na lei, seja objetivando interesse privado, ou mesmo outro fim público diverso do previsto legalmente.

Destarte, é importante não esquecer a origem do Estado e o escopo da Administração Pública de agir com o objetivo de atender ao interesse público, sob pena de comprometer-se a sobrevivência do Direito Administrativo, pois segundo ensinamentos de Luís Filipe Colaço Antunes o esquecimento do interesse público é "uma forma de esquecimento (e até de canibalismo) da doutrina administrativa clássica".¹⁰

3 Ato administrativo praticado pela administração pública

3.1 Origem do ato administrativo

No item anterior tratamos da origem do Estado, da sua finalidade e da vontade social, tudo com fins de delimitar o poder estatal e facilitar a análise das regras procedimentais e de fixação dos limites do exercício deste.

Pois bem, feita tal abordagem faz-se necessário, ainda, antes de tratar da questão relativa ao Desvio de Finalidade tecer breves comentários sobre o ato administrativo, a fim de situar a problemática dentro do ordenamento jurídico vigente, posto que é através deste que a Administração Pública realiza a sua função executiva.

Nas lições de Afonso Queiró Rodrigues "A administração é uma *longa manus* do legislador - é, em suma, a lei em ato".¹¹

Partindo desse direcionamento é oportuno enfatizar que nos cingiremos a considerações sobre os atos administrativos praticados pela Administração Pública.

Feitas tais considerações e embora ciente de que onde existe Administração Pública presente está o ato administrativo, convém esclarecer que esta expressão nem sempre foi utilizada, pois usualmente se falava em atos do Rei, atos do fisco, atos da Coroa.¹²

Em verdade, a noção de ato administrativo é contemporânea ao constitucionalismo e só começou a ser difundida a partir do momento em que se tornou evidente o princípio da separação de poderes e a necessidade de submissão da Administração Pública ao direito, ou melhor, ao Estado de Direito.

A trilogia de funções no Estado: a legislativa, a administrativa (ou executiva) e a judicial, é historicamente prevalente no mundo ocidental, mas não se pode deixar de registrar que esta não reflete a essência das funções públicas; importa, tão-somente, em uma construção política que pela sua notabilidade e sucesso difundiu-se e consagrou-se juridicamente.¹³ Tem como cerne a idéia de tripartição de poderes e, ao colocar limites nestes, objetiva impedir a sua concentração preservando a liberdade dos indivíduos contra os abusos, desmandos e opressão dos governantes.

O controle popular sobre a ação governamental compõe a essência do conceito de democracia direta, posto que sem ele não ocorrerá materialmente a participação do povo. Todo homem que tem poder tende a abusar dele. Assim, embora o Poder seja uno, é necessário colocar limites e estabelecer pontos de equilíbrio para evitar governantes tiranos. Pois consoante dito anteriormente "o Poder vai até onde encontrar limites"¹⁴.

A corrupção ocorre quando o poder se concentra em um único titular, pois o homem em tais condições é levado a abusar do poder, razão pela qual é necessário estabelecer limites para preservar a liberdade humana.

Pois bem, considerando que a noção de ato administrativo é contemporânea ao surgimento da separação de poderes, percebe-se que se trata de uma concepção ideológica, pois a sua existência é reconhecida em um regime onde a Administração Pública está sujeita a um regime diverso do regime de direito privado.

Em países como os Estados Unidos e a Inglaterra, que se filiam ao sistema *cammon law*, não se adota o regime jurídico-administrativo, via

de conseqüência, não se aceita a noção de ato administrativo, pois o direito é comum para particulares e para a Administração Pública.

Foi nos países filiados ao sistema europeu continental, destacando-se dentre eles a França, a Itália e a Alemanha, que surgiu e se desenvolveu a concepção de ato administrativo. Este existe quando estiverem presentes certos pressupostos institucionais, quais sejam, a submissão do Estado às normas jurídicas preestabelecidas e vigentes, existirem Poderes de Estado divididos (Executivo, Legislativo e Judiciário) e com atribuições definidas e quando houver um conjunto autônomo e sistematizado de princípios e normas que lhe dão identidade, próprias e exclusivas da Administração Pública, constituindo um regime jurídico-administrativo diverso do direito comum.¹⁵

3.2 Conceito do ato administrativo

São muitos os critérios adotados para definir ato administrativo, conseqüentemente, divergem os autores ao conceituá-lo, pois a lei não determinou de modo unívoco o âmbito de abrangência da expressão ato administrativo. Assim o que importa na verdade para quem se dispõe a falar a respeito dele é esclarecer sobre o objeto que está sendo tratado e delimitar a esfera do discurso científico, a fim de conhecer a disciplina aplicável às diversas situações.

A noção de ato administrativo, consoante dito acima, surgiu a partir do momento em que se tornou evidente o princípio da separação de poderes, a necessidade de submissão da Administração Pública ao Estado de Direito e da individualização de um tipo de ato estatal, com características contrapostas a dos privados.

O ato administrativo é um ato jurídico, pois constitui uma declaração jurídica. Ele é uma espécie que se individualiza em razão de possuir algumas peculiaridades que o distingue dos demais atos jurídicos, isto é, circunstâncias concernentes às condições de sua válida produção e as relativas à eficácia que lhe é própria.¹⁶ E sendo ato jurídico está inserido dentro do gênero fato jurídico.

Contudo, há quem defenda que não procede o entendimento de separar o ato jurídico dos demais fatos jurídicos levando-se em consideração o argumento de que aquele decorre de um comportamento humano enquanto estes seriam eventos materiais, pois há atos jurídicos administrativos que não decorrem necessariamente de comportamentos humanos voluntários, ou seja, atos produzidos sem que o seu autor tenha o propósito de gerar os efeitos correspondentes. Tanto é assim, que a doutrina admite a validade de atos administrativos produzidos por funcionários desprovidos de sanidade mental, desde que a decisão tomada por ele esteja em conformidade com a única admissível pela legislação vigente.¹⁷

Ultrapassada essa questão e apesar do presente trabalho ter por objetivo abordar o ato administrativo praticado pela Administração

Pública, não podemos nos olvidar de registrar que apesar de em princípio e usualmente a prática dos atos administrativos competir aos órgãos executivos, as autoridades judiciárias e as mesas legislativas também os praticam de forma restrita ao dispor sobre seus próprios serviços e servidores e ao expedir instruções sobre matéria de sua privativa competência, ficando tais atos sujeitos a revogação ou anulação no âmbito interno ou pelo judiciário, assim como os demais atos administrativos realizados pelo Executivo.

Os atos praticados por dirigentes de autarquias e fundações, administradores de entidades paraestatais e pelos executores de serviços delegados, em virtude de sua afetação pública, se equiparam aos atos administrativos típicos e estão sujeitos às mesmas regras de controle pelo judiciário.

O surgimento do ato administrativo ocorre quando a Administração Pública age com supremacia de Poder Público, manifesta sua vontade de forma a produzir efeitos jurídicos para os administrados, para a própria Administração ou para os servidores sendo, ainda, necessário que tal ato seja proveniente de agente competente, observada a finalidade pública e forma legal estabelecida, nesta situação a Administração realiza ato administrativo.¹⁸

Convém elucidar que nem todos os atos praticados pela Administração Pública são considerados atos administrativos, como por exemplo, os atos regidos pelo direito Privado (contrato de locação para funcionamento de uma repartição pública,...), os atos materiais (pavimentação de uma rua,...), os atos políticos ou de governo (indulto, iniciativa de lei, ...), estes embora não sendo considerados atos administrativos são sujeitos ao controle do judiciário.¹⁹

Por outro lado, existem atos que não são praticados pela Administração Pública, todavia devem ser incluídos entre os atos administrativos, pois submetem-se a disciplina jurídica destes (licitações,...).

Nessa assertiva, deixando de lado alguns conceitos já ultrapassados ou muito criticados e levando-se em consideração que a definição de ato administrativo parte do conceito de ato jurídico, destacaremos um conceito amplo e um restrito, já que estamos abordando o ato administrativo com o objetivo de contribuir para uma reflexão sobre as consequências administrativas quando não atendida a finalidade pública.

Com efeito, segundo um conceito amplo o ato administrativo é uma declaração do Estado, ou de ente que lhe faça às vezes, no exercício de prerrogativas públicas, externada através de providências jurídicas em nível inferior à lei, com o objetivo de cumpri-la, sob o regime de direito público e sujeita a controle de legitimidade pelo judiciário.²⁰

Vale ressaltar que na hipótese excepcional da Constituição Federal regular de maneira vinculada um determinado comportamento administrativo obrigatório, haverá ato administrativo infraconstitucional, de

forma que a ausência de lei, que justificaria o caráter complementar do ato, não lhe obstará a expedição deste. Tal conceito não abrange atos gerais e abstratos.

Por outro lado, segundo aceção do Professor Celso Antônio Bandeira de Melo, conceitua-se ato em sentido estrito, levando-se em consideração os mesmos termos acima mencionados, acrescentando-se, tão somente, as características de concreção e unilateralidade. De forma que o ato é uma

declaração unilateral do estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos, complementares da lei (ou, excepcionalmente, a própria Constituição, aí de modo plenamente vinculado) expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.²¹

3.3 Elementos do ato administrativo

É comum na doutrina usar-se a expressão elementos do ato administrativo para indicar os requisitos do ato. Contudo, ainda que haja discordância entre os doutrinadores, esta diz respeito a questões terminológicas.

Alguns doutrinadores entendem que elementos dizem respeito à existência do ato e, portanto, seriam indispensáveis para a sua validade (agente, forma e objeto). Enquanto requisitos seriam os mesmos elementos acrescidos de características que lhe permitiriam produzir efeitos jurídicos (agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei). Mas o que se percebe na prática é que uns englobam em um único elemento aspectos que outros doutrinadores desdobraram.

Contudo, a maioria dos autores emprega os vocábulos como sinônimos. E tal orientação foi consagrada no direito positivo brasileiro a partir da Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65), que em seu art. 2º, ao conceituar os casos de nulidade, determinou que deveriam ser observadas determinadas normas relativas aos cinco elementos dos atos administrativos: competência, forma, objeto, motivo e finalidade.

Nessa assertiva, é oportuno registrar que alguns doutrinadores incluem, ainda, dentre os requisitos a vontade, que para outros fica absorvido no sujeito ou competência.

Contudo, seguindo os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Melo²² e de Maria Sylvia Zanella di Pietro²³, preferimos fazer referência ao sujeito, já que a competência é apenas um dos atributos que o ato administrativo deve possuir para ser considerado válido, pois além de competente o sujeito deve ser capaz segundo preceitua o Código Civil.

Destarte, podemos relacionar como elementos do ato administrati-

vo, habitualmente mencionados, os seguintes: sujeito, forma, objeto, motivo e finalidade.

O sujeito é aquele a quem a lei atribui poderes jurídico-administrativos (competência) para produzir o ato.

No direito administrativo o sujeito, além da capacidade, requisito segundo o qual o sujeito deve ser titular de direitos e obrigações que possa exercer, por si ou por outrem, é necessário que tenha competência.

Segundo a legislação pátria vigente, quem possui capacidade para a prática de atos administrativos são as pessoas públicas políticas, ou seja, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal.

A Constituição Federal estabelece a competência das pessoas jurídicas políticas. As funções de competência destes entes políticos são exercidas por órgãos administrativos, como por exemplo, os Ministérios, as Secretarias, etc., através de agentes e pessoas físicas. Já a competência dos órgãos e servidores é definida pelas leis.

Assim, verifica-se que o direito positivo fixa o conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, dos órgãos e dos agentes.

A competência, por força das normas constitucionais, decorre sempre de lei (arts. 61, § 1º, II, "e" e 84, VI, ambos da CF/88 e art. 25 do ADCT), não podendo o Poder Executivo regular essa matéria.²⁴

Destarte, apenas poder-se-á falar em incompetência capaz de ensejar vício do ato administrativo nas hipóteses de afronta a competência estabelecida em lei.

A competência, consoante dito acima, decorre sempre de lei, não podendo o órgão estabelecer as suas próprias atribuições, pois aquela é inderrógavel e é conferida com fins de atender ao interesse público.

Nos termos do art. 11 da Lei nº 9.784/99 a competência é irrenunciável e exercida pelos órgãos administrativos a que lhe foi atribuída como própria, salvo nos casos de delegação e avocação legalmente admitidas.

Contudo, apesar da legislação pertinente estabelecer que a delegação só é possível quando ocorrer permissão legal, via de regra, na organização hierárquica ocorre a delegação, a exceção é a impossibilidade desta que somente acontece nos casos de competência outorgada com exclusividade.

O mesmo se dá com a avocação, pois segundo o art. 15 da Lei nº 9.784/99 somente será permitida excepcionalmente e por motivos relevantes devidamente justificados, bem como será temporária. Entretanto, em decorrência da hierarquia, ressalvados os casos de competência exclusiva do subordinado, tem sido adotada pela Administração.

A distribuição de competência pode ocorrer levando em consideração a matéria, o território, o grau hierárquico, o tempo e o fracionamento, este normalmente ocorre em atos complexos, que necessitam de participação de vários órgãos ou agentes.

O objeto ou conteúdo é a disposição jurídica expressada pelo ato, o que ele estabelece ou dispõe, o efeito jurídico produzido imediatamente pelo ato, ou seja, quando em decorrência do ato nasce, transfor-

ma-se ou extingue-se um determinado direito. Em última instância o objeto é a essência do próprio ato.

A forma é o revestimento externo do ato e segundo uma acepção restrita é a exteriorização do ato, isto é, a maneira através da qual a declaração se exterioriza (forma escrita ou verbal, resolução, ...).

Já em uma acepção ampla acrescenta-se à definição acima as formalidades a serem observadas no decorrer do processo e a formação da vontade da Administração (publicidade dos atos,...).

Na hipótese de não serem observadas as formalidades prescritas em lei o ato estará sujeito a invalidade, lembrando-se que nos procedimentos considerar-se-á cada ato isoladamente.

O ato será considerado ilícito tanto na inobservância da forma quanto na do procedimento, posto que no direito administrativo o aspecto formal é de grande relevância, constituindo uma garantia jurídica para o administrado e para a própria Administração, o que não significa dizer que deve ocorrer excesso de formalismo.

Tanto assim, que a Lei nº 9.784/99, em seu art. 22 estabelece que "os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir". E o § 1º exige que os atos sejam produzidos "por escrito, em vernáculo, com a data e local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável". Vale ressaltar que o reconhecimento de firma apenas será exigido quando houver dúvida de autenticidade (§ 2º) e a autenticação de documentos exigidos em cópia poderá ser feita pelo órgão administrativo (§ 3º).

Apenas excepcionalmente admitem-se ordens, gestos, apitos, sinais, cartazes, placas, dentre outros. Caso estes venham a ser utilizados, devem ser de forma que todos possam compreender.

O motivo é a situação objetiva que permite ou determina a prática do ato. Este não se confunde com a motivação que integra a "formalização" do ato e é um requisito formalístico.

Para alguns a motivação é obrigatória quando se trata de ato vinculado, já para outros esta só é obrigatória nas hipóteses de atos discricionários, pois nestes se a motivação estiver ausente não se teria meios de conhecer ou controlar a legitimidade das circunstâncias que levaram a Administração a praticar determinado ato.

Pois bem, considerando que é a motivação que possibilita a verificação, a qualquer tempo, da legalidade do ato, tendo sido incluído o princípio da motivação em leis infra-constitucionais, entendemos que, em regra, ela é necessária independentemente de tratar-se de ato discricionário.

A jurisprudência tem se manifestado no sentido de que, em princípio, o ato administrativo dever ser motivado.²⁵

Finalidade é o objetivo perquirido pela Administração, é o resultado que ela busca alcançar.

Ao Poder Legislativo incumbe traçar as finalidades que a Administra-

ção Pública deve seguir, determinando os meios e modos a serem seguidos.

O Poder Executivo, sucessor do rei, deve cumprir a regra geral e abstrata expedida pelo Legislativo, posto que este é o corpo representativo dos cidadãos e não se pode admitir que o Administrador persiga escopos diversos dos fins estabelecidos pela lei.

Destarte, a atividade administrativa possui uma relação de dependência e subordinação à lei, estabelecendo vínculos bem mais estreitos que os firmados entre a lei e os particulares.

Em sendo assim, toda vez que a Administração não implementa no interesse público a finalidade preceituada pela lei não cumpre a sua função estatal.

A função exercida pelo administrador é estatal, pois ao exercitar um poder realiza atividade correspondente a um dever preestabelecido em lei. E quando a autoridade administrativa se serve de um ato administrativo para atingir finalidade diversa da natureza do ato utilizado ocorre o desvio de poder, vício que enseja em nulidade do ato administrativo.

Conforme dito acima, o objeto é o efeito jurídico imediato que o ato produz, enquanto a finalidade é o efeito mediato, posterior ao ato e que sempre deve estar presente.

A finalidade, apesar de contribuir juntamente com o motivo para a formação da vontade, não se confunde com este, pois o motivo é anterior à prática do ato e diz respeito às circunstâncias que levaram a Administração a praticar o ato.

Para visualizar melhor essa distinção imaginemos que diante, de uma determinada situação, através de uma autoridade, a Administração praticasse um certo ato com fins de atingir um resultado. A circunstância que antecedeu a prática do ato foi o motivo, o ato praticado pela autoridade o objeto e o resultado buscado a finalidade.

A finalidade pública em sentido amplo é o interesse público que sempre deve ser perseguido pela Administração. Já em sentido estrito é o resultado específico que cada ato deve produzir, segundo estabelecido em lei, seja de forma explícita ou implícita.²⁶

Com relação à finalidade, o administrador não possui a liberdade de escolher se deve ou não observá-la, pois a lei determina que ela sempre deve ser alcançada, sob pena de eivar o ato de vício.

4 Desvio de finalidade: origem e relação com o poder discricionário

4.1 A obrigatoriedade da administração de agir sempre *secundum legem*

Vimos que o Estado foi criado em decorrência da necessidade dos indivíduos integrantes da sociedade, com fins de realizar atividade contínua relacionada com a finalidade pública, sendo esta uma de suas fun-

ções sociais.

No Estado de Direito o Poder Executivo, sucessor do rei, deve cumprir e perseguir os escopos estabelecidos pela lei, pois consoante dito acima o direito público desde o período que sucedeu ao absolutismo até os dias atuais prima pela prevalência das leis sobre a vontade dos governantes.

A Administração deve implementar o interesse público e a finalidade preestabelecida em lei, sob pena de não cumprir sua função estatal.

A relação estabelecida entre a lei e a atividade administrativa é uma relação de dependência e subordinação, instaurando vínculos muito mais estreitos que os estabelecidos com os particulares. De forma que o Administrador só pode fazer e agir segundo o preceituado em lei. Assim, quando aquele se serve de ato administrativo para atingir finalidade diversa da natureza do ato utilizado ocorre o desvio de poder, vício que enseja a nulidade do ato administrativo.

Consoante ensina Afonso Rodrigues Queiró, "A atividade da administração é uma atividade de subsunção de fatos da vida real às categorias legais".²⁷

Todas as formas de administração estão vinculadas ao fim público. Destarte, pressupõe-se a preexistência de uma regra jurídica à atividade administrativa com finalidade própria.

Por isso, consoante averbou Cirne Lima,

*O fim - e não a vontade - domina todas as formas de administração. Supõe, destarte, a atividade administrativa a preexistência de uma regra jurídica, reconhecendo-lhe uma finalidade própria. Jaz, conseqüentemente, a administração pública debaixo da legislação que deve enunciar e determinar a regra de direito.*²⁸

No Estado de Direito busca-se o primado das leis sobre a vontade dos governantes, pois o Estado, que é uma criação do ser humano, existe nos atos e através dos atos dos indivíduos que o criaram. Possui personalidade própria, de natureza social, que face ao reconhecimento pelo legislador se transfigura em pessoa jurídica, ou seja, o Estado nasce por uma relação natural e sobrevive utilizando sua capacidade de agir e sua natureza racional para transformar a relação natural em relação jurídica.²⁹

Toda organização política, mesmo as mais rudimentares, assenta-se em uma cadeia de relações que vinculam todos os indivíduos membros do grupo. E para que este grupo organizado possa gozar de estabilidade é necessário que haja uma certa coerência como centro de referência.

O Estado existe nos atos e através dos atos dos indivíduos que o criaram, tendo na atividade contínua relacionada com a finalidade pú-

blica uma de suas funções.

É importante enfatizar que o Estado possui realidade própria que não se confunde com nenhum indivíduo, nem com um grupo de indivíduos, nem com parte do território, a sua realidade não se pode sentir e é intelegível.

Destarte a atividade estatal tem como traço característico estar vinculada a um fim alheio à pessoa e aos interesses particulares do agente ou do órgão que a exercita.

Não se pode esquecer que quem administra interesses públicos sujeita-se a gerir negócios alheios segundo normas preestabelecidas com fins de alcançar os resultados estampados na lei.

A noção de Poder no Direito Administrativo é muito forte, mas a necessidade de colocar limites, de estabelecer pontos de equilíbrio para evitar que governantes abusem dele, é indispensável para preservar a liberdade humana.

A lei deve ser observada pelo administrador e pode ser ofendida tanto pela sua contrariedade expressa, como de forma mais sutil quando no exercício de "poderes discricionários", subverte a direção estabelecida pela lei, desvirtua o sentido da competência e busca resultado diverso.

Ambas as violações são censuráveis e evitadas de vícios. Todavia, as violações menos transparentes se revelam mais perigosas, posto que não são tão perceptíveis e, por vezes, se não houver uma fiscalização mais cautelosa, fogem do controle do judiciário.

4.2 A origem do desvio de poder

A idéia de *détournement de pouvoir* como vício de legalidade do ato administrativo teve origem na jurisprudência do Conselho de Estado da França a partir do caso Lebats, julgado em 25.02.1864 e confirmado em 07.06.1865.³⁰

No caso em tela se buscou a autorização da Municipalidade para o estacionamento de veículos em praça fronteira à estação da estrada de ferro para atender ao transporte de passageiro. Contudo, no decorrer da instrução verificou-se que a negativa da autorização a um determinado transportador decorreu de interesse de garantir a exclusividade do serviço a outra empresa. Em sendo assim, apesar de tratar-se de ato, em princípio, discricionário comprovou-se que o administrador usou de seus poderes legais para atingir fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência, razão pela qual se firmou o entendimento de que procedia o recurso, pois tinha ocorrido excesso de poder.

A anulação de monopólios velados não foi um caso isolado, tendo se renovado o entendimento em outros arestos do Conselho de Estado.

Desde sua origem, percebe-se que a teoria do desvio do poder comporta duas hipóteses básicas: a) quando a Administração Pública pratica

ato onde o autor deste persegue fim estranho ao interesse geral, por exemplo, utiliza-se do poder discricionário para penalizar um desafeto político, ou o inverso, age com o objetivo de beneficiar correligionário; b) quando o administrador pratica ato que, apesar de perseguir um fim de interesse geral, não é aquele fim estabelecido em lei, ou seja, imagine-se que diante de uma situação de calamidade pública, onde vítimas necessitem ser removidas do Sítio Histórico de Olinda em veículos de grande porte uma autoridade, com base em lei que proíbe circulação de tais veículos pelas ruas históricas impede a entrada destes veículos para socorrer as pessoas feridas. A autoridade estaria incidindo em desvio de finalidade, pois a Constituição vigente protege em primeiro lugar a vida humana, logo o agente estaria utilizando-se de competência para finalidade diversa daquela em vista da qual a lei foi instituída.

O vício decorrente do Desvio de Poder encontra paradigma no direito de outros países, como no da Itália (*sviamento di potere*), nos do sistema anglo-saxão (*abuse of discretion*), dentre outros.³¹

No Brasil, data de 28.07.1948 o acórdão pioneiro acolhendo a noção de desvio de finalidade, prolatado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, relatado pelo então Desembargador Seabra Fagundes, cujo entendimento guardou semelhanças com o caso Lebat.³²

O Mandado de Segurança onde houve a supracitada decisão tinha por objeto anular ato de autoridade estadual competente que, no exercício do poder de polícia do trânsito, fixou horário para o tráfego intermunicipal de determinada empresa de ônibus. Ocorre, que segundo o Impetrante, tal ato importava em prejuízo seu e em benefício de empresa concorrente. Tendo ficado comprovado que o ato não atendia ao fim legal de bom funcionamento do serviço de transporte, mas objetivava fim estranho de favorecimento de terceiro.

Pois bem, a teoria do desvio de poder consagrou-se na jurisprudência e na doutrina com a inclusão do desvio de finalidade na Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65, art. 2º), pois elencou aquele dentre os casos de nulidade.

4.3 O desvio de poder e a ação discricionária

O administrador não só está obrigado a fazer o que é permitido, mas também está sujeito ao princípio da conformidade, este deve ser essencial no ato administrativo e não apenas aparente.

A Administração não pode esquecer que o poder que lhe foi constituído tem destino apenas serviente, ficando submisso à racional finalidade da lei que executa.

Não sendo observada a finalidade legal, o administrador ofende a mesma norma jurídica que lhe defende e protege, agravando assim o direito de terceiros.

O desvio de poder situa-se no limite da ação discricionária e ocorre quando a autoridade administrativa ultrapassa a fronteira da compe-

tência legal, onde aquela utiliza seu poder de agir para atingir fim diverso, de interesse privado, ou mesmo outro fim público, mas diverso do previsto na lei.

A noção de discricionariedade está ligada ao princípio da legalidade e este por sua vez possui a mesma origem do Estado de Direito.

No Estado de Direito a atividade pública está sujeita a uma rede ou malha legal, contudo este tecido não é homogêneo. Em algumas situações não deixa espaço para órgãos e agentes públicos que lhes são submetidos, indicando com exatidão a conduta a ser seguida; em outros outorga uma margem considerável de liberdade, que pode consistir na faculdade de praticar ou não determinado ato, ou escolher dentre as hipóteses legais a que lhe parecer mais adequada ao caso concreto.

Pois bem, esse poder de escolha dentro das fronteiras legais estabelecidas é o Poder Discricionário, este não se confunde com o arbítrio que é o poder ilimitado.

A regra de competência pode estabelecer, dentre os atos legalmente possíveis, a faculdade do administrador de escolher aquele que julgue mais conveniente e oportuno, assim como determinar a feição concreta que o ato deverá ter.

O Poder Discricionário constitui um poder de eleição da consequência ou do efeito jurídico (*rechtsfolge*),³³ pois sem ele seria impossível exercer a atividade criadora da Administração Pública.

Consoante dito acima, dentro desses limites faculta-se ao administrador escolher, guiado pelos critérios da conveniência e oportunidade, o ato que melhor atenda ao interesse público; este é o território do mérito sobre o qual os doutrinadores travam acaloradas discussões sobre a possibilidade de apreciação pelo judiciário, mas via de regra este não se intromete na questão.

Quando o Agente Público, visando fim, público ou privado, diverso do previsto na regra de competência ou para a qual o poder discricionário foi instituído, vicia o ato por abuso ou desvio do poder, vicia situação que terá como consequência jurídica a absoluta invalidade do ato.

Segundo a clássica definição de André de Laubadère: "Há desvio de poder quando uma autoridade administrativa cumpre um ato de sua competência mas em vista de fim diverso para o qual o ato poderia legalmente ser cumprido".³⁴

A lei não prevê uma autorização de agir sem um objetivo próprio, ao contrário, ela predetermina um resultado com um objetivo próprio, que está associado ao cumprimento de determinados objetivos sociais.

A doutrina caracteriza de forma genérica o desvio de poder como ilegitimidade específica da categoria dos atos discricionários, onde a Administração possui uma certa liberdade.³⁵

A jurisprudência vem admitindo que o desvio de poder pode ser aferido pela ilegalidade explícita ou por censurável comportamento do

agente que, se valendo de competência própria, age com fins de atingir resultado alheio ao abonado pelo interesse público.³⁶

Ocorrendo indícios de intenção viciada, deve a Administração apurar os fatos, verificando a má-fé e o conjunto de circunstâncias exteriores ao ato. Em se comprovando, segundo o senso comum e diante da realidade concreta, o desvio de finalidade, deve ser anulado o ato viciado e aplicadas as penalidades cabíveis ao administrador que agiu com improbidade.

4.4 O dever de moralidade e probidade da administração pública

Por tudo que foi colocado anteriormente e levando-se em consideração a visão de Estado de Direito de nosso tempo, percebe-se uma forte tendência ao culto da Constituição e uma aproximação da ciência jurídica com a moral.

Com efeito, nos últimos tempos tivemos uma mudança estrutural que teve consequências sérias para o constitucionalismo contemporâneo, pois "o direito por regras" do Estado de Direito cedeu lugar ao "direito principiológico",³⁷ o que ensejou em uma menor previsibilidade e maior incerteza no que diz respeito ao conteúdo das decisões judiciais, inclusive, com relação às atividades não vinculadas, na qual se incluem a discricionariedade e a valoração administrativa de conceitos indeterminados, que passaram a ser balizados não só pelos parâmetros objetivos de legalidade, como por outros parâmetros de hierarquia constitucional de igual importância, como por exemplo, os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da imparcialidade, da impessoalidade, da moralidade e da eficiência, dentre outros.

A partir da Constituição Federal de 1988 ocorreu uma constitucionalização dos princípios da Administração Pública. Tendo o art. 37 da CF/88 feito referência expressa aos princípios indeclináveis pela Administração Pública direta e indireta.

A Lei nº 8.112/90 (Estatuto dos Funcionários Públicos Federais), em seu art. 116, II, estabelece o dever dos servidores públicos de serem leais às instituições a que servirem. Tendo o Decreto nº 1.1171 de 22.06.94 regulamentado em nosso ordenamento jurídico a Ética Pública.

Na atualidade, integrando os preceitos constitucionais, adveio a Lei nº 8.429, de 02.06.92, a qual elenca três categorias de atos ímprobos, praticados por agente público, sujeitos às sanções derivadas da improbidade administrativa.

Contudo, não se pode confundir eventuais falhas no trato com a coisa pública com os atos ilícitos passíveis das sanções dispostas na Lei de Improbidade Administrativa, razão pela qual daremos destaques ao dever de moralidade e de probidade da Administração Pública para compreender a moralidade como inserida no universo da improbidade, em

virtude da Lei 8.429/92.

Nas lições do Professor Juarez Freitas, atualmente

há uma certa tendência de ver qualquer ofensa à legalidade, ou qualquer irregularidade, como sendo ofensa à moralidade. E esta é uma leitura draconiana e, principalmente, teoricamente equivocada, porque o princípio jurídico está entrelaçado com outros princípios, mas guarda a sua especificidade.³⁸

Pois bem, a Lei 8.429/92 veio integrar os preceitos constitucionais, especialmente o disposto no art. 37, § 4º da CF/88. Todavia, considerando que o termo improbidade administrativa constitui um conceito jurídico indeterminado, persistem as dificuldades em estabelecer o seu significado e por vezes uma confusão, posto que nem todo ato de improbidade administrativa representa violação à moralidade administrativa.³⁹

A Constituição Federal, ao distinguir a improbidade da moralidade administrativa, deu àquela um conteúdo especial, pois a ofensa à moralidade administrativa já acarretaria as conseqüências previstas na Lei nº 4.717/65 (Ação Popular). Assim, não faria sentido criar dois institutos para alcançar fins idênticos.

Nessa assertiva, vale transcrever o entendimento do STJ ao julgar o REsp 213.994 - MG, onde examinou demanda ajuizada pelo Ministério Público contra o Prefeito do Município de Itutinga (MG):

REsp 213.99 - MG - 1ª T - Min. Garcia Vieira, DJU de 27/09/1999.

Ementa: ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE DE PREFEITO - CONTRATAÇÃO DE PESSOAL SEM CONCURSO PÚBLICO - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO.

Não havendo enriquecimento ilícito e nem prejuízo erário municipal, mas inabilidade do administrador, não cabem as punições previstas na Lei nº 8.429/92. A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil. Recurso improvido.

A teor da posição acima não se pode olvidar que, para configuração da improbidade administrativa prevista na Lei nº 8.429/92, faz-se necessária a presença de conduta dolosa, já que o conceito de improbidade retratado por imoralidade administrativa qualificada é indissociável da presença da desonestidade. E ainda, para aplicação das penas dispostas na referida lei deve-se levar em consideração a extensão do dano e o proveito patrimonial do agente e, via de conseqüência, a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Por outro lado, considerando o fato da Lei nº 8.429/92 não envolver apenas questões de reparação civil, mas a aplicação de várias penali-

dades, vale ressaltar que se torna forçosa a sua vinculação ao postulado da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVII da CF/88.

Destarte, torna-se incompatível com a Constituição Federal a expressão culposa inserta no art. 10, *caput* da referida lei.

Conforme dito alhures, a idéia de *détournement de pouvoir* como vício de legalidade do ato administrativo teve origem na jurisprudência do Conselho de Estado da França a partir do caso Lebast, julgado em 25/02/1864 e confirmado em 07/06/1865 e no Brasil tivemos, em 28/07/1948, o acórdão pioneiro acolhendo a noção de desvio de finalidade, prolatado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte que guardou semelhanças com o caso Lebast.⁴⁰

Pois bem, da análise dos casos acima, bem como da teoria do desvio de poder consagrado na jurisprudência e na doutrina com a inclusão do desvio de finalidade na Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65), verifica-se que, para a caracterização deste faz-se necessária a comprovação da má-fé do agente que se vale de competência própria para atingir resultados alheios ao abonado pelo interesse público.⁴¹

Em sendo assim, para a configuração de improbidade administrativa qualificada é necessária a presença de desonestidade, ou seja, de conduta dolosa.

5 Conclusão

Diante de todas as ponderações efetuadas no presente trabalho, verifica-se que no Estado de Direito busca-se o primado das leis sobre a vontade dos governantes, com fins de garantir a própria estabilidade e coerência com o centro de referência.

A Administração Pública deve sempre agir dentro dos limites legais e com o objetivo de atingir o interesse público, pois ela gere negócio alheio em nome dos cidadãos, tomados em seu todo, como coletividade.

Assim, não age como *dominus*, ou seja, como senhor de seus próprios interesses, mas como agente que possui o dever de desempenhar cometimentos que lhes foram conferidos para cumprir a lei e alcançar os fins preestabelecidos por ela.

O *dominus* do Estado de Direito é a coletividade, pois a soberania é pertença do povo e o Estado de Direito tem como suas funções a atividade contínua relacionada com a finalidade pública.

Incumbe ao poder Legislativo traçar as finalidades que a Administração Pública deve seguir e os seus meios e modos de atuação. Pois a Administração pública é uma *longa manus* do legislador e ela se serve de atos administrativos para atingir a finalidade preestabelecida pela lei.

A noção de atos administrativos é contemporânea ao constitucionalismo e somente começou a ser definida quando se tornou evidente o princípio da separação de poderes e a necessidade de limitação destes para evitar abusos, desmandos e opressão dos governantes.

Mas, como dito acima, nem todos os países se filiam ao regime jurídico-administrativo, pois neles o direito é comum para particulares e para Administração Pública, nestes não se aceita a noção de ato administrativo.

No Brasil adota-se o regime jurídico-administrativo, todavia em razão da lei não ter determinado de modo equívoco o âmbito de abrangência da expressão ato administrativo, os autores divergem ao conceituá-lo, mas o que importa na verdade é estabelecer o seu objeto e delimitar a esfera do discurso científico.

O ato administrativo possui elementos e apesar das divergências terminológicas podem relacionar os seguintes: sujeito, forma, objeto, motivo e finalidade.

Com relação à finalidade, vimos anteriormente de forma detalhada que o administrador não possui a faculdade de escolher ou não agir com finalidade pública, deve sempre observá-la sob pena nulidade dos respectivos atos.

O Administrador deve agir sempre *secundum leges* e a falta de observância da lei, implícita ou explicitamente, implica em eivar o ato de vício e no seu conseqüente desfazimento.

Assim, seja na jurisprudência alienígena com o caso Lebats, em 1864, seja na jurisprudência pátria, como o Mandado de Segurança julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, em 1948, percebe-se que o judiciário mostra-se sensível ao vício de legalidade decorrente do desvio de finalidade. De forma que, ao longo dos anos, a jurisprudência vem se firmando no sentido de anular os atos que não atendem o fim de interesse público previsto em lei.

O Administrador não pode esquecer que o poder que lhe foi constituído tem o destino de servir à finalidade da lei que executa, sob pena de extrapolar a fronteira da competência legal e atingir fim diverso do estabelecido pela lei e, via de conseqüência, viciar o ato administrativo praticado.

O que se espera da Administração Pública é o atendimento da finalidade impessoal do Estado, não da vontade ou personalidade do administrador.

Todavia, na ânsia de preservar a moralidade e a probidade administrativa, não podemos confundir qualquer ofensa à legalidade, ou qualquer irregularidade, como sendo ofensa à moralidade, sob pena de fazer uma leitura teoricamente equivocada, porque um princípio jurídico está entrelaçado com outros princípios, mas guardam a sua especificidade.

Destarte, para a caracterização do desvio de finalidade faz-se necessária a comprovação da má-fé do agente que se vale de competência própria para atingir resultados alheios ao abonado pelo interesse público, ou seja, para a configuração de improbidade administrativa qualificada é necessária a presença de desonestidade, ou seja, de conduta dolosa.

Emfim, o administrador não pode esquecer a origem do Estado,

nem a finalidade e o interesse público, sob pena de comprometer-se a sobrevivência do Direito Administrativo, pois, segundo ensinamentos de Luís Felipe Colaço Antunes, o esquecimento da finalidade e do interesse público é "uma forma de esquecimento (e até de canibalismo) da doutrina administrativa clássica",⁴² ou seja, a inobservância da finalidade pública implica no comprometimento de um dos pilares do próprio Estado de Direito.

Assim, os Agentes Públicos e, especialmente, os operadores do direito não podem permitir que a velocidade com que ocorrem as mudanças, atualmente, ensejem o esquecimento das origens do Estado e a razão de ser das Instituições, sob pena de perdemos o rumo do caminho a ser seguido e dos objetivos a serem alcançados.

Notas

- 1 BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**, 3a. ed., São Paulo, Lejus, p. 157.
- 2 BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**, 3a. ed., São Paulo, Lejus, p. 157.
- 3 NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de Direito Tributário**, 10a. ed., São Paulo, Saraiva, 1990, p. 1.
- 4 BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**, 3a. ed., São Paulo, Lejus, p.184.
- 5 ANTUNES, Luís Felipe Colaço. **O Direito Administrativo e a sua Justiça no Início do Século XXI**, Coimbra, Almedina, p.38.
- 6 MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**, 17a. ed., São Paulo. Malheiros, p. 42
- 7 BONAVIDESs, Paulo. **Teoria do Estado**, 3a. ed., São Paulo, 1995, Malheiros, p.157.
- 8 P. JACQUES. **Da igualdade Perante a Lei**, 2a. ed., Rio, 1957, p. 40 *apud* BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**, 3a. ed., São Paulo, Lejus, p.194.
- 9 BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**, 3a. ed., São Paulo, Lejus, p. 200.
- 10 ANTUNES, Luís Felipe Colaço. **O Di-**
- reito Administrativo e a sua Justiça no Início do Século XXI, Coimbra, Almedina, p.15.
- 11 QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **Reflexões sobre a teoria do desvio de poder em direito administrativo**. Coimbra, 1940, p.19 *apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Desvio de Poder**, Rio de Janeiro, RDA nº 172, 1988, p. 3.
- 12 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 12a. ed., São Paulo, 2000, Atlas, p. 176.
- 13 MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**, 17a. ed., São Paulo. Malheiros, p. 29.
- 14 *Op. cit.*, p. 42.
- 15 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 12a. ed., São Paulo, 2000, Atlas, p. 177.
- 16 MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**, 17a. ed., São Paulo. Malheiros, p.339.
- 17 *Op. cit.*, p. 340/341.
- 18 *Op. cit.*, p. 340/341.

- 19 MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**, 17a. ed., São Paulo. Malheiros, p. 351.
- 20 *Op. cit.*, p. 352.
- 21 *Op. cit.*, p. 354.
- 22 MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**, 17a. ed., São Paulo. Malheiros, p. 357.
- 23 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 12a. ed., São Paulo, 2000, Atlas, p. 187.
- 24 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 12a. ed., São Paulo, 2000, Atlas, p. 188.
- 25 STJ Tribunal Pleno: MS 20012/DF, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, Diário de Justiça de 11/04/1975, p.**.
- 26 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 12a. ed., São Paulo, 2000, Atlas, p. 194.
- 27 QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **Reflexões sobre a teoria do desvio e poder em direito administrativo**, Coimbra, 1940, p. 19 *apud*²⁷ Mello, Celso Antônio Bandeira. **Desvio de Poder**, Rio de Janeiro, RDA. nº 172, p. 3.
- 28 CIRNE, Rui Lima. **Princípios de direito administrativo**, 5a. ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1962, p. 22.
- 29 BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**, 3a. ed., São Paulo, Lejus, p. 157.
- 30 Tácito, Caio. **Desvio de Poder no Controle dos Atos Administrativos, Legislativos e Jurisdicionais**, Rio de Janeiro, RDA. nº 188, 1992, p. 2.
- 31 *Op. cit.*, p.2/3.
- 32 TÁCITO, Caio. **Desvio de Poder no Controle dos Atos Administrativos, Legislativos e Jurisdicionais**, Rio de Janeiro, RDA. nº 188, 1992, p. 3.
- 33 Silva, Almiro do Couto. **Poder Discrecionário no Direito Administrativo Brasileiro**, Rio de Janeiro, RDA nº 179, p. 58.
- 34 LAUBADÈRE, André de. **Traité élémentaire de droit administratif**. 5a. ed., LGDF, 1970, p. 502, nº 894 *apud* CELSO Antônio Bandeira. **Desvio de Poder**, Rio de Janeiro, RDA. nº 172, p. 6.
- 35 *Op. cit.* p. 9.
- 36 STJ: 1ª Turma, REsp 21156/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, Diário de Justiça de 10/10/94, p. 191.
- 37 MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**, 2a. ed., Dialética, São Paulo, 2004, p. 25.
- 38 FREITAS, Juarez. **Ação Civil Pública Improbidade Administrativa**, BDA, 2005, p. 539.
- 39 NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. **Improbidade Administrativa: alguns aspectos controvertidos**, RDA nº 325, Rio de Janeiro, 2004, p. 66.
- 40 TÁCITO, Caio. **Desvio de Poder no Controle dos Atos Administrativos, Legislativos e Judicionais**, Rio de Janeiro, RDA nº 188, Rio de Janeiro, 1992, p. 3.
- 41 STJ: 1ª Turma, REsp 21156/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 10/10/1994, p. 191.
- 42 ANTUNES, Luís Felipe Colaço. **O Direito Administrativo e a sua Justiça no Início do Século XXI**, Coimbra, Almedina, p. 15.

Referências

ANTUNES, Luís Felipe Colaço. **O Direito Administrativo e a sua Justiça no Início do Século XXI**, Coimbra, Almedina.

- BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**, 3a. ed., São Paulo, Lejus.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**, 3a. ed., São Paulo, Malheiros, 1995.
- CIRNE, Rui Lima. **Princípios de Direito Administrativo**, 5a. ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1962.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 12a. ed., São Paulo, Atlas, 2000.
- FREITAS, Juarez. **Ação Civil Pública Improbidade Administrativa**, BDA, 2005.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 23a. ed., Malheiros Editores, São Paulo.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Desvio de Poder**, Rio de Janeiro, RDA. nº 172.
- MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**, 2a. ed., Dialética, São Paulo, 2004.
- NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de Direito Tributário**, 10a. ed., São Paulo, Saraiva, 1990.
- SILVA, Almiro do Couto. **Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro**, Rio de Janeiro, RDA nº 179.
- TÁCITO, Caio. **Desvio de Poder no Controle dos Atos Administrativos, Legislativos e Jurisdicionais**, Rio de Janeiro, RDA. nº 188, 1992.

Usucapião de imóvel hipotecado sob a ótica do novo Código Civil

Éder Maurício Pezzi López

*Advogado da Caixa no Rio de Janeiro
Especialista em Direito Civil e Processo Civil*

RESUMO: O presente estudo tem como finalidade analisar a possibilidade e as implicações da declaração de usucapião tendo por objeto imóvel hipotecado, visualizando tais institutos sob a ótica das disposições do novo Código Civil. Abordam-se, igualmente, os efeitos da sentença que declara a usucapião, tratando-se do princípio da retroatividade e de suas diversas implicações em relação à hipoteca. Além disso, são esmiuçadas algumas situações peculiares envolvendo o tema, tais como cessão de direitos, adjudicação e arrematação.

Palavras-chave: Usucapião. Hipoteca. Sentença. Arrematação.

1 Introdução

Nas últimas décadas, a hipoteca tem sido o direito real de garantia mais amplamente utilizado para a concessão de crédito destinado à aquisição imobiliária, fato que tem aumentado consideravelmente no Brasil o número de imóveis gravados com ela. Isso fez tornarem-se mais comuns os casos onde se pleiteia o reconhecimento de usucapião sobre imóveis hipotecados, seja por meio de ação ou como matéria de defesa, fazendo surgir dúvidas a respeito dessa situação.

É possível usucapir imóvel hipotecado? Se o for, mantém-se ou não o gravame hipotecário? O cessionário de contrato de mútuo pode usucapir o imóvel hipotecado em favor do credor? A arrematação ou adjudicação em razão de hipoteca impedem a usucapião?

O presente estudo, analisando os aspectos mais relevantes dos institutos da hipoteca e da usucapião, tem como objetivo responder esses e outros questionamentos, à luz da doutrina e das disposições legais que regem a matéria, com foco especialmente nas alterações promovidas pelo novo Código Civil.

2 A hipoteca convencional no CCB/02: características gerais, prescrição e preclusão

Considerando que o presente estudo tem como objeto analisar os casos de usucapião sobre imóvel hipotecado, faz-se indispensável, pri-

meiramente, analisar o conceito e as principais características do instituto da hipoteca. Além disso, é relevante verificar suas hipóteses legais de extinção, especialmente as suas relações com a prescrição, bem como sua preclusão.

2.1 Conceito e características gerais da hipoteca convencional

Pode-se dizer que a hipoteca é uma espécie de direito real de garantia através da qual se grava um bem imóvel de propriedade do devedor, ou de outrem, de forma a garantir o cumprimento de uma obrigação principal. Dessa forma, tem-se que ela sempre será acessória e dependente do cumprimento de uma obrigação determinada.

O instituto é assim definido por Clóvis Bevilacqua (1956, p. 113):

Hipoteca é um direito real, que recai sobre imóvel, navio ou aeronave, alheio, para garantir qualquer obrigação de ordem econômica, sem transferência da posse do bem gravado para o credor.

É ela destinada a gravar bens imóveis e seus acessórios, ao contrário do penhor, que é exclusivamente afeto a coisas móveis. No entanto, é possível a constituição de hipoteca sobre bens por natureza móveis que, por ficção jurídica, sejam considerados como imóveis, tal como ocorre com as aeronaves e os navios, cuja disciplina o CCB/02 remete a legislação especial. Igualmente, cabe a instituição do gravame sobre o "domínio direto, o domínio útil, as estradas de ferro, e os recursos naturais a que se refere o art. 1.230, independentemente do solo onde se acham" (Art. 1473).

Contudo, não obstante o gravame inscrito sobre o imóvel hipotecado, o outorgante da garantia mantém a posse e a propriedade sobre ele, podendo exercer todas as faculdades inerentes ao domínio, o que não ocorre no caso do penhor. Neste, o bem dado em garantia mantém-se de propriedade do devedor, mas fica na posse do credor, somente sendo restituído após a quitação da dívida.

De fato, a hipoteca (e os demais direitos reais de garantia, por natureza) são direitos *restringentes* do domínio, mas não *limitativos* dele (MIRANDA, XX, p. 76). O devedor, ou o terceiro que presta a garantia, mantém plenas todas as faculdades inerentes ao domínio sobre a coisa hipotecada, sem limitação, mas fica ele restringido, vez que resta o gravame constante do registro de propriedade do bem, valendo *erga omnes*.

Dessa maneira, a hipoteca possibilita a circulação dos bens por ela gravados, já que estes podem ser livremente alienados. O próprio Código Civil dispõe que "é nula a cláusula que proíbe ao proprietário alienar imóvel hipotecado", sendo, no entanto, lícito convencionar-se o vencimento antecipado da dívida nesse caso (Art. 1.475). Contudo, não obstante a alienação, transmite-se o gravame instituído sobre o bem, subordinando-se a ele o terceiro adquirente.

A razão disso é que a hipoteca, enquanto direito real, prevê ao credor o direito de seqüela, ou seja, a faculdade de buscar a coisa em mãos de quem quer que a detenha. Sobre o tema, é interessante a definição de Caio Mário da Silva Pereira (1994, p. 270), o qual assim conceitua tal atributo:

A efetividade do direito de seqüela revela-se no momento em que o credor tem de executar a coisa nas mãos de terceiro. Mas, se se patenteia nesse instante, certo é que já existia como decorrência da hipoteca, o que levou Clóvis Beviláqua a dizer que se conserva latente enquanto o imóvel se encontra em poder do devedor, revelando-se ostensivo com a sua transmissão.

Em realidade, no momento em que a hipoteca grava o bem e adquire publicidade, ela se torna exequível contra qualquer pessoa que venha a adquirir o domínio do bem. Esse adquirente, em razão do direito de seqüela, não poderá eximir-se da execução do gravame, salvo em casos pontuais de relativização do instituto, dos quais alguns se tratarão adiante.

A respeito disso, Pontes de Miranda (1958, t. XX, p. 57) refere que

a seqüela é mais do que a executabilidade, porque qualquer credor pode executar os bens que se achem no patrimônio de quem deve. A seqüela permite penhorar-se o que está no patrimônio de quem não deve. O titular do direito de hipoteca tem a pretensão a executar o bem de quem se trata, onde quer que se ache e ainda que nada deva o proprietário (ou enfiteuta) ou possuidor próprio.

Assim, para que se constitua de forma regular a hipoteca, e para que ela seja oponível *erga omnes*, característica inerente aos direitos reais, é indispensável o seu registro junto à matrícula do imóvel dado em garantia (Art. 1492 do CCB/02), devendo ser avençada em escritura pública¹. Isso porque a hipoteca tem como característica a publicidade, ou seja, a possibilidade de qualquer terceiro ter dela conhecimento, subordinando-se a seus efeitos.

Esse registro, além de dar publicidade, estabelece a prioridade no caso de haver mais de uma hipoteca gravando o imóvel, ou seja, a hipoteca registrada por primeiro tem prioridade sobre as demais, no caso de ser levado o bem à excussão. Nessa hipótese, o produto da alienação judicial do bem deverá atender integralmente ao crédito garantido pela primeira hipoteca; somente após isso, caso restem ainda valores, passar-se-á a satisfazer o crédito da segunda hipoteca, e assim sucessivamente.

Note-se, ainda, que a hipoteca obedece ao princípio da especialização, devendo constar dos contratos que a instituem o valor do crédito, o prazo fixado para pagamento, a taxa de juros e a descrição do bem

dado em garantia, sob pena de ineficácia da avença (CCB/02, Art. 1424). Isso impede a instituição de hipoteca geral e irrestrita sobre todo o patrimônio do devedor, outrora permitida, uma vez que para a sua validade deve ser referido cada bem em que se grava a garantia, considerado individualmente.

Igualmente, a hipoteca, como direito real de garantia, é indivisível, ou seja, o imóvel dado em garantia fica integralmente sujeito ao resgate da dívida, de maneira que o pagamento parcial do débito não exonera parte do imóvel hipotecado (CCB/02, Art. 1.421). Saliente-se que essa indivisibilidade não diz respeito à coisa dada em garantia, ou à dívida garantida, as quais podem até ser divisíveis, mas, sim, ao vínculo real. Mesmo havendo pagamento parcial da dívida, a hipoteca continua a recair sobre a coisa inteira e seus acessórios, os quais ficam sujeitos à excussão integral pelo restante do valor devido. Conseqüência disso, por exemplo, é que não é possível aos herdeiros remir parcialmente a hipoteca na proporção dos seus quinhões (CCB/02, Art. 1.429), salvo a sua totalidade, sub-rogando-se o remetente quanto aos demais.

Da mesma forma, é importante salientar que a hipoteca, enquanto garantia que pode levar determinado bem à excussão, impõe que, para poder validamente instituí-la, o seu prestador tenha plena legitimidade para alienar a coisa. Em outras palavras, só pode gravar determinado bem com hipoteca convencional aquele que seja dono da coisa, devendo ter também capacidade para tanto.

Assim, a capacidade é, igualmente, elemento essencial para a validade do ato, sendo imprescindível a outorga uxória no caso do devedor ser casado, exceto para o regime da separação absoluta de bens (art.1.647). No caso do regime de participação final dos aqüestos, caso os cônjuges tenham convencionado a livre disposição dos bens particulares, poderá haver a constituição de hipoteca sobre eles, sem necessidade de autorização do outro consorte (Art. 1656 do CCB/02). Da mesma forma, em se tratando de pessoa jurídica, deverá estar prevista a possibilidade de instituir o gravame no seu ato de constituição, devendo o representante legal ter poderes suficientes para tanto.

2.2 A hipoteca frente à prescrição e as modificações trazidas pelo CCB/02

Assim dispõe o CCB/02 a respeito das formas de extinção da hipoteca:

- Art. 1.499. A hipoteca extingue-se:*
I - pela extinção da obrigação principal;
II - pelo perecimento da coisa;
III - pela resolução da propriedade;
IV - pela renúncia do credor;
V - pela remição;
VI - pela arrematação ou adjudicação.

Tais modalidades, ressalte-se, são meramente exemplificativas, ha-

vendo, além delas, outras expressamente previstas no Código Civil ou decorrentes de sua interpretação sistemática, como se verá em determinados casos de usucapião, por exemplo. Veja-se, também, que no CCB/1916 eram elencadas como causas de extinção, além daquelas reproduzidas na nova lei, a sentença passada em julgado e a prescrição (Art. 849).

Em relação à sentença judicial, é de se ver que, não obstante sua supressão no texto legal, mantém-se plenamente válida como causa extintiva, pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição (CF/1988: Art. 5º, XXXV).

Quanto à prescrição, é de se notar que quando ela for relativa à obrigação principal, ela sempre acarretará a extinção da hipoteca, vez que "vale o registro da hipoteca, enquanto a obrigação perdurar" (art. 1.498). Note-se que a prescrição não extingue a obrigação principal, mas a torna inexigível, extinguindo tão somente a pretensão de cobrá-la. No entanto, em se tratando de hipoteca, se a obrigação principal está prescrita, não haverá mais pretensão à execução da garantia acessória, acarretando, pela redação da norma referida, a sua extinção².

O Código de 1916, como referido, trazia no art. 849, VI, a prescrição como uma das hipóteses legais de extinção da hipoteca, inciso que foi suprimido na redação do CCB/02. Tal prescrição, contudo, dizia respeito à ação real hipotecária, e não à prescrição da obrigação principal. Em ocorrendo a prescrição da ação real, haveria a extinção da hipoteca em si, o que não extinguiria a pretensão de cobrar obrigação principal, que se submeteria ao seu prazo prescricional próprio.

Para Pontes de Miranda, essa prescrição da ação real teria sido elevada a suporte fático da preclusão da hipoteca mesma, por força da norma em questão (1958, tomo XX, p. 303):

Ao completar-se o tempo da prescrição em vez de só se encobrir a eficácia da pretensão, o direito de hipoteca preclui. Portanto, a ação executiva hipotecária extingue-se, em vez de apenas prescrever. (...) Uma vez que se considerou a prescrição da pretensão causa da extinção do direito (Código Civil, 849, VI), a alegação de prescrição da ação com efeito de preclusão do direito é alegação de preclusão, por conseguinte objeção, e não exceção. Não há momento em que não mais se possa opor a prescrição, porque, aí, a prescrição foi elevada à categoria de suporte fático da preclusão. Têm-se, assim, duas preclusões do direito de hipoteca: a preclusão pela prescrição da ação real e a preclusão por se ter atingido o prazo de vinte anos sem prorrogação.

Entretanto, tal prescrição não teria o condão de extinguir a hipoteca no caso de o bem ser do próprio devedor, pois esta estaria subordinada à prescrição da obrigação principal, em razão do caráter de acessoriedade da garantia (art. 830 do CCB/16, atual art. 1.498). Por isso, ela só poderia ser

invocada por eventual terceiro adquirente do imóvel hipotecado. Esse é o pensamento de Clóvis Bevilácqua, que assim escreve (1956, v. II, p. 299):

A hipoteca, sendo direito real, a ação que origina está incluída nessa regra [a do Art. 849, VI, do CCB/1916], em relação a terceiros; mas não em relação ao devedor, porque a hipoteca é direito acessório e, conseqüentemente, a sua existência se acha, intimamente, ligada à obrigação, cuja execução assegura, e a sua prescrição para o devedor será, naturalmente, a da obrigação.

O fato é que essa questão perdeu força com a vigência do novo Código Civil, visto que, nele, o prazo prescricional da pretensão real hipotecária jamais será inferior ao das ações pessoais relativas à obrigação principal, por força da norma geral do art. 205, ao contrário do que ocorria com o código antigo (CCB/1916, Art. 177). No caso de dívida líquida, por exemplo, o prazo prescricional em relação à obrigação principal é de cinco anos (Art. 206, § 5º, I), mantendo-se os dez anos para a ação real.

Por essa razão, passou a ser redundante manter a prescrição da pretensão executiva hipotecária, que é ação real, como causa de extinção da hipoteca, visto que, antes dela, necessariamente haverá a prescrição da pretensão relativa à obrigação principal, extinguindo, por conseqüência, a garantia acessória. Ademais, ainda que haja eventuais causas de suspensão da prescrição quanto à obrigação principal, tal suspensão abrangerá, igualmente, a garantia acessória, na forma do art. 1.498 do CCB/02.

Assim, em razão da modificação dos prazos prescricionais no novo Código Civil, tornou-se inúcuo elencar a prescrição como causa de extinção da hipoteca, vez que as ações que tutelam as pretensões reais jamais terão prazos prescricionais menores do que as pessoais.

Por fim, vale dizer que, na hipótese de prescrição como causa extintiva no Código de 1916, não pode ser enquadrada a prescrição aquisitiva, que ocorre na usucapião. Esta espécie de prescrição, como se verá, é relativa à pretensão que visa garantir a posse da coisa, e não a eventual inércia relativa à execução da hipoteca.

2.3 Preclusão da hipoteca

Como já referido, é da essência da hipoteca que constem dos contratos que a instituem o valor do crédito, o prazo fixado para pagamento, a taxa de juros e a descrição do bem dado em garantia, sob pena de ineficácia da avença. Em havendo o vencimento da dívida, pelo não cumprimento da obrigação ou por qualquer outra causa, nascerá para o titular do direito real a pretensão de excutir o bem e satisfazer o seu crédito.

No entanto, nada obsta que, mediante acordo entre as partes, haja a dilatação do prazo contratual estabelecido para a obrigação, podendo, igualmente, ser pactuada a dilatação do prazo da hipoteca, mediante simples averbação. No tocante à garantia, o art. 1.498 do CCB/02 fixa em

20 anos o prazo máximo de validade a contar do contrato que a institui. Após esse termo, deve ser a hipoteca prorrogada (Art. 1.498), sendo que o art. 1.485 do CCB/02 fixa em 30 anos³, a contar da data do contrato, o prazo máximo de prorrogação. Para ultrapassar esse prazo, será necessária a lavratura de novo título e novo registro, mantendo-se, contudo, a precedência do anterior (Art. 1485).

Caso não seja prorrogada a hipoteca, atingido o prazo de 20 anos ocorrerá a sua preclusão, ainda que subsista a obrigação principal. Veja-se que esta preclusão é apenas da garantia, não se confundindo com eventual prescrição relativa à obrigação principal, que extinguirá também eventual pretensão de cobrança do débito, tornando igualmente inexigível a garantia acessória.

3 A usucapião no direito brasileiro

3.1 Breve histórico e conceito

A usucapião não tem uma origem precisa, acreditando-se que ela tenha sido praticada pelos gregos e posteriormente migrado para o direito romano, antes mesmo da Lei das XXII Tábuas, que se referiu a ela proibindo a usucapião de coisas roubadas. Há quem sustente que sua origem deu-se junto ao povo hebreu, em razão de uma referência a ela no Livro dos Juízes, cap. 11, versículo 26 (NEQUETE, 1981, p. 12).

No direito clássico, a *usucapio* requeria posse mansa por todo o período aquisitivo e justo título. Posteriormente, dado que a *usucapio* não se aplicava aos imóveis provinciais, possuídos por peregrinos, foi criada a *praescriptio longi temporis*, uma fórmula (prescrição) judicial utilizada como meio de defesa contra eventuais ações possessórias, fundada na posse prolongada. Atribui-se a Justiniano a posterior unificação dos dois institutos, simplificando-os e fixando, como prazo, 10 anos entre presentes e 20 entre ausentes, bem como 3 anos para as coisas móveis (PETIT, 1924, p. 275).

Por fim, o Imperador Teodósio introduziu uma nova modalidade de usucapião, que independia de boa-fé e justo título, extinguindo toda e qualquer ação de *rei vindicatio* se houvesse posse ininterrupta por 30 anos, sendo chamada de *praescriptio longissimi temporis*.

Hodiernamente, pode-se definir a usucapião como um meio originário de aquisição da propriedade e de outros direitos (usufruto, uso, habitação e enfiteuse⁴), os quais, de maneira geral, transferem-se ao usucapiente desde que decorrido lapso temporal de posse com *animus domini*, sem qualquer oposição, preenchidos os requisitos legais.

Diz-se que ela é um meio 'originário' porque não há propriamente a transmissão da propriedade por parte do antigo dono, ou seja, o direito de propriedade adquirido pela usucapião não deriva do direito de outrem. Por isso, através da usucapião, não se adquire a propriedade de 'alguém' determinado. O direito é que, preenchidos os requisitos legais, outorga a propriedade ao possuidor.

Sobre o tema, assim escreveu Pontes de Miranda (1958, t. XI, p. 117)

Não se adquire, pela usucapião, 'de alguém'. Na usucapião, o fato principal é a posse, suficiente para originariamente se adquirir; não, para se adquirir de alguém. É bem possível que o novo direito se tenha começado a formar, antes que o velho se extinguisse. Chega momento em que esse não mais pode subsistir, subplantado por aquele.

Além disso, é de ser ressaltado que a usucapião não é decorrente de uma "renúncia tácita" ao direito de propriedade, ou uma decorrência do abandono. Isso porque a propriedade e todos os direitos que dela emanam não se extinguem, de *per se*, pela não fruição. A respeito disso, Nascimento (1984, p. 10) escreve que

nem da inércia se pode presumir uma manifestação de vontade tácita de abandonar ou renunciar o imóvel nem se pode qualificar a mesma inércia como fundamento único do usucapião. Ninguém perde a posse pelo não-uso.

Em realidade, o direito de propriedade - e as pretensões dele decorrentes - são por essência, imprescritíveis, salvo se se constituir uma situação contrária a esse direito, capaz de ensejar a sua extinção (PEREIRA, 1994, IV, p. 4), como é o caso da usucapião, por exemplo. De fato, como refere Lafayette (1940, p. 155), o que ocorre na usucapião é um fenômeno duplo. De um lado, a prescrição age como forma geradora de direitos em favor do usucapiente; de outro, como consequência, tem-se a extinção do direito do antigo proprietário em face de sua inércia.

Em realidade, há uma nítida diferença entre a prescrição extintiva e a usucapião, chamada de pretensão aquisitiva. Na prescrição extintiva, a inércia do titular não extingue o direito em si mesmo, havendo tão somente a extinção da pretensão de exigi-lo (AMORIM FILHO, 1961). Prova disso é que o devedor que paga dívida prescrita não terá direito à repetição do indébito alegando prescrição. Diverso, contudo, é o que ocorre no caso da prescrição aquisitiva. Nesta, a inércia do proprietário na defesa de sua posse, além de extinguir sua pretensão, faz nascer simultaneamente um novo direito em favor do usucapiente, havendo a própria extinção do direito do antigo *dominus* (NEQUETE, 2005). Outro aspecto é que a prescrição extintiva só pode ser alegada por meio de exceção, enquanto que a prescrição aquisitiva pode ser também alegada em ação.

Nesse sentido, em relação ao reconhecimento judicial da usucapião, questiona-se se é necessário requerimento expresso da parte interessada ou se poderia o juiz, *ex officio*, declará-la. A questão não apresentava maiores complicações, vez que na redação do CCB/1916 o reconhecimento da prescrição dependia de pedido expresso da parte, tendo sido essa regra reproduzida na redação original do CCB/02, no art. Art. 194.

Ocorre que tal artigo foi revogado pela Lei 11.280, de 16/02/2006, tendo sido modificado o § 5º do art. 219 do CPC, o qual passou a determinar que "o juiz pronunciará, de ofício, a prescrição".

A respeito disso, pode-se dizer que, no caso da usucapião, tal disposição é inaplicável, vez que, como referido, não se trata de simples prescrição extintiva de eventuais pretensões possessórias, essa, sim, passível de declaração *ex officio*. A declaração de usucapião tem o efeito positivo de declarar determinado possuidor o proprietário da coisa, ainda que seja alegada em sede de exceção. Além disso, para a realização do suporte fático da usucapião, é indispensável que haja *animus domini* por parte do possuidor, só podendo ser reconhecido esse aspecto em seu favor mediante requerimento seu (NEQUETE, 2005, p. 10).

3.2 Modalidades e requisitos essenciais da usucapião de bem imóvel

Em se tratando das espécies de usucapião, a lei brasileira disciplina, atualmente, cinco modalidades, havendo requisitos particulares para cada uma delas, que variam de acordo com a finalidade a que se destinam. Há quem desdobre tais espécies em sete, em razão de possibilidades de redução nos prazos da usucapião extraordinária e ordinária, mas parece mais adequado falar apenas em cinco, já que essas modalidades seriam "subespécies" não autônomas. Assim, tem-se hoje no direito brasileiro a usucapião extraordinária, ordinária, especial urbana, especial rural e coletiva (esta última prevista no Estatuto da Cidade, lei 10.257/2001).

Saliente-se, ainda, que o novo Código Civil reduziu consideravelmente os prazos para usucapião, especialmente considerando aspectos relativos à destinação social da propriedade, dando "uma maior ênfase no caráter dinâmico da propriedade, como instrumento de realização da dignidade da pessoa humana" (DEBS, 2003, p. 33).

Em todas as modalidades, tem-se como requisito essencial a posse *cum animo domini*, da qual adiante se tratará. Igualmente, todas as modalidades colocam como requisito que a posse seja pública, ininterrupta e sem oposição durante todo o lapso temporal exigido.

Por isso, à usucapião, enquanto fenômeno que contém em si a prescrição, aplicam-se as regras previstas para o devedor de obrigações em geral, havendo a interrupção ou suspensão do lapso temporal em todas as hipóteses previstas para tanto, uma vez que "estende-se ao possuidor o disposto quanto ao devedor acerca das causas que obstem, suspendem ou interrompem a prescrição, as quais também se aplicam à usucapião" (CCB/02, art. 1.244). Nesse particular, verifica-se que não poderá ocorrer prescrição aquisitiva entre descendentes e ascendentes durante o poder familiar, marido e mulher na constância do casamento, etc. (CCB/02, Arts. 197 a 200). Igualmente, não poderá ocorrer usucapião de fração ideal por condômino em face dos demais, a menos que haja a posse exclusiva do imóvel (RT 472/82-84).

Além disso, como referido, a posse que se requer para a consecução da usucapião deve ser qualificada com o móvel de ser dono, com o *animus domini*. Dessa forma, não se considera posse *ad usucapionem* aquela do mero detentor, do locatário, do comodatário e de qualquer pessoa que tenha conhecimento de que não é proprietária e assim exerça a sua posse. Veja-se que tal aspecto é fundamental para que se possa configurar a usucapião, não bastando que haja simples prova da posse. O que se deve provar é a posse *ad usucapionem*.

No tocante aos requisitos do justo título e da boa-fé, estes são apenas requeridos para a hipótese legal da usucapião ordinária. O justo título, segundo NASCIMENTO (1984, p. 94), pode ser conceituado como

o ato jurídico escrito público ou particular, externamente, hábil para transferir o domínio ou outro direito real limitado, mas que se encontra carente de alguns dos requisitos essenciais para operar, eficazmente, a transferência. Em outros termos, é o que tem a natureza extrínseca de transladar o direito real, só não o fazendo por ocorrência de uma falha ou defeito.

Dessa forma, mesmo em não sendo regularmente o dono da coisa, o possuidor exerce a sua posse como se o fosse, com base no título que possui. O título existe, mas por alguma razão resta prejudicada sua validade e eficácia⁵. É o que ocorre nos casos, por exemplo, de contrato de compra e venda de imóvel por instrumento particular (ressalvadas as exceções legais), e nos casos de venda a *non domino*, neste caso faltando o requisito da legitimidade.

Quanto à boa-fé, esta vem a ser uma decorrência do justo título, ou seja, a crença do possuidor de que é dono, ou o desconhecimento do vício que o impede de sê-lo. Veja-se que a lei cria uma presunção *juris tantum* de boa-fé ao portador de justo título, sendo desnecessária sua comprovação fática (CCB/02, Art. 1.201).

Da mesma forma, a boa-fé deve dar-se durante todo o período da usucapião, ao contrário do direito romano, para o qual era irrelevante a má-fé superveniente⁶. Contudo, é irrelevante que o início da posse tenha sido de má-fé, desde que posteriormente se tenha convertido em boa-fé. Isso porque não é aplicável ao direito brasileiro a regra romana (retomada pelo direito canônico) *mala fides superveniens nocet*, a qual exige que a posse tenha boa fé desde o seu início (cf. MIRANDA, 1958, XI, p. 120).

Quanto a outros requisitos, é de se notar que algumas espécies de usucapião exigem requisitos específicos quanto à destinação do imóvel, tais como o estabelecimento de moradia dos possuidores, o investimento em obras produtivas, a destinação produtiva do imóvel, além exigir não serem os possuidores proprietários de outro imóvel.

3.3 A natureza jurídica da usucapião e da sentença que a

declara

Muitas são as teorias a respeito da natureza jurídica da posse, questionando-se se ela é apenas fato, ou fato e direito, discussão essa que o âmbito do presente estudo não permite adentrar. Contudo, há que se consignar que a posse, considerada em si mesma, é um fenômeno que se dá primordialmente no mundo dos fatos, vez que ela não se funda exclusivamente em um direito. No caso da posse exercida como decorrência da propriedade, o direito que se está a exercer é o de propriedade, através do exercício de fato da posse. Sobre o tema, com muita propriedade escreveu Clóvis Bevilácqua (1956, v. I, p. 39):

Não direi que [a posse] seja um direito real, porque, na sistemática do direito civil pátrio, não há outros direitos reais, além dos declarados no art. 674 do Código Civil [de 1916]; mas, segundo acima se disse, um direito especial - a manifestação de um direito real, seja a propriedade ou um de seus desmembramentos. A posse é estado de fato. Se a lei a protege, é visando à propriedade de que ela é manifestação.

No entanto, em se tratando de usucapião, a posse vem a ser um dos elementos da sua hipótese abstrata, transformando a posse, fato *stricto sensu*, num dos pilares do seu suporte fático. Assim, com a realização da hipótese prevista na lei, preenchidos os requisitos da usucapião, dá-se o nascimento de um fato jurídico. Sobre o fenômeno, assim escreve Melo (1982, p. 28):

O elemento nuclear do suporte fático tem sua influência diretamente sobre a existência do fato jurídico, quer dizer, a sua falta não permite que se considerem os fatos concretizados como suporte fático suficiente à incidência da norma jurídica.

Por essa razão, a usucapião, em concretizando seu suporte fático, é fato jurídico que independe de declaração judicial. Esta, quando for requerida, tem apenas como consequência a sua publicidade, permitindo-se formalizá-la mediante o seu registro, facilitando o exercício do novo direito de propriedade. Assim, no momento em que foram, no plano dos fatos, preenchidos os requisitos legais, ela se consuma *ipso iure*.

Sobre o tema, assim refere Câmara Leal (*apud* NEQUETE, 1981, p. 18):

A arguição da prescrição não a cria, nem lhe dá eficácia, apenas a invoca, como fato consumado e perfeito, a ele preexistente. Arguir a prescrição não é determinar a sua eficácia, mas exigir que esta seja reconhecida, por isso que a prescrição já existia e havia operado os seus efeitos extintivos.

Nesse sentido, consumada a usucapião, ela poderá ser alegada como defesa (Súmula 237 do STF), sendo considerado esbulho ou turbacão qualquer ato de outrem que ofenda a posse de quem completou o prazo para usucapir. Neste caso, contudo, não será a sentença hábil ao registro no Ofício Imobiliário (RT 548/189), salvo no caso de usucapião especial e urbano (Leis 6.969/81 e 10.257/01), conforme ensina Negrão (2006, p. 960).

Assim, no tocante aos efeitos da sentença que reconhecer a usucapião, é de se verificar que ela terá efeito preponderantemente declaratório, visto que o Direito apenas reconhece o que já se consumou no mundo dos fatos. Sílvio Rodrigues, contudo, afirma que tal sentença tem efeito constitutivo, e não declaratório, em razão de o possuidor ter mera expectativa de direito antes dela (2003, p. 113). Tal entendimento, contudo, não parece estar de acordo com a natureza da usucapião, vez que o efeito constitutivo advém da consumação dos requisitos da usucapião, e não da sentença que o declara. Com razão escreve NASCIMENTO (1984, p. 168) sobre o tema:

A sentença, na ação de usucapião, é meramente declaratória e serve como título para haver o registro imobiliário em nome do autor da ação. O efeito constitutivo se dá independentemente da sentença, bastando estarem reunidos os requisitos exigidos pela lei. A sentença tem, entre outros efeitos, o de, possibilitando a inscrição no Registro de Imóveis, permitir a disponibilidade do bem.

Pontes de Miranda, corroborando esse entendimento, traz como exemplo legislativo a Constituição de 1946, que, ao falar da usucapião, já referia expressamente seu efeito declaratório⁷. Além disso, acrescenta o tratadista um efeito mandamental da sentença (1958, t. XI, p. 148), ao ser determinado o seu registro junto à matrícula do imóvel, o que consta do CPC, art. 945, com a finalidade de dar publicidade à usucapião contra terceiros e permitir ao usucapiente a disposição da coisa.

4 A usucapião de imóvel hipotecado

4.1 Possibilidade de usucapião sobre bem hipotecado

Quanto aos bens passíveis de usucapião, é de se ressaltar que jamais poderão ser adquiridos por esse meio aqueles que forem fora do comércio, ou aqueles que forem públicos, já que contra estes não corre a prescrição⁸ (Art. 2º do Dec. 22.785/33, hoje havendo vedação expressa à usucapião na CF/88, Art. 183, § 3º e no CCB/02, Art. 102.). Nesse sentido, a Constituição de 1988 foi absoluta, vedando qualquer possibilidade de usucapião de bens públicos, antes permitida em alguns casos.

Registre-se que os bens de entes da administração indireta que tenha regime de direito privado não se enquadram, em princípio, nessa categoria (§ 1º, inc. II do art. 173 da CF/88). Contudo, há alguns julga-

dos declarando não ser possível a usucapião de bens de empresas públicas, justificando-o com base no objetivo social da empresa⁹, argumento que se torna mais relevante ainda quando o imóvel objeto de usucapião tiver sido adquirido com recursos provenientes do Sistema Financeiro da Habitação ou do FGTS, dos quais a empresa seja agente financeiro.

Quanto a imóveis que estiverem pendentes de hipoteca, ou gravados com outros ônus reais, é de ser salientado que não há qualquer óbice a sua aquisição por usucapião. Isso porque qualquer gravame que tenha sido instituído por ato negocial ou por qualquer outro ato jurídico não torna o bem insuscetível de prescrição aquisitiva, meio originário de aquisição, especialmente em relação ao terceiro usucapiente que não foi sequer parte do negócio. Serpa Lopes (2001, p. 694), quanto aos bens inalienáveis nesses casos, refere que:

Se, porém, a sua inalienabilidade de um ato negocial ou de outro ato jurídico qualquer sob a cobertura do Direito Privado, como no caso de pactos antenupciais, dote, doação, legado, cláusulas testamentárias, o usucapiente é res inter alios acta, e porque a sua aquisição é de caráter originário, nenhum empecilho pode encontrar nessa incomercialidade, porquanto entre o usucapiente e o proprietário contra quem ele adquire não existe a menor relação de sucessoriedade.

Além disso, é de se ressaltar que a usucapião, enquanto fato jurídico, não pode ser obstada por registro de eventual gravame, até porque é da sua essência contrariar o que está registrado na matrícula do imóvel, vez que isso é matéria de direito, e não de fato. Caso o registro da propriedade ou de eventual direito real de garantia sobre o imóvel fosse preponderante sobre a usucapião, esta jamais poderia existir, pois, a despeito dos fatos, prevaleceria como proprietário aquele que tivesse em seu favor a titularidade formal. Nesse sentido escreve, com propriedade, Pontes de Miranda (1958. t. XX, p. 311):

A posse não está no mundo jurídico; é acontecimento do mundo fático. O que produz a usucapião é a posse. O possuidor, como tal, não tem de estar a par do que se passa no registro, que é local de atos jurídicos; portanto, espaço do mundo jurídico. Por isso, adquire-se o domínio a despeito do registro e ainda que se conheça o registro.

Em realidade, como referido *supra*, a hipoteca é um direito real de garantia que tem como característica permitir a livre circulação do bem gravado, sendo irrelevante para efeitos de usucapião que sobre ele penda a garantia. O que se discute, no entanto, são os efeitos dessa declaração de usucapião em relação à hipoteca gravada, tema controvertido que se busca adiante elucidar.

Por fim, é de se ressaltar que, não obstante ser a usucapião meio de aquisição da propriedade e de direitos reais, tais como usufruto, uso, habitação, ela não é hábil à aquisição do próprio direito real de hipoteca, vez que nesse caso, como *supra* referido, o titular da garantia não exerce qualquer tipo de posse sobre a coisa gravada. Eventual credor do proprietário da coisa gravada poderá até usucapir a coisa, mas jamais usucapirá a hipoteca em si mesma, conforme bem expõe NASCIMENTO (1984, p. 65):

Entre os direitos reais de garantia, imprescritível é a hipoteca. Nesta, o bem hipotecado permanece na posse do devedor hipotecário, que é o proprietário, visto que não há transferência da posse. O credor, que pretendesse adquirir a garantia hipotecária por prescrição aquisitiva, teria contra si um destes dois elementos: ou não teria a posse do bem e, por isso, jamais usucapiria porque usucapião é posse prolongada no tempo; ou teria a posse mas jamais usucapiria a hipoteca, porque a posse do credor é elemento estranho e descaracterizador da hipoteca. A posse mantida poderia justificar a aquisição de qualquer outro direito real, menos o de hipoteca.

4.2 Posições divergentes em relação aos efeitos da usucapião sobre a hipoteca

A questão que surge é se, declarada a usucapião, continuarão pendentes sobre o imóvel eventuais hipotecas sobre ele gravadas. Veja-se que, durante o período anterior à declaração judicial da usucapião, vigorará a presunção de validade do gravame, já que constará ele do registro do imóvel, não havendo maiores controvérsias a respeito. O que se impõe verificar é a situação posterior à declaração, ou melhor, os efeitos dela, sendo irrelevante dar-se ela no âmbito da defesa do executado, na excução da coisa dada em garantia, ou no momento em que eventual possuidor requerer judicialmente o reconhecimento da prescrição aquisitiva.

Em outras palavras, o que se impõe verificar é se eventual sentença que reconheça a aquisição da propriedade por usucapião declarará extintas, necessariamente, eventuais hipotecas incidentes sobre o bem ou as manterá gravadas, não obstante o caráter originário da aquisição operada. A questão, como se verá, apresenta várias divergências na doutrina.

No direito romano, vigorava a idéia de que eventuais garantias reais mantinham-se sobre o bem usucapido, não obstante a aquisição da propriedade por pessoa diversa da do devedor. Isso porque a usucapião, não obstante forma originária de aquisição da propriedade, incidia sobre o bem no estado em que se encontrava, mantendo-se intactos os ônus sobre ele incidentes, a semelhança do que ocorria na *mancipatio* e

na *in jure cessio*, conforme refere PETIT (1924, p. 272):

Está en la misma situación que si hubiese adquirido la cosa por mancipatio o in jure cessio, porque la adquiere tal como estaba en el patrimonio del antiguo propietario, con todas las ventajas que le estaban unidas, pero también con todas las cargas de que está gravada; de este modo las hipotecas y las servidumbres establecidas sobre la cosa no se extinguen por efecto de la usucapión.

A única exceção encontrada no direito romano seria a remota hipótese de haver justo título e boa-fé de um terceiro possuidor da coisa em relação ao próprio credor hipotecário, no caso, por exemplo, de este efetuar uma venda *a non domino* do bem gravado. Neste caso, o possuidor poderia invocar como defesa a *praescriptio longi temporis* contra o credor, já que este foi quem lhe outorgou o justo título (PETIT, 1924, p. 305).

Do direito pátrio, Lafayette (1940, p. 185 e ss.) refere que, se o usucapiente possuiu a coisa como sua, sem qualquer impugnação de eventuais titulares de direitos reais sobre a coisa, a declaração de usucapião tem como consequência a extinção de tais gravames. No entanto, se os terceiros que tinham direitos reais sobre a coisa continuaram a exercê-los, ou se o possuidor sabia da existência desses direitos, adquire a coisa, mas subsistem os ônus reais preexistentes" (idem).

Azevedo Marques posiciona-se pela manutenção do gravame no caso de usucapião do bem, referindo que ele o acompanha em qualquer caso de aquisição, incluindo-se a usucapião (1925, p. 163):

Por conseguinte, inscrita e, portanto, tornada pública a hipoteca, ninguém, sob qualquer pretexto, pode ignorá-la; e quem adquirir o imóvel, seja por compra, herança, doação, ou outros títulos, inclusive a prescrição aquisitiva, adquire-o com ônus real da hipoteca, ou outro qualquer inscrito.

Pontes de Miranda entende que, se a usucapião é fenômeno que se dá exclusivamente no mundo dos fatos, e com ela se adquire o domínio, não há porque se manterem eventuais gravames pendentes sobre o bem, pois eles fazem parte do mundo jurídico, e para o adquirente são irrelevantes. Assim escreve o tratadista (1958, t. XX, p. 311):

A extinção da hipoteca pela aquisição por usucapião, livre de gravame o bem, é independente do prazo preclusivo para extinção das hipotecas, que se fixou no art. 817 do Código Civil. Pode o prazo estar precluso, ou não.

Aliás, passa-se o mesmo a respeito das servidões que se podem adquirir sobre o bem gravado.

O terceiro adquirente que nega a existência da hipoteca ou a sua validade ou eficácia põe-se na situação de quem vai adquirir por usucapião o bem, sem gravame, por ser sem reconhecimento desse gravame a sua propriedade.

Clóvis Bevilacqua tem opinião semelhante. No entanto, não coloca a usucapião em si como fundamento da extinção da hipoteca, mas a prescrição da ação hipotecária, que possuía, pelo código anterior, prazo idêntico ao da usucapião ordinária. Escreve o civilista que a hipoteca estaria extinta por prescrição, que poderia dar-se (1956, v. II, p. 304):

quando um terceiro adquire, como livre, um imóvel hipotecado e o possui por dez ou vinte anos, sem interrupção nem contestação, ignorando a existência do gravame. Para esse adquirente, prescreveu a ação hipotecária.

Ou, em outros termos, o terceiro adquiriu a non domino o bem hipotecado, achando-se de boa-fé, contando o tempo para adquirir o imóvel e tendo título justo. Com a sentença que reconhecer o usucapião, extingue-se a ação hipotecária, do credor, porque o adquirente se tornou proprietário livre desse bem.

Tal opinião tem fundamento, mas não resolve os casos em que os prazos prescricionais da usucapião sejam menores do que os previstos para a ação real, tal como ocorre no caso de usucapião especial, que é de apenas cinco anos.

Da mesma forma, outros autores também se posicionam pela extinção do ônus hipotecário com a declaração da usucapião, com argumentos semelhantes (VENOSA, 2006, p. 583, e PEREIRA, 1994, por exemplo).

4.3 A hipoteca e a retroatividade dos efeitos da declaração de usucapião

Analisando os efeitos da declaração de usucapião, verifica-se que a subsistência ou não da hipoteca não pode ser definida de maneira uniforme para todas as situações, de forma absoluta, como ensinam muitos doutrinadores.

Em realidade, o aspecto mais relevante para definir a questão deve obrigatoriamente passar pela análise do momento em que a usucapião efetivamente se opera. Em outras palavras, é necessário saber-se efetivamente quando é que a propriedade do usucapido se extingue e a partir de que momento adquire o usucapiente o domínio da coisa possuída.

Como já referido, a usucapião é um fato jurídico, fenômeno que se opera no mundo dos fatos, e que o direito apenas reconhece, possuindo a sentença natureza eminentemente declaratória. Assim, no momento em que é declarada a usucapião, o que se reconhece é que o possuidor

já era proprietário, antes mesmo de completar o prazo previsto na hipótese legal.

Ora, se para usucapir é necessária a posse *cum animo domini*, essa posse deve existir desde o primeiro dia em que se iniciou a contagem do prazo legal, o que permite afirmar que desde que a coisa foi possuída dessa forma, o usucapiente pode ser considerado proprietário. Por essa razão, diz-se que a sentença que declarar a usucapião o faz com efeitos *ex tunc*, ou seja, os efeitos dessa declaração retroagem ao termo inicial da posse *ad usucapionem*.

A respeito desse efeito da sentença, Pontes de Miranda, analisando a usucapião prevista na Constituição de 1946, é expresso ao afirmar que "a sentença a que se refere o art. 156, § 3º, é declaratória e seus efeitos, *ex tunc*" (1958, t. XI, p. 150). Igualmente, no direito português, a questão foi expressamente positivada no Código Civil de 1966, que dispõe em seu art. 1.288 que "invocada a usucapião, os seus efeitos retrotraem-se à data do início da posse".

No direito brasileiro, quem parece ter analisado a questão de maneira mais completa e adequada foi Lenine Nequete (1981, p. 51), ao trazer como indício da retroatividade da declaração de usucapião o disposto no art. 272 do CCB/1916 (reproduzido no art. 1.661 do CCB/02), que declara que "são incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento". Ora, se tais bens não se comunicam, isso se dá porque a lei os considera adquiridos desde a data inicial da causa, que na hipótese legal em questão seria anterior ao casamento.

Isso é, *mutatis mutandis*, exatamente o que ocorre no caso da usucapião, que tem como causa a posse qualificada com os requisitos legais. Tal situação se evidencia sobremaneira no caso da usucapião ordinária, vez que nela o possuidor terá justo título desde o início da posse, sendo que a usucapião terá o efeito de consolidar tal título e transmitir-lhe a propriedade. Assim, declarada a aquisição, ela surte efeitos retroativos, considerando-se o usucapiente proprietário desde o início da referida posse.

Como decorrência disso, tem-se que os frutos percebidos durante o período prescricional serão sempre de propriedade do usucapiente, ainda que sua posse seja de má-fé, visto que, em sendo declarado proprietário *ex tunc*, fica elidida essa característica da posse, não se aplicando o disposto no art. 1.216 do CCB/02. Além disso, convalidam-se eventuais direitos reais constituídos pelo usucapiente durante o lapso prescricional, visto que é reconhecida sua legitimidade para fazê-lo nesse período (Art. 1.420, § 1º).

Esse entendimento, no entanto, é criticado por Nelson Luiz Pinto (1991, p. 135 e ss.), para quem os efeitos da sentença que declara a usucapião retroagem à data de consumação dos requisitos, e não à data do início da posse. Alega ele que a sentença declaratória só poderia retroagir à data da constituição do direito ou da ocorrência do fato que se declara. Ora, o fato declarado pela sentença é, essencialmente, a pos-

se qualificada por determinado período, e não apenas a consumação da usucapião, que, como já analisado, dá-se *ex lege*. Dessa forma, não há razão para não declarar o usucapiente proprietário desde o início da posse, mesmo porque a sentença declara necessariamente que ele agiu *cum animo domini* desde esse momento. Do contrário, o antigo proprietário seria considerado como tal durante período em que o imóvel foi possuído pelo futuro usucapiente, podendo ser inclusive responsabilizado por danos decorrentes da coisa nesse período, o que não se afigura lógico.

Quanto a eventuais direitos reais gravados no imóvel, incluída aí a hipoteca, o princípio da retroatividade impõe verificar se tais ônus foram constituídos antes ou depois do início do período do lapso temporal da usucapião.

Caso tenha sido instituída a hipoteca depois de iniciado tal lapso, tem-se que a usucapião do imóvel terá como efeito intrínseco a sua extinção, vez que, se declarado o usucapiente proprietário *ex tunc*, no momento em que foi inscrita a garantia, o seu prestador não mais pode ser considerado como proprietário da coisa, tornando-a insubsistente, por força do art. 1.420 do CCB/02:

Art. 1.420. Só aquele que pode alienar poderá empenhar, hipotecar ou dar em anticrese; só os bens que se podem alienar poderão ser dados em penhor, anticrese ou hipoteca.

Entretanto, se o gravame foi constituído antes de iniciada a posse *ad usucapionem*, não há como considerá-lo extinto pela simples consumação da usucapião. A hipoteca estará subordinada, exclusivamente, a sua perempção e às demais hipóteses de extinção.

Isso porque a hipoteca, como já referido, é direito real de garantia que se liga à coisa, e a acompanha, permitindo ao credor valer-se do direito de seqüela para excuti-la das mãos de quem quer que se encontre. Isso ocorre tanto no caso de transmissão da coisa gravada quanto no caso de sua aquisição por usucapião. Ressalte-se que a manutenção do gravame não tem como fundamento, nesse caso, a transmissão do bem, dado que isso não ocorre na usucapião, que é forma originária de aquisição. Tal situação é decorrente da característica real da hipoteca, que fica vinculada à coisa usucapida, tanto que a ação hipotecária é de cunho eminentemente real, e não pessoal, podendo ser direcionada inclusive a pessoa que não seja devedora da obrigação principal.

Em realidade, ninguém pode usucapir mais do que o próprio bem, sendo que os gravames nele validamente constituídos dele fazem parte, não havendo razão para desconsiderar tais direitos reais em face do reconhecimento do domínio a terceiro, até porque se ligam à coisa, e não ao titular que os tenha constituído. É situação semelhante ao que ocorre com as obrigações *propter rem*, as quais jamais serão extintas pelo reconhecimento da prescrição aquisitiva, vez que estão vinculadas

ao bem em si, independentemente do seu *dominus*.

Nesse aspecto, quanto à extinção da hipoteca constituída durante o lapso temporal da usucapião, é de se dizer que não há qualquer lesão ao direito do credor. Isso porque, no momento em que aceitou o bem gravado como garantia, deveria ter-se certificado de que não pendia sobre ele alguma causa anterior que lhe pudesse alterar a titularidade do domínio, vindo, assim, a elidir a legitimidade do sujeito passivo hipotecário. Além disso, poder-se-ia, até mesmo, exigir do devedor que comprovasse sua legitimidade, bem como a inexistência de situação prévia contrária a ela, inclusive com a interrupção de eventual prazo prescricional em curso.

A respeito disso, referindo-se a dispositivos do CCB/1916, Lenine Nequete (1981, p.. 57) ensina que:

consumada a usucapião, o possuidor, como já se viu, reputa-se proprietário desde o começo da sua posse, e, conseqüentemente, não podem prevalecer contra ele os ônus constituídos, posteriormente, por quem nesse interregno perdeu a titularidade do domínio. A ofensa que assim se faz ao direito do credor, por outro lado, não repugna, pois estava em seu poder diligenciar para interromper a prescrição.

(...)

Em suma, estabelecida ao depois de iniciada a prescrição do imóvel, perece a hipoteca, consumada a usucapião; e, constituída antes, pode ela extinguir-se (prescrição extintiva) nos termos do art. 849, IV, do CC, em relação ao adquirente, nos mesmos prazos e nas mesmas condições estipuladas para a prescrição extintiva dos direitos reais (CC, art. 177), aplicados adequadamente os arts. 550 e 551, do referido diploma.

No mesmo sentido, escreve RIBEIRO (2003, p. 1.407):

Aquela hipoteca existente antes do início do exercício da posse pelo usucapiente perdurará e poderá extinguir-se, em relação ao terceiro adquirente, nos mesmos prazos e condições estipulados para a prescrição extintiva de direitos reais, observadas as disposições dos arts. 550 e 551 do Código Civil de 1916 (arts. 1.238 e 1.242 do novo Código Civil).

Iniciada, porém, a posse ad usucapionem sem qualquer gravame, mas vindo o proprietário verdadeiro a constituir ônus sobre o imóvel em época posterior, não reclamando até que se complete o lapso prescricional, a aquisição se dará livre.

Outro aspecto relevante para o entendimento ora esposado é que é da essência da hipoteca que o credor hipotecário não tenha a posse da

coisa. Assim, não tem ele legitimidade para valer-se de nenhum dos instrumentos possessórios disponíveis para impedir eventual consolidação da usucapião que se opera sobre o bem hipotecado. Mais do que isso, o credor hipotecário não tem sequer direito a se opor à posse de qualquer terceiro no imóvel, até porque a posse é decorrente do direito de fruição da coisa, que emana da propriedade do devedor, mantida pela hipoteca.

Algo que poderia fazer o credor hipotecário para interromper a prescrição aquisitiva seria, a título de terceiro interessado, interpor eventual protesto contra o ocupante do imóvel (CCB, Art. 202), a fim de evitar a consolidação da usucapião, como lhe assiste o art. 203 do CCB. Essa situação, considerando a sistemática da hipoteca, parece deveras esdrúxula, pois não é razoável que tenha o credor, a quem assistem todas as prerrogativas dos direitos reais de garantia, que velar pela regularidade da posse do bem dado em garantia, até porque lhe faltaria legitimidade.

Melhor alternativa seria, segundo PINTO (1991, p. 142), considerar eventual início de posse *ad usucapionem* como causa para vencimento antecipado da dívida, sendo considerada a posse em questão como "depreciação da coisa", com base no inciso I do Art. 1.425 do CCB. Igualmente, poder-se-ia considerar o início da posse *cum animo domini* como uma forma de vencimento antecipado por analogia ao disposto no Art. 1.475, § único do CCB/02, que prevê a possibilidade de convenicionar o vencimento antecipado da dívida hipotecária em caso de alienação do bem com ela gravado. Contudo, o fato é que tais hipóteses seriam de difícil instrumentalização prática, vez que não haveria, ainda, o reconhecimento judicial da usucapião.

Por essas razões, não há como se reputar a usucapião como causa hábil de extinção da hipoteca regularmente constituída antes do início do respectivo lapso temporal. Tal entendimento, além de lesar injustificadamente o direito do credor, pode permitir até mesmo a fraude por parte do devedor, que poderá efetuar a alienação irregular do imóvel, como forma de possibilitar que o terceiro comprador venha a ser declarado usucapiente do bem, elidindo a garantia.

5 Situações especiais

Adotando o princípio da retroatividade da declaração da usucapião, faz-se pertinente analisar algumas situações comumente verificadas na prática, envolvendo usucapião e contratos habitacionais, de modo a verificar as suas implicações.

5.1 O cessionário de contrato de mútuo com pacto adjeto de hipoteca

Em boa parte dos casos que tratam de usucapião de imóvel hipotecado, vêem-se possuidores que, ao requerer a sua declaração de domínio, o fazem na qualidade de cessionários de contratos de mútuo garantidos

por hipoteca sobre o imóvel a ser usucapido. No mais das vezes, trata-se de cessão feita por instrumento particular, sem a anuência do agente financeiro, através dos chamados contratos "de gaveta".

Sobre esse aspecto, é de se ressaltar que a Jurisprudência tem reconhecido a legitimidade desses cessionários no tocante à quitação do imóvel, não lhes sendo, contudo, permitido discutir cláusulas contratuais, vez que não foram partes da avença original¹⁰⁷. No mesmo sentido, algumas leis têm possibilitado em alguns casos a regularização dessas transferências, de modo a não deixar desamparado o cessionário de contrato habitacional, como, por exemplo, a Lei 10.150, de 21/12/2000.

No entanto, o fato mais relevante em relação à usucapião é destacar que a posse do cessionário terá, via de regra, as mesmas características da posse do cedente. O disposto nos arts. 1.206 e 1.207 do CCB/02 permite, por analogia, chegar-se a tal conclusão:

Art. 1.206. A posse transmite-se aos herdeiros ou legatários do possuidor com os mesmos caracteres.

Art. 1.207. O sucessor universal continua de direito a posse do seu antecessor; e ao sucessor singular é facultado unir sua posse à do antecessor, para os efeitos legais.

Assim, ainda que a cessão contratual propriamente dita não tenha validade, vale a cessão da posse, que se mantém, de fato, com a mesma natureza. Como ressaltado *supra*, a posse é fato, e, como tal, não se descaracteriza por eventual nulidade do título que a fundamenta. Refira-se, ainda, que a posse do cedente se dá como uma emanção da propriedade, visto que ele é o dono do imóvel, não obstante o gravame.

Assim, o adquirente adquire a posse *cum animo domini*, com a consciência de que está adquirindo a coisa como proprietário, ainda que o seu título não seja hábil a transferir-lhe o domínio, vez que lhe falta requisito essencial de validade e eficácia. No entanto, no momento em que é cessionário do contrato de mútuo garantido pela hipoteca, passa à condição de devedor da obrigação principal, igualmente ciente do gravame que pende sobre a coisa.

Dessa forma, não haverá qualquer óbice à declaração de usucapião, vez que a posse *cum animo domini* é decorrente da própria natureza da alienação operada. No entanto, ainda que se altere a titularidade do bem, permanecerá a hipoteca, visto que inscrita anteriormente à posse do adquirente, podendo o credor hipotecário executar a coisa das mãos do usucapiente/cessionário.

No caso de reconhecimento da usucapião, poderá inclusive haver o vencimento antecipado da obrigação garantida, desde que convencionada, por analogia ao disposto no Art. 1.475, § único do CCB/02, que prevê a possibilidade de convencionar o vencimento antecipado da dívida hipotecária em caso de alienação do bem com ela gravado, conforme já referido.

5. Cessionário de promessa de compra e venda

Diversa, contudo, será a situação do possuidor que tenha obtido a posse mediante cessão de contrato de promessa de compra e venda, visto que a posse lhe foi transmitida não com base no domínio, mas com base em expectativa de sê-lo, mediante o adimplemento total do preço do imóvel. O promitente comprador jamais foi dono da coisa, sendo titular, apenas, de direito real à aquisição da coisa na hipótese do art. 1.417 do CCB/02, desde que registrada a avença. É de se ressaltar que o novo CCB inovou nessa matéria, criando verdadeira nova espécie de direito real (Art. 1225, VII).

Dessa forma, ao ser cessionário da posse do promitente comprador, o possuidor tem plena consciência de que não é dono da coisa, podendo sê-lo, contudo, caso totalize o pagamento da obrigação pendente ou se implemente outra qualquer condição ou termo. Nesse caso, terá ele direito a exigir do promitente vendedor a outorga de escritura definitiva, ou requerer judicialmente a adjudicação da coisa (art. 1418).

Por essa razão, enquanto exercer a posse na qualidade de cessionário de contrato de promessa de compra e venda, falta ao possuidor o *animus domini*, não podendo pretender a usucapião do bem possuído. Desse modo, em havendo eventual inadimplemento de obrigação pactuada, poderá o promitente vendedor pleitear a resolução do contrato, bem como a reintegração na posse do imóvel, descabendo por completo a alegação de usucapião por meio de exceção.

Ressalte-se, contudo, que se o promitente comprador aliena o bem como se seu fosse, opera-se uma típica venda a *non domino*, não havendo razão para desconsiderar eventual *animus domini* do terceiro aquirente, vez que sua posse, ainda que por dolo do alienante, é adquirida com a crença de que emana da propriedade adquirida. Neste caso, poderá haver por parte desse possuidor a usucapião, preenchidas as hipóteses legais, mas não lhe assistirão quaisquer das prerrogativas que assistem ao promitente comprador.

5.3 Usucapião em relação à arrematação e à adjudicação

Como visto, a hipoteca é um gravame que pende sobre o imóvel, via de regra, até que desapareça a obrigação principal ou até que ocorra a sua preempção no prazo legal, sem renovação. Nesse aspecto, é de se repisar que não cabe ao devedor usucapir a própria hipoteca, vez que é direito real imprescritível para essa finalidade, não lhe cabendo, igualmente, pretender usucapir a própria coisa como forma de livrar-se do ônus, porque ela, no mais das vezes, já é sua.

No entanto, no momento em que a hipoteca é levada a cabo, tendo como última consequência a arrematação ou a adjudicação do bem, transmuda-se a situação. Antes, o titular do imóvel hipotecado exercia a

posse como uma decorrência do domínio; agora, não sendo mais o dono, detém-na na qualidade de esbulhador, nascendo para o novo proprietário a *rei vindictio*, o poder de imitir-se na posse da coisa arrematada ou adjudicada, mediante ação reivindicatória.

Dessa forma, um outro efeito correlato da arrematação ou adjudicação é a possibilidade de, transferida a titularidade da coisa, dar início ao prazo da prescrição aquisitiva em favor do antigo proprietário expropriado. Em realidade, o antigo proprietário expropriado, ou seu sucessor na posse, passam à qualidade de meros ocupantes do imóvel, faltando-lhes, em princípio, requisito para a usucapião.

No entanto, ainda que tenha ele sofrido a desapropriação forçada pela execução, poderá, em determinadas circunstâncias, manter o *animus domini*, operando-se a usucapião em desfavor do arrematante/adjudicante. É claro que não poderá alegar em seu favor justo título ou boa-fé, podendo-se valer exclusivamente das hipóteses legais de usucapião que não contiverem tais requisitos, incluídas aí as modalidades de usucapião especial e extraordinário.

No caso em questão, é de se frisar que não penderá sobre o bem nenhum resquício da hipoteca anteriormente gravada, visto que, com a arrematação ou adjudicação, operou-se a sua extinção. Caso o possuidor da coisa no momento da execução hipotecária não seja o original prestador da garantia, tal situação não se altera, uma vez que, caso ele venha a usucapir a coisa, não subsistirá o ônus, visto que extinto.

Por essa razão, é altamente relevante que o credor busque, quando do procedimento de execução hipotecária, a intimação de eventual possuidor do imóvel, mesmo que já se tenha consumado a usucapião. Isso porque, em sendo o imóvel arrematado ou adjudicado sem qualquer intimação, poderá esse possuidor requerer, no dia seguinte, o reconhecimento de domínio, caso preencha os requisitos, tornando-se proprietário do bem livre de qualquer ônus.

Se o Art. 698 do CPC impõe a necessidade de intimação do credor hipotecário no caso de praça do imóvel por terceiros, pelos mesmos fundamentos se mostra salutar a intimação do possuidor da coisa. Isso permitirá que este possa manejar eventuais embargos de terceiro no prazo do art. 1.048 do CPC, caso entenda que se tenha consumado a usucapião, sendo plenamente legitimado para tanto, conforme vem reconhecendo a Jurisprudência do STJ¹¹. Se o possuidor não tiver ainda consumado o prazo para a usucapião, a sua intimação em sede de execução cumprirá a finalidade de interromper tal prazo, dando-lhe ciência inequívoca da titularidade do bem e desqualificando a sua posse.

Na hipótese se serem manejados embargos de terceiro sob a alegação de usucapião, neles haverá a discussão a respeito da prevalência da usucapião ou da arrematação, observando-se a data de início da posse *ad usucapionem*, a data de inscrição do gravame e o princípio da retroatividade, conforme já referido. Caso não sejam eles manejados tempestivamente, não obstante a intimação, ter-se-á como perfeita a

arrematação, sem qualquer óbice ao seu registro e às medidas tendentes à imissão na posse do novo proprietário. Ressalve-se que poderá o possuidor discutir a questão em ação ordinária¹², mas essa, via de regra, não suspenderá o curso da execução hipotecária.

Quanto à questão da imissão de posse do arrematante/adjudicante, a Lei 5.741/71, que trata de execução hipotecária de dívidas vinculadas ao Sistema Financeiro da Habitação, prevê, no art. 4º, § 1º, a expedição de mandado de desocupação caso o imóvel hipotecado esteja ocupado por terceiros. Tal procedimento, diga-se, é amplamente reconhecido pela Jurisprudência do STJ, que não vislumbra afronta a garantias processuais dos terceiros¹³. No entanto, como referido, tal prerrogativa não afasta a conveniência da intimação prévia do possuidor do imóvel.

6 Conclusão

A partir do que foi exposto, podem ser consolidadas as seguintes conclusões:

(a) A hipoteca, uma vez registrada, é direito real de garantia que se reveste de todas as características inerentes a tal categoria, especialmente a oponibilidade *erga omnes* e o direito de seqüela, que permite executar a coisa gravada, inclusive nas mãos de terceiros adquirentes.

(b) Em razão da modificação dos prazos prescricionais no novo Código Civil, tornou-se inócuo elencar a prescrição como causa de extinção da hipoteca, vez que as ações que tutelam as pretensões reais jamais terão prazos prescricionais menores do que as pessoais.

(c) A usucapião é meio originário de aquisição da propriedade com efeito duplo: de um lado, a prescrição age como forma geradora de direitos em favor do usucapiente; de outro, como consequência, tem-se a extinção do direito do antigo proprietário em face de sua inércia.

(d) A usucapião, em concretizando seu suporte fático, é fato jurídico que se consuma *ipso iure*, independente de declaração judicial. Esta, quando for requerida, tem apenas o efeito de dar-lhe publicidade e permitir o registro da propriedade adquirida, facilitando sua disposição. Por isso, a sentença que a declara tem efeitos preponderantemente declaratórios e *ex tunc*, retroagindo para o momento inicial da posse *ad usucapionem*.

(e) A existência de hipoteca sobre determinado bem imóvel não tem o efeito de impedir eventual incidência de usucapião, desde que preenchidos os requisitos legais, visto que qualquer gravame que conste do registro do imóvel não altera, por si só, a qualidade da posse do usucapiente.

(f) Pelo princípio da retroatividade, se no momento de inscrição da hipoteca já estava em curso o lapso temporal para a usucapião, a sua consumação tornará extinta a garantia. Caso a hipoteca tenha sido inscrita anteriormente ao início da posse, manter-se-á o gravame, não obstante a declaração de usucapião.

(g) É possível ao cessionário de contrato de mútuo usucapir o bem

sobre o qual pende hipoteca, mantendo-se, contudo, o gravame, podendo inclusive haver o vencimento antecipado da obrigação garantida, desde que convencionada, por analogia ao disposto no Art. 1.475, § único do CCB/02.

(h) O promitente comprador ou eventual cessionário de promessa de compra e venda não possuem *animus domini* capaz de ensejar a declaração de usucapião, detendo, apenas, direito real à aquisição da coisa, desde que adimplida a obrigação constante da avença (condição) ou ocorrido eventual termo nela previsto.

(i) Impõe-se, na execução hipotecária, a intimação de eventual terceiro possuidor do imóvel, como forma de evitar posterior declaração de usucapião em seu favor que venha a se sobrepor à arrematação ou à adjudicação, visto que estas são causas de extinção da hipoteca.

Notas

- 1 É possível, no entanto, a sua estipulação por instrumento particular, nos casos de contratos vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação, na forma do art. 61, § 5º, da Lei nº 4.380/64, com as alterações da Lei nº 5.049/66.
- 2 "Em sendo o contrato de hipoteca um pacto acessório extingue-se quando prescreve a obrigação principal." (Apelação Cível nº 70003263993, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 23/06/2005, Publ. 01/07/2005)
- 3 Na redação original do CCB/02 constavam 20 anos, tendo sido alterado para 30 por força da Lei nº 10.931/2004. Dessa forma, buscando harmonizar os artigos em questão, por "renovada", deve-se entender "prorrogada" a hipoteca até o prazo de 30 anos. A efetiva "renovação" só será necessária após esse prazo.
- 4 Embora o Novo Código tenha vedado a instituição de novas enfiteuses, não há qualquer óbice à usucapião sobre as ainda existentes.
- 5 Para Pontes de Miranda o título nulo não pode ser considerado como justo título, mas apenas o anulável (1956, v. XI p. 140).
- 6 Cf. NASCIMENTO (1984, p. 102). No mesmo sentido: "A prescrição ordinária requer a posse titulada e a boa fé, não só ao se iniciar a prescrição, mas em todo o decurso do tempo". (STF, RF 119, 117, j. em 2/01/1948)
- 7 Art 156 - A lei facilitará a fixação do homem no campo, estabelecendo planos de colonização e de aproveitamento das terras pública. Para esse fim, serão preferi-

dos os nacionais e, dentre eles, os habitantes das zonas empobrecidas e os desempregados. (...) § 3º - Todo aquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, ocupar, por dez anos ininterruptos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, trecho de terra não superior a vinte e cinco hectares, tornando-o produtivo por seu trabalho e tendo nele sua morada, adquirir-lhe-á a propriedade, mediante sentença declaratória devidamente transcrita.

- 8 Consigne-se, contudo, o pensamento de Wagner Inacio Freitas Dias, que defende, com base na função social da propriedade, a possibilidade de usucapião de bens públicos que não estejam sendo destinados a uma finalidade pública (Da possibilidade (constitucional) de usucapiao sobre bens publicos. A revisao de um pensamento em face do Codigo Civil de 2002. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 101 , n. 377, p. 223/234, jan./fev. 2005).
- 9 TRF da 2ª Região, Apel 9802083704, Rel. SERGIO FELTRIN CORREA, DJU 22/12/2004, p. 103.
- 10 REsp 229417/RS, DJ DATA:07/08/2000, p. 112 Relator Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, j. em 09/05/2000, 4ª Turma.
- 11 REsp 73458/SP, DJ 20/05/1996 p. 16715, Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, j. em 25/03/1996, 4ª Turma.
- 12 REsp 150893/SC, DJ 25/03/2002 p. 269, Rel. Min. ARI PARGENDLER, j. em 11/12/2001, 3ª. Turma.
- 13 REsp 266.062, Rel. Min. Castro Meira, j. em 10/08/04, DJU 20/09/04, p. 220.

Referências

AMORIM FILHO, Agnelo. **Critério cientí-**

fico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. Revista de Direito Processual Civil, São Paulo, v. 2 , n. 3, p. 95-132, jan./jun. 1961.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas.** 5a. ed., tomos I e II. Rio de Janeiro, Forense, 1956.

DEBS, Newman de Faria. **Aquisição e perda da propriedade. Usucapião. Roupagem dada pelo novo Código Civil.** Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 92, n. 811, p. 24-34, maio 2003.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil.** 5ª. Ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2001, v. VI.

MARQUES, J. M. de Azevedo. **A Hypotheca,** Ed. Monteiro Lobato, São Paulo, 1925.

MELO, Marcos Bernardes de. **Contribuição à teoria do Fato Jurídico,** Ed. Edufal, 1982.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado.** Borsoi, Rio de Janeiro, tomos XI e XX , 1958.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Usucapião (comum e especial).** Rio de Janeiro: Aide. 1984.

NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. **Código de processo civil: e legislação processual em vigor.** 38a. ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

NEQUETE, Lenine. **Da prescrição aquisitiva.** Porto Alegre: Ajuris. 3a. ed, 1981.

_____. **Prescrição aquisitiva e prescrição extintiva: semelhanças e diferenças.** AJURIS, Porto Alegre, v. 32, n. 100, p. 9-16, dez/2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, Vol. IV, Forense, 1994.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das cousas**. 3a. Ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1940.

PETIT, Eugène. **Tratado Elemental de Derecho Romano**, Calleja, Madrid, Espanha, 1924.

PINTO, Nelson Luiz. **Ação de Usucapião**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2a. ed, 1991.

RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de usucapião**, São Paulo, Saraiva, 2003, tomos I e II.

RODRIGUES, Silvío. **Direito Civil**. São Paulo, Saraiva, 33a. ed., Vol. 5, 2003.

VENOSA, Silvío de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 6a.ed. São Paulo, Atlas, 2006.

Coação e pessoa jurídica. Algumas ponderações.

André Luís de Sousa Miranda Cardoso

Advogado da Caixa em Santa Catarina

RESUMO: Com o presente opúsculo se visa responder a indagação de se é possível, ou não, a pessoa jurídica ser coagida. Para tanto, face a falta de preceito explícito (diferente de expresso), buscou-se referida resposta nos princípios gerais do direito como no direito comparado, chegando-se a conclusão positiva a tal indagação, não obstante a resposta negativa de renomado jurista pátrio, do qual, obviamente, discorda-se.

Palavras-chave: Vontade. Coação. Pessoa Jurídica. Possibilidade.

1 Introdução

*O imperativo do direito é:
"sê uma pessoa e respeite os outros como pessoa".
(Hegel¹).*

Tema não abordado específica e diretamente, tanto em doutrina como nos julgados dos pretórios, é o tangente à possibilidade de a pessoa jurídica ser agente, ou vítima, de coação.

Dentre os inúmeros autores alienígenas e pátrios consultados, poucos, ou quase nenhum, se referiram diretamente ao tema, tendo-se que descortinar a resposta à indagação supra, através dos princípios gerais de direito, e da laqueação das regras espalhadas pelo ordenamento jurídico.

Neste sentido, precedida de uma breve abordagem sobre *vontade e liberdade*, fixou-se por primeiro, de forma resumida, o que se entende por coação, ao depois, de forma igualmente singela, precisou-se sua origem histórico-penal, contudo diferenciando-os. Em antepenúltimo, se disciplinou, dentro da exigüidade proposta, a distinção entre pessoa, personalidade, capacidade, representação e órgão, com forte imbricação sobre o elemento volitivo, para se poder fazer uma primeira aproximação da conclusão. Por fim, passou-se ao exame das *opinio* sobre o tema, sob uma ótica crítica, chegando-se finalmente à conclusão.

Procedido ao exórdio necessário, passa-se ao exame do problema proposto.

2 Da vontade e da liberdade

Vontade traz em si, visceralmente ligado, *sicut anima in corpore*, o conceito de liberdade, pois vontade é um *poder* que dimana do *arbitrium*, do querer, da *decisão*, expressões que poderiam ser substituídas pelas fórmulas: "estar no poder de" ou "depende de si", como observa o Prof^o. António Soares Pinheiro².

Régis Jolivet, após colocar ser a *vontade* o "princípio mais alto da atividade humana", sendo que por ela "o homem se torna verdadeiramente "pai de seus atos"", afirma estar na essência daquela a liberdade (ou em suas palavras: a *propriedade essencial* da vontade é a *liberdade*³).

Por sua vez, em decorrência da vontade ser um *querer livre* (opção, ou escolha, entre os bens que se oferecem à pessoa), necessariamente, também é fruto da razão, pois só pode optar quem tem a capacidade de inteligência: não ser manietado por seus instintos e agir conscientemente.

Assim, vontade é: (a) um *princípio de atividade inteligente* (conhece o fim, os meios de atingi-lo e as *conseqüências* resultantes); (b) um *princípio de atividade livre*, capaz de se determinar; e (c) um *princípio de atividade ordenada ao bem* (objeto da vontade)⁴.

Em síntese, poder-se-ia adotar a definição dada por Theobaldo Miranda Santos: vontade é "o poder que tem o espírito de se determinar, com consciência e reflexão, a uma ação de sua escolha"⁵.

Eis acima as características essenciais da vontade: *inteligência e liberdade*. Ausente, pois, uma dessas características (cumulativas) não há ato volitivo próprio (autêntico).

O ato voluntário compreende as seguintes fases, ou momentos: (a) *deliberação* - a hesitação diante das opções colocadas; (b) *decisão* - a escolha realizada, com a eliminação das demais opções: há a imputação do bem (finaliza-se a indeterminação), ao que se designa como concretude da vontade internamente; e (c) *execução* - a realização do que foi decidido, sendo a fase exterior da vontade.

Estas distinções são necessárias, pois em alguns tipos legais a simples exteriorização da decisão é suficiente para caracterização do delito, como são os tipos *formais*, e também para marcar bem aonde o vício da coação ocorre: constrangimento da *decisão* (b), determinando uma execução (c) não querida.

Na esfera jurídica (a *vontade* é qualificada pelo seu fim: prática ou execução de um ato jurídico, do qual se geram direitos e obrigações, sendo, assim, coincidente com o próprio *consentimento*⁶ (consenso consciente). Mas não basta o "consentimento", é necessário que este seja manifestado livremente, pois "a livre manifestação da vontade é que caracteriza a *voluntariedade* do ato"⁷, ou seja: o ato, para ser voluntário, deve reunir as notas da intenção, do discernimento e da liberdade⁸.

Cabe aqui, antes de se avançar, uma precisão. Liberdade, cujo conceito e valor se centram no indivíduo, ou em um ente coletivo, como um bem ou um fim⁹, é empregada em muitos sentidos, mas geralmente significa *poder fazer* ou *não fazer* determinada coisa. Assim, livre o somos "quando podemos fazer o que queremos, isto é, quando podemos agir sem coação e sem obstáculo"¹⁰. É a provecta definição romana de liberdade: *Libertas est naturalis facultas ejus quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur*¹¹.

A liberdade pode ser *negativa*, quando há ausência de impedimento ou constrangimento (no sentido político representa todas as ações que a lei permite ou não proíbe - contra o agente não há algo) ou *positiva*, quando o homem se autodetermina sem o condicionamento do querer dos outros, isto é, possui a capacidade de ter autonomia da vontade sem dependência externa (o agente possui algo)¹².

A liberdade vista sob sua faceta psicológica descortina, ou melhor, está radicada na liberdade do "querer", contida no "livre arbítrio", o qual não é uma faculdade distinta da "vontade", mas um atributo da vontade, como acima fixado, podendo-se defini-lo como:

*o poder que possui a vontade de se determinar a si mesma e, por si mesma, a agir ou a não agir, sem ser a isto coagida por nenhuma força, nem exterior nem interior*¹³.

Assim, o livre arbítrio é o agir de forma consciente e insubordinada às tendências instintivas. Como diz Lydio Machado Bandeira de Mello, livre arbítrio:

*é o poder de traçarmos por nós mesmos a nossa conduta; de subordinarmos nossa vivência à nossa filosofia; de querermos e fazer, nos limites de nossas forças, aquilo que a razão nos aconselha, quer sozinha, quer assistida por terceiros quer iluminada por DEUS*¹⁴.

Não obstante a extensão, pagaria à pena a leitura do magistério de Hans Welzel sobre os problemas do livre arbítrio, do qual só se transporta sua afirmação final haurida em Schiller ("Graça e Dignidade"):

No animal e planta a natureza não assinala o destino, senão que também o realiza. Ao homem, sem embargo, lhe indica unicamente o destino e lhe confia sua realização... Só o homem tem o privilégio, como pessoa, entre todos os seres viventes de atentar por meio de sua vontade contra o círculo da necessidade, que é destrutível para os simples seres naturais e de dar começo em si mesmo a uma série totalmente nova de

*fenômenos*¹⁵.

Apanágio, pois, do ato volitivo (consentimento) é a liberdade; sem esta faltará a autenticidade do ato, e conseqüentemente, a própria *voluntas*. Daí a expressão "vontade livre", referida por alguns autores, dever ser recebida como mera hipérbole (quando não crassa redundância), já que o adjetivo *libre* é inteiramente desnecessário, tendo em vista ser esta característica essencial do substantivo e elemento de sua definição, servindo, assim, unicamente, referido adjetivo, se assim se pode enquadrar, para exagerar a *qualidade* essencial do substantivo *vontade*, definindo-o como *vontade natural*¹⁶, e/ou para diferenciá-lo da coação, isto é, quando sob a vontade é exercida alguma forma de violência determinando-a¹⁷. Eis as acepções que se podem dar à expressão "vontade livre".

3 Da coação

O Código Civil Brasileiro - Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - (NCC) disciplinou a coação no seu Livro III, título I, capítulo IV, seção III, artigos 151 a 155, ao tratar "dos defeitos dos atos jurídicos", topologia esta muito elogiada, posto que tal vício pode inquinar qualquer ato jurídico¹⁸.

Define-se coação como o temor físico, ou moral, infundido na vítima para induzi-la à prática de um ato. Há um desconcerto (ou distorção) entre a vontade real e a vontade manifestada (ou declarada), devido à influência de um fato *exógeno*, tal como no erro e no dolo. Em suma, é a coação uma violência do querer; um cerceio do ato volitivo, na determinação de sua manifestação¹⁹.

O *temor* (fruto da *ameaça*) é pressuposto fundamental, o qual pode ser imposto, pelo beneficiado do ato coagido ou por terceiro, através do emprego da força física, como através de quaisquer outros meios que determinem a vontade do paciente, sendo necessário distinguir entre violência absoluta e violência relativa.

A *vis absoluta* caracteriza os movimentos realizados sob o influxo de uma força irresistível, isto é;

*movimentos corporais nos quais uma pessoa, em conseqüência de uma força exterior que sobre ela se exerce, atua como instrumento sem vontade nas mãos de outro; por exemplo, se leva à força a mão de outro sobre o fuzil que há de ser disparado*²⁰.

Já a *vis compulsiva*, a força é exercida sobre a vontade do coacto, força esta determinada a ceder a resistência do paciente²¹. Assim, a violência psíquica compulsiva não deve ser confundida com a violência material (*vis absoluta*), pois naquela não há falta de vontade, se-

não vício no processo de formação da volição, posto perturbado por uma *ameaça* que retira a espontaneidade do querer²². Apropriando-se das definições de *violência* e *ameaça* dadas por Francesco Antolisei²³, percebe-se, nitidamente, que na *vis absoluta* há o emprego de *violência*, e na *vis compulsiva* há a *ameaça*. Com efeito, segundo o referido autor, a violência é o emprego de energia física para vencer um obstáculo real ou suposto, sendo exercitável sobre a pessoa (violência pessoal) ou sobre a coisa (violência real). A ameaça consiste anunciar a uma pessoa um mal futuro, o que para haver depende da vontade do agente, recaindo não só sobre a vida e a incolumidade física, mas também sobre a liberdade, pudor, honra, etc. da pessoa, não se excluindo os bens patrimoniais. Enquanto a ameaça é uma turbacão psíquica, em regra futura, a violência é uma turbacão física atual. Importante distinção ainda procede quanto à violência *própria* (energia física utilizada pelo sujeito sobre o paciente para anular ou limitar a capacidade de autodeterminação) e violência *imprópria* (outro meio que produza o mesmo resultado acima, sem ser ameaça, como por exemplo, a hipnose, narcotização, etc.), as quais, indistintamente, são consideradas como violência, isto é, supressora de toda volição (não há vício do consentimento), o que contradiz Mezger, com força na jurisprudência de seu país, no tangente a violência imprópria, já que afirma ser indiferente os meios empregados na aplicação da "força"²⁴. Por último, não se deve descuidar que o simples fato de haver força física na ação do agente coactor, impedido não está o vício do consentimento, pois se a violência física for vencível (se tem dela somente o temor de sentir mais tempo ou de novo as vias de fato), estar-se-á diante da *vis compulsiva*, podendo haver, portanto, coação por violência física simples²⁵.

Como se percebe, ao direito civil, no pertinente à coação, importa somente a *vis compulsiva* pela qual a vontade não é totalmente expungida²⁶, restando uma opção no paciente de realizar o ato ao qual é forçado, ou sofrer o dano com que é ameaçado. Contudo, não é qualquer ameaça que se caracteriza como determinante da vontade; há de ser grave, cujo critério para aferição da mesma é o subjetivo (ou concreto), posto que se terá em conta o sexo, a idade, a condição, a saúde, o temperamento do paciente e todas as demais circunstâncias que lhe possam influir na inteligência da gravidade (artigo 152 do NCC), podendo a ameaça partir até de terceiros, contudo devendo ser dirigida contra a vítima, seus bens ou família (afeiçoados da vítima), devendo ela, ainda, ser a causa (nexo eficiente de causalidade) do negócio jurídico, sob pena de sua anulação não se poder cogitar.

No que se refere à proporcionalidade entre o mal ameaçado e o ato extorquido, já é assente hoje em dia seu repúdio, tanto que foi eliminado no novo Código Civil²⁷.

Com efeito, a perda patrimonial não é fundamento da coação, ou

pressuposto para o seu aperfeiçoamento; o que se lhe exige é unicamente a afecção do impulso da vontade²⁸ em decorrência de temor. Tutela-se o cerceio da vontade, a liberdade, em igual ao constrangimento ilegal, da qual advém historicamente, como mais abaixo se fixará. Poder-se-ia objetar, contudo, que o artigo 154 do NCC ao tutelar o dano, estaria exigindo uma repercussão patrimonial para a ocorrência da coação à semelhança da extorsão. Todavia, percebe-se nitidamente que a lei civil tem nas perdas e danos um *plus*, decorrente do princípio da *restitutio in integrum* inerente à ação anulatória que visa por as coisas em seu estado anterior (*ad pristinum*) - art. 182 do NCC²⁹. Neste passo, improcederia o argumento supra, o qual viria, inclusive, a reforçar a tese: na coação tutela-se única e exclusivamente a vontade. Aliás, toda restrição da liberdade na manifestação da vontade acarreta sua anulação. O fundamento da anulação do ato jurídico produzido sob esta eiva (art. 171, II, NCC), conforme pondera Barros Monteiro³⁰, repousava "na necessidade de reprimir a imoralidade que decorre da violência" (Savigny), sendo que hodiernamente é aceito, como fundamento da anulação, a garantia da incolumidade do consentimento. O consentimento é o cerne da realização legal do ato jurídico, sendo o cerceio da liberdade, como visto, contrariedade ontológica ao próprio consentimento, assistindo razão, assim, a doutrina moderna que enfoca a incolumidade do consentimento, e não a imoralidade da violência, como fundamento determinante da anulação do ato realizado sob esse corrupto signo.

Importante se referir que a coação somente surgiu no campo civil, compreendido como vício do consentimento, após os estudos elaborados por Domat³¹. Antes só existia na esfera do ilícito penal, identificável, hoje em dia, com a figura do tipo penal do constrangimento ilegal, que é subsidiário ao tipo, por exemplo, da extorsão.

Quadra agora, alguns esclarecimentos quanto aos tipos penais supra.

4 Constrangimento ilegal e extorsão

O Código Penal Brasileiro (CPB), diz ser crime constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite ou fazer o que ela não manda (art. 146), como também constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa (art. 158). A primeira hipótese trata do constrangimento ilegal e a segunda de extorsão.

Diferem substancialmente, posto se tutelar no constrangimento ilegal a *liberdade individual* (a livre autodeterminação da vontade e da ação), ao passo que na extorsão a objetividade jurídica *final* vem a ser a *inviolabilidade do patrimônio*³², isto é, o elemento subjetivo do crime

de extorsão (dolo específico) é a obtenção de vantagem patrimonial, não obstante, por via oblíqua, incriminar a ação prevista no constrangimento ilegal, posto mesmo o caráter eminentemente *subsidiário* deste, o que implica na asserção de que, quando o constrangimento ilegal passa a ser meio para a obtenção de uma vantagem patrimonial indevida, o crime transmuda-se em extorsão³³, e não havendo a vantagem patrimonial referida, o crime de extorsão é desqualificado para o de constrangimento ilegal³⁴.

Por outro, e aqui é dado importantíssimo ao presente artigo, divergem também os tipos penais supra quanto aos sujeitos passivos do crime.

De visão restritiva, a doutrina afirma que os sujeitos passivos do crime de constrangimento ilegal serão somente as pessoas que detenham "capacidade de vontade natural" (1 vontade jurídica), ou seja, as pessoas que possuam capacidade de autodeterminação, excluindo-se, destarte, os absolutamente incapazes³⁵, os quais, quando muito, poderão ser considerados como *objeto do crime* "quando o constrangimento se exercer contra seus representantes, forçando-os a permitir que se faça algo com relação aos incapazes"³⁶, sendo, nesta hipótese, o sujeito passivo do crime somente o responsável, como ensina Fragoso³⁷, já que a violência pode ser exercida contra pessoa diversa daquela a quem se procura constranger. Este é, aliás, também o entendimento de Cuello Calón que, examinado o art. 496 do Código Penal Espanhol, afirma que o crime de *coação* pode ser sofrido por

*todas as personas capaces de voluntad. As privadas por completo de capacidad de querer (as crianças, idiotas, dementes, pessoas em estado de inconsciência) não podem ser sujeitos deste delito*³⁸,

sendo que às notas n° 1, o autor supra destaca a recorrente opinião de Manzini quanto ser sujeito passivo somente o legítimo representante do incapaz de vontade.

Magalhães Noronha, como de resto todos acima citados, seguindo a esteira de Manzini, assevera que somente a pessoa física poderá ser sujeito passivo, já que

o delito em questão, estreitamente relacionado à liberdade da vontade do ofendido, não se configura, se este não a possuir. Pode constranger-se um menor de quinze anos, mas não há constrangimento ilegal contra o insano ou o menor de dois anos,

pois, como esclarece em seguida,

é mister haver [...] no sujeito passivo capacidade de vontade natural - como escreve Manzini (ainda que limitada ou diminuta - crescente-se), seja ou não capaz de

*vontade jurídica*³⁹.

No tangente ao crime de extorsão, a doutrina amplia:

*nada impede seja a pessoa jurídica vítima de extorsão, compreendendo-se que o meio executivo do delito é dirigido contra as pessoas físicas que a representam ou a dirigem. Em seu nome, podem estas fazer, não fazer, ou tolerar alguma coisa, sofrendo ela o prejuízo patrimonial*⁴⁰.

Na abordagem sobre a objetividade material do crime, o referido autor pondera que o que se pune no crime de extorsão é justamente a coação disciplinada no Código Civil⁴¹.

Parece que há no acima escandido, perfeita *contradictio in adiectio*, pois se ambos tipos penais são fulcrados, de forma imediata (o primeiro) e mediata (o segundo), na privação de liberdade do agir da pessoa (no primeiro, repita-se, é-lhe tutela fundamental e no segundo, é-lhe subsidiário, porém também imperioso), não poderia haver desigualdade de conclusões: ou em ambos se restringe a aplicação ao ser dotado de vontade natural, ou aos dois se amplia a proteção jurídica (vontade jurídica). Porém não é o caso aqui de se desenvolver o tema, fixando-se somente a indagação.

Não obstante a indagação supra, e por outra, haver uma estreita compenetração entre o direito penal e civil, chegando alguns autores asseverar que não há mais uma grande distinção entre o público e o privado⁴², não se deve perder de vista as especificidades de cada *ramo* do direito (*differentiae specifae*), pois se pecaria pela generalidade. Assim, é necessário se distinguir, dentre o direito penal e direito civil, as especificidades da tutela dada às pessoas e, conseqüentemente, as vontades respectivas, o que possibilitará o descortino da diferença existente entre a coação (instituto de direito civil) e sua fonte histórica ligada hoje ao direito penal.

5 Vontade jurídica. Distinções

Sob a lupa do Direito, não obstante existir (e ele tutela) a vontade natural (ou vontade psicológica, ou como se ousa designar, vontade *lato sensu*), cujo adjetivo já demonstra ser esta adstrita e inerente ao indivíduo (ser natural - livre arbítrio), também existe, e interessa sobretudo ao direito, a vontade normativa (ou formal ou, como se ousa crismar, vontade jurídica *stricto sensu*⁴³), a qual é ligada às pessoas, isto é, atribuída e reconhecida pelo direito à dada pessoa. Em argumentação mais clara:

o Direito compõe-se, não de realidades de facto, do mundo do ser, e sim de realidades normativas, da or-

dem do dever ser. A norma não exprime o que é segundo a Natureza e sim o que deve ser segundo o Espírito⁴⁴.

Disto resulta, que também, nalgumas hipóteses, a vontade aparece elaborada juridicamente, como se dá em relação à vontade das pessoas jurídicas. Trata-se, assim, de uma "vontade hipotética, segunda as imposições da Justiça e da segurança jurídica"⁴⁵, isto é, uma vontade que o ordenamento jurídico reconhece como de dada pessoa, independente de sua existência físico-psíquica.

Com efeito. Vontade natural acima já encontra sua definição e balizamento, sendo especificamente interessante ao Direito Penal, pois este põe em relevo o indivíduo (pessoa natural), *id est*, o direito penal *homnum causa constitutum est*. Com base nisto que, por exemplo, Bettioli (sob a ótica volitiva) afirma não ser compreendido no direito penal a pessoa jurídica, já que

o direito penal não se baseia em abstrações ou ficções, pois está alicerçado na realidade ético-psicológica. E esta é exclusiva do homem⁴⁶.

E sendo assim, arremata referido autor, se deve, necessariamente, evitar estudar o problema de *capacidade penal* com "princípios emprestados do direito civil e com mentalidade formalista".

Como já observado pelo penalista peninsular supra, o Direito Civil abstrai-se desse estreito laço físico-psicológico, impregnando o querer de conteúdo formal e abstrato, o que lhe permitiu atribuir à pessoa jurídica a possibilidade de agir, de realizar atos jurídicos, ou seja, de lhe reconhecer como sujeito de vontade, ao que se ousa designar como vontade jurídica *stricto sensu* (ou vontade normativa), isto é, a resolução intencionalmente tomada (consentimento) por uma pessoa (física ou jurídica) para a realização de um ato (comissivo ou omissivo), implicando na aquisição, resguardo, transferência, modificação ou extinção de direitos (artigo 81 do CC/1916). Aqui não importa, repita-se, (imediatamente) a constituição física-psicológica da pessoa (afeito à vontade natural), mas sim a sua personalidade e capacidade reconhecidas *pelo* e *no* ordenamento jurídico.

Nisto se bifurcam os caminhos do direito penal e do direito civil, devendo-se pôr em relevo ainda a advertência de Roxin:

unanimemente se reconhece que não podem ser aplicáveis as normas jurídico-civis sobre o significado dos vícios da vontade (§§ 119, 120, 123, BGB). Pois, jurídico-civilmente, as manifestações que adoeçam de vícios de vontade são, por de pronto, válidas e só posteriormente podem ser impugnadas a livre eleição do manifestante; pelo contrário, no Direito penal deve constar no momento da intervenção se o fato é punível, é di-

zer, se o consentimento é eficaz ou não⁴⁷.

Do bosquejo supra, em decorrência do assento ontológico dado por cada ramo do direito, resta evidente serem bem distintos (*differentiae specifice*) o direito penal e civil, não se podendo querer transpor o conteúdo de uma regra penal para o direito civil e vice-versa, notadamente no tangente aos vícios do consentimento. Daí ser imperioso o divórcio no tratamento entre constrangimento ilegal e coação, pois num reside estritamente a vontade natural e no outro, além desta, a vontade jurídica *stricto sensu*.

Para bem marcar a questão supra, se faz necessária a abordagem do seguinte tema.

6 Pessoa, personalidade e capacidade. Distinções

Pessoa, de *persona*, em estrita etimologia, significa *personare*, ressoar: máscara pela qual se amplificava o som da voz, fazendo-a chegar a todos os assistentes⁴⁸. Como esclarecem os Mazeaud, "na linguagem do direito, a pessoa é um sujeito de direitos e obrigações; é a que vive a vida jurídica"⁴⁹, sendo conceito essencialmente jurídico⁵⁰.

Aliter, toda pessoa assim o é porque a ordem jurídica o determina; ninguém é pessoa pelo simples fato natural, bastando para infirmar tal suposição a alegação da escravidão⁵¹. "A pessoa é a substância jurídica à qual pertencem as qualidades jurídicas", isto é, "a unidade personificada de um conjunto de normas jurídicas"⁵². Desta síntese de Kelsen, revela-se escorreito, como sempre, o escólio de Pontes de Miranda:

*O ser pessoa depende do sistema jurídico. Desde o momento em que regra jurídica, que a ele pertence, diz que A pode ter direitos, ainda que só o direito b, A é pessoa, porque a possibilidade de ter direito já é direito de personalidade*⁵³.

Disto decorre nítido que pessoa não se confunde com *homem*: o primeiro é conceito jurídico e o segundo factual, com ou sem entrada na cidadela jurídica; um nasce da ordem jurídica e o outro de fato natural.

Neste passo, a *pessoa* pode ter sua voz formada pelo concurso de um único homem, com quem se identifica, ou pela união de várias pessoas naturais, voltadas a agir no sentido de um fim comum, assim reconhecida pelo ordenamento jurídico, com cuja unidade, a "voz ressoada", se identificará também⁵⁴.

Disto se pode concluir que a "voz ressoada" (ou a vontade manifestada), de modo inconcusso é da pessoa que a proferiu, não importando, se por detrás da *persona* exista um único, ou vários homens. A vontade manifestada é sempre da *persona*. E por outra, na órbita civil, é a pessoa (e não ao homem em si) que o direito imputa valor, e somente a vanta-

de manifestada pela pessoa terá pertinência jurídica, devendo-se lembrar a hipótese existente até pouco tempo, do escravo, que sendo homem (em natureza), era tido como coisa semovente (em direito), razão pela qual, sua vontade não tinha pertinência jurídica.

Já "a personalidade é a aptidão para chegar a ser sujeito de direitos e obrigações"⁵⁵. Idêntico escólio se encontra em Planiol e Ripert⁵⁶ com o concurso de Savatier, como em Clóvis Bevilacqua⁵⁷, e tantos outros. O objetivo disto, como coloca García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, é o de "constituir um centro próprio de imputação de tais relações, o que implica, por sua vez, admitir essa aptidão em abstrato"⁵⁸. Daí os entes coletivos serem admitidos como pessoas. Aliás, uma vez

admitido o caráter eminentemente jurídico do conceito de pessoa e reconhecido que a qualidade de pessoa pode ser atribuída sempre que haja um centro de interesses diferenciados servido por uma vontade, nada impede que a par das pessoas singulares cujo substrato é um ser humano, existam pessoas colectivas tendo por substrato um ser social⁵⁹;

em outras palavras:

se há centros de interesses colectivos servidos por vontade própria - há matéria personificável, existe o substrato a que a lei poderá conferir a qualidade jurídica de pessoa⁶⁰.

Mas ser dotado de personalidade, atributo legal que independe que se tenha plena consciência de si, como que esteja dotado de inteligência e vontade⁶¹, não quer dizer que a pessoa possua aptidão para exercer por si os atos da vida civil, ou seja, nem sempre a pessoa que tem inerentemente a capacidade de contrair direitos e obrigações (capacidade de gozo, ou de direito), terá a capacidade de *obrar* ou exercitá-los por si próprio (capacidade de fato). Neste sentir, importante distinção há entre *capacidade de direito* (inerente à personalidade, que vem a ser a aptidão para adquirir direitos na vida civil) e *capacidade de fato* (que vem a ser a aptidão para utilizar ou exercer os direitos por si mesmo).

Nas pessoas naturais, esta questão é perceptível, tendo em vista a enumeração taxativa das incapacidades no Código Civil brasileiro (artigos 3º e 4º). Contudo, nas pessoas jurídicas, sofrem elas, estritamente as limitações impostas pelos seus atos constitutivos, ou pela ordem jurídica, sendo que se constituem "com aptidão para adquirir e exercer direitos e contrair obrigações"⁶², isto é, já surgem na cidadela jurídica com capacidade de direito e de fato, sendo dotadas e reconhecidas pelo ordenamento jurídico como pessoas de vontade⁶³.

Com isto se chega, em primeira aproximação, à asserção de que a pessoa dita jurídica possui vontade própria, assim como patrimônio

individuado etc., quadrando agora ser lembrada a regra insculpida no artigo 20 do CC/1916: "as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros". A existência distinta não quer dizer somente quanto aos patrimônios, mas em tudo aquilo que toca à individualidade de cada um: notada e especialmente a vontade⁶⁴.

7 Pessoa jurídica. Órgão de representação. Ser de vontade

Com efeito. As pessoas jurídicas, que por óbvio não são seres vivos e não têm vontade *natural* (atributo do ser dotado de uma individualidade fisiopsíquica), se manifestam nos atos da vida através de seu *órgão*⁶⁵ (art. 1.022, NCC), posto que, desde a teoria da ficção objetiva, fundidas na teoria da realidade jurídica, demonstrada estava a impossibilidade física (peculiar às ciências naturais) da atuação da pessoa jurídica⁶⁶. Contudo, o simples fato do órgão manifestar o ato pela pessoa jurídica, não quer dizer que não seja desta a vontade. O órgão é mero *instrumento*, ou meio de externalização da vontade, que iniludivelmente é da pessoa jurídica.

Melhor se caracteriza o acima afirmado quando analisada a concepção orgânica (daí a designação "órgão"), que ao parecer de Pontes de Miranda é a mais autorizada⁶⁷.

Clóvis Bevilacqua, sintetizando a doutrina de Kohler, afirma que a ordem jurídica exige que "os sujeitos de direito sejam, ao menos em sua generalidade, capazes de agir racionalmente" (daí a razão de não reconhecer personalidade a uma árvore, haja vista que ela não poderá acompanhar ou seguir os direitos subjetivos que se lhe reconhece). E traduzindo as expressões de Kohler, arremata Bevilacqua:

na primeira linha, aparece o homem, que é um ser dotado de razão, e, depois, os seres aos quais se pode fornecer a razão humana pela anexação de órgão. [...] Assim, naturalmente, se constituem dois gêneros de pessoas: as corpóreas ou físicas e as morais ou jurídicas. Uma e outras são igualmente reais; a distinção está em que umas são dotadas, naturalmente, de razão, ao passo que, às outras, a racionalidade é parcialmente adquirida, mediante um arranjo especial do homem; umas recebem o seu organismo da própria natureza, ao passo que as outras somente conseguem a forma orgânica, porque as penetra a natureza humana. [...] Assim, ao lado das pessoas corpóreas, estão as jurídicas. [...] É uma pessoa real, criada pela ordem jurídica. A noção de pessoa é mais extensa do que a de homem⁶⁸.

Como afirma Pontes de Miranda, a pessoa jurídica é tão real quanto a pessoa física, tendo capacidade de direito, não precisando de

representante (legal ou voluntário), tendo: capacidade de obrar (exatamente porque o órgão não representa, mas a apresenta⁶⁹), capacidade negocial, de atos jurídicos *stricto sensu*, de atos-fatos jurídicos e de ato ilícitos⁷⁰. Em suma, salvante no que concerne à prisão e outras medidas que se limitam às pessoas físicas, como expressamente colocado no Código Civil Suíço⁷¹ (no suporte fático há elemento que não pode satisfazer como: ser parente, suceder legitimamente, ou ter pretensão a alimentos), em tudo mais a pessoa jurídica é idêntica à pessoa física no plano jurídico⁷², ou seja, a ordem legal reconhece existir nelas capacidade jurídica, como igualmente reconhece existir nos homens, contudo não os equipara como bem esclarece, por exemplo, Eugène Curti-Forrer⁷³.

Na teoria orgânica, o órgão só pode existir se o todo existir, posto que a sociedade é uma coisa superior, uma entidade nova e dotada de vida própria, composta por órgãos, isto é:

por organismo designamos um ser composto de várias partes, que desempenham funções distintas, de modo a manter, com a sua ação combinada, a vida do todo. No organismo temos uma unidade íntima, uma entelequia, na expressão de Aristóteles, isto é: qualquer coisa que tem em si o seu próprio fim⁷⁴.

Destarte, distanciando-se da concepção de direito romano que impunha um vero representante às pessoas jurídicas, como aos incapazes, como afirma Enneccerus e Nipperdey, a teoria e a prática do direito comum se esforçaram em superá-la. Assim,

os atos que os órgãos estatutários (não os representantes correntes, dos quais se distinguem com especial claridade) executam no desempenho das funções que lhes competem, se consideram como atos da própria pessoa jurídica. Sua vontade vale como vontade da pessoa jurídica e, portanto, esta responde exatamente como a pessoa natural de sua própria vontade [...]. As pessoas jurídicas de direito civil são, pois, organizações (isto é, uniões e instituições para determinados fins) reconhecidas como sujeitos de direito e de vontade⁷⁵.

Assim colocado, a pessoa jurídica é uma entidade que atua no mundo (fenômeno), através de seu órgão⁷⁶, que não obstante ser um indivíduo, realiza a própria pessoa jurídica, isto é: é a própria entidade que age, pois a vontade é desta⁷⁷.

A pessoa jurídica possui uma vontade resultante, isto é, uma vontade derivada da vontade do órgão, porém vontade sua. Hipostasiam-se as vontades, ou seja, o que os indivíduos componentes assentem (sócios ou associados), é o que a pessoa jurídica consubstancia. Esse fenômeno

de hipostasia, tornar-se substância de outro, é inafastável⁷⁸.

Na pessoa jurídica, há uma vontade, produto de várias outras vontades, isto é, é uma vontade única, resultante de uma vontade coletiva. Porém a vontade é da corporação (muitas vezes, apenas um indivíduo enfeixa em si a "apresentação" da pessoa jurídica, fazendo-se, ainda mais sensível, a questão da consubstanciação das vontades, ou seja: o que um quer é o que o outro também quer, pois o "um" é o "outro").

Gomes, sobre a matéria, expõe com clareza: "o que há, portanto, é uma só vontade - a da pessoa jurídica manifestada pelo órgão próprio"⁷⁹. Este também o magistério de Enneccerus-Nipperdey⁸⁰.

Como bem colocado pelo saudoso Prof^o baiano (Gomes), o órgão só manifesta (declara) a vontade, sendo esta gerada pela própria pessoa jurídica, ou seja: a vontade forma-se na pessoa jurídica e externa-se por seu órgão.

Metaforicamente: um pé, por ser pé, não deixa de ser o corpo de alguém. Um pedaço do todo, não deixa de ser o todo; e quando essa parte atua, realiza o todo; não é o instrumento que realiza ou deixa de realizar, posto ser mero veículo, mas sim o todo que se manifesta ou realiza.

Desta forma, quando se inibe a parte, para que o todo haja de determinada forma ou não haja simplesmente, quem agiu inibido ou deixou de agir por temor, foi o todo. Quando uma parte do corpo é acometida de alguma infecção, todo o corpo é padecente; o doente não é o órgão, mas sim o paciente que sofre um mal em seu órgão.

Destarte, se se vicia as vontades dos indivíduos que compõem a pessoa jurídica, que são em última análise, os *instrumentos de ação* desta, de igual forma viciada está a vontade da pessoa jurídica, que só a pode manifestar por seu órgão.

Pelo fato de haver *compenetração* das vontades, é óbvio que esta será transmitida. O que existe para uma, existirá para o outro, enquanto fenômeno de consubstanciação. O que existe no órgão, existe no todo. O aspecto não é de superposição, é genético.

Assim, sob este enfoque, fica evidente que a pessoa jurídica pode ser sujeito (passivo ou ativo) de coação, pois se o órgão de *apresentação*, pelo qual a pessoa jurídica atua, agindo nesta condição de órgão, atua coativamente, a vontade que este expressa, a qual, repita-se, é da pessoa jurídica, está eivada de mesmo vício. Destacar o indissociável é matar o todo para se ficar com o particular, que sem o todo não sobrevive.

Alguns exemplos aclaram o raciocínio:

a) quando a pessoa jurídica é chamada a depor (como testemunha ou pessoalmente), o faz por seu órgão, o qual apresenta-a. Se o órgão é coagido em seu depoimento, fazendo algo que realmente não queria, quem o fez foi a pessoa jurídica que está presente, e não a pessoa física (órgão), mero instrumento de manifestação. É ele o som (a voz no

depoimento), e não a vontade.

b) quando um indivíduo armado de arma de fogo, determina ao diretor de uma empresa que este emita um cheque da empresa, e intimidado o faz, quem foi extorquido ou coagido é a empresa e não o órgão de apresentação. É ele a mão, e não a vontade.

Poder-se-ia, sem limites, estender os exemplos, mas uma palavra basta: o órgão, nas expressões dos doutrinadores, apresenta a pessoa jurídica, isto é, o órgão é a pessoa jurídica agindo⁸¹.

Assim, quando o órgão sofre coação, não é o indivíduo que compõe o órgão que a sofre, mas sim a pessoa jurídica, pois o órgão é a pessoa jurídica, decorrente da teoria orgânica e do princípio da consubstanciação das vontades.

Mais evidente se torna que a pessoa jurídica pode ser sujeito passivo de coação, quando a ameaça é dirigida diretamente a esta (v.g., se não fizer algo, uma bomba colocada no prédio em que esta tem seu parque industrial explodirá, arrasando a economia da empresa, levando-a à falência).

Todavia, tal posicionamento não é pacífico.

8 Enfoque da doutrina e da jurisprudência a respeito. Dissensões

No tangente à passividade na coação, Barros Monteiro coloca que, sendo esta a pessoa jurídica, "não se pode cogitar de coação, que tem como pressuposto a vontade livre, só existente na pessoa física"⁸².

O renomado civilista pátrio ao se utilizar da expressão "vontade livre", haja vista que não poderia estar afirmado ser desprovida a pessoa jurídica de capacidade de fato, o que seria inadmissível hodiernamente, em verdade, parece, quis asseverar que a pessoa jurídica não possui "vontade natural", a qual, no seu entender, seria necessária para configuração do vício do consentimento apontado, numa evidente simetria com o tipo penal do constrangimento ilegal. Contudo, tal opinião não se demonstra consentânea com a realidade do direito civil como dantes visto.

Em verdade, o referido autor não distinguiu a vontade nos diferentes enquadramentos (tutelas) que recebem pelo Direito Penal e Direito Civil. Apropriou-se de uma categoria penal e a transportou, integralmente, para o mundo civil, o que, como acima visto, parece inadequado. Nada mais seria necessário para se evidenciar o equívoco lógico de tão renomado mestre, porém mais se diga.

Fosse sua asserção procedente, a pessoa jurídica também não poderia ser vítima dos outros vícios do consentimento, como o erro e dolo, o que é por todos repudiado. Como visto, a simetria adotada (ao que parece) não calha, como já acima exposto, sendo ocioso repeti-la,

valendo só lembrado que o direito penal tutela o ato volitivo de forma completamente distinta do direito civil, que a tem sob a ótica estritamente jurídica (formal), ao passo que aquele o enfoca em seu aspecto natural.

Aliás, J. Dias Marques, examinando o tema das pessoas jurídicas, de forma incisiva coloca:

*os atos praticados pelos seus órgãos são-lhe diretamente imputados e, inclusive, são-no também os próprios estados subjetivos desses mesmos órgãos, tais como o erro, a boa ou má fé, a culpa, o dolo, etc*⁸³.

Este, por outro, é o magistério de Messineo, de quem o autor supra parece ter haurido suas asserções, o qual merece reprodução *in totum*:

*devem referir-se ao órgão, para estabelecer em que consistam, porém devem imputar-se à pessoa jurídica, também os vícios da vontade (erro espontâneo ou provocado, temor) e os estados subjetivos relevantes (boa ou má fé, em sentido objetivo e em sentido subjetivo e similares)*⁸⁴,

isto porque, nunca é demais repetir, como afirma o eminente Prof° da Universidade de Milão, ser o órgão

*sempre o depositário e veículo (ou portador) da vontade única, que é da pessoa jurídica, tanto que, com a abstração do órgão, a pessoa jurídica não podia nem ter nem - muito menos - expressar uma vontade*⁸⁵.

Acrescido de que "o órgão é trâmite pelo qual a pessoa jurídica age diretamente em nome próprio"⁸⁶.

Von Tuhr, com apoio em Schlossmann e Rümelin, não obstante sua posição quanto aos aspectos da representação, coloca com empa no artigo 166 do projecto Código Civil Alemão, que "também rege para a representação o princípio de que os vícios de vontade, o conhecer e o dever de conhecer do órgão, produzem seus efeitos em prol e contra da pessoa jurídica"⁸⁷.

Não é mister se socorrer somente da doutrina estrangeira para se certificar da possibilidade das pessoas jurídicas poderem sofrer coação; basta-se consultar as opiniões dos doutrinadores infra para descortino desta verdade inafastável, não obstante, é correto, não abordarem o tema diretamente (admitem, *tout court*, a possibilidade da pessoa jurídica ser coagida ou ser coatora). Têm-se, neste sentido, os valiosos assertos de Clóvis Bevilacqua⁸⁸, Bernardes da Silva⁸⁹, Viriato de Medeiros⁹⁰ e Philadelpho Azevedo⁹¹.

De igual, são as seguintes manifestações pretorianas: RTJ 55/526; RTJ 55/524; RSTJ 100/197; REsp. n.º. 51.544/SP, 5a. T., Rel. Min. Edson Vidigal, DJU 12/06/2000, pg. 123; RT 122/525; RT 530/80; RT 664/146; RT 634/107;

RT 555/176; RT 551/81; Jurisprudência Catarinense 36/282; Jurisprudência Catarinense 40/89; Jurisprudência Catarinense 40/249; *et coetera*.

9 Conclusão

Coação, sendo vício do consentimento, enfoca a liberdade de manifestação da vontade, cuja origem repressiva deu-se no direito penal, migrando, mais tarde para o direito civil. Contudo, em razão dos ramos antes referidos de direito enquadrem diferentemente a vontade (enfoques ontológicos distintos), os mesmos se divorciam quanto à tutela dada à mesma, ora sendo observada a vontade natural ora a vontade formal e abstrata; a primeira reconhecida a um ser humano e a outra atribuído de qualquer pessoa. A coação, no plano civil, portanto, interessa a vontade jurídica *stricto sensu*, o que faz extrapolar as lindes angustas da *imputabilidade* penal. Ao ser reconhecida pelo ordenamento jurídico a pessoa, *in casu*, jurídica, como ser de vontade, automática e concomitantemente, se lhe reconheceu como sujeito passivo e ativo de coação civil, posto que já adentra no universo jurídico como pessoa capaz de direito e de fato. Não importa que sua vontade seja expressada por um órgão, cujo agente é um indivíduo. Sua será sempre a vontade manifestada por esse, quando expressada nos delineamentos dos atos constitutivos e legais (*imputação* - notadamente os estados subjetivos). Dessarte, por força das premissas dantes estabelecidas, assevera-se: a pessoa jurídica pode ser coatora e coagida. Não há, para o direito civil, no tangente ao caso em análise, que se valorar a vontade natural, pois esta é substituída pelo ordenamento jurídico, que considera a vontade formal suficiente.

Notas

- 1 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. Lisboa: Guimarães Editores, 1990, tradução de Orlando Vitorino, §36, p. 56.
- 2 Soares PINHEIRO, António Soares. **Introdução** a obra de Sto. Agostinho, **Do livre arbítrio**. Braga: Faculdade de Filosofia, , 2a. ed., 1990, p. 14.
- 3 JOLIVET, Régis. **Curso de Filosofia**. Rio de Janeiro: Agir, 7a. ed., 1965, tradução de Eduardo Prado de Mendonça, n°. 147, p. 206. Sobre as perspectivas psicológica, moral, teológica e metafísica, veja-se, por exemplo, MORA, José Ferrater. **Dicionário de Filosofia**. Madrid: Alianza Editorial, 3a. Ed., 1981, vol. 4°, p. 2455 e ss.
- 4 Cfr. JOLIVET, em seu "curso de Filosofia".
- 5 SANTOS, Theobaldo Miranda. **Manual de Filosofia**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 15a. ed., 1967, p. 161.
- 6 SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1a. ed., 1963, vol. IV, p. 1665.

- 7 DE PLÁCIDO E SILVA, *idem* acima.
- 8 SPOTA, Alberto G. **Tratado de Derecho civil - parte general**. Buenos Aires: Depalma, 1957, n.º. 1807, p. 138, (referindo-se aos n.ºs. 1776 a 1778 de sua obra, máxime ao art. 896 do Código Civil Argentino).
- 9 BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, tradução de Carlos Nelson Coutinho, p. 13.
- 10 JOLIVET, *op. cit.*, n.º. 150, p. 212.
- 11 "A liberdade é a faculdade natural de fazer cada um o que deseja, se a violência ou o direito lhe não proíbe" - CÉSAR DA SILVEIRA, Dicionário de Direito Romano, *apud* DE PLÁCIDO E SILVA, *ob. cit.*, vol. III, p. 941.
- 12 Vide N. BOBBIO, *op. cit.*, 2.º. capítulo.
- 13 JOLIVET, *op. cit.*, p. 213.
- 14 BANDEIRA DE MELLO, Lydio Machado. **Da responsabilidade penal e da isenção de pena**. Belo Horizonte: Editora Bernardo Álvares S/A, 2a. ed., 1962, vol. 2, §1º, p. 15.
- 15 WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 11ª. Ed., 1976, § 20, p. 202/3.
- 16 Vide HEGEL acima (nota 26).
- 17 Seria o mesmo que dizer "vontade vontade" ou "liberdade livre". Igual equívoco comentem aqueles ao dizer: autodeterminação livre, etc.
- 18 Cfr. NONATO (NONATO, Orosimbo. **Da coação como defeito do ato jurídico**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957, n.º. 52, p. 103; CONSENTINI (CONSENTINI, Francesco. **Il digesto italiano**, vol. XXIV, Torino: Tipográfico-Editrice Torinese, 1927, p. 1.054, voz "violenza"); BRUTAU (BRUTAU, José Puig. **Fundamentos de Derecho Civil**. Madrid: Bosch, 1988, t. II, vol. I, p. 73), etc.
- 19 "O vício do consentimento consiste evidentemente no íntimo dissídio entre a vontade real e a vontade declarada sob a pressão alheia, porque a vontade, que não é livre, não é uma vontade real" (COSENTINI, *idem* acima - livre tradução). Contudo, referido autor afirma, que não se elimina com isto a consciência do ato, mas a espontaneidade que tal processo exige nos casos normais.
- 20 MEZGER, Edmundo. **Tratado de derecho penal**. Madrid Editorial Revista de Derecho Privado, 2a. ed., 1946, tomo I, p. 214. BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, tradução de Paulo José da Costa Júnior e Alberto Franco, com notas de Everardo da Cunha Luna, vol. II, p. 145/6.
- 21 *Idem* acima.
- 22 MESSINEO, Francesco. **Manual de derecho civil y comercial**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, tradução de Santiago Sentis Melendo, tomo II, § 42, p. 441. *Idem*, PONTES DE MIRANDA, Francisco Calvanti. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Bookseller, 1a. ed., 2000, atualizada por Vilson Rodrigues Alves, tomo IV, § 458, n.ºs. 1 e 2, p. 413/4.
- 23 ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di diritto penale - parte speciale**. Milano: Dot. A. Giuffrè, 5a. ed., 1966, vol. I, n.º. 23 e ss., p. 110 e ss.
- 24 *Op. cit.*, t. II, §48, p. 195.
- 25 "Poderemos, destarte, dividir a co-

- ação em *absoluta* (força física irresistível) e *relativa* (força física simples e força moral *strictu sensu*) para afirmar que só a última se tem como simples vício do consentimento, mero defeito do ato jurídico, ocorrendo no primeiro caso - aliás raríssimo - ausência completa de vontade" - NONATO, *op. cit.*, n.º 54, p. 113.
- 26** RÃO, Vicente. **Ato jurídico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4a. ed., 1997, n.º 101, p. 240, nota 1.
- 27** FIGUEIREDO CERQUEIRA, Nelson de. Apontamentos sobre a coação. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, ano 74 (abril de 1985), volume 594, p. 15.
- 28** PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, § 458, 3, p. 415.
- 29** Sobre o tema, vide PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, § 465, p. 433.
- 30** BARROS MONTEIRO, Washington de. **Curso de direito civil - parte geral**. São Paulo: Saraiva, 33a. ed., 1995, p. 206.
- 31** Veja-se CASTRO Y BRAVO, Frederico. **El negocio jurídico**. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1971, pg. 138.
- 32** CARRARA, afirma que a extorsão em seu sentido vulgar, seria o mesmo que "furto violento" (CARRARA, Francesco. **Programa del curso de derecho criminal em la Real Universidad de Pisa**. Buenos Aires: Depalma, 1946, tradução de Sebastian Soler e outros, vol. IV, § 2.128, p. 157).
- 33** JUTACRIM n.º 91/404 - *Apud* FRANCO, Alberto Silva *et alli*. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencia**". São Paulo: Revista dos Tribunais, 5a. ed., 1995, p. 2.064.
- 34** RT 637/305 - *Apud ibidem idem* acima.
- 35** JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 22a. ed., 1999, vol. 2, p. 242.
- 36** MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas, 14a. ed., 1998, vol. 2, n.º 9.1.5, p. 178.
- 37** FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal - parte especial**. Rio de Janeiro: Forense, 11a. ed., 1995, vol. I, n.º 211, p. 152.
- 38** CALÒN, Eugenio Cuello. **Derecho penal - parte especial**. Barcelona: Bosch, 13ª. ed., 1972, Revisado por César Camargo Hernández, vol. 2.º, t. II, p. 796.
- 39** NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 21a. ed., 1986, vol. 2, n.º 375, p. 150. Idêntico é o magistério de HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 5a. ed., 1980, conjuntamente elaborada com Heleno Cláudio Fragoso, vol. VI, n.º 150, p. 155.
- 40** NORONHA, *op. cit.*, n.º 469, p. 262.
- 41** *Op. cit.*, n.º 467, p. 260.
- 42** PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto civile nella legalità costituzionale**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2a. ed., 1991.
- 43** Evidentemente toda vontade que ganha a cidadela do direito, é qualificada como jurídica, mas adota-se a terminologia supra, para distinguir claramente a vontade natural da vontade que o direito reconhece às pessoas independentemente de aspectos naturais.
- 44** CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 10a. ed., 1991, vol. I, n.º 175, p. 425.
- 45** CAETANO, *idem* acima.
- 46** *Op. cit.*, vol. II, p. 40/43.

- 47 *Op. cit.*, § 13, VII, 1, 66, p. 544.
- 48 MAZEAUD, Henri, Leon e Jean. **Lecciones de derecho civil**. Buenos Aires: ediciones Jurídica Europ-América, 1959, tradução de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, vol II, n°. 438, p. 05.
- 48 Idem acima.
- 49 Idem acima.
- 50 CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 17a. ed., 2000, n°.26, p. 32.
- 51 RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Coimbra: Armênio Amado, 6a. ed., 1979, tradução de L. Cabral de Moncada, § 17, n°. 2, p. 262.
- 52 KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 1a. ed., 1990, tradução de Luís Carlos Borges, p. 97-98.
- 53 *Op. cit.*, t. I, § 75, n°. 2, p. 349.
- 54 Pode-se adotar a seguinte definição de pessoa jurídica: "*organizações* criadas para conseguirem um fim determinado e providas de um patrimônio, dedicado a esta finalidade, as quais, [...] estão constituídas para uma certa duração e faculdades, mediante a instituição de "órgãos", para intervir no tráfico jurídico como unidades independentes e especialmente para adquirir por si direitos e contrair obrigações" - LARENZ, Karl. **Tratado de derecho civil alemán - parte general**. Editorial Revista de derecho privado, 1978, tradução de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea, § 9, I, p. 165/6.
- 55 MAZEAUD, idem acima.
- 56 PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges; e SAVATIER. **Tratado pratico de derecho civil frances**. Habana: Cultural S/A, s.d., tradução de Mário Diaz Cruz, t. V, n°. 6, p. 03.
- 57 BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. Brasília: Ministério de Justiça, 4a. ed., 1972, §3°, p. 67.
- 58 *In* "Curso de Direito Administrativo", p. 359, Revista dos Tribunais, SP, 1a. ed., 1991, tradução de Arnaldo Setti.
- 59 CAETANO, idem acima, n°. 82, p. 177.
- 60 CAETANO, idem acima, n°. 82, p. 177/8.
- 61 PLANIOL-RIPERT, *op. cit.*, n°. 07, p. 04.
- 62 SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 19a. ed., 2000, n°. 53, p. 185.
- 63 Vide, por outro, o escólio de ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, tradução de Arnaldo Setti, p. 362.
- 64 "A personalidade jurídica do ente colectivo e a personalidade dos indivíduos, como tais, nunca se confundem; os direitos e os patrimônios respectivos ficam separados: a existência do próprio ente colectivo é independente da existência dos indivíduos que o compõem ou representam" (DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1979, tradução de António José Brandão, p. 446).
- 65 Órgão, como esclarece CRETELLA JÚNIOR, "deriva do grego *organon*, que significa *instrumento, ferramenta*. Por sua vez *organon*, como *érgon*, se prende à raiz *erg*, que abriga a idéia de *trabalho, ação*" (*op. cit.*, n°. 40, p. 60). No direito administrativo, este aspecto é relevante, sendo que MEIRELLES, define órgão (público) como centro de competência institu-

ido para o desempenho de funções estatais, através de seus agentes, cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem, distinguindo da representação, pois " não há entre a entidade e seus órgãos relação de representação ou de mandato, mas sim de *imputação*, porque a atividade dos órgãos identifica-se com a da pessoa jurídica. Daí por que os atos dos órgãos são havidos como da própria entidade que eles compõem" (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 19a. ed., 1994, p. 65). O eminente administra-tivista brasileiro refere-se ao seguinte magistério de CAETANO: "O órgão faz parte da pessoa coletiva (pessoa jurídica), pertence ao seu ser, exatamente como acontece com os órgãos da pessoa humana. É através dos seus órgãos que a pessoa coletiva conhece, pensa e quer. O órgão não tem existência distinta da pessoa; a pessoa não pode existir sem órgão. Os atos dos órgãos são atos da própria pessoa e tudo quanto diz respeito às relações entre os diversos órgãos da mesma pessoa coletiva tem caráter meramente interno" (*op. cit.*, nº. 92, p. 204). Semelhante entendimento é adotado por BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 12a. ed., 2000, p. 106.

66 Sobre o tema: GUSTAV RADBRUCH, *op. cit.*, p. 259-266; e GIORGIO DEL VECCHIO, *op. cit.*, p. 445/456.

67 *Op. cit.*, § 97, p. 413.

68 KOHLER - Lehrbuch des buerg. Rechts, I, § 131; Einfuehrung in die Rechtswissenschaft, § 8 - *apud* CLÓVIS BEVILAQUA, *op. cit.*, § 18, p. 128.

69 *Op. cit.*, t. I, § 75, 3, p. 352.

70 *Op. cit.*, t. I, § 75, 1, p. 347.

71 "art. 53 - As pessoas jurídicas são capazes de todos os direitos e obrigações que não exigem o pressuposto das qualidades naturais do homem como o sexo, a idade, ou o parentesco" (Livro I - do direito das pessoas).

72 PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, t. I, § 75, 4, p. 353/4. Ao se reconhecer as pessoas jurídicas como sujeitos de direito, quer-se dizer que "se devam aplicar a estas organizações todas as regras que valem para os sujeitos de direito, porém não quer dizer que haja de se representar a organização como se fora um homem (portanto, não está aqui fora de lugar o espantinho de que fala Brinz). Pelo contrário, não se aplica às pessoas jurídicas todas aquelas regras sobre os homens que só descansam na individualidade corporal destes (parentesco, matrimônio, pátrio-poder, etc)" - ENNECCERUS, Ludwig; NIPPERDEY, Hans Carl. **Tratado de derecho civil - parte general**. Barcelona: Bosch, 1947, tradução e notas de Blas Pérez González e José Alguer, vol. I, § 96, III, nota 1b, p. 437. LARENZ acrescenta a este rol a regras pertinentes aos trabalhadores (*op. cit.*, p. 169).

73 CURTI-FORRER, Eugène. **Commentaire du code civil suisse**. Neuchatel: Delachaux & Nistlé S/A Éditeurs, 1912, vertido do alemão para o francês por Max-E Porret, p. 47.

74 DEL VECCHIO, *op. cit.*, p. 463. Ao que se opõe radicalmente a teoria mecânica ou atomística, onde a sociedade econômica é mera soma de indivíduos que permanecem separados e distintos entre si sem comporem uma entidade nova.

75 *Op. cit.*, p. 438/9.

76 Como esclarece PONTES DE MIRANDA,

"à semelhança das pessoas físicas, as pessoas jurídicas têm o seu campo de atuação externa e o seu campo de atuação interna, conforme os seus atos são atinentes ou atingem terceiros, ou não lhes são atinentes, nem os atingem. Dentro ou para fora da pessoa jurídica, o órgão é sempre pessoa, ou grupo de pessoas, pelo qual atua a pessoa jurídica. Em vez de atuar em lugar dela, o órgão atua como órgão da pessoa jurídica, tornando-a presente, razão para conceitualmente e normativamente se dever evitar toda alusão à "representação". O órgão da pessoa jurídica apresenta-a; não a representa. A mão não representa a pessoa física; nem o cérebro, nem a boca: mão, cérebro e boca são órgãos. Os que repelem essa verdade são vítimas de erro multissecular de se ver algo, que não existe entre o ato do órgão e o ato da pessoa jurídica" (*op. cit.*, § 86, p. 371, t. I).

77 No Código Civil Suíço há rigorosa afirmação disto: "art. 55 - Os órgão são encarregados de dar expressão à vontade da pessoa jurídica", cuja conclusão interpretativa dada por CURTI-FORRER, até mesmo pela clareza, não poderia ser outra, quando se refere a conhecida sentença de que a vontade da pessoa jurídica se exprime por seus órgãos (*all., Die Organen sind berufen dem Willen Ausdruck zu geben*)" (*op. cit.*, *idem* acima).

78 É um vezo se fazer uma analogia entre a apresentação pelo órgão da pessoa jurídica, com o representante legal de um menor sujeito à tutela, já que naquela não há substituição de vontade, ou uma diversa vontade, pelo contrário, há uma vontade própria (RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. São Paulo: Bookseller, 1a. ed., 1999, tradução de Paolo Capitanio e anotado por Paulo Roberto Benasse, vol. 1, § 43,

p. 598).

79 *Op. cit.*, p. 393.

80 *Op. cit.*, §96, I, pg. 437.

81 "Quando o órgão da pessoa jurídica pratica o ato, que há de entrar no mundo jurídico como ato da pessoa jurídica, não há representação, mas apresentação. O ato do órgão não entra no mundo jurídico, como ato da pessoa, que é órgão, ou das pessoas que compõem o órgão. Entra no mundo jurídico como ato da pessoa jurídica, porque o ato do órgão é ato seu" - PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, t. 3, § 308, 1, p. 269.

82 *Op. cit.*, p. 206, sendo que destaca as notas 18, em abono de sua tese, acórdão proferido pelo tribunal bandeirante em 1937 (RT 122/525), no qual se constata que a tese de coação cometida contra a pessoa jurídica não vingou em razão de carência de prova, ficando a mesma não demonstrada, chegando mesmo a corte admiti-la implicitamente, caso fosse demonstrada a coação, não obstante requerer uma prova mais rigorosa, pois o "órgão, por todos os motivos, deve ser pessoa capaz de resistir a ameaças (código civil, artigo 99)" - do aresto, p. 527.

83 DIAS MARQUES, J. **Teoria geral do direito civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 1958, vol. I, n°. 68, p. 227.

84 *Op. cit.*, t. II, § 41, n°. 4, "c", p. 413.

85 *Op. cit.*, *idem* acima, p. 412.

86 *Idem* acima.

87 VON TUHR, Andreas. **Der allgemeine teil des deutschen Bürgerlichen rechts** (Teoria general del derecho civil alemán). Buenos Aires: Depalma, 1946, tradução para o espanhol por Tito Ravà, vol. I, 2, § 32, nota 34, p. 120.

88 RT 122/436.

89 RT 122/463-64.

90 RT 122/473.

91 AZEVEDO, Philadelpho. **Um triênio de judicatura**. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1995, vol I, voto n°. 71.

Referências

AGOSTINHO, Santo. **Do livre arbítrio**. Braga: Faculdade de Filosofia, 2a. ed., 1990, tradução de Antônio Soares Pinheiro.

AMARAL, Francisco do. **Direito civil - Introdução**. Rio de Janeiro: Forense, 1a. ed., 1991.

ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di diritto penale - parte speciale**. Milano: Dot. A. Giuffrè, 5a. ed., 1966.

de Janeiro: vol. 122, p. 436.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, tradução de Carlos Nelson Coutinho.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: UnB, 7a. ed., 1996, tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos.

BRUGGER, Walter. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Editora Pedagógica e Universitária, 3a. ed., 1997, tradução de Antonio Pinto de Carvalho.

BRUTAU, José Puig. **Fundamentos de Derecho Civil**. Madrid: Bosch, 1988.

CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 10a. ed., 1991.

CALÒN, Eugenio Cuello. **Derecho penal - parte especial**. Barcelona: Bosch, 13ª.

AZEVEDO, Philadelpho. **Um triênio de judicatura**. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1995.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 12a. ed., 2000.

BANDEIRA DE MELLO, Lydio Machado. **Da responsabilidade penal e da isenção de pena**. Belo Horizonte: Editora Bernardo Álvares S/A, 2a. ed., 1962.

BARROS MONTEIRO, Washington de. **Curso de direito civil - parte geral**. São Paulo: Saraiva, 33a. ed., 1995.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, tradução de Paulo José da Costa Júnior e Alberto Franco, com notas de Everardo da Cunha Luna.

BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. Brasília: Ministério de Justiça, 4a. ed., 1972.

_____. Parecer. **Revista dos Tribunais**, Rio

ed., 1972, Revisado por César Camargo Hernández.

CAMPOS BATALHA, Wilson de Souza. **Defeitos dos negócios jurídicos**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

CARRARA, Francesco. **Programa del curso de derecho criminal em la Real Universidad de Pisa**. Buenos Aires: Depalma, 1946, tradução de Sebastian Soler e outros.

CASTRO Y BRAVO, Frederico. **El negocio jurídico**. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1971.

CONSENTINI, Francesco. **Il digesto italiano**, vol. XXIV, Torino: Tipográfico-Editrice Torinese, 1927.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Fo-

rense, 17a. ed., 2000.

CURTI-FORRER, Eugène. **Commentaire du code civil suisse**. Neuchâtel: Delachaux & Niestlé S/A Éditeurs, 1912, vertido do alemão para o francês por Max-E Porret.

DA SILVA, Alfredo Bernardes. Parecer. **Revista dos Tribunais**, vol. 122, p. 463-4.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1979, tradução de António José Brandão.

DIAS MARQUES, J. **Teoria geral do direito civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 1958.

ENNECCERUS, Ludwig; NIPPERDEY, Hans Carl. **Tratado de derecho civil - parte general**. Barcelona: Bosch, 1947, tradução e notas de Blas Pérez Gonzáles e José Alguer.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, tradução de Arnaldo Setti.

FIGUEIREDO CERQUEIRA, Nelson de. **Apontamentos sobre a coação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 74 (abril de 1985), volume 594.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal - parte especial**. Rio de Janeiro: Forense, 11a. ed., 1995.

FRANCO, Alberto Silva et alli. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 5a. ed., 1995.

GALGANO, Francesco. **Diritto civile e commerciale**. Pádua: CEDAM, 3a. ed., 1999.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 8a. ed.,

1986.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. Lisboa: Guimarães Editores, 1990, tradução de Orlando Vitorino.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 5a. ed., 1980, conjuntamente elaborada com Heleno Cláudio Fragoso.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 22a. ed., 1999.

JOLIVET, Régis. **Curso de Filosofia**. Rio de Janeiro: Agir, 7a. ed., 1965, tradução de Eduardo Prado de Mendonça.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 1a. ed., 1990, tradução de Luís Carlos Borges.

LARENZ, Karl. **Tratado de derecho civil alemán - parte general**. Editorial Revista de derecho privado, 1978, tradução de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea.

MAZEAUD, Henri, Leon e Jean. **Lecciones de derecho civil**. Buenos Aires: ediciones Juridica Europ-América, 1959, tradução de Luis Alcalá-Zamora y Castillo.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 19a. ed., 1994.

MESSINEO, Francesco. **Manual de derecho civil y comercial**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, tradução de Santiago Sentis Melendo.

MEZGER, Edmundo. **Tratado de derecho penal**. Madrid Editorial Revista de Derecho Privado, 2a. ed., 1946.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas, 14a. ed.,

1998.

MORA, José Ferrater. **Diccionario de Filosofía**. Madrid: Alianza Editorial, 3a. Ed., 1981.

NONATO, Orosimbo. **Da coação como defeito do ato jurídico**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957.

NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 21a. ed., 1986.

PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto civile nella legalità costituzionale**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2a. ed., 1991.

PINHEIRO, António Soares. **Introdução a obra de Sto. Agostinho, Do livre arbítrio**. Braga: Faculdade de Filosofia, 2a. ed., 1990.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges; e SAVATIER. **Tratado práctico de derecho civil frances**. Habana: Cultural S/A, s.d., tradução de Mário Díaz Cruz.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Calvanti. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Bookseller, 1a. ed., 2000, atualizada por Vilson Rodrigues Alves.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Coimbra: Arménio Amado, 6a. ed., 1979, tradução de L. Cabral de Moncada.

RAMOS, Manuel. **Logos-Enciclopédia Luso-Brasileira de Filosofia**. Lisboa: Verbo, sem data e sem edição.

RÃO, Vicente. **Ato jurídico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4a. ed., 1997.

RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. São Paulo: Bookseller, 2000, tradução de Osório Oliveira.

RODRIGUES, Sílvio. **Dos vícios do consentimento**. São Paulo: Saraiva, 1979.

ROXIN, Claus. **Derecho penal - parte general**. Madrid: Civitas, 1997, tradu-

ção de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. São Paulo: Bookseller, 1a. ed., 1999, tradução de Paolo Capitanio e anotado por Paulo Roberto Benasse.

SANTOS, Theobaldo Miranda. **Manual de Filosofia**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 15a. ed., 1967.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 19a. ed., 2000.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1a. ed., 1963.

SPOTA, Alberto G. **Tratado de Derecho civil - parte general**. Buenos Aires: Depalma, 1957.

VIRIATO DE MEDEIROS, José Sabóia. Parecer. **Revista dos Tribunais**, vol. 122, p. 473.

VON TUHR, Andreas. **Der allgemeine teil des deutschen Bürgerlichen rechts** (Teoria general del derecho civil alemán). Buenos Aires: Depalma, 1946, tradução para o espanhol por Tito Ravà.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 11a. ed., 1976.

WESTERMANN, Harry. **Código civil alemão - parte geral**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, tradução de Luiz Dório Furquim.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Tratado de derecho penal - parte general**. Buenos Aires: Ediar, 1981.

A tributação das instituições financeiras pela COFINS e o julgamento do recurso extraordinário 346.084-6/PR pelo Supremo Tribunal Federal

Leonardo de Menezes Curty

*Ex-Advogado da Caixa em Minas Gerais
Especialista em Direito Tributário pelo Instituto de
Educação Continuada - IEC - pela PUC/MG*

RESUMO: O objetivo do presente é analisar a tributação das instituições financeiras por meio da Contribuição ao Financiamento da Seguridade Social - COFINS posteriormente ao julgamento do RE 346084-6 pelo Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º da Lei 9718/98.

A partir de um estudo sistemático, pretende-se asseverar que com o referido julgamento não há norma impositiva posterior à Emenda Constitucional n. 20/98 apta a exigir o recolhimento da mencionada exação das instituições financeiras tendo como hipótese de incidência e base impositiva o total das receitas auferidas, já que tal espécie de contribuinte permaneceu fora do âmbito de alcance da Lei 10.833/03.

Palavras-chave: COFINS. Instituições Financeiras. RE 346084-6. Receita Bruta. Faturamento.

1 Introdução

O presente estudo tem por escopo analisar a cobrança da contribuição social denominada COFINS - Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social de pessoas jurídicas que exploram a atividade financeira, assim definidas no § 1º do art. 22 da Lei 8.245/91 e especialmente aquelas consideradas instituições financeiras pelo art. 17 da Lei 4.595/64.

A estrutura do trabalho encontra-se erigida a partir de um breve histórico acerca da COFINS, surgida com a Constituição de 1.988, em substituição ao tributo denominado FINSOCIAL, onde são abordadas as sucessivas legislações que disciplinaram e disciplinam a cobrança da exação.

Firmadas tais premissas, será possível se avançar até as discussões acerca dos conceitos de "receita bruta" e "faturamento", que guiaram as decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) na declara-

ção de inconstitucionalidade, por via difusa, nos autos do Recurso Extraordinário (RE) nº 346.084-6, do art. 3º da Lei 9.718/98.

Especificamente neste diapasão, será dada importância determinante ao julgamento do mencionado RE, haja vista que a partir das ilações constantes do mesmo será possível se firmar as noções para as conclusões do presente.

Neste ponto, o enfoque que se buscará dar ao estudo é o de que, a partir do julgamento mencionado, que, apesar de se ter dado na via difusa, e, portanto, com efeito "inter partes", será possível se firmar a noção de que, caso o contribuinte obtenha uma declaração de inconstitucionalidade de tal talante, ou mesmo na hipótese de o Senado Federal optar pela suspensão do dispositivo declarado inconstitucional (art. 52, X da Constituição da República) não haverá norma impositiva apta a subsidiar a cobrança da COFINS de instituições financeiras.

Assim, a partir de uma análise de conceitos e competências tributárias o estudo tentará demonstrar a inviabilidade de se cobrar a exação daqueles contribuintes que se viram alijados de optar pela chamada "COFINS não-cumulativa" instituída pela Lei 10.833/2003, tendo sido remetidos aos ditames da Lei 9.718/98, especialmente aos dispositivos declarados inconstitucionais pelo STF. Restará latente a falta de norma impositiva.

Deste modo, partindo-se dos argumentos firmados, a última parte do trabalho tentará trazer, de forma clara e objetiva, síntese conclusiva acerca das questões levantadas, pretendendo contribuir para o estudo jurídico da COFINS, especialmente acerca de sua cobrança de instituições financeiras.

2 Breve histórico acerca da COFINS

A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS na forma como conhecemos hoje foi criada pela Constituição da República de 1.988, que, na redação original de seu art. 195, I previa que a seguridade social seria financiada pelas contribuições sociais "dos empregadores, incidentes sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro".

A cobrança da COFINS ensejou a extinção do tributo anteriormente denominado FINSOCIAL, conforme termos do art. 56 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Com base na redação original do art. 195, I da Constituição foi editada a Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, definindo como hipótese de incidência da COFINS "o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza" (art. 2º).

Acerca da referida norma foi interposta a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADCon) nº 01, momento em que o Supremo Tribunal Federal começou a fixar algumas premissas referentes à natureza jurídica e ao alcance da tributação pelas contribuições sociais.

O acórdão referente à mencionada Ação encontra-se assim ementado:

ADC 1 / DF - Distrito Federal

Ação Declaratória de Constitucionalidade

Relator(a): Min. Moreira Alves

Julgamento: 01/12/1993

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Publicação: DJ 16-06-1995 pp-18213 Ement Vol-01791-01 pp-00088

Ementa: Ação Declaratória de Constitucionalidade. Artigos 1., 2., 9. (Em parte), 10 e 13 (em parte) da Lei Complementar n. 70, de 30.12.91. COFINS. - A delimitação do objeto da Ação Declaratória de Constitucionalidade não se adstringe aos limites do objeto fixado pelo autor, mas estes estão sujeitos aos lindes da controvérsia judicial que o autor tem que demonstrar. - Improcedência das alegações de inconstitucionalidade da contribuição social instituída pela Lei Complementar n. 70/91 (COFINS). Ação que se conhece em parte, e nela se julga procedente, para declarar-se, com os efeitos previstos no parágrafo 2. Do artigo 102 da Constituição Federal, na redação da Emenda Constitucional n. 3, de 1993, a constitucionalidade dos artigos 1., 2. e 10, bem como das expressões "a contribuição social sobre o faturamento de que trata esta lei não extingue as atuais fontes de custeio da seguridade social" contidas no artigo 9., e das expressões "esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir do primeiro dia do mês seguinte nos noventa dias anteriores, àquela publicação,..." constantes do artigo 13, todos da Lei Complementar n. 70, de 30 de dezembro de 1991.

A partir daí o STF reconheceu que as contribuições sociais possuem natureza tributária, e, mais ainda, que não seria exigível a edição de Lei Complementar para a instituição das contribuições descritas no art. 195, I da Constituição. Neste mesmo julgado tiveram início as discussões referentes aos conceitos de "receita bruta" e "faturamento" no âmbito de nossa Corte Constitucional.

Em 29 de outubro de 1.998 foi editada a Medida Provisória nº 1.724, posteriormente convertida na Lei nº 9.718, de 17 de novembro de 1998, que, unificando o regime jurídico para as contribuições ao PIS e à COFINS descreveu que a hipótese de incidência das mesmas permanece sendo o faturamento, correspondente à receita bruta. Ocorre que a referida norma, em seu art. 3º, § 1º, conceituou como receita bruta a "totalidade

de das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas."

Incontinenti à edição da Lei 9718/98 foi promulgada a Emenda Constitucional nº 20, de 16 de dezembro de 1.998 que, alterando a regra-matriz de incidência da COFINS, deu nova redação ao art. 195 da Carta Constitucional, passando a prever que as contribuições sociais previstas em seu inciso I poderiam incidir sobre a "receita bruta ou faturamento". Ou seja, a expressão "receita bruta", antes inexistente na Constituição, foi ali inserida, o que gerou toda a celeuma que será objeto do presente estudo.

Entretanto, as mudanças no regime jurídico da COFINS não pararam por aí. Com a crescente pressão de setores da sociedade acerca do incremento da carga tributária, bem como da tributação cumulativa, foi editada, em 20 de outubro de 2003, a Medida Provisória nº 135, posteriormente convertida na Lei 10.833/03, que, ao pretexto de reduzir os ônus tributários advindos da cobrança da contribuição social em questão tornou-a não-cumulativa e aumentou-lhe a alíquota.

Insta destacar, entretanto, que o pagamento da COFINS de forma não-cumulativa somente foi possível a alguns segmentos empresariais, eis que ficaram excluídas de tal possibilidade todas aquelas atividades descritas no art. 10 da Lei 10.833/03, sendo expressamente remetidas às "normas da COFINS, vigentes anteriormente a esta Lei".

Assim, é nítido que o tributo que será objeto do presente trabalho passou por sucessivas alterações em seu regime jurídico, sendo este, possivelmente, o principal motivo para existirem tantos questionamentos acerca da cobrança do mesmo.

Inobstante tal tipo de celeuma servir de exemplo a nossos legisladores e governantes de uma verdadeira "balbúrdia tributária", perpetuam-se, dia-a-dia, as alterações pontuais e com escopo nitidamente arrecadatório em nossa legislação tributária.

3 Os conceitos de faturamento e receita bruta e a Lei 9.718/98

Como já citado em diversas passagens do presente, a Constituição de 1.988, em seu art. 195, I previa como hipóteses de incidência passíveis de gerar a cobrança de contribuições sociais somente a folha de salários, o faturamento e o lucro.

Inobstante tal previsão expressa, o art. 2º da Lei Complementar 70/91 trouxe ao regime jurídico da COFINS o termo "receita bruta", equiparando-o, de certo modo, ao de faturamento, nos seguintes termos:

Art. 2º A contribuição de que trata o artigo anterior será de dois por cento e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de

serviço de qualquer natureza.

A atitude promovida pelo legislador gerou inúmeras controvérsias no Judiciário, eis que os contribuintes alegavam que a hipótese de incidência do tributo prevista pelo Constituinte havia sido indevidamente alargada pelo legislador complementar, que teria criado nova contribuição destinada ao financiamento da Seguridade Social sem respeitar os primados do art. 195, § 4º. Mais ainda se alegava que o conceito de "faturamento" não poderia ser esvaziado pelo legislador de modo a ali fazer constar qualquer fato da vida empresarial que se prestasse aos anseios do Fisco, sob pena de violação ao disposto no art. 110 do Código Tributário Nacional (CTN).

Nesta situação, o STF foi instado a se manifestar acerca de tais questões a partir da interposição da primeira Ação Declaratória de Constitucionalidade, ADC nº 01/DF, cuja ementa encontra-se transcrita linhas atrás.

Nos autos da referida ação as discussões foram fartas acerca da noção de "faturamento" e "receita bruta". O cerne da questão seria saber se o Constituinte, ao utilizar-se do termo "faturamento", teve o escopo de alcançar como hipótese de incidência do tributo somente as operações que gerassem "fatura", ou seja, aquelas em que, prestado o serviço ou entregue a mercadoria, o vendedor expedia a relação com as respectivas mercadorias vendidas ou serviços prestados, conforme preconizado na técnica do Direito Comercial, ou se o Legislador Constitucional possibilitou à norma tributária dar maior alcance ao conceito de "faturamento", podendo nele ser incluídas todas as receitas de vendas ou prestações de serviço, independentemente de haver ou não a fatura.

O entendimento do STF foi pela constitucionalidade do dispositivo, não podendo a presença da "fatura" servir de diferencial almejado pela regra constitucional. As palavras do Min. Moreira Alves no voto proferido na referida ação resumem bem o entendimento daquele Sodalício:

Ora, o art. 1º. da Lei Complementar 70/91, institui contribuição social para o financiamento da Seguridade Social, nos termos do inciso I do art. 195 da Constituição Federal, devida pelas pessoas jurídicas inclusive as a ela equiparadas pela legislação do imposto de renda, destinada exclusivamente às despesas com atividades-fins das áreas de saúde, previdência e assistência social, contribuição essa que, pelo art. 2º. da mesma lei, incide sobre o faturamento mensal.

Trata-se, pois, de contribuição social prevista no inciso I do art. 195 da Constituição Federal que se refere ao financiamento da seguridade social mediante contribuições sociais dos empregadores, incidente sobre a folha

de salários, o faturamento e o lucro. Nota-se que a lei complementar n. 70/91, ao considerar faturamento como 'a receita bruta da venda de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza' nada mais fez do que lhe dar a conceituação de faturamento para efeitos fiscais, como bem assinalou o eminente Ministro ILMAR GALVÃO, no voto que proferiu no RE 150.764, ao acentuar que o conceito de receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços 'coincide com o de faturamento, que, para efeitos fiscais, foi sempre entendido como o produto de todas as vendas, e não apenas das vendas acompanhadas de fatura, formalidade exigida tão-somente nas vendas mercantis a prazo (art. 1º da Lei 187/36)'.

A leitura do texto transcrito dá a exata noção de que o Supremo Tribunal Federal entendeu válido o texto legal pelo fato de a "receita bruta" ali descrita referir-se à "receita bruta operacional", ou seja, a receita de vendas e prestação de serviços relacionados à atividade fim do contribuinte.

Ocorre que em 17 de novembro de 1.998 foi promulgada a Lei 9.718, cujo artigo 2º assim assevera:

Art. 2º. As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei.

Até aí, o regime jurídico a ser adotado pelos contribuintes seria o mesmo do regime proscrito pela LC 70/91. Entretanto, o art. 3º da Lei em questão trouxe à tona verdadeira batalha judicial entre Fisco e contribuintes, com a seguinte redação:

*Art. 3º. O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.
§ 1º. Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.*

Afere-se do dispositivo que houve completa alteração em relação ao regime anterior. Enquanto a LC 70/91 pretendia açambarcar como hipótese de incidência para a exação a receita total do contribuinte referente à sua atividade fim, a novel legislação incluiu na referida hipótese de incidência e, conseqüentemente, na base de cálculo, todas as receitas do contribuinte, independentemente da origem.

Para tornar mais acalorada a discussão, em 16 de dezembro de 1998 - portanto, ainda no prazo de cumprimento da "noventena" pela Lei

9.718/98 - foi promulgada a Emenda Constitucional nº 20, que incluiu no rol descrito no art. 195, I da Constituição a alínea "b", que prevê como hipótese de incidência das contribuições destinadas ao financiamento da Seguridade Social "a receita ou faturamento".

As alterações foram objeto de críticas contundentes por quase unanimidade da doutrina, valendo as palavras de ÁVILA e PORTO¹:

A confusão entre os dois conceitos - feita pela lei tributária para fins de cobrança de contribuições sociais incidentes exclusivamente sobre o faturamento -, dando ao faturamento a amplitude do termo receita, implica violação: (a) à competência tributária prevista na redação vigente, em 28.12.1998, do art. 195, I da CF/88 e do art. 72, V do ADCT/88, na redação que lhe foi dada pela ECR nº 01/94; (b) ao disposto no art. 110 do Código Tributário Nacional, que veda a alteração da definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, como é o caso de faturamento; e (c) ao disposto no § 4º do art. 195 da CF/88, que exige a edição de lei complementar para a instituição e cobrança de contribuição social sobre "fatos geradores" não previstos nos incisos de seu "caput".

Entretanto, apesar das teses doutrinárias, a impugnação às alterações promovidas pela Lei 9.718/98 não encontraram guarida unânime nos Tribunais Regionais Federais, havendo decisões em ambos os sentidos.

Aqueles que entendem pela constitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98 utilizam como sede argumentativa o fato de a Constituição Federal não ter conceituado o termo "faturamento", logo, a conceituação poderia ter ficado a cargo do legislador ordinário.

A questão, como sói acontecer com todas as "reformas tributárias" implantadas no Brasil, foi parar no Supremo Tribunal Federal, por meio do Recurso Extraordinário nº 346.084/PR, sendo que, após incisivas discussões nossa Corte Constitucional resolveu por bem dar provimento ao referido recurso, de modo a declarar a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1.998, vencidos, parcialmente, os Ministros Ilmar Galvão (Relator), Cezar Pelluso e Celso de Mello e, integralmente, os Ministros Gilmar Mendes, Maurício Corrêa, Joaquim Barbosa e o Presidente Nélson Jobim. Ausente a Ministra Ellen Gracie.

Nos autos do Recurso em questão discutiu-se, além da questão referente ao conceito de "faturamento", a possibilidade de a Emenda Constitucional nº 20/98 ter "constitucionalizado" o disposto no art. 3º, § 1º da Lei 9.718/98 pelo fato de ter sido promulgada antes que a alteração da legislação ordinária tivesse produzido efeitos.

As conclusões do Supremo no julgado em questão podem ser resumidas no voto do Ministro Marco Aurélio, Relator para o Acórdão, nos

seguintes termos:

Não fosse o § 1º [do art. 3º da Lei 9718/98] que se seguiu, ter-se-ia a observância da jurisprudência desta Corte, no que ficara explicitado, na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1/DF, a sinonímia dos vocábulos "faturamento" e "receita bruta". Todavia, o § 1º veio a definir esta última de forma toda própria:

'§ 1º Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.'

O passo mostrou-se demasiadamente largo, olvidando-se, por completo, não só a Lei Fundamental como também a interpretação desta já proclamada pelo Supremo Tribunal Federal.

Fez-se incluir no conceito de receita bruta todo e qualquer aporte contabilizado pela empresa, pouco importando a origem, em si, e a classificação que deva ser levada em conta sob o ângulo contábil.

Em síntese, o legislador ordinário (logicamente não no sentido vulgar, mas técnico-legislativo) acabou por criar uma fonte de custeio da seguridade à margem do disposto no artigo 195, com a redação vigente à época, e sem ter presente a regra do § 4º nele contida, isto é, a necessidade de novas fontes destinadas a garantir a manutenção ou a expansão da seguridade social pautar-se pela regra do artigo 154, inciso I, da Constituição Federal, que é explícito quanto à exigência de lei complementar. Antecipou-se à própria Emenda Constitucional nº 20, no que, dando nova redação ao artigo 195 da Constituição Federal, versou a incidência da contribuição sobre a receita ou o faturamento. A disjuntiva "ou" bem revela que não se tem a confusão entre o gênero "receita" e a espécie "faturamento".

Repita-se, antes da Emenda Constitucional nº 20/98, posterior à Lei ora em exame, a Lei nº 9.718/98, tinha-se apenas a previsão de incidência da contribuição sobre a folha de salários, o faturamento e os lucros. Com a citada emenda, passou-se não só a se ter a abrangência quanto à primeira base de incidência, folha de salários, apanhando-se de forma linear os rendimentos do trabalho pagos ou creditados a qualquer título, mesmo sem vínculo empregatício, observando-se o precedente desta Corte, como também a inserção, considerado o que surgiu como alínea "b" do inciso I do artigo 195, da base de incidência, que é a receita. (destacamos)

A leitura das palavras do Min. Marco Aurélio dá conta de que ficou

reconhecido que a Lei 9718/98 extrapolou dos limites deferidos ao legislador para conceituar os institutos utilizados na seara tributária, tendo sido declarada a inconstitucionalidade do dispositivo que alargou o alcance do conceito de "faturamento".

Assim, é nítido que nossa Corte Maior abraçou a tese de grande parte dos tributaristas de escol de que não cabe ao legislador infraconstitucional alterar conceitos erigidos na Lei Maior de onde promana a atribuição de competência deferida pelo Poder Constituinte.

É curial a citação das palavras de VELLOSO², que, em obra dedicada ao tema, atesta a cogência dos signos constitucionais, mormente em matéria tributária:

Conquanto os signos constitucionais não sejam unívocos, possuem significados conotativos e denotativos determináveis. Há propriedades indiscutivelmente conotadas e casos claros de inclusão ou exclusão. Negar-se esse fato consistiria na refutação desses signos como tais, vez que, carentes de significação determinável, seriam meros sinais gráficos afásicos, o que levaria, ainda, à negação da própria competência impositiva correlata. Isto porque os entes políticos carecem de 'poder tributário': somente possuem competências, outorgadas pela Constituição por meio de tais signos. Destarte, a modificação de significado desses signos constitucionais pela legislação infraconstitucional consistiria numa tentativa sub-reptícia de modificação das próprias competências tributárias, que há de ser repudiada. As teses legalistas, enfim, revelam-se incompatíveis com o sistema constitucional tributário.

4 O julgamento do RE 346.084-6 e seus efeitos

Conforme já asseverado alhures, as discussões acerca do conceito de faturamento, descrito na Lei 9.718/98, bem como o advento da Emenda Constitucional nº 20/98, dando nova redação ao art. 195 da Carta Constitucional, desembocaram no Supremo Tribunal Federal, tendo aquela Corte julgado precedente, na via difusa, o Recurso Extraordinário aviado, de modo a se reconhecer a inconstitucionalidade do dispositivo em questão (art. 3º, § 1º da Lei 9.718/98)

Consabe-se que na ordem jurídica brasileira há dois procedimentos para se invocar o Judiciário ao controle de constitucionalidade: pela via abstrata, ou concentrada e pela via concreta, ou de exceção, também chamada difusa.

Enquanto no primeiro modo o controle é promovido por meio da interposição de uma ação por pessoa competente, de forma direta ou abstrata, ou seja, contra lei "em tese", no segundo só é possível de se

promover o controle de constitucionalidade com a existência de um caso concreto a ser analisado.

No Brasil, o controle abstrato das normas que colidem com a Constituição Federal cabe precipuamente ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102 da Carta Constitucional, ao passo que o controle difuso cabe a qualquer órgão investido de jurisdição e inclusive ao Tribunal de Contas, nos termos da súmula 347 do Supremo Tribunal Federal.

No escopo do presente trabalho a menção aos termos referentes ao controle de constitucionalidade desperta interesse na medida em que os efeitos da Decisão que reconhece a inconstitucionalidade de uma norma são diferentes, acaso se trate de controle difuso ou concentrado.

Enquanto neste (concentrado), a lei é declarada nula, sendo expungida do mundo jurídico, com efeitos *ex tunc*³ e *erga omnes*, no controle difuso, os efeitos resumem-se às partes que compuseram a lide (*inter partes*), de forma *ex tunc*.

As palavras de BONAVIDES⁴ são irretorquíveis:

O controle por via de exceção, aplicado às inconstitucionalidades legislativas, ocorre unicamente dentro das seguintes circunstâncias: quando, no curso de um pleito judiciário, uma das partes levanta, em defesa de sua causa, a objeção de inconstitucionalidade da lei que se lhe quer aplicar.

Sem o caso concreto (a lide) e sem a provocação de uma das partes, não haverá intervenção judicial, cujo julgamento só se estende às partes em juízo. A sentença que liquida a controvérsia constitucional não conduz à anulação da lei, mas tão-somente à sua não aplicação ao caso particular, objeto da demanda. É controle por via incidental.

No caso do Brasil ainda se pode mencionar a única hipótese em que uma declaração de inconstitucionalidade promovida na via difusa alcança efeitos *erga omnes*, mas de forma *ex nunc*: quando o Senado Federal, com fulcro na competência definida no art. 52, X da Constituição da República suspende a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Tendo por lume tais premissas, pode-se verificar que a declaração de inconstitucionalidade promovida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Recurso Extraordinário n° 346.084-6/PR deu-se na via difusa, ou via de exceção e, em assim sendo, seus efeitos somente são produzidos entre as partes que participaram da relação jurídico-processual.

Dessa forma, as opiniões e argumentos que serão postos doravante analisam a questão tendo fulcro no reconhecimento da inconstitucionalidade em questão. Ou seja, as conclusões a serem firma-

das tomarão por escopo a hipótese de o contribuinte ter decisão favorável no Judiciário reconhecendo a inconstitucionalidade, na via difusa, do dispositivo em questão, ou ainda, que o Senado Federal tenha suspenso os efeitos do art. 3º, § 1º da Lei 9718/98, caso contrário, não há como desenvolver as idéias pretendidas no presente.

Assim, partindo-se do pressuposto de que o contribuinte tenha sido parte em ação que declarou, na via incidental, a inconstitucionalidade do dispositivo - o que, deveras, não é muito difícil diante do preceito do Supremo - é nítido que o disposto no art. 3º, § 1º da Lei 9.718/98 não lhe alcança.

Surge, a partir daí, a primeira premissa a ser fixada: se a definição de faturamento/receita bruta descrita na Lei 9.718/98 não era compatível com a Constituição da República em sua redação originária, tendo sido, portanto, expungida do mundo jurídico (para o contribuinte que tenha decisão favorável do Judiciário), seria necessário a existência de nova norma, posterior à Emenda 20/98 de modo a se dar efetividade à cobrança do tributo em questão.

Neste desiderato, cabe analisarmos a necessidade de norma infraconstitucional para cobrança de tributos descritos na Lei Maior.

5 A necessidade de norma infraconstitucional para se promover a cobrança da COFINS descrita no art. 195, I, "b" do texto constitucional

É lição corrente em matéria tributária que a previsão de instituição de um tributo no Texto Constitucional não tem o condão de promover, de imediato, sua exigibilidade dos contribuintes. É imperioso que o ente que recebeu a outorga de competência dê efetividade à mesma de modo a promover a cobrança da exação por meio de lei que defina os contornos do tributo instituído, conforme termos do art. 97 do Código Tributário Nacional.

Nesse sentido, o art. 8º do mesmo CTN preleciona que "o não exercício da competência tributária não a defere a pessoa jurídica de direito público diversa daquela a que a Constituição a tenha atribuído".

Não se olvidando de tal regra, o próprio Texto Constitucional, em seu art. 146, III, "a", assim dispôs:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

I -

II -

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nessa Constitui-

ção, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes.

A partir da leitura do dispositivo transcrito, algumas conclusões podem ser extraídas: primeiramente resta assentado que a cobrança de qualquer "tributo" descrito na Constituição somente é possibilitada pela edição de lei que regule a exigência da exação.

Por segundo, cabe perquirir se a exigência de lei complementar deve alcançar qualquer tributo previsto na Lei Maior ou somente os "impostos" conforme ali insculpido.

A nosso ver a questão deve ser resolvida, mais uma vez, na seara dos signos constitucionais, a partir de uma análise de conceitos e competências tributárias. Ora, se por meio de norma restritiva o Constituinte entendeu por bem incluir somente a espécie de tributo denominada "imposto" na obrigatoriedade de edição de lei complementar para definir fato gerador, base de cálculo e contribuintes, não caberá ao intérprete conotar o conceito constitucional de modo a alargar seu alcance. Cabe mencionar que o próprio Constituinte fez distinção acerca das espécies tributárias no art. 145 da Carta Magna, não havendo espaço para se supor que a utilização do termo "imposto" teve conotação leiga.

Instado diversas vezes a se manifestar sobre tal questão, o Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência no sentido aqui mencionado, qual seja, o de que a exigência prevista no art. 146, III, "a" da Constituição somente se aplica aos impostos nela previstos, não alcançando as contribuições sociais. À guisa de ilustração, as palavras do Min. Moreira Alves no voto condutor do RE 146.735/SP (segundo julgamento unânime do STF referente à matéria) são bastante elucidativas:

Note-se, ademais, que com relação aos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes, o próprio artigo 146, III, só exige que estejam previstos na lei complementar de normas gerais, não será necessária, por via de consequência, que essa instituição se faça por lei complementar que supriria aquela, se indispensável. Exceto na hipótese prevista no § 4º (a instituição de outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social), hipótese que não ocorre no caso, o art. 195 não exige lei complementar para as instituições dessas contribuições sociais inclusive a prevista no seu § 1º, como resulta dos termos do § 6º desse mesmo dispositivo constitucional. (fl. 403, p. 18 do voto).

Tem-se, assim, que para a cobrança da COFINS - tributo objeto do presente -, como há previsão constitucional explícita acerca de sua criação não há incidência da norma descrita no art. 146, III do Texto Constitucional, ou seja, não se lhe é exigível a definição em lei complementar dos contribuintes, fato gerador e base de cálculo para a instituição.

Guardando consonância com tais fundamentos, o mesmo STF, nos autos da já mencionada ADC nº 01/DF definiu que a Lei Complementar nº 70/91, que instituiu a cobrança da COFINS, apesar de formalmente complementar, deveria ser tida como "materialmente ordinária" diante da matéria por ela regulada. Neste diapasão cabe ser invocado pequeno trecho do voto do Ministro Moreira Alves, relator da ADC:

Por isso mesmo, essa contribuição poderia ser instituída por Lei ordinária. A circunstância de ter sido instituída por lei formalmente complementar - a Lei Complementar n. 70/91 - não lhe dá, evidentemente, a natureza de contribuição social nova, a que se aplicaria o disposto no § 4º do art. 195 da Constituição, porquanto essa lei, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída - que são objeto dessa ação -, é materialmente ordinária, por não se tratar, nesse particular, de matéria reservada, por texto expresso da Constituição, à lei complementar.

Como conseqüência de tal interpretação, tem-se que, sendo a Lei Complementar n. 70/91 uma lei "materialmente ordinária", não há óbice a que a mesma possa ser alterada, ou mesmo revogada por uma lei ordinária ou Medida Provisória.

Conclui-se, assim, que a partir da edição da Medida Provisória nº 1.724/98 (posteriormente convertida na Lei 9.718/98), o art. 2º da Lei Complementar 70/91 foi tacitamente revogado pelo art. 3º da novel norma, eis que este regulou de maneira diferente a hipótese de incidência para a contribuição sobre o faturamento definida no art. 195 da Constituição.

A edição de Medida Provisória sobre a matéria é discutível, com base no que dispõe o art. 246 da Constituição da República, antes e depois da redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, o que, entretanto, será objeto de análise mais detida em momento posterior deste estudo. O que cabe concluir neste momento é que, a partir da Lei 9.718/98, esta passou a ser a única norma vigente em nosso ordenamento que definia a hipótese de incidência da COFINS, conceituando "faturamento" como a totalidade das receitas do contribuinte.

6 A Emenda Constitucional Nº 20/98 e a Lei 10.833/03

Com o advento da Emenda Constitucional n. 20, em 16 de dezembro de 1998, a outorga dada pelo Constituinte ao legislador ordinário foi alargada, momento em que a hipótese de incidência da contribuição social que antes abrangia tão somente o faturamento dos contribuintes passou a abarcar a "receita". Ou seja, foi criada nova hipótese abstrata de incidência do tributo.

Cronologicamente, entretanto, a MP 1.724 e, conseqüentemente, a

Lei 9.718/98, na qual a mesma foi convertida, advieram ao mundo jurídico anteriormente à atribuição promovida pela Emenda Constitucional n. 20/98. Aliás, este foi um dos fundamentos do julgado que reconheceu como inconstitucional o teor do art. 3º da Lei em questão. Nesta situação, posteriormente à Emenda mencionada, a única norma que definiu o conceito de faturamento nos moldes do descrito na Lei 9.718/98 foi a Lei 10.833/2003, fruto da conversão em lei da Medida Provisória nº 135/2003, que instituiu a chamada "COFINS não-cumulativa" e cujo art. 1º. assim dispõe:

Art. 1º. A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, com a incidência não-cumulativa, tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

Entretanto, por questão de política tributária, foram excluídas do alcance da Lei 10.833/2003 diversas espécies de contribuintes, momento em que, nos termos do art. 10 da norma em questão, os mesmos "permanecem sujeitas às normas da legislação da COFINS, vigentes anteriormente a esta Lei, não se lhes aplicando as disposições dos arts. 1º a 8º." Dentre tais contribuintes são de interesse precípuo do presente trabalho aqueles descritos no inciso I do dispositivo, *verbis*:

Art. 10. Permanecem sujeitas às normas da legislação da COFINS, vigentes anteriormente a esta Lei, não se lhes aplicando as disposições dos arts. 1º a 8º:

I - as pessoas jurídicas referidas nos §§ 6º, 8º e 9º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, e na Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983;

Os dispositivos da Lei 9718/98 mencionados já sofreram alteração pela MP 2.158-35/2001, tendo a atual redação os seguintes termos:

§ 6º Na determinação da base de cálculo das contribuições para o PIS/PASEP e COFINS, as pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212, de 1991, além das exclusões e deduções mencionadas no § 5º, poderão excluir ou deduzir (...)

.....
§ 7º As exclusões previstas nos incisos III e IV do § 6º restringem-se aos rendimentos de aplicações financeiras proporcionados pelos ativos garantidores das provisões técnicas, limitados esses ativos ao montante das referidas provisões.

§ 8º Na determinação da base de cálculo da contribuição para o PIS/PASEP e COFINS, poderão ser deduzidas

as despesas de captação de recursos incorridas pelas pessoas jurídicas que tenham por objeto a securitização de créditos:

As pessoas jurídicas descritas no § 1º do art. 22 da Lei 8.212/91 são as seguintes, com redação dada pela Lei 9.876, de 26 de novembro de 1.999:

§ 1º No caso de bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimentos, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil, cooperativas de crédito, empresas de seguros privados e de capitalização, agentes autônomos de seguros privados e de crédito e entidades de previdência privada abertas e fechadas, além das contribuições referidas neste artigo e no art. 23, é devida a contribuição adicional de dois vírgula cinco por cento sobre a base de cálculo definida nos incisos I e III deste artigo.

A Lei 7.102/83 diz respeito, da mesma forma, aos estabelecimentos financeiros.

Assim, como o objeto do presente trabalho é a análise da tributação pela COFINS das instituições financeiras, assim definidas no art. 17 da Lei 4.595/64, é nítido que a exceção prevista no art. 10, I da Lei 10.833/03 aplica-se aos contribuintes mencionados, cabendo a transcrição do conceito legal de "instituições financeiras":

Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

As palavras de ÁVILA e PORTO⁵ corroboram no sentido de se enquadrar as "instituições financeiras" no disposto no § 1º do art. 22 da Lei 8.212/91:

Note-se que o conceito 'instituições financeiras' não é suficientemente amplo para abarcar todas as pessoas discriminadas na Lei 8.212/91. Logo, quando menciona a expressão 'instituições financeiras', entenda-se que estão incluídas também as sociedades referidas no dispositivo legal supracitado [art. 22, § 1º da Lei 8.212/91].

Por tudo o que se expôs resta enfatizar que, a partir da declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º da Lei 9.718/98, promovida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do RE 346.084, é inconteste que o dispositivo foi alijado do mundo jurídico (pelo menos para os contribuintes que ingressaram na Justiça e obtiveram provimento favorável). Conseqüentemente, diante da jurisprudência de nossa Suprema Corte houve efeito repristinatório (novamente para os contribuintes que tenham decisão judicial favorável) dos termos da LC 70/91, definindo como hipótese de incidência da COFINS única e exclusivamente a receita bruta operacional.

Tal situação, entretanto, somente perdurou até 01/02/2004, momento em que passou a produzir efeitos (90 dias após a publicação da MP 135/2003) a Lei 10.833/2003, que, instituindo a "COFINS não-cumulativa" definiu a hipótese de incidência da mesma com fulcro no art. 195 da Constituição, já com redação dada pela EC 20/98, ou seja, incluindo todas as receitas da pessoa jurídica. O período de início da cobrança e a própria edição de Medida Provisória para regular a questão são discutíveis, em face do que dispõem os arts. 246 e 62, § 2º da Constituição da República. Entretanto, no espectro do presente estudo cabe destacar que, se a Lei 10.833/2003 é a única norma que regula a hipótese de incidência posteriormente à edição da EC 20/98 e se tal lei somente se aplica a determinadas pessoas jurídicas, ficando algumas expressamente remetidas pelo art. 10 à legislação anteriormente vigente, é inconteste que para as instituições financeiras - que foram objeto de excepcionalização - que tenham decisão judicial favorável reconhecendo a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º da Lei 9718/98, não há que se falar em recolhimento da COFINS pelo total das receitas auferidas, mas sim pelo montante de sua receita bruta operacional, conforme preconizado no art. 2º da Lei Complementar 70/91, ressuscitado pelo efeito repristinatório dado pela declaração de inconstitucionalidade na via incidental.

7 O "faturamento" das instituições financeiras e a incidência da COFINS após o julgamento do RE 346.084/PR

Conforme preconizado pelo próprio conceito de instituições financeiras descrito no já citado art. 17 da Lei 4.595/64, tais pessoas jurídicas têm por finalidade precípua a intermediação do crédito, bem como a custódia de valores pertencentes a outrem.

A par de tal função, hodiernamente as instituições financeiras passaram a atuar em diversos ramos da prestação de serviços financeiros, mormente através do oferecimento de acessórios a estes serviços, tais como fornecimento de talões de cheque, disponibilização de serviços

de cobrança de contas em "débito automático", etc.

Diante de tal panorama, alguns doutrinadores chegam a dividir as operações prestadas por instituições financeiras em serviços tipicamente financeiros - atividade financeira - e serviços bancários - ligados ao oferecimento de produtos diversos aos clientes.

Nos autos da ADI 2591/DF, o Min. Nelson Jobim, apesar de ao final ter sido voto vencido, faz distinção extremamente útil acerca do que seriam operações financeiras e o que seriam serviços bancários. Cabe pequena transcrição:

Pergunto:

É possível a identificação de ATIVIDADES BANCÁRIAS NÃO TÍPICAS do sistema financeiro e, portanto, que equiparariam os BANCOS a prestadores de serviço?

A resposta negativa a essa pergunta somente poderia gerar a declaração de inconstitucionalidade de parte desse dispositivo.

Entretanto, uma gama de serviços prestados pelos BANCOS à CLIENTE e USUÁRIO não se configura como relações financeiras relativas a investimentos e depósitos, que estão sob a guarda e o controle da Autoridade Monetária.

Há casos em que o BANCO, de fato, presta um serviço autônomo tal como outro prestador qualquer e, por isso, recebe remuneração específica por esse serviço.

Em outras palavras, há serviços que podem ser prestados independentemente da relação monetário-financeira do BANCO com o POUPADOR ou MUTUÁRIO - relações relativas à moeda e ao crédito.

Em muitos casos, o BANCO presta serviços em concorrência com outras entidades que não tenham natureza financeira, como o serviço de pagamento ou recebimento de salário.

Está em SERGIO CARLOS COVELLO:

'.....'

A classificação tradicional e, ao mesmo tempo, mais acolhida na prática bancária é aquela que divide as operações de Banco, de conformidade com o crédito, em fundamentais e acessórias.

As operações fundamentais, ou típicas, são as que implicam a intermediação do crédito, função precípua dos Bancos, que, como vimos, recolhem dinheiro de uns para concedê-lo a outros.

Dividem-se em passivas (as que têm por objeto a procura e provisão de fundos, sendo assim denominadas por importarem em ônus e obrigações para o Banco, que, na relação jurídica, se torna devedor) e ativas (as que visam à colocação e ao emprego desses fundos; por meio dessas operações, o Banco se torna credor do cliente).

Constituem operações passivas os depósitos, as contas correntes, os redescontos, enquanto as principais operações ativas são os empréstimos, os financiamentos, as aberturas de crédito, os descontos, os créditos documentários, as antecipações, etc.

As operações acessórias ou neutras (assim chamadas por não implicarem nem a concessão nem o recebimento do crédito) possuem significação menor para os Bancos, que só as realizam com o fito de atrair clientela. Definem-se como verdadeiras prestações de serviço: custódia de valores, caixa de segurança, cobrança de títulos e outras.

.....
Trata-se da diferença entre OPERAÇÕES BANCÁRIAS e SERVIÇOS BANCÁRIOS.

As OPERAÇÕES BANCÁRIAS consistem em transferência de moeda (circulação monetária) ou de crédito, que se sustentam na confiança e na administração de riscos. As OPERAÇÕES BANCÁRIOS, portanto, são as típicas do SFN e tem importante impacto na POLÍTICA MONETÁRIA e econômica do país.

São tais operações que garantem, em uma dimensão macro, a circulação monetária, a estabilidade do poder aquisitivo da moeda, o nível de investimentos e a própria estabilidade da economia.

Já os SERVIÇOS BANCÁRIOS dizem respeito a obrigações de fazer, que são executadas pelos BANCOS sem vinculação com a POLÍTICA MONETÁRIA.

Os SERVIÇOS BANCÁRIOS se prestam a atender diversos interesses dos clientes.

A partir de tais considerações, pode-se vislumbrar que as instituições financeiras nada mais são do que fornecedoras de serviços - motivo, aliás, que fez com que o Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADI mencionada julgasse como aplicável às referidas pessoas jurídicas os ditames do Código de Defesa do Consumidor. Assim, se partirmos da premissa de que para tais contribuintes o recolhimento da COFINS deverá estar consubstanciado na letra do art. 2º da Lei Complementar n. 70/91, nos termos do que fora exposto no tópico anterior, somente poderão ser consideradas como "faturamento" as receitas advindas da prestação de serviços por eles promovidas e que são objeto de "tarifas", recolhidas diretamente ao prestador pelo cliente.

Assim, levando-se em conta que determinado contribuinte que explore atividade econômica na condição de instituição financeira tenha obtido provimento judicial favorável acerca da inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º da Lei 9.718/98, será imperioso concluir que seus recolhimentos de COFINS somente poderão ser pautados pelos valores advindos das tarifas cobradas pela prestação mensal de serviços a seus clientes. Nesta situação, as receitas financeiras advindas do investimento promo-

vido pelo contribuinte no mercado financeiro, de modo a pagar os rendimentos devidos a seus clientes, não poderão sofrer a incidência do tributo em questão, haja vista estarem totalmente desvinculados da receita bruta das vendas de serviços.

Afigura-se, destarte, que a obtenção de provimento judicial declarando, na via incidental, a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º da Lei 9.718/98 para os contribuintes expungidos dos termos da Lei 10.833/03, especialmente as instituições financeiras, leva à redução significativa da base impositiva do tributo em questão. Especialmente no caso das instituições financeiras, tem-se que a grande totalidade de suas receitas (que são os rendimentos auferidos do mercado financeiro, sem a prestação de qualquer serviço ao cliente) não poderá ser alcançada pela incidência da COFINS.

Assim sendo, o julgamento do RE 346.084/PR pelo Supremo Tribunal Federal serviu de importantíssimo precedente, tendente a fomentar o ingresso em Juízo daqueles contribuintes que ficaram obrigados, após a edição da Lei 10.833/03, a recolher a COFINS pelo regime da Lei 9718/98. Isso porque uma decisão reconhecendo a inconstitucionalidade da norma em questão cria uma lacuna jurídica onde a solução é a aplicação, por via de repristinação, dos termos da Lei Complementar n. 70/91, que determina como hipótese de incidência do tributo tão somente as receitas operacionais do contribuinte, quais sejam aquelas diretamente ligadas à sua atividade fim.

8 Conclusão

Diante de tudo o que se analisou no presente, restou assentado que a COFINS é um tributo de complexidade extrema, aliás, como grande parte do sistema tributário brasileiro.

Nesta condição, a declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º da Lei 9.718/98, promovida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do RE 346.084-6/PR, criou mais uma questão ululante a ser debatida pela doutrina tributária: aos contribuintes que obtiveram tal provimento torna-se impossível a cobrança do mencionado tributo?

No decorrer do presente, pretendeu-se demonstrar que a partir da Emenda Constitucional n° 20, de 16 de dezembro de 1.998, a única lei infraconstitucional que instituiu a efetiva cobrança da COFINS com supedâneo na nova redação da Carta Magna foi a Lei 10.833/2003.

Assim, aos contribuintes com decisão judicial favorável a COFINS é inexigível sobre a totalidade de sua receita bruta até a edição da referida norma (em verdade, até a edição da MP 135/2003). Ocorre que a lei em questão excluiu do âmbito de sua aplicação determinada gama de contribuintes e, em assim sendo, para estes, no caso de terem reconhecida judicialmente a declaração de inconstitucionalidade, restou uma

ampla e profunda lacuna jurídica: não há norma infraconstitucional impositiva para o recolhimento da exação.

Sob este prisma, o estudo analisou detidamente a situação específica das instituições financeiras, que, incluídas na regra excepcional da Lei 10.833/03, não necessitariam recolher a COFINS sobre sua receita bruta total, mas tão somente daquela derivada da prestação de serviços por elas promovida, conforme exatos termos da LC 70/91.

Dessa forma, a digressão feita a respeito da diferenciação entre a prestação de serviços bancários e a atividade financeira demonstra, de forma inequívoca, que a receita bruta operacional das pessoas jurídicas sob a forma de instituições financeiras, resume-se àquela oriunda das atividades prestadas ao cliente e remuneradas por meio de tarifa. A leitura do conceito de instituição financeira advindo do art. 17 da Lei 4.595/64 dá conta de que sua atividade se resume à intermediação do crédito e custódia de valores e, neste diapasão, outra conclusão não resta senão a de que sua receita bruta de serviços somente pode advir das cobranças promovidas para o exercício de tal atividade, as chamadas tarifas. Qualquer outro rendimento, inclusive aquele fruto da aplicação de valores no mercado financeiro, não pode ser entendido como receita bruta de serviços se não houver a efetiva prestação deste.

Mais ainda, a base de cálculo para o recolhimento da exação deverá se resumir ao valor da tarifa, e não o rendimento porventura repassado ao cliente, já que este compõe o lucro/rendimento deste, que contratou o serviço de intermediação do crédito.

Destarte, por tudo o que ficou exposto no presente trabalho, resta concluir-se, em breves linhas, que às instituições financeiras que tenham provimento judicial favorável em relação à declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º da Lei 9.718/98 a hipótese de incidência da COFINS deverá cingir-se à sua receita bruta oriunda da prestação de serviços, conforme termos da Lei Complementar 70/91, e, neste conceito, somente é possível de se incluir a remuneração oriunda dos serviços efetivamente prestados a seus clientes, ainda que este serviço seja a intermediação do crédito.

Notas

- 1 ÁVILA, René Bergman e PORTO, Éderson Garin. **COFINS**. 1a. ed., Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2005.
- 2 VELLOSO, Andrei Pitten. **Conceitos e Competências Tributárias**. 1a. ed., Dialética: São Paulo, 2005, p. 327.
- 3 Destaque-se o que dispõe o art. 27 da Lei 9.868/98, que permite ao STF em casos de declaração de inconstitucionalidade fixar o termo inicial pra produção de efeitos da decisão.
- 4 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7a. ed., Malheiros, São Paulo: 1997.

5 *Op. cit.*, p. 88.

Referências

ÁVILA, René Bergman e PORTO, Éderson Garin. **COFINS**. 1a. ed., Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7a. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

JÚNIOR, Waldo Fazzio. **Manual de Direito Comercial**. 6a. ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 12a. ed., São Paulo: Ed. Renovar, 2005.

VELLOSO, Andrei Pitten. **Conceitos e Competências Tributárias**. 1a. ed., São Paulo: Dialética, 2005.

O desenvolvimento econômico baseado na preservação ambiental como novo paradigma das instituições financeiras

Alaim Giovani Fortes Stefanello

Advogado da Caixa no Amazonas

Mestrando em Direito Ambiental pela UEA

Pós-graduado em Direito Civil e

Processo Civil pela FADIVALE/MG

Presidente do Centro de Estudos em

Direito Ambiental da Amazônia

RESUMO: As Instituições Financeiras têm procurado vincular sua imagem com práticas que respeitem o meio ambiente. A preservação ambiental, que num primeiro momento pode ser vista como obstáculo ao desenvolvimento econômico, passou a ser observada como excelente oportunidade de negócios. Diante disso têm surgido vários acordos e protocolos, em nível nacional e internacional, visando compatibilizar atividade econômica e meio ambiente, impondo aos bancos o papel de fomentar o desenvolvimento sustentável.

Palavras-Chave: Direito Ambiental. Instituições Financeiras. Responsabilidade Sócio-ambiental. Danos Ambientais.

1 Introdução

As instituições financeiras públicas e privadas estão cada vez mais preocupadas em se relacionar de maneira responsável com o meio ambiente. A preservação ambiental, antes vista como empecilho ao desenvolvimento econômico, hoje é tida como oportunidade de bons negócios, em consonância ao disposto no inciso VI do artigo 170 da Constituição Federal, o qual, ao estabelecer os princípios da ordem econômica elegeu como uma de suas prioridades a defesa do meio ambiente¹.

Exemplo prático dessa tendência pode ser observado na Bolsa de Valores de São Paulo, onde em 1º de dezembro de 2005 foi criado o ISE Bovespa (Índice de Sustentabilidade Empresarial). Trata-se do primeiro índice do gênero na América Latina, que reúne empresas de 12 diferentes setores, com destaque para as instituições financeiras que atuam de maneira responsável na área ambiental, social, econômico-financeira e de governança corporativa².

Esse novo movimento para aliar crescimento econômico com preservação ambiental está ganhando mais adeptos nos grandes centros

financeiros internacionais. Em *Wall Street* essa tendência está sendo chamada da "nova revolução verde" e está sendo vista como "a grande oportunidade empresarial do século XXI"³.

Em nossa avaliação esse forte movimento dos bancos⁴ em prol do meio ambiente também se dá por três razões principais: A primeira é em razão do conjunto normativo vigente que impõem aos bancos públicos e privados várias regras que devem ser observadas em respeito ao meio ambiente na realização de algumas operações financeiras.

A segunda razão é a conscientização cada vez maior que as pessoas estão tendo sobre a importância da preservação do meio ambiente como fonte de vida para as presentes e futuras gerações. Isso resulta numa geração de novos clientes que valorizam bancos com produtos e imagem ligados à responsabilidade ambiental. Basta observar que várias instituições financeiras estão criando produtos voltados especialmente para esses clientes.

A última, mas não menos importante, é a possibilidade de o agente financiador ser responsabilizado pelos danos ambientais causados por atividades ou obras financiadas, com base na teoria da responsabilidade civil objetiva, o que não exclui sua eventual responsabilização também na esfera penal.

A proposta deste artigo, portanto, é analisar o binômio desenvolvimento econômico e preservação do meio ambiente no âmbito das instituições financeiras, tanto no que diz respeito ao seu papel como agente de fomento do desenvolvimento sustentável, quanto como Instituição responsável por danos ambientais ocorridos em atividades financiadas.

2 Princípios gerais do setor financeiro em relação ao meio ambiente

Conforme leciona Cristiane Derani, o "direito econômico e ambiental não só se interceptam, como comportam, essencialmente, as mesmas preocupações, quais sejam: buscar a melhoria do bem-estar das pessoas e a estabilidade do processo produtivo"⁵.

A autora explica que ambos almejam, em suma, atender àquele conjunto de atividades e estados humanos que se traduzem na expressão qualidade de vida. Qualidade de vida no ordenamento jurídico brasileiro apresenta estes dois aspectos concomitantemente: o do nível de vida material e o do bem-estar físico e espiritual. Eles são complementares na sociedade contemporânea.

Neste sentido, o artigo 170 já ressalta uma série de princípios que têm o escopo de fazer com que a economia sirva ao homem, com a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, assegurando a todos uma existência digna baseada na justiça social, de onde destacam-se três princípios: I) propriedade privada; II) função social da propriedade; III) defesa do meio ambiente.

Esses princípios trazem uma imediata conexão com a aplicação do artigo 225 da Carta Constitucional⁶, que estabelece que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo para as presentes e futuras gerações. A realidade dos preceitos apresentados pelo capítulo do meio ambiente é indissociada dos princípios da ordem econômica.

Cristiane Derani⁷ destaca que o Capítulo do Meio Ambiente da Constituição Brasileira trata de um fator básico da produção econômica: a natureza. Ao mesmo tempo dispõe sobre sua proteção e limites de sua apropriação. Outrossim, seu objetivo não difere, fundamentalmente, daquele previsto no artigo 170.

Com a relação feita entre o artigo 170 e o 225 da Constituição Federal, nota-se claramente como a atividade econômica e o meio ambiente precisam caminhar juntos. Neste sentido o artigo 12 da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) estatui que as entidades e órgãos de financiamento e incentivos governamentais condicionarão a aprovação de projetos habilitados a esses benefícios ao licenciamento, na forma desta lei, e ao cumprimento das normas, dos critérios e dos padrões expedidos pelo CONAMA - Conselho Nacional do Meio Ambiente.

Percebe-se a preocupação do legislador em restringir os financiamentos e incentivos governamentais aos projetos que respeitem as normas de proteção ambiental e aos padrões e critérios estabelecidos pelo CONAMA. Com isso, ficam excluídos de receber recursos governamentais os demais projetos que possam potencialmente degradar o meio ambiente.

Essa preocupação do legislador em compatibilizar o desenvolvimento econômico com a preservação ambiental tem ultrapassado os campos de estudo do Direito Ambiental Econômico. Marcelo Dias Varella demonstra que o binômio meio ambiente e crescimento econômico já está sendo objeto de estudo do Direito Internacional pelo menos "desde 1933".⁸ Para o autor, atualmente o meio ambiente tem sido considerado como um direito humano, o qual, conjugado com o direito ambiental e com o crescimento econômico, formam a base do conceito de desenvolvimento⁹.

O autor vincula a democracia e liberdade como condição de realização do desenvolvimento, destacando a proteção do meio ambiente como elemento fundamental deste processo de crescimento sustentável. Afirma, ainda, que toda forma de crescimento não-sustentável contribui para a redução das liberdades das gerações futuras, sequer podendo ser considerado, portanto, como desenvolvimento¹⁰.

Essa preocupação de compatibilizar crescimento econômico com preservação ambiental ocasionou o crescimento de Tratados, Protocolos e Pactos firmados pelos países e alguns de forma individual pelas Instituições Financeiras comprometendo-se com o fomento do desenvolvimento sustentável e com a preservação ambiental.

Cabe destacar o Relatório Brundtland, de 1987, que serviu de base à conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, no Rio de Janeiro em 1992. O relatório considerava necessária a conjugação entre o desenvolvimento e o meio ambiente. "Ele contribuiu, assim, para a valorização da proteção do meio ambiente e do desenvolvimento sustentável, no âmbito das Nações Unidas, e sobretudo junto às agências mais ligadas ao comércio, como o Banco Mundial"¹¹.

O Relatório Brundtland foi assim chamado por ter sido o documento final da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, criada em 1983 pela Assembléia Geral das Nações Unidas e tendo sido presidido por Gro Harlem Brundtland, da Noruega. Para Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva, a leitura do relatório é "obrigatória para um perfeito conhecimento do que a Conferência de 1992 buscava alcançar e certamente continuará a ser invocado na interpretação dos documentos adotados naquela ocasião"¹².

Na opinião de Marcelo Dias Varela, porém, o relatório não trouxe ou acrescentou "nada de novo sobre o estado da arte da questão, mas reunia as principais teorias que demonstravam a possibilidade de um desenvolvimento sustentável e as conseqüências da sua não-adoção"¹³.

De qualquer maneira, entendemos que o Relatório Brundtland possui relevância histórica em termos de uma sinalização de novas posturas de compatibilização de atividade econômica e preservação ambiental, constituindo-se num importante documento em defesa do desenvolvimento sustentável.

Após analisarmos essas premissas gerais, passaremos a estudar de maneira sucinta e em razão da delimitação do nosso tema os principais acordos relativos à atividade financeira e o direito ambiental, como a Carta de Princípios para o Desenvolvimento Sustentável, também conhecida como Protocolo Verde, bem como o Protocolo do Equador (ou Princípios do Equador), o Princípio do Pacto Global, o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) e os Objetivos do Milênio das Organizações das Nações Unidas (ONU).

3 O Protocolo verde - carta de princípios para o desenvolvimento sustentável

Em 1995 o governo federal elaborou o Protocolo Verde visando compatibilizar as políticas econômica e ambiental do país, fazendo as instituições financeiras signatárias incluírem a variável ambiental na concessão de crédito.

Conforme observa Paulo Affonso Leme Machado, "acentue-se que é inegável sinal promissor a publicação da 'Carta de Princípios para o Desenvolvimento Sustentável' (DOU 16.11.1995), firmada pelas cinco instituições financeiras públicas federais"¹⁴ - Banco do Brasil S/A, Cai-

xa Econômica Federal, Banco do Nordeste do Brasil S/A, Banco da Amazônia S/A, e Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social.

Acerca do assunto, Fabiano Jantalia Barbosa destaca que o Protocolo Verde constitui-se numa política pública voltada para o desenvolvimento sustentável, cujo objetivo é induzir bancos e órgãos públicos a incorporar a questão ambiental nas concessões de créditos. Em decorrência dessa política, as medidas previstas pelo protocolo foram alocação de recursos públicos para projetos ambientalmente sustentáveis, o que ocasiona a prevenção de uso de recursos públicos em projetos danosos ao meio ambiente¹⁵.

O Protocolo Verde possui dez Princípios Gerais de Desenvolvimento Sustentável, dos quais destacamos o terceiro, que estabelece que o setor bancário deve privilegiar o financiamento de projetos que não sejam agressivos ao meio ambiente. Cabe ressaltar também o quarto princípio, que prevê que os riscos ambientais devem ser considerados nas análises e nas condições de financiamento.

Conforme se observa acima, a atuação estatal fez com que os principais entes financeiros públicos federais se empenhassem em compatibilizar a atividade econômica, prevista no artigo 170 da Constituição Federal, com a proteção ambiental preconizada no artigo 225 da Carta Magna.

Neste sentido, Ana Luci Esteves Grizzi explica que as medidas para garantir a "eficácia dessas diretrizes foram priorizar a alocação de recursos públicos em projetos que apresentem maior capacidade de auto-sustentação sócio-ambiental; e evitar o uso desses recursos em projetos que acarretem significativos danos ambientais"¹⁶.

4 Os princípios (protocolo) do Equador

Os Princípios do Equador prevêem que para a concessão de crédito a partir de US\$ 50 milhões o banco deve também obedecer a critérios socioambientais, baseados nas normas do International Finance Corporation (IFC), o braço do Banco Mundial voltado para o setor privado.

No mundo existem 31 instituições que aderiram aos princípios, como ABN Amro (que adquiriu o Banco Real no Brasil), HSBC, Banco Itaú, Itaú BBA, Banco Espírito Santo Group, Banco do Brasil, Banco Bradesco, Bank of America, Barclays, BBVA, CIBC, Citigroup, Mizuho Corporate Bank, Royal Bank of Canadá, Royal Bank of Scotland, dentre outras.

As empresas interessadas em receberem empréstimos dessa monta têm de apresentar informações detalhadas a respeito dos seus riscos ambientais, assim como as ações para afastar os danos ambientais de sua atividade. Cabe destacar que o Protocolo prevê que os Bancos não concederão financiamentos e empréstimos para as empresas que não

estiverem adequadas aos preceitos sociais e ambientais estabelecidos no Acordo do Equador.

Para garantir o empréstimo o solicitante deve ser aprovado numa avaliação ambiental muitas vezes feita por consultorias independentes, onde a empresa requerente do empréstimo deve se enquadrar nas normas sociais e ambientais estabelecidas previamente pelo IFC. Para ter a operação de crédito aprovada, a empresa a ser financiada precisa passar por vários itens da avaliação ambiental, dentre os quais destaca-se a observância da legislação ambiental nacional e dos tratados internacionais aplicáveis; a utilização de recursos naturais renováveis; os impactos em povos e comunidades nativas; e o gerenciamento de resíduos sólidos e efluentes líquidos.

Em todos os itens será observada a legislação do país onde o crédito esteja sendo concedido, bem como as peculiaridades do tipo de financiamento que está sendo feito, compatibilizando essas regras com as normas previstas pelo IFC.

Como resultado da Avaliação Ambiental surgirá um Plano de Gestão Ambiental, o qual deverá prever as soluções para os problemas apontados, monitoramento, plano de ação e um cronograma para a implantação do projeto. Às empresas financiadoras cabe fiscalizar a implementação do Plano de Gestão Ambiental, inclusive através de auditorias independentes que realizem esta tarefa.

Como se pode observar, é um Protocolo importante que assegura condições sociais e ambientais eficientes antes de conceder empréstimos, incluindo a variável ambiental na análise da concessão, bem como durante a implementação da obra ou atividade financiada.

5 Os princípios do pacto global da ONU

Os Princípios do Pacto Global (The Global Compact) foram lançados em 26 de julho de 2000 pelo Secretário Geral da ONU, Kofi Annan, e têm como finalidade a promoção, por meio da comunidade empresarial internacional, de valores fundamentais nas áreas do meio ambiente, dos direitos humanos, direitos trabalhistas e contra a corrupção. No total são dez princípios, sendo que o último versa sobre corrupção e foi inserido no Pacto posteriormente, em 2004.

O Pacto já conta com cerca 1.500 empresas que aderiram aos Princípios formulados pela ONU. No Brasil são cerca de 200 empresas de diversos ramos. Na área financeira assinaram o Pacto as seguintes instituições¹⁷: Banco do Brasil, Banco Fibra, Banco Itaú, Caixa Econômica Federal, FENAE Corretora de Seguros e Administradora de Bens S/A, Porto Seguro Cia de Seguros Gerais, SERASA - Centralização de Serviços Bancários e BOVESPA - Bolsa de Valores de São Paulo. Os Princípios¹⁸ são divididos em Direitos Humanos, Direitos do Trabalho; Proteção Ambiental e Princípios contra a Corrupção.

6 Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente - PNUMA (declaração internacional dos bancos sobre meio ambiente e desenvolvimento sustentável)

"O Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente foi criado na Conferência de Estocolmo. A interferência do PNUMA nos temas ligados ao desenvolvimento foi várias vezes criticada pelos países do Norte, sobretudo pelos Estados Unidos"¹⁹.

A Declaração Internacional dos Bancos sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável prevê em seu texto uma "interação positiva entre o desenvolvimento econômico e social, e a salvaguarda do ambiente, a fim de equilibrar a satisfação dos interesses das gerações atuais e futuras".

Em 1998 mais de 100 instituições financeiras já tinham aderido publicamente a esta Declaração tendo também mais de 75 seguradoras adotado o mesmo compromisso²⁰. No Brasil, todavia, somente o BNDES, o BANESPA e a Caixa Econômica Federal aderiram à Declaração, sendo que a adesão da CEF ocorreu recentemente, no dia 25 de outubro de 2005, na comemoração de aniversário da Política Ambiental Corporativa da empresa.

O Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente possui forte compromisso com o Desenvolvimento Sustentável e com a Gestão Ambiental relacionada às Instituições Financeiras. Os princípios da prevenção e da precaução fazem parte dos objetivos do PNUMA.

De igual forma está prevista a aplicação de práticas de gestão ambiental, incluindo eficiência energética, reciclagem e prevenção dos resíduos na origem e auditorias ambientais internas, além da oferta de serviços financeiros e produtos e serviços que promovam a preservação ambiental.

Existe, ainda, o compromisso de sensibilização do público, através da gestão de comunicação, publicando as respectivas Políticas Ambientais e compartilhando as informações com os clientes e demais Instituições Financeiras como forma de ampliar o comprometimento com os Princípios da Declaração.

Esse caráter de publicidade merece destaque, uma vez que não apenas divulga as ações internas e externas de preservação ambiental, mas também se compromete a compartilhar a Política Ambiental adotada na Instituição Financeira com as demais concorrentes, a fim de difundir a importância da preservação ambiental como princípio de atividade econômica.

7 A declaração do milênio

Até 2015 os 191 Estados-Membro das Nações Unidas assumiram o compromisso de atingir oito objetivos definidos durante a Cúpula do Milênio, ocorrida em setembro de 2000. Os objetivos são erradicar a extrema pobreza e a fome, atingir o ensino básico universal, promover a igualdade entre os sexos e a autonomia das mulheres, reduzir a mortalidade infantil, melhorar a saúde materna, combater o HIV/AIDS, a ma-

lária e outras doenças, garantir a sustentabilidade ambiental, e, por fim, estabelecer uma Parceria Mundial para o Desenvolvimento.

Dentro do sétimo objetivo, que é garantir a sustentabilidade ambiental, existem as metas para integrar os princípios do desenvolvimento sustentável nas políticas e programas nacionais, como reverter a perda de recursos ambientais, reduzir pela metade, até 2015, a proporção da população sem acesso permanente e sustentável a água potável segura e, até 2020, ter alcançado uma melhora significativa nas vidas de pelo menos 100 milhões de habitantes de bairros degradados.

As Instituições Financeiras têm participado, de um modo geral, de pelo menos algum dos oito objetivos estabelecidos, adequando as respectivas áreas de atuação de acordo com os objetivos e metas estabelecidas.

A Caixa Econômica Federal, por exemplo, selecionada como estudo de caso para este artigo, participa colaborando para atingir os objetivos nº "1", "7" e "8" (Erradicar a extrema pobreza e a fome; Garantir a sustentabilidade ambiental e Estabelecer uma Parceria Mundial para o Desenvolvimento, respectivamente).

8 Estudo de caso - Caixa Econômica Federal

Passaremos a examinar, de forma sucinta, o que a Caixa Econômica Federal tem implementado em relação aos princípios acima, na promoção da defesa do meio ambiente, nos termos preconizados pelo artigo 170 e 225 da Constituição Federal.

Em que pese muitas pessoas desconhecerem a atuação da Caixa no meio ambiente, a empresa atua fortemente na área ambiental desde 1986 quando incorporou as atividades do extinto BNH (Banco Nacional de Habitação) e passou a operar no saneamento ambiental.²¹

No decorrer da década de 90 a Caixa Econômica Federal aderiu ao Protocolo Verde do Governo Federal e começou a atuar, através do desenvolvimento urbano, na área ambiental contribuindo para a melhoria da qualidade de vida nas cidades através da moradia e saneamento. Em 1997, por exemplo, a Caixa financiou uma série de programas de gestão e educação ambiental em diversos Estados do País, sendo que em 1998 o Projeto Entulho Bom, apoiado e publicado por esta Empresa Pública foi premiada pela ONU. Já em 2003 a empresa aderiu ao Pacto Global da ONU.

Até 2004 uma série de outras atividades foram desenvolvidas pela empresa, culminando com a Resolução da Diretoria nº. 894, a qual definiu a Política Ambiental Corporativa da Caixa Econômica Federal²². Essa Política Corporativa da Caixa prevê um Plano de Ação em parceria com todas as áreas da empresa, objetivando, dentre outras coisas, a habilitação de funcionários em temas ambientais (chamada aquisição de competências) com objetivo de atingir o que se denomina de ecoeficiência corporativa.

A Missão da Política Ambiental da Caixa é atuar com o princípio da Responsabilidade Sócio-Ambiental, integrando as questões sociais e

ambientais aos negócios, práticas de gestão, atividades e decisões empresariais.

Além de participar do Protocolo Verde, ser signatária do PNUMA²³ e contribuir para os Objetivos do Milênio, a CEF possui um protocolo de intenções com o Ministério do Meio Ambiente que tem por objetivo integrar experiências e esforços para o desenvolvimento sustentável brasileiro, prevendo a realização de seminários e eventos que contribuam para a educação ambiental, buscando novas soluções financeiras para projetos ligados ao meio ambiente, como reciclagem de lixo.

Como a Caixa é o principal agente governamental de políticas públicas habitacionais, firmou acordo junto com o Ministério do Meio Ambiente com a Agência de Cooperação Técnica Alemã – GTZ (*Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit GmbH*), com a finalidade de estabelecer parcerias e conjugar esforços na Gestão Ambiental Urbana.

Outro Protocolo de Cooperação Técnica foi firmado com o Ministério das Minas e Energia e Eletrobrás objetivando o planejamento e a implementação de ações voltadas ao uso eficiente de energia elétrica.

No dia 11 de novembro de 2005 a Caixa Econômica Federal fez a doação da Reserva Ecológica do Alcobaça (Petrópolis - RJ), criada em 1989 como área preservada da Mata Atlântica, para o IBAMA. A área foi vendida ao BNH em 1982, onde seriam construídas 2.500 unidades habitacionais. Posteriormente o BNH foi extinto e suas atividades incorporadas pela CEF que, junto com a Associação em Defesa dos Mananciais do Alcobaça (ADMA), assumiu a responsabilidade pela preservação da reserva.

9 A responsabilidade das instituições financeiras por danos ambientais

Conforme dito na introdução, cada vez mais cresce o comprometimento das Instituições Financeiras com a preservação ambiental. E isso não é apenas fruto de políticas governamentais e da conscientização da sociedade sobre a importância do assunto; mas, sim, resultado da obrigatoriedade cada vez maior de que os bancos observem com mais rigor as normas ambientais na concessão de crédito, sob pena de responderem pelos danos ao meio ambiente causados por obras ou atividades financiadas.

Tal assertiva é constatada, por exemplo, na Lei de Biossegurança. Na sociedade contemporânea, a Biotecnologia é movimentada pela atividade econômica e interage diretamente com o meio ambiente. A Lei 11.105/2005, que estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados, revogou a Lei 8.974/1995, mas manteve inalterado o texto da lei anterior no aspecto que envolve agentes financiadores, mantendo na lei atual o comando normativo que transcrevemos abaixo, o qual mostra a preocupação de que a atividade econômica respeite limites em favor do meio ambiente:

Artigo 2º: As atividades e projetos que envolvam Organismos Geneticamente Modificados (OGM) e seus derivados, relacionados ao ensino com manipulação de organismos vivos, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico e à produção industrial ficam restritos ao âmbito de entidades de direito público ou privado, que serão responsáveis pela obediência aos preceitos desta Lei e de sua regulamentação, bem como pelas eventuais consequências ou efeitos advindos de seu descumprimento.

§4º As organizações públicas e privadas, nacionais, estrangeiras ou internacionais, financiadoras ou patrocinadoras de atividades ou de projetos referidos no caput deste artigo devem exigir a apresentação de Certificado de Qualidade em Biossegurança, emitido pela CTNBio, sob pena de se tornarem co-responsáveis pelos eventuais efeitos decorrentes do descumprimento desta Lei ou de sua regulamentação.

Nesse mesmo sentido, visando compatibilizar atividade econômica e preservação do meio ambiente, no aspecto preventivo e reparador, o artigo 12 da Lei 6938/81 que estabelece a Política Nacional do Meio Ambiente, prevê que:

Art. 12- As entidades e órgãos de financiamento e incentivos governamentais condicionarão a aprovação de projetos habilitados a esses benefícios ao licenciamento, na forma desta lei, e ao cumprimento das normas, dos critérios e dos padrões expedidos pelo CONAMA - Conselho Nacional do Meio Ambiente.

Parágrafo único: As entidades e órgãos referidos no caput deste artigo deverão fazer constar dos projetos a realização de obras e aquisições de equipamentos destinados ao controle de degradação ambiental e à melhoria da qualidade do meio ambiente.

Analisando o artigo acima transcrito, Paulo Affonso Leme Machado afirma:

Ainda que a co-responsabilidade não esteja expressamente definida nessa lei, parece-nos que ela está implícita. A alocação de recursos do financiador para o financiado, com a transgressão indubitosa da lei, coloca o financiador numa atividade de cooperação ou de co-autoria com o financiado em todos os atos lesivos ambientais que ele fizer, por ação ou omissão²⁴.

A opinião do professor Paulo Affonso reflete a posição majoritária da doutrina, que entende ser objetiva e solidária a responsabilidade das Instituições Financeiras pelos danos ambientais causados por atividades

ou obras financiadas.

Particularmente discordamos da aplicação da teoria da responsabilidade objetiva e solidária em relação aos agentes financeiros. Entendemos que o poluidor (empresa financiada) é quem responde de forma objetiva pelos danos causados, sendo o agente financeiro responsável solidariamente apenas se houver desrespeitado as exigências ambientais previstas para a concessão do crédito.

No artigo 2º da Lei de Biossegurança o legislador foi expresso ao limitar a obrigação dos Bancos a exigir o Certificado de Qualidade em Biossegurança, sob pena de, em caso de não observância dessas regras, tornar-se co-responsável pelos danos que venham a ocorrer. Percebe-se, logo, que se o agente financeiro exigiu o Certificado emitido pela CTNBio não poderá ser responsabilizado por danos decorrentes da atividade ou obra financiada dentro das normas ambientais. Portanto, a co-responsabilidade só existirá no caso de desrespeito à exigência do Certificado previsto na Lei.

Em relação ao artigo 12 da Lei 6938/81, o próprio Professor Paulo Affonso reconhece que não há sequer previsão para a co-autoria, entendendo, porém, que a mesma estaria implícita na norma.

Nesse caso, em analogia com a Lei de Biossegurança, entendemos que o legislador também foi expresso ao estabelecer a responsabilidade do agente financeiro, que é de exigir a comprovação de obediência às normas do CONAMA. Concordamos que apenas no caso de desobediência desse requisito poder-se-ia falar em co-responsabilidade, pois nesse caso teria ocorrido uma transgressão às normas ambientais também pela Instituição Financeira, o que atrairia a responsabilidade para ambas.

Destaque-se que a empresa que recebeu o financiamento, porém, sempre será responsável pelos danos que causar ao meio ambiente, independente de culpa e independente da co-responsabilização do seu agente financeiro.

Ou seja, não estamos aqui defendendo que o dano não seja reparado e que o infrator não seja punido. Pelo contrário, a empresa poluidora, financiada ou não, será sempre responsável pelo dano ambiental causado, na forma da responsabilidade objetiva estabelecida no parágrafo 1º do artigo 14 da Lei 6938/81²⁵.

Os defensores da tese de que o artigo acima deva ser aplicado solidariamente às instituições financeiras no caso do dano ter sido praticado por atividade ou obra financiada, embasam sua posição no inciso IV do artigo 3º da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, o qual estabelece que poluidor é "a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental".

Nesse caso, segundo os seguidores dessa tese, o financiamento teria contribuído para que o dano ambiental ocorresse e o agente financeiro estaria equiparado ao poluidor por ter contribuído indiretamente

à degradação ambiental.

Não nos parece sensata a interpretação acima. Acreditamos que ela seria válida, quando muito, apenas se não houvesse norma específica para o caso que estamos discutindo. Como o legislador expressamente estabeleceu o papel do agente financeiro nos casos onde podem ocorrer danos ambientais, acreditamos que os mesmos só poderão ser responsabilizados solidariamente se tiverem descumprido as exigências acima citadas.

Outra norma que reforça nossa tese é o Decreto 99.274/1990, o qual prevê em seu artigo 23 que "as entidades governamentais de financiamento ou gestoras de incentivos, condicionarão a sua concessão à comprovação do licenciamento previsto neste decreto". Esse decreto regulamentou a Lei 6938/81 e dispõe sobre a criação de Estações Ecológicas e Áreas de Preservação Permanente.

Em síntese, no caso discutido acima, entendemos que se aplicam as normas específicas criadas para disciplinar a responsabilidade das instituições financeiras, como o artigo 12 da Lei 6938/81, o parágrafo 4º do artigo 2º da Lei de Biossegurança e o artigo 23 do Decreto Lei 99.274/1990.

10 As instituições financeiras diante da lei de crimes ambientais²⁶

A temática que será abordada neste capítulo não avaliará se as instituições financeiras podem ser responsabilizadas penalmente pelos crimes ambientais que eventualmente venham a cometer de maneira direta, pois esta possibilidade já está clara na própria lei. Nosso objeto de estudo será avaliar se os agentes financeiros poderiam ser penalizados pelos delitos cometidos por seus clientes, cuja atividade reprimida foi viabilizada através de financiamento bancário.

Essa questão também é polêmica. Em princípio, pode-se dizer que se aplica o artigo 29 do Código Penal, segundo o qual, quem de qualquer modo concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. Tal dispositivo precisa ser conjugado com o artigo 2º da Lei de Crimes Ambientais, que dispõe:

Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a este cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica que, sabendo da conduta criminoso de outrem, deixar de impedir sua prática, quando podia agir para evitá-la.

Do artigo acima podemos destacar dois comandos normativos: "de qualquer forma" e "na medida de sua culpabilidade". A primeira expressão, "de qualquer forma" tem sido interpretada por parte da doutrina como um meio de co-responsabilidade nos crimes ambientais, in-

dependente de participação direta na conduta delituosa.

A segunda expressão, porém, remete ao conceito de culpa, sendo completada pela parte final do artigo que condiciona o delito ao conhecimento do mesmo. O que num momento inicial parece ser contraditório, num segundo instante toma forma mais nítida quando se contrapõem as expressões "de qualquer forma" e "na medida de sua culpabilidade"; ou seja, pressupõe-se a existência de culpa para que ocorra o delito.

No caso das Instituições Financeiras, entendemos que o artigo acima poderia ser usado apenas quando a operação financiada exija cuidados por parte do banco que precisam ser comprovados pela empresa financiada, como, por exemplo, o Estudo Prévio de Impacto Ambiental.

Em nosso sentir, somente se algum requisito como o anteriormente citado fosse desrespeitado é que poderia ser configurada a "culpabilidade" do financiador. Caso contrário, não se poderia falar em co-responsabilidade ou participação no delito, sob pena de estarmos falando em responsabilidade penal objetiva.

Neste sentido, a título exemplificativo, podemos citar o artigo 17 do Decreto 99.274/1990, o qual estabelece:

A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimento de atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, bem assim os empreendimentos capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento do órgão estadual competente integrante do SISNAMA, sem prejuízo de outras licenças legalmente exigíveis.

Nessa mesma linha de raciocínio, a Lei de Crimes Ambientais em seu artigo 64 prevê pena de detenção e multa para quem promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, "assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida".

Logo, para fins ilustrativos, vamos imaginar que uma pessoa jurídica constrói um empreendimento potencialmente causador de degradação ambiental (art. 17 do Decreto 99.274/1990) em solo não edificável por possuir valor arqueológico (art. 64 da Lei 9.605/98), sem, contudo, possuir autorização do órgão competente para realizar a referida obra.

A conseqüência será a responsabilização criminal da pessoa jurídica com base no artigo 64 da Lei de Crimes Ambientais, podendo ocorrer a despersonalização da pessoa jurídica, com a previsão de detenção de seis meses a um ano, e multa.

Porém, prosseguindo em nosso exercício hipotético, vamos supor que o empreendimento antes referido tenha sido construído com recur-

sos oriundos de financiamento específico para a obra citada, obtido junto a um estabelecimento bancário. Nesse caso, a condenação atingirá também a instituição financeira? E se a concedente do empréstimo for uma entidade governamental?

Respondendo a primeira pergunta, entendemos que poderá ocorrer a condenação da instituição financeira caso ela não tenha exigido a comprovação, por parte do tomador do empréstimo, de que a empresa tinha autorização para realizar o empreendimento naquela área específica (região arqueológica, por exemplo). Essa tese ganha mais força quando se comprova que a instituição financeira tinha conhecimento de que os recursos seriam aplicados na área protegida e, mesmo assim, não solicitou que a empresa apresentasse as respectivas chancelas e autorização dos órgãos competentes.

Neste caso, entendemos que se configura a segunda parte do artigo 2º da Lei 9.605/98, que estabelece que incorre nas mesmas penas aquele que, sabendo da conduta delituosa de outrem, nada faz para impedir tal prática. Ou seja, o preposto da instituição financeira deveria ter negado o financiamento por não ter a empresa solicitante apresentado a autorização para construir naquela região protegida.

Sobre a segunda pergunta, no caso de o agente financeiro ser uma entidade governamental, ratificamos o mesmo raciocínio do parágrafo anterior, com o acréscimo na fundamentação exposta de que o artigo 23 do Decreto 99.274/1990 estabelece que "as entidades governamentais de financiamento ou gestoras de incentivos, condicionarão a sua concessão à comprovação do licenciamento previsto neste decreto". Logo, caso tenha ocorrido esta omissão, comprova-se a responsabilidade da entidade financiadora governamental no resultado do delito, devendo a mesma ser penalizada da mesma forma que as demais pessoas jurídicas.

A possibilidade de aplicação da Lei de Crimes Ambientais contra Pessoa Jurídica de Direito Público gera controvérsias. Rafael Dal'Agnol aponta que a "lei é omissa quanto a que tipo de pessoa jurídica poderá ser punida criminalmente por infrações a seus dispositivos, sendo que, em tese, até mesmo as pessoas jurídicas de direito público²⁷" poderão ser penalizadas.

Paulo Affonso Leme Machado é mais enfático e direto ao afirmar que poderão ser responsabilizadas penalmente tanto a pessoa jurídica de Direito Privado como a de Direito Público. Para o autor, a Lei brasileira não previu nenhuma exceção. Sendo assim, tanto a "União, os Estados e os Municípios, como as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as agências e as fundações de Direito Público, poderão ser incriminados penalmente²⁸". Segundo o autor, eventual condenação neste sentido não teria o condão de enfraquecer o Poder Público, antes pelo contrário, estaria lhe ajudando no cumprimento de suas finalidades e obrigações.

Outro argumento usado pelos doutrinadores que entendem não ser possível a responsabilização do Estado é no tocante à aplicação das penas. Entendem que a incompatibilidade de aplicar penas de suspensão das ativi-

dades demonstraria que a Lei não é compatível com os entes públicos.

Os defensores da tese contrária afirmam que esse aspecto não seria empecilho, pois bastaria o juiz aplicar as demais penas de multa e prestação de serviços à comunidade, por exemplo, uma vez que ambas são plenamente compatíveis com a atividade estatal.

Como se observa, o tema é polêmico. Todavia, a Lei não guardou nenhuma distinção entre Pessoas Jurídicas de Direito Público ou Privado. As restrições existentes são decorrentes de interpretações variadas, todas com bons fundamentos, mas que no nosso sentir nem todas condizem com o diploma legal em exame.

Realmente, não haveria como aplicar uma suspensão parcial ou total de atividades para a União ou para um Município, por exemplo. Porém, ao mesmo tempo, negar que se possa aplicar uma pena de multa ou de recuperação de espaços públicos é recusar o que já está ocorrendo diariamente nas condenações cíveis aplicadas pelo Judiciário. A alegação de que a multa geraria um mero remanejamento de créditos orçamentários não se constituindo numa pena propriamente dita, também não prospera, uma vez que ao remanejar esses recursos o juiz estará decidindo em favor da reparação do dano ambiental, dando outro destino ao dinheiro do contribuinte.

Logo, filiamo-nos à corrente de opinião que as Pessoas Jurídicas de Direito Público podem ser responsabilizadas penalmente, competindo ao Poder Judiciário, dentro do princípio da tripartição dos poderes e do princípio da proporcionalidade, analisar qual a penalidade que melhor se adequará ao caso concreto, visando proteger o direito das presentes e futuras gerações a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Além disso, entendemos que poderá ocorrer a co-autoria do mandatário, gerente ou administrador, por exemplo, com a Pessoa Jurídica de Direito Público, nos termos do artigo 2º da Lei em comento, o qual prevê que aquele que de qualquer forma concorre para a prática do crime incide nas penas a estes cominadas.

Reconhecemos, porém, que a aplicação desse dispositivo não é simples, pois além da dificuldade na identificação do responsável pelo fato ocorrerão situações peculiares, como, por exemplo, no caso do Presidente da República onde a acusação precisa ser admitida por dois terços da Câmara dos Deputados, sendo ele submetido ao julgamento do Supremo Tribunal Federal (infrações penais comuns) ou do Senado Federal (crimes de responsabilidade).

Sobre a co-autoria, importante destacar a lição de Ney de Barros Bello Filho, que ao comentar o artigo 29 do Código Penal e o artigo 2º da Lei de Crimes Ambientais leciona:

quis o legislador que todo aquele integrante da empresa que concorre para a prática do ato delituoso ambiental seja responsabilizado em co-autoria (lato sensu), que seja participe ou co-autor (stricto sensu). No caso de duas ou

mais pessoas jurídicas virem a cometer o ato, a co-autoria englobará todas as pessoas que participarem do delito de ambas as pessoas jurídicas, além delas próprias²⁹.

Solange Teles da Silva ensina que é possível perceber na leitura da Lei 9.605/98 "três modalidades de co-autoria: uma primeira, entre uma ou mais pessoas jurídicas e uma ou mais pessoas físicas; uma segunda, entre duas ou mais pessoas jurídicas; e uma terceira, entre duas ou mais pessoas físicas³⁰".

No caso em tela, embora estejamos tratando da possibilidade de co-autoria entre duas pessoas jurídicas, sempre cabe lembrar, como já evidenciado, que a co-autoria também poderá ocorrer com a pessoa física responsável pelo ato criminoso, como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, etc. Todavia, entendemos que esta co-autoria dependerá da comprovação de culpa ou dolo da pessoa física envolvida, não ocorrendo, pois, obrigatoriamente a co-autoria necessária.

11 Conclusão

Observamos no estudo de caso com a Caixa Econômica Federal que há uma tendência de preocupação crescente do setor bancário em tentar firmar cada vez mais a imagem da instituição financeira como agente preocupado com a preservação socioambiental e com o desenvolvimento sustentável.

Apesar disso, a participação voluntária dos bancos brasileiros nos protocolos internacionais que tratam da conservação e da responsabilidade ambiental ainda é tímida. O número de participantes, apesar de ter crescido, ainda é pequeno.

Todavia, entendemos que esse é um caminho sem volta. Cada vez mais o arcabouço jurídico se fecha para garantir o meio ambiente sadio como um direito de todos. Neste sentido é o *caput* do artigo 225 onde temos o meio ambiente ecologicamente equilibrado considerado bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, constituindo-se em direito de todos, sem exceção, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

De igual forma, o fato de obrigar os bancos a verificarem se os clientes que desejam financiar uma obra ou empreendimento estão cumprindo a legislação ambiental, faz com que estas instituições financeiras passem obrigatoriamente a se preocupar com um meio ambiente protegido e menos poluído.

Tudo isso ainda somado ao fato de que os consumidores de serviços bancários estão cada vez mais conscientes da importância de apenas adquirir produtos de empresas socialmente responsáveis.

Essa tendência está em plena consonância com o inciso VI do artigo 170 da Constituição Federal, que prevê que a Ordem Econômica terá

como princípio a "defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seu processo de elaboração e prestação".

Em nosso sentir, esse contexto contribui para a valorização do meio ambiente como a consagração de um novo direito fundamental oriundo do texto constitucional de 1988, onde as instituições financeiras precisam cumprir com sua finalidade social colaborando com o financiamento do desenvolvimento sustentável como forma de compatibilizar desenvolvimento econômico e preservação ambiental.

Notas

1 DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

2 JARDIM, Simone Silva. O lado business da responsabilidade socioambiental. **Revista Ambiente Legal**. São Paulo, Ano I, nº 2, Janeiro/

Fevereiro/Março 2006, p. 5.

3 SOUZA, Okky. Os Verdes Chegam a Wall Street. **Revista Veja**. São Paulo: Editora Abril, Edição 1961, ano 39, nº 24, 21 de junho de 2006, p. 83.

4 Trabalhar-se-á neste artigo com a palavra "banco" como sinônimo de Instituição Financeira.

5 DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo. Editora Max Limonad, 2ª ed., 2001, p. 80.

6 DO MEIO AMBIENTE: Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o ma-

nejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade.

§ 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua

utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º - São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º - As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

- 7 DERANI, Cristiane. *Op. cit.*, p. 191; 237-238; 242: A base do desenvolvimento das relações produtivas está na natureza. [...] Esta união visceral, necessariamente, tem de se fazer sentir no interior do ordenamento jurídico. São estes os elementos que suportam a tese de que a realização do art. 225 da Constituição Federal passa pela efetivação do art. 170 e vice-versa.
- 8 Convenção sobre a preservação da flora e da fauna, de 1933.
- 9 VARELA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Econômico Ambiental**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003, p. 40: Assim, ocorre uma união do conceito dos direitos humanos (finalidade) com os conceitos do direito ambiental (condicionalidade) e do desenvolvimento econômico (crescimento econômico), que dão origem ao conceito de desenvolvimento. Quanto mais existirem liberdades para os indivíduos, mais há desenvolvimento, e podemos afirmar que esta é a real base do direito internacional de hoje, Econômico e Ambiental.
- 10 *Ibidem*, p. 43.
- 11 VARELA, Marcelo Dias. *Op. cit.*, p. 33.
- 12 SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Direito Ambiental Internacional**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Thex Editora, 2002, p. 35.

- 13 VARELA, Marcelo Dias. *Op. cit.*, p. 33.
- 14 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Di-
reito Ambiental Brasileiro**. 12ª edi-
ção, SP, Malheiros, 2004, p. 313.
- 15 BARBOSA, Fabiano Jantalia. Os ban-
cos públicos federais e o desenvolvi-
mento sustentável. *Jornal da Associ-
ação Nacional dos Advogados da Cai-
xa Econômica Federal - ADVOCEF*,
encarte **JURIS TANTUN**, dezembro
de 2004.
- 16 GRIZZI, Ana Luci Esteves. BERGAMO,
Cintya Izilda. HUNGIA, Cyntia Ferragi.
CHEN, Josephine Eugenia. **Respon-
sabilidade civil ambiental dos
financiadores**. Rio de Janeiro: Lúmen
Júris, 2003, p. 74-75.
- 17 <<http://www.unglobalcompact.org>>,
acesso em 20 de outubro de 2005.
- 18 <[http://www.pactoglobal.org.br/
pg_principio.php](http://www.pactoglobal.org.br/pg_principio.php)>, acesso em 20 de
outubro de 2005.
- 19 VARELA, Marcelo Dias. *Op. cit.*, p. 34.
- 20 <<http://www.unepfi.net>>, acesso em
20 de outubro de 2005.
- 21 STEFANELLO, Alaim Giovanni Fortes. A
Responsabilidade da Instituição Fi-
nanceira ao financiar empresas cau-
sadoras de danos ambientais. São
Paulo, Editora NDJ. **Boletim de Di-
reito Administrativo - BDA** nº 8,
agosto de 2005, p. 891.
- 22 Dados levantados com base na
intranet da Caixa Econômica Federal,
na página da SUDUP (Superintendên-
cia Nacional de Parcerias e Apoio ao
Desenvolvimento Urbano).
- 23 No dia 25 de setembro de 2005 a
CEF firmou acordo com o Programa
das Nações Unidas para o Meio Am-
biente (PNUMA).
- 24 MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Di-
reito ambiental brasileiro**. São Pau-
lo: Malheiros, 2004, p. 318.
- 25 Artigo 14 - Sem prejuízo das penali-
dades definidas pela legislação fede-
ral, estadual e municipal, o não cum-
primento das medidas necessárias à
preservação ou correção dos incon-
venientes e danos causados pela de-
gradação da qualidade ambiental
sujeitará os transgressores:
§1º Sem obstar a aplicação das pena-
lidades previstas neste artigo, é o
poluidor obrigado, independentemente
da existência de culpa, a inden-
nizar ou reparar os danos causados
ao meio ambiente e a terceiros, afet-
ados por sua atividade. O Ministério
Público da União e dos Estados terá
legitimidade para propor ação de res-
ponsabilidade civil e criminal, por
danos causados ao meio ambiente.
- 26 Este tópico foi abordado por nós de
maneira mais específica no artigo **A
Responsabilização Penal da Pessoa
Jurídica nos Crimes Ambientais**. Re-
vista Circulus, Revista da Justiça Fe-
deral do Amazonas, nº 6, Editora da
Universidade Federal do Amazonas -
EDUA. No Prelo.
- 27 DAL'AGNOL, Rafael. **Área Tecnoló-
gica: Análise do Conhecimento Ju-
rídico-Penal-Ecológico**. Dissertação
de Mestrado. Universidade Federal de
Santa Catarina. Florianópolis, SC,
2000, p. 101.
- 28 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Op.
cit.*, p. 667.
- 29 BELLO FILHO, Ney de Barros. **A Res-
ponsabilidade Criminal da Pessoa
Jurídica por Danos ao Ambiente**.
Direito Ambiental Contemporâneo.
LEITE, José Rubens Morato; BELLO FI-
LHO, Ney de Barros. (organizadores).
Barueri, SP: Manole, 2004, p. 175.
- 30 FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin
& SILVA, Solange Teles. Responsabili-
dade penal das pessoas jurídicas de
direito público na Lei nº 9.605/98.
Revista de Direito Ambiental, vo-

lume 10, São Paulo, p. 182.

Referências

BARBOSA, Fabiano Jantalia. Os bancos públicos federais e o desenvolvimento sustentável. *Jornal da Associação Nacio-*

BELLO FILHO, Ney de Barros. (organizadores). Barueri, SP: Manole, 2004.

DAL'AGNOL, Rafael. Área Tecnológica: **Análise do Conhecimento Jurídico-Penal-Ecológico**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, SC, 2000.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo. Editora Max Limonad, 2ª ed., 2001.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin & SILVA, Solange Teles. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas de direito público na Lei nº 9.605/98. **Revista de Direito Ambiental**, volume 10, São Paulo.

GRIZZI, Ana Luci Esteves. BERGAMO, Cintya Izilda. HUNGIA, Cyntia Ferragi. CHEN, Josephine Eugenia. **Responsabilidade civil ambiental dos financiadores**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

JARDIM, Simone Silva. O lado business da responsabilidade socioambiental. **Revista Ambiente Legal**. São Paulo, Ano I, nº 2, Janeiro/Fevereiro/Março 2006.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 12ª edição, SP, Malheiros, 2004.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Direito Ambiental Internacional**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Thex Editora, 2002.

SOUZA, Okky. Os Verdes Chegam a Wall Street. **Revista Veja**. São Paulo: Editora Abril, Edição 1961, ano 39, nº 24, 21 de junho de 2006.

nal dos Advogados da Caixa Econômica Federal - ADVOCEF, encarte **JURIS TANTUN**. Dezembro de 2004.

BELLO FILHO, Ney de Barros. A Responsabilidade Criminal da Pessoa Jurídica por Danos ao Ambiente. **Direito Ambiental Contemporâneo**. LEITE, José Rubens Morato;

STEFANELLO, Alaim Giovani Fortes. A Responsabilidade da Instituição Financeira ao financiar empresas causadoras de danos ambientais. São Paulo, Editora NDJ. **Boletim de Direito Administrativo - BDA** nº 8, agosto de 2005.

STEFANELLO, Alaim Giovani Fortes. A Responsabilização Penal da Pessoa Jurídica nos Crimes Ambientais. **Revista Circulus - Revista da Justiça Federal do Amazonas**. nº 6, Editora da Universidade Federal do Amazonas - EDUA. Manaus: No Prelo.

VARELA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Econômico Ambiental**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003.

<http://www.pactoglobal.org.br/pg_principio.php> Acesso em 20 de outubro de 2005.

<<http://www.unepfi.net>> Acesso em 20 de outubro de 2005.

<<http://www.unglobalcompact.org>> Acesso em 20 de outubro de 2005.



PARTE 2

JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal

Loteria e sorteio. Competência legislativa da União. Inconstitucionalidade de norma estadual.

EMENTA OFICIAL

INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Art. 14 da Lei nº 7.734/2002, do Estado do Maranhão. Loteria e sorteio. Modalidades. Instituição e disciplina. Ação julgada procedente. Matéria de competência legislativa exclusiva da União. Ofensa ao art. 22, incs. I e XX, da CF. Precedentes. É inconstitucional a lei estadual que autoriza a instituição de serviço de loteria nas modalidades de concurso de prognóstico sobre resultado de sorteios de números.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Senhora Ministra ELLEN GRACIE, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em julgar procedente a ação, nos termos do voto do Relator, vencido o Senhor Ministro MARCO AURÉLIO, que a julgava improcedente.

Brasília, 13 de dezembro de 2006.

Cezar Peluso - Relator.

ADI nº 3.063-9-DF. DJU 13/12/2006.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - (Relator):

1. O Procurador-Geral da República, a pedido do Procurador-Geral de Justiça do Estado do Maranhão, ajuizou ação direta de inconstitucionalidade contra o art. 14 da Lei nº 7.734, de 19 de abril de 2002, do Estado do Maranhão, que dispõe:

"Art. 14. Fica o Poder Executivo autorizado a instituir o serviço de Loteria Estadual nas modalidades de concurso de prognóstico sobre o resultado de sorteios de números, promovido em datas prefixadas, com distribuição de prêmios mediante rateio e outras modalidades de apostas do seu interesse.

§ 1º. O serviço de que trata o caput deste artigo integra as competências da Gerência da Receita Estadual.

§ 2º. Os recursos provenientes do serviço de Loteria Estadual serão destinados ao apoio das atividades de esporte e lazer, bem como de obras de interesse social.

§ 3º. A implantação e regulamentação do serviço de Loteria Estadual e a definição dos percentuais a serem destinados ao apoio das atividades de esporte e lazer e de obras de interesse social serão determinadas pelo Governador do Estado mediante decreto."

2. O autor suscita a incompatibilidade dessas normas com os incs. I e XX do art. 22 da Constituição Federal:

"Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

(...)

XX - sistemas de consórcios e sorteios"

3. O art. 14 e §§ da lei maranhense ofenderiam competência privativa da União para legislar sobre sorteios e, de modo indireto, competência privativa em matéria penal, por derogar, excepcionalmente, as normas que tratam da contravenção de Loteria, prevista no art. 1º do Decreto Lei nº 204/67: "a exploração de loteria, como derrogação excepcional das normas do Direito Penal, constitui serviço público exclusivo da União, não suscetível de concessão e só será permitida nos termos do presente Decreto-Lei." (fls. 3).

4. Houve pedido liminar, no qual se requereu a "suspensão da eficácia do dispositivo impugnado, até o julgamento da ação, em face da relevância dos fundamentos jurídicos do pedido e do periculum in mora, tendo em vista a lesão que produção de efeitos pela norma alvejada causará à poupança popular, de mais do que incerta reparação." (fls. 4).

5. Determinei a aplicação do art. 12 da Lei nº 9.868, de 10/11/1999. O Governador do Estado prestou informações (fls. 44/46). O Advogado-Geral da União manifestou-se pela procedência, afirmando que "o mencionado dispositivo, ao cuidar de loteria, invade a competência privativa da União prevista no art. 22, XX, da Constituição Federal, uma vez que esse assunto está

abrangido pelo conceito de sorteio" (fls. 56). No mesmo sentido é o parecer do Procurador-Geral da República.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - (Relator):

1. Admito a intervenção da Associação Brasileira de Loterias Estaduais como *amicus curiae*.

2. O art. 14 da lei maranhense nº 7.734/2002 autorizou o Poder Executivo a "instituir o serviço de Loteria Estadual nas modalidades de concurso de prognóstico sobre o resultado de sorteios de números (...) e outras modalidades de apostas do seu interesse".

Ocorre que a competência para legislar sobre sistemas de sorteios, nos quais se inclui a modalidade de loteria, é exclusiva da União, de acordo com o art. 22, inc. XX, da Constituição Federal, como se cansa de o proclamar esta Corte:

"AÇÃO DIREITA DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 2º DO ARTIGO 62 DA LEI N. 7.156/99 DO ESTADO DO MATO GROSSO. INSTALAÇÃO E OPERAÇÃO DE MÁQUINAS ELETRÔNICAS DO JOGO DE BINGO NAQUELE ESTADO-MEMBRO. MATÉRIA AFETA À COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. 1. A Constituição do Brasil determina expressamente que compete à União legislar sobre sistemas de consórcios e sorteios (art. 22, inciso XX). 2. A exploração de loterias constitui ilícito penal. Nos termos do disposto no art. 22, inciso I, da Constituição, lei que opera a migração dessa atividade do campo da ilicitude

para o campo da licitude é de competência privativa da União. 3. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado precedente." (ADI nº 2.847-DF, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJ de 26.11.2004. Grifei).

"O Tribunal, por maioria, julgou precedente pedido formulado em ação direta ajuizada pelo Procurador-Geral da República para declarar a inconstitucionalidade da Lei 11.348/2000, do Estado de Santa Catarina, que dispõe sobre o serviço de loterias e jogos e diversões eletrônicas no âmbito daquela unidade federativa. Com base em precedente da Corte (ADI 2847/DF, DJU de 26/11/2004), entendeu-se que a lei impugnada usurpou a competência privativa da União para legislar sobre sistemas de consórcios e sorteios (CF, art. 22, XX). Ressaltou-se não estar sob análise, no entanto, a Lei estadual 3.812/66 - a que se refere o art. 1º do aludido diploma - que teria criado a Loteria do Estado de Santa Catarina quando permitida, pela legislação federal então vigente (Decreto-lei 6.259/44), a instituição e a exploração de loteria pelos Estados-membros. Esclareceu-se que, embora o Decreto-lei 204/67 tenha criado o monopólio da União sobre a matéria, nos termos de seus artigos 32 e 33, permitiu a manutenção das loterias estaduais naquela data existentes. Concluiu-se, dessa forma, que, por força desses dispositivos, a Lei estadual 3.812/66 poderia subsistir." (ADI nº 2.996-SC, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. em 10.8.2006. Informativo nº 435. Grifei. No mesmo sentido e da mesma data, ADI nº 3.147-PI, Rel. Min. CARLOS BRITTO; ADI nº 3.183-MS, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 6.570/03 DO ESTADO DO PARÁ. SERVIÇOS DE LOTERIAS. REGRAS DE EXPLORAÇÃO. SISTEMAS DE CONSÓRCIOS E SORTEIOS E DIREITO PENAL. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE A MATÉRIA. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. Ao mencionar "sorteios" o texto da Constituição do Brasil está aludir ao conceito de loteria. Precedente. 2. Lei estadual que disponha sobre espécies de sorteios usurpa competência exclusiva da União. 3. Flagrante incompatibilidade entre a lei paraense e o preceito veiculado pelo artigo 22, inciso X, da CB/88. 4. A exploração de loterias constitui ilícito penal. A isenção à regra que define a ilicitude penal da exploração da atividade vinculada às loterias também consubstancia matéria de Direito Penal. Compete privativamente à União legislar sobre Direito Penal - -- artigo 22, inciso I, CB/88. 5. Pedido de declaração de inconstitucionalidade precedente." (ADI nº 3.259-PA, Rel. Min. EROS GRAU, DJ de 24/02/2006).

4. Diante do exposto, julgo precedente a ação, para reconhecer, com efeito *ex tunc*, em face da afronta aos incisos I e XX do artigo 22 da Constituição Federal, a inconstitucionalidade do art. 14 e §§ da Lei nº 7.734, de 19/04/2002, do Estado do Maranhão.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhora Presidente, apenas consigno que continuo no entendimento sufragado quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.169-3/DF. Eis como me manifestei na ocasião:

[...] em votos proferidos no Plenário, o Ministro Sydney Sanches sempre sopesou os riscos que estariam a decorrer da concessão, ou não, de uma liminar. E vejo que os riscos maiores, no caso, posicionam-se de maneira contrária à concessão, tendo em vista o colapso que haveria, com o afastamento, inclusive, do cenário nacional, que é precário, de inúmeros empregos, bem como de recursos arrecadados em benefício dos esportes.

A referência contida no artigo 57 da Lei à "Secretaria da Fazenda da respectiva unidade da Federação" já foi, quanto à sua origem, ressaltada. Partiu-se do que ocorre quanto a credenciamentos no âmbito da própria União, em que há atuação do Ministério da Fazenda.

Por outro lado, entendo que o § 1º do citado artigo não cogita da edição de diploma para reger, em si, o funcionamento dos bingos, mas de mera disciplina desse fun-

cionamento, a ser explicitada por ato administrativo.

Peço vênia ao relator e aos colegas para divergir.

DECISÃO

O Tribunal, por maioria, julgou procedente a ação, nos termos do voto do Relator, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Plenário, 13/12/2006.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.

Luiz Tomimatsu - Secretário.

Superior Tribunal de Justiça

SFH. Contrato com FCVS. Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor.

EMENTA OFICIAL

PROCESSO CIVIL - SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO - CONTRATO COM COBERTURA DO FCVS - INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR SE COLIDENTES COM AS REGRAS DA LEGISLAÇÃO PRÓPRIA.

1. O CDC é aplicável aos contratos do SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO, incidindo sobre contratos de mútuo.

2. Entretanto, nos contratos de financiamento do SFH vinculados ao FUNDO DE COMPENSAÇÃO DE VARIÇÃO SALARIAL - FCVS, pela presença da garantia do Governo em relação ao saldo devedor, aplica-se a legislação própria e protetiva do mutuário hipossuficiente e do próprio Sistema, afastando-se o CDC, se colidentes as regras jurídicas.

3. Os litígios oriundos do SFH mostram-se tão desiguais que as Turmas que compõem a Seção de Direito Privado examinam as ações sobre os contratos sem a cláusula do FCVS, enquanto as demandas oriundas de contratos com a cláusula do FCVS são processadas e julgadas pelas Turmas de Direito Público.

4. Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da

Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça "Prosseguindo no julgamento, a Seção, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Luiz Fux e José Delgado, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Castro Meira e Humberto Martins votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Não participaram do julgamento a Sra. Ministra Denise Arruda e o Sr. Ministro Herman Benjamin (RISTJ, art. 162, § 2º).

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília-DF, 28 de fevereiro de 2007 (Data do Julgamento).

Ministra Eliana Calmon - Relatora.

REsp nº 489.701 - SP (2002/0159756-5). DJU 16/04/2007.

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON (Relator): - Trata-se de recurso especial interposto, com fulcro na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão do TJ/SP, assim ementado:

CONTRATO - Promessa de compra e venda de imóvel - Sistema Financeiro da Habitação - COHAB - Cessão, pelos mutuários, do imóvel a terceiros, bem como não pagamento das prestações do financiamento - Rescisão da avença,

cumulada com reintegração de posse - Perda das quantias pagas - Admissibilidade - Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor - Ação procedente - Decisão mantida - Recurso desprovido.

(fl. 89)

Inconformados, os recorrentes apontam violação do art. 53 do Código de Defesa do Consumidor, aduzindo, para tanto, que o referido diploma legal encontra aplicação *in casu*.

Afirmam, ainda, que a recorrida certamente irá renegociar o imóvel objeto do contrato, não havendo, pois, que se falar em perda econômica para o SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. Assim, pugnam pela devolução das parcelas pagas pela recorrente.

Após as contra-razões, subiram os autos, que foram distribuídos à Segunda Seção, sendo relator o Ministro Pádua Ribeiro que, em fundamentado despacho, ordenou a redistribuição do feito à Primeira Seção, porque o contrato de financiamento questionado no processo possui previsão de cobertura do saldo devedor pelo FUNDO DE COMPENSAÇÃO DE VARIAÇÃO SALARIAL - FCVS, sendo da Primeira Seção a competência para apreciá-lo (fl. 140).

Na redistribuição do recurso especial, coube-me a relatoria.

Como o recurso trata de questão controvertida na Primeira e Segunda Turmas, no julgamento de 27/06/2006 decidiu-se afetar o processo à Primeira Seção (fl. 146).

É o relatório.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON (Relator): - Temos,

na origem, ação de rescisão de contrato, com reintegração de posse, movida pela COMPANHIA HABITACIONAL REGIONAL DE RIBEIRÃO PRETO - COHAB/RP contra mutuário que adquiriu imóvel residencial pelo SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO, com cláusula do FCVS, com prestações escalonadas para 300 (trezentos) meses, datando o contrato de 1º de julho de 1992, conforme está registrado no contrato (fl. 09).

O adquirente cedeu o imóvel para terceiras pessoas e desapareceu, deixando de pagar as prestações avençadas, o que levou a empresa a pedir a retomada do imóvel, como previsto no contrato.

Os réus foram citados por edital por não serem encontrados e a sentença de Primeiro Grau, invocando a cláusula vigésima segunda do contrato, julgou procedente o pedido, argumentando:

A cláusula vigésima segunda enseja a rescisão do contrato na hipótese de cessão do imóvel a terceiros. Essa conduta prejudica a finalidade estritamente social e assistencial a que o financiamento objetivou, dando ao imóvel outra destinação que não seja para sua residência e de seus familiares (fls. 11).

(fl. 61)

A proibição tem por objetivo evitar a especulação com tais imóveis e a indevida comercialização indevida (sic) para pessoas que não se insiram no âmbito de atendimento do projeto residencial. É à COHAB, que incumbe verificar a adequação dos interessados adquirentes.

Não se cuida de frustrar ou diminuir o direito de propriedade dos adquirentes, até porque a pro-

priedade ainda é da COHAB, que simplesmente prometeu vender. O cumprimento da cláusula contribui, sim, para o desenvolvimento das atividades sociais da empresa. Quando liquidado o contrato, os compromissários compradores poderão então transferir a quem quiserem.

(fls. 61/62).

Houve apelação, manifestada pelo curador especial, diante da revelia dos réus citados por edital, e a argumentação da defesa foi a de nulidade do contrato, pois as cláusulas atentavam contra o Código de Defesa do Consumidor.

O Tribunal, ao confirmar a sentença, expressou o entendimento seguinte:

Outrossim, os apelantes se insurgem contra a sentença que não aplicou na espécie o art. 53 do Código de Defesa do Consumidor, considerando inviável a retenção total das prestações pagas em benefício da autora da demanda.

Só que o Código de Defesa do Consumidor é inaplicável no caso dos autos, haja vista que o contrato celebrado entre as partes tem cunho estritamente social, qual seja, solucionar ou, ao menos, amenizar o problema habitacional do país. Além disso a apelada não tem finalidade lucrativa ao construir suas obras de moradia.

(fl. 90)

Examinando a tese jurídica abstraída no recurso especial, fazem-se necessárias algumas colocações quanto à aplicabilidade da Lei 8.078/90 ao caso em análise. Vale lembrar que, em princípio, a relação de compra e venda financiada de imóvel é típica relação de consumo, aplicando-se o Código de

Defesa do Consumidor, por não haver restrição ou ressalva às atividades de natureza bancária, financeira e de crédito.

O instrumento contratual utilizado em tais casos apresenta natureza de contrato de adesão, no qual não é conferida ao contratante a oportunidade de discutir o teor do pacto, cabendo-lhe, tão-somente, submeter-se à vontade da outra parte.

Com base nesse entendimento, as Turmas que compõem a Primeira Seção, amparadas em precedentes das Turmas da Seção de Direito Privado do STJ, vêm entendendo sendo aplicáveis as disposições do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de mútuo regidos pelo SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. Confira-se os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. SALDO DEVEDOR. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. TAXA REFERENCIAL.

1.A ausência de debate, na instância recorrida, sobre o dispositivo legal cuja violação se alega no recurso especial atrai a incidência das Súmulas 282 e 356 do STF.

2. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido da aplicação do CDC aos contratos de financiamento habitacional, considerando que há relação de consumo entre o agente financeiro do SFH e o mutuário.

3. A TR, com o julgamento da ADIn 493, não foi excluída do ordenamento jurídico pátrio, tendo apenas o seu âmbito de inci-

dência limitado ao período posterior à edição da Lei 8.177, de 1991.

4. Aos contratos de mútuo habitacional firmados no âmbito do SFH após a entrada em vigor da Lei 8.177/91, e que prevejam a correção do saldo devedor pela taxa básica aplicável aos depósitos da poupança, aplica-se a Taxa Referencial por expressa determinação legal.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e provido, em parte.

(REsp 678431/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, unânime, DJ 28/02/2005, p. 252)

ADMINISTRATIVO. SFH. CONTRATO DE MÚTUO. REAJUSTE DE PRESTAÇÕES. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ÔNUS SUCUMBENCIAIS.

1. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor ao contrato de mútuo do Sistema Financeiro Habitacional para aquisição de imóvel, eis que retrata uma relação de consumo existente entre os mutuários e o agente financeiro do SFH. Precedentes.

2. Para verificar se os autores decaíram de parte mínima ou se houve sucumbência recíproca seria necessário o reexame de matéria fática. Incidência da Súmula 07/STJ.

3. Recurso especial improvido.

(REsp 688397/PR, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, unânime, DJ 23/05/2005, p. 235)

RECURSO ESPECIAL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO - SFH. CASA PRÓPRIA. CONTRATO DE MÚTUO. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - CDC AOS CONTRATOS DO SFH. POSSIBILIDADE DE USO DA TR COMO FATOR DE ATUALIZAÇÃO DO SALDO DEVEDOR.

Segundo o STF, é legítima a incidência da TR, uma vez que não excluiu a taxa referencial do universo jurídico, explicitando apenas a impossibilidade de sua incidência em substituição a outros índices estipulados em contratos firmados anteriormente à Lei nº 8.177/91.

Não configura capitalização dos juros a utilização do sistema de amortização introduzido pela Tabela Price nos contratos de financiamento habitacional, que prevê a dedução mensal de parcela de amortização e juros, a partir do fracionamento mensal da taxa convencional, desde que observados os limites legais, conforme autorizam as Leis n. 4.380/64 e n. 8.692/93, que definem a atualização dos encargos mensais e dos saldos devedores dos contratos vinculados ao SFH.

Segundo a orientação desta Corte, há relação de consumo entre o agente financeiro do SFH, que concede empréstimo para aquisição de casa própria, e o mutuário, razão pela qual aplica-se o Código de Defesa do Consumidor.

Recurso especial parcialmente provido, para consignar que se aplica o Código de Defesa do Consumidor nos contratos de financiamento para aquisição de casa própria firmados sob as regras do SFH.

(REsp 587639/SC, Rel. Min. Franciulli Netto, 2ª Turma, unânime, DJ 18/10/2004, p. 238)

Entretanto, há uma diferença fundamental que separa os contratos do SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO: a presença da cláusula do FUNDO DE COMPENSAÇÃO DE VARIAÇÃO SALARIAL - FCVS, pela qual o saldo devedor do financiamento, ao final do prazo

contratual, é assumido pelo Sistema, participando o Governo com parte considerável do desembolso.

Tais contratos, pela peculiaridade, são tratados de forma distinta, diante do caráter social do financiamento, seguindo, por isso mesmo, legislação própria em proteção aos hipossuficientes.

A cláusula estabelece diferença tão significativa que esta Corte firmou entendimento sobre o tema, ao estabelecer que, em relação aos contratos do SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO - SFH, estão aptas a julgar as Turmas de Direito Público e as de Direito Privado, tendo como divisor da competência interna o tipo de contrato que dá suporte fático à querela.

Em se tratando de contrato do SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO, com cláusula do FUNDO DE COMPENSAÇÃO DE VARIAÇÃO SALARIAL - FCVS, assume a avença feição de contrato diferenciado, pela presença do Estado, que é o garante na quitação do saldo devedor, sendo então examinados, no âmbito do STJ, pelas Turmas que compõem a Seção de Direito Público. Neste sentido, são os arestos seguintes:

1. Contrato de Financiamento com cláusula de comprometimento do FCVS é da competência da 1ª Seção do STJ (REsp 183428, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJ 01/04/2002 e REsp 279340, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, DJ 11/06/2001).

2. A via da ação de consignação em pagamento é adequada nas demandas que envolvem o Sistema Financeiro da Habitação, viabilizando ao autor consignar os valores que, à luz do contrato, entende devidos.

3. Consoante precedentes assentados nos princípios da efetividade do processo e da economia processual, a ação de consignação em pagamento admite o exame da validade e da interpretação de cláusulas contratuais, uma vez que se trata hoje de instrumento processual eficaz para dirimir controvérsia entre as partes a respeito do contrato subjacente e, em especial, do valor das prestações. A insuficiência do depósito não significa a improcedência do pedido, mas, antes, e apenas, que o efeito da extinção da obrigação deve ser parcial, até o montante da importância consignada, podendo o juiz desde logo estabelecer o saldo líquido remanescente, a ser cobrado na execução, que pode ter curso nos próprios autos. Art. 899 do CPC.

4. Recurso especial provido.

(REsp 587.546/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/05/2004, DJ 21/06/2004 p. 173)

PROCESSUAL CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO. PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL. LEGITIMIDADE DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 282 E 356 DO STF.

1. A análise do recurso especial tem como pressuposto o debate da questão no acórdão recorrido ou, pelo menos, seu prequestionamento por meio de embargos de declaração (Súmulas n. 282 e 356 do STF).

2. É pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a Caixa Econômica Federal, sucessora do extinto Banco

Nacional da Habitação, tem legitimidade ad causam passiva em ações que versam sobre contratos de financiamento da casa própria firmados sob as regras do Sistema Financeiro da Habitação (SFH) que possuam cobertura do Fundo de Compensação de Variações Salariais (FCVS).

3. Recurso especial não-conhecido.

(REsp 696.997/PE, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/08/2005, DJ 26/09/2005 p. 330) ADMINISTRATIVO - SFH - REGRAS DO FCVS - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de considerar competente a Justiça Federal, independentemente de quem seja o agente financeiro, se o financiamento segue as regras do FCVS.

2. Incompetência da Justiça estadual, o que leva à nulidade do processo ab initio.

3. Recurso especial conhecido em parte, e nessa parte, provido.

(REsp 738.516/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/10/2005, DJ 24/10/2005 p. 292)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. INSTITUIÇÃO BANCÁRIA PARTICULAR. REGIME DO SFH. FCVS. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO DA CEF. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. A norma que determina a suspensão das ações contra entidade que se encontra sob liquidação judicial não tem aplicação em processos nos quais se discute o reajuste do financiamento concedido pelo SFH. Precedentes.

2. Apesar de o recurso especial estar fundado em violação à legislação federal, o recorrente se furtou de indicar quais dispositivos legais teriam sido contrariados pelo acórdão hostilizado, o que atrai o óbice da Súmula 284/STF.

3. Em caso de dissídio notório, as exigências de natureza formal concernentes à demonstração da divergência são mitigadas.

4. Esta Corte já pacificou entendimento no sentido de que a CEF deve figurar no pólo passivo da ação de consignação relativa a imóvel financiado pelo regime do SFH, sob o pálio do FCVS-Fundo de Compensação de Variações Salariais, deslocando-se a competência para a Justiça Federal.

5. Em tais processos, todavia, não é necessária a presença da União com litisconsorte passiva, porque, com a extinção do Banco Nacional da Habitação - BNH, a competência para gerir o Fundo passou à CEF, cabendo à União, pelo Conselho Monetário Nacional, somente a atividade de normatização, o que não a torna parte legítima para a causa.

6. Recurso especial conhecido em parte e provido também em parte.

(REsp 310.306/PE, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2005, DJ 12/09/2005, p. 263)

Diferentemente, quando os contratos do SFH não têm cláusula do FUNDO DE COMPENSAÇÃO DE VARIAÇÃO SALARIAL - FCVS, são tratados à luz da legislação que regem as avenças comuns. E dentro da lógica competencial, no âmbito desta Corte, passa a ser da Segunda Seção a competência para

o exame do especial, conforme entendimento da própria Corte Especial:

QUESTÃO DE ORDEM. COMPENSAÇÃO INTERNA DO TRIBUNAL. MÚTUO VINCULADO AO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. HIPÓTESE EM QUE NÃO HÁ COMPROMETIMENTO DO FUNDO DE COMPENSAÇÃO DE VARIAÇÕES SALARIAIS. Se o resíduo do saldo devedor do mútuo, eventualmente existente após o pagamento das prestações contratuais, for responsabilidade do próprio mutuário, o contrato tem natureza estritamente privada, cabendo a uma das Turmas da Egrégia 2ª Seção o julgamento das causas dele decorrentes.

(REsp 94.604/RS, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, CORTE ESPECIAL, julgado em 06/08/1997, DJ 22/03/1999, p. 34).

A divisão sistêmica de julgamento, levando em consideração a natureza do contrato de mútuo, tem como razão de ser o conjunto de normas que sobre ele irá incidir, sendo esse aspecto também o traço diferenciador de ambos os tipos contratuais.

Portanto, nos contratos regidos pelo FCVS, cujo saldo devedor é suportado por fundo público gerido pela CEF, sua feição pública atrairá a incidência das normas contratadas, com visão eminentemente cogente, pela natureza social da avença, sendo exceção as regras de direito contratual privado.

Ao contrário, nos contratos sem a cobertura do FCVS preponderam as regras de Direito Privado, dentre as quais as normas civilistas e do Código de Defesa do Consumidor.

Feita tal diferenciação, entendendo que não pode ser indistintamente aplicada aos contratos com cobertura do fundo público a jurisprudência da Segunda Seção do STJ, que considera pertinente a incidência das disposições do CDC aos contratos regidos pelo SFH, sob pena do desvirtuamento da sistemática de julgamento imposta pela própria jurisprudência desta Corte, que quis diferenciar ambos os tipos de contrato, para fins de dispor sobre competência e legitimidade processual, e, agora, não o faz em relação ao plexo de normas que deve incidir sobre um e outro.

Considero irretocável o acórdão que deu ênfase à natureza social dos contratos do SFH e concluiu pela não-aplicação do CDC para afastar regras contratuais próprias do Sistema.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI:

Penso que a Sra. Ministra Relatora tem toda razão, pois, neste caso, aplica-se o princípio da especialidade. Assim como o Código de Defesa do Consumidor, também as normas do Sistema Financeiro da Habitação, especialmente as que consagram o Fundo de Compensação de Variações Salariais, têm uma finalidade social importante.

Pelo princípio da especialidade, acompanho o voto da Sra. Ministra Relatora, negando provimento ao recurso especial.

VOTO-VENCIDO

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: Sr. Presidente, trata-se de caso de direito fundamental, porque implicitamente todas as normas específicas ficaram revogadas; é um direito de hierarquia maior. O contrato foi assinado em 1992 em plena vigência do Código de Defesa do Consumidor, e não podemos ignorar direitos que são garantidos aos hipossuficientes; nenhum prejuízo traz ao Fundo de Garantia, ao Fundo de Compensação, porque a cooperativa tem condições de reaver toda essa quantia e as cláusulas são da época da ditadura, de 1964, quando havia o imperialismo econômico. Sabemos que o Sistema Financeiro Nacional foi criado à base do imperialismo econômico, quando havia a força do Estado. Dou prevalência ao que se chama direitos fundamentais do consumidor, fazendo com que eles atuem em benefício do hipossuficiente.

Dirirjo do voto da Sra. Ministra Relatora, dando provimento ao recurso especial.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo no julgamento, a Seção, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Luiz Fux e José Delgado, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Castro Meira e Humberto Martins votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Não participaram do julgamento a Sra. Ministra Denise Arruda e o Sr. Ministro Herman Benjamin (RISTJ, art. 162, § 2º).

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília, 28 de fevereiro de 2007.
Carolina Vêras - Secretária.

Superior Tribunal de Justiça

Ação civil pública. Caderneta de poupança. Diferenças. Execução de sentença. Juros remuneratórios.

EMENTA OFICIAL

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CADERNETA DE POUPANÇA. DIFERENÇAS. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. JUROS REMUNERATÓRIOS.

1. Não há como incluir na execução juros remuneratórios em relação a todo o período objeto de cobrança, tendo em vista que a sentença executada, com trânsito em julgado, deferiu a incidência daqueles, apenas, nos dois meses em que houve remuneração menor que a devida nas cadernetas de poupança, isto é, em junho de 1987 e em janeiro de 1989.

2. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros acompanhando o Sr. Ministro Relator, não conhecendo do recurso especial e o voto de desempate do Presidente da Sessão, Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha, acompanhando a divergência, por maioria, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Carlos

Alberto Menezes Direito. Vencidos os Srs. Ministros Relator, Nancy Andrighi e Humberto Gomes de Barros. Votaram com o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Castro Filho e Cesar Asfor Rocha. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Quaglia Barbosa e Massami Uyeda (art. 162, § 2º, RISTJ). Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha.

Brasília (DF), 27 de setembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito - Relator.

REsp nº 815.831 - PR (2006/0019537-2). DJU 12/02/2007.

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO ARI PARGENDLER (Relator):

Nos autos da ação civil pública proposta pela Associação Paranaense de Defesa do Consumidor (APADECO), "o MM. Juiz prolatou sentença julgando procedente o pedido formulado na inicial, para condenar a Caixa Econômica Federal a pagar aos poupadores do Estado do Paraná, nas contas de cadernetas de poupança mantidas junto à ré, iniciadas ou renovadas até 15/06/1987 e

15/01/1989, o valor da diferença apurada entre o que foi efetivamente creditado em suas contas nos meses referidos com o que deveria ter sido pago de acordo com o IPC apurado no período - em junho/87 e 42,72% em janeiro/89 -, mais juros de 0,5% ao mês, devendo ser corrigido até o efetivo pagamento, na forma da Lei 6.899/81, a contar da data em que era devido, acrescido de juros de mora de 0,5% ao mês, contados da citação" (fl. 08 - autos da execução em apenso).

Ajuizada execução por quantia certa (fls. 02/04 - autos em apenso) e opostos embargos à execução (fls. 03/11), o MM. Juiz fez por julgá-los procedentes em parte, para fixar "o valor da execução em R\$ 823,02 (oitocentos e vinte e três reais e dois centavos), posição em setembro de 2003, acrescido das custas pagas nos autos de execução, bem como dos honorários fixados à fl. 18 dos autos principais" (fl. 61).

O tribunal *a quo* reformou a sentença para determinar "a incidência dos juros remuneratórios, mensalmente, desde a data que não lhes foi pago, conforme preconiza o título judicial exequendo" (fl. 90).

Sobreveio recurso especial interposto pela Caixa Econômica Federal (fls. 98/104) para excluir "do crédito em execução o valor atinente aos juros remuneratórios além dos que, efetivamente, devidos, e o valor decorrente da capitalização dos mesmos" (fl. 104).

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO ARI PARGENDLER (Relator):

Segundo a certidão de fl. 08 dos autos da execução em apenso, "... o MM. Juiz prolatou sentença julgando procedente o pedido formulado na inicial, para condenar a Caixa Econômica Federal a pagar aos poupadores do Estado do Paraná, nas contas de cadernetas de poupança mantidas junto à ré, iniciadas ou renovadas até 15/06/1987 e 15/01/1989, o valor da diferença apurada entre o que foi efetivamente creditado em suas contas nos meses referidos com o que deveria ter sido pago de acordo com o IPC apurado no período - em junho/87 e 42,72% em janeiro/89 -, mais juros de 0,5% ao mês, devendo ser corrigido até o efetivo pagamento, na forma da Lei 6.899/81, a contar da data em que era devido, acrescido de juros de mora de 0,5% ao mês, contados da citação".

O decisor deu margem às seguintes questões:

a) primeira: os juros remuneratórios estão nele contemplados?

b) segunda: se positiva a indagação anterior, a exigibilidade dos juros remuneratórios foi reconhecida apenas nos meses de junho/87 e janeiro/89 ?

Acerca de a), fora de toda dúvida, há duas espécies de juros embutidas nesse dispositivo da sentença: "juros de 0,5% ao mês", assim, inominados; e "juros de mora de 0,5% ao mês, contados da citação".

Os juros inominados só podem ser, por exclusão dos juros moratórios expressamente identificados, os juros

remuneratórios, que integram, juntamente com a correção monetária, os chamados rendimentos da caderneta de poupança.

Sobre b), a interpretação gramatical não esgota a exegese jurídica, desta sendo, mesmo, o método mais rudimentar.

Data venia, seria desarrazoado o entendimento de que a sentença privou dos juros remuneratórios, que integram os

rendimentos da caderneta de poupança, o capital que esteve à disposição da Caixa Econômica Federal durante quase vinte anos.

Andou bem, por isso, o tribunal *a quo* ao decidir que "a matéria encontra-se atingida pelo instituto da coisa julgada, não podendo ser rediscutida em embargos à execução" (fl. 93).

Voto, por isso, no sentido de não conhecer do recurso especial.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO:

Senhor Presidente, em primeiro lugar, quero, assim como o Senhor Ministro Ari Pargendler, fazer uma homenagem especial aos advogados da Caixa Econômica Federal, que tiveram não só cuidado de comparecer aos gabinetes para entregar os memoriais com muita lisura e muita integridade, como também à própria Caixa Econômica Federal, que teve o cuidado de encomendar o parecer.

A língua portuguesa também é uma ciência e é sujeita a diversas interpretações possíveis, e a Caixa Econômica Federal teve esse cuidado de nos oferecer um parecer com uma pessoa altamente titulada, explicando o entendimento que teria a respeito do texto da sentença.

Como disse o Senhor Ministro Ari Pargendler, não interfere no

juízo o fato de a petição inicial não agasalhar o pedido de juros remuneratórios, porque esse fato teria de ser o objeto de um recurso apropriado. Se não houve esse recurso, e a sentença transitou em julgado, com essa explicitação, evidentemente que não nos caberia, agora, disciplinar isso. Nesses casos em que reconhecemos a existência da ausência de pedido havia recurso apropriado. Dissemos que realmente não há a inclusão na sentença dos juros, com o que não se podia considerá-los.

Na realidade, não vejo possibilidade de entender que houve deferimento de juros moratórios duas vezes. Logo, isso leva à conclusão de que os primeiros são os juros remuneratórios, e não os moratórios, que são aqueles acrescidos ao final do texto. Os juros remuneratórios foram situados nos dois meses, porque integram a remuneração de cada mês, e não a totalidade dos meses. Se a reclamação foi com referência a esses dois meses apenas, o pedido de juros remuneratórios e de correção monetária deve confinar-se a esses dois meses, porque não houve pedido, nem a sentença deferiu, para todo o período; ela deferiu com relação aos meses de junho de 1987 e janeiro de 1989. Então, na minha concepção, se os juros remuneratórios integram a remuneração da caderneta de poupança ao lado da correção monetária, ou seja, a caderneta de poupança rende juros remuneratórios mais correção monetária, e se a sentença determinou que se pagasse a correção monetária e os juros remuneratórios referentes a dois meses, não posso pôr esses juros remuneratórios além

daquele período que foi determinado pela sentença.

Peço vênia ao Senhor Ministro Ari Pargendler para conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento para reconhecer que os juros remuneratórios mencionados na sentença referem-se apenas aos meses de junho de 1987 e janeiro de 1989.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro JORGE SCARTEZZINI: Sr. Presidente, peço vênia ao e. Min. Relator para acompanhar a divergência inaugurada pelo e. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO. Deveras, na oportunidade, perfilho-me à interpretação que permite inferir do dispositivo da r. sentença a determinação inicial, pelo d. Magistrado, acerca da incidência de juros remuneratórios, ao lado, conforme previsão ao final do texto, dos juros moratórios, conclusão que se chancela notadamente ante a inviabilidade da fixação destes últimos em duplicidade.

Outrossim, analogamente, entendendo passível de se deduzir do r. decisum a especificação dos meses em que devidos tais juros remuneratórios, encargos que se aliam à correção monetária como rendimentos da caderneta de poupança, quais sejam, junho de 1987 e janeiro de 1989, restando a r. sentença estritamente vinculada ao pedido, este não referente à extensão do pagamento dos juros remuneratórios à integralidade do período.

Destarte, conheço do Recurso Especial e dou-lhe provimento, acompanhando a divergência

inaugurada pelo e. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO.

É o voto.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO FILHO: Cuida-se de recurso especial interposto pela CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, proferido em autos de embargos à execução de sentença exarada em ação civil pública proposta pela Associação Paranaense de Defesa do Consumidor - APADECO.

Sustenta a recorrente, em termos sucintos, violação aos artigos 293 e 610 do Código de Processo Civil, na medida que o acórdão hostilizado manteve a cobrança dos juros remuneratórios sobre os valores depositados em caderneta de poupança e de forma capitalizada, desde o vencimento até a presente data, ultrapassando, destarte, o limite estabelecido no título.

Após relatar o feito, o eminente Ministro Ari Pargendler proferiu seu voto no sentido de não conhecer do apelo extremo, ao fundamento de que a sentença não privou dos juros remuneratórios, que integram os rendimentos da caderneta de poupança, o capital que esteve à disposição da Caixa Econômica Federal, ora recorrente, durante quase vinte anos.

Em seguida, o eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito inaugurou a divergência, conhecendo do recurso especial e lhe dando provimento, para estabelecer que os juros remuneratórios mencionados na sentença devem

ficar restritos apenas aos meses de junho de 1987 e janeiro de 1989, porque não houve pedido, nem a sentença os deferiu, sendo defeso conceder esses juros além daquele período que foi determinado, entendimento esse acompanhado pelo eminente Ministro Jorge Scartezini.

A eminente Ministra Nancy Andrighi não conheceu do recurso, tendo em vista a falta de prequestionamento dos artigos 293 e 610 do Código de Processo Civil, tidos por violados.

A fim de melhor examinar a controvérsia, solicitei vista dos autos.

Com a devida vênia do eminente relator, também ousou discordar.

Quanto aos juros remuneratórios, a Segunda Seção, no julgamento do REsp 730.325/PR, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 1º/02/2006, pacificou o tema, no sentido de ser inviável a sua inclusão nos cálculos da execução, porque o pedido inicial e a decisão exequenda trataram apenas das diferenças de correção monetária aplicáveis em caderneta de poupança, acrescidas dos juros remuneratórios nos meses de junho/87 e janeiro/89, sem abordar a questão da incidência dos juros sobre a diferença apurada mês a mês e de forma capitalizada.

Com estas considerações, rogando vênia ao eminente relator e à douta Ministra Nancy Andrighi, que dele não conhece por outro fundamento, conheço do recurso especial e lhe dou provimento, para excluir os juros remuneratórios sobre o montante da dívida, nos termos do voto do eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

É o voto.

Ministro CASTRO FILHO.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: Posiciono-me no mesmo sentido da divergência inaugurada pelo eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

A condenação na ação civil pública, atendo-se aos limites do pedido da APADECO, referiu-se a diferenças de remuneração das cadernetas de poupança nos meses de junho de 1987 e janeiro de 1989, sendo determinada a incidência de juros remuneratórios relativamente a tal período.

A alteração disso enseja ofensa à coisa julgada.

Assim, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento para extirpar da execução o que excedeu à determinação da ação de conhecimento.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros acompanhando o Sr. Ministro Relator, não conhecendo do Recurso Especial e o voto de desempate do Presidente da Sessão, Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha, acompanhando a divergência, a Seção, por maioria, conheceu do Recurso Especial e lhe deu provimento. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

Vencidos os Srs. Ministros Relator, Nancy Andrighi e Humberto Gomes de Barros.

Votaram com o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Castro Filho e Cesar Asfor Rocha.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Quaglia

Barbosa e Massami Uyeda (art. 162, § 2º, RISTJ).

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha.

Brasília, 27 de setembro de 2006.
Helena Maria Antunes de Oliveira d Silva - Secretária

Superior Tribunal de Justiça

Administrativo. Permissão. Loterias. Proibição de venda de produtos concorrentes. Legalidade.

EMENTA OFICIAL

ADMINISTRATIVO. PERMISSÃO PARA REVENDER BILHETES DE LOTERIA FEDERAL. ATO UNILATERAL, DISCRICIONÁRIO E PRECÁRIO. PROIBIÇÃO RELATIVA À COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS LOTÉRICOS ESTADUAIS. INEXISTÊNCIA DE ÓBICE LEGAL. SUJEIÇÃO DO PERMISSIONÁRIO ÀS CONDIÇÕES ESTABELECIDAS PELO PODER PÚBLICO.

1. Trata-se de medida cautelar ajuizada pelo Sindicato dos Empresários Lotéricos do Estado de Santa Catarina objetivando que a Caixa Econômica Federal - CEF se abstenha de proibir a comercialização, promoção e divulgação de qualquer produto lotérico lícito nos estabelecimentos permissionários a ela vinculados. A medida de urgência restou concedida, em caráter liminar, pelas instâncias ordinárias, razão por que ingressa a CEF com o presente recurso especial.

2. A Primeira Turma deste Superior Tribunal, analisando caso idêntico ao presente, nos autos do Recurso Especial nº 821.039/RJ, considerou que inexistente óbice legal à proibição, imposta aos permissionários da atividade de revenda da loteria federal, de comercializar qualquer outro produto lotérico, senão aqueles instituídos e explorados pela CAIXA. Entendeu-se que a permissão, por ser ato unilateral, discricionário e precário,

e, portanto, revogável ou alterável a qualquer tempo, autoriza a sujeição do permissionário a certas condições estabelecidas pelo permissor, relevantes ao atendimento do interesse público. O citado precedente, da lavra do eminente Ministro Francisco Falcão, está assim sumariado:

"DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. MEDIDA CAUTELAR CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. SERVIÇOS LOTÉRICOS ESTADUAIS. RESTRIÇÃO DE COMERCIALIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. NATUREZA DE SERVIÇO PÚBLICO. NÃO INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS: COMPETIÇÃO DE MERCADO, LIVRE CONCORRÊNCIA E MONOPÓLIO. INAPLICABILIDADE DA LEI 8.884/94. SERVIÇO PERMITIDO: NATUREZA DE PRECARIIDADE E DISCRICIONARIEDADE.

I - Medida cautelar ajuizada pelo Sindicato recorrente com o objetivo de evitar que a Caixa Econômica Federal praticasse qualquer ato para impedir que os agentes lotéricos do Estado do Rio de Janeiro distribuíssem e comercializassem os bilhetes lotéricos autorizados pela loteria estadual. II - A legislação sobre loteria é da competência da União; atividade que se constitui como serviço público executado por delegação pela Caixa Econômica Federal, não incidindo, na hipótese, a legislação invocada pelo recorrente (Lei nº

8.884/94), não havendo que se falar em afronta aos princípios da competição de mercado, nem da livre concorrência ou do monopólio, questões inerentes à prevenção e repressão das infrações contra a ordem econômica.

III - A permissão outorgada pela CEF é notoriamente revestida das características de precariedade, discricionariedade e unilateralidade.

IV - Recurso parcialmente conhecido e nessa parte desprovido."

3. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro José Delgado, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro José Delgado os Srs. Ministros Denise Arruda, Francisco Falcão e Luiz Fux.

Brasília (DF), 03 de outubro de 2006 (Data do Julgamento).

Ministro José Delgado - Relator p/ Acórdão.

REsp nº 705.088 - SC (2004/0166541-0). DJU 11/12/2006

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI:

Trata-se de recurso especial interposto em face de acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, em ação cautelar objetivando que a CEF se abstenha de proibir a comercialização, promoção e divulgação de qualquer

produto lotérico lícito nos estabelecimentos vinculados ao recorrido, negou provimento ao agravo de instrumento de decisão que deferira a liminar. O aresto atacado foi assim ementado:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMERCIALIZAÇÃO, PROMOÇÃO E DIVULGAÇÃO DE QUALQUER PRODUTO LOTÉRICO LÍCITO NOS ESTABELECIMENTOS DO - SINDICATO DOS EMPRESÁRIOS LOTÉRICOS DO ESTADO DE SANTA CATARINA. ILEGITIMIDADE ATIVA DO SINDICATO.

A Constituição Federal assegurou aos sindicatos a legitimidade para atuar em juízo na defesa dos direitos e interesses de seus associados. O Sindicato/autor (SINDELSC - Sindicato dos Empresários Lotéricos do Estado de Santa Catarina) é a entidade sindical representativa dos empresários lotéricos e foi autorizado em assembleia geral para ingressar em juízo.

Os estabelecimentos lotéricos permissionários da Caixa Econômica Federal podem comercializar, divulgar e promover qualquer produto lotérico legalmente autorizado em seus estabelecimentos, mesmo que não aqueles instituídos e explorados pela CAIXA.

Agravo improvido.

Agravo regimental prejudicado" (fl. 197).

Foram rejeitados os embargos de declaração opostos (fls. 212-215). Nas razões do recurso especial (fls. 220-230), fundado na alínea a do permissivo constitucional, a recorrente aponta ofensa aos arts. 1º do Decreto-lei nº 204/67 e 2º, IV, 3º, 35, § 1º e 40 da Lei nº 8.987/95, ao argumento de que (a) "a recorrente (...) está no regular exercício

de seu legítimo direito de permitir ou não a venda de qualquer outro produto similar aos seus, eis que a decisão será tomada com base em critério de conveniência e oportunidade" (fl. 227); (b) "não é porque o contrato em apreço é de adesão que estará afastada a precariedade, discricionariedade e revogabilidade unilateral, ínsitas ao regime de permissão a que estão sujeitas as lotéricas" (fl. 228).

Em contra-razões (fls. 258-266), o recorrido alega que (a) o recurso não pode ser conhecido pelos óbices constantes nas Súmulas 05 e 07 do STJ; (b) os artigos tidos por violados não foram prequestionados. No mérito, pugna pela manutenção do julgado.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI (Relator):

1. As medidas de urgência, em processo civil, têm regime jurídico próprio e estão subordinadas a requisitos especiais, como os da relevância do direito (*fumus boni iuris*) e do risco de dano (*periculum in mora*) previstos fundamentalmente no art. 273 do CPC (para medidas antecipatórias de tutela) e no art. 804 (para medidas de natureza cautelar). A decisão que defere ou indefere a medida não faz juízo sobre o mérito da demanda, mas apenas sobre a presença ou não dos requisitos da medida provisória requerida. Sendo assim, em recurso especial contra acórdão que nega ou concede medida cautelar ou antecipação da tutela, o objeto da discussão não pode ser outro senão o relacionado com as normas que

disciplinam o regime jurídico dessas medidas. Não é cabível pretender que nele se faça julgamento do próprio direito material objeto da demanda principal, matéria essa ainda sujeita a apreciação das instâncias ordinárias.

2. No caso, conforme relatado, o Tribunal de origem entendeu presentes tais requisitos. Entretanto, em seu recurso especial, inobstante interposto em face acórdão que negou provimento ao agravo de instrumento de decisão que deferira a liminar, a recorrente aponta como violados os arts. 1º do Decreto-lei nº 204/67 e 2º, IV, 3º, 35, § 1º e 40 da Lei nº 8.987/95, pretendendo, conseqüentemente, provocar discussão acerca do mérito da demanda, sem trazer ao debate a questão atinente aos citados pressupostos reclamados pelo art. 804 do CPC. Se ofensa houve, por parte do acórdão recorrido, à legislação federal, esta teria se dado em relação ao citado dispositivo do CPC, devendo este ter sido objeto do recurso especial, o que não ocorreu.

3. Diante do exposto, não conheço o recurso especial. É o voto.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (Relator): Tratam os autos de medida cautelar, com pedido liminar, ajuizada pelo Sindicato dos Empregados Lotéricos do Estado de Santa Catarina objetivando impedir a Caixa Econômica Federal - CEF de proibir a comercialização, promoção e divulgação de qualquer produto lotérico lícito nos estabelecimentos permissionários a ela vinculados. Consoante relatado pelo

eminente Ministro Teori Albino Zavascki, a medida de urgência restou concedida, em caráter liminar, pelas instâncias ordinárias, razão por que ingressa a CEF com o presente recurso especial em face de acórdão assim sintetizado:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMERCIALIZAÇÃO, PROMOÇÃO E DIVULGAÇÃO DE QUALQUER PRODUTO LOTÉRICO LÍCITO NOS ESTABELECIMENTOS DO - SINDICATO DOS EMPRESÁRIOS LOTÉRICOS DO ESTADO DE SANTA CATARINA. ILEGITIMIDADE ATIVA DO SINDICATO.

A Constituição Federal assegurou aos sindicatos a legitimidade para atuar em juízo na defesa dos direitos e interesses de seus associados. O Sindicato/autor (SINDELSC - Sindicato dos Empresários Lotéricos do Estado de Santa Catarina) é a entidade sindical representativa dos empresários lotéricos e foi autorizado em assembléia geral para ingressar em juízo.

Os estabelecimentos lotéricos permissionários da Caixa Econômica Federal podem comercializar, divulgar e promover qualquer produto lotérico legalmente autorizado em seus estabelecimentos, mesmo que não aqueles instituídos e explorados pela CAIXA.

Agravo improvido.

Agravo regimental prejudicado".

O Exmo. Relator houve por bem não conhecer do recurso especial nestes termos:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO SOBRE MEDIDA LIMINAR. ANÁLISE DO MÉRITO DA DEMANDA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Em recurso especial contra acórdão que nega ou concede me-

didamente cautelar ou antecipação da tutela, as questões federais suscetíveis de exame são as relacionadas com as normas que disciplinam os requisitos ou o regime da tutela de urgência. Não é apropriado invocar desde logo e apenas ofensa às disposições normativas relacionadas com o próprio mérito da demanda.

2. Recurso especial não conhecido."

Concessa venia, divirjo do entendimento exarado pelo nobre Relator.

É que a Primeira Turma deste Superior Tribunal, analisando caso idêntico ao presente, nos autos do Recurso Especial nº 821.039/RJ, considerou que inexistia óbice legal à proibição, imposta aos permissionários da atividade de revenda da loteria federal, de comercializar qualquer outro produto lotérico, senão aqueles instituídos e explorados pela CAIXA. Entendeu-se que a permissão, por ser ato unilateral, discricionário e precário, e, portanto, revogável ou alterável a qualquer tempo, autoriza a sujeição do permissionário a certas condições estabelecidas pelo permissor, relevantes ao atendimento do interesse público.

O citado precedente, da lavra do Ministro Francisco Falcão, está assim sumariado:

"DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. MEDIDA CAUTELAR. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. SERVIÇOS LOTÉRICOS ESTADUAIS. RESTRIÇÃO DE COMERCIALIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. NATUREZA DE SERVIÇO PÚBLICO. NÃO INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS: COMPETIÇÃO DE MERCADO, LIVRE CONCORRÊNCIA E MONOPÓLIO. INA-

PLICABILIDADE DA LEI 8.884/94. SERVIÇO PERMITIDO: NATUREZA DE PRECARIIDADE E DISCRICIONARIEDADE.

I - Medida cautelar ajuizada pelo Sindicato recorrente com o objetivo de evitar que a Caixa Econômica Federal praticasse qualquer ato para impedir que os agentes lotéricos do Estado do Rio de Janeiro distribuíssem e comercializassem os bilhetes lotéricos autorizados pela loteria estadual.

II - A legislação sobre loteria é da competência da União; atividade que se constitui como serviço público executado por delegação pela Caixa Econômica Federal, não incidindo, na hipótese, a legislação invocada pelo recorrente (Lei nº 8.884/94), não havendo que se falar em afronta aos princípios da competição de mercado, nem da livre concorrência ou do monopólio, questões inerentes à prevenção e repressão das infrações contra a ordem econômica.

III - A permissão outorgada pela CEF é notoriamente revestida das características de precariedade, discricionariedade e unilateralidade.

IV - Recurso parcialmente conhecido e nessa parte desprovido."

Reproduzo seus fundamentos como suporte do meu convencimento:

"Inicialmente é preciso salientar que o recorrente não logrou demonstrar o alegado dissenso pretoriano nos moldes regimentais exigidos (artigo 255 do RSTJ), nem mesmo citando a ementa do julgado tido por paradigma, limitando-se a aduzir:

"Interpretação de lei federal divergente da atribuída a outro Tribunal: Processo 97.0020214-8 TRF

RS citado abaixo" (fl. 339) Para julgar improcedente o pedido, a Corte "a quo" afastou o argumento de incidência dos princípios inerentes à competição de mercado, principalmente o da livre concorrência, afirmando que a exploração da atividade lotérica teria natureza de serviço público, explicitando:

"Feito este breve esboço histórico-legislativo, deve-se firmar primeiramente o caráter de serviço público inerente à atividade lotérica. (...) omissis".

"Firmada tal premissa, deve-se considerar como não incidentes ao caso os princípios inerentes à competição de mercado, principalmente o da livre concorrência (art. 170, VI da CRFB) para atividade que notadamente constitui serviço público, devendo-se extremar a situação de monopólio, decorrente da ingerência totalizante do Estado no regime de livre concorrência; da situação de privilégio, originária da exclusividade do exercício de determinado serviço público pela Administração e que tem como substrato o interesse público. (...) omissis.

(...)omissis Desta forma, inaplicável também ao caso o preceito constitucional do § 1º do art. 173 da CRFB, bem como a disposição do art. 15 da Lei 8.884-94, visto que referem-se estes dispositivos às pessoas jurídicas de direito público que atuem no mercado das chamadas atividades econômicas em sentido estrito e não àquelas que prestem serviço público. Impõe-se diferenciar, portanto, dentre as atribuições da Caixa Econômica Federal, aquela em que atua como instituição bancária, competindo em condição de igualdade

com os demais bancos privados na comercialização de produtos bancários e na captação de clientes; daquela em que atua como delegatária legal na execução de serviço público exclusivo da União, atividade lotérica federal, cujo montante arrecadado tem destinação pública, revertendo à Seguridade Social, ao Fundo Penitenciário Nacional, ao Fundo Nacional da Cultura, à Cruz Vermelha, ao Crédito Educativo, dentre outros." (fls. 310/1)

"Diante de tais ponderações, há que se perquirir tão-somente se, diante da atribuição legal conferida a ré, ora apelante, haveria óbice à fixação da proibição mencionada. Do cotejo da legislação pertinente infere-se que à Caixa Econômica Federal foi delegada por lei a exploração exclusiva, em nome da União, das loterias federais. Por outro lado, aos revendedores era consentido, mediante permissão da delegatária do Poder Público (CEF), a realização da atividade de revenda dos bilhetes de loteria federal. São notórias, no que se refere a permissão, as características de precariedade, discricionariedade e unilateralidade desta forma delegação negocial, afigurando-se, portanto, revogável ou modificável a qualquer tempo pelo permissor, como também condicionada a sua admissão a certos requisitos a serem impostos aos permissionários." (fl.311).

O aresto recorrido não merece qualquer censura.

A discussão acerca da matéria, conforme se percebe, está a envolver questão constitucional e infraconstitucional, tendo sido in-

terpostos ambos os recursos competentes e, sem que se usurpe a competência do eg. Supremo Tribunal Federal, é preciso delinear, inicialmente, a questão inerente ao serviço público em comento, para que só assim possa se afastar a aplicação da legislação federal aqui invocada como violada, lembrando que, nos termos do artigo 22, inciso XX da Constituição Federal, é da competência privativa da União legislar sobre sistemas de consórcios e sorteios, conforme, aliás, já considerou o eg. Supremo Tribunal Federal:

"EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 6.570/03 DO ESTADO DO PARÁ. SERVIÇOS DE LOTERIAS. REGRAS DE EXPLORAÇÃO. SISTEMAS DE CONSÓRCIOS E SORTEIOS E DIREITO PENAL. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE A MATÉRIA. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. Ao mencionar "sorteios" o texto da Constituição do Brasil está a aludir ao conceito de loteria. Precedentes. 2. Lei estadual que disponha sobre espécies de sorteios usurpa competência exclusiva da União (...) omissis.

5. Pedido de declaração de inconstitucionalidade procedente." (ADI 3259/PA, Rel. Min. EROS GRAU, DJ de 24/02/2006, p. 0005) "EMENTA: CONSTITUCIONAL. LOTERIAS. LEIS 1.176/96, 2.793/2001, 3.130/2003 E 232/92, DO DISTRITO FEDERAL. C.F., ARTIGO 22, I E XX.

I - A Legislação sobre loterias é da competência da União: C.F., art. 22, I e XX.

II - Inconstitucionalidade das Leis Distritais 1.176/96, 2.793/2001, 3.130/2003 e 232/92.

III - ADI julgada procedente." (ADI 2.847-2/DF, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJ de 26/11/2004, p. 005).

Deste último precedente citado, colho o seguinte trecho expandido pelo exmo. Procurador-Geral da República:

"(...)

5. Conforme determina o art. 1º, do Decreto-lei nº 204, de 27 de fevereiro de 1967, a exploração de loteria dar-se-á como derrogação excepcional das normas de Direito Penal, constituindo serviço público exclusivo da União não suscetível de concessão, sendo permitida apenas nos termos do mencionado Decreto-lei." (sublinhou-se).

A propósito, transcrevo os seguintes ensinamentos de José Afonso da Silva que têm estreita relação com a matéria:

"O tema da atuação do Estado no domínio econômico exige prévia distinção entre serviços públicos, especialmente os de conteúdo econômico e social, e atividades econômicas, distinção que tem fundamento na própria Constituição, respectivamente art. 21, XI e XII e arts. 173 e 174.

A atividade econômica, no regime capitalista, como é o nosso, desenvolve-se no regime da livre iniciativa sob a orientação de administradores da empresa privada.

(...) omissis.

O serviço público é, por natureza, estatal. Tem como titular uma entidade pública. Por conseguinte, fica sempre sob o regime jurídico de direito público.

O que, portanto, se tem que destacar aqui e agora é que não cabe titularidade privada nem mesmo sobre os serviços públicos de conteúdo econômico, com são,

p. ex., aqueles referidos no art. 21, XI e XII (...) omissis.

Cumpra observar que a exploração dos serviços públicos, conforme indicado acima, por empresa estatal, não se subordina às limitações do art. 173, que nada tem com eles." (*In* "Curso de Direito Constitucional Positivo", 8a. ed., Malheiros Editores, p. 681/2).

Deste eg. Superior Tribunal de Justiça colho:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. INQUÉRITO POLICIAL. DIVULGAÇÃO DE LOTERIA NÃO AUTORIZADA NO BRASIL. DELITO PREVISTO NO ART. 17, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 5.250/67. SERVIÇO PÚBLICO DA UNIÃO EXECUTADO PELA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. ART. 109, INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. PRESCRIÇÃO DA AÇÃO PENAL. CONFLITO PREJUDICADO.

1. Em tese, quem divulga loteria estrangeira em território nacional comete o crime previsto no artigo 17, parágrafo único, da Lei nº 5.250, de 1967.

2. Sendo a exploração de loterias serviço público federal executado pela Caixa Econômica Federal, na letra dos artigos 1º e 2º do Decreto-lei nº 204/67, é da competência da Justiça Federal, a teor do contido no artigo 109, inciso IV, da Constituição Federal, processar e julgar o crime de divulgação de loteria não autorizada.

(...) omissis.

5. Conflito de competência prejudicado." (CC nº 368.647/SP, Rel. Min. PAULO GALLOTTI, DJ de 06/09/2004, p. 164)

Assim delineado, verifica-se ser totalmente improcedente a alega-

ção do recorrente sobre a existência de afronta à legislação federal por ele invocada que, de uma forma geral, dispõe sobre a prevenção e repressão das infrações contra a ordem econômica, por não se aplicar ao caso, já que realmente estamos diante de um serviço público prestado por delegação à Caixa Econômica Federal.

Transcrevo, ainda, as seguintes considerações pertinentes feitas no aresto dos declaratórios:

"Não obstante a clareza com que foram expostos os fundamentos da decisão embargada, insiste o recorrente em repisar o argumento da existência de monopólio não autorizado no texto constitucional. Como foi acima exposto, porque a exploração de atividade lotérica tem natureza de serviço público, não há que se falar em monopólio, situação própria da atividade econômica estrito senso, ficando afastados de plano a incidência dos princípios constitucionais inculpidos no art. 170 da CRFB.

Muito menos há a propalada contradição entre os termos exclusividade e monopólio utilizados na decisão embargada. O que foi objeto de dicotomia no julgado foram as situações de monopólio e de privilégio, as quais, de fato, importam em exclusividade na exploração de uma atividade, mas ocorrem em contextos distintos. No regime da competição de mercado, a exploração exclusiva de determinada atividade - monopólio - é anomalia que é repudiada pelo ordenamento jurídico brasileiro em prol da igualdade de concorrência dos agentes econômicos, sendo excepcionalmente admitida apenas nas hipó-

tese previstas na Constituição. Ao revés disso, se se trata de serviço público, como no presente caso, em que a União Federal delegou a Caixa Econômica Federal a exploração da atividade lotérica federal, é cabível a exclusividade visto que, nesta seara, há a proeminência no interesse público." (fl. 324)

Por fim, impende ressaltar o acerto da decisão recorrida ao considerar que "(...) Por outro lado, aos revendedores era consentido, mediante permissão de delegatária do Poder Público (CEF), a realização da atividade de revenda dos bilhetes de loteria federal. São notórias, no que se refere a permissão, as características de precariedade, discricionariedade e unilateralidade desta forma delegação negocial, afigurando-se, portanto, revogável ou modificável a qualquer tempo pelo permissor, como também condicionada a sua admissão a certos requisitos a serem impostos aos permissionários" (fl. 317).

São conceitos que se extraem das lições de Hely Lopes Meirelles:

"Serviços permitidos são todos aqueles em que a Administração estabelece os requisitos para sua prestação ao público e, por ato unilateral (termo de permissão), comete a execução aos particulares que demonstrarem capacidade para seu desempenho.

A permissão é, em princípio, discricionária e precária, mas admite condições e prazos para exploração do serviço, a fim de garantir rentabilidade e assegurar a recuperação do investimento do permissionário visando a atrair a iniciativa privada".

(...) omissis.

"O serviço permitido é executado em nome do permissionário, por sua conta e risco, mas sempre nas condições e com os requisitos preestabelecidos pela Administração permitente, que o controla em toda sua execução, podendo nele intervir quando prestado inadequadamente aos usuários" (*In "Direito Administrativo Brasileiro"*, 18ª ed, Malheiros Editores, p. 350/2).

Frente ao exposto, conheço parcialmente do presente recurso e, nessa parte, NEGÓ-LHE PROVIMENTO.

É o voto."

Dessarte, constatando-se a insubsistência dos requisitos da medida cautelar pleiteada, mormente no tocante à plausibilidade do direito alegado (*fumus boni iuris*), não há como vigorar o provimento liminar.

Em virtude da excepcionalidade da situação sub examine, pedindo vênha ao eminente Relator, dou provimento ao recurso especial para cassar a liminar que impedia a CEF de praticar qualquer ato que obstasse a comercialização, divulgação e promoção de produtos lotéricos, salvo aqueles por ela explorados.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO: Sr. Presidente, em face da excepcionalidade do caso e do precedente citado, o Recurso Especial nº 821.039/RJ, do qual fui Relator, peço vênha a V. Exa. para dar provimento ao recurso especial.

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr. LEONARDO DA SILVA PATZLAFF pela parte recorrente: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro José Delgado, que lavrará o acórdão.

Votaram com o Sr. Ministro José Delgado os Srs. Ministros Denise Arruda, Francisco Falcão e Luiz Fux.

Brasília, 03 de outubro de 2006.

Maria do Socorro Melo - Secretária

Superior Tribunal de Justiça

Contratos de mútuo. Sigilo bancário. L.C. 105/01. Ministério Público. Ilegitimidade.

EMENTA OFICIAL

PENAL. RECURSO ESPECIAL. DOCUMENTOS NECESSÁRIOS PARA INSTRUIR AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATOS DE MÚTUO. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. RELAÇÕES JURÍDICAS ABRANGIDAS PELO CONCEITO DE OPERAÇÃO FINANCEIRA. REQUISICÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. ILEGITIMIDADE. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. JUSTIFICATIVA EFICAZ NÃO-CONFIGURAÇÃO DO TIPO PENAL INSCRITO NO ART. 10 DA LEI 7.347/85. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Os contratos de mútuo firmados com a Caixa Econômica Federal estão abrangidos pelo conceito de operação financeira que se extrai do § 1º do art. 5º da Lei Complementar 105/01.

2. O Ministério Público não possui legitimidade para requisitar documentos que impliquem quebra de sigilo bancário. Precedentes do STF.

3. A justificativa eficaz para o não-atendimento à requisição do Ministério Público afasta a configuração do tipo penal inscrito no art. 10 da Lei 7.347/85.

4. Recurso especial provido para restabelecer a decisão proferida pelo Juízo de 1º grau.

ACÓRDÃO

A Turma, por maioria, conheceu do recurso e lhe deu provimento,

nos termos do voto do Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima, que lavrará o acórdão. Votou vencida a Sra. Ministra Laurita Vaz, que conheceu do recurso, mas lhe negou provimento. Votaram com o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima os Srs. Ministros Felix Fischer e Gilson Dipp.

SUSTENTARAM ORALMENTE: DR. EDUARDO PEREIRA (P/ RECTE) E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.

Brasília (DF), 21 de novembro de 2006. (Data do Julgamento)

Ministro Arnaldo Esteves Lima - Presidente e Relator.

REsp nº 633.250 - AM (2004/0024100-7). DJU 26/02/2007.

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de recurso especial interposto por CARLOS HENRIQUE DE ALMEIDA CUSTÓDIO, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas a e c, da Constituição Federal, em face de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1.ª Região.

O Ministério Público Federal ofereceu denúncia em desfavor do ora Recorrente, na época o Superintendente de Negócios da Caixa Econômica Federal em Manaus/AM, sob a acusação de ter se recusado a apresentar documentação requerida pelo órgão ministerial, razão pela qual estaria incurso no art. 10 da Lei n.º 7.347/85.

O Juízo Federal da 3.^a Vara da Seção Judiciária do Amazonas rejeitou a exordial acusatória, com esteio no art. 43, inciso I, do Código de Processo Penal.

Inconformado, o Ministério Público Federal interpôs recurso em sentido estrito.

O Tribunal Regional Federal da 1.^a Região, por sua vez, deu provimento ao recurso, em decisão assim ementada:

"PENAL. RECURSO CRIMINAL. RECUSA NO FORNECIMENTO DE DOCUMENTOS AO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA INSTRUIR AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ART. 10 DA LEI 7.347/85. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. COMPROVAÇÃO DA INDISPENSABILIDADE DOS DOCUMENTOS. RECURSO PROVIDO.

1. O Ministério Público justificou suficientemente a necessidade dos contratos de financiamento e relatórios de vistoria da Caixa Econômica Federal em obra por ela financiada, com o fim de instruir ação civil pública, não havendo razão para o Superintendente da empresa pública negar o fornecimento.

2. O dolo do dirigente da empresa não pode ser analisado no juízo de admissibilidade da ação penal, por exigir instrução probatória.

3. As informações requisitadas não estão protegidas pelo sigilo bancário, definido na LC n.º 105/2001.

4. Recurso provido." (fl. 90)

O Recorrente, nas razões do especial, alega violação aos arts. 1.º, 5.º e 10, da Lei Complementar n.º 105/2001, aduzindo que:

"1ª) Contas bancárias de mútuo em dinheiro não são 'operações financeiras'?

No voto da relatoria, que foi aprovado por unanimidade, lê-se que 'os contratos de financiamentos com empreiteiras e os relatórios de vistoria da obra financiada não estão protegidos pelo sigilo bancário, por não se tratarem de operações financeiras' (fl. 88, segundo parágrafo).

O legislador federal, ao dispor 'sobre o sigilo das operações de instituições financeiras', incluiu no elenco de 'operações financeiras' os 'contratos de mútuo' e 'quaisquer outras operações de natureza semelhante que venham a ser autorizadas pelo banco Central do Brasil, Comissão de valores Mobiliários ou outro órgão competente' (LC n. 105/2001, art. 5º, §

1º e seus incs. V e XIV).

Antes, esclareceu que 'os bancos de qualquer espécie' são considerados 'instituições financeiras' e que estas conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados' (id., art. 1º, caput e inc. I do § 1º).

O acórdão recorrido, assim, contrariou ou negou vigência a essas disposições literais da mencionada lei federal.

2ª) A objeção fundada em lei federal teria sido injustificada?

O julgado asseverou que 'a recusa do Superintendente da CEF em fornecer os documentos ao Ministério Público não se justifica' (fl. 88, terceiro parágrafo).

No entanto, se os contratos e documentos bancários tivessem sido fornecidos, aí sim teria restado configurado o crime previsto em uma das disposições da norma de regência. Confira:

'A quebra de sigilo' (das operações das instituições financeiras)

'constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, aplicando-se, no que couber, o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis' (LC n. 105/2001, art. 10, caput).

A 'recusa', como faz recordar o doc. de fl. 13, deu-se 'por força do disposto na Lei Complementar n. 105, de 10.01.2001', que exigiria prévia 'autorização judicial' (p.e, STJ REsp n. 37.5666-5/RS, rel. Min. Demócrito Fernando, Estado do RS versus FOX Veículos Ltda. e Outros, jul. em 2.2.94 e publ. em 28.3.94, onde se lê na ementa que 'apenas o Poder Judiciário, por um de seus órgãos, pode eximir as instituições financeiras do dever de sigredo em relação às matérias arroladas em lei").

O aresto, nesta passagem, violou a lei federal porque impôs conduta daquela exigida pela atual ordem jurídica.

3ª) Se a ação civil podia ser proposta sem os contratos e documentos bancários, tanto que foi proposta e o próprio órgão ministerial acabou por reconhecer em seu recurso a dispensabilidade da documentação para regular propositura (fl. 58, último parágrafo), não teria restado descaracterizado o crime do art. 10 da Lei n. 7.347/85?

O julgado recorrido afirma que 'o fato de existir a possibilidade de ajuizamento da ação civil sem os documentos (...) não desnatura o delito" (fl. 87-8).

O elemento normativo do tipo, porém, vem a ser precisamente o adjetivo 'indispensáveis', de modo que só 'constitui crime (...) a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à

propositura da ação civil' (Lei n.º 7.347/85, art. 10).

O maltrato da lei federal está em julgar irrelevante a presença do elemento normativo do tipo para a configuração do referido crime contra a administração pública.

4ª) Outras ofensas decorrem da assertiva de que 'não há que se falar em erro de tipo, disposto no § 1º do art. 20 do Código Penal" (fl. 88, primeiro parágrafo). Isto porque a legislação criminal:

- tem como causa de exclusão de ilicitude o fato praticado 'em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito' (CP, art. 23, inc. III) e o denunciado só fez observar a orientação jurídica de sua empregadora (fl. 32) ao noticiar regularmente a existência do impedimento legal (fl. 13);

- exclui o dolo quando não há vontade livre e consciente de recusar, retardar ou omitir o fornecimento de elementos protegidos pelo sigilo bancário (CP, art. 18, inc. I e parágrafo único, c/c Lei n. 7.347/85, art. 10);

- isenta de pena aquele que, convencido de que os contratos de mútuo e os documentos que o integram estariam protegidos pela cláusula do sigilo bancário (LC n. 105/2001, art. 5º, § 1º e seus incs. V e XIV), objeta regularmente a impossibilidade legal de atender a requisição ministerial prevista no art. 10 da Lei n. 7.347/85 (CP, art. 20, § 1º);

- exige que a denúncia seja 'rejeitada quando (...) o fato narrado evidentemente não constituiu crime' (CPP, art. 43, caput e inc. I), como bem julgou o magistrado de primeiro grau de jurisdição (fl. 41, segundo parágrafo)." (fls. 103/104)

Asseverou, ainda, dissídio jurisprudencial entre a decisão hostilizada e julgados desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

O Ministério Público Federal, manifestando-se às fls. 222/228, opinou pelo desprovemento do recurso, em parecer assim ementado:

"Recusa no fornecimento de documentos ao Ministério Público para instruir ação civil pública. Art. 10 a Lei 7.347/85. Inexistente hipótese de sigilo bancário. Crime omissivo próprio: dever de agir que se insere no âmbito da antijuricidade. Impossibilidade de rejeição de denúncia." (fl. 222)

É o relatório.

VOTO VENCEDOR

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA:

Não obstante os judiciosos fundamentos expostos pela eminente Min. LAURITA VAZ, peço vênica para divergir.

Na espécie, a recusa do recorrente, superintendente da Caixa Econômica Federal, em fornecer os documentos solicitados pelo Ministério Público Federal, foi suficientemente motivada, com base em manifestação do serviço jurídico daquela instituição.

Com efeito, buscou-se preservar o sigilo bancário das pessoas envolvidas nas operações realizadas com a instituição financeira, que é uma garantia constitucional.

Ressalta-se que os documentos solicitados envolviam contratos de mútuo, operações tipicamente bancárias, conforme o conceito extraído do § 1º, inciso V, do art. 5º da Lei Complementar 105/01, *in verbis*:

Consideram-se operações financeiras, para os efeitos deste artigo: V - contratos de mútuo.

Quanto à ilegitimidade do Ministério Público para requisitar dados e documentos abrangidos pelo sigilo bancário, segue a jurisprudência da Suprema Corte: RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Instituições Financeiras. Sigilo bancário. Quebra. Requisição. Ilegitimidade do Ministério Público. Necessidade de autorização judicial. Jurisprudência assentada. Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões novas, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte. 2. RECURSO. Agravo. Regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria. Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do art. 557, § 2º, cc. arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar a agravante a pagar multa ao agravado.

(RE-AgR 318.136/RJ, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, DJ 6/10/2006, p. 64).

CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OFENSA À CONSTITUIÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA. MEDIANTE ORDEM JUDICIAL. PRECEDENTES. I. - Somente a ofensa direta à Constituição autoriza a admissão do recurso extraordinário. No caso, o acórdão recorrido limitou-se a interpretar normas infraconstitucionais. II. - Ao Judiciário cabe, no conflito de interesses, fazer valer a vontade concreta da lei, interpretando-a. Se, em tal

operação, interpreta razoavelmente ou desarrazoadamente a lei, a questão fica no campo da legalidade, inocorrendo o contencioso constitucional. III. - Alegação de ofensa ao devido processo legal: CF, art. 5º, LV: se ofensa tivesse havido, seria ela indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria a normas processuais. E a ofensa a preceito constitucional que autoriza a admissão do recurso extraordinário é a ofensa direta, frontal. IV. - A verificação, no caso concreto, da ocorrência, ou não, de violação ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada situa-se no campo infraconstitucional. V. - Alegação de ofensa ao inciso IX do art. 93 da Constituição: improcedência, porque o que pretende o recorrente, no ponto, é impugnar a decisão que lhe é contrária, certo que o acórdão está suficientemente fundamentado. VI. - O entendimento desta Suprema Corte consolidou-se no sentido de não possuir caráter absoluto a garantia dos sigilos bancário e fiscal, sendo facultado ao juiz decidir acerca da conveniência da sua quebra em caso de interesse público relevante e suspeita razoável de infração penal. Precedentes. VII. - Agravo não provido.

(AI-AgR 541.265/SC, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, DJ 4/11/2005, p. 30)

Assim, justificada a recusa na preservação da ordem constitucional, que encontra amparo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, impõe-se a reforma do acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*.

Isso posto, dou provimento ao recurso especial para restabelecer a decisão proferida pelo Juízo de 1º grau.

É como voto.

SUSTENTAÇÃO ORAL

SUSTENTARAM ORALMENTE:
DR. EDUARDO PEREIRA (P/ RECTE)
E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por maioria, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima, que lavrará o acórdão."

Votou vencida a Sra. Ministra Laurita Vaz que conheceu do recurso, mas lhe negou provimento.

Votaram com o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima os Srs. Ministros Felix Fischer e Gilson Dipp.

Brasília, 21 de novembro de 2006.

Larissa Garrido Benetti Segura
(em substituição) - Secretária

Superior Tribunal de Justiça

Execução hipotecária. Lei n. 5.741/71. Demonstrativos de cálculos. Complementação. Art. 616 do CPC.

EMENTA OFICIAL

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO HIPOTECÁRIA. LEI N. 5.741/71. DEMONSTRATIVOS TIDOS POR INCOMPLETOS. IMPRECISÃO DETECTADA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. FACULDADE DO EXEQÜENTE COMPLEMENTAR OS CÁLCULOS. APLICAÇÃO DO ART. 616 DO CPC.

I. Reconhecido pelo Tribunal de origem a existência de imprecisão do demonstrativo do débito, em prejuízo da liquidez e certeza do título sob execução, impossível ao STJ a reforma do juízo valorativo, em razão da via estreita do recurso especial (Súmula n. 7).

II. Precedentemente à extinção do processo, todavia, deve ser oportunizada ao credor a correção dos cálculos, nos termos do art. 616 do CPC.

III. Recurso especial conhecido em parte e provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participa-

ram do julgamento os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Hélio Quaglia Barbosa, Massami Uyeda e Cesar Asfor Rocha.

Brasília (DF), 06 de fevereiro de 2007.(Data do Julgamento)

Ministro Aldir Passarinho Junior
- Relator

REsp nº 802.743 - SC (2005/0203749-0). DJU 05/03/2007.

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR: Caixa Econômica Federal interpõe, pelas letras "a" e "c" do art. 105, III, da Carta da República, recurso especial contra acórdão do colendo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado (fl. 56):

"ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. MÚTUO HABITACIONAL. AVISOS DE COBRANÇA. TÍTULO. LIQUIDEZ.

1. Nos termos do que dispõe o art. 2º da Lei 5741/71, não existe a exigência de que os avisos de cobrança sejam entregues pessoalmente ao devedor.

2. Em atenção aos atributos de certeza e liquidez que acompanham o título executivo, o demonstrativo de débito deve discriminar com precisão as parcelas que compõem a execução.

3. Apelo parcialmente provido." Alega o recorrente que a decisão ofendeu o art. 2º, II e III, da Lei

n. 5.741/71, posto que apresentou, devidamente, o demonstrativo da dívida, dele constando a evolução do débito com clareza.

Invoca dissídio jurisprudencial.

Sem contra-razões (cf. certidão fl. 77).

Recurso admitido na instância de origem (fl. 78).

É o relatório.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR

(Relator): Discute-se no presente recurso especial, aviado pelas letras "a" e "c" do autorizador constitucional, sobre a higidez da cobrança executiva efetuada pela empresa pública, de dívida resultante de mútuo hipotecário.

O recurso merece prosperar em parte.

De efeito, é entendimento assente de que a execução deve vir acompanhada do demonstrativo do débito atualizado, conforme dicção do art. 614 do CPC. *In casu*, o aresto federal considerou impreciso o demonstrativo juntado com a inicial pela exequente, insuficiente, portanto, para atribuir certeza e liquidez à cobrança judicial. Demover tais argumentos no âmbito do recurso especial importaria no revolvimento do conjunto probatório, de impossível trâmite no STJ, em virtude da Súmula n. 7.

Mas, por outro lado, também constitui entendimento tranqüilo no âmbito da 2ª Seção, a compreensão de que na hipótese de faltarem documentos para a demonstração exata do débito, cabe às instâncias ordinárias oportunizarem

ao exequente a complementação da instrução do feito, pelo princípio do aproveitamento do processo, evitando-se o ajuizamento de outro igual, e isso ainda que tal matéria tenha sido suscitada em embargos do devedor. É a aplicação do art. 616 do CPC.

À guisa de exemplo, cito os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL CIVIL. ACÓRDÃO. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. EXECUÇÃO. DEMONSTRATIVOS DE CÁLCULO. EVOLUÇÃO DA DÍVIDA NÃO DEVIDAMENTE ESCLARECIDA. MATÉRIA DE FATO. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. INÉPCIA DECLARADA EM 2º GRAU, DE OFÍCIO. EXTINÇÃO DO PROCESSO. CPC, ART. 616. APLICAÇÃO. OPORTUNIZAÇÃO PARA ADEQUADA INSTRUÇÃO.

I. Não padece de nulidade o acórdão que enfrenta de modo suficiente a matéria controvertida, apenas com conclusão desfavorável à pretensão do banco exequente.

II. Conquanto admissível ao Tribunal de 2ª instância conhecer de ofício sobre as condições da ação, impedindo continuidade de execução incompletamente aparelhada, eis que sem planilha de evolução da dívida suficientemente esclarecedora, deve a Corte, nesse caso, oportunizar à parte a complementação da instrução, nos termos do art. 616 do CPC, pela emenda à inicial, sem extinguir o feito.

III. Recurso especial conhecido e provido."

(4ª Turma, REsp n. 302.260/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, unânime, DJU de 26/08/2002)

"EXECUÇÃO. AÇÃO DE EMBARGOS DO DEVEDOR. DISTINÇÃO.

DISTINTAS SÃO AS AÇÕES DE EXECUÇÃO E DE EMBARGOS DO DEVEDOR AINDA QUE ESTA SEJA INCIDENTAL DO PROCESSO ORIGINADO NA PRIMEIRA. POR ESSA RAZÃO, IMPOSSÍVEL É A DECLARAÇÃO DE INÉPCIA DA INICIAL DA EXECUÇÃO, DE OFÍCIO, NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO INTERPOSTA DA DECISÃO SINGULAR QUE JULGOU IMPROCEDENTES OS EMBARGOS, VISTO NÃO TER A QUESTÃO SIDO SUSCITADA NA AÇÃO DE OPOSIÇÃO."

(3ª Turma, REsp n. 1.194/GO, Rel. Min. Cláudio Santos, por maioria, DJU de 23/09/1991)

"Execução. Art. 616 do Código de Processo Civil. Precedentes da Corte.

1. É pacífica a jurisprudência da Corte no sentido de que é possível suprir a deficiência da inicial quanto aos documentos e cálculos, cumprindo o Juiz o comando do art. 616 do Código de Processo Civil.

2. Recurso especial não conhecido."

(3ª Turma, REsp n. 311.358/PR, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, unânime, DJU de 18/02/2002).

"EMBARGOS DE DEVEDOR. Carência da ação executiva. Emenda da inicial.

- O Tribunal podia examinar a questão da carência da ação executiva, por falta de liquidez e certeza do título, matérias constantes da defesa do devedor.

- Sendo insuficientes os documentos e os cálculos apresentados pelo credor com a petição inicial do processo de execução, não é o caso de extingui-lo, mas de oportunizar a emenda da inicial, na forma do art. 616 do CPC.

- Recurso conhecido em parte e parcialmente provido. Votos vencidos." (4ª Turma, REsp n. 117.122/MG, Rel. p/ Acórdão Min. Ruy Rosado de Aguiar, por maioria, DJU de 09/11/1998)

Ante o exposto, conheço em parte do recurso especial e dou-lhe provimento, para anular o processo a partir do acórdão, determinando ao TRF da 4ª Região que faculte à exequente a juntada da documentação faltante.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Hélio Quaglia Barbosa, Massami Uyeda e César Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 06 de fevereiro de 2007.

Claudia Austregésilo de Athayde Beck - Secretária

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

FGTS. Extratos de contas. Responsabilidade do banco originário.

EMENTA OFICIAL

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FGTS. EXECUÇÃO DE JULGADO. APRESENTAÇÃO DE EXTRATOS BANCÁRIOS. RESPONSABILIDADE DO BANCO ORIGINÁRIO. PROVIDO O RECURSO.

Insurge-se a Agravante contra a decisão de primeiro grau que, nos autos de ação ordinária ajuizada pelos Agravados pleiteando a aplicação de juros progressivos em conta vinculadas ao FGTS, determinou a intimação da CEF para cumprir o julgado em relação aos autores, ao reconhecer a sua responsabilidade pela apresentação de extratos bancários das referidas contas vinculadas, inclusive em período anterior ao advento da Lei 8036/90.

Reconhecida a impossibilidade da CEF cumprir a decisão impugnada, na medida em que não dispõe dos elementos necessários à instrução do feito, eis que os extratos de contas vinculadas ao FGTS em período anterior à Lei 8036/90 permaneceram em poder das instituições bancárias originárias.

Provido o recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos, acordam os Desembargadores Federais da 5ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da

2ª Região, por unanimidade, na forma do voto do Relator, dar provimento ao agravo de instrumento.

Rio de Janeiro, 10 de janeiro de 2007 (data do julgamento)

Paulo Espírito Santo - Desembargador Federal - Presidente da Turma e Relator.

A.I. nº 145.653 - RJ (2006/02.01.003514-8). DJU 22/01/2007.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de Agravo de Instrumento interposto pela Caixa Econômica Federal - CEF, solicitando que seja atribuído efeito suspensivo à decisão proferida pelo MM. Juízo da 4ª Vara Federal de Volta Redonda - RJ que, nos autos de ação ordinária ajuizada pelos Agravados, visando a aplicação da progressividade das taxas de juros em suas contas vinculadas de FGTS, ora em sede de execução, determinou a intimação da Agravante para cumprir o julgado em relação aos autores, reconhecendo a sua responsabilidade pela apresentação de extratos de contas vinculadas inclusive em período anterior à Lei 8036/90.

Através da decisão de fls. 38/41, foi deferido o pedido de liminar pleiteado.

Sem contra-razões (fls. 46 vº).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela sua não intervenção no feito, às fls. 49/53.

As fls. 55, constam as informações prestadas pelo MM. Juízo de primeiro grau.

É o relatório.

VOTO

Insurge-se a Agravante contra a decisão proferida pelo MM. Juízo *a quo* que, nos autos de ação ordinária ajuizada pelos Agravados pleiteando a aplicação de juros progressivos em conta vinculadas ao FGTS, determinou a intimação da CEF para cumprir o julgado em relação aos autores, ao reconhecer a sua responsabilidade pela apresentação de extratos bancários das referidas contas vinculadas, inclusive em período anterior ao advento da Lei 8036/90.

Ao apreciar o pedido de liminar formulado, foi proferida a seguinte decisão, *in verbis*:

"Trata-se de recurso de Agravo de Instrumento interposto pela CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF, solicitando que seja atribuído efeito suspensivo à decisão proferida pelo MM. Juízo da 4ª Vara Federal de Volta Redonda - RJ (cópia às fls. 31), que, nos autos de ação ordinária ajuizada pelos Agravados, visando a aplicação da progressividade das taxas de juros em suas contas vinculadas de FGTS, ora em sede de execução, determinou a intimação da Agravante para cumprir o julgado em relação aos autores, reconhecendo a sua responsabilidade pela apresentação de extratos das contas vinculadas inclusive em período anterior à Lei 8036/90.

Alega, em síntese, que nos casos de expurgos dos planos econômicos Verão e Collor, a CEF detém a maioria dos extratos que foram

repassados pelos bancos depositários originais, sendo que, nesta hipótese, são necessários apenas os extratos relativos aos meses de janeiro de 1989 e abril de 1990.

Aduz, ainda, que na hipótese em exame, para o cálculo da taxa progressiva são necessários todos os extratos, desde o início da opção, até o encerramento na conta, e que, em razão de tal procedimento, normalmente, o autor, ao propor a ação, apresenta todos os extratos ou o Juízo determina que o mesmo apresente o endereço do banco depositário original, que detinha os depósitos até 1991, e determina que a instituição financeira apresente os referidos documentos.

Assevera, igualmente, a CEF que o segundo agravado, aposentou-se em 1985 e que, em 18 anos de extratos, torna-se necessária a apresentação de 216 extratos, tendo em vista que o cálculo da taxa progressiva é feito mês a mês, levando em conta todos os depósitos realizados.

Finaliza, ressaltando que a norma prevista no artigo 24 do Decreto 99.684/90 dispõe sobre a responsabilidade do banco depositário emitir o último extrato das contas vinculadas, procedendo, inclusive, o registro dos valores e a discriminação dos depósitos efetuados na vigência do último contrato de trabalho, e que, no entanto, tal determinação dirige-se, não à CEF, mas ao próprio banco depositário original, devendo, portanto, por este ser cumprida.

É o breve relatório.

Passo a decidir.

A questão ora trazida a julgamento, na verdade, não enseja maior complexidade.

Isto porque, entendo que o Julgador deva nortear suas decisões, especialmente, em sede de liminar, de acordo com os liames inerentes aos dois pressupostos legais autorizadores do eventual exame para a concessão do pleito (*fumus boni iuris* e o *periculum in mora*).

In casu, verifica-se que a CEF, como agente financeiro responsável pelo pagamento dos valores relativos às contas de FGTS, foi intimada a cumprir a decisão judicial, no tocante à aplicação da taxa progressiva de juros a que os autores fazem jus.

É claro que todos sabemos as dificuldades que qualquer instituição de natureza pública enfrenta para administrar e, de forma célere e eficaz, cumprir, especialmente as inúmeras determinações judiciais.

Entretanto, na hipótese em exame, verifica-se que a CEF, embora gestora do FGTS, não possui os elementos necessários para dar cumprimento à decisão judicial, na medida em que os autores tiveram reconhecido o direito de ser aplicada a taxa progressiva de juros nas suas contas vinculadas, demandando, portanto, a reunião de todos os extratos, desde a opção até o seu encerramento.

Desta forma, não pode o Julgador exigir da Agravante o cumprimento da decisão, na medida em que não possui a mesma os meios indispensáveis para tal, até porque não pode a própria CEF compelir o banco depositário original a apresentar todos os extratos necessários para que seja reali-

zado o cálculo dos valores devidos aos autores, ora agravados.

Nestas condições, entendo presentes, na hipótese, a plausibilidade jurídica do pedido e o risco de dano ao erário, suficientes para ensejar a concessão da liminar postulada, em face da impossibilidade material de a CEF cumprir o julgado, posto que depende do fornecimento dos documentos pelo banco depositário original das contas vinculadas dos autores, aliado às sanções que lhe poderão advir, em face do descumprimento da decisão judicial.

Diante do exposto, DEFIRO A LIMINAR postulada, para suspender os efeitos da decisão ora impugnada, até o julgamento final do presente recurso."

Com efeito, não vejo como deixar de acolher a pretensão recursal, tendo em vista a impossibilidade da CEF cumprir a determinação judicial em causa, aliado às sanções pecuniárias que poderiam lhe ser impostas diante do descumprimento da decisão.

Diante do exposto, DOU PROVIMENTO ao agravo de instrumento, para, reformando a decisão interlocutória de primeiro grau, isentar a CEF da obrigação de apresentar os extratos bancários referentes a período anterior ao advento da Lei 8036/90, eis que cabe aos bancos depositários originários a obrigação de apresentar os referidos documentos.

É como voto.

Rio de Janeiro,

Paulo Espírito Santo - Desembargador Federal.

