



Revista de Direito da ADVOCEF

*Associação Nacional dos Advogados
da Caixa Econômica Federal*

RDA | Ano III | Nº 6 | 360p | Mai 08



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.6, 2008

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*

Revisor: *Pedro Augusto Furastê*

Tiragem: *1.800 exemplares*

Periodicidade: *semestral*

Impressão: *Gráfica Editora Pallotti*

Solicita-se Permuta

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)

Isabela 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

A estatura hierárquico-normativa dos tratados de direitos humanos que, submetidos ao procedimento do §3º, artigo 5º da Constituição Federal de 1988, não tenham superado todas as exigências dessa norma.
Bárbara Bianca Sena 15

A legitimação para agir nas ações coletivas – um panorama comparativo das legislações espanhola e brasileira.
Wilson de Souza Malcher 43

A formação da coisa julgada material pela sentença de carência de ação: um paralelo entre as condições e os elementos da ação.
Guilherme Peroni Lampert 75

Competência da Justiça do Trabalho para o julgamento de questões envolvendo servidores estatutários e o Poder Público diante da Emenda Constitucional nº. 45/2004.
Tiago de Sampaio Viegas Costa 89

Artigo 475-J do CPC, multa de 10% e sua aplicação ao processo do trabalho – aspectos controvertidos.
Cristiano Teixeira Passos 113

O princípio da efetividade no processo de execução de título extrajudicial: uma análise prática da lei 11.382/06.
Floriane Benevides de Magalhães Neto 125

O paradoxo das *astreintes*.
Paulo Franco Lustosa 139

A ação revisional de contrato bancário e suas implicações com o processo executivo.
Éder Maurício Pezzi López 169

Globalização e regulação econômica.	
<i>Veronica Torri</i>	193
A tributação da renda e o mínimo vital.	
<i>Iliane Rosa Pagliarini</i>	211
Os depósitos judiciais.	
<i>José Oswaldo Fernandes Caldas Morone</i>	227
Breve estudo sobre os riscos e consequências jurídico-patrimoniais do subfaturamento na transação imobiliária.	
<i>Mauro Antônio Rocha</i>	259
Legalidade da capitalização de juros em contratos de mútuo habitacional.	
<i>Delmar Reinaldo Both</i>	269
O Sistema Financeiro da Habitação e o direito social à moradia.	
<i>Ana Paula Gonçalves da Silva</i>	303

PARTE 2 – JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal

<i>Mandado de Segurança. Tribunal de Contas da União. Banco Central do Brasil. Sigilo Bancário. Lei Complementar nº. 105/01.</i>	327
--	-----

Supremo Tribunal Federal

<i>Constitucional. Administrativo. Emissão de parecer jurídico opinativo. Procurador. Responsabilidade. Limitadores.</i>	345
--	-----

Supremo Tribunal Federal

<i>Lei Estadual. Instituições Financeiras. Fixação de Tabela Informativa. Taxas de Juros e de Rendimentos. Relação de Consumo. Competência Privativa da União</i>	347
---	-----

Superior Tribunal de Justiça

<i>Contratos de mútuo bancário. Capitalização mensal de juros. Possibilidade. Novo Código Civil - art. 591. Não incidência ..</i>	353
---	-----

Superior Tribunal de Justiça

<i>Civil. Ação de Indenização. Cadastro Restritivo. Comunicação prévia. Responsabilidade da entidade cadastral. Efeitos. Inadimplência confessa. Dano moral. Descaracterização</i>	354
--	-----

Superior Tribunal de Justiça

Tributário. Redirecionamento da Execução Fiscal contra o sócio-gerente. Dissolução irregular da sociedade. Baixa na Junta Comercial 354

Superior Tribunal de Justiça

Civil. Contrato de empréstimo. Folha de pagamento. Cancelamento unilateral. Servidor Público. Impossibilidade 355

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Caderneta de poupança. Ausência de extratos. Comprovação de existência de saldos. Inversão do ônus da prova. Impossibilidade 357

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Execução extrajudicial. Sustação. Boa-fé contratual. Exigência. Depósito. Valores incontroversos. Lei 10.931/04 357

Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Contrato bancário. Financiamento. Material de Construção. Inexecução da obra. Responsabilidade. Agente Financeiro. Dano moral. Inadimplência 359

APRESENTAÇÃO

A Revista de Direito da ADVOCEF chega à sua sexta edição demonstrando, com claras tintas, a vitalidade e a consistência da produção de conhecimento científico dos advogados da Caixa Econômica Federal.

A obra que se leva à apreciação do leitor contempla um número festejadamente inédito de trabalhos, abordando, com qualidade e profundidade, temas extremamente atuais. As controvérsias e os fundamentos apresentados nos artigos, por sua excelência e contemporaneidade, se apresentam como valiosíssima contribuição para o debate de temas que afligem a comunidade jurídica.

Um importante diferencial desta edição é o apreciável conjunto de trabalhos que abordam questões do cotidiano forense. Exemplos desta afirmativa incluem a aplicação das recentes inovações da legislação processual, a revisão judicial de contratos bancários, as questões imobiliárias e do direito à moradia, bem como aspectos relevantes da regulação da economia e do direito internacional.

O precioso conteúdo que nos traz mais esta edição da Revista é expressão incontestável de sua evolução, que se evidencia desde o número inaugural, e reflete o compromisso desses valiosos profissionais da área jurídica com a produção do conhecimento e com a ativa participação nas questões que compõem a pauta de debates do mundo contemporâneo.

Boa leitura!

Diretoria Executiva da Advocef

O desenvolvimento intelectual e moral.

A história do homem é a história da conquista pelo conhecimento. Desde os tempos mais remotos as pessoas melhor preparadas conseguiram os melhores resultados. As primitivas e maiores invenções, o fogo e a roda, representaram inegável progresso.

As guerras, inicialmente de conquistas territoriais, passaram a extraordinários laboratórios para o "progresso da ciência". Em primeiro lugar as novas tecnologias visam a influir no campo de batalha mas a seguir são adaptadas propiciando melhor qualidade de vida à população civil.

A pesquisa, o estudo e a divulgação de novas invenções não param de ocorrer. Exemplo disso é a disseminação da internet, a decodificação do DNA, as viagens ao espaço, que se tornaram rotina, e a clonagem de seres, a partir de células, tudo indicando um caminho sem volta, um progresso sem fim.

E o mundo está melhor. Mais pensante, mais inovador, e, sobretudo, mais independente. Afinal, a ciência explica tantas coisas e situações que pertenciam a um mundo imaginário ou se encontravam protegidas pelo sagrado mistério do desconhecido, embora tivessem o seu conhecimento revelado com base na fé.

Afinal, o conhecimento adquirido, seja pelo caminho da guerra ou da paz, tem por virtude maior afastar a ignorância, o preconceito e o orgulho, pondo em evidente contraste quem estuda e quem não o faz.

É por causa disso que em breve a ciência confirmará o que a fé indica:

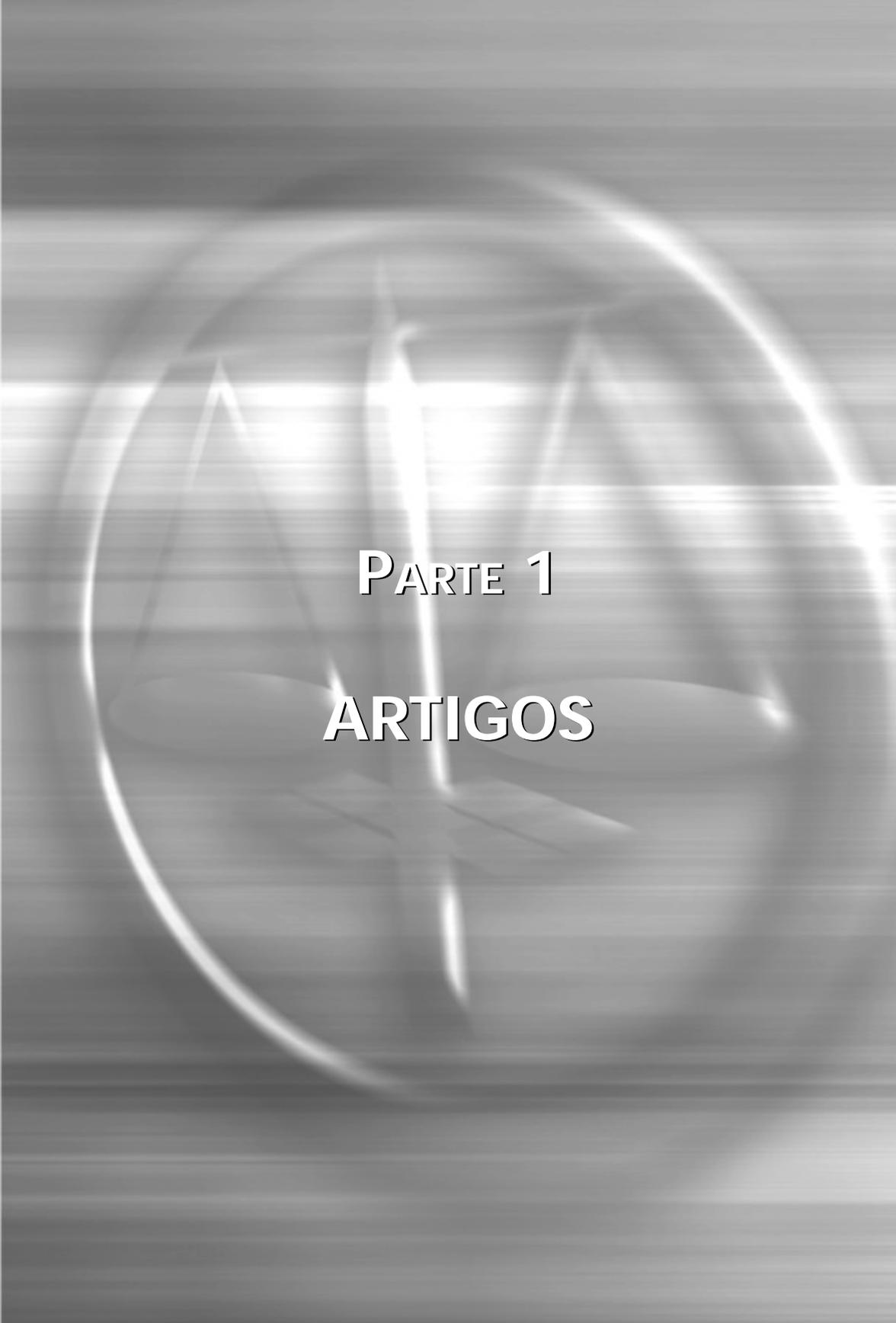
Deus existe.

A partir de então, pelo conhecimento, teremos uma nova revolução, com predomínio da moral e da ética.

Esperemos, pois, que ética e moral sejam os indicadores das leis para que estas sejam guiadas por aquelas em virtuoso ciclo de renovação do conhecimento. Esperemos o dia em que se não for moralmente adequada e eticamente correta uma conduta não terá o respaldo nas leis e no Direito.

Enquanto isso continuemos estudando e nos aprimorando, pesquisando, trabalhando e fazendo deste um mundo melhor, do jeito que estiver ao nosso alcance.

Davi Duarte



PARTE 1

ARTIGOS

A estatura hierárquico-normativa dos tratados de direitos humanos que, submetidos ao procedimento do §3º, artigo 5º da Constituição Federal de 1988, não tenham superado todas as exigências dessa norma.

Bárbara Bianca Sena

*Advogada da Caixa no Distrito Federal
Pós-graduada pela Fundação Escola Superior do Ministério
Público do Distrito Federal e Territórios - FESMDFT
Pós-graduanda em Direito Constitucional
pela Unisul-LFG-IDP*

RESUMO

Para entendermos a posição hierárquico-normativa dos tratados internacionais de *direitos humanos*, quando incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro após a vigência do §3º, artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, sem a observância do devido processo que estabelece essa norma, analisamos o conceito de tratados de *direitos humanos*, as vertentes de pensamento quanto à sua natureza, depois de incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, bem como as teorias acerca do relacionamento entre o direito interno e o direito internacional. O resultado dessa análise doutrinária e jurisprudencial poderá ser encontrado nesse instigante artigo sobre a natureza jurídica dos tratados de *direitos humanos*.

Palavras-chaves: Tratados. Direitos humanos. Direitos fundamentais. Direito internacional.

RESUMEN

Para entender la posición jerárquico-normativa de los tratados internacionales de derechos humanos - cuando son incorporados al ordenamiento jurídico brasileño después de la vigencia del §3º, artículo 5º, de la Constitución de 1988, pero que no pasan por el debido proceso que esta norma establece - analizamos el concepto de tratado de derechos humanos, las corrientes de pensamiento en cuanto a su naturaleza, después de incorporados al ordenamiento jurídico brasileño, así como las teorías acerca de la relación entre el derecho interno y el derecho internacional. El resultado de este análisis doctrinario y

jurisprudencial pode ser encontrado em este provocador artigo sobre la natureza jurídica de los tratados de derechos humanos.

Palabras-llaves: Tratados. Derechos humanos. Derechos fundamentales. Derecho internacional.

1 O que são tratados de direitos humanos?

Quando se discute sobre a hierarquia dos tratados no plano interno, especialmente após a inclusão do §3º ao artigo 5º da CF/88, costuma-se distinguir os *tratados em geral* - que teriam *status* de lei, conforme veremos adiante - dos *tratados de direitos humanos*, que teriam *status* de norma constitucional, se processados na forma do referido §3º.¹

Vasta é a doutrina acerca da *hierarquia dos tratados de direitos humanos*. Veremos que, antes mesmo da inclusão do §3º, havia doutrina no sentido de conferir natureza constitucional a essas normas em virtude do disposto no §2º do artigo 5º da CF/88. Já era, portanto, acirrada a discussão acerca da natureza dos *tratados de direitos humanos* no plano interno.

Não obstante, a doutrina nacional é escassa para conceder maiores explicações acerca do que venha, efetivamente, a ser um *tratado de direitos humanos*.² Sabe-se que, no plano interno, os *direitos humanos* são, de fato, os *direitos fundamentais*, não havendo, substancialmente, diferença entre *direitos humanos* e *direitos e garantias fundamentais*, mas, tão somente, essa distinção terminológica, de modo que a expressão *direitos humanos* é, comumente, encontrada no plano internacional, e a expressão *direitos fundamentais*, nas leis internas de cada Estado.

Os *direitos humanos* deixaram de ser teorias filosóficas e passaram a ser positivados nos Estados como *direitos fundamentais*,³ de forma que a sedimentação desses direitos como normas obrigatórias é resultado de uma maturação histórica.⁴ Isso indica porque não são sempre os mesmos em todas as épocas.⁵

¹ Na continuidade do julgamento do RE 349703 (em que se discute a constitucionalidade de prisão civil por dívida), de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, na sessão de 12/03/2008, o Ministro Celso de Mello, ao proferir seu voto, referiu-se ao tema como um "regime jurídico misto dos tratados", com os tratados de direitos humanos, de um lado, e os demais tratados, de outro, como os relativos ao comércio, etc.

² Remetemos o leitor às obras: CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2003, RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002 e RAMOS, André de Carvalho. **Direitos Humanos em juízo**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

³ MENDES, Gilmar Ferreira Mendes e outros. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p.243.

⁴ MENDES, 2007, p.221.

⁵ MENDES, 2007, p.221.

Portanto, a tarefa de conceituar esses direitos encontra alguma dificuldade, bem como a fixação de características que sejam sempre válidas em todo lugar.⁶ Não obstante, Branco⁷ indica algumas características que, embora não se possa dizer que sempre serão aplicáveis, são aquelas que mais se despontam e podem nos auxiliar a entender a natureza desses direitos, quais sejam:

- a) direitos universais e absolutos;
- b) historicidade;
- c) inalienabilidade ou indisponibilidade;
- d) constitucionalização;
- e) vinculação dos poderes públicos;
- f) aplicabilidade imediata.⁸

No que tange à constitucionalização desses direitos, significa que estão consagrados em preceitos de ordem jurídica, o que serviria, repita-se, de traço divisor entre as expressões *direitos fundamentais* e *direitos humanos*.⁹ Assim explica o ilustre professor:

A expressão *direitos humanos*, ou *direitos do homem*, é reservada para aquelas reivindicações de perene respeito a certas posições essenciais ao homem. São direitos postulados em bases jusnaturalistas, contam indole filosófica e não possuem como característica básica a positivação numa ordem jurídica particular.

A expressão *direitos humanos*, ainda, e até por conta da sua vocação universalista, supranacional, é empregada para designar pretensões de respeito à pessoa humana, inseridos em documentos de direito internacional.

Já a locução *direitos fundamentais* é reservada aos direitos relacionados com posições básicas das pessoas, inscritos em diplomas normativos de cada Estado. São direitos que vigem numa ordem jurídica concreta, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo, pois são assegurados à medida que cada Estado os consagra.¹⁰

Destaca, ainda, que tal distinção de conceitos não indica que esses direitos “estejam em esferas estanques, incomunicáveis entre si”; ao contrário, “há uma interação recíproca entre eles”, uma vez que os *direitos humanos internacionais* deparam, muitas vezes, com “matriz nos *direitos fundamentais* consagrados pelos Estados e estes, de seu turno, não raro, acolhem em seu catálogo de *direitos fundamentais* os *direitos humanos* proclamados em diplomas e em declarações internacionais,”¹¹

⁶ MENDES, 2007, p.229.

⁷ Apud MENDES, 2007.

⁸ Para melhor compreender o tema, recomendamos a leitura: MENDES, 2007, p.229-43.

⁹ MENDES, 2007, p.234.

¹⁰ MENDES, 2007, p.234.

¹¹ MENDES, 2007, p.234.

Feitas essas considerações, cumpre indagar quais tratados são de *direitos humanos*. Ora, temos que os tratados de *direitos humanos* são, obviamente, aqueles que têm essa temática própria, como é o caso da Convenção Americana de Direitos Humanos,¹² do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹³ e outros.

Porém, existem tratados que versam sobre assuntos outros, não tendo temática propriamente voltada para a questão de *direitos humanos*, mas que, dentre as suas disposições, podem conter normas que afetem ou protejam diretamente tais direitos. São normas que guardam vinculação estreita com esses direitos e cuja violação acarretaria, naturalmente, a violação de *direitos humanos*.

Nessa seara cite-se, como exemplo, a Convenção de Viena sobre Relações Consulares, em seu artigo 36.¹⁴ A esse respeito, em dezembro de 1997, o México submeteu à Corte Interamericana de Direitos Humanos,¹⁵ com base no artigo 64 da Convenção Interamericana de Direitos

¹² A Convenção Americana sobre Direitos Humanos reconhece que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional. Projeto de resolução. Os direitos humanos de todos os trabalhadores migrantes e de suas famílias (Apresentado pela Missão Permanente do México) conselho permanente da Organização dos Estados Americanos, Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos, OEA/Ser.G, CP/CAJP-1944/02, 30/04/2002, Original: espanhol, p.2.

¹³ Cuja finalidade principal "foi a de dar juridicidade aos preceitos da Declaração Universal de 1948". MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional**. São Paulo: RT, 2006, p. 528.

¹⁴ Artigo 36: Comunicação com os Nacionais do Estado que Envia. 1. A fim de facilitar o exercício das funções consulares relativas aos nacionais do Estado que envia: a) os funcionários consulares terão liberdade de se comunicar com os nacionais do Estado que envia e visitá-los. Os nacionais do Estado que envia terão a mesma liberdade de se comunicarem com os funcionários consulares e de visitá-los; b) se o interessado lhes solicitar, as autoridades competentes do Estado receptor deverão, sem tardar, informar a repartição consular competente quando, em sua jurisdição, um nacional do Estado que envia for preso, encarcerado, posto em prisão preventiva ou detido de qualquer outra maneira. Qualquer comunicação endereçada à repartição consular pela pessoa detida, encarcerada ou presa preventivamente deve igualmente ser transmitida sem tardar pelas referidas autoridades. Estas deverão imediatamente informar o interessado de seus direitos nos termos do presente subparágrafo; c) os funcionários consulares terão direito de visitar o nacional do Estado que envia, o qual estiver detido, encarcerado ou preso preventivamente, conservar e corresponder-se com ele, e providenciar sua defesa perante os tribunais. Terão igualmente o direito de visitar qualquer nacional do Estado que envia encarcerado, preso ou detido em sua jurisdição em virtude de execução de uma sentença. Todavia, os funcionários consulares deverão abster-se de intervir em favor de um nacional encarcerado, preso ou detido preventivamente, sempre que o interessado a isso se opuser expressamente. 2. As prerrogativas a que se refere o parágrafo 1º do presente artigo serão exercidas de acordo com as leis e regulamentos do Estado receptor, devendo, contudo, entender-se que tais leis e regulamentos não poderão impedir o pleno efeito dos direitos reconhecidos pelo presente artigo.

¹⁵ A Corte Interamericana de Direitos Humanos está sediada na Costa Rica. Trata-se de órgão judicial internacional autônomo do sistema da Organização dos Estados Americanos, criado pela Convenção Americana dos Direitos do Homem. CANÇADO TRINDADE, 2003.

Humanos¹⁶ e no artigo 3º da Carta das Organizações dos Estados Americanos,¹⁷ um pedido de parecer (Opinión Consultiva 16) sobre vários tratados referentes à proteção de *direitos humanos* nos Estados Americanos.¹⁸ Isso porque relacionou esses tratados com as garantias judiciais mínimas e ao devido processo legal para a aplicação da pena de morte, imposta, judicialmente, a estrangeiros a quem o Estado receptor não haja informado de seu direito a comunicar-se e a solicitar a assistência consular do Estado de sua nacionalidade.

A consulta referia-se à tramitação do processo penal do Sr. Martínez Villareal. Ele havia sido declarado culpado, pelo Tribunal Superior de Santa Cruz, no Arizona, por homicídio premeditado e invasão premeditada de domicílio, em abril de 1983, sendo sentenciado à pena de morte em maio de 1983. A Corte Suprema do Arizona não acolheu os recursos interpostos pelo Sr. Martínez Villareal, mas o réu não teria sido informa-

¹⁶ A função consultiva da Corte está prevista no Artigo 64 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que dispõe: §1. Os Estados Membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos,. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no *capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos*, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires. §2. A Corte, a pedido de um Estado Membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.

¹⁷ O artigo 3º dispõe: Os Estados americanos reafirmam os seguintes princípios: a) O direito internacional é a norma de conduta dos Estados em suas relações recíprocas; b) A ordem internacional é constituída essencialmente pelo respeito à personalidade, soberania e independência dos Estados e pelo cumprimento fiel das obrigações emanadas dos tratados e de outras fontes do direito internacional; c) A boa-fé deve reger as relações dos Estados entre si; d) A solidariedade dos Estados americanos e os altos fins a que ela visa requerem a organização política dos mesmos, com base no exercício efetivo da democracia representativa; e) Todo Estado tem o direito de escolher, sem ingerências externas, seu sistema político, econômico e social, bem como de organizar-se da maneira que mais lhe convenha, e tem o dever de não intervir nos assuntos de outro Estado. Sujeitos ao acima disposto, os Estados americanos cooperarão amplamente entre si, independentemente da natureza de seus sistemas políticos, econômicos e sociais; f) A eliminação da pobreza crítica é parte essencial da promoção e consolidação da democracia representativa e constitui responsabilidade comum e compartilhada dos Estados americanos; g) Os Estados americanos condenam a guerra de agressão: a vitória não dá direitos; h) A agressão a um Estado americano constitui uma agressão a todos os demais Estados americanos; i) As controvérsias de caráter internacional, que surgirem entre dois ou mais Estados americanos, deverão ser resolvidas por meio de processos pacíficos; j) A justiça e a segurança sociais são bases de uma paz duradoura; k) A cooperação econômica é essencial para o bem-estar e para a prosperidade comuns dos povos do Continente; l) Os Estados americanos proclamam os direitos fundamentais da pessoa humana, sem fazer distinção de raça, nacionalidade, credo ou sexo; m) A unidade espiritual do Continente baseia-se no respeito à personalidade cultural dos países americanos e exige a sua estreita colaboração para as altas finalidades da cultura humana; n) A educação dos povos deve orientar-se para a justiça, a liberdade e a paz. Também, sobre a influência dos pareceres da Corte Interamericana de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro, ver: RAMOS, 2001.

¹⁸ Opinión Consultiva 16, Corte Interamericana de Direitos Humanos.

do de seu direito à assistência consular. Com isso, alegava-se a violação de *direitos humanos* previstos na Declaração Americana sobre Direitos Humanos.

A respeito dessa consulta o México manifestou-se no sentido de que:

Los Estados americanos reconocen que en el caso de la aplicación de la pena de muerte, los derechos fundamentales de la persona deben ser escrupulosamente respetados, porque la pena mencionada produce la pérdida irreparable del “derecho más fundamental, que es el derecho a la vida”; la jurisprudencia de esta Corte, la doctrina de la Comisión Interamericana y varias resoluciones de la ONU han reconocido la necesidad de que la aplicación de la pena de muerte esté condicionada y limitada por el cumplimiento estricto de las garantías judiciales reconocidas en los instrumentos universales y regionales de protección de los derechos humanos, tanto las que se refieren al debido proceso en general, como las que aluden a los casos en que es aplicable la pena de muerte; resulta claro que, tratándose de detenidos de nacionalidad extranjera, las garantías judiciales deben aplicarse e interpretarse en armonía con la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, pues de lo contrario, se privaría a dichos detenidos de un “medio idóneo” para hacerlas efectivas; la asistencia consular oportuna puede ser determinante en el resultado de un proceso penal, porque garantiza, entre otras cosas, que el detenido extranjero adquiera información sobre sus derechos constitucionales y legales en su idioma y en forma accesible, que reciba asistencia legal adecuada y que conozca las consecuencias legales del delito que se le imputa, y los agentes consulares pueden coadyuvar en la preparación, coordinación y supervisión de la defensa, desarrollar un papel determinante en la obtención de pruebas atenuantes que se encuentran en el territorio del Estado del cual es nacional el acusado y contribuir “a hacer más humanas” las condiciones del acusado y de sus familiares, equilibrando de esta manera la situación de desventaja real en que éstos se encuentran¹⁹.

Outros Estados e entidades também manifestaram-se durante o trâmite da questão na Corte Interamericana de Direitos Humanos. O Estado de El Salvador, por exemplo, manifestou-se no sentido de que o não cumprimento do artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares ensejaria uma violação a todas as regras do devido processo, por não se respeitar as garantias judiciais conforme o direito internacional.²⁰

Desse modo, seria necessário assegurar, fortalecer e impulsionar a aplicação das normas e princípios dos instrumentos internacionais em

¹⁹ Opinión Consultiva 16, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

²⁰ Opinión Consultiva 16, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

matéria de *direitos humanos* e assegurar o cumprimento das garantias mínimas necessárias para o devido processo.²¹ Já o Estado da Guatemala considerou que, em razão dos bens jurídicos protegidos por essa Convenção, poder-se-ia afirmar que ela contém disposições referentes aos *direitos humanos*.²²

A República Dominicana, também, assim se manifestou:

El artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares tiene como propósito la protección de los derechos humanos de los inculpados y su exigibilidad no está subordinada a las protestas del Estado de nacionalidad, porque 'la Convención es una ley nacional al estar aprobada por el Congreso Nacional'.²³

Depois, acrescentou:

La asistencia consular se deriva del derecho a la nacionalidad consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante "la Declaración Universal") y, para ser efectiva, requiere que se respeten las disposiciones de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.²⁴

Honduras, Paraguai e Costa Rica também manifestaram-se no sentido de que a questão do cumprimento do artigo 36 da Convenção estava diretamente ligada ao respeito aos direitos humanos.²⁵

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos apresentou-se nesse sentido:

El derecho individual de que gozan los detenidos extranjeros para comunicarse con las autoridades consulares de su Estado de nacionalidad es distinto del privilegio histórico de los Estados de proteger a sus nacionales y constituye una regla de derecho consuetudinario internacional o, al menos, de la práctica internacional, independientemente de si existe o no un tratado al respecto; la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares es un tratado, en el sentido que da a este término el artículo 64 de la Convención Americana y que su artículo 36 concierne a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, porque establece derechos individuales -no solamente deberes de los Estados- y porque el acceso consular puede proveer una protección adicional al detenido extranjero, el cual podría enfrentar dificultades para disponer de una situación de equidad durante el proceso penal; [...] en los casos de aplicación de la pena capital existe una

²¹ Opinión Consultiva 16, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

²² Opinión Consultiva 16, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

²³ Opinión Consultiva 16, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

²⁴ Opinión Consultiva 16, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

²⁵ Opinión Consultiva 16, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

obligación estatal de aplicar rigurosamente las garantías procesales establecidas en los artículos XXVI de la Declaración Americana, 8 de la Convención Americana y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y las obligaciones contenidas en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares pueden tener un efecto sobre los derechos procesales del acusado de la comisión de un delito que se sanciona con la muerte; los deberes que impone el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares trascienden la comunicación específica entre un prisionero y el consulado de su país e implican la seguridad y libertad de los extranjeros que viven, viajan y trabajan en el territorio de un Estado; la protección de los derechos de los detenidos es una piedra angular de la consolidación de la democracia y el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares crea obligaciones respecto del tratamiento de extranjeros detenidos en el territorio de los Estados Partes en ella; [...] un estudio de legislación comparada demuestra que los tribunales nacionales han interpretado en forma diversa los efectos de la violación del artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y revela que es posible anular un proceso si se determina que la violación acarreó un perjuicio al acusado, y la carga de demostrar que, a pesar de esa omisión, se respetaron todas las garantías procesales requeridas para asegurar un juicio justo, recae sobre el Estado que incumplió con las obligaciones que le impone el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y dicho Estado debe demostrar que creó las condiciones para asegurar el respeto al debido proceso (obligación positiva) y que el detenido no fue privado arbitrariamente de un derecho protegido (obligación negativa).²⁶

Somente os Estados Unidos da América manifestaram-se em sentido diverso, porque, segundo eles, a Convenção de Viena sobre Relações Consulares não incidiria em relações entre Estados e indivíduos, mas, somente, entre Estados e Estados.²⁷ A Corte Interamericana de Direitos Humanos rechaçou esse argumento porque, no caso relativo ao pessoal

²⁶ Opinión Consultiva 16, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

²⁷ Os Estados Unidos da América se manifestaram contrariamente à competência da Corte porque não teriam aceitado a sua jurisdição, bem como, para eles, o cumprimento do artigo 36 da referida Convenção não diria respeito à questão dos direitos humanos propriamente ditos: “la Convención citada no es un tratado de derechos humanos, ni un tratado ‘concerniente’ a la protección de éstos, sino un ‘tratado multilateral del tipo tradicional, concluido en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes’ [...] ñadieron que este argumento se demuestra a través de la constatación de que el propósito de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares es el establecimiento de normas de derecho que regulen las relaciones entre Estados, no entre Estados e individuos, y de que en su Preámbulo se declara que su propósito ‘no es beneficiar a particulares, sino garantizar a las oficinas consulares el eficaz

diplomático e consular dos Estados Unidos em Teerã, os Estados Unidos haviam indicado o artigo 36 da Convenção, relacionando-o com os direitos dos nacionais do Estado que envia. Nesta oportunidade, a Corte Internacional de Justiça fez referência à Declaração Universal de Direitos do Homem na solução do caso.²⁸

A Corte Interamericana de Direitos Humanos explicou que a consulta realizada pelo México não dizia respeito ao objeto principal da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, mas, ao contrário, pretendia saber se uma de suas disposições tinha relação específica com a proteção dos *direitos humanos*. A Corte entendeu tratar-se de questão relevante, uma vez que já havia se manifestado no sentido de ser possível que um tratado se referisse à proteção de *direitos humanos* sem que esse tenha sido o seu objeto principal.²⁹

A Comissão indicou anteriormente que ao interpretar e aplicar as disposições da Declaração,³⁰ é necessário considerá-la no contexto mais amplo dos sistemas internacionais e interamericanos de direitos humanos, em vista dos acontecimentos no campo do direito internacional de direitos humanos desde a criação da Declaração e com a devida consideração de outras regras de direito internacional aplicáveis aos Estados membros contra os quais foram apresentadas reclamações de violações da Declaração. O avanço do *corpus juris gentium* do direito internacional de direitos humanos relacionado com a interpretação e aplicação da Declaração Americana podem ter origem nas disposições de outros instrumentos internacionais e regionais preponderantes de direitos humanos (grifo nosso).³¹

Segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no tema em questão, nem mesmo o Estado de origem poderia se recusar a prestar a

desempeño de sus funciones en nombre de sus Estados respectivos'; no toda obligación estatal que involucra a los individuos es necesariamente una obligación en materia de derechos humanos, y el hecho de que una disposición de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares pueda autorizar la asistencia a algunos individuos en ciertos supuestos no la convierte en un instrumento de derechos humanos o en fuente de derechos humanos individuales".

²⁸ Opinión Consultiva 16, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

²⁹ Opinión Consultiva 16, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

³⁰ Refere-se à Declaração Americana de Direitos Humanos.

³¹ Relatório nº 52/02. A Corte considerou que, da leitura dos artigos 36, 1, (a) e 532, (a), (e), (i) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, pode-se depreender que o consulado tem, como função primordial, a assistência ao nacional para a defesa de seus direitos perante as autoridades do Estado receptor. Desse modo, a norma que consagra a informação consular teria um duplo propósito: (1) reconhecer o direito de o Estado dar assistência ao seu nacional por meio do consulado; (2) reconhecer, por consequência, o direito de que goza o nacional desse Estado a ter acesso ao respectivo consulado para obter essa assistência. Ademais, a Corte analisa, em apartado, as alíneas (b) e (c) do artigo 36. Conclui que, no caso dos direitos indicados na alínea (b), se afiguram como direitos,

assistência consular,³² que poderia ocorrer de várias formas, por exemplo, com a outorga de patrocínio ao acusado, a obtenção de provas no país de origem, a verificação das condições em que se exerce a assistência legal e da situação em que aguarda a tramitação do processo enquanto se ache na prisão, privilegiando, assim, a observância do princípio do devido processo legal.³³

Assim, a Corte considerou que o conceito de tratados de direitos humanos abrange mais do que aqueles tratados cujo objeto principal refere-se especificamente a essa matéria. Além desses, inclui tratados outros, naquelas disposições que se referirem, expressamente, aos direitos humanos ou, ainda, interfiram diretamente na tutela desses direitos.

Portanto, devemos interpretar as disposições dos parágrafos 2º e 3º, do artigo 5º, da Constituição Federal, tendo em vista esses parâmetros, já que disposições protetoras dos direitos humanos podem constar dos mais diversos documentos internacionais, e, assim, estaremos contribuindo para que a tutela dos direitos humanos seja o mais efetiva possível.

2 O artigo 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988: doutrina e jurisprudência

Embora se reconheça a autonomia do direito internacional,³⁴ muito contribuiu para o seu desenvolvimento e efetividade a proclamação de preceitos a ele relativos no texto das Constituições internas dos Estados.³⁵ Assim, no que diz respeito aos direitos humanos, o artigo 5º, § 2º da Constituição Federal, já previa que o rol constante daquele dispositivo não excluiria outros decorrentes de tratados de direitos humanos.

A Constituição de 1988 foi o “marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil”.³⁶ Desta

essencialmente, individuais, sendo inequívoco o reconhecimento ao direito à informação e comunicação consular. Dessarte, esse dispositivo constituir-se-ia em uma exceção à natureza estatal das previsões constantes da Convenção de Viena sobre Relações Consulares. Esses direitos, por sua vez, se relacionam com aqueles indicados na alínea (c) e, somente, o próprio indivíduo, titular desses direitos, poderia impedir a aplicação desses dispositivos ao recusar, voluntariamente, a assistência consular.

³² A Corte assim se manifestou acerca da exigibilidade das disposições do artigo 36 da Convenção: “la Corte considera que la observancia de los derechos que reconoce al individuo el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares no está subordinada a las protestas del Estado que envía”. Opinión Consultiva 16, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

³³ Opinión Consultiva 16, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

³⁴ Tanto que, hoje, não mais se discute se ele existe, mas, ao contrário, a celeuma cinge-se ao grau de sua efetividade. SOUZA, Ielbo Marcus Lobo de. A natureza e eficácia do direito Internacional. **Revista de informação legislativa**. Brasília. Ano 36, n. 141, jan./mar. 1999.

³⁵ GALINDO, Rodrigo Bandeira. Conflito entre tratados internacionais de direitos humanos e constituição: uma análise do caso brasileiro. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. 2003.

³⁶ PIOVESAN, In RAMOS *et al.*, 2005, p.69.

feita, de forma inédita, indicou, no artigo 5º, §2º, que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros previstos em tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.³⁷

Para Piovesan, há uma “clara relação entre o processo de democratização no Brasil e o processo de incorporação de relevantes instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos”,³⁸ como o Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

Com a previsão do artigo 5º, §2º, surgiram algumas interpretações acerca do tratamento dos tratados de direitos humanos. Segundo o Ministro Gilmar Mendes, “essa disposição constitucional deu ensejo a uma instigante discussão doutrinária e jurisprudencial – também observada no direito comparado – sobre o *status* normativo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos”.³⁹

A doutrina, a exemplo de Piovesan e do Ministro Gilmar Mendes, sistematiza a questão em quatro correntes interpretativas acerca da hierarquia dos tratados internacionais de proteção aos *direitos humanos*.⁴⁰ Transcrevemos, a seguir, o trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, no RE 466.343:⁴¹

a) a vertente que reconhece a natureza *supraconstitucional* dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos (Cf.: MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *O § 2º do art. 5º da Constituição Federal*. In: TORRES, Ricardo Logo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.25-6.);

b) o posicionamento que atribui caráter *constitucional* a esses diplomas internacionais (Cf.: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional*. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasília, nº. 113-8, 1998. p.889; e PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996. p.83.);

c) a tendência que reconhece o *status* de *lei ordinária* a esse tipo de documento internacional (Cfr.: RE nº. 80.004/SE, Rel. Minº. Xavier de Albuquerque, DJ 29/12/1977);

d) por fim, a interpretação que atribui caráter *supralegal* aos tratados e convenções sobre direitos humanos (Art. 25 da Constituição da Alemanha; art. 55 da Constituição da França; art. 28 da Constituição da Grécia).

³⁷ PIOVESAN, In RAMOS *et al.*, 2005, p.69.

³⁸ PIOVESAN, In RAMOS *et al.*, 2005, p.68.

³⁹ Voto proferido no RE 466343, em que se discute a possibilidade de prisão civil em contrato de alienação fiduciária em garantia. Disponível nas notícias do STF, www.stf.gov.br.

⁴⁰ PIOVESAN, In RAMOS *et al.*, 2005, p.69.

⁴¹ Disponível nas notícias do STF, www.stf.gov.br, p.3.

Para a primeira vertente, os tratados internacionais de direitos humanos preponderam sobre as normas constitucionais, de modo que a Constituição não teria poderes para revogar as normas internacionais. O Ministro Gilmar Mendes salienta a dificuldade em se aplicar esse entendimento em função da realidade dos Estados que, “como o Brasil, estão fundados em sistemas regidos pelo princípio da supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico”.⁴² Nos debates acerca do tema, o Ministro chama a atenção para a falta de segurança jurídica, tanto no caso da vertente que defende a natureza supraconstitucional dos tratados, como no caso da vertente que defende a natureza constitucional. No primeiro caso, segundo ele, aceitar os termos dessa vertente “anularia a própria possibilidade do controle da constitucionalidade desses diplomas internacionais”.⁴³

Outra vertente refere-se à natureza constitucional dos tratados de direitos humanos. Resumidamente, essa corrente de pensamento considera o § 2º, do art. 5º, da Constituição “como uma *cláusula aberta de recepção* de outros direitos enunciados em tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil”⁴⁴ (grifos no original). Dessa forma, quando permite a inclusão de novos direitos ao nosso ordenamento por meio de tratados, a Constituição estaria, ao fundo e ao cabo, possibilitando a inserção desses diplomas internacionais com estatura hierárquico-normativa constitucional. O § 1º, do art. 5º, por sua vez, “asseguraria a tais normas a *aplicabilidade imediata* nos planos nacional e internacional, a partir do ato de ratificação, dispensando qualquer intermediação legislativa”⁴⁵ (grifos no original).

O Ministro Celso de Mello, no julgamento do HC 87.585, ressaltou a importância dos tratados e convenções internacionais “no plano da afirmação, da consolidação e da expansão dos direitos básicos da pessoa humana.”⁴⁶ Assim, reconsiderou sua posição, quando do julgamento da ADI 1480-MC/DF,⁴⁷ no sentido de conferir natureza hierárquico-normativa equivalente às

⁴² Voto proferido no RE 466343, p.4-5.

⁴³ Voto proferido no RE 466343, p.5.

⁴⁴ Voto proferido no RE 466343, p.8.

⁴⁵ O Ministro Gilmar Mendes explica: “Para essa tese, eventuais conflitos entre o tratado e a Constituição deveriam ser resolvidos pela *aplicação da norma mais favorável à vítima*, titular do direito, tarefa hermenêutica da qual estariam incumbidos os tribunais nacionais e outros órgãos de aplicação do direito. Dessa forma, o Direito Interno e o Direito Internacional estariam em constante interação na realização do propósito convergente e comum de proteção dos direitos e interesses do ser humano”. Voto proferido no RE 466343, p.8.

⁴⁶ Voto proferido no HC 87585, em que se discute a possibilidade de prisão civil por dívida no contrato de depósito. Disponível nas notícias do STF, www.stf.gov.br, p.12.

⁴⁷ Rel. Ministro Celso de Mello, RTJ 179/493-496. Essa Ação Direta de Inconstitucionalidade teve como objeto a Convenção nº. 158 da OIT, que versa sobre a proteção do trabalhador contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. O Supremo Tribunal Federal somente analisou o requerimento de medida liminar nessa ADI, porque, antes do julgamento final, o Brasil denunciou a Convenção Internacional e a Corte entendia que não poderia analisar direito revogado em sede de ADI. Há outra ADI, em trâmite no Tribunal, contra o decreto

leis ordinárias para qualquer tratado internacional,⁴⁸ passando a defender a tese da natureza constitucional dos tratados de direitos humanos.⁴⁹

Defende sua posição com base na fundamentação teórica da doutrina de Cançado Trindade,⁵⁰ Piovesan,⁵¹ Lafer⁵² e Mazzuoli,⁵³ salientando que, mesmo “as convenções internacionais em matéria de direitos humanos, celebradas pelo Brasil antes do advento da EC nº 45/2004, como ocorre com o Pacto de São José da Costa Rica, revestem-se de caráter materialmente constitucional, compondo, sob tal perspectiva, a noção conceitual de *bloco de constitucionalidade*”⁵⁴ (grifos no original).

Desta feita, admite a existência de três situações distintas no que tange aos tratados internacionais de direitos humanos, conforme transcrevemos abaixo:

(1) tratados internacionais de *direitos humanos* celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País aderiu), e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da Constituição de 1988 (tais convenções internacionais revestem-se de índole constitucional, porque formalmente recebidas, nessa condição, pelo § 2º do art. 5º da Constituição);

(2) tratados internacionais de *direitos humanos* que venham a ser celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País venha a aderir) em data posterior à da promulgação da EC nº 45/2004 (essas convenções internacionais, para se impregnarem de natureza constitucional, deverão observar o “*iter*” procedimental estabelecido pelo § 3º do art. 5º da Constituição); e

(3) tratados internacionais de *direitos humanos* celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País aderiu) entre a promulgação da Constituição de 1988 e a superveniência da EC nº 45/2004 (referidos tratados assumem caráter materialmente constitucional, porque essa qualificada hierarquia jurídica lhes é transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade, que é “*a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados*”). (grifos no original)⁵⁵ Voto proferido no HC 87585, idem, p.27-8.

presidencial de denúncia (ADI 1625), ao argumento que, para a denúncia, seria necessária, também, a aprovação do Congresso Nacional, assim como ocorre no momento da incorporação do tratado ao ordenamento jurídico brasileiro.

⁴⁸ Voto proferido no HC 87585, p.19.

⁴⁹ Faz, portanto, aquela distinção, a que nos referimos, entre tratados em geral e tratados de direitos humanos. Voto proferido no HC 87585, p.19-20.

⁵⁰ CANÇADO TRINDADE, 2003.

⁵¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

⁵² LAFER, Celso. **A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais**. LOCAL: Manole. 2005.

⁵³ MAZZUOLI, 2007.

⁵⁴ Voto proferido no HC 87585, p.24.

⁵⁵ Voto proferido no HC 87585, p.27-28.

Para o Ministro Celso de Mello, defender a natureza constitucional dos tratados de direitos humanos tem em vista “uma abordagem hermenêutica fundada em premissas axiológicas que dão significativo realce e expressão ao valor ético-jurídico - constitucionalmente consagrado (CF, art. 4º, II) – da ‘prevalência dos direitos humanos’”. Com isso, ter-se-ia uma “nova percepção do caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos,” o que daria “efetividade ao sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana.” Segundo ele, essa visão se ajusta “às concepções que hoje prevalecem, no cenário internacional - consideradas as realidades deste emergentes -, em torno da necessidade de amparo e defesa da integridade dos direitos da pessoa humana” ⁵⁶ (grifos no original).

Em contraposição, o Ministro Gilmar Mendes considera que, embora interessante a discussão proposta, o debate acerca da hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos teria sido “esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional no 45/2004, a Reforma do Judiciário (oriunda do Projeto de Emenda Constitucional 29/2000), a qual trouxe como um de seus estandartes a incorporação do § 3º ao art. 5º” ⁵⁷.

Para ele, trata-se de um claro reconhecimento de que “os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais”, sem, contudo, negar que tal reforma teve o condão de ressaltar o “caráter especial dos tratados de direitos humanos” relativamente aos demais tratados, consagrando seu “lugar privilegiado no ordenamento jurídico” ⁵⁸ (grifos no original).

A terceira vertente defende a tese de que os tratados, quaisquer que sejam eles, somente poderiam ser entendidos como equivalentes às leis ordinárias. Essa idéia prevalece, entre nós, desde o julgamento do RE n.º. 80.004/SE (rel. Ministro Xavier de Albuquerque, julgado em 01/06/1977; DJ 29/12/1977),⁵⁹ pelo Supremo Tribunal Federal, e foi revalidada em vários julgados após o advento da Constituição de 1988.⁶⁰

Naquele julgamento, prevaleceu a idéia de que o tratado internacional⁶¹ não poderia ser modificado por lei posterior, porque possui for-

⁵⁶ Voto proferido no HC 87585, p.38.

⁵⁷ Disciplina o dispositivo constitucional: *Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.* Voto proferido no RE 466343, p.10.

⁵⁸ Voto proferido no RE 466343, p.10-1.

⁵⁹ Segundo indica o Ministro Gilmar Mendes, naquele julgamento, “os Ministros integrantes do Tribunal discutiram amplamente o tema das relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno”. Voto proferido no RE 466343, p.12.

⁶⁰ Voto proferido no RE 466343, p.10-11.

⁶¹ O caso referia-se à Convenção de Genebra, Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias.

ma de revogação própria. Não obstante, se contraditório à lei interna, “a incidência das normas jurídicas constantes do tratado é obstada pela aplicação, que os tribunais são obrigados a fazer, das normas legais com aqueles conflitantes”, de modo que, embora a lei posterior não revogue, tecnicamente, o tratado, afasta-lhe a aplicação.⁶² Contudo, em outros julgados, o Supremo Tribunal Federal aplicou, também, aos tratados, a regra de que lei posterior revoga lei anterior.⁶³

No entanto, o Supremo Tribunal Federal aponta uma tendência de modificação desse entendimento, para acatar, ao menos, a tese de que os tratados de direitos humanos assumem uma posição hierárquico-normativa supralegal, especialmente por conta da reforma constitucional que inseriu o §3º ao art. 5º. Segundo o Ministro Gilmar Mendes, “a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções internacionais já ratificados pelo Brasil”, ficando difícil defender essa terceira tese da legalidade ordinária dos tratados de direitos humanos.⁶⁴

Assim, o Ministro Gilmar Mendes passa a defender a tese da supralegalidade dos tratados. Fundamenta suas idéias na concepção de Peter Häberle⁶⁵ segundo a qual “vivemos em um ‘Estado Constitucional Cooperativo’⁶⁶ [...], no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais.”⁶⁷ Observa que, embora os motivos que fundamentam a

⁶² Voto do Ministro Leidão de Abreu, no RE n°. 80.004/SE, rel. Ministro Xavier de Albuquerque, julgado em 01/06/1977; DJ 29/12/1977, *apud* voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, no RE 466343, p.13.

⁶³ O Ministro Gilmar Mendes lembra que “sob a égide da Constituição de 1988, exatamente em 22 de novembro de 1995, o Plenário do STF voltou a discutir a matéria no HC n°. 72.131/RJ, Red. p/ o acórdão Ministro Moreira Alves, porém agora tendo como foco o problema específico da prisão civil do devedor como depositário infiel na alienação fiduciária em garantia. Na ocasião, reafirmou-se o entendimento de que os diplomas normativos de caráter internacional adentram o ordenamento jurídico interno no patamar da legislação ordinária e eventuais conflitos normativos resolvem-se pela regra *Lex posterior derogat legi priori*”. A tese da legalidade ordinária dos tratados internacionais, também, foi afirmada no julgamento da ADI 1480-MC/DF, rel. Ministro Celso de Mello, RTJ 179/493, do RE n°. 206.482-3/SP, Rel. Min°. Maurício Corrêa, julgado em 27/05/1998, DJ 05/09/2003, do HC n°. 81.319-4/GO, Rel. Min°. Celso de Mello, julgado em 24/04/2002, DJ 19/08/2005. Voto proferido no RE 466343, p.13-4.

⁶⁴ Voto proferido no RE 466343, p. 11.

⁶⁵ HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Trad. De Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

⁶⁶ Estado Constitucional Cooperativo seria “aquele que não mais se apresenta como um Estado Constitucional voltado para si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade”. Voto proferido no RE 466343, p.15.

⁶⁷ Significa dizer que, na perspectiva internacional, embora, na maior parte das vezes, a cooperação entre os Estados consista em mera coordenação e ordenamento para a coexistência pacífica, no âmbito do direito constitucional nacional, esse fenômeno pode levar a tendências que apontem para uma mitigação dos limites entre o interno e o externo, possibilitando uma concepção que faria prevalecer o direito comunitário sobre o direito interno. Voto proferido no RE 466343, p.15.

idéia de 'Estado Constitucional Cooperativo' sejam complexos, cumpre reconhecer "os aspectos sociológico-econômico e ideal-moral como os mais evidentes."⁶⁸

No que tange aos últimos, seria preciso considerar:

A proteção aos direitos humanos como a fórmula mais concreta de que dispõe o sistema constitucional, a exigir dos atores da vida sócio-política do Estado uma contribuição positiva para a máxima eficácia das normas das Constituições modernas que protegem a cooperação internacional amistosa como princípio vetor das relações entre os Estados Nacionais e a proteção dos direitos humanos como corolário da própria garantia da dignidade da pessoa humana.⁶⁹

Segundo os Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello,⁷⁰ a Constituição de 1988 traz disposições que sinalizam para uma maior abertura constitucional do direito internacional (a doutrina se refere à "constitucionalização do direito internacional"),⁷¹ quais sejam, o parágrafo único do art. 4º⁷², o § 2º, do art. 5º, e as cláusulas acrescentadas pela Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/2004, constantes dos parágrafos 3º e 4º do art. 5º.⁷³

Haveria, também, "uma tendência contemporânea do constitucionalismo mundial de prestigiar as normas internacionais destinadas à proteção do ser humano" (constitucionalização do direito internacional). Nesse sentido e "a partir desse universo jurídico voltado aos direitos e garantias fundamentais", as constituições, além de indicarem "maiores possibilidades de concretização de sua eficácia normativa", também somente podem ser concebidas em uma abordagem que aproxime o Direito Internacional do Direito Constitucional"⁷⁴ (a doutrina se refere à "internacionalização do direito constitucional").⁷⁵

Resumimos, aqui, as quatro vertentes que surgiram, no Brasil, a partir da Constituição de 1988, inicialmente, com base na norma do § 2º do art. 5º, e que tentam explicar a estatura hierárquico-normativa dos

⁶⁸ Voto proferido no RE 466343, p. 15.

⁶⁹ Voto proferido no RE 466343, p. 15.

⁷⁰ Ambos, no julgamento dos processos que nos referimos e que continuam pendentes até o momento.

⁷¹ GALINDO, 2003.

⁷² A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

⁷³ Dispõem, respectivamente, que "os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais", e "o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão." Voto proferido no RE 466343, p. 17.

⁷⁴ Voto proferido no RE 466343, p. 18.

⁷⁵ GALINDO, 2003.

tratados internacionais de direitos humanos. Passemos, a seguir, a tentar aplicar essas vertentes, correlacionando-as com a análise das teorias que cuidam da relação entre o direito interno e o direito internacional.

3 Teorias que tratam da dialética entre o direito interno e o direito internacional

Para tratar da natureza dos tratados internacionais, do ponto de vista do direito interno, acreditamos ser preciso a análise, ainda que breve, das teorias que versam sobre o relacionamento entre o direito interno e o direito internacional,⁷⁶ embora, no tocante ao tema de tratados internacionais de direitos humanos, essa discussão, segundo indica o Ministro Gilmar Mendes, tenha se tornado ociosa e supérflua.⁷⁷

A primeira teoria histórica que surgiu sobre o tema foi o dualismo.⁷⁸ Podemos resumir a doutrina dualista na idéia de separação de direito interno e direito internacional em dois sistemas distintos, porque teriam sujeitos e fontes diferentes,⁷⁹ podendo ocorrer reenvios de um sistema para outro, em qualquer dos sentidos (seja do direito interno para o direito internacional; seja do direito internacional para o direito interno).⁸⁰

Críticas à parte, segundo essa doutrina, para que um tratado internacional seja aplicado, internamente a determinado Estado, precisará de uma transformação, isto é, de sua introdução, da forma como prevista naquele ordenamento, para o direito interno, o que, por conseguinte, poderá ser modificado a cada nova Constituição. Assim, a natureza jurídica do tratado será entendida naquele sistema interno, conforme regulado por esse sistema, sendo que o direito interno sempre prevalecerá sobre o internacional, ao menos do ponto de vista de Triepel.⁸¹

⁷⁶ Achamos necessário um breve estudo sobre o tema, embora a doutrina internacionalista moderna, a exemplo de GALINDO, 2003., já se refira a essa discussão como ultrapassada, uma vez que não se pode dizer de um Estado que adote uma postura integralmente voltada, seja para o dualismo, seja para o monismo.

⁷⁷ Voto proferido no RE 466343.

⁷⁸ Triepel foi o pai dessa doutrina, mas o dualismo pode ser dividido, resumidamente, em dualismo de Tripel, dualismo de Anzilotti e dualismo espanhol (a respeito do tema, veja: GALINDO, 2003).

⁷⁹ Para Triepel, no direito internacional, o sujeito principal é o Estado (ele admite a possibilidade de existirem outros sujeitos no futuro, mas, quando desenvolveu sua doutrina, considerava que o Estado era o único sujeito de direito internacional) e o tratado era a sua principal fonte. No direito interno, o sujeito é o indivíduo e a lei, a sua principal fonte (GALINDO, 2003, cap. I).

⁸⁰ GALINDO, 2003, cap. I.

⁸¹ GALINDO, 2003, p.19. O professor Galindo expõe que, “na verdade, o dualismo crê, em último aspecto, na própria prevalência do Direito Interno sobre o Direito Internacional. Como, para os dualistas o Direito Internacional precisa passar por um processo de adoção específica ou transformação, expressa ou implicitamente, eles acreditam na primazia do Direito Interno” (GALINDO, 2003. p.28).

Entendemos, assim, que, segundo o dualismo puro,⁸² não haveria como conferir natureza constitucional ao tratado.⁸³ E, por conseguinte, como nega juridicidade ao direito internacional, entendemos que eventual natureza legal ou supralegal do tratado, somente poderia ser adquirida após a sua transformação para o direito interno.⁸⁴

O monismo, por sua vez, divide-se em dois: o monismo com prevalência no direito interno, e o monismo com prevalência no direito internacional.

O monismo com prevalência no direito interno surgiu numa época em que o estudo do direito internacional era feito de forma assistemática e, muitas vezes, fora de postulados jurídicos, razão por que se contesta o caráter de teoria a esta posição.⁸⁵ Segundo esse entendimento, haveria um sistema jurídico uno, em cujo ápice estaria o Direito Estatal. Havia uma “concepção de que os Estados se encontrariam no estado de natureza” e de “ausência de uma autoridade superior”, o que tornava “a obrigação de respeitar os tratados puramente formais”.⁸⁶ Ademais, no caso de disputa entre Estados, esta somente poderia ser resolvida pela guerra.

O que diferencia o monismo com prevalência do direito interno do dualismo é, justamente, o centralismo estatal e sua pretensão de auto-suficiência. Enfim, nessa concepção, torna-se inócuo qualquer questionamento acerca da natureza dos tratados, uma vez que “o direito internacional, embora necessário, dada a pluralidade dos entes estatais, somente existe em função do Estado.” Segundo a teoria da autolimitação – cujo principal expoente era Jellinek – “em exercício de autolimitação, os Estados permitiriam a existência de um Direito Internacional.” Verifica-se que a soberania era tida como um dogma inabalável.⁸⁷

Kelsen aceitava a idéia do monismo com prevalência no direito interno, porque sua teoria tinha por base um pressuposto lógico, segun-

⁸² Chamamos de “dualismo puro” porque a doutrina se refere ao dualismo espanhol como um “dualismo moderado” (GALINDO, 2003, p.19).

⁸³ Desenvolvemos o seguinte raciocínio: se o direito interno prevalece, a transformação deverá ser, necessariamente, sob a forma de norma infraconstitucional (ao se entender pela sua prevalência, em caso de conflitos entre a Constituição e Tratado, aquela deverá prevalecer), já que não admitimos, em nosso ordenamento, normas constitucionais inconstitucionais (e, por conseqüência, também não admitimos hierarquia entre as normas constitucionais), ressalvada a hipótese de emenda à Constituição, que poderá ser objeto de controle (sobre a existência de normas constitucionais inconstitucionais: Otto Bachof).

⁸⁴ “As maiores oposições ao dualismo ocorreram no âmbito do desenvolvimento dos movimentos de integração regional, mais notadamente no Direito Europeu; no âmbito da proteção internacional dos Direitos Humanos; e no próprio advento e propagação do monismo com prevalência no Direito Internacional” (GALINDO, 2003, p.28).

⁸⁵ Os expoentes desse monismo foram Hegel e Spinoza. GALINDO, 2003, p.11-2.

⁸⁶ GALINDO, 2003, p.12.

⁸⁷ GALINDO, 2003, p.14.

do o qual não seria possível a coexistência válida de dois sistemas jurídicos que podem ter prescrições que levam a conseqüências diferentes. E, daí, a idéia pressuposta da primeira Constituição Histórica como norma fundamental.⁸⁸

Nesse sentido, somente caberia cogitar de tratados com natureza legal ou supralegal - embora a distinção entre os dois sistemas (direito interno e direito internacional) seja propriamente dualista, que não se confunde com essa espécie de monismo - pois, ao declarar a prevalência do direito interno, "nega ao Direito Internacional tanto o caráter supra-estatal como seu isolamento em face do mesmo Direito Interno", e, assim, "como parte integrante do Direito Interno, o Direito Internacional se torna, verdadeiramente, um Direito Estatal Externo."⁸⁹

Assim, repetimos, do ponto de vista da ciência do direito, Kelsen entende defensável o monismo, seja com prevalência do direito interno, seja com prevalência do direito internacional, mas, do ponto de vista político, seria preciso fazer uma opção.⁹⁰ O professor George Galindo ensina que a opção de Kelsen teria sido o monismo com prevalência no direito internacional⁹¹ e, por isso, "a Norma Fundamental deverá ser encontrada no Direito Internacional."⁹² E "a Norma Fundamental no Direito Internacional é a que afirma que os Estados devem se conduzir como têm conduzido o costume."⁹³

Por conseguinte, se adotarmos essa concepção, "a Norma Fundamental de todo o Direito é a regra que prescreve que os Estados devem

⁸⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998 p. 372. O professor Inocêncio Mártires Coelho explica, resumidamente, a concepção de Kelsen acerca da norma fundamental e a diferencia do conceito de Constituição: "considera-se norma fundamental aquela que constitui a *unidade* de uma pluralidade de normas, enquanto representa o fundamento de *validade* de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa; aquela norma que, pelo fato mesmo de situar-se na base do ordenamento jurídico, há de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por nenhuma autoridade, a qual, se existisse e tivesse competência para editá-la, só disporia dessa prerrogativa em razão de outra norma de hierarquia ainda mais elevada e assim sucessivamente: aquela norma, enfim, cuja validade não pode ser derivada de outra e cujo fundamento não pode ser posto em questão". Essa norma seria uma ficção e fundamentaria a validade da primeira Constituição e, a partir desta, a validade de todas as normas que integram o ordenamento jurídico (MENDES, *et al.* 2007, p.1-2).

⁸⁹ GALINDO, 2003, p. 15.

⁹⁰ *Apud* GALINDO, 2003, p.34.

⁹¹ Kelsen, que encabeçava a Escola de Viena, conforme mencionamos, desenvolveu o monismo com base em postulados lógicos. A sua teoria veio a sofrer algumas modificações, posteriormente, por outros juristas, como Verdross e Kunz. Por conseguinte, o próprio monismo também sofreu algumas variações. O professor Galindo cita três de seus expoentes: Kelsen, Verdross e Lauterpacht. Em comum, todos eles chegaram à prevalência do direito internacional (GALINDO, 2003, p.31-4).

⁹² Assim decide porque "o primado do direito internacional desempenha um papel decisivo na ideologia pacifista; e do mesmo modo, o monismo com prevalência do Direito Interno, um papel decisivo na ideologia imperialista" (GALINDO, 2003, p.34).

⁹³ GALINDO, 2003, p.35.

se conduzir como têm se conduzido de costume, encontrada no Direito Internacional.”⁹⁴

Cumpra observar que Kelsen refere-se aos costumes e não, precisamente, aos tratados internacionais. Encontraremos a expressão do monismo sobre os tratados na doutrina de Verdross, que mencionaremos adiante.

Antes, porém, vale destacar que, embora se tenha a teoria monista como uma contraposição dialética da teoria dualista, Triepel, na verdade, não estava preocupado com a questão da hierarquia de normas, mas em como poderia se dar a relação entre dois sistemas distintos que entendia coexistirem, embora, de certa forma, considerasse a prevalência do direito interno. Kelsen tinha essa preocupação (com a hierarquia das normas), de modo que, do ponto de vista hierárquico, seria um contrassenso considerar que um Estado tenha adotado uma postura dualista, ao passo que, do ponto de vista do relacionamento entre os sistemas, ao menos na prática, difícil considerar um Estado integralmente monista, sendo o que mais se aproxima dessa concepção, hodiernamente, é o Direito Comunitário Europeu.⁹⁵

Nesse sentido, transcrevemos as observações do Professor George Galindo:

A idéia aparentemente ilógica, e seguida por Lauterpacht, de que não se pode confundir dois conceitos tão distintos como incorporação do Direito Internacional no Direito Interno e supremacia deste último é, na verdade, abordada tanto pelos dualistas como pelos monistas, sendo sua análise conjunta indispensável para a adoção de uma das teorias.

A nós não parece que Triepel e Kelsen não tratem das duas questões.

No caso de Triepel, o centro de suas atenções consistia no problema da impossibilidade de aplicação direta do Direito Internacional no Direito Interno, uma vez que seriam dois sistemas completamente distintos. E se é verdade que ele não admitia conflitos entre Direito Interno e Direito Internacional, uma vez que o Direito

⁹⁴ GALINDO, 2003, p.36. Kelsen afirmava não existir “diferença entre a natureza dos assuntos do Direito Interno e do Direito Internacional” e, com isso, “levou a um desmantelamento da separação destes ramos do direito”, porque, segundo ele, o Direito Internacional também se ocuparia das atividades humanas (idem, p.40).

⁹⁵ “A este respeito, algumas vozes têm defendido que dualismo e monismo se diferenciam, porque, no primeiro, enfatiza-se a necessidade de mecanismos de inserção dos tratados no Direito Interno; enquanto no segundo, há a preocupação com os conflitos entre tratados e a ordem interna, a fim de saber qual deles prevalece. Nesta visão, Triepel não fala da primazia do tratado ou da lei interna, uma vez que recepcionado no Direito Interno, assim passa a ser considerado. De outro lado, afirma essa visão, o monismo de Kelsen não se preocupa com os procedimentos para que os tratados sejam incorporados, uma vez que isto seria desnecessário, por haver somente um sistema jurídico” (GALINDO, 2003, p.49-50).

Internacional incorporado se transformaria em Direito Interno, do mesmo modo, afirma que o juiz nacional não pode dar prevalência àquela norma oriunda do Direito Internacional, devendo aplicar a norma interna, mesmo se anterior. Triepel não poderia pensar de modo diverso, pois, assim, seria possível a supremacia do Direito Internacional, mesmo que materializada em uma norma interna. Isto leva a crer, na verdade, como já afirmado anteriormente, que o dualismo era, realmente, um monismo com prevalência do Direito Interno. Os fundamentos voluntaristas se encontram em ambos e, em caso de conflito (mesmo aparente), prevalece o Direito Interno.

A preocupação de Kelsen, por outro lado, era, de fato, a supremacia de um dos Direitos, e não a sua incorporação. Esta seria desnecessária, uma vez que o sistema jurídico seria uno. Mas Kelsen também se preocupa com o problema da inserção do Direito Internacional. Ele afirma várias vezes que os procedimentos para que o Direito Internacional valha no Direito Interno são deixados a este último, não sendo sinais da adoção de uma postura dualista. Obviamente Kelsen nunca poderia pensar que a questão da inserção não seria importante, uma vez que a própria efetividade do Direito internacional disto depende. Se os procedimentos internos para a inserção são bastante demorados, isto implicará em enorme prejuízo para a aplicação e efetivação do Direito Internacional.⁹⁶

Entretanto, trataremos mais acerca do monismo, já que essa teoria tem, exatamente, preocupação com a hierarquia das normas internacionais. Além de Kelsen, o monismo com prevalência no direito internacional tem, conforme Galindo, outros dois expoentes: Verdross e Lauterpacht.⁹⁷

Verdross subdivide o monismo em radical e moderado, porque o moderado admite a ocorrência de conflitos entre o direito internacional e o direito interno, embora, segundo o autor, eles não adquiram caráter de definitividade, já que encontrariam uma solução na unidade do sistema jurídico. Com isso, ele defende que, se “os tribunais decidem pela prevalência do Direito Interno em detrimento do Direito Internacional”,⁹⁸

⁹⁶ GALINDO, 2203, p.50.

⁹⁷ GALINDO, 2003, p.31-40. “Daí mesmo afirmar-se que os autores que adotam o monismo dividem-se em duas categorias: os que, como Lauterpacht, sustentam uma forte posição ética com uma grande preocupação com os Direitos Humanos e outros, como Kelsen, que mantém uma posição monista com fundamentos lógico-formalistas” (idem, p.49). O professor George Galindo explica, ainda que “a teoria monista de Lauterpacht é bastante esparsa, não possuindo ele nenhum trabalho específico sobre o embate das teorias. Mas, ao longo de sua obra, as relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno foram uma de suas maiores preocupações. Tendo estudado com o próprio Kelsen,⁹⁹ o embate entre as teorias não era a ele estranho, tendo-o abordado com mais vagar no Curso Geral que ministrou na Academia de Direito Internacional da Haia” (idem, p.45).

⁹⁸ GALINDO, 2003, p.41.

essa precedência se daria apenas provisoriamente, porque existe a obrigação internacional de os Estados modificarem normas editadas em oposição ao direito internacional.⁹⁹

Ele acredita que a existência de disposições constitucionais internas que referendam o Direito Internacional Geral (costumes) como fonte de direito interno será “sempre um reconhecimento da superioridade do Direito Internacional.”¹⁰⁰

Quanto aos tratados (ou mesmo quanto à execução dos costumes), não haveria, precisamente, uma transformação do direito internacional para o direito interno, pois se a “norma internacional precisa ser posta em prática por uma lei ou regulamento”, ocorre, na verdade, “a execução de uma norma superior por uma inferior.”¹⁰¹ Assim, o conceito de norma fundamental, para Verdross, diferencia-se daquele apresentado por Kelsen porque abrange, além dos costumes, os princípios gerais do direito e as normas de direito convencional. Seria, na verdade, uma “trama de normas fundamentais.”¹⁰²

Lauterpacht, segundo explica o professor George Galindo, afirma-se um monista, porque considera:

O Direito Internacional como ordem superior e os sistemas internos como delegados; os indivíduos como os sujeitos fundamentais de direitos e deveres internacionais; os princípios juridicamente relevantes de moralidade aplicáveis às relações dos Estados de acordo com padrões que em nada diferem daqueles aplicáveis às relações entre os indivíduos.”¹⁰³

⁹⁹ Verdross “não nega, portanto, a existência de conflitos, mas acredita que, perante os tribunais internacionais, as leis estatais, as decisões judiciais e os atos administrativos de um Estado são meros fatos” (GALINDO, 2003. p.41).

¹⁰⁰ GALINDO, 2003, p.44. Até porque, para ele, são disposições inúteis, uma vez que a “validade do Direito Internacional somente deste depende, e não das Constituições internas” (idem, p.42). Críticas existem acerca dessa posição. O professor Galindo explica que, segundo esse entendimento, somente será um reconhecimento da superioridade do direito internacional se: “(1) tais disposições forem consideradas como declaratórias de uma atitude pré-existente dos tribunais internos quanto à questão; ou (2) se pretenderam essas disposições reconhecer, em abstrato, a superioridade geral do Direito Internacional. Se, contudo, não surgem da aplicação dos tribunais internos e não houve intenção de conceder que o Direito Internacional fosse uma ordem jurídica superior, mas assegurar que os tribunais internos dêem efeito ao Direito Internacional, as disposições tendem a apoiar a primazia do Direito Interno, onde somente por um dispositivo constitucional o Direito Internacional gozará de validade na esfera interna” (idem, p.44).

¹⁰¹ GALINDO, 2003, p.41.

¹⁰² O monismo de Verdross fundamenta-se numa concepção universalista do Direito Internacional, que tem origem na visão estóico-cristã, ou seja, uma visão “de que a humanidade no seu conjunto forma uma unidade jurídico-moral ancorada no direito natural.” GALINDO, p.42-3.

¹⁰³ GALINDO, 2003, p.45.

Não obstante, seu monismo distanciar-se-ia do monismo de Kelsen e Verdross, porque objetivava, na verdade, “deduzir a visão monista da verdadeira prática dos Estados e dos tribunais.”¹⁰⁴

Por isso, segundo ele, “este monismo se mostra algumas vezes inconsistente, assim como a própria prática dos Estados também é.”¹⁰⁵ Da mesma forma em que o Direito Internacional seria “um direito imperfeito em um estágio de transição para um verdadeiro direito, esse monismo é qualificado por exceções dualistas e contradições.”¹⁰⁶

Enfim, se adotássemos o monismo com prevalência no direito internacional, seria coerente defender a tese da natureza supraconstitucional dos tratados de direitos humanos ou, ainda, a tese da natureza constitucional desses tratados.

Apesar disso, cumpre ressaltar as observações do professor Galindo acerca das teorias dualista e monista, no sentido de que “é impossível encontrar um Estado completamente monista ou completamente dualista.”¹⁰⁷ Assim, segundo ele:

As questões de incorporação e hierarquia, portanto, não podem ser separadas. São imprescindíveis mutuamente. Com efeito, de nada adianta ser o Direito Internacional hierarquicamente superior ao Direito Interno, se sua aplicação é obstada através de empecilhos internos. Do mesmo modo, é inútil que o princípio da incorporação seja aplicado se o Direito Internacional pode ser revogado por meras leis internas. E o contrário vale para os que defendem o dualismo, não sendo ele possível se não são conjugados os problemas da hierarquia e da inserção.¹⁰⁸

Ademais, relembramos as considerações do Ministro Gilmar Mendes, cauteloso pela manutenção da segurança jurídica, justamente porque, no primeiro caso (de adoção da tese da natureza supraconstitucional dos tratados de direitos humanos), haveria dificuldade em se aplicar esse entendimento devido à realidade dos Estados, que, muitas vezes, possuem rígidos sistemas fundados no princípio da supremacia formal e material da Constituição.¹⁰⁹

O Supremo Tribunal Federal, analisando a questão, teria se manifestado no sentido de que a Constituição não precisa se afirmar sobreposta às leis ou aos tratados, pois essa hierarquia estaria implícita em seus preceitos inequívocos, “como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Consti-

¹⁰⁴ GALINDO, 2003, p.45.

¹⁰⁵ GALINDO, 2003, p.45.

¹⁰⁶ GALINDO, 2003, p.45.

¹⁰⁷ GALINDO, 2003, p.54.

¹⁰⁸ GALINDO, 2003, p.51.

¹⁰⁹ Voto proferido no RE 466343, 2003, p.4-5.

tuição [...] e aquele que, em conseqüência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b).”¹¹⁰

Adverte, ainda, para o risco de uma “ampliação inadequada dos sentidos possíveis da expressão ‘direitos humanos’”, o que poderia ensejar “uma produção normativa alheia ao controle de sua compatibilidade com a ordem constitucional interna.”¹¹¹ Essas últimas observações também seriam aplicadas à tese da natureza constitucional dos tratados de direitos humanos, porque aumentariam o bloco de constitucionalidade. Portanto, essa equivalência entre tratados e Constituição, segundo o Ministro Gilmar Mendes, encontraria óbice nas próprias atribuições da Corte Constitucional “para exercer o controle da regularidade formal e do conteúdo material desses diplomas internacionais em face da ordem constitucional nacional.”¹¹²

Portanto, adequando-se à visão monista de Lauterpacht, que se propõe a cingir-se com a prática dos Estados e dos Tribunais,¹¹³ a teoria da supralegalidade dos tratados de direitos humanos parece-nos viabilizar uma maior efetividade das normas internacionais de direitos humanos, tendo em vista, exatamente, essa visão prática do monismo.

Conclusão

Como dissemos, muito se discutiu acerca da natureza dos tratados de direitos humanos, mas, entre nós, prevaleceu a tese de que teriam força de norma infraconstitucional, sendo necessário, do ponto de vista do direito interno, a sua incorporação, que o recepcionaria com força de lei.

Não se diga tenha sido uma postura eminentemente dualista porque, como se viu, essa teoria preocupa-se com a relação entre os sistemas e eles, de fato, se relacionam.¹¹⁴ Porém, pode-se entender como uma postura monista com alguma tendência pela prevalência do direito interno, já que na pirâmide construída com base na teoria de Kelsen, a Constituição está acima das leis e, portanto, ela será seu fundamento de validade.

Conforme mencionamos, alguns internacionalistas¹¹⁵ já entendiam que o próprio § 2º, do artigo 5º, conferia natureza constitucional a esses

¹¹⁰ RHC n.º. 79.785/RJ, Rel. Min.º. Sepúlveda Pertence, DJ 22/11/2002, *apud* Voto do Ministro Gilmar Mendes, proferido no RE 466343, *idem*, p.5-6. Segundo o Ministro Gilmar Mendes: “os poderes públicos brasileiros não estão menos submetidos à Constituição quando atuam nas relações internacionais em exercício do *treaty-making power*. Os tratados e convenções devem ser celebrados em consonância não só com o procedimento formal descrito na Constituição, mas com respeito ao seu conteúdo material, especialmente em tema de direitos e garantias fundamentais”. Voto proferido no RE 466343, 5-6.

¹¹¹ Voto proferido no RE 466343, p.5-6.

¹¹² Voto proferido no RE 466343, p.5-6.

¹¹³ GALINDO, 2003, p.45.

¹¹⁴ A Constituição aceita a idéia de um direito internacional, mas não necessariamente distinto do direito interno, tudo a depender da interpretação do jurista constitucional, que pode sempre sofrer mutações.

¹¹⁵ A exemplo de PIOVESAN, *In* TAVARES *et al.* Obra. Local: editora, ano, 2005.

tratados, na tentativa de fazer valer a prevalência do direito internacional, ao menos quanto à questão dos direitos humanos. No entanto, a nossa Corte Constitucional assim não entendia. Com a Emenda Constitucional 45/05, acrescentou-se o § 3º ao artigo 5º, que, por sua vez, acirrou os ânimos para novas discussões. Enfim, se preenchidos os seus requisitos, não restam dúvidas de que os tratados relativos a direitos humanos passam a ter natureza constitucional, embora não inseridos no texto.¹¹⁶

O problema surge, no entanto, quanto aos tratados incorporados ao direito interno antes da referida emenda, bem como quanto à hipótese em que não se superem um dos requisitos do § 3º, do artigo 5º. Voltaríamos, nesse caso, à doutrina da recepção dos tratados com força de lei, muito questionada entre os internacionalistas que preferem defender a prevalência do direito internacional.

Por se tratar de questões relativas a direitos humanos - isto é, pertinentes a todos os indivíduos, inerentes à pessoa, independentemente do Estado a que pertença, uma vez que se admite que o próprio indivíduo se socorra de organizações internacionais para fazer prevalecer tais garantias até mesmo em face do próprio Estado - entendemos plausível defender que tais questões devem adquirir natureza constitucional, independentemente de qualquer sistema de incorporação, já que possuem esse caráter supra-estatal.

Apesar de muito mitigada a idéia de soberania, este é um dogma de forte presença nos Estados, embora já tenhamos o Direito Comunitário Europeu em contraposição à idéia de soberania como um dogma absoluto. Porém, mesmo no âmbito da União Européia, poderá haver questões de domínio reservado do Estado. De qualquer forma, teríamos grande dificuldade em aceitar a natureza constitucional de tratados que não superaram os requisitos de incorporação exigidos pelo § 3º, do artigo 5º, em razão das considerações que indicamos no tópico anterior.

Porém, ainda assim, a jurisprudência precisa evoluir para um melhor relacionamento entre os sistemas (e aí, não mais nos referimos à questão de hierarquia entre o direito interno e o direito internacional), de modo que, se não é possível conferir ao tratado a natureza de norma constitucional, ao menos lhe confira um *status* supra-legal, para que prevaleça em face do direito federal.¹¹⁷

¹¹⁶ Esse é um posicionamento que corrobora do ponto de vista do relacionamento, a doutrina dualista, e, do ponto de vista hierárquico, o monismo com prevalência do direito internacional, uma vez que se infere a preocupação de tentar fazer prevalecer o direito internacional.

¹¹⁷ Assim, por exemplo, cita-se o caso da prisão de depositário infiel, que é permitida pela CF e está, ainda, sob a análise do STF. Tem-se uma norma mais benéfica ao indivíduo no Pacto San José de Costa Rica, que não admite tal prisão por dívida. Como dissemos, trata-se de interesses supranacionais envolvidos e que dizem respeito a todos, enquanto indivi-

Assim, para implementar o relacionamento entre os sistemas, agora sim, passamos a falar da hierarquia, conjugando, nesse problema, a doutrina monista, para dizer que o tratado deveria assumir uma natureza supra-legal, pois, se ainda não estamos prontos para lhes conferir a natureza constitucional, ao menos podemos beneficiar a pessoa humana, conferindo-lhe mais uma garantia (acima da lei), ao aplicar a norma internacional mais benéfica em termos de tutela dos direitos humanos, que, muitas vezes, pode não se coadunar com preceitos de caráter infraconstitucional.

Nesse sentido, devemos conferir a natureza supralegal, também, aos tratados de direitos humanos incorporados em nosso ordenamento após a edição da Emenda Constitucional 45, mas que, submetidos ao procedimento do § 3º, artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, não tenham superado todas as exigências dessa norma.

Referências

- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2003.
- GALINDO, Rodrigo Bandeira. **Conflito entre tratados internacionais de direitos humanos e constituição**: uma análise do caso brasileiro. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. 2003.
- HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Trad. De Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LAFER, Celso. **A Internacionalização dos Direitos Humanos**: Constituição, Racismo e Relações Internacionais. Barueri, SP: Manole, 2005.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional**. São Paulo: RT, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira Mendes e outros. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- PIOVESAN, Flávia. Reforma do Judiciário e Direitos Humanos. In TAVARES, André Ramos *et al.* **Reforma do Judiciário analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- PROJETO DE RESOLUÇÃO. Os direitos humanos de todos os trabalhadores migrantes e de suas famílias (apresentado pela missão permanente do México) conselho permanente da Organização dos Estados Americanos, comissão de

duos. Nesse caso, publicou-se, nas notícias do STF de 22/11/2006, o voto do Ministro Gilmar Mendes, que citamos, reiteradamente, neste artigo. O julgamento encontra-se pendente, mas, na ocasião, o Ministro manifestou-se pela natureza supralegal dos tratados relativos a direitos humanos.

Assuntos Jurídicos e Políticos, OEA/Ser.G, CP/CAJP-1944/02, 30 abr. 2002. Original: espanhol

RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RAMOS, André de Carvalho. **Direitos Humanos em juízo**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

RELATÓRIO nº. 52/02, Comissão Interamericana de Direitos Humanos. CASO 11.753, Mérito, Ramón Martínez Villareal, Estados Unidos, 10 out. 2002. Disponível em: <<http://www.cidh.org/annualrep/2002port/EstadosUnidos.11753a.htm>>. Acesso em: 23 de março de 2008.

SOUZA, Ielbo Marcus Lobo de. A natureza e eficácia do direito Internacional. **Revista de informação legislativa**. Brasília. Ano 36, nº. 141, jan./mar. 1999.

A legitimação para agir nas ações coletivas – um panorama comparativo das legislações espanhola e brasileira

Wilson de Souza Malcher

Advogado da Caixa no Distrito Federal

*Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual
Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto*

Brasileiro de Direito Processual

MBA em Direito Econômico e das Empresas pela

Fundação Getúlio Vargas/DF

*Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra–Portugal*

*Doutorando em Direito Processual pela Faculdade de
Direito da Universidade de Salamanca-Espanha*

RESUMO

O Brasil destaca-se, nos sistemas de *civil law*, no trato jurídico da tutela dos interesses supra-individuais. Assiste-se, desde a metade do século passado, a uma gradativa abertura do acesso à justiça para certos interesses de natureza constitucional. A Espanha, por sua vez, iniciou a discussão sobre o assunto no final dos anos setenta, porém, somente nos anos noventa é que os manuais começam a refletir os estudos e as pesquisas desenvolvidas pelos doutrinadores do país. O fenômeno da legitimidade das partes, pelo menos no direito positivo brasileiro, em sua processualística clássica, traduz a titularidade da relação jurídica deduzida em juízo. Está, portanto, apartado da moderna interpretação doutrinária abraçada pelo ordenamento espanhol, a partir da Constituição de 1978. As similitudes e as distinções relativas à legitimação para agir na tutela dos interesses supra-individuais constituem objeto de análise do presente estudo.

Palavras-chave: Legitimação. Legitimação processual. Legitimação coletiva. Tutela coletiva.

RESUMEN

El Brasil, en los sistemas de *civil law*, es distinguido en el tracto jurídico de la tutela de los intereses supraindividuales. Se presencia, desde la mitad del último siglo una apertura gradual del acceso a la justicia para ciertos intereses de naturaleza colectiva. En España, al final de los años setenta, se empezaba a tratar del tema, no obstante, es en los años noventa que los manuales empiezan a reflejar los estudios y las investigaciones desarrolladas por los doctinadores del país. El fenómeno de la legitimación de partes, al menos en el derecho positivo brasileño, en su procesalística clásica, traduce la titularidad

de la relación jurídica deducida en juicio. Está, por tanto, separado de la moderna interpretación doctrinal aceptada por el ordenamiento español, a partir de la Constitución de 1978. Los similitudes y las distinciones relativos a la legitimación para la tutela de los intereses supraindividuales constituyen objeto del análisis del actual estudio.

Palabras-llave: Legitimación. Legitimación procesal. Legitimación colectiva. Tutela colectiva.

Introdução

Este trabalho tem por objetivo realizar uma reflexão acerca de um tema muito debatido e ainda muito polêmico nos dias atuais: *a legitimação ativa para a tutela dos interesses e direitos supra-individuais*. É lógico que, ante a singeleza de nosso estudo, não pretendemos eliminar divergências e tampouco revelar soluções inovadoras. Pretendemos, tão-somente, contribuir com a discussão sobre a matéria, a partir de uma análise comparativa entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e espanhol.

O Brasil pode se orgulhar de possuir uma das mais completas e avançadas legislações em matéria de interesses supra-individuais; no entanto, ao traçarmos um paralelo, a Espanha possui uma das mais recentes normas processuais: a "*Ley de Enjuiciamiento Civil*" (a partir de agora, simplesmente, LEC 1/2000). Existe, é verdade, um ponto em comum: *ambos os sistemas normativos não adotaram o fenômeno da legitimação individual nas chamadas ações coletivas*. Esses e outros aspectos da legitimação para agir para a tutela dos interesses e direitos supra-individuais constituem objeto de estudo deste trabalho.

1 A Legitimação processual

De início, faz-se necessário atentarmos ao fenômeno jurídico que no direito moderno se quer identificar com a palavra "legitimação". Afinal, ao longo da história do Direito, esse fenômeno vem sofrendo alterações e evoluções interpretativas, sem contar que, ainda nos tempos atuais, constitui, em alguns casos, fonte de incertezas, razão pela qual tem merecido a atenção dos doutrinadores, inclusive como tema de vários trabalhos monográficos.

Numa breve perspectiva histórica, iniciamos por dizer que, no Direito antigo, a palavra "legitimação" fazia referência a três aspectos:¹

a) *legitimatío personae*, como reunião dos requisitos de capacidade, isto é, as qualidades necessárias para comparecer em juízo;

¹ Utilizamos, neste estudo, a descrição apresentada por MONTERO AROCA, Juan. **La legitimación en el proceso civil. Estudios de derecho procesal**. Madrid: Civitas, 1994, p. 29-30. Acepções distantes da atual doutrina moderna acerca do instituto da legitimação, que não se confunde com a capacidade nem mesmo com a representação.

b) *legitimatio ad processum*, em referência à representação legal e necessária;

c) *legitimatio ad causam*, em referência única ao caso de sucessão no direito reclamado.

Na doutrina espanhola, segundo estudos de Montero Aroca,² o primeiro a delinear o tema foi Beceña, sob o título “capacidad para actuar procesalmente un derecho concreto”, seguido de Enciso, autor do primeiro estudo monográfico dedicado ao assunto (*Acción y personalidad*), denominando-a: “*faculdade de disposição processual*”, para atingir as chamadas “partes no processo”. Vindo o estudo da legitimação a se desenvolver, principalmente, a partir da contribuição de renomados doutrinadores de escol, apenas para citar alguns nomes, como Prieto-Castro, Guasp e Gómez Orbaneja.

Merece destaque, nesse particular, a anotação de Gutiérrez de Cabiedes, utilizando-se de palavras de Montero Aroca, sobre a LEC de 1881 - que em momento algum fez menção ao termo “legitimação” - no sentido de que tal conceito era desconhecido ao tempo da redação da citada norma; o que, *data vênia*, constitui verdadeiro assombro. No entanto, tal afirmativa serve para explicar porque a doutrina espanhola viu-se obrigada a forçar a letra da Lei, ao sustentar que a legitimação era um dos elementos integrantes do conceito complexo de “personalidade”.³

A ausência do termo “legitimação” é ainda notada nos dias atuais, haja vista que a LEC 1/2000, ao tratar da legitimação individual no art. 10, denomina-a de “*Condición de parte processual legítima*”, ao estabelecer que “*serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso*”. O termo “legitimação” é utilizado quando passa a tratar da legitimação para a defesa de direitos e interesses de consumidores e usuários, no artigo seguinte.

Em todo o caso, é importante ressaltar o avanço interpretativo do fenômeno jurídico da legitimação no novo ordenamento jurídico processual espanhol, posto que a nova LEC traduz um conceito moderno de “*parte*”; um conceito estritamente processual, distinto do conceito de direito material. Veja-se: *a parte que pede, em nome próprio, pode não ser titular do direito que deduz no processo*.

De fato, a legitimação não deve e não pode ser confundida com a titularidade do direito material. Muito corretamente, a LEC, no art. 10, considera parte legítima quem comparece e atua como titular da relação jurídica ou objeto litigioso, ainda que excepcionalmente a lei possa atribuir legitimação a pessoa distinta do titular do direito, a chamada

² MONTERO AROCA, J. 1994, p.30-1

³ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo; HIDALGO DE CAVIEDES. **La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales**: colectivos y difusos. Navarra: Aranzí Editorial, 1999, p.144. Segundo a doutrina e a jurisprudência a palavra “carácter” utilizada nos artigos 503, 2º e 533, 2ª e 4ª, faziam referência à legitimação.

substituição processual, conforme denominação de Chiovenda, ou *legitimação extraordinária*, como também é conhecida no Brasil, conforme expressa no art. 6º, do Código de Processo Civil.

Esse conceito moderno de legislação ainda não se faz sentir no ordenamento brasileiro, por considerar a legitimidade das partes - por inspiração de Liebman - uma das "*condições da ação*".⁴ Ou, no dizer da sistemática processual espanhola, ao tempo da LEC de 1881, um dos *presupuestos procesuales*, requisito necessário para que o autor, ao tempo de sua vigência, obtivesse uma resolução de fundo.⁵

Assim é que, no direito positivo brasileiro, a legitimidade das partes, definida por Alfredo Buzaid⁶ como a "pertinência subjetiva da ação", traduz a titularidade da relação jurídica deduzida pelo demandante no processo. Deste modo, o autor está legitimado a agir em relação ao objeto da demanda quando é titular da relação jurídica, razão pela qual se fala, nesta hipótese, em *legitimação ordinária*.

Está, portanto, o direito processual brasileiro apartado da moderna e atualizada interpretação doutrinária acerca do fenômeno da "legitimação

⁴ Segundo o Código de Processo Civil brasileiro, o processo será extinto sem resolução de mérito quando não concorrer qualquer das condições da ação: possibilidade jurídica, legitimidade das partes e interesse processual, a teor do inciso VI, do art. 267, do referido diploma legal, embora LIEBMAN, em edição atualizada do *Manuale di diritto processuale civile*, não mais enumere a "possibilidade jurídica do pedido" como condição da ação. Registre-se, por oportuno, que prevalece na doutrina brasileira, embora haja posições divergentes, a *teoría da asserção*, pela qual as condições de ação devem ser verificadas em abstrato, presumindo-se que aquilo que consta da petição inicial é verdadeiro. O que ficar provado depois, ao longo do processo e durante a instrução, é matéria de mérito. O juiz ao reconhecer que faltam uma ou mais condições da ação, declarará que a parte é carecedora de ação e extinguirá o processo, sem apreciação do mérito.

⁵ Ao tratar da "*legitimação ordinária*", diante do *principio da oportunidad*, ainda sob a égide da LEC de 1881, MONTERO AROCA, J. (1994, p.43) lecionava que "En ocasiones la falta de legitimación puede referirse a que ha formulado la pretensión persona distinta de aquella a la que la ley le concede privativamente la facultad de impetrar la actuación del derecho objetivo en un caso concreto, pero también habrá de considerarse que no existe legitimación cuando el actor o no afirma como próprio el derecho o no imputa la abigación al demandado". A par da exigência dos requisitos ou pressupostos processuais de que se fala, o autor já afirmava que "aparte de ser razonable y proporcionada, deberá interpretarse de modo que no suponga una verdadera denegación de justicia", em consonância com a posição adotada pelo TC, que desde muito tempo tem afirmado que "los requisitos y presupuestos procesales no deben interpretarse de modo que restrinjan indebidamente el derecho a un pronunciamiento sobre el fondo (SSTC 15/1990, de 1 de febrero). Entretanto, a própria jurisprudência da Sala Primeira do Tribunal Supremo, com anterioridade à reforma do recurso de cassação, operada pela Lei 34/1984, já havia reiteradamente declarado que a falta de legitimação não devia ser invocada como motivo de cassação por violação de forma, mas sim como motivo de infração à lei (isto é, como recurso de mérito), afinal a legitimação, na processualística espanhola, não constitui exceção ou pressuposto processual algum que possa condicionar admissibilidade da demanda ou a validade do processo.

⁶ BUZAID, Alfredo. citado por GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil brasileiro**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v.1, p.77.

ativa”, por reduzir a apreciação positiva no processo em função de mera afirmação da própria titularidade da situação jurídica deduzida em juízo.⁷

Na Espanha, a partir da Constituição de 1978, a maneira de tratar o tema mudou radicalmente. Assim, onde há um *interesse legítimo*, entendido como “qualquer vantagem ou utilidade jurídica derivada da reparação pretendida”,⁸ deve haver legitimação.

A jurisprudência espanhola, por força do que determina o art. 24.1 da CE, afirma que a legitimação é um requisito que pertence ao mérito da causa, ou seja, não se pode comprovar “*in limine litis*” e não se deve impedir a decisão sobre a tutela pretendida.⁹

Por isso mesmo, já se fala em “transcendência constitucional da legitimação” como chave de acesso à jurisdição, a partir de uma interpretação ampla e extensiva por parte dos juízes e tribunais, de modo a que não ocorra qualquer vulneração ao direito à ação. Destarte, a legitimação não pode ser negada a priori por inexistência de direito ou interesse por parte

⁷ Vide GUTIERREZ DE CABIEDES, P.; CABIEDES, Hidalgo de. (1999, 148-151, notas 26 e 39, respectivamente). Sobre ALLORIO, E. (“Diatriba breve sulla legittimazione ad agire” In Problema di Diritto, vol. I), afirma ser um dos primeiros a valorar a idéia de que a legitimidade não se confunde com titularidade, sendo seguido por outros autores, a exemplo de VIGORITI, Vincenzo. **Interessi collettivi e processo**. La legittimazione ad agire. Milano: Dott.A. Giuffré Editore, 1979, p. 281-3, que chegou a assinalar que “la efectiva titularidad de la relación deducida en juicio es cuestión que atañe al mérito y no a la legitimación”.

⁸ CHAMORRO BERNAL, F. (2005, p. 219) *apud* STC 97/1991 de 9 de mayo, FJ 2, BOE 29/5/91, JC XXX, p.40.

⁹ Vide STC 311/2000, da qual destacamos: “Al respecto tenemos dicho que el primer contenido, en un orden lógico y cronológico, del derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales que reconoce el art. 24.1 CE es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso para poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas (SSTC 220/1993, de 30 de junio, FJ 3). No se trata, sin embargo, de un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, ni tampoco de un derecho absoluto e incondicionado a la prestación jurisdiccional, sino de un derecho a obtenerla por los cauces procesales existentes y con sujeción a una concreta ordenación legal.” (...) Más concretamente, a propósito de la falta de legitimación activa, este Tribunal Constitucional tiene declarado que, al conceder el art. 24.1 CE el derecho a la tutela judicial efectiva a todas las personas que son titulares de derechos e intereses legítimos, están imponiendo a los Jueces y Tribunales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilicen en orden a la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales (SSTC 24/1987, de 25 de febrero, FJ 2; 93/1990, de 23 de mayo, FJ 2; 195/1992, de 16 de noviembre, FJ 2), circunscribiéndose la función de este Tribunal Constitucional a constatar que las limitaciones establecidas, en su caso, por el legislador en la determinación de los activamente legitimados para hacer valer una pretensión respetan el contenido del derecho a acceder a la jurisdicción y resultan proporcionadas a la consecución de finalidades constitucionalmente lícitas (STC 10/1996, de 29 de enero, FJ 3; 12/1996, de 20 de enero, FJ 3), así como a censurar aquellas apreciaciones judiciales de falta de legitimación que carezcan de base legal o supongan una interpretación arbitraria, irrazonable o excesivamente restrictiva de la disposición legal aplicable al caso contraria a la efectividad del derecho fundamental (SSTC 285/1993, de 4 de octubre, FJ 2, y 34/1994, de 31 de enero, FJ 3, entre otras muchas, y AATC 136/1991, de 30 de abril; 250/1993, de 19 de julio; 252/1993, de 19 de julio). Finalmente, hemos dicho que el art. 24.1 CE

de quem exerce a ação, sob pena de afetar o direito fundamental à tutela judicial efetiva, em sua vertente de direito de acesso ao processo.¹⁰

De qualquer modo, a legitimação processual, até muito recentemente, e estamos falando de até metade do Século XX, foi pensada para a tutela de interesses individuais, resultando, por conseguinte, insuficiente para assegurar em sua plenitude a tutela dos interesses supra-individuais e, por que não dizer, incapaz de esclarecer a posição de todos aqueles que têm legitimidade para a defesa de tais interesses, objeto de análise e estudo a que estamos nos propondo. Antes, porém, mesmo que em *brevitatis causa*, devemos nos demorar um pouco no estudo da tutela dos interesses coletivos em Espanha e no Brasil.

2 A tutela dos interesses supra-individuais

Com vistas a perpassar as bases de construção dos chamados interesses ou direitos coletivos, iniciamos neste momento uma breve análise da recente história do Direito, partindo do modelo liberal, surgido a partir da ruptura do sistema absolutista feudal, com a consagração dos chamados *direitos fundamentais* ou de *primeira geração*, provenientes do jusnaturalismo (direito à vida, à liberdade, à igualdade, à propriedade), assente no primado do individualismo.

Na seqüência, agora sob influência do chamado Estado-social (*wellfare state*) e dos movimentos operários, deu-se início aos chamados *direitos de segunda geração – os direitos sociais*. Nessa fase, surgem os primeiros textos constitucionais de cunho social: México (1917), Alemanha (1919), Itália (1927), Brasil (1934), etc. Além de outros efeitos como a autonomia do Direito do Trabalho e a criação da OIT – Organização Internacional do Trabalho.

Para se chegar, finalmente, aos denominados direitos de *terceira geração*, os quais tomam o homem numa dupla projeção: de um lado, na sua integração física com o planeta (meio ambiente no senso naturalístico), e, de outro lado, na sua interação com os semelhantes, podendo falar-se de *direitos de fraternidade ou de comunhão universal*.¹¹ Nesta última fase, encontramos os chamados *interesses coletivos ou supra-individuais*.

impone que cualquier derecho o interés legítimo obtenga tutela efectiva de los Jueces y Tribunales (SSTC 71/1991, de 8 de abril, FJ 3, y 210/1992, de 30 de noviembre, FJ 3)." É a representação da negativa de que a legitimação constitua um pressuposto processual, uma condição de admissibilidade do processo (condição da ação no Brasil).

¹⁰ Ver novamente STC 311/2000 (p.217-218) o argumento de que "...es indubitable que una resolución judicial que declara la falta de legitimación de una persona, a pesar de constituir de hecho una cuestión de fondo, le impide acceder a una resolución judicial que ponga fin al conflicto existente y afecta, por tanto, al normal ejercicio del derecho a la tutela", extraído de decisões dos tribunais espanhóis, a saber: STC 37/1983, de 11 de mayo, BOE 20/5/83, JC XXXI, p.47 e 106/1984, de 16 de novembro, FJ 3, BOE 21/12/84, JC X, p.108.

¹¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos, conceito e legitimação para agir**. 4.ed. São Paulo: RT, 1998. p.380.

No Brasil, assiste-se, desde a metade do século passado, a uma gradativa abertura do acesso à justiça para certos interesses de natureza coletiva, embora existentes em termos setoriais ou corporativos, por exemplo, a Lei nº. 1.134, de 14.06.1950, já conferira legitimação ativa às associações de servidores públicos; a Lei nº. 4.215/63, em seu art. 1º e parágrafo único, dava análogo poder de agir à Ordem dos Advogados do Brasil para defender os interesses de seus aderentes (hoje, art. 44 e incisos da Lei nº. 8.906/94).¹²

Em se tratando de tutela dos interesses supra-individuais de natureza indivisível, o Brasil, nos sistemas de *civil law*, ocupa posição de destaque. Antes de tudo, pela reforma da Lei da Ação Popular (1977); em seguida, em face da lei específica de 1985 sobre a denominada “ação civil pública”; posteriormente, por ter elevado a nível constitucional a proteção dos referidos interesses (1988); e, finalmente, em 1990, pela introdução do Código de Defesa do Consumidor.¹³

Na Espanha, também no final dos anos setenta, já se começava a tratar do tema, porém é nos anos noventa que os manuais começam a refletir os estudos e as pesquisas desenvolvidas pelos doutrinadores nacionais, na área civil,¹⁴ desde a década anterior. E os Tribunais, embora de forma ainda tímida, passaram a julgar e decidir.¹⁵

¹² *Idem*, p.379.

¹³ De forma inovadora, o CDC, no art. 81, ao adotar a classificação tripartida, define e distingue os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, da seguinte forma: - *os interesses ou direitos difusos* são "os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato"; - *os interesses ou direitos coletivos* "os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base"; e, *os interesses ou direitos individuais homogêneos* "os decorrentes de origem comum". Essa classificação é repetida no anteprojeto do *Código Brasileiro de Processos Coletivos* (art. 3º, incisos I a III), sob a coordenação de GRINOVER, Ada Pellegrini. Para o *Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América*, que adota a classificação dual, da qual somos partidários: *direitos difusos* são "os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato ou vinculadas, entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base", enquanto que *direitos individuais homogêneos* constituem "o conjunto de direitos subjetivos individuais, decorrentes de origem comum, de que sejam titulares os membros de um grupo, categoria ou classe" (artigo 1º, incisos I e II, respectivamente). Note-se que os chamados direitos ou interesses coletivos, tomando por conta a terminologia brasileira, encontram-se subsumidos ao conceito de direitos ou interesses difusos, segundo denota-se do teor do artigo 1º, do Capítulo I, do referido Código Modelo.

¹⁴ Cabe destacar, por outro lado, de acordo com anotações de SILGUERO-ESTAGNAN, Joaquín. Las acciones colectivas de grupo. *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*. Tomo XV. n. 3. septiembre, 2003, p.615, "a admisión da ação popular, a que aludia a Exposición de Motivos da 'Ley de Enjuiciamiento Criminal', promulgada por Real Decreto de 14 de setembro de 1882, defendendo uma " *acción pública y popular para acusar, en vez de limitarla al ofendido y sus herederos*". Ação pública que se estendeu posteriormente a outras matérias, cabe citar: o art. 16 do Decreto 833/1975, de 6 de fevereiro, sobre proteção do meio ambiente; art. 8.2 da Lei 16/1985, de 25 de junio, sobre o Patrimônio Histórico Nacional, entre outros.

¹⁵ GUTIERREZ DE CABIEDES, P.; CAVIEDES, Hidalgo de. 1999, p.68.

No que se refere à evolução da legislação espanhola em relação ao tema, a par da previsão constitucional (art. 51.1),¹⁶ podemos distinguir quatro fases: a primeira, quando são estabelecidas as bases para o reconhecimento da legitimação às associações de consumidores e aos grupos para defesa dos interesses coletivos, a partir da edição das leis nº. ° 26/1884, de 19 de julho, Lei Geral para a Defesa dos Consumidores e Usuários (LGDCU, art. 20) e nº. ° 6/1985, de 1º de julho, Lei Orgânica do Poder Judiciário (LOPJ, art. 7.3); a segunda, quando se produz um reforço dos interesses coletivos dos consumidores através da Lei nº. ° 34/1988, de 11 de novembro (art. 25.2), que regula a publicidade; a Lei nº. ° 3/1991, de 10 de janeiro (art. 19.2) Lei de Concorrência Desleal e da Lei nº. ° 7/1998, de 13 de abril (arts. 12, 16 e 17), que regula as condições gerais de contratação; a terceira, quando se acolhe a LEC de 2000, que não obstante não introduza uma regulação de autênticas ações de grupo, regula a tutela de interesses coletivos dos consumidores e usuários (art. 11.2); e, por fim, a quarta fase representada pela Lei nº. ° 39/2002, de 28 de outubro, de transposição ao ordenamento jurídico espanhol de diversas diretivas comunitárias em matéria de proteção dos interesses dos consumidores e usuários.

Cumpre-nos reconhecer, de imediato, duas omissões no ordenamento jurídico espanhol, como bem adverte Bujosa Vadell:¹⁷

a) a ausência de uma ação específica a ser utilizada na defesa dos interesses coletivos;

b) a inexistência de proteção específica aos demais direitos e interesses de relevância supra-individual, não apenas aqueles ligados aos consumidores e usuários.

O Brasil, ao contrário, possui um sistema diversificado e conta com expressivo número de instrumentos processuais destinados à tutela dos interesses supra-individuais:

a) a *ação popular* (Lei 4.717/65, de 29 de junho), que tem por objetivo “anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural”, segundo nova conformação atribuída pela Constituição brasileira de 1988;

b) a *ação civil pública* (Lei 7.347/85, de 24 de julho - LACP), destinada à proteção do patrimônio público e social e do meio ambiente, agora contra atos de particulares, além de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos;

c) a *ação civil coletiva* (Lei 8.078/90, de 11 de setembro - CDC), criada com o objetivo de permitir a responsabilização pelos danos individu-

¹⁶ Artículo 51.1, CE: " Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos" .

¹⁷ BUJOSA VADELL, Lorenzo-Mateo. **La protección jurisdiccional de los intereses de grupo**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1995, p. 980.

almente sofridos pelos consumidores, não de maneira individual, mas na defesa dos chamados direitos individuais homogêneos;

d) o *mandado de segurança coletivo*, criado pela Constituição de 1988 (inciso LXX, art. 5º), direcionado à defesa dos interesses supra-individuais, declaradamente contra a ocorrência de ato ou omissão ilegais ou abuso de poder de autoridade, desde que se trate de direito líquido e certo.¹⁸

Registre-se que, por mais diversificada e extensa a relação de ações coletivas utilizadas no ordenamento jurídico brasileiro, ainda não há previsão legal de cabimento de *ação coletiva passiva*.¹⁹ Essa omissão, no entanto, será corrigida em breve através do Código Brasileiro de Processos Coletivos (art. 39), que por inspiração do Código Modelo de Processo Coletivo para Ibero-américa (arts. 35º a 38º) prevê a possibilidade de ajuizamento de *ação coletiva passiva*, ou seja, qualquer espécie de ação em desfavor de uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado, nos termos do parágrafo 2º do artigo 2, cuja sentença terá qualidade de coisa julgada *erga omnes*, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe, desde que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual e se revista de interesse social.²⁰

3 A legitimação coletiva

Uma vez apresentada, ainda que de forma abreviada, a tutela jurisdicional destinada a situações jurídicas supra-individuais na Espanha e no Brasil, é chegado o momento de tratarmos especificamente sobre a *legitimação coletiva*, tema central deste estudo.

Ao observarmos os sistemas jurídicos contemporâneos, tanto do sistema continental (objeto demarcado de estudo) como anglo-saxão,

¹⁸ *Direito líquido e certo*, na irreparável lição de MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 15. ed. Atualizada por Arnaldo Wald. São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p.25-6, "é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais".

¹⁹ Embora sem previsão legal, há quem defenda a possibilidade de ajuizamento da ação coletiva passiva no Brasil, como faz anotar DIDIER Jr., Fredie. DIDIER JUNIOR, Fredie. O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas (o art. 82 do CDC). *In RDDP*, abr 2005, p.52, ao citar GRINOVER, Ada Pellegrini. (p.7-9) e LENZA, Pedro. (p.200).

²⁰ DIDIER Jr., Fredie. (2005, p.52) reproduz dois exemplos que tomou emprestados de DINAMARCO, Pedro. (2001, p.134): 1) "ação declaratória, proposta por empresa, para reconhecer a regularidade ambiental do seu projeto: de um lado, se ganhasse, evitaria futura ação coletiva contra ela, de outro, se perdesse, desistiria de implantar o projeto, economizando dinheiro e não prejudicando o meio ambiente"; 2) "ação declaratória, proposta por empresa que se vale de contrato de adesão, com o objetivo de reconhecer a licitude de suas cláusulas contratuais".

constatamos que, em termos de legitimação coletiva, são adotados, isolada ou de forma combinada, os seguintes modelos:

a) legitimação ao *particular*, enquanto titular individual, ainda que na situação em causa venha fazer valer um direito próprio não exclusivo. Como ocorre, por exemplo, nas ações populares brasileira e portuguesa e nas class actions norte-americanas;

b) legitimação conferida a *grupos sociais* (associações civis, entidades legalmente reconhecidas ou simples grupos de fato);

c) legitimação a *entes políticos* ou a *órgãos públicos*;

d) legitimação ao *Ministério Público (ou Fiscal)*.

Segundo estudos do renomado doutrinador português Teixeira de Sousa, no direito alemão, a primeira consagração do *Verbandslage* surgiu em 1896 no §1º, UWG, que permitia a propositura de uma ação inibitória relativa à violação das regras da concorrência por qualquer industrial ou por qualquer associação de promoção dos interesses industriais. E mantém-se no atual §13º, UWG, bem como no âmbito das cláusulas contratuais gerais, no §13º, AGBG e ainda, no que se refere à proteção do ambiente, no §29 da *Bundesnatursschutzgesetz*.²¹ Nesse país as ações de interesse coletivo são reguladas de forma dispersa por alguns setores específicos.

No direito francês, pode-se afirmar que o exercício das ações coletivas para a defesa dos consumidores é reconhecido desde 1973, a partir da denominada *Ley Royer* (Lei 73-1193, de 27 de dezembro). O art. L. 421-1 do *Code de la consommation* admite que as associações, cujo objeto estatutário seja a defesa dos interesses dos consumidores, possam exercer os direitos reconhecidos pela lei civil. A Lei, em seu lugar, dispõe que aquelas associações de consumidores poderão ajuizar ações que ordenem “ao demandado ou presumível responsável pela infração, sob multa coercitiva, qualquer medida dirigida a fazer cessar os comportamentos ilícitos ou suprimir o tipo de contrato proposto aos consumidores com uma cláusula ilícita” (art. 3).

Posteriormente, a Lei nº. 92-60, de 18 de janeiro de 1992, introduz a chamada “ação de representação conjunta”, para facultar a qualquer associação de consumidores, que represente ao menos a dois consumidores afetados individualmente por prejuízos derivados de um mesmo profissional e com uma origem comum, ajuizar uma ação de reparação, tanto perante a jurisdição ordinária como perante a administrativa.²²

²¹ TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel. **A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos**. Lisboa: Lex, 2003, p.114 citando Strubenhoff, D. (*Klageberechtigung*, p.133) e Balleis, K. (*Klagerechte*, p.222).

²² JIMENO BLUNES, M. **La protección judicial de los consumidores en el ámbito comunitario**: el “libro verde” de acceso a la justicia. Revista de estudios europeos. n. 9, enero-abril, 1995, p.18.

Na Espanha, até 1984, como dito acima, não se produziu no ordenamento jurídico-processual o reconhecimento expresso do fenômeno da legitimação coletiva. Somente com a LGDCU é que se estabeleceram as bases para o reconhecimento da legitimação às associações de consumidores e usuários para a defesa dos interesses coletivos.

Assim, o art. 201.1 da LGDCU dispõe que as associações de consumidores e usuários, que se constituam com base na Lei de Associações, tendo como finalidade a defesa dos interesses de consumidores e usuários, bem como, em caráter geral, o respeito a determinados bens, produtos ou serviços, poderão representar a seus associados e exercer as ações em defesa dos mesmos, da própria associação, ou dos interesses gerais de consumidores e usuários.²³

Mais adiante, a LOPJ/1985 (art. 7.3), de igual modo, reconhece “a legitimação das corporações, associações e grupos que resultem afetados ou que estejam legalmente habilitados para sua defesa e promoção”.²⁴ Para, finalmente, a nova legislação processual civil – LEC/2000 (art. 11) estatuir a “*Legitimação para a defesa de direitos e interesses de consumidores e usuários*”.

Em realidade, o citado art. 11 LEC contempla algumas hipóteses de legitimação coletiva:²⁵

a) a legitimação das *associações de consumidores e usuários*. Para a defesa em juízo dos direitos e interesses de seus associados, os da associação mesma e os interesses gerais dos consumidores. Aqui, trata o art. 11 LEC (incisos 1 e 3), da legitimação para a defesa dos dois tipos de interesses ou direitos de natureza coletiva: 1) os essencialmente coletivos, que são os “*difusos*” e os “*coletivos*” propriamente ditos;²⁶ 2) os de

²³ Em verdade, o art. 16 do mesmo diploma normativo, reconhece idênticas faculdades às Cooperativas de Consumidores.

²⁴ Um pouco mais tarde, já no campo da jurisdição contencioso-administrativa, foi editada a Lei 29/1998, de 13 de julho, reconhecendo a legitimação e a capacidade processual às corporações, associações e grupos de afetados “legalmente habilitados”, recorda JIMENO BULNES, M., 2000, p.537). Como é cediço, inexistente no ambiente jurídico brasileiro a dualidade de justiça ordinária e contencioso-administrativa, sendo a jurisdição *unitária* e de caráter nacional.

²⁵ A LEC não deixa de reconhecer a *legitimação individual* dos consumidores e usuários prejudicados, não poderia ser diferente, ante o direito de ação consagrado a todas as pessoas de obter a tutela judicial efetiva (art. 24.1, CE). A questão, contudo, é como, na prática, compatibilizar a ocorrência de processos individuais e coletivos, afinal não existe uma regulação clara sobre o tema. Bem a propósito, o Prof. BUJOSA VADELL ao comentar acerca da acumulação de processos, qualifica de “poco tendente a la claridad y una redacción farragosa” o conteúdo do art. 78,4 LEC, que vem a estabelecer “...un régimen específico para la acumulación de procesos en que se ventilen derechos o intereses de los consumidores y usuarios y estén promovidos tanto por consumidores, como por entidades o grupos legitimados o, incluso, por consumidores o usuarios individualmente determinados (20011, p.50-1). Em todo caso, temos que se encontra mantida a finalidade da acumulação de processos, (art. 74 LEC), qual seja: um só procedimento e uma só sentença.

²⁶ De acordo com as definições do CDC, art. 81, parágrafo único, incisos I e II, respectivamente.

natureza coletiva unicamente na forma em que são tutelados, os chamados " *individuais homogêneos*". Sem esquecer a legitimação própria e ordinária, de qualquer pessoa jurídica, ao defender os direitos e interesses da associação;

b) a legitimação das *entidades legalmente constituídas*, de acordo com a redação do art. 11.2, quando os prejudicados por um fato danoso, grupo de consumidores ou usuários, estão perfeitamente determinados ou são facilmente determináveis. Correspondendo, portanto, à tutela dos direitos " *coletivos*" propriamente ditos;²⁷

c) a legitimação dos *grupos de afetados* (art. 11. 2, parte final). Aqui também para a defesa de grupos cujos membros são determinados ou facilmente determináveis;²⁸

d) A legitimação do *Ministério Fiscal* (art. 11.4). Para o exercício da ação de cessação para a defesa dos interesses difusos e coletivos dos consumidores e usuários;

e) a legitimação das *entidades habilitadas* conforme a normativa comunitária europeia para o exercício da ação de cessação em defesa dos interesses coletivos e difusos dos consumidores e usuários (art. 11.4 y 6.1.8°).

Assim, temos que, na Espanha, conforme o art. 11 LEC, as opções adotadas pelo legislador estão concentradas nas hipóteses " *b*" (*grupos sociais*) e " *d*" (*Ministério Fiscal*). É possível dizer, em síntese, que, por força de uma regulação excessivamente restritiva, a legitimação para o exercício das ações coletivas está concentrada basicamente nas associações de consumidores e usuários, para a defesa de: direitos e interesses de seus associados;

a) os direitos gerais dos consumidores e usuários e interesses de grupos cujos membros são indeterminados ou de difícil determinação (direitos *difusos*, portanto);

b) os interesses de grupos cujos componentes estão perfeitamente determinados ou sejam facilmente determináveis (direitos *coletivos*);

No ordenamento brasileiro, no entanto, por conta de um sistema diversificado, como dito anteriormente, a legitimação processual para a defesa de direitos e interesses supra-individuais está contemplada em diversos diplomas legais.²⁹

²⁷ Recorda SILGUERO ESTAGNAN, J. (2003, p.624), que neste caso "debemos entender incluídas las entidades legalmente habilitadas para el ejercicio de la acción colectiva en virtud de la lista publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas a tal efecto", como prova da capacidade da entidade habilitada.

²⁸ Em virtude da Disposição Adicional 3ª da LGDCU, conforme assinala SILGUERO ESTAGNAN, J. (2003, p.624), se estende igualmente ao exercício da ação coletiva de cessação.

²⁹ Leis de regência:

1. Lei nº. 4.717/65 (*ação popular*), art. 1º: " *Qualquer cidadão* será parte legítima para pleitear a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ...". Constituição Federal/1988, art. 5º, LXXIII. " *qualquer cidadão* é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural..." (*grifos nossos*).

O processo revolucionário da legislação brasileira, tanto constitucional como infraconstitucional, na busca da adequação do ordenamento jurídico aos conflitos supra-individuais, buscou inspiração no direito comparado, adaptando as soluções alienígenas à realidade brasileira. Sendo necessário redimensionar certos princípios clássicos, que a processualística tinha como verdadeiros dogmas, principalmente, os princípios retores da legitimação e da coisa julgada.

Como já tivemos oportunidade de mencionar, a legislação brasileira em sua processualística clássica adota a coincidência entre a titularidade do direito material e a titularidade da ação. E, somente por intermédio de arrojadas construções doutrinárias e jurisprudenciais, pioneiras e corajosas, pode-se avançar para a legitimação coletiva.

O primeiro passo foi dado pela Lei de Ação Civil Pública, de 1985, que conferiu legitimidade ativa ao Ministério Público, a outros entes públicos (União, Estados e Municípios) e às associações que atendam aos requisitos da lei (constituição há pelo menos um ano e previsão entre seus fins institucionais de defesa dos bens e direitos protegidos pela referida lei). Em seguida, a Constituição de 1988, ao ampliar o arsenal de ações coletivas, atribuiu legitimidade ativa aos partidos políticos para impetrar mandado de segurança coletivo.

Mantendo-se o mesmo esquema, a legitimação para agir foi ampliada pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078/90, art. 82, I a IV), que acrescentou a legitimação de entes públicos, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pela lei em espécie. Assim também, as associa-

2. Lei nº. 7.347/85 (*ação civil pública*), art. 5º. "A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que: I - esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil; II - inclua entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; (*com redação determinada pela Lei nº. 8.884/94, de 11 de junho*). § 1º. O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei".

3. Lei 8.078/90 (*ação civil coletiva*), art. 82. "Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público; II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III - as entidades e órgão da administração pública, direta e indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código; IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensado autorização assemblear".

4. Constituição Federal/1988 (*mandado de segurança coletivo*), art. 5º, LXX. "o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados".

ções passaram a ter legitimação ativa pela só autorização estatutária decorrente de seus fins institucionais (inciso IV, do artigo mencionado).

Preferiu o legislador brasileiro, de igual modo, atribuir a legitimação coletiva a certos grupos sociais e a órgãos estatais ou pessoas jurídicas de direito público. A única exceção é a legitimação ativa individual para a propositura da ação popular, atribuída a qualquer cidadão, seja brasileiro nato ou naturalizado, e ainda a português equiparado, no gozo de seus direitos políticos.

A legitimação individual encontra-se limitada à busca da tutela dos interesses e direitos a título individual, como amparado pelo Código de Processo Civil. A propósito, Kazuo Watanabe, um dos autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, ao expor as razões para a exclusão da legitimidade individual, assim assinalou:

Ponderações várias, como as pertinentes ao conteúdo político das demandas, à possibilidade de pressões quanto à propositura e prosseguimento da demanda, à produção de provas adequadas e ao prosseguimento destemido nas instâncias superiores, e à necessidade, enfim, de um fortalecimento do autor da demanda coletiva, fizeram com que se excluísse a legitimação individual para a tutela dos consumidores a título coletivo.³⁰

Ressalte-se que o amadurecimento do processo democrático e a necessidade de consolidação do princípio constitucional de acesso à justiça levaram o legislador brasileiro a introduzir no anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos a *previsão de legitimidade ativa a qualquer pessoa para o ajuizamento da ação civil pública para a defesa dos interesses ou direitos difusos (art. 21, I)*; persistindo a posição de que qualquer dos entes legitimados a ajuizar a ação, de forma separada e independentemente da atitude dos demais, por se tratar de hipótese de *legitimação concorrente e disjuntiva*.³¹ Existindo, é claro, a possibilidade de formação de um litisconsórcio ativo facultativo, para a propositura de uma demanda coletiva. Igual critério foi adotado no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, ou seja, legitimação concorrente e autônoma, admitindo-se o litisconsórcio dos co-legitimados (art. 3º, incisos I a VIII e parágrafo 2º).

³⁰ WATANABE, Kasuo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 4.ed. São Paulo: Forense Universitária, 1995, p.512-3.

³¹ Na lição de BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos**. Temas de Direito Processual. Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1988, p.117-8, A legitimação ativa *ad causam* é concorrente porque vários são os entes legitimados para a propositura da demanda, e é disjuntiva, porque qualquer um destes entes pode ajuizar a ação civil pública, sem a necessidade de haver o consentimento dos demais.

3.1 O papel do Ministério Público

É notória a hegemonia do Ministério Público³² na propositura das chamadas “ações civis públicas”.³³ Barbosa Moreira considera que houve uma autêntica revitalização institucional,³⁴ provocada pela Lei da Ação Civil Pública e confirmada pela Constituição Federal de 1988, passando a constituir o exercício da tutela coletiva a face mais visível do Ministério Público.

Há, contudo, posicionamentos contrários à legitimação do Ministério Público em matéria de direitos supra-individuais, nomeadamente de doutrinadores italianos, a exemplo de Mauro Cappelletti³⁵ e Vincenzo Vigoriti,³⁶ em razão, é claro, do perfil da instituição no país natal.

Em todo caso, quando o Ministério Público não ajuizar a ação, deverá obrigatoriamente atuar na condição de fiscal da lei (art. 5º, § 1º da

³² O Ministério Público - MP, no Brasil, é uma instituição pública, funcionalmente independente de qualquer dos três poderes, essencial à função jurisdicional do Estado, tendo como atribuição a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (Constituição Federal, art. 127). O papel do MP, além de guardião da lei, abrange também a guarda e a promoção da democracia, da cidadania e da justiça, da moralidade, além da defesa dos interesses da sociedade de uma maneira em geral, por isso mesmo, é tido como a “voz da sociedade na Justiça.” (fonte: www.pgr.mpf.gov.br). O Ministério Público, segundo o art. 128 da CF, considerando a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil, abrange: O Ministério Público da União (compreendendo, o Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Militar e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios), e os Ministérios Públicos dos Estados.

³³ Esta é a realidade atualmente reinante no Brasil, infelizmente os órgãos de classe e as associações civis, muito provavelmente pela atuação ativa do Ministério Público, mostram-se de certa forma, ainda pouco atuantes na defesa de seus interesses ou de seus representados. Por outro lado, não podemos olvidar que o Brasil tem uma história recente de processo democrático, ao sair de uma ditadura militar, que, por quase trinta anos, não permitiu ou quando permitiu, vigiou e controlou muito de perto as atividades associativas e sindicais. Falta, também, uma maior conscientização da sociedade para a defesa dos direitos coletivamente assegurados e um maior aperfeiçoamento da própria sistemática processual coletiva, que, certamente, ganhará impulso a partir da adoção do Código Brasileiro de Processos Coletivos, em processo de gestação.

³⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos** (un aspecto de la experiencia brasileña). São Paulo: Saraiva, 1994. Temas de Direito Processual. Quinta série, p. 166.

³⁵ O e.doutrinador CAPPELLETTI, Mauro. *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi. In. Le azioni a tutela di interessi collettivi*. Padova: CEDAM, 1976, p. 769, afirma que o Ministério Público é demasiado parecido a um juiz em sua psicologia e educação para ser um paladino de grupos locais, econômicos, religiosos, raciais, segundo descrição de BUJOSA VADELL, L. (1995, p.242-3).

³⁶ VIGORITI, V. (1979), como recorda GODINHO, R. (2005, p. 615, nota 29), demonstra ser contrário à outorga de legitimação ao Ministério Público para a defesa dos interesses coletivos. Ressalte-se que VIGORITI, na oportunidade, cita de modo equivocado um texto de BARBOSA MOREIRA e também não menciona as mudanças constitucionais e legislativas produzidas no Brasil, em especial no que se refere à disciplina constitucional do Ministério Público brasileiro.

LACP e art. 92 do CDC).³⁷ E, havendo desistência infundada ou abandono da ação por qualquer outro co-legitimado, assumirá a titularidade ativa (art. 5º, § 3º, também da LACP). Destarte, reserva a lei de regência um papel de destaque ao Ministério Público.³⁸

Apesar de todos os dispositivos legais e constitucionais, matéria que ainda causa certa polêmica, embora notemos sensível tendência no sentido da harmonização entre a doutrina³⁹ e a jurisprudên-

³⁷ Trata-se, no caso, de atuação obrigatória do Ministério Público na condição de custos legis. Como bem salienta GRINOVER, Ada Pellegrini. (1995, p.547), o legislador tomou a cautela de exigir a presença do Ministério Público ante os riscos inerentes a toda e qualquer ação coletiva, sobretudo em face do esquema da legitimação concorrente e disjuntiva adotada pela sistemática brasileira. Para citar a possibilidade de ocorrência das seguintes situações: "riscos de colusão entre os sujeitos do processo, de pressões descabidas do autor coletivo, de manobra visando a arrancar vantagens indevidas em troca da desistência ou abandono da causa."

³⁸ Há, contudo, vozes que já se levantam para apontar certa abusividade na utilização da ação civil pública por parte do Ministério Público, à guisa de proteger, quando não é o caso, direitos difusos ou coletivos. Vide TUCCI, Rogério Lauria, *Ação civil pública: abusiva utilização pelo Ministério Público e distorção pelo Poder Judiciário. In Aspectos polêmicos da ação civil pública*, São Paulo: Saraiva, 2003, p.355-92.

³⁹ O argumento daqueles que adotam a corrente restritiva está centrado na inconstitucionalidade do Código de Defesa do Consumidor, ao atribuir legitimidade ativa ao Ministério Público para a defesa dos direitos individuais homogêneos. REALE, Miguel. *Da ação civil pública*. Questões de Direito Público. São Paulo: Saraiva, 1997, por exemplo, considera que os direitos individuais homogêneos foram indevidamente acrescentados no CDC, posto que a Carta Magna expressamente apenas contempla os direitos difusos e indisponíveis. Na mesma linha de pensamento, MARTINS, I. (1994). Por outro lado, os que não enxergam qualquer problema de constitucionalidade, apontam os artigos 127 e 129, IX, da própria Constituição Federal, o primeiro menciona a defesa dos interesses sociais e o segundo, autoriza o Ministério Público a exercer outras funções compatíveis com sua finalidade. Nesse sentido, afirma GODINHO, R (2005, p. 617), "O fato de o texto constitucional não mencionar expressamente a categoria dos direitos individuais homogêneos não deve impressionar". Para, em consonância com a jurisprudência atual e dominante, sustentar que "a garantia do acesso à justiça também legitima a atuação do Ministério Público, já que existem lesões individuais que possuem relevância social e só recebem a tutela adequada por meio da ação coletiva". Ao comentar o assunto, GRINOVER, Ada Pellegrini. (1995, p.545-6), sustenta que "a Constituição de 1988, anterior ao CDC, evidentemente não poderia aludir, no art. 129, III, à categoria dos interesses individuais homogêneos, que só viria a ser criada pelo Código. Mas, na dicção constitucional, a ser tomada em sentido amplo, segundo as regras da interpretação extensiva (quando o legislador diz menos de quanto quis), enquadra-se comodamente a categoria dos interesses individuais, quando coletivamente tratados." E segue dizendo, "...foi exatamente a relevância social da tutela coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos que levou o legislador ordinário a conferir ao MP e a outros entes públicos a legitimação para agir nessa modalidade de demanda, mesmo em se tratando de interesses ou direitos disponíveis. Em conformidade, aliás, com a própria Constituição, que permite a atribuição de outras funções ao MP, desde que compatíveis com a sua finalidade (art. 129, IX)". Não podemos concordar, data venia, com a aplicação da regra de interpretação extensiva a que alude a autora, todavia, por constituir a defesa do consumidor um princípio constitucional amplamente difundido e aceito, e, totalmente compatível com os objetivos institucionais traçados pelo art. 127 da CF/1988, cremos que a legitimidade ativa do MP para as ações coletivas em defesa de interesses individuais homogêneos encontra-se enquadrada perfeitamente no inciso IX do art. 129 da CF. Ademais, como leciona MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 14.ed.,

cia,⁴⁰ diz respeito à legitimação do *parquet* para a propositura de ação coletiva para a tutela dos direitos individuais homogêneos.⁴¹ Hodiernamente, prevalece o entendimento de que, somente em casos de relevância social da lesão sofrida pelo grupo,⁴² a ser aferida em cada caso concreto, justifica a propositura da ação coletiva por parte do Ministério Público.

Imaginemos a seguinte situação: um produto nocivo à saúde adquirido por vários consumidores, num determinado espaço de tempo e em várias regiões do país.⁴³ É claro que neste exemplo, cada um dos consumidores ou vítimas poderá exercer o seu direito de defesa e provocar a tutela jurisdicional do Estado, feita na forma comum, com a aplicação da sistemática do Código de Processo Civil. Todavia, com a criação de categoria abrangente de ação coletiva para a defesa de interesses ou direitos individuais, considerados conjuntamente em face da origem comum, assemelhada à *class action* do sistema norte-americano, considerou o legislador a relação custo/benefício, nomeadamente os ganhos sociais que essa tutela, quando comparada com as ações individuais, pode produzir.⁴⁴

São Paulo: Atlas, 2003, "A supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal."

⁴⁰ De acordo com a jurisprudência atualizada do Superior Tribunal de Justiça, instância máxima superior para dizer da lei federal, o Ministério Público está legitimado para defender direitos individuais homogêneos que tenham repercussão no interesse público. (STJ AgRg 590804/RS - DJ 14.08.2006, p.340)

⁴¹ A ação coletiva para a defesa de interesses individuais homogêneos, introduzida no ordenamento jurídico brasileiro por inspiração das *class actions for damages* do sistema norte-americano, foi consagrada no Código de Defesa do Consumidor (art. 81, III).

⁴² O Ministério Público do Estado de São Paulo, na busca da uniformização de entendimento, emitiu Súmula de Entendimento nº. 7, com o seguinte conteúdo: "O MP está legitimado à defesa de interesses individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, como: a) os que digam respeito à saúde ou à segurança das pessoas, ou ao acesso das crianças e adolescentes à educação; b) aqueles em que haja extraordinária dispersão dos lesados; e c) que convenha à coletividade o zelo pelo funcionamento de um sistema econômico, social e jurídico."

⁴³ GRINOVER, Ada Pellegrini. (1995, p.506). Trata-se de exemplo extraído da lição de WATANABE, Kazuo. para demonstrar a homogeneidade dos fatos e a origem comum de seus direitos e interesses.

⁴⁴ Da lição de TEIXEIRA DE SOUZA, M. (2003, p.91-2), acerca da justificação econômica das ações coletivas, destacamos: 1) a tutela coletiva substitui várias ações individuais que implicariam a repetição da apreciação dos mesmos fatos e da produção das mesmas prova, permitindo a distribuição dos custos da tutela coletiva por todos os beneficiários. 2) permite o efetivo acesso à prestação jurisdicional, posto que pode haver situação em que a pequena dimensão dos litígios e os custos da litigância, individualmente considerada, não justificaria a provocação do Estado. Citando o autor como exemplo, o fato de um fabricante de detergentes não respeitar a gramagem indicada no pacote; nesse caso, o pequeno prejuízo sofrido por cada consumidor isolado não levaria a solicitar em juízo a devida indenização; porém, se houver muitos compradores do produto, o prejuízo causado a todos eles é avultado e o lucro do produtor é significativo, tornado a situação, considerada de forma coletiva, face à origem comum, socialmente relevante.

Como dito, o legislador brasileiro reservou um relevante papel ao Ministério Público na tutela dos interesses e direitos coletivos, sejam difusos, coletivos ou individuais homogêneos. O mesmo, no entanto, não se verifica no ordenamento espanhol, a despeito da CE (art. 124) ter estabelecido como missão do Ministério Público “*promover la acción de la justicia em defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interes público tutelado por la ley*”.

Neste particular, como bem afirma Bujosa Vadell: “um primeiro ente público que poderia defender os interesses de grupo, poderia ser o Ministério Público”.⁴⁵ Porém, segundo assegura o n.º autor, ao considerar a realidade em seus país, por sua formação e organização “não pode ser um defensor dinâmico dos interesses de grupo”. De fato, fora dos processos penais, sua intervenção está limitada aos casos supostos fixados especificamente pela lei. Atualmente, o Ministério Público espanhol tem assinalada legitimação ativa somente para a interposição da ação coletiva de cessação (*ex vi* art. 11.4 LEC), tanto para a nulidade de cláusulas como de práticas ilícitas.

Acreditamos, a sério, que o legislador espanhol perdeu, com a edição da LEC/2000, uma excelente oportunidade de investir de legitimação o Ministério Público, como sujeito principal ou no papel de fiscal da lei, para veicular a defesa coletiva.

3.2 A natureza jurídica da legitimação coletiva

O fenômeno da legitimação coletiva, como acabamos de reconhecer, não é tão simples, daí por que os diversos modelos alternativos experimentados no direito comparado e a divergência de entendimentos sobre sua natureza jurídica. Sobre essa questão podemos citar três posições:

- a) os defensores da legitimação extraordinária;
- b) os que defendem uma legitimação ordinária;
- c) os que afirmam tratar-se de uma legitimação autônoma, um *tertium genus*.

Os defensores da chamada “*legitimação extraordinária*” recorrem ao conceito clássico de substituição processual, utilizado por Chiovenda e

⁴⁵ BUJOSA VALDELL, Lourenço Mateo. (1995. p.239). E, de forma corajosa, suscitou dúvida em relação a uma eficaz tutela dos interesses frente a lesões procedentes da atividade do Executivo ou da Administração Pública, ante a excessiva ligação entre os órgãos citados. Contudo, anota (Nota 114, p.244), que se operou, na Espanha, em teoria, um progressivo afastamento em relação ao Poder Executivo, ao recordar que o EOMF estabelece que o Ministério Fiscal está integrado com autonomia funcional no Poder Judiciário. Devemos crer, no entanto, que a situação do Ministério Público espanhol sofreu mudanças ao longo dos anos, bem como sua dependência histórica em relação ao Executivo desapareceu.

que continua a ser empregado por autores modernos.⁴⁶ A Prof. Grinover⁴⁷ é defensora dessa concepção. Vejamos as lições que dela extraímos:

Os entes públicos e associações ao levarem a juízo os interesses coletivos ou difusos não agem por direito próprio, mas sim na qualidade de substitutos processuais.⁴⁸

Aqui se trata inquestionavelmente [ao comentar o art. 91 do CDC, relativo aos direitos individuais homogêneos] de legitimação extraordinária, a título de substituição processual. Não só porque assim afirma o legislador, quando expressamente se refere ao litigar, *em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores*, mas ainda porque, na hipótese, os legitimados à ação não vão a juízo em defesa de seus interesses institucionais, como pode ocorrer nas ações em defesa de interesses difusos ou coletivos, mas sim exatamente para a proteção de direitos pessoais, individualizados nas vítimas dos danos.”⁴⁹

Cabañas García⁵⁰ preferiu denominar de *legitimação indireta representativa*, tanto para o caso de processos em nome da generalidade como

⁴⁶ Esse entendimento, é bom frisar, tem prevalecido na jurisprudência, inclusive nas mais altas Cortes brasileiras, vejamos:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL VIOLADO. SÚMULA 284/STF. FORNECIMENTO DE TRATAMENTO MÉDICO A MENOR. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA DO PARQUET. ART. 127 DA CF/88. PRECEDENTES. (STJ. Recurso Especial 871215/RS Relator Ministro Teori Albino Zavascki. DJ 07/11/2006, p.280).

O Ministério Público possui legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada.

EMENTA: PROCESSO CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA: LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Na ação civil pública, atua o parquet como substituto processual da sociedade e, como tal, pode defender o interesse de toda a comunidade do Estado de ter assistência médico-hospitalar. (STJ. Recurso Especial 758828/RS Relator Ministra Eliana Calmon. DJ 09/05/2006, p.207).

EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Sindicato. Mandado de segurança coletivo. Substituto processual. Legitimidade extraordinária. Ofensa ao art. 5º, XXI e LXX, "b", da CF. Inexistência. Agravo regimental não provido. Precedentes.

Na segurança coletiva, o sindicato tem legitimação extraordinária, atuando como substituto processual, sem necessidade de autorização expressa. (STF. Recurso Extraordinário - AgR 348973/DF. Primeira Turma. Relator Ministro Cezar Peluso. DJ. 28/05/2004, p.1207).

⁴⁷ Compartilham do pensamento de que a legitimidade é extraordinária, entre outros, DINAMARCO, Pedro Silva. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Saraiva, 2001, p.204; OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Ação civil pública**. 2.ed. São Paulo: RT, 2003, p.96, assevera que "aquelas pessoas prestigiadas pela lei com a legitimação exercem-na de forma extraordinária, na qualidade de substituto processual (art. 6º do CPC) de forma exclusiva, e concorrente em relação aos demais legitimados."

⁴⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. 1998. p.119.

⁴⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. 1998. p.544.

⁵⁰ CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos. **Los procesos civiles sobre consumidores y usuarios y de control de las cláusulas generales de los contratos** (com jurisprudência associada). Madrid: Editorial Tecnos, 2005, p.175. Segundo o autor seria um nome usado pela doutrina para diferenciá-la dos supostos típicos de "substituição processual".

de um número concreto ou indeterminado de consumidores. Pensamento não compartilhado por González Cano⁵¹ que, por sua vez, considera como *legitimação extraordinária* apenas aqueles relativos à defesa de interesses gerais de consumidores e usuários (interesses coletivos em sentido estrito), e qualifica de *legitimação representativa* o caso de defesa de direitos e interesses de associados ou de um determinado número de consumidores, por danos derivados do consumo.

Por mais que na doutrina e na jurisprudência brasileiras predomine o entendimento de que a *legitimação é extraordinária*, há doutrinadores que defendem a tese de que se trata de espécie de legitimação ordinária. Este é o entendimento de Mancuso,⁵² segundo o qual:

Interpretando-se o art. 6º do CPC pátrio [do Brasil, naturalmente] em forma liberal, por modo a acomodá-lo à tutela dos *interesses* (legítimos, difusos) e não somente dos direitos subjetivos, chega-se à conclusão de que a legitimação estabelecido (sic) no art. 5º da Lei 7.347/85 em sede de interesses difusos é de tipo *ordinário*, porque daquela exegese sistemática e teleológica resultará que o Ministério Público, os entes políticos, seus órgãos descentralizados e as associações recebem *poder de agir na justiça*, em nome próprio, defendendo interesses que lhe são próprios, embora em termos de co-legitimação (grifos originais).

Tal raciocínio também se aplicaria à legitimação ativa para a ação popular, como afirmamos, atribuída, de modo especial e exclusivo, a qualquer cidadão no exercício de seus direitos políticos. Estaria, pois, o autor popular a defender um direito próprio, ainda que não exclusivo.

No que se refere, exclusivamente, à atuação do Ministério Público, há quem defenda, a exemplo de Carneiro,⁵³ que seria uma espécie de *legitimação ordinária*, ao argumento de que estaria defendendo. Segundo sustenta o autor:

Não se trata de substituição processual, pois a atuação do MP se dá nessa hipótese, em nome próprio, defendendo interesse público, *lato sensu*, do qual é titular como órgão do Estado, da própria sociedade como um todo. Pouco importa que existem, eventual e reflexamente, interesses patrimoniais de pessoas ou

⁵¹ GONZÁLEZ CANO, Maria Isabel. **La tutela colectiva de consumidores y usuarios en el Proceso Civil**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 146-7. Sobre a legitimação representativa entende que quando a entidade defende direitos individuais dos associados é um fenômeno de representação voluntária e não de substituição processual. Pensamos que a figura jurídica da representação não se confunde com a legitimação, posto que o representante não é parte, mas somente uma forma de suprir a incapacidade processual.

⁵² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. 1998, p. 231-2.

⁵³ CARNEIRO, p.23-4, citado por Mendes, A. (2002. p. 243).

grupos, vez que (*sic*) a intervenção do MP não tem por finalidade a defesa desses eventuais direitos patrimoniais, mas antes sua atuação se dá porque o legislador, naquele momento, entendeu que aqueles direitos interessariam diretamente à própria sociedade, politicamente organizada, como verdadeiros direitos sociais.

O art. 11 da nova LEC contempla a legitimação ordinária das associações de consumidores e usuários legalmente constituídas para a defesa dos direitos e interesses patrimoniais, morais etc., da entidade como pessoa jurídica.

Finalmente, há aqueles que defendem a existência de uma *legitimação autônoma* para a condução dos processos em defesa dos interesses difusos e coletivos. Tendo como principais propagadores os consagrados Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery⁵⁴, sob o seguinte embasamento:⁵⁵

A dicotomia clássica legitimação ordinária-extraordinária só tem cabimento para a explicação de fenômenos envolvendo direito individual. Quando a lei legitima alguma entidade a defender o direito não individual (coletivo ou difuso), o legitimado não estará defendendo direito alheio em nome próprio, porque não se pode identificar o titular do direito (...) A legitimidade para a defesa dos direitos difusos e coletivos em juízo não é extraordinária (substituição processual), mas sim *legitimação autônoma para a condução do processo (selbständige Prozeßführungsbefugnis)*: a lei elegeu para a defesa de direitos porque seus titulares não podem individualmente fazê-lo.⁵⁶

A nosso sentir, o que a doutrina brasileira chama de *legitimação autônoma para a condução do processo*, Lebre de Freitas⁵⁷ (doutrinador português) denomina de "*legitimação originária específica*", ao lecionar que, quando as associações atuam na defesa dos interesses coletivos e difusos o fazem sob a guarida de uma norma jurídica que lhes atribui legitimação, "*independentemente da radicação dum direito subjectivo material (que não têm) ou dum interesse material, ainda dependente dum interesse principal alheio (que tão-pouco têm)*".

Diante de tantos argumentos, somos levados, mais uma vez, a reforçar a idéia de que o fenômeno jurídico da legitimação é tema tor-

⁵⁴ NERY Jr. Nelson e ANDRADE NERY, Rosa. 2001, p.1.885.

⁵⁵ Vide FREIRE JÚNIOR, A. (2005, p.65-80); MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. (2002, p.243).

⁵⁶ Por outro lado, os mesmos autores admitem que, quando a ação coletiva for para a tutela de direitos individuais homogêneos (CDC 81 par. único, inciso III), haverá substituição processual, isto é, legitimação extraordinária.

⁵⁷ LEBRE DE FREITAS, José. 2003, p.19.

mentoso, principalmente quanto à natureza da legitimação pertinente à tutela coletiva. E, sobre o tema, somos adeptos da teoria da *legitimação autônoma* ou *originária específica*, sobretudo, porque não podemos aceitar a idéia de legitimação extraordinária, à exceção da concernente à tutela dos interesses e direitos individuais homogêneos, conjunto de direitos subjetivos individualizados que, por permissivo legal, passaram a serem tutelados de forma coletiva.

Não se pode afirmar que os legitimados legais (entes políticos, Ministério Público, órgãos estatais e associações) estejam atuando em nome próprio na defesa de interesses jurídicos de outrem, afinal, no aspecto substancial, os titulares de interesses e direitos coletivos *lato sensu* (tanto difuso como coletivo) são indeterminados⁵⁸ e o objeto indivisível. Tampouco defendem interesses que lhes são próprios como sustenta Camargo Mancuso. Estão, em verdade, legitimados à tutela de direitos coletivos através de norma jurídica específica.

3.3 O controle judicial da legitimação coletiva

Os legisladores espanhóis e brasileiros optaram, como visto, por legitimar alguns entes institucionais para a ação. Justamente por conta desse rol taxativo de legitimados (legitimação coletiva *ope legis*) a doutrina, de forma dominante, tem afirmado que a verificação da *adequacy of representation* seria tarefa do legislador.⁵⁹

Os adeptos dessa teoria apontam como argumentos o fato de que a coisa julgada nas ações coletivas ocorre de forma a tão-somente beneficiar os membros do grupo e jamais para prejudicá-los, bem como que a sistemática processual coletiva brasileira já prevê a participação do Ministério Público como “fiscal da lei”.⁶⁰

⁵⁸ Note-se que, apesar da identificação de segmentos sociais, para os chamados direitos ou interesses coletivos (art. 81, Parágrafo Único, inciso II - “grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”), não foi retirado o caráter de indeterminação dos sujeitos, apenas formalmente identificados.

⁵⁹ São representantes dessa corrente, DINAMARCO, Pedro Silva. (2001, p.201-2) e GRINOVER, Ada Pellegrini. (1995, p.103). Esta última lecionava que “o constituinte brasileiro não escolheu o caminho do controle judicial da *representatividade adequada*, satisfazendo-se com o critério da existência legal e da pré-constituição dos corpos intermediários legitimados à ação de segurança”. Mais recentemente, no entanto, passou a admitir, talvez refletindo acerca da proliferação descabida da ação civil pública, principalmente por parte do Ministério Público, o controle judicial da representação adequada, *ex vi* “Ações coletivas ibero-americanas: Novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada”, Revista Forense, 2002, p.6, conforme anotado por DIDIER JUNIOR, Fredie. (2005).

⁶⁰ Os argumentos são prontamente rechaçados por GIDI, Antonio. (2002, p.63-4), com relação ao primeiro argumento sustenta que, apesar da ocorrência de coisa julgada *secundum eventum litis* das ações coletivas para a defesa de direito coletivos e a não ocorrência de *litispêndencia* em caso de existência de ação individual, a mesma ação coletiva em tutela do mesmo direito difuso, coletivo ou individual homogêneo não poderá ser reproposta. Relativamente ao papel do Ministério Público, é ainda mais incisivo, ao

Ao comentar o sistema brasileiro, Payan Martins⁶¹ assevera que “ não sendo reconhecida legitimidade para agir aos cidadãos em geral, ou às pessoas individualmente lesadas, o controle casuístico da representatividade perde importância capital que tem no sistema americano”. O que não deixa de ser verdade, porém, há quem entenda que não basta a previsão legal da legitimação coletiva, admitindo salutar o controle judicial *in concreto* da “representatividade adequada”. Seria, assim, necessário averiguar “o requisito da *relação de pertinência* entre a defesa do interesse específico do legitimado e o objeto da própria ação”.⁶² A chamada “*pertinência temática*” exigida pela Suprema Corte brasileira.

O anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, muito provavelmente, por inspiração do Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América,⁶³ já prevê como requisito da ação civil pública, a “*adequada representatividade do legitimado*” (art. 20).

Na lição de Didier Junior, a análise da representação adequada dá-se em duas fases:

a) *legislativa (ope legis)*: verifica-se se há autorização legal para que determinado ente possa conduzir o processo coletivo;

b) *judicial (ope iudicis)*, em que o controle se opera *in concreto*, à luz da relação que existe entre aquele que está legalmente legitimado e aquela determinada situação jurídica de direito substancial por ele deduzida em juízo.⁶⁴

chamar de “argumento falacioso”, posto que de nada adianta o *parquet* constatar a inadequação do representante, se ele não puder alertar o juiz sobre o fato e requer a extinção do processo coletivo sem apreciação do mérito. São argumentos ponderosos e que devem ser levados em consideração para confirmar a necessidade de, apesar da inexistência de previsão legal, suscitar a avaliação da adequada representação dos interesses do grupo em juízo.

⁶¹ PAYAN MARTINS, *Class actions em Portugal?*, p. 74. Segundo afirma o autor, seria relativamente diminuto o risco de ações temerárias. A experiência forense, no entanto, tem demonstrado a necessidade da análise *ope iudicis* da representação adequada.

⁶² MORAES, A. 2003, p. 615.

⁶³ O Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América é mais específico e aponta, de forma objetiva, os critérios a serem aferidos pelo Juízo na análise da “representatividade adequada”, conforme consta do Parágrafo 2º, a saber: a) a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado; b) seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe; c) sua conduta em outros processos coletivos; d) a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda; e) o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe. O anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos repete os mesmos critérios, na verdade, de idêntica redação, como se vê do Parágrafo 1º do art. 20.

⁶⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie. 2005, p.51. BUJOSA VADELL, Lorenzo-Mateo. (1995, p.189) também observa que, no Direito comparado, haveria duas vias de controle do requisito da representação adequada: administrativa ou judicial.

Esse critério de aferição da representação adequada está constituído por dois elementos: a possibilidade de garantir uma vigorosa tutela dos interesses dos membros ausentes e a ausência de antagonismo ou conflito de interesses com o grupo,⁶⁵ a serem avaliados pelo juiz segundo as circunstâncias do caso concreto.

Entendemos que a análise de adequação do representante legal, a despeito da falta de previsão legal, deveria constituir um pré-requisito de admissibilidade do processo coletivo. Afinal, há concordância doutrinária de que a representação adequada é um corolário da garantia do devido processo legal, de forma a assegurar que cada membro do grupo seja ouvido individualmente em juízo.

3.4 A legitimação coletiva passiva

Na legislação processual brasileira e espanhola não há qualquer previsão normativa sobre a legitimação coletiva passiva. Embora, exista previsão expressa no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América (arts. 35º a 38º).⁶⁶

A falta de previsão legal para alguns processualistas, dentre eles Pedro Dinamarco, constitui obstáculo intransponível.⁶⁷ Há, no entanto, quem defenda a possibilidade da ação coletiva passiva no Brasil, como Grinover e Pedro Lenza, como citado anteriormente.

Didier Junior,⁶⁸ mesmo antes da criação do anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, já apresentava os principais argumentos confirmativos da possibilidade de admissão das ações coletivas passivas no Brasil:

⁶⁵ Nas *class actions* os dois elementos devem ser avaliados, tanto em relação ao representante como em relação ao advogado do grupo (GIDI, Antonio. **Las acciones colectivas en Estados Unidos**. Direito e Sociedade. Curitiba: jan/jun. 2004, p. 124).

⁶⁶ *Ação coletiva passiva*, segundo definição do próprio Código, é qualquer espécie de ação em desfavor de uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado, nos termos do parágrafo 2º do artigo 2 do Código, cuja sentença terá qualidade de coisa julgada *erga omnes*, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe, desde que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual e se revista de interesse social. DIDIER JUNIOR, Fredie. (2005, p.52), reproduz dois exemplos que tomou emprestados de DINAMARCO, Pedro. (2001, p.134): 1) "ação declaratória, proposta por empresa, para reconhecer a regularidade ambiental do seu projeto: de um lado, se ganhasse, evitaria futura ação coletiva contra ela, de outro, se perdesse, desistiria de implantar o projeto, economizando dinheiro e não prejudicando o meio ambiente"; 2) "ação declaratória, proposta por empresa que se vale de contrato de adesão, com o objetivo de reconhecer a licitude de suas cláusulas contratuais".

⁶⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie. (2005, p.53). Essa questão, todavia, será definitivamente solucionada com a introdução do Código Brasileiro de Processos Coletivos, que já contempla expressamente a possibilidade de ajuizamento de ações contra grupo, categoria ou classe (art. 39), nos mesmos moldes do citado Código Modelo, ou seja, desde que proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado.

⁶⁸ *Ibidem*, p.54-5.

a) O art. 5º, § 2º, da Lei federal nº. 7.47/85, permite o ingresso do Poder Público e das associações como litisconsortes de qualquer das partes, inclusive a passiva.

b) A não-observância da convenção coletiva de consumo (art. 107 do CDC) implicará lide coletiva que pode gerar uma demanda judicial em que as entidades de proteção ao consumidor apareçam no pólo passivo.

c) O art. 83 do CDC determina que, para a defesa dos direitos coletivos (*lato sensu*), são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

d) Caso não se admita a ação coletiva passiva, não seria possível explicar a ação rescisória de sentença proposta pelo réu da ação coletiva originária, o mandado de segurança contra ato judicial ou a ação cautelar incidental propostos pelo réu em ação coletiva e os embargos à execução coletiva – todas elas demandas coletivas passivas, já que o legitimado extraordinário coletivo estaria no pólo passivo da demanda, defendendo, em nome próprio, direitos coletivos (*lato sensu*).

e) No âmbito da Justiça do Trabalho, há muito se admitem processos judiciais que tenham por objeto a discussão de convenção coletiva de trabalho (art. 1º da Lei federal nº. 8.984/95). Nessas hipóteses, os sindicatos estarão em pólos opostos defendendo em juízo interesses das suas respectivas categorias.

f) Bem examinadas, as ações de controle concentrado de constitucionalidade são demandas coletivas. Em razão da sua natureza dúplice, apresentam-se como espécies de ações duplamente coletivas – embora não se possa falar, rigorosamente, que haja partes em sentido material nestas hipóteses.

g) Não admitir a ação coletiva é negar o direito fundamental de ação àquele que contra um grupo pretender exercer algum direito: ele teria garantido o direito constitucional de exceção (defesa), mas não poderia demandar.

Não podemos fugir à realidade. Nas relações travadas na sociedade de massa, “há conflitos de massa e conflitos entre massas”,⁶⁹ daí porque o Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, idealizado por quem tem autoridade no assunto, não deixou passar despercebido, fazendo constar, de forma expressa, a possibilidade da ação coletiva passiva, posto que negá-la é negar a própria prestação jurisdicional.

Conclusão

Procuramos responder ao longo deste trabalho à seguinte indagação: *Quem possui legitimidade para agir nas chamadas ações coletivas?* Para tanto, nos propusemos a realizar um processo de investigação, uti-

⁶⁹ Nas exatas palavras de DIDIER JR., *Idem, ibidem*, p.56.

lizando-nos de procedimento histórico-documental e comparativo, em especial nos ordenamentos jurídico-processuais de Espanha e Brasil.

O que nos chamou atenção e se constituiu em verdadeiro assombro foi o fato do termo "*legitimação*", em nenhum momento ter sido utilizado pela LEC de 1881, levando os doutrinadores espanhóis a forçar a letra da lei para sustentar que a legitimação era um dos elementos integrantes do conceito complexo de "personalidade".

Mais interessante ainda é a opção adotada pelo legislador, já na LEC 1/2000, de utilizar a expressão "*legitimação*" apenas ao tratar da legitimidade coletiva para a defesa de direitos e interesses de consumidores e usuários (art. 11), preferindo denominar de "*condición de parte procesal legítima*", ao tratar da legitimação individual, muito provavelmente, por influência do diploma anterior, vigente por tantos anos.

É de se registrar, todavia, o avanço interpretativo do fenômeno jurídico da legitimação, sobretudo a partir da Constituição Espanhola de 1978, como tradução de um conceito estritamente processual; distinto, portanto, do direito material, próprio da definição clássica que confunde legitimação com titularidade do direito. Como, aliás ocorre no direito brasileiro, que permanece fiel ao princípio da obrigatoria coincidência entre os sujeitos da relação jurídico-material controvertida e os sujeitos da relação processual.

Ademais, não foi possível escapar do lugar comum, tornando-se necessário reforçar a idéia de que a legitimação processual, tal como até então pensada, mostra-se insuficiente ao estudo da tutela de interesses e direitos supra-individuais, mesmo diante dos avanços interpretativos sobre o tema.

Em termos de legitimação coletiva, tanto no sistema continental como anglo-saxão, os modelos adotados são reduzidos e, de um modo ou de outro, se repetem, ora de forma isolada ora compartilhada. A legitimação atribuída ao particular, como ocorre nas *class actions* norte-americanas e nas ações populares brasileira e portuguesa, é caso raro. O modelo comum é atribuir a grupos sociais (associações civis, entidades legalmente reconhecidas ou simples grupos de fato) ou a entes políticos e órgãos públicos, em especial, ao Ministério Público.

Aliás, é notória a hegemonia do Ministério Público na propositura das ações civis públicas, talvez em face do histórico recente do processo democrático brasileiro, pouco mais de vinte anos de abertura política, os órgãos de classe e as associações civis ainda são pouco atuantes na defesa de seus interesses ou de seus representados. Por outro lado, constatamos um movimento insurgente, embora ainda tímido, contra o que se denominou de *abusiva utilização da ação civil pública*, principalmente em processos envolvendo direitos individuais homogêneos.

Verificou-se que a atuação do Ministério Público espanhol está praticamente restrita aos processos penais. O *parquet* ainda não assumiu o papel de agente defensor dos interesses de grupo. Foi-lhe assegurada a legitimação ativa somente para o ajuizamento de ação coletiva de cessação, tanto de nulidade de cláusulas como de práticas ilícitas.

De fato, os legisladores espanhóis e brasileiros optaram por legitimar alguns entes institucionais para a ação coletiva. O ordenamento espanhol, em especial, para a proteção exclusiva dos direitos e interesses de consumidores e usuários, deixando de fora outros direitos e interesses de relevância coletiva. O art. 11 LEC revela-se excessivamente restritivo, posto que concentrado basicamente nas associações de consumidores e usuários.

O Brasil, ainda preso à processualística clássica, teve de conceber arrojadas e criativas soluções para avançar para a legitimação coletiva. Acabou o legislador pátrio por atribuir a legitimação, de forma concorrente e disjuntiva, a certos grupos sociais e a órgãos estatais ou pessoas jurídicas de direito público. O grande avanço, realmente, deu-se com o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078/90, art. 82, I a IV), ao acrescentar a legitimação de entes públicos, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pela lei em espécie. Bem como, as associações passaram a ter legitimação ativa pela só autorização estatutária decorrente de seus fins institucionais (inciso IV, do artigo mencionado).

A grande lacuna, realmente, é a falta de permissão para a legitimação individual em defesa dos interesses e direitos supra-individuais, à exceção da ação popular atribuída a qualquer cidadão, brasileiro nato ou naturalizado e a português equiparado. Este equívoco, todavia, será corrigido em breve, pois o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos já contempla a legitimação ativa a qualquer pessoa para o ajuizamento de ação civil pública (art. 21, I).

Persiste, no particular, a hipótese de legitimação concorrente e disjuntiva, ou seja, qualquer dos co-legitimados pode acorrer a juízo separadamente, sem prejuízo, de formação de litisconsórcio ativo facultativo, hipótese impensável na normativa espanhola.

Relativamente à natureza jurídica da legitimação coletiva, concluimos, após análise das posições doutrinárias apresentadas, tratar-se de hipótese de *legitimação autônoma* ou *originária específica*, pois não podemos aceitar a idéia de legitimação extraordinária, à exceção da concernente à tutela dos interesses e direitos individuais homogêneos, conjunto de direitos subjetivos individualizados que, por permissivo legal, passaram a ser tutelados de forma coletiva.

Não aceitamos a tese de que os legitimados legais atuam em nome próprio na defesa de interesses jurídicos de outrem, afinal, no aspecto substancial, os titulares de interesses e direitos coletivos *lato sensu* (tanto difuso como coletivo) são indeterminados e o objeto indivisível. Tampouco defendem interesses que lhes são próprios.

Quanto à verificação da adequada representação, tem prevalecido a opinião doutrinária de que se trata de tarefa do legislador. Somos de opinião divergente, por entendermos que, apesar da ausência de previsão legal, deve a representatividade ser aferida *ope judicis*, de forma a

garantir uma perfeita tutela dos interesses dos membros do grupo e o afastamento de conflitos de interesses com o grupo. Posição, aliás, contemplada no anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, que prevê a “adequada representatividade do legitimado”.

O mesmo se diga em relação à legitimação coletiva passiva, também atualmente carente de regulação nos dois ordenamentos jurídicos, porém consagrada no Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América.

Concluimos o nosso estudo esperando de alguma forma ter contribuído com a discussão doutrinária sobre o tema, principalmente a partir da sistemática adotada, que buscou traços de comparação entre os ordenamentos jurídicos de Espanha e do Brasil.

Referências

ALMAGRO NOSETE, José. La protección procesal de los intereses difusos en España. **Justicia**, 1983.

AMARAL SANTOS, Moacyr. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 1987. v.1.

ARRUDA ALVIM, Thereza. ARRUDA ALVIM, Eduardo; MARINS, James. **O código do consumidor comentado**. 2.ed., São Paulo: RT, 1995.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos**. Temas de Direito Processual. Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. **La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos** (un aspecto de la experiencia brasileña). São Paulo: Saraiva, 1994. Temas de Direito Processual. Quinta série.

_____. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. **Revista de Processo**. Ano 16. jan.-mar. 1991.

_____. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. **Revista de Processo**. Ano X. jul.-set. 1985.

_____. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. **Revista de Processo**. Ano VII. out.-dez. 1982.

_____. *A ação civil pública e a língua portuguesa*. **Revista do Ministério Público**. nº. 13. jan.-jun. 2001.

BERIZONCE, Roberto, Ada Pellegrini Grinover e Angel Landoni Sosa. Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. *In Scientia Iuridica*. **Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro**. Tomo III, nº. ° 300 Set/Dez 2004.

BERNARDINA DE PINHO, Humberto Dalla. A tutela do interesse coletivo como instrumento polarizador da participação do Ministério Público no processo civil brasileiro. **Revista do Ministério Público**. nº. 13. jan.-jun. 2001.

BUJOSA VADELL, Lorenzo-Mateo. **La protección jurisdiccional de los intereses de grupo**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1995.

_____. La protección de los consumidores y usuarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. **Revista Jurídica de Catalunya**, 2001, nº. 4.

- _____. El procedimiento de las acciones de grupo (class actions) en los Estados Unidos de América. **Justicia**, 1994, I.
- CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos. **Los procesos civiles sobre consumidores y usuários y de control de las cláusulas generales de los contratos** (com jurisprudência asociada). Madrid: Editorial Tecnos, 2005.
- _____. **Comentários prática a la nueva ley de enjuiciamiento civil**. Colección estudios procesales. Madrid: Trivium Editorial, 2000.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 13.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. v. I.
- CAPPELLETTI, Mauro. Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi. *In*. **Le azioni a tutela di interessi collettivi**. Padova: CEDAM, 1976.
- CONSTANTINO, Giorgio. Brevi note sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi davanti al giudice civile. *In* **Le azioni a tutela di interessi collettivi**. Padova: CEDAM, 1976.
- CORDÓN MORENO, Faustino. El acceso a la justicia civil de los derechos de los consumidores. **Estudios sobre consumo**. nº. 16, 1989.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas (o art. 82 do CDC). *In* **RDDP**, abr 2005.
- DINAMARCO, Pedro Silva. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- FIDÉLIS DOS SANTOS, Ernane. **Manual de Direito Processual Civil**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.
- FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **Pontos nervosos da tutela coletiva: legitimação, competência e coisa julgada**. Processo Civil Coletivo, coordenação de Rodrigo Mazzei e Rita Dias Nolasco. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- GARNICA MARTÍN., Las acciones de grupo en la LEC 1/2000 (I y II), **La Ley**, Numeros 5391 y 5392, 8 y 9 de octubre de 2001.
- GIDI, Antonio. Las acciones colectivas en Estados Unidos. **Direito e Sociedade**. Curitiba: jan/jun. 2004.
- _____. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**. Ano 27. Outubro-dezembro de 2002.
- GODINHO, Robson Renault. **O Ministério Público e a tutela jurisdicional coletiva dos direitos dos idosos**, *in* **Processo civil coletivo**, São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp.608-642.
- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de Direito Processual Civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v.1.
- GONZÁLEZ CANO, Maria Isabel. **La tutela colectiva de consumidores y usuários en el Proceso Civil**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- GONZÁLEZ GRANADA, Piedad. **La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil**. S/ I.:Valentin Cortés Dominguez y Victor Moreno Catena (Cordinadores). Tomo I.
- GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil brasileiro**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v.1.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 4.ed. São Paulo: Forense Universitária, 1995.
- _____. **O processo em evolução**. Acesso à justiça e o Código de Defesa do Consumidor. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo; HIDALGO DE CAVIEDES. **La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales**: colectivos y difusos. Navarra: Aranzi Editorial, 1999.

JIMENO BLUNES, María Del Mar. Nuevas perspectivas sobre la legitimación colectiva: el modelo social anglosajón. **Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje**, nº. 3, Tomo XII, Septiembre, Año 2000.

_____. La protección judicial de los consumidores en el ámbito comunitario: el "libro verde" de acceso a la justicia. **Revista de estudios europeos**, nº. 9, enero-abril, 1995.

LEBRE DE FREITAS, José. Acção popular do direito português. In **Revista Sub Judge Justiça e Sociedade**, nº. 24, Coimbra, jan-mar 2003.

LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos**. São Paulo: RT, 1997.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos, conceito e legitimación para agir**. 4.ed. São Paulo: RT, 1998.

_____. A concomitância de ações coletivas, entre si, e em face das ações individuais. In **Revista da Faculdade de Direito**. vV. 96, 2001, p.371-409.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 15.ed. Atualizada por Arnaldo Wald. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, volume 4. Coordenação Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: RT, 2002.

MONTERO AROCA, Juan. **La legitimación en el proceso civil**. Estudios de derecho procesal. Madrid: Civitas, 1994.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 14.ed., São Paulo: Atlas, 2003.

MORELLO, Augusto e Gabriel Stiglitz. **Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos**. La Plata: Platense, 1986.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 5.ed. São Paulo: RT, 2001.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Ação civil pública**. 2.ed. São Paulo: RT, 2003.

ORTELLS RAMOS, Manuel. **Derecho Procesal Civil**. 3.ed. Navarra: Editorial Aranzi, 2002.

OTERO, Paulo. A acção popular: configuração e valor no actual Direito português. In **Revista da Ordem dos Advogados**. Ano 59, p.871-93, Centro Livreiro da Ordem dos Advogados, Lisboa, 1999.

PÉRES RAGONE, Álvaro J.D. Necesitamos los procesos colectivos? **Revista de Derecho Procesal**. Año 2005, Madrid.

PISANI, Andréa Proto. Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi (o piu esattamente: superindividuali) innanzi al giudice civile ordinario. In **Le azioni a tutela di interessi collettivi**. Padova: CEDAM, 1976, p.263-86.

REALE, Miguel. **Da ação civil pública**. Questões de Direito Público. São Paulo: Saraiva, 1997.

RUIZ ITURRI, Alejandra. **Comentários a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil**. Francisco Lledó Yagüe (Director), Madrid: Editorial Dykinson, 2000.

SILGUERO-ESTAGNAN, Joaquín. Las acciones colectivas de grupo. **Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje**. Tomo XV. nº. 3. septiembre, 2003.

_____. La protección procesal Del interes colectivo de los consumidores. **Estúdios sobre consumo**. nº. 49, 1999.

TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel. **A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos**. Lisboa: Lex, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 39.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. v.I.

TUCCI, Rogério Lauria. Ação civil pública: abusiva utilização pelo Ministério Público e distorção pelo Poder Judiciário. *In Aspectos polêmicos da ação civil pública*, São Paulo: Saraiva, 2003, p.355-92.

VIGLIAR, José Marcelo. **Interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos**. Coleção Temas de processo civil. Salvador: Edições Podium, 2005.

VIGORITI, Vincenzo. **Interessi collettivi e processo. La legittimazione ad gire**. Milano: Dott.A.Giuffré Editore, 1979.

VILLAR FUENTES, Isabel Maria. Algunas reflexiones sobre la legitimación para la protección de los intereses de los consumidores y usuarios. **Justicia**, 2001, n.1.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 6.ed. São Paulo: RT, 2003. v.1.

A formação da coisa julgada material pela sentença de carência de ação: um paralelo entre as condições e os elementos da ação

Guilherme Peroni Lampert

*Advogado da Caixa no Rio Grande do Sul
Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de
Estudos Tributários
Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade
Federal de Santa Catarina
Pós-graduando em Direito do Trabalho e Previdenciário pela
Faculdade de Direito de Santa Maria*

RESUMO

Este trabalho visa a analisar a formação da coisa julgada material pela sentença que extingue sem resolução do mérito, por carência de ação. Pretendemos demonstrar que tal decisão – ainda que analise as condições da ação de forma abstrata – forma coisa julgada material por, na verdade, adentrar no mérito da causa.

Palavras-chaves: Coisa julgada material. Ação. Condições da ação. Elementos da ação.

ABSTRACT

This paper aims at to analyze the formation of the res judicata for the decision that extinguishes without resolution of the merit, for failure to state a cause of action. We intend to demonstrate that to such decision - despite it analyzes the state a cause of the action of abstract form - form res judicata, because, *in fact*, analyse the merit of action.

Keywords: Action. Res judicata. Decision on merits. Failure to state a cause of action.

Introdução

Neste artigo pretendemos dar continuidade a uma discussão que vem sendo travada pela doutrina há muito. Vamos falar sobre a formação da coisa julgada material pela sentença de carência de ação. Pretendemos demonstrar que sentença que extingue o processo por carência de ação é imutável (obviamente, após não estar mais sujeita a recurso) e torna defesa a sua repositura.

Poderá ser proposta uma nova ação, isto é, necessariamente pelo menos um dos elementos da ação (parte, pedido e/ou causa de pedir) deverá ser diferente da ajuizada primeiramente.

É importante alertar que este estudo limita-se às ações individuais, uma vez que essa fenomenologia não se repete nas ações coletivas.

Assim, num primeiro momento analisaremos o que é a coisa julgada material, após as teorias eclética e abstrata da ação e se as condições da ação estão ou não dentro do mérito.

Finalmente, iremos traçar um paralelo entre as condições e os elementos da ação, para o fim de compreender quando há identidade de ações e, portanto, a impossibilidade de sua repositura.

1 Coisa julgada material

Inicialmente, entendemos que é necessário estabelecer uma premissa, qual seja, a função da coisa julgada material. Para tanto, vamos nos valer dos ensinamentos de Pontes de Miranda:

O que é preciso é que se acabem as controvérsias, a insegurança, o pisar e repisar das questões; a isso serve a *coisa julgada material*. A psicobiologia explica-a como necessidade de que as descargas aos estímulos combativos tenham fim. Por outro lado, a força julgada material impede as decisões contraditórias. Mas daí a se assimilar à força da lei a força da coisa julgada material longa distância vai, e a expressão que nos referimos é, pelo menos, *inelegantia iuris*.¹

Como se vê, a função da coisa julgada material é pacificar as relações sociais, isto é, definir, decidir o caso concreto. Sobre essa questão não há divergência na doutrina, pois ninguém nega que a finalidade desse instituto é a estabilização.

Tal consenso não é encontrado, contudo, quando se trata do conceito de coisa julgada material. Baptista da Silva ensina que, para a doutrina clássica, a coisa julgada seria um efeito agregado ao conteúdo declaratório da sentença, após o esgotamento dos recursos cabíveis. Nesse sentido, aliás, é a lição de Mesquita:

A imutabilidade e indiscutibilidade, portanto, são efeitos que a lei atribui à conclusão da sentença em decorrência do fato jurídico do trânsito da sentença em julgado, não importa qual seja o conteúdo do seu elemento declaratório.²

O mestre gaúcho explica ainda que para Liebman a coisa julgada é uma “qualidade” que se acrescenta aos efeitos da sentença, tornando

¹ PONTES DE MIRANDA. **Tratado das Ações**. Campinas: Bookseller, 1998, p.240.

² MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **A coisa julgada**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.11.

não apenas o seu conteúdo imutável, mas igualmente imutáveis os seus efeitos.”³

Bedaque relativiza tal entendimento, ao considerar que há hipótese de mutabilidade dos efeitos da coisa julgada:

A imutabilidade não é só do provimento jurisdicional, mas também de seus efeitos. Claro que tal cristalização perdura enquanto a situação da vida regrada pelo provimento jurisdicional permanecer com as mesmas características.⁴

Com efeito, a coisa julgada material forma-se para uma determinada situação. Se não houver qualquer alteração fática, não poderá ser prestada nova tutela jurisdicional relativa ao mesmo supedâneo.

Baptista da Silva afirma que o conteúdo declaratório é imutável:

Para proteção do disposto da sentença, os fatos em que o julgador fundara a decisão tornam-se indiscutíveis nos processos futuros. Nenhum Juiz terá a liberdade para manifestar-se sobre a existência dos fatos em que se baseara a primeira sentença, se o reconhecimento de sua inexistência anular o resultado obtido pelo vencedor da primeira demanda.⁵

Em que pese os dissensos, há um consenso acerca da imutabilidade do conteúdo declaratório. Dessa forma, a declaração de que está ausentes uma das condições da ação – uma vez transitada em julgado – não poderá ser reapreciada em outra demanda que possua os mesmos elementos da anterior. Logo, sob qualquer perspectiva, a sentença que julga improcedente o pedido do autor faz coisa julgada material e impede a renovação da discussão que se travou durante o processo.

2 Teorias e condições da ação

É pacífico o entendimento de que a ação é o direito do cidadão exigir do Estado a prestação jurisdicional, sendo uma decorrência do monopólio estatal da justiça. Quer dizer, o Estado tem o dever de entregar a prestação jurisdicional, razão pela qual o autor volta sua pretensão contra o próprio Estado. Ou como melhor explica Calamandrei:

Quando a defesa dos direitos individuais é assumida pelo Estado mediante a instituição dos juízes públicos, a palavra ação, originariamente empregada no significado próprio do exercício da força privada, passa a significar, em sentido metafórico, o recurso com o qual o cidadão invoca, a seu próprio favor, a força pública do

³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Teoria geral do processo civil**. Editora RT, 2002, p.324.

⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p.120.

⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. 2002, p.239.

Estado; não já a atividade encaminhada a sujeitar diretamente ao obrigado, senão a atividade que se realiza para pôr em movimento, em defesa do próprio direito, o exercício do poder jurisdicional do Estado.⁶

A questão que divide a doutrina é se tal direito é ou não condicionado. Parte da doutrina entende tratar-se de um direito incondicionado, ou seja, autônomo, sem ligação com a relação jurídica objeto do processo.

Segundo Assis:

A ação é um direito público, cabendo seu efetivo exercício a qualquer indivíduo. Este direito pré-processual emana da personalidade jurídica do homem e é endereçado contra o Estado, que tem o poder-dever de subordinar um interesse a outro por intermédio de órgão específico. O juiz emite um juízo de valor sobre a pretensão deduzida, rejeitando-a ou acolhendo-a, ou simplesmente considerando-a indigna de encaminhamento. Em qualquer das hipóteses, temos uma autêntica atividade jurisdicional.⁷

Entretanto, a maior parte dos processualistas brasileiros, seguindo as lições de Liebman, cuja doutrina foi difundida no Brasil na década de 40, entende que a ação é um direito condicionado. Assim, seria necessário que o juiz – ao analisar a petição inicial – voltasse seus olhos à relação jurídica em discussão, no intuito de verificar se estão presentes as condições da ação, quais sejam: legitimidade, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido.

Essa teoria foi inclusive positivada pelo Código de Processo Civil. Todavia, essa opção legislativa não acabou por encerrar a discussão acerca da natureza da ação, já que é um fenômeno que ocorre a despeito da própria legislação.

Logo, muito mais do que um mero debate acadêmico, há um forte elemento prático envolvido nessa discussão, já que a coisa julgada material traz, pelo menos, duas conseqüências pragmáticas – a primeira é a impossibilidade da repropositura da ação e a segunda é que a sentença pode ser atacada pela ação rescisória. Nesse sentido, inclusive, é o magistério de Bedaque:

Questão importante a merecer reflexão dos estudiosos, diz respeito à possibilidade ou conveniência de a sentença que julgar o autor carecedor da ação, por ausência de uma das condições, ficar coberta pela coisa julgada material. Reside aí, efetivamente, a grande importância em se determinar a natureza da sentença de carência.⁸

⁶ CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**. trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbieri. Campinas: Bookseller, 1999, p.185-6.

⁷ ASSIS, Araken de. **Doutrina e prática do processo civil contemporâneo**. São Paulo: RT, 2001, p.40.

⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. 2003, p.102.

Dessa maneira, se o entendimento for no sentido de que a sentença de carência forma apenas coisa julgada formal, tal decisão não desafia ação rescisória e não impede a repropositura de ação idêntica. Ao revés, se a compreensão é que forma coisa julgada material, não é mais possível repropor ação idêntica e a sentença pode ser objeto de ação rescisória.

As condições da ação foram elaboradas como uma técnica para evitar que o réu fosse despropositadamente incomodado por uma ação, ou seja, por uma questão de economia processual.⁹

Assim, no exercício de tal tarefa, o juiz não estaria realizando uma atividade jurisdicional, o que é motivo de forte crítica, já que uma demanda poderia chegar ao Supremo Tribunal Federal sem mesmo existir ação ou jurisdição.

A princípio, a verificação da presença das condições da ação deveria ser realizada abstratamente, isto é, tomando por base as alegações do autor, presumindo-as verdadeiras, ou como prefere a doutrina - *in status assertionis*, sob pena de adentrar no mérito da questão. Nesse sentido, é lição de Bedaque:

O autor terá direito ao provimento judicial se preencher essas condições, cujo exame será feito à luz dos fatos descritos na inicial. Se o juiz realizar cognição profunda sobre as alegações contidas na petição, após esgotados os meios probatórios, terá, na verdade, profereido juízo sobre o mérito da questão, acolhendo ou rejeitando a demanda.¹⁰

Há quem, como Greco, defenda que o juiz deve voltar os olhos à prova carreada aos autos:

Entretanto, a simples asserção não pode ser considerada suficiente para conferir ao autor o direito de ação, sob pena de autolegitimação. A afirmação de situação fático-jurídica apta hipoteticamente ao acolhimento do pedido formulado deve estar acompanhada de um mínimo de verossimilhança e de provas capazes de evidenciar a possibilidade concreta desse acolhimento e de que a iniciativa do autor não submete o réu a um ônus de plano manifestamente abusivo de defender-se de uma demanda inviável.¹¹

Tesheiner encontra um meio termo, já que entende que, para o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido, se deve observar a prova trazida ao processo, sendo desnecessário, contudo, para a verificação da legitimidade:

⁹ WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. São Paulo: Central de Publicações Jurídicas, Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, 1999, p. 94.

¹⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. 2003, p.93.

¹¹ GRECO, Leonardo. **A teoria da ação no processo civil**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 24.

[...] que a presença ou ausência da condição da ação deve ser afirmada ou negada tendo-se em conta a verdade dos autos, mas com uma ressalva: basta a afirmação de direito subjetivo próprio, em face do demandado, para que se legitime ativa e passivamente o autor e o réu.¹²

Watanabe, por sua vez, enfrenta a questão sob um prisma diverso, isto é, avalia a utilidade dessa técnica, especialmente quando realizada à revelia das provas:

O reconhecimento, *prima facie*, da inviabilidade da pretensão do autor é feito no plano da mera asserção, da hipótese, o que evidencia a *superficialidade da cognição*, incompatível com o julgamento de mérito no processo de conhecimento. Não se questiona a eficácia e a praticidade do julgamento, até mesmo em termos de impedimento à repropositura da mesma ação. O que procuramos acentuar é a utilidade das 'condições da ação' como técnica de julgamento antecipado, por razões de economia processual.¹³

A análise abstrata das condições da ação recebe forte crítica de Gomes:

É claro que os adeptos da Teoria Eclética procuram 'contornar' o problema, afirmando que a investigação de tais elementos não implica exame de mérito porque a mesma deve ser levada a efeito hipoteticamente, com o que caem na desastrosa consequência de bastar ao autor da demanda mentir para adquirir o direito à jurisdição!¹⁴

Como se vê, são os mais diversos entendimentos acerca do momento em que devem ser verificadas as condições da ação e sobre as consequências oriundas da sentença de carência de ação.

Essas diversas opiniões podem ser assim resumidas:

a) as condições da ação devem ser analisadas em abstrato e a respectiva sentença não produz coisa julgada material, desde que não leve em consideração a prova;

b) devem ser verificadas concretamente e a decisão não produz coisa julgada material;

c) devem ser analisadas abstratamente e forma coisa julgada material;

d) independente do momento em que foram analisadas, dizem respeito ao mérito e, por isso, a sentença produz coisa julgada material.

¹² TESHEINER, José Maria. **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**. São Paulo: Editora RT, 2001, p. 19.

¹³ WATANABE, Kazuo. 1999, p. 96.

¹⁴ SILVA, Ovidio Araújo Baptista da. 2002, p. 127.

Não nos parece lógico o entendimento de que as condições da ação servem para evitar que o réu seja incomodado por uma ação manifestamente improcedente e ao mesmo a sentença que assim decidir não formar coisa julgada material, permitindo que a ação seja reproposta.

Outrossim, não serve de amparo à análise em abstrato das condições da ação de que a sentença de carência não poderia criar a indiscutibilidade própria da coisa julgada material, dado o exame superficial, sumário, ou seja, de que não seria conveniente a formação da coisa julgada material.¹⁵

Em que pesem os brilhantes processualistas que defendem tal orientação, entendemos que a justificativa é contraditória com a própria motivação da existência das condições da ação.

Ora, se de antemão – ou mesmo com base no conteúdo probatório, num momento posterior – verifica-se que a parte pleiteia direito alheio em nome próprio, ou persegue uma tutela jurisdicional desnecessária, ou faz pedido expressamente vedado pelo ordenamento jurídico, nada mais natural e lógico do que fulminar a pretensão em seu nascedouro.

Aliás, tal decisão é fundada nas mesmas razões que deram origem à técnica de julgamento em discussão, isto é, por economia processual, para não importunar indevidamente o réu etc.

Corrobora o entendimento explanado o fato de que o tribunal pode - na forma do parágrafo 3º, do artigo 515, do Código de Processo Civil, reformar a sentença de carência de ação, sem ter que devolver o processo à origem para prolação de novo julgamento.

Quer dizer, não há supressão de instância quando o tribunal, reformando sentença que julgou o autor carecedor da ação, dê provimento ao recurso e altere o julgamento.

Por esses argumentos e com base nas lições de Silva, Assis e Fabrício, entre outros, entendemos que a sentença que julga o autor carente de ação acaba por adentrar no mérito da ação. Logo, forma coisa julgada material, impedindo que seja reproposta.

3 Elementos e condições da ação

Analisando a ação é possível identificar um ponto de congruência entre os elementos e a condições da ação. Como se sabe, os elementos identificadores da ação são: as partes, a causa de pedir e o pedido.

Dessa forma, é possível observar uma relação entre as partes e a legitimidade para causa, a causa de pedir e o interesse processual e pedido e possibilidade jurídica. Assim, como a sentença que julga o autor carente de ação forma coisa julgada material e não pode ser reproposta, deve, necessariamente, existir uma alteração nos elementos para o ajuizamento de nova ação.

¹⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. 2003, p.103.

3.1 Parte x Legitimidade

Tesheiner conceitua parte em sentido formal e material. A primeira seria o sujeito da relação jurídica processual e, para ele, são “partes em sentido material os sujeitos da relação interpessoal que a sentença irá regular diretamente”.¹⁶

Silva critica essa definição:

Muitos processualistas, como é o caso de Carnelutti (*Sistema di diritto processuale civile*, 1936, v. 1, p.361 *et seq.*), empregam um conceito de *parte em sentido formal* para indicar as posições dos *sujeitos do processo*, distinguindo-os das partes em *sentido substancial* que seriam os *sujeitos da lide*. Essa concepção é errônea, uma vez que não pode haver, por definição, uma lide diversa daquela descrita pela parte em seu pedido de tutela jurídica. Como a lide será, necessariamente, o conflito narrado pelo interessado em sua petição inicial, partes da lide serão, sempre, as mesmas partes do processo.

Na verdade, apenas as pessoas que tomam parte no processo como elementos componentes da controvérsia deverão ser designadas como partes, reservando-se para os demais figurantes da relação processual que, embora não integrantes da lide, participam também do processo, a denominação de *terceiros*.¹⁷

A nosso ver, procede a crítica, já que importa à ação saber quem é o sujeito da relação jurídica processual, vez que é em relação a ele(s) que forma a coisa julgada material.¹⁸

Como se pode sentir, tal conceito é intestinamente ligado ao conceito de legitimidade para a causa. Uma vez decidido que determinado autor não tem o direito pleiteado ou que não o tem em relação ao réu, estará se decidindo o mérito da ação, razão pela qual ganhará os contornos de definitividade. Ou, como melhor explica Fabrício:

Relativamente a esta ‘condição, parece ainda mais difícil sustentar-se que seja matéria estranha ao mérito. Efetivamente, ao sentenciar que o autor não tem *legitimatío ad causam*, denega-lhe o juiz, clarissimamente, o bem jurídico a que aspirava, posto que à sua demanda responde: ‘Se é que existe o direito subjetivo invocado, dele não és titular’. Proclamando o juiz, por outro lado, a legitimidade passiva *ad causam*, declara que, *em face do réu*, não tem o autor razão ou direito. Em qualquer dos casos, há clara prestação jurisdicional de mérito, desfavorável ao autor – vale dizer, sentença de improcedência.¹⁹

¹⁶ TESHEINER, José Maria. 2001, p.35.

¹⁷ SILVA, Ovidio Araújo Baptista da. p.135.

¹⁸ SILVA, Ovidio Araújo Baptista da. p.137.

¹⁹ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Ensaio de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 385.

Contudo, a legitimação anda de mãos dadas com a causa de pedir, posto que sempre será analisada levando em consideração a relação jurídica subjacente. Então, trata-se de um conceito relativo ao direito material, diferentemente do conceito de parte, que é exclusivamente material.

Dessa forma, a sentença que acolhe preliminar de ilegitimidade (ativa ou passiva) julga o mérito da ação, impedindo que a parte reproponha a ação. No caso da ilegitimidade ativa, para buscar o bem da vida perseguido, necessariamente, deverá existir uma alteração na causa de pedir ou no pedido. Por exemplo, X ajuíza uma ação em face de Y, buscando a condenação deste ao pagamento de uma determinada quantia decorrente de uma relação jurídica mantida entre Y e Z, em que este era credor. Tal pedido é julgado improcedente, na medida em que X não é o titular do direito perseguido.

Evidentemente, não teria sentido que X pudesse apresentar a mesma ação, já que a declaração contida na sentença não poderia ser contrariada por outro juiz. Contudo, na hipótese de X subrogar-se no direito de crédito que Z possuía, poderá ajuizar NOVA ação.

Nova, por que, nesse caso há alteração na causa de pedir. A situação fática tutelada não é mais a mesma, logo se está diante de outra relação jurídica processual.

3.2 Pedido x Possibilidade jurídica

A doutrina classifica a possibilidade jurídica como a existência de previsão abstrata do pedido dentro do ordenamento jurídico:

Impossibilidade jurídica, como condição da ação, é aquela denominada por alguns de absoluta, ou seja, a negativa genérica da pretensão no ordenamento jurídico. A análise de circunstâncias concretas a respeito de um pedido admitido em tese implica exame de mérito.²⁰

Greco Filho afirma que

[...] consiste na formulação da pretensão que, em tese, exista na ordem jurídica como possível, ou seja, que a ordem jurídica brasileira preveja a providência pretendida pelo interessado.²¹

Como relata a doutrina, o próprio Liebman, após sua saída do Brasil, acabou por afastar a possibilidade jurídica do pedido das condições da ação. De qualquer forma, ainda se compreende que se trata de um dos requisitos necessários à análise do mérito da ação.

²⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. 2003, p.98.

²¹ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, p.83-4.

Parece-nos que tal conceito enfrenta um problema, até mesmo, jusfilosófico, visto que se refere à lacuna no direito, já que nem toda ausência de norma poderá evitar que o Estado-Juiz se pronuncie sobre o caso. Bobbio ensina que:

A lacuna própria é uma lacuna do sistema ou dentro do sistema; a lacuna imprópria deriva da comparação do sistema real com um sistema ideal. Num sistema em que cada caso não-regulamentado faz parte da norma geral exclusiva (como é geralmente um código penal, que não admite extensão analógica) não pode haver outra coisa além de lacunas impróprias. O caso não-regulamentado não é uma lacuna do sistema porque só pode pertencer à norma geral exclusiva, mas, quando muito, é uma lacuna que diz respeito a como deveria ser o sistema. Temos a lacuna própria somente onde, ao lado da norma geral exclusiva, existe também a norma geral inclusiva, e o caso não-regulamentado pode ser encaixado tanto numa como na outra. O que têm em comum os dois tipos de lacunas é que designam um caso não-regulamentado pelas leis vigentes num dado ordenamento jurídico. O que as distingue é a forma pela qual podem ser eliminadas: a lacuna imprópria somente através da formulação de novas normas, e a própria, mediante as leis vigentes. As lacunas impróprias são completáveis por obra do intérprete. Mas quando se diz que um sistema está incompleto, diz-se em relação às lacunas próprias, e não às impróprias. O problema da completude do ordenamento jurídico é se há e como podem ser eliminadas as lacunas próprias.²²

Logo, a questão da ausência de previsão legal do pedido deve ser analisada tomando em consideração a lição acima, isto é, nem sempre a falta de previsão implicará na impossibilidade jurídica. Por vez, terá o juiz a obrigação de integrar o sistema e suprir a suposta lacuna.

Sob outro ângulo – a expressa vedação do sistema jurídico ao pedido formulado é a forma mais manifesta de improcedência. Logo, uma vez passada em julgado a declaração da impossibilidade jurídica do pedido, ela não mais poderá ser alterada.

Esse também é o pensamento de Fabrício:

Por muito que nos tenhamos empenhado na meditação do assunto e por maior que tenha sido nosso esforço em penetrar as razões do convencimento que parece ser o da maioria (sobre ser a solução da lei), fortalecemos sempre mais nossa convicção no sentido de ser a sentença declaratória da impossibilidade jurídica uma típica e acabada sentença de mérito. Ao preferi-la, o juiz 'rejeita o pedido do autor', nos exatos termos do art. 269, I; denega-lhe o *bem da vida* por ele

²² BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, p. 143-4.

perseguido através do processo; afirma que ele não tem o direito subjetivo material invocado; diz que ele não tem razão; indefere-lhe o pedido mediato formulado; repele a sua demanda. Podem-se alinhar às dezenas de outras maneiras de dizer, mas todas significarão sempre que a ação (*rectius*, o pedido) não procede.²³

Assim, tendo em vista que a impossibilidade jurídica refere-se ao pedido, as mesmas partes poderão – em tese – voltar a litigar acerca da mesma relação jurídica – desde seja outro o bem da vida perseguido.

3.3 Causa de pedir x Interesse processual

Chegamos agora ao mais importante elemento da ação, ao centro gravitacional da ação – a causa de pedir. Somente a partir dela é que os demais elementos podem ser compreendidos

Existem duas teorias sobre a causa de pedir, quais sejam:

A teoria da *substanciação* e a teoria da *individualização*. Pela primeira, expressamente adotada pelo nosso Código de Processo Civil, no artigo 282, inciso III, não basta o direito para identificar a ação. É necessário alegar o direito decorrente de determinados fatos, ou seja, a ação se individualiza pelo direito decorrente dos fatos alegados pelo autor. Variando os fatos ou variando o direito, outra é ação ou a demanda. Pela teoria da individualização, bastaria a alegação do direito como fatispécie determinada, servindo qualquer fato apto a gerá-lo para identificar a demanda.²⁴

A doutrina majoritária sobre a causa de pedir é no sentido que, para os direitos relativos, aplica-se a teoria da substanciação e, para os absolutos, a teoria da individualização, uma vez que esses direitos podem ser considerados de ofício pelo juiz, enquanto que aqueles dependem de provocação.

Dessa forma, no segundo caso, não incide a preclusão sobre a matéria não suscitada, permitindo a propositura de outra ação caso os fatos sejam diversos (ainda que pudessem ser alegados num primeiro momento).

De uma maneira geral, o interesse de agir é conceituado a partir do binômio utilidade/adequação. Quer dizer, para movimentar a máquina estatal o autor deve demonstrar que há necessidade em pleitear a tutela jurisdicional.

A adequação – a nosso sentir – não guarda relação com o interesse de agir. O meio, o procedimento escolhido, é matéria eminentemente procedimental, que implica o indeferimento da petição inicial, a teor do disposto no inciso VI, do art. 295, do Código de Processo Civil.

²³ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. 2003, p.381.

²⁴ GRECO, Leonardo. 2003, p.53.

Diferentemente se dá com a utilidade, já que é inegável o ponto de contato entre a causa de pedir e o interesse processual. Não por outra razão, Grecco diz que “da causa de pedir remota resulta o interesse de agir”.²⁵

Idêntica é a lição de Tucci: “A *necessidade* da tutela jurisdicional, que conota o *interesse*, deflui, como já mencionado, da exposição fática consubstanciada na *causa petendi remota*”.²⁶

Explica ainda Tucci que:

Compõem a *causa petendi* o fato (*causa remota*) e o fundamento jurídico (*causa próxima*).

A *causa petendi remota* (ou *particular*) engloba, normalmente, o fato constitutivo do direito do autor associado ao fato violador desse direito, do qual se origina o *interesse processual* para o demandante.

Dessa forma, a sentença que julga o autor carente de ação por lhe faltar interesse processual fica – após o trânsito em julgado – coberta pela coisa julgada. O conteúdo declaratório a respeito de ausência de utilidade da tutela jurisdicional perseguida não poderá ser reapreciada em outra ação.

Necessariamente deverá haver alteração dos fatos, para ser proposta nova ação com as mesmas partes e pedido, isto é, com a alteração dos fatos que formam a causa de pedir pode ser buscada a pretensão.

Por exemplo, ajuizada ação buscando cobrança de dívida antes do vencimento desta, poderá ser declarada a carência de ação por falta de interesse de agir, sendo certo que nesse caso o juiz estará julgando im procedente o pedido condenatório.

Caso, após o vencimento, não ocorra o adimplemento do débito, poderá ser proposta nova ação com o mesmo pedido anteriormente formulado (mantidas as partes). Nesse caso, não haverá identidade de ações, pois houve alteração da causa de pedir.

Quer dizer, uma vez ocorrida modificação no mundo dos fatos que dê ao requerente interesse de agir, outra será causa de pedir e, portanto, outra será a ação. Se em nada se modificarem os fatos, o autor ficará impedido de rescutir-los, sob pena de ofensa à coisa julgada (material).

Caso houvesse a formação apenas de coisa julgada formal, poderia ser rerepresentada a ação, calcada na mesma matéria fática – na mesma causa de pedir – e prolatada sentença em sentido diverso à anterior.

Ora, se o raciocínio nos leva a uma conclusão irrazoável, devemos desprezar esse silogismo. Assim, no caso em análise, não podemos aceitar a conclusão de que uma sentença poderá ser simplesmente desprezada.

²⁵ GRECO, Leonardo. 2003, p.56.

²⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petendi no processo civil**. São Paulo: RT, 2001. p.173.

Conclusão

Apesar da grande divergência doutrinária que existe acerca do tema, fica evidenciado que os fundamentos da teoria eclética não sustentam suas conclusões.

Ora, é contraditória a conclusão de que a sentença que julga o autor “carente de ação” forma apenas coisa julgada formal, na medida em que o fundamento desta técnica de julgamento é justamente a economia processual e o respeito à privacidade do réu, que não pode ser incomodado por uma ação cujo pedido é manifestamente improcedente.

Logo, a conclusão inescusável que deveria alcançar é que, mesmo diante de uma cognição sumária, a decisão deve se tornar definitiva. São válidas, assim, as críticas de Marinoni e Silva acerca da falta de efetividade e ordinarização do processo civil.

Assim, não há sentido em levar a marcha processual até o fim se, de antemão, já é possível prever aonde se chegará, mesmo (ou principalmente) se para tanto basta uma análise superficial.

Com efeito, sendo a sentença de carência de ação uma sentença verdadeira de decisão de mérito, uma vez passada em julgada, torna-se indiscutível o seu conteúdo declaratório, impedindo a propositura da mesma ação, sob pena de ofensa à coisa julgada material.

Ademais, a supressão da “condição da ação” que foi considerada inexistente, implica a alteração – pelo menos – de um dos elementos da ação, tornando-a diversa da anterior.

Acreditamos, então, ter demonstrado que, apesar de o Código de Processo Civil ter expressamente adotado a teoria eclética da ação, a realidade é diversa, ou seja, a resolução do processo por carência de ação, na verdade acarreta julgamento mérito.

Referências

- ASSIS, Araken de. **Doutrina e prática do processo civil contemporâneo**. São Paulo: RT, 2001.
- ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações**. São Paulo: RT, 2002.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.
- CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**. trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas: Bookseller, 1999.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Ensaio de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- GRECO, Leonardo. **A teoria da ação no processo civil**. São Paulo: Dialética, 2003.
- GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **A coisa julgada**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado das Ações**. Campinas: Bookseller, 1998.

SILVA, Ovídio A. **Baptista da. Teoria geral do processo civil**. Editora RT, 2002.

TESHEINER, José Maria. **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**. São Paulo: Editora RT, 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petendi no processo civil**. São Paulo: RT, 2001.

WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. São Paulo: Central de Publicações Jurídicas: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, 1999.

Competência da Justiça do Trabalho para o julgamento de questões envolvendo servidores estatutários e o Poder Público diante da Emenda Constitucional nº. 45/2004

Tiago de Sampaio Viegas Costa

Advogado da Caixa no Maranhão

*Pós-graduando em Direito do Trabalho pelo Centro Universitário
do Maranhão - UNICEUMA*

*Pós-graduando em Direito Tributário pela Universidade do Sul
de Santa Catarina - UNISUL.*

RESUMO

Estudo da competência jus trabalhista à luz do novo ordenamento constitucional brasileiro. Analisa-se a evolução dos métodos de solução dos conflitos, dando ênfase aos caracteres gerais relativos à Jurisdição e Competência. Aborda-se o conceito de relação de trabalho à sua necessária distinção comparada à relação de emprego. Explicita-se o entendimento das situações jurídicas envolvendo questões funcionais entre servidores estatutários e o Poder Público como relações de trabalho. Expõe-se a evolução da competência da Justiça do Trabalho, desde a redação original do texto constitucional até as modificações introduzidas pela Emenda Constitucional 45/2004. Questiona-se o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito do assunto, propugnando, ao fim, pela adoção de nova orientação doutrinária no sentido de ampliar a esfera competencial do Judiciário trabalhista.

Palavras-chave: Competência. Jurisdição. Relação de Trabalho. Servidores Públicos.

ABSTRACT

Study the competence jus labor *in* the light of the new constitutional Brazil. Analyzes to developing methods to solve the conflict, emphasizing the characters relating to the General Jurisdiction and Powers. It is the concept of the employment relationship to their necessary distinction compared to the ratio of employment. It is the understanding of the legal situations involving functional issues between servers and statutory power as public relations of work. It is the development of the competence of Justice Labour, from the writing of the original constitutional text to the changes made by the Constitutional Amendment

45/2004. Questions are the current understanding of the Federal Supreme Court regarding the matter, propugnando, to the end, the adoption of new guidance doctrinaire to enlarge the sphere of Judicial competencial labor.

Keywords: Jurisdiction. Jurisdiction. List of Work. Public Servers.

Introdução

O estudo da competência constitui-se em temática da maior relevância em qualquer ordenamento jurídico que se queira tomar como exemplo, devendo-se tal fator à circunstância de que referido assunto encontra-se impregnado de questões práticas, que certamente terão como consequência a modificação de situações concretas vivenciadas pelos atores da vida social.

E esta importância multiplica-se enormemente quando se está diante de algo novo, ou seja, de uma nova atribuição constitucionalmente deferida, da qual deverão ser formuladas outras interpretações e resolvidos os eventuais conflitos surgidos, tudo no intuito de se conceder uma mais perfeita possível prestação jurisdicional.

Inicia-se o estudo tecendo alguns rápidos comentários a respeito da evolução dos métodos de solução dos litígios, onde se falará a respeito da autotutela e da autocomposição, chegando-se, finalmente, à atual jurisdição. Após, serão explicitadas noções gerais ligadas tanto à jurisdição quanto à competência, discutindo-se seus conceitos, características e princípios intimamente ligados a sua configuração intrínseca.

Indo adiante, chega-se ao momento reservado a questões estritamente de direito material, substancial. Aí se desenvolverá o assunto com o que o meio jurídico especializado entende por relação de trabalho e seus mais destacados caracteres, devendo ser feita, ademais, a necessária diferenciação entre o instituto citado e a relação de emprego, eis que esta última ocupou e ainda ocupa o lugar de maior destaque no que tange ao ramo juslaboralista.

Com a evolução dos tempos e as modificações legislativas daí decorrentes, que acabam redundando em novas interpretações do direito, demonstrar-se-á o progresso da mais moderna doutrina trabalhista no sentido de caracterizar as relações funcionais envolvendo servidores públicos estatutários e o Poder Público como típicas relações de trabalho.

Finalmente, a pesquisa será concluída com o estudo de nova competência atribuída à Justiça do Trabalho pelo constituinte reformador, realizando-se breve esboço histórico, partindo desde a redação original da Constituição da República, até a nova e atual configuração do dispositivo regulamentador da questão discutida, passando, obrigatoriamente,

te, pela explicitação do entendimento da mais alta corte do nosso país, qual seja, o Supremo Tribunal Federal.

Por derradeiro, defende-se a tese central do trabalho, que gira em torno de uma análise mais lógica e atual da competência material originária trabalhista e do que se deve realmente levar em consideração quando se estiver diante da expressão relação de trabalho.

1 Jurisdição e competência: considerações gerais

Neste primeiro momento, apresentamos uma breve análise referente à Jurisdição e à Competência, onde se discorre acerca da evolução dos meios de solução de litígios, estudando desde a autotutela até o momento em que o Estado passou a resolver os conflitos interpessoais através da atuação concreta de seu poder, após o que serão explicitados os caracteres gerais relativos aos institutos supra mencionados.

1.1 Da autotutela à solução dos conflitos pelo estado

No início, quando o homem mais se aproximava dos seres irracionais, em caso de ocorrência de algum conflito intersubjetivo de interesses, sempre prevalecia a vontade do mais forte, ou seja, daquele que possuísse maiores aptidões físicas para impor seu interesse contra o do outro contendor.

Nessa fase da história da humanidade, a existência de legislações quase não era detectada e não se encontrava um poder soberano e independente que se sobrepusesse à vontade dos particulares, diante do que eram as próprias pessoas envolvidas no conflito que tinham de resolvê-lo às suas maneiras. Tal modo de solução das problemáticas sociais é denominado de autotutela.

A esse respeito, lúcidas são as palavras de Marinoni; Arenhart:

Antigamente, quando o Estado ainda não tinha poder suficiente para ditar normas jurídicas e fazer observá-las, aquele que tinha um interesse e queria vê-lo realizado fazia, através da força, com que aquele que ao seu interesse resistisse acabasse observando-o. Na verdade, realizava o seu interesse aquele que tivesse força ou poder para tanto, prevalecendo a denominada "justiça do mais forte sobre o mais fraco."¹

Indo plenamente de acordo com o exposto, não menos importantes são os ensinamentos de Leite:

A *autodefesa* (ou *autotutela*), que é o método mais primitivo de solução dos conflitos, pressupõe um ato de defesa pessoal em que, com ou sem formas processu-

¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5.ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p.31.

ais, uma das partes do litígio impõe a outra um sacrifício por esta não consentido.

Note-se que aqui não há a figura de um terceiro para solucionar o litígio, e sim a imposição da decisão por uma das partes, geralmente a mais forte, do ponto de vista físico, econômico, político ou social.

É, pois, um método de *solução direta*, mediante imposição do interesse do mais forte sobre o mais fraco.²

Com o passar dos tempos e o evoluir da civilização, o homem passou a editar normas de conduta tendentes a dar maior estabilidade no que tange às relações interpessoais, sendo que estas acabaram por proibir a realização da justiça pelas próprias mãos, situação que, na ampla maioria das vezes, causava lesão ao direito do seu verdadeiro detentor.

Ocorre, todavia, que nesta fase histórica, ainda não se constatava a existência de um organismo estrutural que possuísse poder suficiente para se situar acima dos indivíduos e substituir-lhes quando da solução de controvérsias.

Diante desta situação e com a finalidade de corrigir os equívocos constatados no período anterior, surgiu a autocomposição, entendida como "uma técnica em que os litigantes, de comum acordo e sem emprego da força, fazem-se concessões recíprocas mediante ajuste de vontades."³

Tendo em vista a grande quantidade de informações a respeito deste tema, transcreve-se trecho da obra de Alvim:

Este meio de resolução dos conflitos teria convivido com a autodefesa, mas representa uma forma mais evoluída do que esta.

Este termo, *autocomposição*, deve-se a Carnelutti, que, ao tratar dos *equivalentes jurisdicionais*, aí a incluiu. É integrado, também, do prefixo *auto* (próprio) e do substantivo *composição*, que, na linguagem carnelutiana, equivale a *solução*, *resolução* ou *decisão do litígio por obra dos próprios litigantes*.

A autocomposição, ao contrário da autodefesa, aparece como uma expressão altruísta, pois traduz atitudes de renúncia ou reconhecimento a favor do adversário. "A" desiste de reclamar o pagamento de seu crédito, ou "B" acede em satisfazer a dívida.⁴

Caminhando um pouco mais em direção aos tempos modernos, percebe-se que o poder estatal vai fortalecendo-se mais e mais a cada momento.

Assim, chega o dia em que a autocomposição, entendida como forma espontânea e privada de solução dos conflitos, é substituída

² LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 4.ed. São Paulo: LTr, 2006, p.96-7.

³ LEITE, 2006, p.97.

⁴ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.15.

pela heterocomposição, possuindo esta, como características essenciais, o fato de ser pública e, conseqüentemente, impor-se de forma obrigatória, substituindo a atividade dos agentes integrantes do conflito de interesses.

É a tão hoje conhecida Jurisdição.

Impondo-se a proibição da autotutela, ou da realização das pretensões segundo o próprio poder do particular interessado, surge o poder de o Estado dizer aquele que tem razão em face do caso conflitivo concreto, ou o poder de dizer o direito, conhecido como *iuris dictio*.

O Estado, ao proibir a autotutela, assume o monopólio da jurisdição. Como conseqüência, ou seja, diante da proibição da autotutela, ofertou-se àquele que não podia mais realizar o seu interesse através da própria força o direito de recorrer à justiça, ou o direito de ação.⁵

1.2 Caracteres gerais acerca da jurisdição

A Jurisdição pode ser conceituada como a função "do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça" ⁶, sendo que "no exercício deste mister, não atua espontaneamente, devendo, ao contrário, ser provocado (*ne procedat iudex ex officio*)."⁷

Analisando detidamente esta definição, pode-se dela extrair as características mais importantes relativas ao instituto estudado, dentre as quais destacam-se: a publicidade, a substitutividade, a imparcialidade e a inércia. Além dessas, podem ser citadas ainda a existência de lide e a unidade. Analisemos cada uma delas.

Primeiramente, o que aqui se chama de publicidade deve ser entendido como o monopólio do exercício do poder jurisdicional por parte do Estado, mas não necessariamente pelo Judiciário. Desse modo, a concretização da jurisdição somente pode-se dar através da atuação do organismo estatal, que utiliza seu poder com a finalidade de solucionar litígios.

Seguindo adiante, tem-se a substitutividade, a respeito da qual ensina Didier Júnior:

É característica proposta por CHIOVENDA. Consiste na circunstância de o Estado, ao apreciar o pedido, substituir a vontade das partes, aplicando ao caso concreto a "vontade" da norma jurídica. Em verdade, trata-se do verdadeiro critério diferencial dessa função estatal.

⁵ MARINONI; ARENHART, 2006, p.31.

⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do processo**. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.131.

⁷ ALVIM, 2006, p.55.

Na atividade jurisdicional, o interesse realizado pelo Estado-juiz não é o seu, mas sim de outros sujeitos. Na jurisdição, o órgão judicial não formula juízo sobre a própria atividade, mas sobre atividade alheia.⁸

A imparcialidade deve ser entendida como a atitude do juiz de se manter equidistante das partes contendoras, não tomando posições demasiadamente pessoais e não se deixando influenciar por circunstâncias externas ao fato objeto de análise. Ou seja, o julgador deve ater-se aos elementos fáticos e aplicar o direito sem atitudes de preferência em relação a quaisquer das partes (neutralidade).

Ocorre, todavia, que

Não se pode confundir *neutralidade* com *imparcialidade*. O mito da neutralidade funda-se: na possibilidade de o juiz ser desprovido de vontade inconsciente; predominar no processo o interesse das partes e não o interesse geral da administração de justiça; que o juiz nada tem a ver com o resultado da instrução. Ninguém é neutro, porque todos têm medos, traumas, preferências, experiências etc. [...] O juiz não deve, porém, ter interesse no litígio, bem como deve tratar as partes com igualdade: isso é ser imparcial.⁹

Já a inércia é entendida como a atitude do Estado-juiz de somente intervir nos conflitos sociais existentes quando devidamente provocado, ou seja, não cabe ao Poder Judiciário, em regra, ao tomar conhecimento de uma lide, chamar imediatamente a si a responsabilidade de resolver a controvérsia, independentemente de qualquer manifestação das pessoas integrantes da relação litigiosa.

Lide consiste no "conflito de interesses qualificado pela pretensão de um e pela resistência do outro interessado."¹⁰

A existência da lide é uma característica constante na atividade jurisdicional, quando se trata de pretensões insatisfeitas que poderiam ter sido satisfeitas pelo obrigado. Afinal, é a existência de conflito de interesses que leva o interessado a dirigir-se ao juiz e a pedir-lhe uma solução; e é precisamente a contraposição dos interesses em conflito que exige a substituição dos sujeitos em conflito pelo Estado.¹¹

Por fim, a função estatal relativa à aplicação do direito ao caso concreto é uma (característica da unidade). Isso quer significar que sendo a atividade jurisdicional decorrência direta do poder soberano estatal e

⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Direito processual civil**: Tutela jurisdicional individual e coletiva. 5.ed. Salvador: JusPODIVUM, 2005, p. 75.

⁹ DIDIER JÚNIOR, 2005, p.75-6.

¹⁰ MARINONI, 2006, p.35.

¹¹ CINTRA, 2001, p.134.

existindo apenas uma soberania dentro de determinado território, sendo esta, portanto, uma, outra consequência não pode ser extraída senão a de que a jurisdição também o é.

1.3 Caracteres gerais acerca da competência

No que se refere à competência, analisando detidamente a doutrina, principalmente a obra de Pizzol¹², percebe-se a existência de diversos conceitos, dentre os quais se destacam:

- a) competência como "medida de poder ou quantidade de jurisdição que se atribui a cada órgão";
- b) competência como "o próprio poder";
- c) competência como "regra de distribuição de atribuições ou de serviço".

Tendo em vista a finalidade do presente artigo, levar-se-á em consideração com mais ênfase as concepções das alíneas "a" e "c", eis que mais se coadunam com a noção de competência como a parcela de causas abstratamente consideradas e que são confiadas a determinado juízo.

Desse modo, "tradicionalmente, diz-se que *competência* é a *medida da jurisdição* de cada órgão judicial. [...] É, pois, do exame dessa medida da jurisdição que se saberá qual o órgão judicial competente para julgar determinada causa."¹³

Apenas para não deixar qualquer sombra de dúvida, veja-se o que afirma Didier:

Por questão de conveniência, especializam-se setores da função jurisdicional.

Distribuem-se as causas pelos vários órgãos jurisdicionais, conforme as suas atribuições, que têm seus limites definidos em lei. Limites que lhes permitem o exercício da jurisdição. A jurisdição é una, porquanto manifestação do poder estatal. Entretanto, para que mais bem seja administrada, há de ser feita por diversos órgãos distintos.

A competência é exatamente o resultado de critérios para distribuir entre vários órgãos as atribuições relativas ao desempenho da jurisdição. A competência é o poder de exercer a jurisdição nos limites estabelecidos por lei. É o âmbito dentro do qual o juiz pode exercer a jurisdição.¹⁴

Vistas estas noções referentes ao que seja competência, passemos agora a uma rápida exposição dos princípios aplicáveis ao instituto, entre os quais podem ser citados o princípio do juiz natural, o da perpetuação

¹² PIZZOL, Patrícia Miranda. **A Competência no processo civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p.121-2.

¹³ LEITE, 2006, p.158.

¹⁴ DIDIER JUNIOR, 2005, p.97

da jurisdição, o da competência sobre a competência, o princípio da tipicidade e o princípio da indisponibilidade da competência.

O princípio do juiz natural, talvez o mais importante entre todos os elencados, traduz a idéia de que "em toda estrutura jurisdicional concebida, haverá um - e apenas um - órgão jurisdicional competente para examinar cada uma das causas existentes." ¹⁵

Além disso, "por essa garantia, exige-se que a determinação desse órgão competente se dê por critérios abstratos e previamente estabelecidos, repugnando ao direito nacional a instituição de juízos de exceção." ¹⁶

Ainda sobre a noção de juiz natural, transcreve-se trecho de uma das obras mais importantes no país referente ao tema:

A garantia do juiz natural é tridimensional. Significa que 1) não haverá juízo ou tribunal *ad hoc*, isto é, tribunal de exceção; 2) todos têm o direito de submeter-se a julgamento (civil ou penal) por juiz competente, pré-constituído na forma da lei; 3) o juiz competente tem de ser imparcial.¹⁷

Seguindo adiante e levando em consideração a idéia explicitada no parágrafo anterior, é de conhecimento geral no mundo jurídico que, quando o operador do direito se dispõe a propor determinada demanda, ele deverá fazê-lo perante o órgão do Poder Judiciário prévia e abstratamente definido em lei como possuidor de atribuição para seu processo e julgamento.

Ao assim proceder, será definida *in concreto* a competência para o feito, sendo que esta permanecerá a mesma até o momento derradeiro do curso procedimental. Ou seja, sua fixação dar-se-á no momento inicial de propositura da causa, devendo permanecer inalterada até a conclusão da atividade julgadora, mesmo que haja eventual modificação da legislação pertinente.

A isso se dá o nome de *perpetuatio jurisdictionis*, ou princípio da perpetuação da jurisdição.

O terceiro princípio citado é o da competência sobre a competência, que pode ser entendido pela simples noção de que é a autoridade judiciária que possui a atribuição de manifestar-se acerca de sua própria competência.

Por fim, os princípios da tipicidade e da indisponibilidade da jurisdição, de acordo com os quais, respectivamente, a Lei Maior de determinado Estado deverá prever expressamente as competências dos órgãos judiciários definidos na mesma, e que estas não poderão ser abdicadas em relação a outra instituição sem a necessária autorização constitucional, ou seja, não estão na sua esfera de disponibilidade.

¹⁵ MARINONI; ARENHART, 2006, p.47.

¹⁶ MARINONI; ARENHART, 2006, p.47.

¹⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8.ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p.97-98.

Adverte, contudo, Didier que "no entanto, o STF admite que se reconheça a existência de competências implícitas: quando não houver regra expressa, algum órgão jurisdicional haverá de ter competência para apreciar a questão."¹⁸

2 Relação de trabalho

A partir de agora e diferentemente do capítulo anterior, daremos maior ênfase a questões relacionadas ao direito material e não ao processo em si. Explicitar-se-á, em um primeiro momento, noções gerais acerca da relação de trabalho, realizando-se, após, a necessária distinção entre esta e a relação de emprego. Posteriormente, será demonstrado que o vínculo existente entre os servidores públicos estatutários e o ente público possui a natureza jurídica de relação de trabalho.

2.1 Noções acerca da relação de trabalho

Diante da natureza essencialmente social do ser humano, com a consequência de este não poder viver isolado no mundo, percebe-se a necessidade de ele se conjugar aos seus semelhantes com o intuito de melhor desenvolver suas atividades cotidianas. E entre tais atividades não pode ser esquecida aquela relacionada ao trabalho, que é de onde o homem ordinariamente retira seu sustento e ajuda no progresso de seu meio social.

A referência à conjugação das pessoas para a constituição do trabalho é importante em virtude de tal instituto, como a quase totalidade do que é regulado pelo direito, basear-se em uma relação jurídica.

Mas o que vem a ser uma relação jurídica? É toda e qualquer ligação de fato existente entre dois ou mais sujeitos, onde estes interagem com o intuito de criação, modificação ou extinção de direitos, possuindo, portanto, importância perante o ordenamento jurídico estatal.

No que tange à pesquisa ora desenvolvida, focada essencialmente em questões trabalhistas, interessa analisar apenas uma das facetas dessas relações humanas com relevância para o direito, qual seja: a relação de trabalho.

Relações de trabalho seriam, portanto, "todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano. Refere-se, pois, a toda modalidade de contratação de trabalho humano modernamente admissível."¹⁹

Complementando o exposto, Leite diz o seguinte:

Relação de trabalho é aquela que diz respeito, repi-se-se, a toda e qualquer atividade humana em que haja

¹⁸ DIDIER JUNIOR, 2005, p.98.

¹⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 5.ed. São Paulo: LTr, 2006. p.285.

prestação de trabalho, como a relação de trabalho: autônomo, eventual, de empreitada, avulso, cooperado, doméstico, de representação comercial, temporário, sob a forma de estágio etc. Há, pois, relação de trabalho pela presença de três elementos: o prestador do serviço, o trabalho (subordinado ou não) e o *tomador* do serviço.²⁰

Como se percebe das definições transcritas, a idéia que se tem de relação de trabalho é a de que se trata de algo bastante amplo, podendo vir a englobar toda uma variada gama de situações nas quais uma pessoa disponha de sua força de trabalho com o intuito de cooperar com a atividade econômica (ou outros tipos de atividades) de outrem.

Ocorre, todavia, que o Direito do Trabalho no Brasil centrou-se basicamente, durante longo período de tempo, em um conceito um pouco diferenciado deste trazido a lume, ou seja, o de relação de emprego, situação esta que tem se modificado amplamente nos últimos anos, com a ampliação do âmbito de abrangência da disciplina em questão.

Tal hegemonia da relação de emprego no Direito do Trabalho é exemplarmente exposta por Delgado:

A relação de emprego tem a particularidade de também constituir-se, do ponto de vista econômico-social, na modalidade mais relevante de pactuação de prestação de trabalho existente nos últimos duzentos anos, desde a instauração do sistema econômico contemporâneo, o capitalismo. Essa relevância sócio-econômica e a singularidade de sua dinâmica jurídica conduziram a que se estruturasse em torno da relação de emprego um dos segmentos mais significativos do universo jurídico atual - o Direito do Trabalho.

Passados duzentos anos do início de sua dominância no contexto socioeconômico do mundo ocidental, pode-se afirmar que a relação empregatícia tornou-se a mais importante relação de trabalho existente no período, quer sob a ótica econômico-social, quer sob a ótica jurídica.²¹

Com o propósito de dar uma melhor visão acerca deste tema, vejamos a caracterização do que seja relação de emprego e a diferenciação entre os dois institutos citados.

2.2 Diferenciação entre relação de trabalho e relação de emprego

Já feita anteriormente a conceituação do que seja relação de trabalho, passa-se neste instante à demonstração do que é entendido como relação de emprego.

²⁰ LEITE, 2006, p.176.

²¹ DELGADO, 2006, p.286.

A relação empregatícia, enquanto fenômeno sóciojurídico, resulta da síntese de um diversificado conjunto de fatores (ou elementos) reunidos em um dado contexto social ou interpessoal. Desse modo, o fenômeno sóciojurídico da relação de emprego deriva da conjugação de certos elementos inarredáveis (*elementos fático-jurídicos*), sem os quais não se configura a mencionada relação.

Os elementos fático-jurídicos componentes da relação de emprego são cinco: a) prestação de trabalho por *pessoa física* a um tomador qualquer; b) prestação efetuada com *personalidade* pelo trabalhador; c) também efetuada com *não-eventualidade*; d) efetuada ainda sob *subordinação* ao tomador dos serviços; e) prestação de trabalho efetuada com *onerosidade*.

A CLT aponta esses elementos em dois preceitos combinados. No *caput* de seu art. 3º: "Considera-se empregado toda pessoa física que prestar *serviço de natureza não eventual* a empregador, *sob a dependência deste e mediante salário*." ²²

Antes de se adentrar especificamente na diferenciação entre relação de trabalho e relação de emprego, não se afigura despropositado comprovar que a melhor doutrina dá grande importância à distinção em referência.

Diz Leite: "É de fundamental relevância para a ciência jurídica laboral estabelecer-se a diferença entre relação de trabalho e relação de emprego". Para logo após concluir: "Para nós, a leitura atenta do art. 7º, I, XXIX, XXXIV e parágrafo único, CF, autoriza dizer que o nosso ordenamento jurídico optou por fazer a distinção entre *relação de emprego* e *relação de trabalho*." ²³

A partir dos dados já explicitados, agora se pode passar ao momento da necessária diferenciação.

O principal ponto a ser notado é o de que a relação de trabalho constitui-se em gênero, do qual a relação de emprego é espécie. Isso se deve à maior amplitude do primeiro conceito em relação ao segundo.

Sobre isso, afirma Delgado que

a expressão relação de trabalho englobaria, desse modo, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor (como trabalho de estágio, etc.). Traduz, portanto, o gênero a que se acomodam todas as formas de pactuação de prestação de trabalho existentes no mundo jurídico atual.

A relação de emprego, entretanto, é, do ponto de vista técnico-jurídico, apenas uma das modalidades específicas de relação de trabalho juridicamente confi-

²² DELGADO, 2006, p.289-90.

²³ LEITE, 2006, p.175.

guradas. Corresponde a um tipo legal próprio e específico, inconfundível com as demais modalidades de relação de trabalho ora vigorantes.²⁴

Outra diferença a que deve ser dada bastante importância é a de que a relação de emprego deve possuir necessariamente a nota da subordinação, enquanto a *relação de trabalho*, em geral (quando não configurada como sua espécie relação de emprego), não a terá.

Melhor explicando: sempre que se estiver diante de uma situação na qual o trabalhador deva obediência às ordens do patrão, devendo cumprir rigorosamente o que este determina, força é concluir que se trata de uma relação de emprego. Ao contrário, quando o prestador do serviço dispuser de certa dose de liberdade de atuação perante o seu superior hierárquico, podendo tomar decisões próprias, estar-se-á perante as outras espécies que configuram apenas relações de trabalho.

Vistas tais noções teóricas, passa-se à demonstração de que o vínculo jurídico que liga os servidores públicos estatutários e o ente público utilizador de sua força laboral constitui-se como relação de trabalho.

2.3 O vínculo entre o servidor estatutário e o ente público como relação de trabalho

Tendo em vista as noções anteriormente expostas acerca do que entende a doutrina seja relação de trabalho, no sentido de dar uma idéia bastante ampla deste conceito, de modo a englobar uma gigantesca quantidade de vínculos relativos à prestação de serviços, é chegado o momento de se averiguar se a relação jurídica mantida entre os servidores públicos regidos pelo regime estatutário e o ente público beneficiário das respectivas prestações pode ser enquadrada como relação de trabalho.

Primeiramente, lembrando, relação de trabalho é entendida como toda e qualquer ligação de fato entre um sujeito que disponibiliza sua força laboral e aquele que se utiliza deste fator produtivo, tendo por finalidade, em regra, a exploração de atividade titularizada por este último, possuindo grande relevância para o Direito. Portanto, vê-se que esta definição é caracterizada por uma grande abrangência.

Ou, como já transcrito em momento anterior deste trabalho, é "toda e qualquer atividade humana em que haja prestação de trabalho."²⁵

Passando agora à caracterização do laço jurídico formado entre o servidor estatutário e o ente público, tem-se que o objeto principal do mesmo é a utilização da força de trabalho do primeiro pelo segundo, ou seja, a instituição estatal em análise se utiliza dos serviços prestados por uma pessoa natural com o objetivo de cumprir com seus objetivos legais.

²⁴ DELGADO, 2006, p.285-6.

²⁵ LEITE, 2006, p.176.

Desse modo, não resta outra conclusão a ser tomada senão no sentido de que a ligação existente entre o servidor público estatutário e a entidade estatal possui a natureza de relação de trabalho.

Eis a justificativa para tal conclusão: o que se entende por relação de trabalho visa à prestação de serviços, meta esta que também impulsiona a situação jurídica mantida com o Estado.

Assim, tomando de empréstimo a estrutura da lógica, sendo a relação de trabalho a premissa maior, na qual se encontram todas as situações onde haja prestação de serviço, e estando a relação entre o estatutário e o Estado impregnada por tal atividade laboral (configurando-se, ademais, como premissa menor), conclui-se que o vínculo entre a pessoa natural definida como servidor público estatutário e o ente público enquadra-se perfeitamente como relação de trabalho.

A confirmar o posicionamento adotado, Pamplona Filho, discorrendo sobre questões relativas ao direito processual (e que serão adiante discutidas), toca no assunto de serem os vínculos envolvendo o estatutário e o ente público caracterizados como relação de trabalho, no que afirma: "Mas elas não são relações de trabalho? Claro que são!"²⁶

Finalizada esta exposição, avançar-se-á à temática derradeira do presente estudo, a qual versará sobre a questão específica de pertencer ou não à Justiça do Trabalho a competência para o processo e julgamento de casos concretos envolvendo relações firmadas entre estatutários e o ente público respectivo.

3 Interpretação do novo artigo 114, inciso "I", da Constituição Federal, no que tange às causas envolvendo servidores públicos estatutários

Finalmente, chega-se ao momento culminante da pesquisa, onde serão abordadas várias questões envolvendo a competência da Justiça do Trabalho. Primeiramente, realiza-se um esboço histórico acerca da competência material originária deste setor especializado do Poder Judiciário, expondo-se o entendimento doutrinário e jurisprudencial desde antes da Emenda Constitucional n.º. 45/2004 até os dias atuais.

Adiante, vê-se a orientação do Supremo Tribunal Federal acerca do assunto, com os conseqüentes efeitos daí decorrentes, para, logo em seguida, passar à defesa de nova tese jurídica no que tange à definição da competência da Justiça do Trabalho para o julgamento de causas ligadas à relação entre os estatutários e um ente público qualquer.

²⁶ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. A nova competência da Justiça do Trabalho. Uma contribuição para a compreensão dos limites do novo art. 114 da Constituição Federal de 1988. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 867, 17 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7599>>. Acesso em: 25 ago. 2006, p.9.

3.1 Desenvolvimento histórico do assunto

Tendo em vista um melhor entendimento da temática objeto de análise, necessário se faz o estudo dos antecedentes históricos relativos à competência da Justiça laboral, até chegar-se aos dias atuais.

A Constituição Federal de 1988, em sua redação original, dispunha a respeito da competência da Justiça do Trabalho em seu artigo 114, *caput*, o qual possuía a seguinte redação:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas.

Interpretando o dispositivo supra transcrito, principalmente a sua primeira parte, que tratava da chamada competência material original, tanto a doutrina quanto a jurisprudência pátrias firmaram entendimento de que as causas em regra atribuídas à Justiça do Trabalho eram aquelas referentes apenas à relação de emprego. Qualquer outra relação laboral que não contivesse o caráter da subordinação somente seria apreciada por este ramo do Judiciário em casos excepcionais.

O fundamento de tal modo de pensar é o seguinte: ao falar em "dissídios [...] entre trabalhadores e empregadores", a regra jurídica preocupou-se com apenas uma especial modalidade de relação de trabalho, qual seja, a relação de emprego, eis que o termo em destaque somente vem a se referir ao tomador de serviços que detém certa dose de poder sobre a atividade do seu subordinado, podendo dar ordens e determinar os mais variados aspectos do labor deste último.

A confirmar o até aqui exposto, traz-se à colação as palavras de Pamplona Filho:

A competência material natural, também conhecida como originária ou específica, nada mais era do que a atribuição da Justiça do Trabalho para conhecer e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores.

Ante a inviabilidade de se falar em empregador como um dos pólos de uma relação jurídica sem que no outro pólo o sujeito que se apresenta seja o empregado, interpretava-se por 'trabalhador' a figura do empregado.

Assim, de acordo com essa regra da competência material natural, era a Justiça do Trabalho o ramo do Poder Judiciário competente para decidir todas as questões entre empregados e empregadores, os quais se acham envolvidos, a esse título [...], numa relação jurídica de emprego.

Ou seja, o que importava era a qualificação jurídica de "empregado" e "empregador" para se delimitar a competência.²⁷

Diante desta lição, onde as relações de trabalho que não estivessem impregnadas pela subordinação, ou seja, que não fossem relação de emprego, não seriam em regra atribuídas à Justiça laboral, não resta outra conclusão a ser tomada senão a de que era terminantemente proibido a este ramo do Judiciário o julgamento de causas envolvendo servidores regidos pelo regime administrativo e uma entidade política.

Tendo como base essa redação anterior à EC 45/2004, a jurisprudência e a doutrina pátria firmaram o entendimento de que não cabe à Justiça do Trabalho julgar causas relativas a servidores públicos, vale dizer, causas em que figurem como partes pessoa jurídica de direito público e seus servidores com vínculo estatutário, que se regem não pela Consolidação das Leis do Trabalho, mas sim por legislação própria. Assim, se o servidor fosse federal, competente seria a Justiça Federal; se estadual ou municipal, a ação caberia às Justiças Estaduais.²⁸

Diante destes dados, podemos tirar a seguinte conclusão: antes das modificações empreendidas pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, a competência da Justiça do Trabalho englobava toda e qualquer relação de emprego (situações inseridas no art. 3º da CLT), e apenas umas poucas relações de trabalho, quando houvesse expressa previsão legal para isso. Tendo em vista a ausência de norma explícita no que tange à relação envolvendo servidores regidos por legislação própria e entes de direito público, a atribuição para esta análise caía na alçada da Justiça Comum, Federal ou Estadual.

Na verdade, não se deve levar ao pé da letra tal afirmação de que inexistia norma regulamentadora do assunto. A situação real era a de que o Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União (Lei n.º 8112/90) continha preceito que atribuía à Justiça do Trabalho as causas envolvendo as pessoas regidas por ele e os respectivos entes públicos, sendo o mesmo, contudo, de pronto julgado inconstitucional pela Colenda Corte brasileira.

Oliveira fornece consideráveis subsídios doutrinários tendentes a uma melhor compreensão deste momento histórico:

Aliás, com a definição de um regime jurídico único para os servidores públicos, desde 1988 de discutia se as relações trabalhistas firmadas sob regime administra-

²⁷ PAMPLONA FILHO, 2005, p.3.

²⁸ LOPES, Anselmo Henrique Cordeiro; BEZERRA, Marcelo Lauande. **Temas atuais de jurisprudência**. Campinas: LZN, 2005, p. 5-6.

tivo não seriam da competência da Justiça do Trabalho, o que acabou sendo expressamente consignado no Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, em 1990, em norma depois declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quando definiu que o anterior artigo 114 da Constituição apenas contemplava relações de emprego e não relações de trabalho, pela que as discussões administrativas envolvendo os servidores públicos não seriam da competência da Justiça do Trabalho.²⁹

O dispositivo legal em comento era o artigo 240, alínea "e", da Lei nº. 8112/90, que possuía a seguinte redação:

Art. 240. Ao servidor público civil é assegurado, nos termos da Constituição Federal, o direito à livre associação sindical e os seguintes direitos, entre outros, dela decorrentes:

[...]

e) de ajuizamento, individual e coletivo, frente à Justiça do Trabalho, nos termos da Constituição Federal.

Para melhor ilustrar os acontecimentos, traz-se à luz trecho do voto condutor do eminente Ministro Celso de Mello, proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 492-1/DF:

De outro lado, Senhor Presidente, tenho para mim que as relações jurídico-estatutárias não se submetem, nas controvérsias delas resultantes, à jurisdição especial dos órgãos da Justiça do Trabalho, aos quais compete processar e julgar, dentre outras hipóteses, os dissídios individuais que antagonizem o Estado-empregador e os agentes que, com ele, mantenham vínculos de natureza estritamente contratual.

[...]

Refoge, pois, Senhor Presidente, à competência constitucional da Justiça do Trabalho a apreciação jurisdicional de causas que, não obstante concretizando e exteriorizando conflitos individuais, sejam instauradas entre o Poder Público e os seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo.

Disso resulta a impossibilidade jurídica de o legislador dispor, em sede meramente infraconstitucional, sobre matéria que reclama tratamento normativo a ser dispensado em nível necessariamente constitucional.³⁰

²⁹ OLIVEIRA, Alexandre Nery de. A reforma do Judiciário e a alteração competencial da Justiça do Trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 681, 17 maio 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6733>>. Acesso em: 25 ago. 2006, p.2-3.

³⁰ STF, ADI nº. 492-1/DF, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, 12 de novembro de 1992.

Desse modo, tomando como fundamento o acima exposto, o STF declarou inconstitucional, como já dito, o dispositivo em referência, assentando a tese de que competiria única e exclusivamente à Justiça Comum o julgamento de questões envolvendo servidores estatutários e o Poder Público, orientação esta seguida pela unanimidade dos Tribunais do país.

Passada mais de uma década da data em que fora proferida a decisão citada, promulgou-se, em 31 de dezembro de 2004, a Emenda Constitucional nº. 45, veiculadora da chamada Reforma do Judiciário, que acabou por ampliar a competência da Justiça do Trabalho por meio de nova redação dada ao artigo 114 da Carta Magna.

No que respeita à nova roupagem do dispositivo em tela, interessa a este estudo apenas a referência a seu *caput* e inciso I, diante do que os transcrevemos agora:

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;

Ocorre, todavia, que esta nova regra envolve grande controvérsia referente ao processo legislativo, qual seja: quando de sua tramitação perante a Câmara dos Deputados, a Proposta de Emenda Constitucional nº. 96/1992 fora aprovada com redação idêntica à constante do atual artigo 114 do texto constitucional. Enviada para o Senado Federal, onde tomou o nº. 29/2000, fora acrescentada ressalva no que tange à possibilidade de julgamento de causas envolvendo servidores públicos estatutários e pessoas jurídicas de direito público, a qual tinha a seguinte redação: "exceto os servidores ocupantes de cargos criados por lei, de provimento efetivo ou em comissão, incluídas as autarquias e fundações públicas dos referidos entes da federação".

Mas quando da promulgação da respectiva emenda, fora suprimida a exceção citada, situação esta que gerou grandes controvérsias em relação à correta interpretação da norma.

3.2 Posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal

No que tange à nova redação do artigo 114, inciso I, da CF, como dito linhas atrás, muitas discussões surgiram ao seu redor, sendo as mesmas travadas entre aqueles que consideram não ter havido qualquer mudança de interpretação, pregando a impossibilidade de causas envolvendo estatutários serem julgadas pela Justiça do Trabalho, e outros que propugnam por um pensamento diametralmente oposto, onde o Judiciário laboral possuiria atribuição para a análise de tais questões.

Diante desta situação conflituosa, que poderia vir a ter como consequência uma série de problemas envolvendo casos concretos, geran-

do, ao fim, transtornos principalmente para o usuário da prestação jurisdicional, o Supremo Tribunal Federal foi chamado a resolver referida celeuma.

A situação deu-se da seguinte maneira: em virtude da interpretação dada a esta norma antes da promulgação da Emenda Constitucional nº. 45/2004 ser na direção de que os casos concretos que versassem sobre estatutários e pessoas jurídicas de direito público seriam da alçada da Justiça Comum, e tendo em vista que a mudança de orientação faria com que todos os processos já instaurados fossem remetidos a outro(s) órgão(s) do Poder Judiciário, a Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade perante a Corte Suprema brasileira com o propósito de ser dado um fim ao conflito.

Esta entidade associativa alegou como fundamento principal de sua ação o problema relativo ao processo legislativo já comentado anteriormente. Aduziu, ademais, que o conceito de relação de trabalho é eivado de grande imprecisão, circunstância esta que poderia redundar em problemas.

E o então presidente do STF, quando do julgamento de medida liminar na citada ADI nº. 3395/DF, proferiu decisão no sentido de que a competência para solucionar todas as situações ligadas a relações de trabalho envolvendo, de um lado, servidores públicos estatutários, e, de outro, o Poder Público, continuaria a pertencer à Justiça Comum, seja Federal ou Estadual.

Diante da importância do decisório, transcreve-se seu inteiro teor:

3. DECISÃO. A CF, em sua redação dispunha: "Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas". O SUPREMO, quando dessa redação, declarou a inconstitucionalidade de dispositivo da L. 8.112/90, pois entendeu que a expressão "relação de trabalho" não autorizava a inclusão, na competência da Justiça trabalhista, dos litígios relativos aos servidores públicos. Para estes o regime é o "estatutário e não o contratual trabalhista" (CELSO DE MELLO, ADI 492). Naquela ADI, disse mais Carlos Velloso (Relator): "(...) Não com referência aos servidores de vínculo estatutário regular ou administrativo especial, porque o art. 114, ora comentado, apenas diz respeito aos dissídios pertinentes a trabalhadores, isto é, ao pessoal regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, hipótese que, certamente, não é a presente (...)". O SF, quando após o acréscimo referido acima e não objeto de inclusão no texto promulgado, meramente explicitou, na linha do decidido na ADI 492, o que já se

continha na expressão "relação de trabalho", constante da parte inicial do texto promulgado. A REQUERENTE, porque o texto promulgado não contém o acréscimo do SF, sustenta a inconstitucionalidade formal. Entendo não ser o caso. A não inclusão do enunciado acrescido pelo SF em nada altera a proposição jurídica contida na regra. Mesmo que se entendesse a ocorrência de inconstitucionalidade formal, remanesceria vigente a redação do *caput* do art. 114, na parte que atribui à Justiça trabalhista a competência para as relações de trabalho não incluídas as relações de direito administrativo. Sem entrar na questão da duplicidade de entendimentos levantada, insisto no fato de que o acréscimo não implica alteração de sentido da regra. A este respeito o SUPREMO tem precedente. Destaco do voto por mim proferido no julgamento da ADI 4, da qual fui relator: "O retorno do projeto emendado à Casa iniciadora não decorre do fato de ter sido simplesmente emendado. Só retornará se, e somente se, a emenda tenha produzido modificação de sentido na proposição jurídica. Ou seja, se a emenda produzir proposição jurídica diversa da proposição emendada. Tal ocorrerá quando a modificação produzir alterações em qualquer dos âmbitos de aplicação do texto emendado: material, pessoal, temporal ou espacial. Não basta a simples modificação do enunciado pela qual se expressa a proposição jurídica. O comando jurídico - a proposição - tem que ter sofrido alteração (...)". Não há que se entender que justiça trabalhista, a partir do texto promulgado, possa analisar questões relativas aos servidores públicos. Essa demandas vinculadas a questões funcionais a eles pertinentes, regidos que são pela Lei 8.112/90 e pelo direito administrativo, são diversas dos contratos de trabalho regidos pela CLT. Leio GILMAR MENDES, há "Oportunidade para interpretação conforme à Constituição ... sempre que determinada disposição legal oferece diferentes possibilidades de interpretação, sendo algumas delas incompatíveis com a própria Constituição. ... Um importante argumento que confere validade à interpretação conforme à Constituição é o princípio da unidade da ordem jurídica ..." (Jurisdição Constitucional, São Paulo, Saraiva, 1998, págs. 222/223). É o caso. A alegação é fortemente plausível. Há risco. Poderá, como afirma a inicial, estabelecerem-se conflitos entre a Justiça Federal e a Justiça Trabalhista, quanto à competência desta ou daquela. Em face dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e ausência de prejuízo, concedo a liminar, com efeito 'ex tunc'. Dou interpretação conforme ao inciso I do art. 114 da CF, na redação da EC n.º 45/2004. Suspendo, ad referendum, toda e qualquer interpretação dada ao inciso I do art. 114 da CF, na redação dada pela EC 45/2004, que incluía, na competência da Justiça do Trabalho, a "(...) apreciação ... de causas que ... sejam instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo."³¹

³¹ STF, ADI n.º. 3395/DF, Rel. Min. NELSON JOBIM, 27 de janeiro de 2005.

3.3 Defesa da nova orientação doutrinária

Percebendo a incongruência da posição adotada pelo STF, a melhor doutrina trabalhista vem propugnando atualmente por uma mudança de orientação, tendo como propósito ampliar as atribuições da Justiça do Trabalho e explicitar a sua verdadeira importância, baseada primordialmente na estrutura e carreira bem organizadas.

A nova tese a que se referiu o parágrafo anterior é construída de modo a que os fatos ocorrentes no mundo exterior ligados a questões funcionais envolvendo servidores públicos estatutários e os entes políticos sejam julgados pela Justiça do Trabalho.

Fundamenta-se tal proposição doutrinária em uma premissa bastante simples, no sentido de que a norma constitucional que prevê a competência do órgão do Poder Judiciário em comento deve ser interpretada da forma mais ampla possível, eis que nesta situação deve-se atentar ao antigo brocardo latino que diz não caber ao intérprete fazer distinções onde a lei (aqui tratada em sentido amplo) não o fizer expressamente.

Explica-se melhor. Diante do disposto no artigo 114, inciso I, da CF, que aduz pertencerem à Jurisdição laboral todas as causas envolvendo "relação de trabalho", deve-se proceder à busca de seu sentido mais amplo, realizando-se uma interpretação extensiva, sendo esta necessariamente no sentido de que todos os casos concretos que estejam relacionados com a prestação da força de trabalho a determinado tomador de serviços são de atribuição da mesma.

Isso inclui, como é óbvio, a atividade exercida pelos servidores regidos por regime administrativo em favor dos entes públicos com os quais mantêm ligação de subordinação funcional, pois nestas relações são encontrados todos os caracteres exigidos para a configuração de uma relação de trabalho, quais sejam, o prestador do serviço, o trabalho e o tomador do mesmo.

Não deve ser esquecido, ademais, que não é encontrada no texto constitucional qualquer ressalva expressa que leve à conclusão de que servidores estatutários e o Poder Público, quando envolvidos em uma lide, não devam ser pacificados pela Justiça do Trabalho, como quer fazer entender a interpretação atual do Supremo Tribunal Federal.

Portanto, diante da nova redação dada ao art. 114 da Constituição Federal pela Emenda n.º 45/2004, onde se encontra em seu inciso I a regra de que o Judiciário laboral é competente para processar e julgar questões ligadas às "relações de trabalho", conclui-se, procedendo-se a uma interpretação lógica e extensiva, que também os dissídios entre estatutários e o Poder Público estariam englobados nessa atribuição, eis que tais espécies de situações jurídicas constituir-se-iam em relações de trabalho.

Demonstrando que a comunidade jurídica defensora dessa tese já é bastante expressiva, passa-se a colacionar lições de grandes juristas nacionais.

Pamplona Filho afirma:

Sem parecer contraditório, porém, as ações oriundas da relação de trabalho, quando envolver relação jurídica de direito material estatutária, não estão, ainda, na competência da Justiça do Trabalho.

Mas elas também não são relações de trabalho? Claro que são.

O fundamento da exclusão, todavia, é outro, a saber, a própria observação do processo legislativo de modificação constitucional, uma vez que o texto aprovado no Senado continha ressalva de exclusão dos servidores estatutários, constante da promulgação, que foi suprimida quando da publicação da Emenda Constitucional.

Embora não se queira, aqui, ressuscitar a velha discussão do conflito entre a *mens legis* e a *mens legislatoris*, o fato é que, por força da liminar proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º. 3.395-6, pelo Ministro Nelson Jobim, reestabeleceu-se o quanto pactuado durante a tramitação do projeto de emenda constitucional, sem prejuízo do nosso posicionamento pessoal de que é muito mais lógico que tais conflitos também estejam submetidos à Justiça do Trabalho.³²

Oliveira também possui opinião no mesmo sentido do anteriormente exposto:

Há que se notar, desde logo, que a Justiça do Trabalho teve, em relação ao modelo original da Constituição de 1988, alterado o eixo competencial da relação de emprego e seus partícipes [...] para a definição primordial da competência a partir da relação de trabalho, assim em sentido mais amplo, para alcançar todas as controvérsias envolvendo o trabalho humano que não se encontrarem excepcionadas pela própria Constituição Federal.

[...]

No entanto, a nova redação emprestada ao artigo 114, inciso I, da Constituição, parece não deixar dúvidas, agora, de que também as relações de trabalho firmadas sob regime estatutário são da competência da Justiça do Trabalho, não por menos sendo objeto de exceção a norma sob reexame da Câmara dos Deputados, a demonstrar, ainda mais, que por ora o constituinte derivado fixou a competência laboral em amplo espectro, a alcançar, sob qualquer modalidade legal, todas as relações de trabalho, sejam descritas pela legislação trabalhista, civil ou administrativa.³³

E continua:

³² PAMPLONA FILHO, 2005, p.9-10.

³³ OLIVEIRA, 2005, p.2-3.

Não haveria, portanto, que se discutir a competência sob o manto da origem da relação entre o Poder Público e o servidor, se a discussão de natureza trabalhista se instaura, ainda que para ser resolvida sob legislação diversa de cunho administrativo e não sob o manto da CLT, inclusive porque a Justiça do Trabalho não é a Justiça da Consolidação das Leis do Trabalho como a muitos parece.

Cabe sempre repetir que a Constituição não estabelece para a Justiça do Trabalho a competência para processar e julgar conflitos instaurados sob a égide da Consolidação das Leis do Trabalho, mas, sobretudo a partir da EC 45/2004, "*as ações (sic: causas ou litígios) oriundas da relação de trabalho*", e não apenas aquelas relações de emprego descritas na CLT, pelo que alcançadas as discussões envolvendo a prestação de serviços regida pela legislação civil [...], e também abrangidas as relações trabalhistas entre os servidores públicos e a Administração Pública.³⁴

Desse modo, só resta acreditar que os operadores do direito levem à frente tal orientação jurídica, de modo a que ela chegue aos nossos pretórios e, finalmente, torne-se algo dominante até mesmo no mais alto tribunal do país, quando, enfim, tornar-se-á obrigatória para todo e qualquer caso concreto encaixado nesta situação.

Conclusão

Finalmente, é chegado o momento derradeiro deste artigo, o qual, em ligeira síntese, foi iniciado com a exposição de conceitos da Teoria Geral do Processo, quais sejam, a jurisdição e a competência, quando se falou sobre a evolução dos métodos de solução dos conflitos e caracteres gerais relativos aos institutos em referência.

Após isso, dedicou-se uma discussão de questões ligadas ao direito substancial e não apenas à sua parte formal. Nessa passagem, viu-se o que pode ser entendido como relação de trabalho, dando ênfase à sua interpretação mais ampla possível. E em seguida realizou-se a necessária diferenciação entre esta e a relação de emprego, que na verdade não passa de uma simples espécie daquela.

Avançando um pouco mais, foi demonstrada a correção da idéia que conclui ser o vínculo jurídico estabelecido entre os servidores públicos estatutários e os entes políticos uma típica relação de trabalho.

Em seguida, estudou-se a parte histórica relativa à competência da Justiça do Trabalho e a posição do STF relativa ao assunto, finalizando com a defesa de nova tese doutrinária, a qual consiste na atribuição da competência do Judiciário laboral para processar e julgar as causas envolvendo questões funcionais relativas aos servidores públicos regidos por regime administrativo e os respectivos entes públicos.

³⁴ OLIVEIRA, 2005, p.4.

Nesse último momento foi exposto que o motivo de tal orientação reside em um fator principal, intimamente ligado aos métodos de análise normativa: a interpretação ampliada e lógica do que seja relação de trabalho.

Melhor explicitando, tem-se que o dispositivo constitucional objeto de estudo afirma ser da competência da Justiça do Trabalho o processo e julgamento de causas que versem sobre relação de trabalho.

Procedendo-se a uma interpretação extensiva do que seja relação de trabalho, chega-se à conclusão de que esta vem a ser toda e qualquer situação em que o tomador do serviço utiliza o trabalho de alguém que o tenha colocado à disposição, com o intuito de levar à consecução certa atividade.

E em relação aos estatutários acontece justamente o mesmo: o Poder Público atua como tomador dos serviços dos estatutários com o fim de levar adiante o seu mister de zelar pelo bem da comunidade.

Portanto, conclui-se, após todas as razões expendidas, tomando como base principal a interpretação ampla dada ao termo "relação de trabalho", que consistiria num gênero a englobar todas as formas de prestação de serviço realizadas pelo homem, que deve haver uma mudança na jurisprudência nacional no sentido de deslocar a análise das causas anteriormente citadas ao Judiciário laboral, ou seja, fazer com que a Justiça do Trabalho seja a competente para processar e julgar todas as relações de trabalho que lhe foram constitucionalmente confiadas, inclusive aquelas envolvendo estatutários e o Poder Público.

Referências

- ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: RT, 2005.
- BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. 7.ed. São Paulo: RT, 2006.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do processo**. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 5.ed. São Paulo: LTr, 2006.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Direito processual civil: Tutela jurisdicional individual e coletiva**. 5.ed. Salvador: JusPODIVUM, 2005.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 4.ed. São Paulo: LTr, 2006.
- LOPES, Anselmo Henrique Cordeiro; BEZERRA, Marcelo Lauande. **Temas atuais de jurisprudência**. Campinas: LZN, 2005.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. São Paulo: Ed.Revisa dos Tribunais, 2006. v. 1.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5.ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8.ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Alexandre Nery de. A reforma do Judiciário e a alteração competencial da Justiça do Trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n°. 681, 17 maio 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6733>>. Acesso em 25 ago. 2006.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. A nova competência da Justiça do Trabalho. Uma contribuição para a compreensão dos limites do novo art. 114 da Constituição Federal de 1988. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n°. 867, 17 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7599>>. Acesso em 25 ago. 2006.

PIZZOL, Patrícia Miranda. **A Competência no processo civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

Artigo 475-J do CPC, multa de 10% e sua aplicação ao processo do trabalho – aspectos controvertidos

Cristiano Teixeira Passos

Advogado da Caixa no Espírito Santo

Pós-graduado em Direito do Trabalho e Direito

Processual do Trabalho

RESUMO

O presente artigo analisa as repercussões no processo do trabalho com a edição da Lei 11.232/2005, que alterou o código de processo civil, explicitando a controvérsia estabelecida acerca da aplicabilidade da multa de 10% prevista no artigo 475-J do CPC no processo trabalhista. Através de uma revisão bibliográfica de parte significativa do que já foi publicado sobre o assunto, este estudo expõe os principais argumentos a embasar as teorias favoráveis e desfavoráveis à aplicação imediata dessa penalidade ao processo do trabalho, tais como a interpretação da regra da aplicação subsidiária do CPC ao processo do trabalho (art. 769, da CLT) e o princípio da máxima efetividade (art. 5º, LVXXIII, da CF/88).

Palavras-chave: Artigo 475-J do CPC. Multa de 10%. Processo do Trabalho. Subsidiariedade.

RESUMEN

El presente artículo analiza las repercusiones en el proceso del trabajo con la edición de la Ley 11.232/2005, que alteró el código de proceso civil, explicitando la controversia establecida acerca de la aplicabilidad de la multa del 10% prevista en el artículo 475-J del CPC en el proceso laboral. Por medio de una revisión bibliográfica de parte significativa de lo que ya se publicó sobre el asunto, este estudio expone los principales argumentos que basan las teorías favorables y desfavorables a la aplicación inmediata de esa penalidad al proceso del trabajo, tales como la interpretación de la regla de aplicación subsidiaria del CPC al proceso del trabajo (artículo 769, de la Consolidación de las Leyes del Trabajo) y el principio de la máxima efectividad (artículo 5º LVXXIII, de la Constitución Federal de 1988).

Palabras-llaves: Artículo 475-J de CPC. Multa del 10%. Proceso del Trabajo. Subsidiariedad.

Introdução

O clamor dos diversos setores da sociedade brasileira, exigindo uma Justiça mais célere e efetiva, desaguou em um conjunto de medidas de cunho legislativo com vistas à implementação de uma ampla reforma do processo civil.

Como resultado, tivemos a aprovação da Emenda Constitucional nº. 45, de dezembro de 2004, que, dentre muitas mudanças, fez inserir, na Carta Política, o inciso LXXVIII no artigo 5º, preceituando que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Em seguida, foram editadas diversas leis ordinárias com o mesmo propósito de trazer mais celeridade e efetividade à prestação jurisdicional, iniciando-se pela Lei nº. 11.187, de 19/10/2005, que alterou sistematicamente a regra do recurso de agravo de instrumento no processo civil e, consecutivamente, com a edição da Lei nº. 11.232, de 22/12/2005 e publicada em 23/12/2005, esta a mais polêmica de todas, por trazer profundas alterações na norma processual civil.

Seqüencialmente vieram ainda as Leis nºs 11.276 e 11.277, de 07/02/2006; e 11.280, de 16/02/2006 e, ao que tudo indica, a onda reformista não deve parar por aí. Melhor seria elaborar-se um novo Código de Processo Civil.

Nesse contexto, o processo do trabalho, sempre tido como o mais célere e até por muitos, criticado, exatamente por conter medidas mais efetivas de satisfação dos créditos que se revestem de natureza de prestação alimentícia, tornou-se agora obsoleto em face das inovações implementadas no processo civil.

Mas até que ponto o processo do trabalho poderá se beneficiar dos novos conceitos e das alterações trazidas pela novel sistemática do processo civil é questão ainda muito controvertida. Renomados doutrinadores, todos respeitabilíssimos, divergem radicalmente acerca da autonomia do processo do trabalho e a devida interpretação da regra da subsidiariedade, preconizada no artigo 769, da CLT, polarizando, de um lado, os que sustentam os princípios constitucionais da legalidade e da segurança jurídica (artigo 5º, incisos II e LIV) e, de outro, os que defendem o novel princípio da máxima efetividade e celeridade, introduzido pela EC nº. 45/2004 (artigo 5º, inciso LXXVIII).

O presente estudo procurará abordar, exclusivamente, a controvérsia criada acerca da possibilidade de aplicação imediata, ao processo do trabalho, das disposições trazidas pelo artigo 475-J do CPC, inserido pela Lei nº. 11.232/2005, em vigor desde 24/06/2006 e, especificamente, no que tange à incidência da multa de 10% no cumprimento da sentença que contenha obrigação de pagar quantia certa.

A relevância desse estudo evidencia-se pela necessidade de ampla discussão e apresentação de solução para a questão da aplicabilidade ou

inaplicabilidade, ao processo do trabalho, das disposições trazidas pelo novel artigo 475-J do CPC, sobretudo porque se tem verificado que alguns juízes do trabalho, nas condenações ao pagamento de quantia certa, já andam sentenciando com a advertência de incidência da multa de 10%, caso o devedor não pague o débito espontaneamente após a ocorrência do trânsito em julgado, reafirmando-a nas execuções, quando determinam a expedição de mandados de pagamento sob pena da indigitada multa, em dissonância com o procedimento conservador de outros juízes do mesmo foro.

1 As alterações da lei 11.232/2005 e o artigo 475-J do CPC

Injungindo o legislador à inserção de uma nova garantia fundamental na Constituição Federal, a da razoável duração do processo e da celeridade de sua tramitação, acrescentada ao rol do artigo 5º pelo inciso LXXVIII, através da EC nº. 45/2004, foi editada a Lei nº. 11.232/2005, que promoveu reformas sem precedentes no Estatuto Processual Civil.

Em primeiro lugar, foi alterado o conceito de sentença, que deixou de ser o ato pelo qual o juiz punha termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa, para se tornar o ato do juiz que implica uma das situações previstas nos artigos 267 e 269, do CPC (artigo 162, §1º), com vistas à instituição do sincretismo processual, abolindo-se da autonomia do processo de execução, que passou a ser mera fase do processo de conhecimento. Portanto, com a sentença condenatória o juiz não mais exaure a sua função jurisdicional no processo, eis que ainda irá praticar atos visando ao efetivo cumprimento do comando sentencial no mesmo processo de conhecimento. O ato judicial da sentença somente continuará sendo derradeiro e terminativo nas hipóteses de improcedência total do pedido formulado pelo autor e nas ações de provimento meramente declaratório ou constitutivo.

Em segundo lugar, instituiu-se nova disciplina para a liquidação e o cumprimento da sentença. Para a nova estrutura do cumprimento da sentença que condene em pagar quantia certa ou já fixada em liquidação, foi instituída multa de dez por cento, prevista no inserido artigo 475-J, caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias. Considere-se incluída nessa modalidade de cumprimento, a teor do artigo 475-B, a condenação na obrigação de pagar quantia certa para a qual a determinação do valor dependa apenas de cálculo aritmético.

Essa inovação foi festejada por Alvim, ao comentar as alterações trazidas pelo artigo 475-J, em obra elaborada acerca das reformas promovidas no CPC pela Lei 11.232/2005:

Essa regra se fazia necessária, pois, no Brasil, resistir à execução sempre foi um bom negócio para o devedor, que procrastinava o pagamento do débito,

obtendo vantagens com a sua própria torpeza, na medida em que os resultados das aplicações financeiras desse dinheiro – com o qual deveria liquidar seu débito – ganhava de longe dos reajustes determinados pela Lei 6.899/81, com a aplicação da correção monetária nos débitos resultantes de decisão (sentença) judicial.¹

Ficam fora do regime do artigo 475-J os cumprimentos das sentenças condenatórias em obrigações de fazer e de não fazer, que se processarão conforme o artigo 461, e condenatórias em obrigação de entregar coisa, que seguirão o ordenamento do artigo 461-A.

2 Da controvérsia acerca da aplicabilidade da multa de 10% prevista no artigo 475-J do CPC, ao processo do trabalho

O processo do trabalho tem rito próprio, regulamentado pela CLT, cujo artigo 769 prevê a possibilidade de aplicação subsidiária do processo civil, desde que presentes os requisitos da omissão e da compatibilidade. Assim, nos casos em que for omissivo o Estatuto Celetizado, o processo do trabalho poderá valer-se de institutos do Código de Processo Civil, desde que compatíveis com as normas do Estatuto Obreiro.

Essa supletividade do processo civil fica ainda postergada, no processo de execução trabalhista, pela primazia da aplicabilidade dos preceitos da Lei nº. 6830/80, que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, como preceitua o artigo 889, da CLT.

Convém ressaltar que o sincretismo processual descrito no título anterior, instituído no processo civil pela Lei nº. 11.232/2005 não afeta o processo de execução trabalhista, que permanece autônomo em relação ao processo de conhecimento, inobstante seja processado nos mesmos autos deste e possa ser impulsionado de ofício pelo juiz competente (art. 878, da CLT). Por algum tempo essa autonomia foi questionada, mas prevaleceu o entendimento da distinção do processo de execução trabalhista, para o qual a CLT destinou, especificamente, o Capítulo V, do Título X, onde se afere essa autonomia pela simples leitura dos artigos 876 e seguintes, valendo destacar que, requerida a execução, haverá mandado de citação a ser cumprido por oficial de justiça (art. 880, §2º), momento de início do processo de execução. Essa também é a convicção de Teixeira Filho.²

Nesse intelecto, para que a multa de 10% prevista no artigo 475-J do CPC, incida na execução do crédito trabalhista, deve-se pressupor a

¹ ALVIM, J. E. Carreira. **Cumprimento da Sentença**. 2.ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2006, p.65.

² TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **As Novas Leis Alterantes do Processo Civil e Suas Repercussões no Processo do Trabalho**. Revista LTr. São Paulo, v. 70, n. 03, mar. 2006, p.274.

existência de uma omissão no Estatuto Consolidado, bem como a compatibilidade da aplicação dessa penalidade em relação ao conjunto de normas e preceitos específicos que regem o processo do trabalho (art. 769, da CLT). Para alguns intérpretes, a controvérsia estabelece-se já na caracterização dessa omissão, para outros na configuração da compatibilidade, mas há os que trazem argumentos embasados nos princípios constitucionais da legalidade (art. 5º, II) e da celeridade e máxima efetividade (art. 5º, LXXVIII).

No que tange ao primeiro requisito, verifica-se que a CLT não foi omissa, tendo cuidado de forma pormenorizada do processo de execução (liquidação e cumprimento da obrigação de pagar), através de seus artigos 876 a 892. Para Koury³ e Leite⁴, mesmo estando disciplinado na CLT o rito executório do processo trabalhista, o silêncio do legislador em relação à multa, ao prazo e condições para o cumprimento da sentença caracterizariam a omissão que autoriza a aplicação subsidiária do artigo 475-J ao processo do trabalho. Discordamos, evidentemente, dessa hermenêutica, porque a multa enquanto penalidade não comporta interpretação analógica, devendo ser aplicada restritivamente (princípio da reserva legal).

Daí, a aplicação da multa de 10% para o processo do trabalho encontra óbice no fato de que penalidade por envolver aumento de poder depende sempre de previsão legal específica, que, no caso, não existe na disciplina própria da execução trabalhista para a qual a consequência do não pagamento é, apenas, a execução forçada com a constrição legal.⁵

Nessa mesma linha de entendimento também se inclinou Gonçalves Júnior.⁶

Em julgamento recente, a 3ª Turma do TST deu provimento ao Recurso de Revista nº. 765/2003-008-13-41.8, decidindo, de forma unânime, pela não incidência da multa de 10% do artigo 475-J do CPC, ao processo do trabalho. Em seu voto, a ministra Maria Cristina Peduzzi, em clara referência ao artigo 883, da CLT, e manifestando o entendimento de que o Estatuto obreiro não foi omissivo, declarou que “o silên-

³ KOURY, Luiz Ronan Neves. Aplicação da multa de 10% prevista no artigo 475-J do código de processo civil ao processo do trabalho. *In*: CHAVES, Luciano Athayde. A. (Org.). **Direito processual do trabalho** – reforma e efetividade. São Paulo: LTr, 2007, p.279.

⁴ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Cumprimento Espontâneo da Sentença** (Lei N. 11.232/2005) e Suas Repercussões no Processo do Trabalho. Revista LTr. São Paulo, v. 70, n. 09, set. 2006, p.1040-6.

⁵ CASTELO, Jorge Pinheiro. A Nova Reforma do Processo civil e o Processo do Trabalho – Fase de Cumprimento da Sentença (Lei N. 11.232/2005). **Revista LTr**, São Paulo, v. 71, n. 03, p.306-15, mar. 2007, 2007, p.308.

⁶ GONÇALVES JÚNIOR, Mário. O Art. 475-J do CPC (L. 11.232/05) e o Processo do Trabalho. Anamatra, jul. 2006. Disponível em: <http://www.anamatra.org.br/opiniao/artigos/ler_artigos.cfm?cod_conteudo=7488&descricao=artigos>. Acesso em 12 nov. 2007, p.6.

cio do legislador deve ser interpretado no contexto do silêncio eloqüente, ou seja, a ausência de cominação de multa representa uma opção política do legislador, e não negligência ou imprevidência”.

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO – INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 475-J DO CPC AO PROCESSO DO TRABALHO

Ante possível violação ao artigo 5º, inciso LIV, da Constituição da República, dá-se provimento ao Agravo de Instrumento para determinar o processamento do apelo denegado.

II - RECURSO DE REVISTA – EXECUÇÃO – INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 475-J DO CPC AO PROCESSO DO TRABALHO

1. Segundo a unânime doutrina e jurisprudência, são dois os requisitos para a aplicação da norma processual comum ao Processo do Trabalho: I) ausência de disposição na CLT – a exigir o esforço de integração da norma pelo intérprete –; II) compatibilidade da norma supletiva com os princípios do processo do trabalho.

2. A ausência não se confunde com a diversidade de tratamento: enquanto na primeira não é identificável qualquer efeito jurídico a certo fato – a autorizar a integração do direito pela norma supletiva – na segunda se verifica que um mesmo fato gera distintos efeitos jurídicos, independentemente da extensão conferida à eficácia.

3. O fato juridicizado pelo artigo 475-J do CPC – não-pagamento espontâneo da quantia certa advinda de condenação judicial – possui disciplina própria no âmbito do Processo do Trabalho (art. 883 da CLT), não havendo falar em aplicação da norma processual comum ao Processo do Trabalho.

4. A fixação de penalidade não pertinente ao Processo do Trabalho importa em ofensa ao princípio do devido processo legal, nos termos do artigo 5º, inciso LIV, da Constituição da República.

Recurso de Revista conhecido e provido.⁷

(TST, 3ª Turma, AIRR 765/2003-008-13-41.8, ac. un., rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Recorrente: COMPANHIA ENERGÉTICA DA BORBOREMA - CELB, Recorridos: ANTÔNIO SILVA VICENTE e CAMPINA PREST SERVICE LTDA., julgado em 05/12/2007, publicado DJ 22/02/2008.)

Mesmo que se pudesse admitir a existência da omissão, restaria ainda que se considerar, para o segundo requisito, a existência de diversas incompatibilidades entre os institutos do artigo 475-J do CPC e o rito executório trabalhista. A primeira, e mais evidente, é a que confronta a incidência da multa de 10%, caso o devedor não pague a dívida no prazo de 15 dias, e o seu oponível direito de, citado pessoalmente por oficial de justiça, nomear bens à penhora como forma de garantir o juízo, para poder discutir o débito por via de Embargos à Execução, estes no prazo de 5 dias. No processo civil, em face do sincretismo insti-

tuído, os Embargos à Execução foram substituídos pela mera Impugnação. Há clara incompatibilidade entre o artigo 475-J e os artigos 880, 882, 883 e 884, da CLT.

Outra incompatibilidade relevante é a que distingue os dois processos, civil e trabalhista, no tocante ao efeito de seus recursos e a possibilidade de execução provisória da sentença. No processo civil, a Apelação é recebida no efeito suspensivo, o que torna inexigível o cumprimento da sentença até o julgamento desse recurso pelo Tribunal. Mas, diferentemente, no processo do trabalho o recurso equivalente – o Recurso Ordinário – é recebido apenas no efeito devolutivo, dando oportunidade a que se instaure a execução provisória. Como compatibilizar a incidência da penalidade do artigo 475-J com a provisoriedade da execução?

Qualquer tentativa do intérprete e do aplicador do direito em adequar essas incompatibilidades, mesclando procedimentos e pinçando institutos isoladamente de um e de outro estatuto processual, constitui uma anomalia e cria um *tertius genus* sem progenitura legislativa. Só para ilustrar, Carvalho⁷ defende que o prazo para o devedor do crédito trabalhista efetuar o pagamento, como forma de se eximir da multa, deve ser de 48 horas e para Koury⁸ e Leite⁹ esse prazo deve ser o mesmo dos recursos no processo do trabalho, ou seja, de 8 dias. Já para Herkenhoff Filho¹⁰, não somente o pagamento em 48 horas, mas a simples indicação de bem à penhora para garantia do juízo ilide a multa de 10%, que só deve incidir na ausência de pagamento ou penhora de bens.

Mas o mais estimulante e sedutor argumento a propugnar a aplicabilidade imediata do art. 475-J ao processo do trabalho, e da multa de 10%, é o que propõe a relativização do dogma da segurança jurídica em face do novel princípio da celeridade e máxima efetividade, inserido na Carta Magna através do inciso LXXVIII, do artigo 5º.

Leite¹¹ propõe uma nova hermenêutica constitucional, partindo da idéia de que o Direito Processual é uno e constitui o sistema do *Direito Constitucional Processual*, o qual é integrado pelos subsistemas do processo civil e trabalhista. Parafraseando o aclamado doutrinador, estes subsistemas devem dialogar no plano infraconstitucional, para que as normas do processo civil, desde que impliquem maior efetividade à tutela jurisdicional dos direitos sociais trabalhistas, devem ser aplicadas nos domínios do processo do trabalho como imperativo de promoção do acesso do cidadão-trabalhador à jurisdição justa.

⁷ CARVALHO, Augusto César Leite de. Adoção da multa do art. 475-J do CPC no processo trabalhista. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1551, set. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10481>>. Acesso em: 02 fev. 2008, p.5.

⁸ KOURY, 2007, p.286.

⁹ LEITE, 2006, p.1.046.

¹⁰ HERKENHOFF FILHO, Hélio Estellita. **Reformas no Código de Processo Civil e Implicações no Processo Trabalhista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, 2007, p.141.

¹¹ LEITE, 2006, p.1.042.

O renomado professor, que já integrou com brilhantismo o órgão do Ministério Público do Trabalho e hoje compõe o Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região-ES, de respeitável índole e atuação na defesa dos direitos sociais, reconhecendo o obstáculo do dogma consolidado na regra do art. 769, da CLT, propõe seja ele mitigado, em face dessa nova mentalidade:

É preciso, portanto, romper com o formalismo jurídico e estabelecer o diálogo das fontes normativas infraconstitucionais do CPC e da CLT, visando à concretização do princípio da máxima efetividade das normas (princípios e regras) constitucionais de direito processual, especialmente o novel princípio da “duração razoável do processo com os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (EC nº. 45/2004, art. 5º, LXXVIII).¹²

Mas por mais sensibilizados ainda que nos sintamos, em face de tantos outros argumentos deduzidos pelos que defendem a relativização da regra da subsidiariedade estatuída no artigo 769, da CLT, tais como o de que deve ser aplicado o princípio do direito mais favorável à dignidade da pessoa humana e ao trabalhador em particular, na busca da maior efetividade na satisfação do crédito de natureza alimentar reconhecido em juízo, fato é que nem todos os tomadores de serviço demandados no foro especializado do trabalho incorporam o estereótipo do sistemático, recalcitrante e deliberado violador de direitos sociais trabalhistas.

Advirta-se que já existem meios suficientes, e até mais coercitivos, à disposição do juiz para coibir as condutas social e processualmente indesejáveis dos litigantes no processo, a exemplo das multas de 1%, prevista no artigo 18 (litigância de má-fé), e 20%, prevista no artigo 601 (ato atentatório à dignidade da justiça), todos do Estatuto Processual Civil. Não é por falta de multas que a inefetividade permanece. Questiona-se se esse esforço de hermenêutica, contrariando princípios históricos de segurança jurídica trará a tão almejada efetividade.

Procedimentos tais como a penhora de dinheiro “*on line*”, por via do conhecido sistema BACEN-JUD, mostraram-se muito mais eficazes para a solução de execuções emperradas, sendo a Justiça do Trabalho a que primeiro e mais rapidamente contribuiu para a sua implementação. Se mesmo em face de todos esses meios já preexistentes, algum devedor não se sentir coibido a pagar espontaneamente o que deve, não será por mais uma multa de 10% que irá se sentir pressionado.

A adesão desenfreada à onda da flexibilização e relativização de direitos é perigosa, porque compromete o Estado Democrático de Direito. Quando o cidadão delegou para o Estado a sua parcela de poder, para que fosse organizada a sua vida em sociedade, restou consagrado o

¹³ LEITE, 2006, p.1.042.

princípio da reserva legal, ou da legalidade. Dessa forma, qualquer medida punitiva – e a natureza da multa de 10% em comento é punitiva – deve ser precedida de previsão legal específica, sob pena de afronta ao disposto nos incisos II e LIV, do artigo 5º, da Constituição Federal.

Nesse passo, não pode haver derrogação de normas da CLT por dispositivos do CPC e da Lei 11.232/2005. Se o legislador resolveu distinguir normativamente os processos civil e do trabalho, criando regra de subsidiariedade, ela deve ser respeitada, por mais digno e louvável que seja o desejo social de restabelecimento da ordem trabalhista e de satisfação do bem da vida aqui tutelado: - o sagrado crédito de um trabalhador.

3 Da indispensabilidade do ato legislativo

A nenhum intérprete ou aplicador do direito é dado suprir a omissão do legislador, a não ser que ela seja indispensável para evitar o impasse que impossibilite o juiz de fazer justiça no caso concreto. Portanto, qualquer iniciativa de agravar a execução do crédito trabalhista, com a imposição de multa pelo não-pagamento espontâneo, deve provir de iniciativa legislativa que a institua no rol de procedimentos do Capítulo V, Título X, da CLT, ou que torne aplicável ao processo do trabalho a multa já instituída no artigo 475-J do CPC, devendo ainda ser normatizados os meios para a sua compatibilização.

Essa é a ambição, por exemplo, do Projeto de Lei nº. 7.152/2006, de responsabilidade do Deputado Luiz Antônio Fleury, que propõe seja alterado o artigo 769, da CLT, acrescentando-se-lhe o parágrafo único com o seguinte teor:

Parágrafo único. O direito processual comum também poderá ser utilizado no processo do trabalho, inclusive na fase recursal ou de execução, naquilo em que permitir maior celeridade ou efetividade de jurisdição, ainda que existente norma previamente estabelecida em sentido contrário.

O referido projeto de lei ratifica o entendimento de que estão em pleno vigor os requisitos da omissão e da compatibilidade presentes no artigo 769, da CLT, como obstáculos à regra da subsidiariedade de normas do CPC, mesmo em face do argumento da máxima efetividade.

Conclusão

Por mais que se comungue da idéia da necessidade de se atribuir maior efetividade e celeridade à execução do crédito trabalhista, seja em decorrência de sua sagrada natureza de prestação alimentícia, seja com o fito de desafogar a máquina do Judiciário, notoriamente assoberbado por volumosas execuções intermináveis, somos obrigados

a inferir que é defectiva a tese da aplicabilidade imediata das novéis disposições do artigo 475-J do CPC, ao processo do Trabalho, mais especificamente no que tange à incidência da revolucionária multa de 10%.

Em que pese o brilhantismo da argumentação e a boa intenção dos renomados doutrinadores que a sustentam, entendemos que deve ser garantida a segurança jurídica e preservado o Estado Democrático de Direito, que consagrou o princípio da legalidade, ainda mais por se estar tratando de penalidade que, para que seja imposta, deve ser precedida de lei própria e específica, sobre a qual não parem dúvidas e nem conflitos com outras leis especiais e da mesma magnitude.

Não sendo omissos o processo do trabalho, porquanto a CLT, nos artigos 876 a 892, disciplinou a liquidação e a execução do crédito judicial trabalhista, de forma diferente da introduzida no CPC pela Lei nº. 11.232/2005, nenhum intérprete ou operador do direito está legalmente autorizado a afastar a especialidade do contido no artigo 769, da CLT, qual seja a de que a aplicação do direito processual comum dar-se-á sempre de forma subsidiária ao processo do trabalho. Anote-se ainda, a esse respeito, a dicção do artigo 889, da CLT, em pleno vigor, que instituiu a primazia dos dispositivos da Lei nº. 6830/1980 (LEF), como primeira fonte subsidiária do processo de execução trabalhista, com prevalência aos preceitos que regem o processo civil comum.

Para que não se dê azo a nenhuma arbitrariedade, e em respeito aos direitos e garantias individuais, deve ser reafirmado o princípio da legalidade que norteia o Estado Democrático de Direito, sob pena de se criar precedente perigoso a alimentar o vício crescente no Judiciário, de criar integração indevida no ordenamento jurídico, indo além do legislador, com justificativa no clamor social e na inoperância do poder legislativo.

Assim, aplaude-se a alteração no rito processual de execução trabalhista, que venha municiar o credor de mecanismos de maior coercitividade na busca do seu crédito, desde que essa alteração seja antecedida de regular procedimento legislativo, que culmine com a edição de lei que venha alterar a CLT, possibilitando ao Poder Judiciário a sua aplicação aos casos concretos, com segurança jurídica, a exemplo da iniciativa do projeto de lei nº. 7.152/2006, em trâmite na Câmara Federal.

Referências

ALVIM, J. E. Carreira. **Cumprimento da Sentença**. 2.ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2006.

CARVALHO, Augusto César Leite de. Adoção da multa do art. 475-J do CPC no processo trabalhista. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, nº. 1551, set. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/dou->

<trina/texto.asp?id=10481>>. Acesso em: 02 fev. 2008.

CASTELO, Jorge Pinheiro. A Nova Reforma do Processo civil e o Processo do Trabalho – Fase de Cumprimento da Sentença (Lei N. 11.232/2005). **Revista LTr**, São Paulo, v. 71, nº. 03, p.306-15, mar. 2007.

GIGLIO, Wagner D.; CORRÊA, Cláudia Giglio Veltri. **Direito Processual do Trabalho**. 16.ed. rev., ampl. atual. e adapt. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES JÚNIOR, Mário. O Art. 475-J do CPC (L. 11.232/05) e o Processo do Trabalho. **Anamatra**, jul. 2006. Disponível em: <http://www.anamatra.org.br/opiniaao/artigos/er_artigos.cfm?cod_conteudo=7488&descricao=artigos>. Acesso em: 12 nov. 2007.

HERKENHOFF FILHO, Hélio Estellita. **Reformas no Código de Processo Civil e Implicações no Processo Trabalhista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

KOURY, Luiz Ronan Neves. Aplicação da multa de 10% prevista no artigo 475-J do código de processo civil ao processo do trabalho. *In*: CHAVES, Luciano Athayde. A. (Org.). **Direito processual do trabalho – reforma e efetividade**. São Paulo: LTr, 2007.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 5.ed. São Paulo: LTr, 2007.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Cumprimento Espontâneo da Sentença (Lei N. 11.232/2005) e Suas Repercussões no Processo do Trabalho. **Revista LTr**. São Paulo, v. 70, n°. 09, p.1.040-6, set. 2006.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito Processual do Trabalho. 22.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARAIVA, Renato. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 3.ed. São Paulo: Método, 2006.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. As Novas Leis Alterantes do Processo Civil e Suas Repercussões no Processo do Trabalho. **Revista LTr**. São Paulo, v. 70, n°. 03, p.274, mar. 2006.

O princípio da efetividade no processo de execução de título extrajudicial: uma análise prática da lei 11.382/06

Floriano Benevides de Magalhães Neto
Advogado da Caixa no Ceará
Pós-graduado em Direito e Processo Tributário
Pós-graduado em Administração Pública

RESUMO

Destaca-se a importante mudança que houve na execução de título extrajudicial em face da Lei 11.382/06. A utilização do sistema BACENJUD, nova forma de efetivação da penhora de valores em dinheiro, tem-se mostrado fundamental nessa nova etapa, apesar de uma discussão doutrinária e jurisprudencial acerca de sua constitucionalidade, que ainda está para ser decidida em Ações Diretas de Inconstitucionalidade em tramitação no Supremo Tribunal Federal. Aborda-se o processo antigo, as alterações ocorridas e, em análise prática, discute-se o novo processo de execução extrajudicial, para depois apresentar uma opinião conclusiva sobre um assunto considerado essencial para a agilização das ações de recuperação de valores.

Palavras-chave: Execução extrajudicial. Lei 11382/06: penhora *on line*. BACENJUD.

ABSTRACT

We will analyze the big reform in the extrajudicial execution by the law 11382/06. The use of BACENJUD system, new form research of money, is fundamental in this new level, perhaps a discussion in doctrine and jurisprudence about its constitutionality, that it will be judged by the Supremo Tribunal Federal. It's analysed the older process, the changes and, in pratic analisys, it's studied the new extrajudicial execution process, to then we have a conclusive opinion about a theme essencial to the efectivity of the action of recuperacion of credits.

Keywords: Extrajudicial execution. Law 11.382/06. BACENJUD. Recuperacion of credits.

Introdução

Trata-se da análise da reforma processual civil que abrangeu o processo de execução de títulos extrajudiciais, para os fins de agilizar a recuperação de valores, alterando o sistema antigo que não mais demonstrava a celeridade necessária ao êxito das demandas.

Demonstra a nova tendência na efetividade e desburocratização de procedimentos, acompanhando a reforma constitucional realizada através da Emenda 45/04. Comparando a situação anterior com a atual, vamos observar o que alterou e suas conseqüências práticas no feito, citando também jurisprudência sobre diversos casos de aplicação do novo processo nos tribunais.

1 O início da reforma: a lei 11382/06 e o Sistema BACENJUD

Na execução de títulos extrajudiciais, tínhamos o seguinte quadro antes da reforma: o credor ingressava com a ação e, quando o executado não indicava bens, tinha o exeqüente a responsabilidade de buscar o patrimônio penhorável do devedor.

Era opinião pacífica do Judiciário ser ônus do credor fazer toda essa pesquisa, num autêntico trabalho de investigação policial, ainda mais sob restrições como sigilo bancário, fiscal, dificuldades na localização de endereços e bens, inclusive em cartórios imobiliários de outras comarcas e até de outros Estados, muitas vezes com um alto custo e poucas chances de êxito. Não localizados bens não havia penhora, não havia embargos do devedor, enfim, o processo ficava estagnado, num autêntico enriquecimento indevido.

A reforma no Código de Processo Civil vem ocorrendo passo a passo. Partiu da reforma constitucional, do novo regime do agravo, da reforma da execução de título judicial, chegando à alteração da execução de títulos extrajudiciais.

A premissa básica está ligada ao Princípio da Eficiência no Poder Público, objetivando celeridade e efetividade nos processos. Sendo os princípios o fundamento de todo o sistema jurídico - a que Paulo Bonavides¹ define como "aquele valor vinculante mais alto que, positivado na Constituição, é suscetível de irradiar normatividade a todos os conteúdos constitucionais" -, haja a reforma legal que houver, os princípios transcendem, permanecendo como vigilantes e defensores do Estado de Direito. Portanto, ficam garantidos todos os direitos dos executados nos princípios que regem o processo executório e também nos princípios constitucionais, entre eles o da proporcionalidade, razoabilidade, ampla defesa e contraditório.

¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.45.

A Eficiência foi galgada à qualidade de princípio constitucional da Administração Pública por meio da Emenda 19/98. Tal princípio abrange não só a produtividade do exercente do cargo ou da função, como a perfeição do trabalho e sua adequação técnica aos fins visados pela Administração.

Na Emenda 45/04, que acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal, ficou ainda mais reforçado, e agora também no Judiciário, estipulando a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. De forma que a eficiência se dê não só no Executivo, como até antes era o enfoque, mas também no Judiciário, de forma a que o povo tenha uma resposta mais rápida dessas duas esferas do Poder Público.

1.1 O sistema BACENJUD

Já percebemos essa tendência reformista quando da implantação do sistema BACENJUD, pelo qual os tribunais interessados poderiam aderir, mediante convênio, adquirindo acesso ao SISBACEN.

A Justiça do Trabalho foi a primeira a firmar convênio, em 2002, passando a utilizá-lo a partir do ano seguinte, quando havia um universo de 1,5 milhão de ações trabalhistas em fase de execução, considerando-se naquele foro os valores, em sua maioria, relativos a verbas de natureza alimentícia. Passou a se realizar pesquisa de contas com abrangência nacional e, além disso, o sistema teve logo legitimidade reconhecida pelo TST, como podemos vislumbrar do acórdão abaixo citado:

RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO. PENHORA. LEGITIMIDADE DO BLOQUEIO DE CONTA PELO BANCO CENTRAL. A ordem dada ao Banco Central para o bloqueio de contas de sócios da executada emana de juízo trabalhista competente e, pois, não viola diretamente a literalidade do artigo 5º, LIV, da Constituição Federal. Não obstante tratar-se de matéria de 'lege ferenda', a situação apresenta analogia com a da incipiente penhora online, no sentido de que, mediante ordem de rastreamento de contas e bloqueio preventivo pelo órgão federal tecnicamente aparelhado para executá-lo, o Juízo culmina por inserir-se em jurisdição virtual, que não admite fronteiras. Além do mais, há o privilégio desbravador do crédito trabalhista, assegurado na legislação (Lei 6.830/80 e art. 186, CTN) e particularmente pelo art. 449, CLT. Incidência do art. 896, § 2º, da CLT".²

O Conselho de Justiça Federal, através da Resolução nº. 524, de 28/09/2006, também regulamentou a operacionalização do bloqueio e da penhora no foro federal, no exposto:

² TST, RR nº. 60822-2002-900-02-00. Rel. Juíza Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva. Brasília/DF, 07/03/2003.

Art. 1º Em se tratando de execução definitiva de título judicial ou extrajudicial, ou em ações criminais, de improbidade administrativa ou mesmo em feitos originários do Tribunal Regional Federal poderá o magistrado, via Sistema BACEN-JUD 2.0, solicitar o bloqueio/desbloqueio de contas e de ativos financeiros ou a pesquisa de informações bancárias.

Parágrafo único. No processo de execução, a emissão da ordem em comento poderá ocorrer desde que requerida pelo exequente, face à inexistência de pagamento da dívida ou garantia do débito (art. 659 do CPC e 10 da Lei nº. 6.830, de 22 de setembro de 1980), com precedência sobre outras modalidades de constrição judicial; podendo, nas demais ações, tal medida ser adotada inclusive *ex officio*.³

Na área tributária, já em 2005, a Lei Complementar 118 alterou o CTN, incluindo o art. 185-A, dando o primeiro passo para a instituição da penhora *on line* no processo tributário, como podemos ver:

Art. 185-A. Na hipótese do devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial.⁴

Na execução fiscal, muito embora não tenha havido alteração nos procedimentos, a penhora *on line* tornou-se perfeitamente utilizável, por aplicação subsidiária do CPC. Assim, neste processo o executado é citado para pagar ou garantir a execução, por nomeação de bens na ordem de preferência constante no art. 11 da Lei 6830/80. Tal relação, nos mesmos moldes do processo civil, tem dinheiro como primeiro item. Portanto, há uma interseção entre os artigos 11 e 655, razão pela qual a penhora *on line* se torna plenamente legítima também nos executivos fiscais, pois a finalidade precípua é a localização do bem dinheiro para ser penhorado, cujo instrumento pode ser o BACENJUD.

A grande questão suscitada foi a constitucionalidade dessa norma, tendo sido ajuizadas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº. 3091 e nº. 3203, que se encontram no Supremo Tribunal Federal sob a Relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, ainda não julgadas.

Alega-se, em suma, invasão do campo de competência da União Federal para legislar sobre direito processual e infringência às regras do

³ CJF. Resolução nº. 524, *on line*.

⁴ Código Tributário Nacional. Lei 5.172, de 25/10/1966. Acesso *on line*.

sigilo bancário, que não poderiam ser alteradas senão através de lei complementar.

Todavia, não houve instituição de novo tipo de penhora, regra processual ou nova possibilidade de quebra de sigilo bancário. A penhora é a mesma prevista no CPC, apenas o meio de pesquisa de bens, no caso, contas bancárias, é informatizado, com a vigilância do Poder Judiciário, haja vista o dever de observância aos direitos constitucionais.

Esclareça-se que o nome penhora " *on line*", virtual ou eletrônica, não demonstra ao certo a instrumentalização do sistema. Conforme esclarece Ronemberg⁵, juiz de direito em Pernambuco, o Poder Judiciário, ao acessar o sistema BACENJUD não realiza a constrição dos bens de forma a configurar uma penhora. O que ocorre é um bloqueio por meio eletrônico, ficando os valores indisponíveis das contas bancárias por aquele CPF no Banco Central. Após isso, os valores são transferidos para uma conta judicial à disposição do Juízo e só então ocorre verdadeiramente a penhora. O que mudou foi a informatização do procedimento.

A própria Justiça passou a colaborar para a rápida prestação jurisdicional, tendo, no entanto, o executado plenas garantias de se opor em juízo nos casos de impenhorabilidade e outras alegações de defesa.

Muito se tem debatido sobre a questão de afronta ao princípio da menor onerosidade da execução constante no art. 620, CPC, haja vista o bloqueio de contas bancárias quando se poderia realizar a pesquisa de bens móveis e imóveis previamente. Com a reforma conduzida pela Lei nº. 11382/06, essa argumentação fica afastada, como atesta decisão recente do STJ:

PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO. PENHORA ON LINE. POSSIBILIDADE. MENOR ONEROSIDADE PARA O DEVEDOR. ARTS. 620 E 655 DO CPC.

Conforme a pacífica jurisprudência desta Corte, a determinação de penhora *on line* não ofende a gradação prevista no art. 655 do CPC e nem o princípio da menor onerosidade da execução disposto no art. 620 do CPC. Precedentes. Agravo regimental desprovido.⁶

Muitas vezes a penhora de um outro tipo de bem pode se tornar mais oneroso para o devedor do que a constrição sobre contas bancárias, principalmente quando a dívida é de baixo valor. Por isso a necessidade de não se ter a penhora *on line* como afronta ao princípio da onerosidade, como podemos confirmar pelo acórdão seguinte:

PENHORA. DINHEIRO. Atende ao princípio da menor onerosidade (CPC 620) a penhora em dinheiro, pois

⁵ A penhora realizada através do bacenjud. *Jus navegandi*. Acesso *on line*.

⁶ STJ. 4ª Turma. AgRg no Ag 935.082/RJ, Rel. Ministro Fernando Gonçalves. Brasília/DF, 19/02/2008, DJ 03/03/2008.

evita avaliação de bem penhorado, bem como sua arrematação, o que acarretaria despesas ao devedor.⁷

No entanto, o STJ, em alguns julgados, ainda vem entendendo sobre a necessidade de prévio esgotamento das buscas na via extrajudicial nos casos de requerimento realizado nos autos antes do advento da Lei 11382/06, conforme decisão recentíssima abaixo transcrita:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. CONVÊNIO BACEN-JUD. PENHORA ON LINE DE DEPÓSITOS BANCÁRIOS. INDEFERIMENTO. DECISÃO. REGIME ANTERIOR AO ADVENTO DA LEI 11.382/06. EQUIPARAÇÃO. DEPÓSITOS BANCÁRIOS EM ESPÉCIE. EFETIVAÇÃO. MEIO ELETRÔNICO.

1. Esta Corte admite a expedição de ofício ao Banco Central do Brasil - Bacen para se obter informações sobre a existência de ativos financeiros do devedor, desde que o exequente comprove ter exaurido todos os meios de levantamento de dados na via extrajudicial.

2. A verificação do esgotamento das possibilidades extrajudiciais de localização de bens penhoráveis do agravado é obstada pelo teor da Súmula 7/STJ, *in verbis*: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

3. Ademais, impõe-se a manutenção do entendimento jurisprudencial desta Corte e do regime normativo anteriores aos casos em que o indeferimento da medida executiva ocorre antes do advento da Lei 11.382/06, que alterou o CPC quando incluiu os depósitos e aplicações em instituições financeiras como bens preferenciais na ordem de penhora como se fossem dinheiro em espécie (artigo 655, I) e admitiu que a constrição se realizasse por meio eletrônico (artigo 655-A).

4. Agravo regimental não provido.⁸ (grifo nosso)

Trata-se de conclusão em face de direito intertemporal. Todavia, como a nova regra processual, a partir de sua vigência, aplica-se nos processos em tramitação, há fundamento legal para o deferimento de pedidos de penhora *on line* realizados posteriormente, sem necessidade de esgotar previamente os meios extrajudiciais de pesquisa de bens.

Portanto, por que a necessidade de esgotar os meios extrajudiciais de pesquisa de bens, consultando cartórios imobiliários, Departamentos de Trânsito, Junta Comercial e outras entidades, quando a preferência na ordem legal é dinheiro e há um instrumento rápido e eficiente de

⁷ TJSP. 9ª Câmara Direito Público. Agravo 177345-5, Relator Des. Sidnei Beneti, v.u., julgado em 08/11/2000.

⁸ STJ. 2ª Turma. AgRg no Ag 944.358/SC, Rel. Ministro Castro Meira. Brasília/DF, 26/02/2008. DJ 11/03/2008.

realizar tal pesquisa? A reforma teve por finalidade agilizar a recuperação dos créditos em prol do credor e da sociedade, o que não se coaduna com a persistência do sistema anterior. Como podemos perceber das decisões que passamos a citar:

Ementa CIVIL E PROCESSO CIVIL. LEI 9.099/95. PENHORA ON LINE. BACEN JUD. SISBACEN. LEI Nº 11382, DE 2006. USO CABÍVEL. DESNECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DOS MEIOS. DIREITO DO JURISDICIONADO AUTOR. NÃO É MERA FACULDADE JUDICIAL. APLICA-SE NOS JUIZADOS ESPECIAIS. RECLAMAÇÃO PROVIDA.

Decisão CONHECER E DAR PROVIMENTO À RECLAMAÇÃO, POR UNANIMIDADE.⁹ (grifos nossos)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO REGIMENTAL. BENS PERECÍVEIS OFERTADOS À PENHORA. INEXISTÊNCIA DE BENS NÃO PERECÍVEIS E DE FÁCIL ALIENAÇÃO. AUSÊNCIA DO ÂNIMO DE ADIMPLIR. BACENJUD. BLOQUEIO DE CONTA CORRENTE E APLICAÇÕES FINANCEIRAS. ART. 185-A DO CTN. APLICABILIDADE.

Pela inovação trazida no art. 185-A, respeitados os prazos processuais pertinentes, não tendo sido garantido o Juízo pelo executado, o juiz decretará a indisponibilidade daquilo que pertence ao devedor, até o valor do crédito cobrado; Com o advento da Lei Complementar nº. 118/05, cujo objetivo foi trazer um mecanismo de imensa potencialidade, não mais fala-se em objeções à penhora em conta bancária do executado, como também não subsiste a necessidade de requerimento expresso ao Juiz da causa neste sentido; Por fim, não se pode olvidar que o art. 11, da Lei nº. 6.830/80, estabelece que a penhora recairá preferencialmente sobre quantia em dinheiro. Assim sendo, irreparável o despacho que concluiu por manter a decisão que determinou a indisponibilidade patrimonial das contas bancárias e aplicações financeiras do Agravante Regimental.¹⁰

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. BLOQUEIO DE ATIVOS FINANCEIROS VIA BACENJUD. LEGITIMIDADE. QUEBRA DE SIGILO. INEXISTÊNCIA.

Legítimo o bloqueio (de numerário suficiente à garantia da Execução Fiscal) via BACENJUD, já porque [a] compete ao credor apontar os bens penhoráveis do devedor; [b] a lei não exige exaurimento de pesquisas prévias acerca da existência de outros ativos (e.g. veículos ou imóveis); [c] inexistente, salvo por mero exercício

⁹ Turma Recursal do Distrito Federal/DF. Origem: 2º JECRIM. Acórdão 296542. Relator Juiz Robson Barbosa de Azevedo. DJDFT, 11/03/2008, p.206.

¹⁰ TRF-5ª Região. 2ª Turma. Aga 79193/01/PB. Relator Des. Fed. Petrócio Ferreira, j. 24/06/2007, DJ 30/08/2007.

de retórica, quebra de sigilo bancário (trata-se apenas de bloqueio limitado à garantia); e [d] a gradação do art. 11 da LEF (não-exaustiva) consagra o “dinheiro” como valor primeiro penhorável. O bloqueio (até o limite do débito) de ativos financeiros pelo Bacenjud, recentemente regulamentado pela Lei nº. 11382/2006, sobre atender à ordem preferencial de penhora nas execuções fiscais (CPC, art. 655, I), impescinde da exaustão das diligências para localização de outros bens penhoráveis que não “dinheiro”.¹¹

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENHORA E BLOQUEIO DE ATIVOS FINANCEIROS. POSSIBILIDADE. ESGOTAMENTO DAS DILIGÊNCIAS. DESNECESSIDADE.

Da leitura do art. 655, inciso I do CPC, bem ainda do incluso art. 655-A, com a redação determinada pela Lei nº. 11382/06, verifica-se a possibilidade de realização da penhora de ativos financeiros, eis que em primeiro lugar na ordem de preferências. Assim sendo, não mais se sustenta o entendimento de que a penhora em dinheiro só pode ser realizada após esgotados todos os meios disponíveis para a localização de bens penhoráveis do devedor.¹²

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. PENHORA ON LINE. SISTEMA BACENJUD. ART. 655, DO CPC. POSSIBILIDADE.

Nos termos do art. 655-A, do CPC, recentemente incluído pela Lei 11.382/06, havendo requerimento do exequente, independentemente do prévio esgotamento dos meios para a localização de bens do devedor passíveis de penhora, deve o julgador utilizar-se do sistema informatizado no BACEJUD, ou, na impossibilidade de fazê-lo, determinar a requisição de informações e bloqueio, através de ofício enviado ao Banco Central.¹³

Quanto à necessidade de citação pessoal para o procedimento da penhora *on line*, temos que a citação por edital é uma de suas modalidades, tendo regras previstas no art. 231 do CPC, sendo uma das formas regulares de formar a relação processual, de maneira ficta, como aduz a doutrina, razão pela qual, também nesse caso, há permissão legal para a utilização da referida penhora, sendo expressamente prevista no art. 654, CPC. Como destaca o jurista Costa Machado:¹⁴

¹¹ TRF-1ª Região. 7ª Turma. Agtag 200701000143197/PA. Rel. Des. Fed. Luciano Tolentino Amaral, j. 03/06/2007, DJ 17/08/2007.

¹² TJDF. 1ª Turma Cível. AGI 20070020093845. Rel. Des. Natanael Caetano, j. 19/09/2007, DJ 09/10/2007.

¹³ TJMG. 12ª Câmara Cível. AGTR 1.0002.06.008025-2. Rel. Des. Alvimar de Ávila, j. 05/09/2007, j. 15/09/2007.

¹⁴ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de Processo Civil Interpretado**. 6.ed. São Paulo: Manole. 2007, p.214-5.

Os ordenamentos jurídicos admitem-na em homenagem ao direito de ação e à necessidade social e política de que sempre possa ser exercido. A citação por edital tem cabimento em qualquer das hipóteses abaixo elencadas: I – quando desconhecido ou incerto o réu; II – quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontrar; III- nos casos expressos em lei.

Transcrevemos decisões do Superior Tribunal de Justiça:

É pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de ser cabível a citação editalícia no executivo fiscal quando esgotados todos os meios possíveis para a localização do devedor, o que ocorreu *in casu*. “Na execução fiscal, não sendo encontrado o devedor, nem bens arrestáveis, é cabível a citação editalícia (Súmula nº. 210/TFR). O CTN não proíbe a citação por edital, restando disciplinadas as modalidades de chamamento na LEF que, em seu art. 8º, III, prevê que, não se encontrando o devedor, seja feita a citação por edital, que tem o condão de interromper o lapso prescricional. Agravo regimental não-provido.¹⁵

O entendimento desta Casa é no sentido de que a citação por edital é válida, sendo prescindível a citação pessoal se frustradas as diversas tentativas de localização do devedor, inclusive por intermédio de oficial de justiça. Deste modo, tratando-se de citação válida (efetivada por edital), constituiu-se efetivamente hipótese interruptiva do prazo prescricional por aplicação jurisprudencial extensiva do disposto no art. 174, parágrafo único, I, do CTN: “A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva. Parágrafo único. A prescrição se interrompe: I - pela citação pessoal feita ao devedor. Recurso especial parcialmente conhecido e provido para restabelecer a sentença que reconheceu a prescrição da ação executiva do crédito tributário relativo ao IPTU dos anos de 1992 a 1996, determinando-se a extinção do feito.¹⁶

Assim, com a reforma da Lei 11382/06 passamos a uma fase nova deste processo, mais moderna e mais dinâmica, como expomos a seguir.

2 Abordagem prática do novo processo executivo extrajudicial

Ajuizada a ação de cobrança, com a citação, já é iniciado o prazo para embargos, haja ou não penhora, num prazo maior de 15 (quinze) dias. Abre-se o contraditório, garantindo-se, pois, a defesa sem necessi-

¹⁵ STJ. 1ª Turma. AgRg no Ag 745.192/RJ, Rel. Ministro José Delgado. Brasília/DF, 20/04/2006, DJ 22/05/2006, p.162.

¹⁶ STJ. 1ª Turma. REsp 850.930/RJ, Rel. Ministro José Delgado. Brasília/DF, 12/12/2006. DJ 01/02/2007, p.435.

dade de apresentação de exceção de pré-executividade ou outros artificios na falta de identificação de bens penhoráveis. Ou seja, pula-se aquela etapa difícil, quase intransponível da necessidade de garantia do juízo. A pesquisa é de logo realizada pelo oficial de justiça, atento à ordem descrita no art. 655, CPC, que tem dinheiro, em espécie ou em depósito em instituição financeira, como preferência.

Destaque-se que os embargos do executado não são mais recebidos com efeito suspensivo em regra, salvo quando houver fundamentos relevantes. E se o executado alegar excesso de execução deve indicar na peça de embargos qual o valor que acha devido.

Da mesma forma, iniciada a execução, o credor já pode, mediante certidão expedida pela Justiça, averbar no registro imobiliário e no cadastro de automóveis a existência da ação de cobrança, prevenindo assim a possível ocorrência de alienações fraudulentas, sem necessidade da obrigação de ajuizar ações cautelares.

E, havendo a citação, há uma sanção premial, qual seja, na hipótese de pagamento no prazo de três dias, os honorários são reduzidos à metade. E no prazo de embargos, o executado pode optar pelo depósito de 30% (trinta por cento) do valor da dívida e parcelar o restante em seis parcelas, o que assegura mais oportunidade de adimplemento sem necessidade da atuação do Estado.

Questões ligadas a depositário infiel passam a ser processadas e decididas nos mesmos autos da ação de execução, ficando dispensada a parte de ajuizar ação autônoma de depósito, o mesmo ocorrendo nos casos de condenação por litigância de má-fé.

Pelo art. 655-A do CPC houve a previsão da chamada *penhora on line*. A nosso ver, a grande alteração do processo. Com a necessária fiscalização judicial, via Banco Central, passou-se a ter um meio técnico e eficiente de pesquisa de valores monetários penhoráveis, que é a preferência entre os bens penhoráveis. E o executado tem a faculdade de requerer a substituição da penhora.

Acerca da preferência sobre dinheiro, que tem liquidez por natureza, transcrevemos comentários de Wambier:¹⁷

O art. 655-A permite que, para viabilizar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a pedido do credor, requirite ao Banco Central, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado. No mesmo ato, o juiz pode determinar que, havendo ativos, estes sejam desde já indisponibilizados, até o valor da execução. É a 'penhora on line'. Não se afrontará o sigilo bancário do devedor porque o Banco Central limitará a informar se existem depósitos ou aplicações até o valor da execução (art. 655-A, §1º). Será ônus do exe-

¹⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil**. Execução, p.195-6. v.2.

cutado, quando houver penhora *on line*, zelar para que a eventual impenhorabilidade dos valores depositados seja respeitada, cabendo argüi-la e comprová-la (art. 655-A, §2º). A determinação de indisponibilidade de numerário por meio eletrônico está desde logo autorizada pelo Código, no dispositivo ora referido.

Por meio do art. 666, CPC, houve mais uma alteração radical: a preferência do depósito do bem penhorado em bancos, depositários judiciais e particulares, só ficando depositado em mãos do devedor com a expressa anuência do credor.

Antes da reforma, a prioridade era o devedor como depositário, o que, na maioria das vezes, provocava problemas, tais como a dificuldade na localização do depositário e dos bens, a deteriorização, afóra alguns casos de procrastinação, haja vista que o executado, estando com o bem, já não tinha grande interesse no adimplemento da obrigação. E o credor também pode, se houver interesse, realizar alienação por iniciativa particular e também por meio da Internet, numa clara modernização de procedimentos.

O processo precisa se tornar eficiente e mostrar resultado à sociedade. Assim, o Judiciário, representando o Estado, também passou a fazer parte desta questão, pois também é parte do interesse público o adimplemento de obrigações, haja vista que esse retorno de aplicações e investimentos é salutar para a economia e para a sociedade, que se vê com mais oferta e disponibilidade de valores para a economia nacional.

Conclusão

Já podem ser sentidas, na prática, as diversas mudanças proporcionadas no procedimento executório. Privilegia-se o cumprimento da obrigação, a busca de bens, os acordos, parcelamentos.

Vislumbra-se o crescimento da recuperação de valores, visto a efetividade da nova forma de pesquisa de bens, mas, ressaltamos, sem desprezar os direitos dos devedores.

Temos percebido uma dificuldade em localizar endereços de devedores tanto por parte do Judiciário como pelos próprios credores, o que pode muitas vezes ser solucionado consultando-se os diversos bancos de dados disponíveis na Internet, ganhando-se um tempo precioso na busca pela recuperação dos valores.

A regra agora é a prioridade na movimentação do processo, preservados, certamente, todos os direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, que podem ser invocados a qualquer momento, daí a previsão de exceções na própria norma, tais como a concessão de efeito suspensivo aos embargos e a possibilidade de interposição de recursos de agravo de instrumento em qualquer fase processual.

Não podemos ver as alterações, entre elas a previsão do uso da penhora *on line*, como o meio de solução de todos os problemas do processo de execução, haja vista que tal processo, apesar de aparentemente simples, é bastante complexo, posto sua finalidade de propiciar ao credor recuperação de valores.

A ação tende a ficar menos burocratizada, mais simples, tendo tudo para se tornar mais célere e dinâmica. A reforma se constitui num instrumento de reformulação dos procedimentos de cobrança e pode inclusive servir como meio de política econômica, repercutindo no mercado financeiro, assegurando maior margem de retorno a quem disponibiliza crédito, e, por via de consequência, aumentando a oferta de recursos de investimento, o que, na atualidade, é o grande instrumento de alavancagem da economia nacional.

Referências

ALVIM, J.E. Carreira; CABRAL, Luciana G. C. A. **Nova execução de título extra-judicial. Comentários à lei 11382/06.** Curitiba/PR: Ed. Juruá, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 18.ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2007.

BRASIL. Código Tributário Nacional. Lei 5.172, de 25/10/1966. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 31/03/2008.

_____. Conselho de Justiça Federal. Resolução 524, de 28/09/2006. Disponível em www.cjf.gov.br. Acesso em: 07/04/2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. Recurso especial 850.930/RJ, Rel. Ministro José Delgado. Brasília/DF, 12/12/2006. DJ 01/02/2006, p.435

_____. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. Agravo Regimental no Agravo 745.192/RJ, Rel. Ministro José Delgado. Brasília/DF, 20/04/2006, DJ 22/05/2006, p.162.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Agravo regimental no agravo

935.082/RJ, Rel. Ministro Fernando Gonçalves. Brasília/DF, 19/02/2008, DJ 03/03/2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Agravo Regimental no Agravo 944.358/SC, Rel. Ministro Castro Meira. Brasília/DF, 26/02/2008. DJ 11/03/2008

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. 2ª Turma. Aga 79193/01/PB. Relator Des.Fed Petrúcio Ferreira, j. 24/07/2007, DJ 30/08/2007.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. 7ª Turma. Agtag 200701000143197/PA. Rel. Des. Fed. Luciano Tolentino Amaral, j. 03/07/2007, DJ 17/08/2007.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 60822-2002-900-02-00. Rel. Juíza Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva. Brasília/DF, 07/03/2003

BRASÍLIA. Turma Recursal do Distrito Federal/DF. Origem: 2º JECCRIM. Acórdão 296542. Relator Juiz Robson Barbosa de Azevedo. Diário da Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, 11/03/2008, p.206.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. 1ª Turma Cível. AGI 20070020093845. Rel. Des. Natanael Caetano, j. 19 set. 2007, DJ 09/10/2007.

MACHADO, Costa. **Código de processo civil interpretado**. 6ª ed., São Paulo: Ed. Manole, 2007.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. 12ª Câmara Cível. AGTR 1.0002.06.008025-2. Rel. Des. Alvimar de Ávila, j. 05/09/2007, j. 15/09/2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 9ª Câmara de Direito Público. Agravo 177345-5. Relator Des. Sidnei Beneti, v.u., julgado em 08/11/2000. Disponível em <www.tj.sp.gov.br/jurisprudencia>. Acesso em: 14/04/2008.

SILVA, José Ronemberg Travassos da. A penhora realizada através do BacenJud. **Jus navigandi**, 05/08/2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina>>. Acesso em: 31/03/2008

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato C.; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. vol. 2, execução. 9.ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

O paradoxo das *astreintes*

Paulo Franco Lustosa

Advogado da Caixa no Rio de Janeiro

RESUMO

A *astreinte* é um importante instrumento de coerção com o qual muitos ordenamentos jurídicos armam seus juízes para que estes consigam fazer seus julgados valerem. Consiste sua finalidade, portanto, em coagir o obrigado a cumprir determinada ordem judicial por meio de uma ameaça a seu patrimônio. Procurar-se-á demonstrar, neste artigo, que a reversão da *astreinte* para o autor da ação não se justifica diante da natureza jurídica desse instituto e, assim sendo, produz efeitos indesejados no mundo jurídico. A destinação do produto da multa coercitiva à parte credora da obrigação cumprida com mora enseja, inevitavelmente, a ocorrência de dois problemas: de um lado, uma confusão prática entre *astreinte* e reparação dos danos moratórios e, de outro, uma violação ao princípio que veda o enriquecimento sem causa. Ao final, serão abordadas possíveis soluções para os problemas discutidos, fiéis à finalidade do instituto e à instrumentalidade do processo.

Palavras-chave: *Astreinte*. Multa coercitiva. Enriquecimento sem causa. Danos moratórios.

RESUMEN

La *astreinte* es un importante instrumento de coerción con el cual muchos ordenamientos jurídicos armam sus jueces para que éstos consigan hacer valer sus fallos. Su finalidad consiste, por lo tanto, en constreñir al obligado a cumplir determinado orden judicial por medio de una amenaza a su patrimonio. En este artículo se procurará demostrar que a reversión de la *astreinte* para el autor de la acción no se justifica frente a la naturaleza jurídica de este instituto y, de esse modo, produce efectos indeseables em el mundo jurídico. El destino del producto de la multa coercitiva a la parte acreedora de la obligación cumplida con mora abre la oportunidad, inevitablemente, a la ocurrencia de dos problemas: de un lado, una confusión práctica entre *astreinte* y reparación de los daños moratórios; y, de outro lado, una violación al principio que impide el enriquecimiento sin causa. Al final, serán abordadas las posibles soluciones para los problemas planteados, fieles a la finalidad del instituto y a la instrumentalidade del proceso.

Palabras-llave: *Astreinte*. Multa coercitiva. Enriquecimiento sin causa. Daños moratórios.

Introdução

O presente trabalho tem por escopo analisar os problemas que decorrem da destinação da *astreinte*, no processo civil, para o credor da obrigação que se pretendeu ver adimplida com a cominação dessa medida. Não se fará, assim, um panorama geral do instituto, com exaustiva análise da sua eficácia na busca da tutela específica das obrigações e das diversas problemáticas processuais que suscita o uso desse instrumento.

A *astreinte* consiste em uma técnica de tutela coercitiva utilizada em muitos sistemas processuais para vencer a má vontade daquele que procura esquivar-se de adimplir uma prestação a que foi obrigado por ordem judicial. Ela caracteriza-se por exercer pressão psicológica sobre o devedor, por meio de ameaça a seu patrimônio, para que o mesmo cumpra a obrigação determinada no comando judicial.

Com efeito, a doutrina é escassa na abordagem do tema. Guilherme Rizzo Amaral, autor da primeira obra de peso no Brasil que aborda o instituto sob sua ótica própria, afirma ser inegável, “talvez por seu caráter *acessório* ao processo, eis que medida adotada justamente para o cumprimento de outras ordens judiciais, que as *astreintes* até hoje receberam tratamento secundário, seja pela jurisprudência, seja pela doutrina.”¹

Entre nós, o instituto é tratado por processualistas, sem atrair a atenção dos pensadores do direito civil. Não por acaso, as obras sobre a multa costumam apegar-se às diversas questões processuais que decorrem da aplicação dessa medida de constrangimento indireto do réu, certamente não desprezíveis, de modo que a literatura jurídica, ainda tímida no assunto, não se aprofunda nas implicações materiais que concernem ao instituto.

Tais implicações – ditas materiais – que decorrem do uso da *astreinte*, na forma como esta se encontra configurada na maior parte dos ordenamentos que houveram por admiti-la, constituem justamente o objeto deste artigo. Já a esta altura, e assumindo o risco de passar por repetitivo, cumpre novamente salientar que os problemas a que se faz referência são aqueles que decorrem da premissa – tida como um dogma pela maioria – de que o crédito da multa deve ser revertido em favor do autor da ação judicial.

Destinando-se a multa ao credor da obrigação cumprida com mora, tem-se, inevitavelmente, uma das seguintes situações emblemáticas: de um lado, uma grave confusão entre *astreinte* e indenização ou, de outro, uma notória ofensa ao princípio que veda o enriquecimento sem causa. Eis os dois problemas de que se ocuparão os Capítulos 2 e 3, antes uma análise do instituto da *astreinte* que se empreenderá ao longo do Capítulo 1.

¹ AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 19.

Finalmente, por tratar de alguns assuntos polêmicos e outros pouco navegados, é preciso que se diga que este trabalho não tem o condão – e jamais poderia tê-lo – de solucionar os problemas abordados, embora se arrisque a propor possíveis caminhos em sua conclusão. Seu principal objetivo é chamar a atenção, daqueles que os ignoram, para os problemas da destinação da multa processual ao autor da ação, o que se buscará atingir através de uma perspectiva crítica desse aspecto do instituto.

1 A astreinte

1.1 A tutela específica das obrigações

De acordo com Popp, no que tange “à evolução da forma da exigibilidade do cumprimento das obrigações inadimplidas, percebe-se que ela navega sempre em busca do meio termo entre o direito do credor ao adimplemento do devedor e o direito deste à sua liberdade.”² Isso porque se tem, de um lado, um *direito de crédito* (que, muitas vezes, não será satisfeito pelo devedor senão por força de alguma medida coercitiva) e, de outro, uma *pessoa humana* (a quem o Direito deve proteção impedindo a violação de sua dignidade.)³

Sendo o processo um instrumento de realização concreta do direito material, sua ambição está em assegurar ao titular do direito violado o resultado que produziria a atuação espontânea das normas substantivas. Para tanto, deverá o Estado-juiz dispor de meios eficazes para a proteção dos credores, sem, contudo, afrontar a dignidade da pessoa do devedor.

Dada a urgência com que se deve buscar o chamado *processo de resultados*, a temática referente à tutela executiva das obrigações, sem dúvida desafiadora, está na moda entre os estudiosos do processo civil. Como se sabe, a ineficácia prática das decisões judiciais contribui de forma considerável para a perda de credibilidade da atividade jurisdicional. De nada adianta o rigor teórico das sanções se o Judiciário não dispuser de instrumentos eficazes para fazer valer, com presteza, suas decisões.

E nessa busca incessante da *efetividade do processo* ou daquilo que se convencionou chamar acesso à justiça, como preferem outros, exsurge a *astreinte* como uma medida de extrema eficiência, cada vez mais utilizada em diversos ordenamentos jurídicos, sobretudo naqueles de tradição

² POPP *apud* AMARAL, 2004, p.24-5. Embora o autor mencione a *liberdade individual* (lato sensu) do devedor como o limite ao alcance da tutela específica, é preferível referir-se à *proteção da pessoa humana*, a despeito da redundância da expressão, por guardar esta consonância com as transformações ocorridas no interior da ordem civil e sobretudo na consciência moral da sociedade na chamada era das incertezas, conforme sugere MORAES, 2003, p.73.

³ O princípio da dignidade da pessoa humana tem como subprincípios a liberdade, a igualdade, a integridade psicofísica e a solidariedade, conforme leitura de BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 85.

romano-germânica (*civil law*). Sua virtude está justamente em acomodar harmoniosamente a busca do adimplemento de determinada obrigação pela pessoa do devedor e a dignidade deste, sem prejuízo de sua eficácia.

É por esse motivo que não se poderia iniciar uma abordagem sobre *astreinte* sem que se fizesse expressa referência ao hoje tão invocado *processo civil de resultados*, que reclama por instrumentos eficazes para a tutela específica das obrigações. As *astreintes* servem de instrumento para que o juiz garanta a observância do princípio da utilidade, por força do qual deve o processo assegurar ao vencedor tudo aquilo que ele tem direito a receber, da forma mais rápida e com menor sacrifício para o vencido.⁴

A tutela específica tem por escopo assegurar ao beneficiário da obrigação o preciso resultado prático que seria atingido pelo adimplemento. Quando se fala em execução específica, pressupõe-se que a prestação constante do título consista em uma obrigação de fazer, de não fazer ou de dar coisa diferente de dinheiro. Em outras palavras, ressalva a doutrina que a tutela específica não se aplica às obrigações pecuniárias, visto que estas podem ser objeto de execução forçada, ou seja, podem ser satisfeitas por meio de constrição sobre o patrimônio do obrigado.

Deve-se a Chiovenda a clássica distinção entre os meios executivos de *coação* e de *sub-rogação*. Os meios executivos são as diversas medidas que a lei permite aos órgãos jurisdicionais utilizarem-se para a obtenção prática de um bem. O uso de um ou de outro se determina de acordo com a natureza dos bens a conseguir. Dada a relevância da diferenciação, convém transcrever as definições traçadas pelo autor:

a) *Meios de coação*. Dizem-se meios de coação os com que os órgãos jurisdicionais tendem a fazer conseguir para o credor o bem a que tem direito *com participação do obrigado*, e pois, se destinam a influir sobre a vontade do obrigado que se determine a prestar o que deve. Tais são as multas; o arresto pessoal; os seqüestros com função coercitiva.

b) *Meios de sub-rogação*. Meios de sub-rogação dizem-se aqueles com que os órgãos jurisdicionais objetivam, por sua conta, fazer conseguir para o credor o bem a que tem direito *independentemente de participação e, portanto, da vontade do obrigado*. Tais a apreensão direta das coisas determinadas que o credor tenha direito; a apreensão das coisas móveis ou imóveis do devedor para convertê-las em dinheiro com o fim de satisfazer os créditos; a realização direta da atividade devida pelo devedor, se fungível; o emprego da força para impedir que o devedor realize uma atividade em contraste com a obrigação de não fazer.⁵

⁴ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.79.

⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução de Paulo Capitanio e notas de Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Saraiva, 1969. v.I, p.349-50.

A *astreinte* é um meio de coação. Visa a atingir o adimplemento da prestação com a participação do devedor. Sendo uma multa coercitiva, a *astreinte* atua sobre a vontade do devedor, sem dispensá-la. Aliás, nesse ponto reside a peculiaridade do instituto: a colaboração do obrigado é um pressuposto para a sua atuação, já que a natureza da obrigação a que se visa adimplir não admite execução forçada, restando ao Estado-juíz o poder de impor medidas coativas que têm por fim conseguir a satisfação do credor com a colaboração do devedor, constrangido a cumprir sua obrigação para evitar males maiores.⁶

Como se vê, a *astreinte* é apenas um entre tantos meios executivos de que o juiz pode dispor para garantir o cumprimento de suas decisões. A Constituição Federal autoriza, por exemplo, embora de forma excepcional, a prisão civil do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia. As medidas de coerção do obrigado variam no tempo e no espaço, conforme visto, em função da proteção dispensada pelo ordenamento jurídico ao crédito, em detrimento da dignidade do devedor.

Por muito tempo, o brocardo *nemo ad factum praecise cogi potest*,⁷ segundo o qual ninguém pode ser forçado a prestar fato pessoal, funcionou como obstáculo intransponível para a tutela dos deveres de fazer e de não fazer. Com efeito, é mais fácil, para o processo, garantir o cumprimento das obrigações de dar que das obrigações de fazer ou não fazer.

Considerando-se o enfoque específico deste trabalho, não será possível desenvolver uma análise das medidas empregadas no direito comparado ao longo da história.⁸ Não obstante, não se poderia deixar de mencionar um instituto do sistema da *common law*, análogo à *astreinte*, do qual se tem ouvido falar com cada vez maior frequência em todo o planeta: o *contempt of court*,⁹ bem como o sistema de medidas coercitivas do direito alemão, que possibilita ao juiz a aplicação de pena pecuniária (*Zwangsgeld*)¹⁰ e de prisão do devedor (*Zwangshoft*).

⁶ Daí a assertiva de que não se trata de atividade propriamente executiva, porquanto a execução forçada, em sentido técnico, pressupõe a satisfação do credor independentemente da colaboração do devedor (Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 21.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.218).

⁷ A fórmula é atribuída a Antonio Fabro, em 1626 (cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de Execução**. 3.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1968, p.168).

⁸ V., por todos, GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: RT, 1999, p.70-148.

⁹ Em linhas gerais, o *contempt of court* pode ser definido como o desrespeito à autoridade do juiz, suscetível de severas sanções. Diz-se *civil contempt* quando seu objetivo é induzir a parte a cumprir uma ordem judicial e *criminal contempt* quando se trata apenas de punir uma conduta desrespeitosa – daí a assertiva de que a primeira forma volta-se ao passado, enquanto a segunda dirige-se ao futuro (GUERRA, 1999, p.95). Merece destaque, considerando-se a temática versada neste trabalho, o entendimento majoritário que admite que a medida sirva para compensar o litigante prejudicado pelo desrespeito à ordem judicial.

¹⁰ O modelo de coerção através da pena pecuniária, semelhante à *astreinte*, destaca-se porque reverte a importância arrecadada ao Estado, e não ao credor. Os meios de coação apenas podem ser utilizadas para a tutela das obrigações de fazer infungíveis e de não fazer (GUERRA, 1999, p.138).

1.2 Breve histórico

Na França, o movimento político de libertação individual que culminou no fim do Antigo Regime levou à abolição das medidas de coação sobre a pessoa do devedor. Com a Revolução Francesa, a consagração da liberdade individual no *Code Napoléon* chegou ao ponto de atribuir ao devedor de qualquer obrigação de fazer ou de não fazer a faculdade de exonerar-se com o pagamento de seu equivalente pecuniário.¹¹

Contra a tese de que as obrigações de fazer e de não fazer seriam “juridicamente não obrigatórias”, evoluiu a doutrina reconhecendo que, nesses casos, possui o credor o direito ao cumprimento da prestação *in natura*. Fazia-se necessário, então, que se armassem os juízes com eficazes instrumentos para garantir a execução específica das obrigações. Foi esse o contexto no qual os tribunais franceses criaram as *astreintes*, que se caracterizavam por uma condenação do réu a uma soma de dinheiro para pressioná-lo a cumprir determinada obrigação. O valor da sanção multiplicava-se de acordo com o tempo de demora na realização da prestação, podendo crescer indefinidamente.

A literatura francesa é quase uníssona ao noticiar que a primeira utilização da medida deu-se em decisão proferida em 25/03/1811, pelo Tribunal Civil de Cray, vindo a consagrar-se em definitivo pela Corte de Cassação em 1825. De início, a *astreinte* sofreu severas críticas da doutrina sobretudo em virtude de sua criação pretoriana. Eram três os principais argumentos aduzidos:

- a) o princípio da separação dos poderes havia retirado do juiz o seu *imperium*, reduzindo o seu papel ao de “dizer o direito” (*jurisdictio*);
- b) a medida feria o princípio segundo o qual *nulla poena sine lege*, eis que se tratava de uma pena civil sem previsão legal;
- c) contrariava o *adágio nemo ad factum praecise cogi potest*.

Apesar das críticas, o juiz J. E. Frias esclarece que:

A jurisprudência francesa, atendendo à eficácia da medida, desconsiderou os ataques da doutrina e continuou aplicando-a, ainda que sob o rótulo de perdas e danos, não permitindo, assim, que o instituto percesse. Justificando que a *astreinte* não se dirige à pessoa do devedor mas a seu patrimônio, alegou-se que a medida não se constitui em pena que haveria de ser prevista em lei, bastando a autorização genérica de que o tribunal, atendendo às circunstâncias, pode aplicar a injunções. Assegurando que o brocardo *nemo potest cogi praecise ad factum* proíbe injunções contra a pessoa e não contra os bens, os tribunais admitiram a aplicação das *astreintes*. Tendo como certo, por fim, que a jurisdição, além da atribuição de constatar que o fato é

¹¹ É o que se conclui da redação do art. 1.142 do aludido Diploma Legal: “*toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d’inexécution de la part du débiteur*”.

desconforme com o direito, tem a de determinar que tal desacordo cesse, a jurisprudência francesa teve como justificada a *astreinte*.¹²

A evolução do instituto na França caracterizou-se por embaraços com a reparação dos danos decorrentes do descumprimento da ordem judicial. Daí porque afirma Jacques Boré que a história da *astreinte* judicial é dominada por sua ruptura progressiva com a teoria das perdas e danos.¹³ Podem-se destacar três espécies de *astreinte* que foram consagradas em momentos distintos na experiência francesa:

a) *astreinte comminatoire* (cominatória) – trata-se de medida puramente coercitiva que não serve para reparar o prejuízo futuro decorrente da mora; seu valor cumula-se com o da indenização que o réu será obrigado a pagar caso a desobediência à ordem judicial cause danos ao autor;

b) *astreinte non-comminatoire* ou *dommages-intérêts* (não cominatória ou perdas e danos) de caráter definitivo – confunde-se com a indenização na medida em que serve para assegurar a reparação do dano moratório; seu valor, contudo, independe da extensão das perdas e danos do credor da obrigação; e

c) *astreinte non-comminatoire* ou *dommages-intérêts* (não cominatória ou perdas e danos) de caráter provisório – também serve para reparar o dano moratório, mas sua liquidação limita-se ao valor correspondente aos danos sofridos pelo credor.

Os primeiros julgados aplicavam a medida sob a nomenclatura de perdas e danos (*dommages-intérêts*),¹⁴ o que já denota um nascimento confuso do instituto. Nessa fase primitiva, embora muitos a encarassem de forma independente da indenização, predominou o entendimento de que a *astreinte* tinha o condão de assegurar a reparação do dano, mas sem vincular-se ao valor do dano. Acreditava-se que a medida revestia-se de um caráter coercitivo porque seu valor geralmente superava o da indenização.

Com o tempo, a doutrina passou a consentir quanto ao caráter unicamente coercitivo da medida, argumentando que a imprecisão jurisprudencial se restringia à terminologia utilizada. Planiol e Ripert afirmam que, a partir de 1920, as decisões da Corte de Cassação acabaram

¹² FRIAS, J. E. S. A *astreinte*, do direito estrangeiro ao brasileiro. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul**, ano IV, 1982, n.14, 2º trimestre, p.11/20.

¹³ BORÉ, *apud* GUERRA, 1999, p.110.

¹⁴ A denominação *astreinte* apenas veio a se consolidar no final do séc. XIX. O vocábulo encontra sua origem no verbo latino *adstringere* (ou *astringere*), que significa "obrigar, sujeitar, apertar, constranger". O termo *astreinte*, em francês, significa "constrangimento" e tem sido utilizado em todo o direito comparado, seja porque não é de tradução fácil, seja porque seu uso já se generalizou no mundo jurídico (essa é a explicação de Santiago Cunchillos y Manterola, tradutor da obra de Louis Josserand. V. JOSSERAND, Louis. **Derecho civil: teoría general de las obligaciones**. Tradução de Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Bosch y Cia, 1950. t.II, v. I, p. 473-4).

opondo o sistema da *astreinte* e o das perdas e danos em termos tais que nenhuma aproximação era mais possível entre eles.¹⁵

Todavia, entre os anos de 1949 e 1959, a jurisprudência francesa passou a limitar o valor da *astreinte* ao valor real do prejuízo sofrido pelo credor em virtude da mora do devedor. A mudança de entendimento deveu-se a uma lei, relativa às ações de despejo, que determinou que a *astreinte* não poderia ultrapassar o valor da quantia equivalente ao prejuízo causado pelo locatário. A partir de então, orientou-se a jurisprudência pela extensão da regra a qualquer situação em que a medida fosse utilizada.

Tal orientação, contudo, subtraiu da *astreinte* sua força coercitiva que, afinal, era a sua razão de ser. De fato, se, no momento da liquidação da *astreinte*, tinha o juiz a obrigação de reduzi-la ao montante do prejuízo moratório, estava-se-lhe atribuindo apenas efeito ilusório, pelo que concluem Mazeaud e Mazeaud que a solução representava a morte da *astreinte* e de sua eficácia, que passara a ser suscetível de fazer pressão apenas sobre os devedores ignorantes da jurisprudência.¹⁶ A esse respeito, revela-se interessante a observação de Starck; Roland; Boyer:

Assim compreendida, a *astreinte* perdia grande parte de sua eficácia e, por via de consequência, de sua utilidade. Ela só era capaz de ameaçar os devedores que eram ignorantes o bastante, sobre a jurisprudência, para se deixarem intimidar por condenações de extrema severidade, na aparência apenas, de tal maneira que esta pode ser qualificada como a instituição da 'armadilha do credor ingênuo'.¹⁷

Foi por esse motivo que, em 20 de outubro de 1959, a *Chambre Civile – 1ª Section Civile da Cour de Cassation* passou a admitir a fixação de um valor para a medida independente das perdas e danos decorrentes da mora do réu. O acórdão consagrou-se como a salvação da *astreinte*, que se encontrava ameaçada a desaparecer.¹⁸ A partir de então, prevaleceu o entendimento de que a medida não compõe a indenização, tampouco lhe é alternativa.

Além do Brasil, esse modelo de medida coercitiva judicial foi adotado por Portugal, Suíça, Benelux, Líbano, Uruguai, Japão e Egito, entre outros.¹⁹

¹⁵ PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. **Traité Pratique de Droit Civil Français**: Obligations. 2.ed., Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1954. Tome VII, p.107.

¹⁶ MAZEAUD; MAZEAUD. *apud* FRIAS, 1982, p.12.

¹⁷ STARCK; ROLAND; BOYER, *apud* GUERRA, 1999, p.113.

¹⁸ Cf. JURISPRUDENCE ... 1960, p.116-7.

¹⁹ Cf. GUERRA, 1999, p.108; TALAMINI, 2001, p.58; FRIAS, 1982, p.17; JURISPRUDENCE ... 1960. p.672; ASSIS, 2003, p.455.

1.3 Natureza jurídica

A natureza de um instituto sofre evolução ao longo do tempo. Além disso, em uma mesma época, certo instituto pode ser concebido de formas diferentes, em lugares distintos. E não é só: mesmo em um determinado espaço e em um dado momento, divergências pode haver quanto à função por ele exercida.

Com efeito, a natureza jurídica é essencial para a compreensão do instituto, servindo de fundamento norteador para a solução das diversas controvérsias que lhe possam dizer respeito. Analisemos cada uma das funções possivelmente desempenhadas pelo instituto, com o fim de identificar sua natureza.

1.3.1 Função coercitiva (ou cominatória)

Trata-se da essência da *astreinte*, que é um instrumento de criação pretoriana cujo escopo consiste justamente em compelir o réu a cumprir suas obrigações judiciais. A esse respeito, comenta Josserand que:

Graças à progressão que a caracteriza, esse sistema é de eficiência e segurança a toda prova: não há fortuna que possa resistir a uma pressão contínua e incessantemente acentuada; a capitulação do devedor é fatal; vence-se a sua resistência, sem haver exercido violência sobre sua pessoa: procede-se contra seus bens, contra sua fortuna, contra seus recursos materiais.²⁰ (tradução livre)

A medida não possui, portanto, fim em si própria, sendo sempre acessória a determinado comando judicial. Enquanto uma técnica destinada ao alcance de determinado objetivo, só tem razão de existir quando este objetivo ainda é almejado.

Note-se que a função coercitiva consuma-se com a ameaça ao patrimônio do réu, sendo-lhe indiferente a destinação do montante que eventualmente se retire deste. Tendo por beneficiário o demandante da ação, a *astreinte* puramente coercitiva proporcionar-lhe-á necessariamente um enriquecimento sem causa.

1.3.2 Função reparadora (ou ressarcitória)

Como se viu, embora concebida para pressionar o devedor a cumprir suas obrigações, a *astreinte* exerceu função reparadora em determinados momentos na experiência francesa. Servia, pois, para compensar danos futuros que decorressem da desobediência do réu ao comando judicial.

²⁰ JOSSERAND, 1950, p.474.

Desde muito tempo, porém, não se atribui à *astreinte* caráter compensatório, seja na França, seja no Brasil. Esse entendimento é incontroverso na doutrina e na jurisprudência atuais, estando explícito em diversas legislações.

Não obstante, procurar-se-á demonstrar que, em função da destinação da soma que resulta da incidência da *astreinte* para o credor da obrigação, é comum que os julgados procurem abarcar a indenização pelos danos moratórios já na cominação da multa. Embora problemática, a solução simplificaria ao máximo a prestação jurisdicional. Nesse contexto, é importante que se façam alguns breves comentários acerca dos efeitos que o reconhecimento da prévia liquidação do dano causaria ao instituto processual da *astreinte*.

Se a *astreinte* limita-se a prefixar as futuras perdas e danos, ajustando-se, na fase de liquidação, aos contornos quantitativos do prejuízo real, será ela desprovida de função coercitiva. Isso porque a responsabilidade civil já preceitua o dever de reparar o dano causado a outrem de forma culposa, razão pela qual, nessa concepção, o efeito constrangedor restaria comprometido.

Logo, para que o instituto possa comportar, simultaneamente, o caráter de reforço da obrigação principal e de indenização antecipada, é necessário que a multa seja infligida em valor exorbitante (excedendo ao provável valor a que corresponde o dano futuro) e de forma definitiva (sem que, *a posteriori*, se tenha que observar o prejuízo real). Em outras palavras, haverá de existir na medida um montante destinado à reparação do dano moratório e, necessariamente, outra parcela que sirva para estimular o réu a realizar a prestação que lhe foi imposta judicialmente. Todavia, a combinação é grave porque essa parcela cominatória, se revertida para o autor da ação, proporcionar-lhe-á um enriquecimento sem causa.

1.3.3 Função punitiva (ou sancionatória)

Finalmente, insta analisar se a medida tem por escopo punir o réu pela sua transgressão à ordem do juiz. Não são poucos os autores que afirmam que a *astreinte* é dotada de eficácia moralizadora, servindo como instrumento de proteção da dignidade da justiça. Segundo Alvim, as medidas cominatórias, na verdade, resultam com maior razão de um atraso no cumprimento de um mandamento judicial do que de um atraso no cumprimento de uma obrigação, funcionando, pois, como um castigo em razão da desobediência.²¹

Todavia, para Amaral, "afirmar ser a *astreinte* um instrumento em prol da dignidade da Justiça é fazer pouco caso desta."²² O autor lança

²¹ ALVIM, J. E. Carreira. **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 114.

²² AMARAL, 2004, p.57.

três argumentos para justificar sua posição. Em síntese, alega que a medida não abrange todas as obrigações; que cabe somente ao autor – e não ao Estado – executar a multa incidente; e, por fim, que a multa não sobrevive se, cominada em decisão interlocutória, esta, embora descumprida, vier a ser reformada.

Parece assistir razão, assim, à corrente que denega o caráter punitivo da *astreinte*. O próprio nascimento do instituto denota que não foi ele concebido para punir o réu recalcitrante. Aparenta ser uma pena somente porque, em caso de desobediência à ordem judicial, o devedor terá seu patrimônio invadido. Mas a punição em decorrência da transgressão ao comando judicial se dá, em nosso direito, por outros instrumentos, tais como:

a) multa por resistência injustificada ao andamento do processo, configurando litigância de má-fé (art. 18 do Código de Processo Civil);

b) multa aplicável àquele que não cumprir com exatidão os provimentos mandamentais ou criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais (art. 14 do Código de Processo Civil);

c) crime de desobediência (art. 330 do Código Penal).

Não obstante, é razoável reconhecer que a *astreinte*, exatamente por reforçar os provimentos mandamentais, contribui para a dignidade do Judiciário. Não há contradição em se admitir que, da medida, sucede um efeito útil (ou acidental) moralizador da atividade jurisdicional.

1.4 A destinação da multa e a indústria das *astreintes*

Eis aqui o cerne dos problemas que se pretende discutir neste artigo: o dogma de que o valor resultante da *astreinte* deve beneficiar a parte contrária da relação processual, isto é, o autor da ação. Diz-se dogma porque, aparentemente, trata-se de um ponto tido como indiscutível na literatura jurídica brasileira.

De um modo geral, considera-se justo que a verba arrecadada com a aplicação da *astreinte* seja revertida em favor do próprio credor da obrigação reconhecida na condenação principal. Afinal de contas, foi ele quem realmente se prejudicou com o atraso na realização da prestação que lhe era devida, e não o juiz, por ter tido um comando seu desobedecido.

Ignora-se, assim, a natureza da multa, na medida em que, enquanto uma técnica judicial de tutela coercitiva e acessória, seu objetivo único está em influir no ânimo do devedor, psicologicamente, para que o mesmo cumpra sua prestação. Para essa função coercitiva, repita-se, é indiferente a destinação da multa. Ou seja, não se propondo a reparar o prejuízo que o devedor pode causar ao credor, não há por que se considerar justo que este seja o beneficiário da multa que aquele tenha que pagar. Se dano houve em decorrência da mora do devedor, nascerá para este o dever de repará-lo.

Na França, devido ao seu desenvolvimento a partir da indenização, as *astreintes* foram concebidas em benefício do autor da ação. Entretanto, ao contrário do que se observa entre nós, essa premissa foi – e até

hoje é – muito criticada pela doutrina. Nessa orientação, expressiva é a contribuição de Perrot, destacada por Guerra:

Além de que a equidade nem sempre encontra sua expressão correta, se se considera que o atraso da execução já tem sua reparação nos juros moratórios (...), é mesmo surpreendente que uma ofensa feita ao juiz se traduza em um prêmio oferecido ao credor. Para justificar a *astreinte* se proclama abertamente (e tem-se mil razões) que a autoridade do juiz não pode ser rebaixada. Mas o pobre juiz não pode se fazer respeitar a não ser engordando a bolsa de uma das partes!²³

Nosso direito orientou-se em sentido semelhante. O curioso é que não há previsão legal que estabeleça a reversão do crédito resultante da imposição de multa coercitiva para o credor. Mas a titularidade deste é indiscutível na jurisprudência.²⁴ Já nos processos coletivos, o crédito derivado da multa destina-se aos fundos de que tratam a Lei de Ação Civil Pública e o Estatuto da Criança e do Adolescente.²⁵

Na Alemanha, o sistema executivo típico reservou às prestações de fazer infungíveis e de não fazer o uso dos meios coercitivos (*Zwangsstrafen*). Uma dessas medidas consiste em uma multa cominatória, a todas as luzes, similar à *astreinte*, que é revertida ao Estado, e não ao credor. É importante salientar que, ao contrário do que se poderia pensar, a multa não exerce função punitiva, sendo de natureza puramente coercitiva, a exemplo da *astreinte*.

Na esteira do modelo germânico, o sistema processual civil sugerido no Código Tipo para a América Latina, de 1988, prevê a reversão do crédito das medidas coercitivas patrimoniais para um fundo público. Assim seguiu o sistema vigente no Uruguai.²⁶

²³ PERROT *apud* GUERRA, 1999, p.123. Na esteira das marcantes críticas que se alastravam na doutrina, não faltaram tentativas para se alterar o beneficiário da soma resultante da *astreinte* na legislação francesa. No projeto de lei que se transformou no primeiro diploma legal a tratar da medida, de 1972, fora incluída disposição determinando que metade do valor da *astreinte* liquidada fosse destinada ao Tesouro Público, ficando a outra metade em favor da parte contrária. Já o anteprojeto da lei de 1991 dispunha que “o juiz pode decidir que uma parte da *astreinte* não seja destinada ao credor. Essa parte reverterá ao fundo nacional de ação social”. Ambas as propostas foram rejeitadas pelo Senado. Registre-se, contudo, que existe previsão legal no direito francês para a destinação de parte do crédito da *astreinte* cominada em Tribunal Administrativo para fundos públicos.

²⁴ Guerra supõe que a aceitação acrítica da titularidade do credor decorre da influência da solução adotada pela legislação francesa, que manteve, na disciplina dada à *astreinte*, o seu caráter privado, i.e., de uma sanção pecuniária que reverte em benefício do credor e não do Estado (GUERRA, 1999, p.205). Já Talamini acredita que, além da influência francesa, tal orientação tenha prevalecido por força do “Projeto Carnelutti” de reforma do processo civil italiano e pelos antecedentes luso-brasileiros da multa (TALAMINI, Eduardo. **Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e de Não Fazer**. São Paulo: RT, 2001, p. 257).

²⁵ Art. 13, da Lei nº. 7.347/85 c/c Decreto nº. 1.306/94; art. 214, da Lei nº. 8.069/90.

²⁶ TALAMINI, 2001, p.74.

Já o direito português adotou fórmula intermediária no que concerne à destinação da medida coercitiva pecuniária utilizada no processo civil. Determina o art. 829-A, do Código Civil que o montante resultante da incidência da sanção pecuniária compulsória será revertido, em partes iguais, para o credor e o Estado.²⁷

No entanto, é fato que a maioria dos países adota, ainda, sistemas de medidas coercitivas pecuniárias cujo respectivo crédito é revertido em favor do credor da obrigação reforçada. Entre nós, não se tem notícia de nenhum projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional que pretenda alterar a atual fórmula enriquecedora dos demandantes.

Nesse contexto, é importante que se incentive o debate sobre as conseqüências da reversão da quantia arrecadada a título de multa coercitiva, no processo, para o credor da obrigação principal. Dentre elas, destaca-se um fenômeno que se tornou marcante na prática forense brasileira: a “indústria das *astreintes*”.

O fenômeno é facilmente constatado a partir do momento em que, com freqüência, pessoas que vão a juízo para obter a satisfação de determinado direito, vislumbrando a possibilidade de se enriquecerem com o recebimento de uma eventual multa pelo descumprimento da ordem judicial, passam a preferir que seu direito não seja atendido pelo réu, ou ao menos que não o seja prontamente. Em outras palavras, o interesse em receber tais valores se torna mais atraente do que a própria prestação jurisdicional postulada. E o que é mais grave: o demandante, quando amparado pela *astreinte*, muitas vezes passa a “cultivar a multa”, deixando de informar ao juízo sobre o descumprimento da obrigação por longo período (ou até dificultando o adimplemento).

Amaral, embora defendendo a atual sistemática das *astreintes* no Brasil, reconhece a franca possibilidade de, atribuindo-se o crédito das *astreintes* exclusivamente ao demandante, “promover-se uma verdadeira corrida do ouro em busca da multa, e um esquecimento, muitas vezes, da questão que deveria ser central no processo: a busca da tutela específica.”²⁸ Adiante, o autor constata que:

Não raro, a parte demandante, aproveitando-se do descumprimento de ordem judicial, antes por incongruências internas das empresas demandadas do que por temor das mesmas em relação à multa, aguarda a incidência das *astreintes* por longo período de tempo para, somente então, promover a execução de quantias totalmente discrepantes e desproporcionais, se comparadas com o proveito econômico auferido pelo réu ao descumprir a ordem judicial.²⁹

²⁷ TALAMINI, 2001, p.71.

²⁸ AMARAL, 2004, p.202.

²⁹ AMARAL, 2004, p.227-8.

Nesse contexto, a multa deixa de ser um instrumento e passa a ser um fim em si próprio. Trata-se de uma verdadeira inversão da lógica do sistema processual: de instrumento para a realização de um direito material, o processo passa a ser visto como possível fonte de lucro.

2 A confusão prática entre *astreinte* e reparação de danos

2.1 A utilidade de se reconhecer na *astreinte* a prévia liquidação do dano moratório

Em sua origem, a *astreinte* foi consagrada sob a forma de perdas e danos, tendo por escopo assegurar a reparação do prejuízo futuro e, ao mesmo tempo, preveni-lo. Essa confusão tinha uma razão de ser: revertendo-se o crédito da multa para o credor, não se lhe poderia atribuir outra natureza senão a reparatória. Com efeito, não havia – e tal antinomia perdura até os dias de hoje – qualquer fundamento jurídico que justificasse esse direito de crédito não fosse ele relativo aos danos decorrentes da mora do devedor.

Josserand, em crítica à teoria da *astreinte intérêts et dommages* (ou *astreinte non-comminatoire*), que assumidamente condensava na medida pena e indenização, indica quatro elementos distintivos entre *astreintes* e perdas e danos. São eles:

a) as perdas e danos visam a substituir a execução *in natura*, ao passo que a *astreinte* visa a assegurar ao credor a dita execução;

b) as perdas e danos implicam a existência de um dano sofrido pelo credor, ao qual o deverá referir-se o Tribunal em sua decisão, mas a sentença que pronuncia a *astreinte* não tem sequer que comprovar a existência de prejuízo;

c) a *astreinte*, diferentemente das perdas e danos, não se fixa em função do dano sofrido pelo credor, mas, o que é bem diferente, em consideração à fortuna, aos bens do devedor recalcitrante; tudo depende da resistência a ser vencida que o tribunal aprecia soberanamente;

d) a *astreinte* tem eficácia transeunte; a decisão que a institui não é suscetível de execução provisória; seu fim é assegurar a execução: o dia em que o resultado houver sido obtido, não tem mais razão de ser; é suprimida ou reduzida.

Como se vê, a distinção teórica entre *astreinte* e indenização é tamanha – a primeira consiste em uma técnica processual de tutela coercitiva e acessória, ao passo que a segunda decorre da responsabilidade civil do devedor –, que melhor seria analisá-las sob o ponto de vista de sua única semelhança, qual seja, a reversão do crédito de ambas para o credor.

Chega a ser curioso o fato de que todos os autores que tratam do assunto fazem questão em diferenciar *astreintes* de perdas e danos, afirmando categoricamente que tais institutos jamais podem ser confundi-

dos. Em contrapartida, não se demonstra tanta preocupação com o fato de a multa aproveitar-se ao credor da obrigação, talvez por um sentimento implícito de equidade, já que o mesmo, em regra, arca com o prejuízo de não ter tido sua prestação satisfeita dentro do prazo que seu direito delimitava.

Embora Guerra sustente terem se tornado obsoletas as controvérsias sobre a natureza da *astreinte*,³⁰ a prática dos tribunais brasileiros revela que a *astreinte* não tem sido aplicada com uma tão segura abstração de sua natureza puramente coercitiva. Com efeito, a superação se deu com maior solidez no plano teórico: o fato de a multa favorecer ao credor faz com que se procure, ainda que tacitamente, aproveitar seu crédito para compensar eventual dano a ele causado.

A confusão evidencia-se com maior nitidez no âmbito dos Juizados Especiais, nos quais, à luz do princípio da celeridade, muitos juízes acabam aplicando a multa de forma ressarcitória. Desvirtuando a natureza puramente coercitiva do instituto, faz-se deste um mecanismo simplificado e econômico, embora nada técnico (e, por isso, perigoso), de pôr fim aos litígios.

Não se está sustentando aqui, por óbvio, que os juízes explicitamente predeterminam o valor da indenização em caso de mora do devedor no cumprimento das ordens judiciais. Tal prática jamais poderia sustentar-se diante do tão consolidado entendimento, inclusive expresso na lei brasileira,³¹ de que a multa não compõe a indenização, tampouco lhe é alternativa.

No entanto, não é arriscado afirmar que, em última análise, a *astreinte*, muitas vezes, substitui a reparação dos danos moratórios. Evidência desse atropelo da *astreinte* em seara que não lhe é própria está no fato de muitos juízes fixarem o valor da multa em consonância com os danos futuros que da mora poderiam advir,³² e não com a grandeza do patrimônio do devedor, a qual deveria servir como parâmetro único para a quantificação dessa medida de constrangimento indireto. E tal confusão dá-se, seja em virtude da mera satisfação (ou desinformação) do credor, seja para evitar um enriquecimento sem causa.

Pode ocorrer que o autor da ação contente-se com o recebimento do valor da multa em contrapartida pela demora no cumprimento da obrigação pelo réu. Neste caso, mesmo que haja renúncia tácita do credor ao seu direito correspondente à reparação do dano, verificou-

³⁰ GUERRA, 1999, p.115.

³¹ Art. 461, §2º, do CPC: “a indenização das perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287)”.

³² Curiosamente, Pontes de Miranda, a respeito das ações cominatórias, defende que: “a cominação é da pena pecuniária fixada pelo juiz, que para isso deve atender ao valor do prejuízo que a ofensa temida causaria” (Apud NUNES, Antônio de Pádua. Da cominação de multa diária. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2004, n.266, p.22-8, p.26).

se, em última análise, a substituição de uma espécie pela outra. Já a desinformação serve de fonte para a confusão quando o credor simplesmente ignora que possui, além do direito ao recebimento do crédito da multa, o direito a uma outra quantia, referente às perdas e danos que lhe haja causado a mora do devedor.

Ademais, supondo-se que o autor da ação, mesmo recebendo determinada quantia a título de *astreinte*, pretenda perceber algo a mais, seja porque o crédito da multa não foi suficiente para compensar seus danos moratórios, seja simplesmente porque o processo lhe oferece essa oportunidade (inexplicável) de se enriquecer, ajuizará o mesmo, posteriormente, ação de reparação de danos. Note-se que, a rigor, faz-se necessária a propositura de uma nova demanda cognitiva para avaliar a efetiva ocorrência e a extensão do dano provocado pela mora do devedor. Pois bem, nesta demanda, se ignorada a multa já recebida, haverá enorme locupletamento injusto. Por sua vez, caso o juiz não abstraia o fato de que o autor já se beneficiou com determinada quantia por força da mora do réu, o pleito indenizatório será julgado improcedente a fim de coibir um enriquecimento sem causa, ou procedente em parte, de modo que, do *quantum* indenizatório, seja descontado o valor recebido antecipadamente a título de multa. Em ambos os casos, a sanção pecuniária terá exercido o papel de ressarcimento do prejuízo moratório, fazendo as vias de indenização.

Em suma, em que pese a supostamente sólida superação da confusão entre *astreinte* e indenização, que certamente possuem origens distintas, o fato é que esse discernimento não tem como sobreviver no momento da liquidação do dano moratório, em que o juiz conhece o fato de que o credor já se beneficiou com o recebimento de determinada importância (por vezes, extremamente considerável) em decorrência da mora do devedor recalcitrante (embora não para ressarcir-la propriamente). Por outro lado, em se admitindo que o juiz seguiu à risca a natureza da multa, ignorando-a quando da quantificação do dano a ser reparado, está-se assumidamente aposentando o princípio que veda o enriquecimento sem causa.

Percebe-se, pois, que a distinção entre *astreinte* e indenização tende a se flexibilizar no caso concreto para se evitar um enriquecimento sem causa. Se a condenação do devedor ao pagamento da multa pode ser reduzida, ou até suprimida, para evitar o locupletamento do credor, é forçoso concluir que, na mão inversa dessa lógica, caso o credor já tenha recebido determinada quantia a título de *astreintes*, não lhe caberá receber qualquer outra importância para se evitar um enriquecimento sem causa. Afinal, conforme ressalta Pereira:

Tendo a indenização por objeto reparar o dano, o montante da indenização *não pode ser superior* ao prejuízo, pois se o for, as perdas e danos convertem-se em fonte de enriquecimento (*de lucro capiendo*), o que con-

fronta o princípio da equivalência, rompendo o binômio dano-indenização.³³

Certamente seria muito útil ao processo, enquanto instrumento, reconhecer na *astreinte* uma prévia liquidação do dano, matando dois coelhos em uma tacada só. Todavia, é preciso ter cuidado com tal “fungibilidade” entre multa e indenização. Dada a instrumentalidade do processo, essa concepção tortuosa do instituto da *astreinte* – que, a bem da verdade, traduz uma manobra bem intencionada em busca da celeridade e da economia processual – não pode passar por cima de princípios elementares do direito civil.

Já foi dito neste artigo que o valor da *astreinte* deve ser quantificado em função das condições econômicas do réu, a quem se pretende compelir ao adimplemento. Quanto à indenização, deve-se ter em mente, no momento de sua fixação, o valor correspondente ao dano, em atenção ao princípio segundo o qual a reparação do dano há de ser integral. Nas palavras de Lopes,

O princípio geral que rege a matéria de dano é o de que deve ele ser integralmente reparado, de modo a restabelecer o credor na posição que teria, se o devedor houvesse cumprido a obrigação que lhe incumbia. Essa obrigação por perdas e danos, contudo, não tem o caráter de pena, em razão do que, para a sua composição, não entra em linha de conta o grau de responsabilidade do devedor, mas a extensão ou a maior ou menor gravidade do dano.³⁴

Dessa forma, percebe-se que os critérios que orientam a quantificação da multa e da indenização nada têm em comum, daí o perigo de se utilizar o crédito da *astreinte* para fins de reparação do dano. Se a indenização mede-se pela extensão do dano, não há absurdo maior que permitir que o *quantum debeatur* seja previamente fixado, inclusive porque haverá sempre o risco de o prejuízo sequer vir à tona. O preestabelecimento das perdas e danos só deve ser admitido quando fundado na autonomia da vontade, o que se dá por meio da cláusula penal:

Se não se permite que o credor elimine ou enfraqueça os meios de reação predispostos na lei contra a mora e o inadimplemento, como instrumentos que assinalam a ilicitude da conduta do devedor, já nada impede que as partes reforcem ou assegurem antecipadamente a reação legal contra o não cumprimento, concretizando inclusivamente os efeitos práticos da sua aplicação. [...] pode-se dizer que a cláusula penal é a

³³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**: de acordo com a Constituição de 1988. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.312.

³⁴ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**: obrigações em geral. 6.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v. II, p.400.

estipulação pela qual as partes fixam o objeto da indenização exigível do devedor que não cumpre, como sanção contra a falta de cumprimento.³⁵

Com efeito, não se revela razoável admitir a possibilidade de que um instrumento judicial de coação do réu prejudique, de algum modo, o princípio da reparação integral do dano. A assertiva é abominável à luz da mentalidade instrumentalista do processo, na medida em que “os sucessos do processo não devem ser tais que superem ou contrariem os desígnios do direito material.”³⁶

Sendo assim, mantendo fidelidade à sua natureza jurídica, a *astreinte* pode – e deve – ser concebida como um instrumento de prevenção do dano, mas nunca de reparação. O uso desordenado do instituto (que tem lugar apenas por se reverter a multa em favor do credor) pode violar princípios elementares da responsabilidade civil.

3 O enriquecimento sem causa

3.1 Noções introdutórias

O problema do *enriquecimento sem causa* na aplicação da *astreinte* é, certamente, o que há de mais intrigante em relação a esse instituto. A perplexidade do problema está na premissa de que a *astreinte*, por natureza e inevitavelmente, gera um locupletamento ao autor da ação sem que haja qualquer causa jurídica capaz de justificá-lo.

Não obstante, a doutrina brasileira parece não demonstrar tanta preocupação com o problema, conforme já se deixou anotado neste trabalho. Talvez por um sentimento implícito de justiça, admite-se, de forma quase pacífica, que o autor receba além do que se prejudicou com a desobediência do réu à ordem judicial.

Em toda a bibliografia brasileira pesquisada sobre *astreinte*, poucos são os escritos que enfrentam o problema do enriquecimento sem causa³⁷. Este artigo pretende, portanto, denunciar exatamente essa postura conformada com que nossa doutrina tem tratado a matéria. Para

³⁵ VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 1999. vol. II, p.139.

³⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.42.

³⁷ Dentre os poucos que identificam o problema, convém destacar a crítica de Joaquim Spadoni ao modelo atual: “tal solução possui o grave inconveniente de atribuir à parte contrária da demanda o direito de receber uma quantia em dinheiro que não deriva da relação jurídica que possui com a outra parte e que não é aquela correspondente às perdas e danos a que eventualmente pode fazer jus. É a ela dada uma vantagem pecuniária, em detrimento da outra, sem que para isso se tenha um respaldo lógico-jurídico suficientemente justificador” (SPADONI, Joaquim Felipe. A multa na atuação dos ordens judiciais. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo de execução**. São Paulo: RT, 2001, p.505).

atingir esse objetivo, revela-se conveniente introduzir noções gerais sobre o enriquecimento sem causa.

A idéia geral de repúdio ao enriquecimento sem causa³⁸ pode ser concebida sob uma dupla perspectiva. Por um lado, a vedação ao enriquecimento sem causa pode se manifestar como *cláusula geral* e, por outro, como *princípio*.³⁹

Cláusula geral consiste em norma de tessitura aberta. O sistema alemão destaca-se por consagrar, de forma explícita e genérica, a obrigação de restituir o que sem causa se adquiriu (art. 812 do BGB); e o francês, por não dispor de uma formulação legal que repudie o locupletamento à custa alheia.⁴⁰ Entre nós, o Código Civil de 1916 não continha regra geral prevendo a condenação por enriquecimento sem causa, mas muitos de seus dispositivos se orientavam pelo princípio, que atuava como um fio subterrâneo.⁴¹ O novo Código optou por consagrar o instituto como regra geral, entre as fontes das obrigações, ao lado da autonomia da vontade e da responsabilidade civil.

O Direito, como toda forma de conhecimento científico, parte da existência de princípios, i.e., de certos enunciados lógicos que são admitidos como condição ou base de validade de suas asserções.⁴² A vedação ao enriquecimento sem causa sempre foi considerada um desses princípios – ainda que de forma implícita – nos sistemas da família romano-germânica. Trata-se, assim, de um princípio geral de direito, que irradia seus efeitos por todo o ordenamento, atuando como mandamento nuclear do sistema jurídico. É precisamente como um princípio que a vedação

³⁸ É uníssona a doutrina em reconhecer que a origem do enriquecimento sem causa remonta às *condictiones* do direito romano, que eram “ meios técnicos de aplicação da equidade a situações casuisticamente definidas, em que o deslocamento patrimonial se revelava carecedor de uma causa que o legitimasse ” (NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. Enriquecimento sem causa: aspectos de sua aplicação no Brasil como um princípio geral de direito. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa, v. 55, n. 3, p.757-845, dez. 1995, p.769).

³⁹ KATAOKA, Eduardo Takemi. **Vedação ao enriquecimento sem causa como princípio**: sobre o sistema jurídico e os princípios a propósito da vedação ao enriquecimento sem causa. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de mestre em Direito Civil à Comissão Julgadora da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, 2000, p.17.

⁴⁰ NEGREIROS, 1995, p.773-80.

⁴¹ A comparação é atribuída a Ripert (ALVIM, Agostinho. Do enriquecimento sem causa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 46, n. 259, maio 1957, p.53). Como exemplo dos institutos que tinham o enriquecimento sem causa como pano de fundo, destacam-se o pagamento a incapazes, a realização de benfeitorias pelo possuidor, o regime geral da avulsão, especificação, confusão, comistão e ajustão, os produtos de crime e a gestão de negócios (KONDER, Carlos Nelson. **Enriquecimento sem causa**. Monografia de conclusão de curso da disciplina Teoria Geral do Direito Civil II, Programa de Pós-Graduação, Mestrado em Direito Civil, UERJ, 2003, p.22-3).

⁴² REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p.305. O autor menciona, em seguida, a proibição de locupletamentos ilícitos como um exemplo dos princípios gerais de direito.

ao enriquecimento sem causa interessa a este artigo, uma vez que “o ordenamento jurídico constitui um sistema porque não podem coexistir nele normas incompatíveis.”⁴³

Para grande parte dos autores, a *eqüidade* é o fundamento da vedação ao enriquecimento sem causa. Contudo, dada a imprecisão da teoria e a conveniência de lhe precisar o conteúdo, outras tentativas surgiram na doutrina. A qualificação do enriquecimento sem causa como uma variante da *gestão de negócios*, atribuída a Laurent, não logrou muito sucesso por reduzir a abrangência do princípio, tomando a parte pelo todo. A *teoria do risco criado*, pela qual quem cria o lucro deve dele aproveitar-se, é descartada por não abranger os casos de locupletamento originários de atos do enriquecido e de terceiros. Finalmente, a *teoria da destinação jurídica dos bens*, nascida na Alemanha, baseia-se na premissa de que o aproveitamento econômico dos bens está reservado aos titulares dos direitos absolutos, oponíveis *erga omnes*, como os direitos reais.⁴⁴ É de se constatar, porém, que a ordenação jurídica dos bens é tão vaga quanto a própria noção de eqüidade e deve ser relativizada diante da constitucionalização do direito civil, eis que os bens não devem mais cumprir a função de servos do *dominus*.⁴⁵

Como se disse, para os fins a que se propõe este artigo, justifica-se apenas a abordagem da vedação ao enriquecimento sem causa como um princípio. Mas antes que se possa analisá-lo, é preciso cuidar de se aferir, com segurança, a possibilidade de se falar em geração de enriquecimento sem causa na hipótese de medidas coercitivas que se revertem em favor do credor da obrigação. Assim, analisemos os elementos que compõem o enriquecimento sem causa.

3.2 Requisitos para a configuração do enriquecimento sem causa

Conquanto algumas diferenças possam ser encontradas na doutrina, são três os requisitos que configuram o chamado enriquecimento sem causa:

- a) enriquecimento;
- b) obtenção do enriquecimento *à custa de outrem*;
- c) inexistência de causa justificativa.

O primeiro requisito é o incremento ou a melhora na situação patrimonial de uma pessoa. Considera-se enriquecimento todo aumento do ativo ou diminuição do passivo patrimonial de alguém, e, até

⁴³ BOBBIO, *apud* NEGREIROS, 1995, p.763.

⁴⁴ CERVEIRA, Fernanda Pessôa. Enriquecimento sem causa: da legislação civil atual ao novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 44, p.141-167, out./dez. 2002, p.151.

⁴⁵ A síntese acerca das teorias que buscam a fundamentação do princípio foi extraída de NEGREIROS, 1995, p.786-92.

mesmo, a poupança de um gasto. Trata-se necessariamente de uma vantagem patrimonial, não configurando o enriquecimento, para fins de restituição, uma vantagem de natureza moral.

A *astreinte*, como visto, corresponde a uma coação de caráter econômico. Por via de consequência, sendo o autor da ação titular da quantia decorrente da medida, perceberá ele um aumento de seu ativo patrimonial.

O segundo requisito – *à custa de outrem* – é de especial relevância, isso porque, descumprida a obrigação, a *astreinte* cominada será devida pelo réu de qualquer maneira. Não se está colocando em questão a existência do dever de pagar a multa, mas tão-somente a destinação desta. Ou seja, embora haja, efetivamente, uma diminuição do patrimônio do réu, esta se justifica pela sua desobediência à determinação do juiz. Sendo assim, estaria configurado o enriquecimento sem causa do credor mesmo sem que se tenha um correspondente e indevido empobrecimento do devedor?

A resposta à pergunta formulada é afirmativa. Para que haja a obtenção do enriquecimento à custa de outrem, não se faz necessária uma correspondência entre o empobrecimento de uma pessoa e o enriquecimento de outra. Reputa-se configurado o locupletamento sem causa exclusivamente a partir da perspectiva do enriquecimento, bastando que este derive de um fato imputável a pessoa diversa do enriquecido.⁴⁶

Embora haja vozes em sentido contrário,⁴⁷ esse entendimento parece correto uma vez que o enriquecimento sem causa não tem a pretensão de reparar o empobrecimento, indenizando a vítima de um dano, tarefa de que se incumbe a responsabilidade civil, tampouco de restituir as partes ao estado anterior, como na decretação de uma nulidade. Sua pretensão restringe-se a entregar uma vantagem a quem ela de direito pertença.⁴⁸

Finalmente, o terceiro requisito é a inexistência de causa justificativa do enriquecimento. A conceituação do que seja a causa – ou a falta de causa – legitimadora de um enriquecimento é, sem dúvida, o assunto que mais gera controvérsia entre os especialistas. É consentido, porém, que a *causa de atribuição patrimonial*,⁴⁹ que confere legitimidade a um

⁴⁶ Cf. NEGREIROS, 1995, p.798-802.

⁴⁷ Lopes afirma que “a noção de enriquecimento sem causa, além de exigir, de um lado, a existência de um enriquecimento, e, de outro, a de um empobrecimento, impõe, ainda, um terceiro elemento: a união desses dois elementos vinculados por força de uma relação de causa e efeito”. (LOPES, *apud* NEGREIROS, 1995, p.800).

⁴⁸ KONDER, 2003, p.18. É por isso que Varela afirma que a desnecessidade de uma relação de causalidade direta entre o enriquecimento de um e o empobrecimento de outro está intimamente ligada à doutrina da destinação dos direitos absolutos (VARELA, 1999, p.199/200).

⁴⁹ A expressão é de Orlando Gomes, que explica que “para se saber se houve enriquecimento sem causa, indagará o intérprete se a vantagem patrimonial obtida é atribuída por uma razão justa, por um título legítimo, por um motivo lícito” (GOMES, Orlando. **Obrigações**. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.251).

enriquecimento, não se confunde com a causa exigida para a validade dos negócios jurídicos, entendida como sendo o conjunto de efeitos típicos do negócio. Trata-se de um tipo peculiar de causa.

Na busca da definição de um significado próprio para a causa justificadora de um locupletamento, caminha a doutrina no sentido de concebê-la como uma fórmula geral de reprovabilidade com relação aos princípios do sistema.⁵⁰ A justificação do enriquecimento é concedida pelo ordenamento jurídico lido sistematicamente.⁵¹ Em outras palavras, para ser considerado sem causa, basta que seja o enriquecimento reprovável pelos princípios do sistema.⁵²

Seja qual for o conceito de causa que se queira adotar, é seguro deduzir que o locupletamento causado pela cominação de *astreinte* no processo civil carece de legitimidade. Isso porque não existe um fato ou uma relação que, com base nos princípios do sistema jurídico, justifique que seja o demandante o titular da quantia arrecadada a título de multa coercitiva. Uma vez que o ordenamento já lhe assegura o direito à reparação integral de todo e qualquer dano que lhe cause a parte ré, não encontra fundamento nos princípios que informam o sistema jurídico a premiação do credor com o montante decorrente da multa.

A despeito de já estar, a esta altura, evidenciada a falta de título legítimo para esse enriquecimento do autor da ação, convém tecer alguns comentários concernentes ao conceito de *causa justificativa*. É que muitos autores, insatisfeitos com a indeterminação do conceito de causa acima exposto, procuram especificar diferentes causas que podem servir de justificadoras do enriquecimento. Nesse esforço, ao lado dos negócios jurídicos, não raro é a lei mencionada como causa capaz de justificar um dado enriquecimento.⁵³

A digressão se justifica porque, sendo verdade que a lei supre a falta de causa, poder-se-ia argumentar que o problema do enriquecimento sem causa gerado pela *astreinte* não teria solução diante do direito posto. Seria dizer: como, segundo o sistema processual vigente, a multa favorece o credor, não há que se falar em enriquecimento sem

⁵⁰ KONDER, 2003, p.20.

⁵¹ KATAOKA, 2000, p.104. Segundo o autor, " não se logrou encontrar ninguém, salvo no direito alemão, que modernamente sustente o contrário" .

⁵² NEGREIROS, 1995, p.806-7. De fato, trata-se de um conceito extremamente aberto. A autora explica, porém, que a definição do que seja a ausência de causa justificativa não comporta enunciação unitária, genérica e apriorística, dependendo sempre das circunstâncias específicas do caso concreto.

⁵³ Como exemplo, tome-se a posição de Noronha: " Olhando a questão do lado do 'empobrecido', pode-se dizer que este não poderá exigir a remoção do enriquecimento registrado no patrimônio do beneficiado, que terá título justificativo para detê-lo [...] se é a lei que reconhece ao beneficiado o direito de ficar com o valor patrimonial acrescentado ao seu patrimônio, como acontece na aquisição da propriedade por usucapião e na extinção de dívida por prescrição" (NORONHA, 1991, p.69).

causa porque a própria lei (*lato sensu*) serve de causa justificativa para o seu locupletamento.⁵⁴

Mas é fundamental perceber que não há previsão legal no direito brasileiro estabelecendo que o autor da ação seja o beneficiário da multa arrecadada. Na falta de previsão específica, alguns autores procuram embasar a titularidade da quantia resultante da *astreinte* em outros dispositivos legais. Marinoni aduz que “o art. 461 afirma em seu § 2º que a indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa, o que leva à conclusão de que a multa é devida ao autor e não ao Estado.”⁵⁵ Já Guerra alude ao art. 601 do CPC para concluir que, por analogia, os valores devem ser revertidos ao credor.⁵⁶ Porém, segundo Amaral, ambos os esforços reputam-se insatisfatórios: o primeiro porque o fato de a indenização se dar sem prejuízo da multa não estabelece que ambas terão o mesmo destinatário (vide art. 14 do CPC); e o segundo porque “do fato de não existir fundamento lógico-jurídico a justificar que o credor da execução tenha direito à importância arbitrada nas duas circunstâncias não decorre que se reconheça tal direito ao credor.”⁵⁷

Nesse contexto, a despeito de ser inquestionável na jurisprudência a titularidade do autor da ação, parece perfeitamente sustentável que os dispositivos normativos pertinentes à *astreinte*, interpretados de forma lógico-sistemática, conduzam à conclusão de que a quantia dela resultante não pode servir de fonte de lucro para o credor. Em outras palavras, à luz da já esmiuçada natureza jurídica do instituto, não incidiria em ilegalidade uma decisão judicial que, conferindo à multa uma destinação distinta da que lhe vêm dando os Tribunais, elegesse como seu titular algum ente público dotado de legitimidade.⁵⁸

Tarefa ainda mais ousada – que o presente ensaio não poderia ter a pretensão de enfrentar – consiste na qualificação do enriquecimento sem causa como um princípio constitucional implícito. Elevado à sede constitucional, o princípio poderia servir de fundamento, até mesmo, para a invalidade de norma que destinasse expressamente a titularidade da multa arrecadada ao credor.

Ante o exposto, parece demonstrado que a reversão do crédito da *astreinte* ao demandante da ação judicial propicia a este um enriqueci-

⁵⁴ Daí por que alguns autores franceses afirmam que o enriquecimento em questão, embora possa ter causa, é certamente injusto: “*on reproche avec raison à l’astreinte de procurer à son bénéficiaire un enrichissement, sinon sans cause au sens propre du terme (puisqu’il y a un jugement), du moins injuste*” (CHABAS, F. *apud* GUERRA, 1999, p.123).

⁵⁵ MARINONI, *apud* AMARAL, 2004, p.193.

⁵⁶ GUERRA, 1999, p.210.

⁵⁷ AMARAL, 2004, p.194.

⁵⁸ Lopes da Costa, na vigência do CPC de 1939 e em honrosa exceção entre os doutrinadores, propugnava pela reversão da multa para o Estado: “A quem pertence a multa compulsória? [...] É outra pergunta a que o legislador não responde. [...] No direito alemão, a multa é do Fisco [...]. Penso que essa também deve ser a nossa solução, no silêncio do Código. O credor não tem título algum a recebê-la” (LOPES DA COSTA *apud* GUERRA, 1999, p.208-9).

mento sem causa. Outrossim, arriscou-se afirmar que, de acordo com os princípios que informam o sistema jurídico, não se afigura incompatível com as normas processuais vigentes a reversão da *astreinte* arrecadada para algum fundo público. Para corroborar esta assertiva, far-se-á uma análise das funções que o princípio que veda o locupletamento injustificado têm desempenhado no ordenamento brasileiro consoante o entendimento jurisprudencial.

3.3 A vedação ao enriquecimento sem causa como um princípio

Já foi dito na introdução deste capítulo que o repúdio ao enriquecimento sem causa é reconhecido como um princípio geral de direito nos sistemas de matriz romano-germânica. A qualificação de um princípio geral de direito deriva, conforme a tradição da Ciência do Direito, da constatação de que o valor correspondente àquele princípio encontra-se generalizado no ordenamento. Assim, as manifestações concretas do acolhimento da teoria do enriquecimento sem causa justificam a sua identificação como um princípio do ordenamento jurídico. Sobre a origem dessa qualificação, Kataoka comenta que:

Foi a doutrina francesa, em face das grandes injustiças causadas pelo posicionamento tipicamente Exegeta de ler o código como um amontoado de regras, que cunhou a doutrina de um princípio geral de vedação ao enriquecimento sem causa a partir das normas de proibição a tal acontecimento expressas naquela legislação. Após o clamor doutrinário, em decisão histórica, a Cassação francesa adotou, fazendo ver o dia um rio que se pensou para sempre subterrâneo, o princípio geral de vedação ao enriquecimento sem causa.⁵⁹

Entre nós, os principais estudos já realizados acerca da aplicação desse princípio pela jurisprudência comprovam que a vedação ao enriquecimento sem causa não é aplicada apenas de forma subsidiária ou supletiva. Isso significa que a invocação ao princípio que veda o enriquecimento sem causa não se dá apenas nas hipóteses em que o juiz necessita colmatar lacunas na lei, i.e., como último recurso de integração do direito na forma aparentemente sugerida pelo art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.⁶⁰

Após minuciosa pesquisa acerca da vedação ao enriquecimento sem causa como princípio nos Tribunais Superiores pátrios, Kataoka detectou seu uso não apenas de forma supletiva, atribuindo-lhe também função diretiva e hermenêutica.⁶¹ Esclarece o autor que o sentido diretivo

⁵⁹ KATAOKA, 2000, p.94.

⁶⁰ “ Art. 4º – Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” .

⁶¹ KATAOKA, 2000, *passim*.

de um princípio manifesta-se quando o mesmo serve de premissa maior em uma argumentação jurídica, depois de devidamente concretizado pelo intérprete, tendo igualmente o condão de afastar a aplicação de normas com ele incompatíveis. Diz-se que possui um caráter normogênico na medida em que inspira as normas emanadas do sistema. Sendo uma norma inerente ao ordenamento e condição para seu funcionamento, a concreção do princípio é feita tanto pelo legislador quanto pelo juiz. Em ambos os casos, deve haver uma ponderação com os demais princípios que porventura se conflitem, de acordo com o princípio da proporcionalidade. A assertiva de que o princípio que veda o enriquecimento sem causa exerce função diretiva é demonstrada pelo autor por meio de diversos acórdãos das mais altas Cortes do país, bem como de abstrações que evidenciam que se trata de um princípio imprescindível ao funcionamento do sistema

Já a função hermenêutica é exercida pelo princípio quando este indica qual é o direito aplicável em uma determinada situação ou ajuda a concretizar uma norma ou conceito carecido de preenchimento. Exemplo nítido é a aplicação do princípio que veda o enriquecimento sem causa para se reduzir o *quantum* da indenização por dano moral, o que também se observa relativamente à *astreinte*. Para o presente artigo, o sentido hermenêutico do princípio sob análise é relevante porque funciona como mandamento para o intérprete da lei, que pode deparar com a necessidade de escolher um entre seus possíveis significados.

Com efeito, a utilização *contra legem* da vedação ao enriquecimento sem causa denota que se trata de um daqueles princípios que conferem ao ordenamento um nexo de sentido, na expressão de Larenz, sendo indispensável à unidade axiológica do sistema. É reconhecido, pois, como entidade normativa superior às normas não principiológicas.⁶² Entretanto, é polêmica a qualificação do enriquecimento sem causa como um princípio constitucional implícito. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tende a reconhecer, para justificar sua aplicação contra texto expresso de lei, a existência de uma garantia constitucional implícita vedadora de enriquecimento sem causa.⁶³ Em que pese a relevância da discussão, não é esta a proposta para a qual os esforços são aqui despendidos.

Desse modo, pelo que se expôs ao longo do presente capítulo, é preciso reconhecer que a vedação ao enriquecimento sem causa é um

⁶² NEGREIROS, 1995, p.841.

⁶³ Como exemplos de acórdãos da Corte Constitucional que consagram a normatividade constitucional do princípio, destacam-se os seguintes, relatados pelo Min. Marco Aurélio: (i) STF, 2ª T., RE 117.787/GO, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 16/04/1991, DJ 13/09/1991, p.12490; (ii) STF, 2ª T., AI 182.458 Agr/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 04/03/1997, j. em 04/03/1997, DJ 16/05/1997, p.19960; (iii) STF, 2ª T., RE 141.298/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 13/05/1996, DJ 18/06/2001, p.12). Em sentido contrário: (i) STF, 1ª T., AI 122.894 AgR, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 11/12/1987, DJ 08/04/1988, p.7484) e (ii) STF, 1ª T., RE 220.542/SP, Rel. Min. Moreira Alves.

princípio implícito do sistema jurídico, sendo-lhe ou não atribuída hierarquia constitucional. Ademais, parece inequívoco que o favorecimento do credor com o recebimento da multa coercitiva arrecadada no processo viola o referido princípio. Logo, as disposições pertinentes do Código de Processo Civil, interpretadas conforme os valores inerentes ao sistema jurídico, orientam a que o juiz não aplique a multa em benefício do credor.

Conclusão

Procurou-se evidenciar, neste artigo, os problemas que a reversão da *astreinte* arrecadada no processo civil para o credor faz repercutir no plano do direito substancial. Sendo assim, após uma visão crítica do objeto estudado, sugerem-se alguns prognósticos com base nas informações articuladas. Não se tem a pretensão de solucionar a problemática, senão apenas de propor projetos coerentes com as premissas aqui desenvolvidas.

Buscando tratar o mal pela raiz, podem ser vislumbrados outros modelos para a destinação das medidas de coerção patrimonial que guardam compatibilidade com as necessidades do direito material. Esses modelos dividem-se em dois grupos:

a) aqueles que revertem a totalidade da quantia arrecadada para o Estado ou para algum fundo público;

b) aqueles que reservam uma parcela dessa quantia à parte adversa da relação processual, conferindo destinação distinta à parcela restante.

A maior referência do primeiro grupo é, sem dúvida, o sistema alemão das *Zwangstrafen*, que constituem medidas coercitivas pecuniárias destinadas integralmente ao Estado. A solução é perfeitamente coerente com a natureza jurídica dos meios coativos judiciais e parece adequada aos valores que informam o sistema pátrio, conforme sustenta Barbosa Moreira:

Já que ela [a multa cominatória] não tem caráter ressarcitório, mas visa assegurar a eficácia prática da condenação, constante de ato judicial, não parece razoável que o produto de sua aplicação seja entregue ao credor, em vez de ser recolhido aos cofres públicos.⁶⁴

Na contramão do entendimento jurisprudencial e doutrinário majoritários, sustentou-se neste artigo que a reversão da quantia resultante da *astreinte* para algum ente dotado de legitimidade, beneficiando um número maior de pessoas, parece resultar da melhor interpretação dos dispositivos legais que tratam da matéria, lidos de forma lógico-sistemática. Afinal, a vedação ao enriquecimento sem causa, conforme jurisprudência das cortes superiores brasileiras, é um princípio de função

⁶⁴ MOREIRA, *apud*. SPADONI, 2001, p.505.

hermenêutica que, nessa condição, deve indicar ao intérprete o sentido da norma a ser escolhido.

Não obstante, é importante destacar aqui os principais argumentos invocados na doutrina para rebater a solução proposta. Em suma, argumenta-se que a reversão da *astreinte* para o Estado comprometeria a eficácia coercitiva da medida, seja porque a iniciativa executiva dos órgãos públicos não seria tão ágil quanto a do particular,⁶⁵ seja porque “as *astreintes* passariam a ser ineficazes quando aplicadas contra o próprio Estado.”⁶⁶

Parece questionável, no entanto, a assertiva de que a vinculação da atuação concreta da multa à iniciativa de órgãos públicos reduziria a força intimidadora da medida a ponto de torná-la inócua. Ademais, poder-se-ia mitigar o enfraquecimento da *astreinte* atribuindo-se legitimização extraordinária para sua execução ao autor da ação.⁶⁷

Quanto à situação em que o Estado seria, ao mesmo tempo, obrigado e beneficiário da multa, tal problema pode ser solucionado por meio da reversão da multa para um fundo distinto na hipótese de ser o réu um órgão da Administração Pública⁶⁸ ou, ainda, por meio de previsão legal para que a mesma seja suportada pelo próprio agente administrativo responsável pela incidência da multa.⁶⁹

A despeito das ponderações em contrário, permite-se apontar a destinação do crédito da *astreinte* para os cofres públicos como um caminho mais apropriado ao sistema jurídico por diversas razões. Primeiro, porque, ainda que analisada superficialmente, não parece convincente a tese de que a solução tornaria sem efeito a medida coercitiva. Em segundo lugar, pela gravidade das repercussões ditas materiais vista neste artigo. O terceiro motivo, embora de cunho mais político que

⁶⁵ “A aptidão de a multa pressionar psicologicamente o réu será tanto maior quanto for a perspectiva de que o crédito dela derivado venha a ser rápida e rigorosamente executado. E não há melhor modo de assegurar a severidade da execução do que atribuindo o concreto interesse na sua instauração e desenvolvimento ao próprio autor – mediante a destinação do resultado nela obtido” (TALAMINI, 2001, p.258).

⁶⁶ AMARAL, 2004, p.202.

⁶⁷ A sugestão é feita por Guerra, mas o autor ressalva que: “para que o credor gozasse dessa legitimidade, ela, por ser extraordinária, necessitaria ser-lhe atribuída por expressa determinação legal” (GUERRA, 1999, p.209). Talamini contra-argumenta aduzindo que “a simples atribuição de legitimidade extraordinária para o autor executar a multa, caso essa fosse destinada ao Estado, não bastaria” (TALAMINI, 2001, p.258).

⁶⁸ “Não parece que o fato de o Estado poder ser o próprio devedor da multa possa se constituir em argumento favorável à tese de que a soma resultante da sua aplicação deva ser dirigida ao autor. Nesse caso, que é exceção, basta que se preveja o encaminha mento da multa para um fundo. Lembre-se que no direito francês o *Conseil d’État* pode impor a *astreinte* contra as pessoas jurídicas de direito público e, ao mesmo tempo, determinar que parte de seu montante seja atribuída *au fonds d’équipement des collectivités locales*” (MARINONI, *apud* AMARAL, 2004, p.203).

⁶⁹ Amaral observa, com razão, que esta solução representaria uma série de problemas concernentes à quantificação da multa, o que poderia comprometer sua eficiência (AMARAL, 2004, p.204).

técnico, está no proveito social que tais recursos produziriam à coletividade, atendendo ao princípio da solidariedade. E, por derradeiro, porque o direito processual é formado por regras cuja finalidade é garantir que a norma substancial seja atuada.

Sendo a razão de ser do processo assegurar a integridade da ordem jurídica, é forçoso concluir que os aspectos fundamentais do direito processual sejam modelados à luz da relação jurídica material. É o que constata Bedaque, defendendo uma aproximação entre direito e processo:

As questões maiores do processo são solucionadas com dados inerentes à relação da vida e ao direito substancial que a regula. Quanto mais consciência tiver o processualista desse fenômeno, maiores serão as possibilidades de construção de mecanismos aptos a alcançar os escopos do processo.⁷⁰

Desse modo, parece inadmissível que o uso de um instituto de direito processual importe natural e inevitavelmente no enriquecimento injustificado do credor. Da mesma forma, é igualmente intolerável que uma medida coercitiva dê margem a confundir-se com a reparação de danos moratórios, desprezando-se, com isso, a orientação fornecida pelo direito material para quantificar a indenização devida.

Se é verdade que a proposta em exame – reversão da multa para o Estado – implicaria a redução da força coercitiva da medida, seria o caso, então, de se buscar meios para impedir a verificação deste desdobramento, ao invés de se preferir um modelo que gere graves implicações na relação material trazida a juízo, sob pena de se subverter a lógica instrumentalista do processo.⁷¹ Dito isso, passa-se a aludir ao segundo grupo de modelos de destinação da medida de coerção patrimonial acima referido. Trata-se de reverter apenas uma parte da multa para o credor.

De acordo com o exame crítico empreendido ao longo deste trabalho, conclui-se que a fórmula ideal – *de lege ferenda* – para o problema residiria neste segundo grupo. Tratar-se-ia de criar um mecanismo capaz de reservar o crédito da multa para uma posterior cognição dos danos

⁷⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.13.

⁷¹ É justo que se exponha aqui a conclusão contrária de Amaral: “ assim, reconhecendo não haver fórmula perfeita para a sistemática das *astreintes*, eis que, retirando seu crédito do autor, se lhe retira a eficácia, e deixando-o com o autor, permite-se em determinados casos o enriquecimento injusto, é de ser mantida a sistemática atual. Conforta-nos, neste particular, a lição do saudoso Pontes de Miranda: ‘O jurista do direito material é um homem que ingenuamente crê em que as sentenças serão, todas, justas, em que a aplicação corresponde sempre, em toda a sua extensão, à incidência. Mas essa ingenuidade ele a herda do legislador do direito material – essa ingenuidade não a tem o legislador do direito processual, que legisla já ciente da discórdia e da imperfeição humanas. A velha antinomia do abstrato e do concreto, da irracionalidade irreduzível, do contínuo e do descontínuo, da lei e da vida” (AMARAL, 2004, p.204-5).

sufridos pelo credor. A multa seria executada pelo credor e ficaria depositada em juízo, como garantia de eventual indenização, podendo ser por ele levantada somente se e quando comprovados seus danos, no exato limite da extensão destes. Bastaria, para tanto, um procedimento cognitivo simples voltado à demonstração do dano e do nexo de causalidade, sendo a parcela excedente revertida ao Estado ou a algum fundo público. A proposta não afetaria a relação material, otimizaria a prestação jurisdicional e, ao mesmo tempo, não comprometeria a eficácia da *astreinte*.

Não se tem conhecimento, todavia, de nenhum ordenamento que tenha desenvolvido um modelo nesses moldes. E é evidente que tal fórmula necessitaria de uma disciplina legislativa para que pudesse ser aplicada em nossos Tribunais. Não poderia resultar, assim, de uma interpretação das normas processuais vigentes, ao contrário do que se defendeu relativamente à proposta de conversão da multa, em sua integralidade, para o Estado ou para algum fundo público.

Referências

- ALVIM, Agostinho. Do enriquecimento sem causa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 46, n. 259, maio 1957.
- ALVIM, J. E. Carreira. **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- ASSIS, Araken de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. VI
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- CERVEIRA, Fernanda Pessoa. **Enriquecimento sem causa: da legislação civil atual ao novo Código Civil**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 44, p.141-167, out./dez. 2002.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução de Paulo Capitanio e notas de Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Saraiva, 1969. v.I.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- COSTA, Mario Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 7.ed., Coimbra: Almedina, 1998.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela Jurisdicional. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 81, p.54-81, 1993.
- ESMEIN, A. Jurisprudence em matière de Droit Civil. **Revue Trimestrielle de Droit Civil, tome cinquante-huitième**, Paris, Sirey, 1960.

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil**. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

FRIAS, J. E. S. A *astreinte*, do direito estrangeiro ao brasileiro. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul**, ano IV, n. 14, 2º trimestre, p.11/20, 1982.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GRECO, Leonardo. **Tutela específica após a Lei 10.444/02**. Rio de Janeiro. Manuscrito – no prelo, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. **Revista Ajuris**, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, n. 65, 1995.

GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: RT, 1999.

JOSSERAND, Louis. **Derecho civil**: teoria general de las obligaciones. Tradução de Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Bosch y Cia, 1950. t.II, v. I.

KATAOKA, Eduardo Takemi. **Vedação ao enriquecimento sem causa como princípio**: sobre o sistema jurídico e os princípios a propósito da vedação ao enriquecimento sem causa. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de mestre em Direito Civil à Comissão Julgadora da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, 2000.

KONDER, Carlos Nelson. **Enriquecimento sem causa**. Monografia de conclusão de curso da disciplina Teoria Geral do Direito Civil II, Programa de Pós-Graduação, Mestrado em Direito Civil, UERJ, 2003.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de Execução**. 3.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1968.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**: obrigações em geral. 6.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v. II.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 21.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 2004. Oitava série.

NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. Enriquecimento sem causa: aspectos de sua aplicação no Brasil como um princípio geral de direito. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa, v. 55, n. 3, p.757-845, dez. 1995.

NORONHA, Fernando. Enriquecimento sem causa. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. São Paulo, v. 15, n. 56, p.51-78, abr./jun. 1991.

NUNES, Antônio de Pádua. **Da cominação de multa diária**. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, 2004, n. 266, p.22-8.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**: de acordo com a Constituição de 1988. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. **Traité Pratique de Droit Civil Français: Obligations**. 2.ed., Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1954. Tome VII.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SPADONI, Joaquim Felipe. A multa na atuação das ordens judiciais. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo de execução**. São Paulo: RT, 2001.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e de Não Fazer**. São Paulo: RT, 2001.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 1999. vol. II.

A ação revisional de contrato bancário e suas implicações com o processo executivo

Éder Maurício Pezzi López

Advogado da Caixa no Rio de Janeiro
Especialista em Direito Civil e Processo Civil

RESUMO

O presente estudo tem por finalidade preponderante analisar a natureza jurídica da ação revisional de contrato bancário, demonstrando suas relações com a execução de título extrajudicial. Nesse contexto, são também perquiridas as implicações do *simultaneus processus* no âmbito do direito material e do direito processual.

Palavras-chave: Ação revisional. Execução. Prescrição. Embargos.

ABSTRACT

The main purpose of this article is to study the legal nature of the actions at law *in* which people generally intend to review contract terms, emphasising its relations with the civil law enforcement. *In* this context, the implications of the *simultaneus processus* are also studied focusing civil law and civil procedure.

Keywords: Contract terms review. Civil law enforcement. Time limitation of legal proceedings Debtor's judicial defense.

Introdução

Na última década, tem-se visto no Judiciário um número cada vez maior das chamadas "ações revisionais de contrato bancário", demandas onde o consumidor busca, de alguma forma, modificar ou invalidar um determinado negócio jurídico entabulado com instituição financeira. Ocorre que, em muitos casos, alegando ou não invalidades do contrato, o demandante torna-se inadimplente, impondo à instituição financeira buscar o exercício de sua pretensão junto ao Judiciário, geralmente por meio de execução judicial.

Nesse contexto, torna-se cada vez mais freqüente a concomitância entre ações revisionais e execuções de título extrajudicial, causando dúvidas em relação às exatas implicações de tal situação. Tais questiona-

mentos, no mais das vezes, passam por questões de direito material, como a prescrição e o exercício das pretensões, questões processuais, como a higidez dos requisitos executivos ante a propositura de ação revisional, conexão, litispendência, suspensão processual, etc.

Tratando de forma objetiva essas questões, o presente estudo busca abordar a essência da ação revisional e da execução de título extrajudicial e suas inter-relações, tangenciando o assunto da classificação das ações, sem, contudo, ter a pretensão de esgotar os temas referidos. Para tanto, buscou-se trazer os posicionamentos mais expressivos da doutrina, enfatizando as recentes alterações do CPC e a Jurisprudência do STJ a respeito dos pontos abordados.

1 A ação revisional de contrato bancário e sua natureza

1.1 O conceito de ação revisional de contrato bancário

Tanto na sociedade em geral, quanto no meio judiciário, têm-se comumente chamado de “ação revisional de contrato bancário” àquelas demandas movidas por clientes de instituições financeiras, nas quais são questionadas a validade ou a aplicabilidade de cláusulas contratuais, requerendo-se a sua invalidação, modificando os termos da avença ou buscando sua resolução. Não há propriamente uma uniformidade em relação aos temas questionados, encontrando-se nos feitos discussões que vão de nulidades de cláusulas tocantes a juros, comissão de permanência, capitalização, correção monetária, até vícios de consentimento, havendo, em alguns casos, pedidos de restituição por eventuais cobranças indevidas de parcelas não pactuadas, entre outros.

Em realidade, o termo “revisar” tem como significado “ver novamente”, “rever” um determinado objeto, que, no caso, é o negócio jurídico. Nesse sentido, é de se ver que, na legislação, o termo tem sido utilizado expressamente para designar a ação revisional locatícia (art. 68, Lei 8.245/91), constando também no CDC, o qual elenca como um direito básico do consumidor a possibilidade de “revisão” de cláusulas por onerosidade excessiva superveniente (art. 6º, V), tema do qual adiante se falará. Em ambos os casos, está-se diante de ações tipicamente definidas como constitutivas, o que nem sempre ocorre no caso das ações revisionais em comento.

Isso se dá porque a natureza dos pedidos constantes nas demandas revisionais bancárias nem sempre é homogênea, havendo, no mais das vezes, a cumulação de diversos pedidos referenciados em causas diversas, e com naturezas distintas. Assim, o que se expõe é que, para bem compreender o conteúdo das ações revisionais em questão, é necessário analisar qual a eficácia preponderante de cada provimento jurisdicional que é requerido, buscando-se sua apreciação a partir da classificação das ações.

1.2 A classificação das ações quanto ao seu conteúdo

O tema da classificação de ações tem sido amplamente revisitado, nos últimos anos, em decorrência de substanciais alterações legislativas havidas no processo civil brasileiro. À luz das reformas havidas a partir de 1994, as quais têm alterado sobremaneira a forma de efetivação da jurisdição, passou-se novamente a questionar as classificações das ações, focalizando não apenas a natureza dos provimentos judiciais quanto à cognição, mas, sobretudo, considerando as novas espécies executivas introduzidas no ordenamento.

Dessa forma, à antiga classificação das ações em declaratórias, constitutivas e condenatórias, a doutrina tem considerado as espécies mandamentais e executivas *lato sensu*, adotando, de maneira geral, o modelo preconizado por Pontes de Miranda. Em seu estudo, buscou ele classificar as ações a partir da análise da eficácia preponderante das sentenças a serem proferidas em cada processo. Isso porque, como observou ele, não existe nenhuma sentença que tenha apenas uma das eficácias elencadas, razão pela qual ao se dizer que um determinado provimento é constitutivo, quer-se dizer que ele é preponderantemente constitutivo, o que não excluiu a existência de outras eficácias menos intensas.¹

Nessa mesma linha, Wambier fala em efeitos principais da sentença, como sendo aquela eficácia atinente ao seu dispositivo, entendendo a sentença como 'ato jurídico'. Explicita esse autor, ainda, que "é possível que coexistam na sentença vários efeitos principais – seja porque o *decisum* contém vários capítulos acerca do(s) pedido(s) formulado(s), seja porque a resposta a um único pedido envolva mais de um efeito principal".²

Por essa razão, em que pese a referência comumente ser feita às 'ações', no sentido de procedimento único, o fato é que a classificação das sentenças quanto a sua eficácia tem muito mais a ver com o pedido e sua causa, que são os principais elementos da ação processual propriamente dita. Some-se a isso o fato de, em certos casos, ser possível e até desejável a cumulação de pedidos, os quais podem configurar, em relação a uma mesma causa de pedir, provimentos de naturezas diversas (por exemplo: *declarar* uma nulidade ou *desconstituir* um negócio jurídico e *condenar* o sucumbente à restituição do *status quo ante*, seja restituindo valor pecuniário, seja entregando coisa, seja abstendo-se de fazer alguma coisa). Por essa razão, onde se diz efeitos preponderantes da 'ação', deve-se entender efeitos preponderantes do provimento atinente a cada pedido, como se único fosse.

No tocante à classificação das ações propriamente dita, outra observação que se faz pertinente diz respeito ao ângulo de análise pelo

¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das Ações**. Rio de Janeiro: RT, 1970, p.124.

² PONTES DE MIRANDA, 1970, p.511.

qual as classificações são tomadas, uma vez que toda e qualquer classificação, para ser útil, deve tomar um critério uniforme, de modo a traçar as diferenças substanciais entre as espécies de um mesmo gênero. Nesse sentido, ao analisar a forma como é fundamentada a classificação *quinária*, acima referida, o que se vê é que são considerados dois ângulos distintos, o da cognição e o da execução, como se fossem eles fungíveis, o que não se afigura adequado. Isso porque, como se demonstrará, as sentenças ditas mandamentais e executivas *lato sensu* são, quanto à cognição, de natureza condenatória, variando, apenas, quanto a sua forma de efetivação concreta.

Passando a análise de cada uma das espécies, vê-se que a eficácia declaratória adviria do interesse de certificar a existência ou inexistência de relação jurídica, bem como a autenticidade ou falsidade de documento (art. 4º, I e II, do CPC), havendo interesse para tanto ainda que tenha havido a lesão do direito (parágrafo único do referido artigo). Ressalte-se que a ação declaratória não se presta apenas para certificar a mera existência de fato, ou para uma mera “consulta” a respeito da aplicabilidade de uma determinada norma; somente haverá interesse quando houver dúvida concreta a respeito da relação jurídica que se quer declarar, ou de documento que tenha relevância jurídica. Essa dúvida poderá ter como objeto a incerteza em relação à concretização do suporte fático de determinada norma jurídica, onde se enquadra também a falsidade de documento, ou a dúvida em relação à aplicabilidade da norma a um determinado suporte fático incontroverso. Além disso, é possível que a declaração recaia também sobre a não incidência da norma abstrata em razão de sua própria invalidade, ante um caso de nulidade por inconstitucionalidade, por exemplo.

As ações constitutivas, por sua vez, relacionam-se com a tutela dos chamados direitos potestativos, que se verificam quando “a lei concede a alguém o poder de influir, com sua manifestação de vontade, sobre a condição jurídica de outro, sem o concurso da vontade deste”, seja por fazer cessar um direito ou estado jurídico existente, seja por produzir um novo direito ou efeito jurídico.³ Importante ressaltar aqui a diferença dos direitos potestativos com os direitos a uma prestação, cuja violação faz nascer a pretensão, objeto das ações condenatórias, de que logo adiante se tratará em tópico próprio.

Quanto às ações condenatórias, pode se dizer que nelas, além da certificação do suporte fático e o reconhecimento da aplicabilidade da *sanção* atinente a uma obrigação descumprida (conteúdo declaratório), há o comando que declara o exercício da pretensão deduzida pelo autor, dirigido à pessoa do réu, tendente a sanar a “crise de descumprimento”. Nas palavras de Liebman, a sentença condenatória “faz vigorar para o caso concreto as forças coativas latentes da ordem jurídica, mediante apli-

³ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Trad. de J. G. Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969. v. I, p. 15.

cação da sanção adequada ao caso examinado”,⁴ daí sua função sancionatória.

Nesse particular, é de se ver que o conteúdo da condenação (a prestação), além de pagamento em dinheiro, poderá consistir numa obrigação de fazer, de não fazer ou de entregar coisa. Embora todas essas últimas hipóteses consistam de prestações do gênero “obrigação”, a doutrina, como já referido, tem classificado as ações onde seu cumprimento é determinado como mandamentais e executivas *lato sensu*, em razão do fato de que nelas há cognição conjugada com medidas executivas determinadas diretamente pela sentença, independentemente de fase executiva própria. Por essa razão, parte da doutrina tem contestado a classificação quinária, que coloca essas duas espécies como autônomas, referindo que o mais adequado seria elencá-las com subespécies condenatórias, visto que todas elas têm por finalidade resolver a “crise de cumprimento”. A respeito disso, interessante é o que expõe Alvim:

Pode-se dizer, em última análise, que a tutela condenatória é aquela que visa à obrigação de prestar, tendo em vista situações de crise no adimplemento de obrigações. E que esta pode ser implementada na ordem prática mediante técnicas sub-rogatórias ou mandamentais (execução indireta). Afigura-se-nos correto afirmar que a distinção entre essas últimas reside principalmente na forma de execução e não na natureza da crise. Nesse sentido, pode-se dizer impróprio agregar a categoria de sentenças mandamentais às três que compõem a chamada classificação ternária, porque esta tem por ratio essendi a essência da crise.⁵

Dessa forma, vê-se que a principal diferença entre ambas as espécies é que nas ações executivas *lato sensu* há a possibilidade de execução direta por medidas sub-rogatórias (busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, etc.), além da possibilidade de execução indireta, ou seja, a imposição de medidas que coajam ou “estimulem” o devedor ao cumprimento da obrigação, tais como a multa, a prisão civil, no caso de dívida alimentar ou as sanções penais pelo descumprimento de ordem judicial (art. 330 do CP), quando for o caso. No caso das ações mandamentais, em regra, não têm lugar medidas sub-rogatórias, de execução direta, mas apenas medidas executivas indiretas referidas. Nesse caminho, elucidativa é a lição de Didier Jr.:⁶

⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de Execução**. São Paulo: Editora Saraiva, 1986, p.16.

⁵ ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda. **Noções sobre a classificação das ações**: algumas modalidades de procedimentos e o cabimento da antecipação de tutela. Rio de Janeiro, Revista Forense, v. 103, n.391, p.25-44, maio/jun. 2007, p.29.

⁶ Com base no raciocínio esposado, esse autor propõe denominar tais ações de “executivas *lato sensu* por coerção direta” e “executivas *lato sensu* por coerção indireta” (ações mandamentais).

A distinção que se pretende fazer entre “ação executiva *lato sensu*” e “ação mandamental” parte da distinção entre coerção direta e indireta. Ambas as demandas teriam por característica comum a circunstância de poderem gerar uma decisão que certifique a existência do direito e já tome providências para efetivá-lo, independentemente de futuro processo de execução. São, pois, ações sincréticas. Distinguem-se na medida em que a primeira visa à efetivação por sub-rogação/execução direta, e a segunda por coerção pessoal/execução indireta.⁷

Por fim, o que quer deixar claro é que o grande mérito da classificação quinária é o de tomar em conta os meios concretos de efetivação dos provimentos jurisdicionais, ao incluir a eficácia mandamental e executiva *lato sensu*. No entanto, parece cientificamente mais adequado manter-se a classificação trinária, levando-se em conta a natureza da prestação jurisdicional, ou melhor, o seu objeto (crise de certeza, exercício de direito potestativo ou crise de cumprimento), considerando à parte as classificações quanto à efetivação concreta de comandos condenatórios.

Isso porque, em regra, apenas caberão atos executivos (execução forçada, medidas executivas *lato sensu* ou mandamentais) para ações de natureza tipicamente condenatória, já que, em geral, prescindem de execução as ações constitutivas e meramente declaratórias.⁸

1.3 A natureza da ação revisional de contrato bancário

Como mencionado, nas referidas ações revisionais não há homogeneidade em relação aos pedidos que comumente nelas são deduzidos, impondo-se, para se verificar qual a eficácia preponderante do provimento requerido, analisar o seu conteúdo. Para tanto, necessita-se buscar a definição desse conteúdo no direito material, já que é com base nele que se alicerça a sua respectiva causa de pedir, definindo-se os aspectos essenciais do negócio jurídico que a compõe, que a seguir se passam a esmiuçar.

1.3.1 Nulidade e Anulabilidade

A primeira distinção a ser feita é em relação a pedidos que tenham referência em causas de pedir que apontem nulidades ou anulabilidades constantes do negócio jurídico que se quer revisar. Veja-se que ambas dizem respeito ao gênero ‘invalidades do negócio jurídico’, mas a lei as

⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2007, v. 1, p.183.

⁸ O escopo reduzido do presente estudo não permite adentrar nesse tema, mas pode-se referir que é possível que a sentença declaratória constitua título executivo judicial, posicionamento que ganha força com a redação do art. 475-N, I, introduzido pela Lei 11.232/05.

distingue, tratando as mais graves como nulidades e as demais como meras anulabilidades.

As nulidades têm por característica a existência de vício que compromete a validade do negócio de forma insanável, configurando-se ausente requisito indispensável, razão pela qual não há que se falar em decadência para pleitear a sua declaração. A nulidade não se convalida nem por ato das partes nem pelo decurso do tempo. Veja-se, contudo, que ela não se confunde com a inexistência, pois o ato nulo existe e produz efeitos, mas não é válido. O ato inexistente, por sua vez, não chega a produzir qualquer efeito, é um nada sem qualquer implicação jurídica.

O Código Civil apresenta um rol de nulidades no art. 166, sem prejuízo das demais previstas no próprio código ou em legislação esparsa, tais como incapacidade absoluta dos celebrantes, ilicitude ou impossibilidade do objeto, falta de formalidade essencial, fraude à lei, etc. Refira-se, ainda, que as nulidades são absolutas,⁹ ou seja, o Ministério Público ou qualquer interessado pode alegá-las, podendo o próprio juiz reconhecê-las *ex officio*. Interessante notar que o CDC, a respeito das nulidades, traz uma série de hipóteses no seu art. 51, aplicáveis às relações de consumo, aqui compreendidos os serviços bancários, os quais constituem objeto dos negócios que comumente se busca revisar.¹⁰

No tocante às anulabilidades, é de se ver que elas têm uma gravidade menor do que as nulidades, não atingindo de forma basilar a validade do negócio jurídico. Por essa razão, é possível que o negócio seja confirmado pelas partes, ou seja, convalidado pelo decurso do tempo, o que se dá no prazo decadencial de 4 anos para os casos referidos no Código Civil (art. 178). A esse respeito, o código elenca como causas de anulabilidade a incapacidade relativa de alguma das partes ou vícios de consentimento decorrentes de erro, dolo, coação, estado de perigo lesão, além dos casos de fraude contra credores (art. 171).

No tocante à tutela judicial das invalidades, é crucial ressaltar que as nulidades se operam *ipso jure*, ou seja, independentemente de pronunciamento judicial, “de pleno direito”. Por outro lado, a anulabilidade não se opera de forma imediata, sendo indispensável que ela seja alegada exclusivamente pela pessoa protegida pela lei, a qual possui o direito potestativo de anular o negócio jurídico inquinado de vício. Dessa forma, enquanto não houver tal alegação, o negócio permanece hígido,

⁹ PONTES DE MIRANDA (1970, p.65, t. II.) critica a utilização do termo “absoluta”, pois para ele isso significaria uma relação *erga omnes*, sendo possível a qualquer pessoa a alegação de nulidade, o que não ocorre no caso. A crítica, contudo, apesar de válida, não se afigura hábil a caracterizar o termo como impróprio. Veja-se que, a esse respeito, os direitos reais também são chamados de absolutos, *erga omnes*, não sendo cabível que qualquer pessoa que não seja interessada venha a opor a sua existência.

¹⁰ Entendimento pacífico, sobretudo após a ADI 2591-1, pleno do STF, Min. Eros Grau, j. em 07/06/2006.

até que o Juízo o desconstitua. Por essa razão, a natureza de tal provimento tem efeito constitutivo negativo, e não declaratório, pois ele se coaduna com o exercício do direito potestativo do contratante de anular o negócio viciado. Observe-se que, no caso das nulidades, o que se declara é a ausência de validade do negócio jurídico existente, que por ser nulo teve sua eficácia comprometida.¹¹ No caso da anulabilidade, dá-se a declaração do vício que inquina a avença, mas haverá, necessariamente, a desconstituição da eficácia do negócio jurídico, razão pela qual se fala no efeito constitutivo negativo da sentença que o faz.

Outro aspecto diz respeito aos efeitos da decisão no caso das invalidades. Em relação às nulidades, tem-se que o nulo é nulo desde sempre, *ab initio*, razão pela qual o que cabe ao Juízo é simplesmente declarar tal situação (“pronunciar”, na dicção do art. 168, parágrafo único do CCB/02), tendo essa declaração efeitos *ex tunc*, o que, aliás, é típico dos provimentos declaratórios. No tocante à decretação das anulabilidades, em que pese a regra das sentenças constitutivas ser a produção de efeitos *ex nunc*, o CCB/02, reproduzindo a lei anterior, dispõe que “anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente” (art. 182), fazendo com que a eficácia da avença seja desconstituída desde a data do negócio, *ex tunc*.¹²

1.3.2 Natureza dos pedidos comumente deduzidos em ações revisionais

Com base no que se expôs, é de se ver que a maior parte dos pedidos deduzidos em ações revisionais tem um caráter eminentemente declaratório, pois a maioria das alegações diz respeito a cláusulas tidas por nulas, seja por ilegalidade expressa, seja por consistir a sua interpretação violação a alguma norma protetiva, no mais das vezes constante do rol no referido art. 51 do CDC. Nesse rol, poderiam ser dados como exemplo todos os pedidos fundados em alegações de cláusula de juros e multa moratória acima do limite legal, capitalização de juros, utiliza-

¹¹ Há poucos casos em que o negócio nulo tem eficácia jurídica, o que ocorre no casamento putativo, p. ex. (Art. 1.561 do CCB/02). Outro exemplo ocorre no caso de declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc*, onde o STF declara a lei nula, por contrariedade à Constituição, mas lhe outorga eficácia até a data da medida cautelar, o trânsito em julgado da ação ou outro momento determinado, por motivos de segurança jurídica ou excepcional interesse social (art. 27 da L. 9.868/99).

¹² É de se notar que essa opção do legislador brasileiro não é idêntica à de outros países, que dispõem que os efeitos da desconstituição se operam a partir da sentença, como é o caso do vetusto Código Civil da Argentina: Art. 1046. - Los actos anulables se reputan válidos mientras no sean anulados; y sólo se tendrán por nulos desde el día de la sentencia que los anulase. S. m. j., essa regra não se encontra reproduzida no projeto de novo código civil argentino de 1998.

ção da tabela "Price", comissão de permanência, utilização de índice de correção monetária indevido, etc.

Observe-se, também, que o STJ já pacificou sua Jurisprudência quanto à possibilidade de manejo de ação declaratória quando houver dúvida concreta em relação à interpretação de cláusulas contratuais (Sum. 181, DJ 17.02.1997), consolidando que "é admissível ação declaratória, visando a obter certeza quanto à exata interpretação de cláusula contratual". O fundamento de tal possibilidade é a existência de interesse jurídico sempre que houver, no caso concreto, controvérsia a respeito da forma correta de aplicabilidade de uma determinada cláusula contratual. A título de exemplo, em um dos arestos que originou a referida súmula, a ação havia sido proposta para explicitar se a atualização monetária das parcelas seria trimestral ou semestral,¹³ matéria que era o cerne da controvérsia entre credor e devedor.

Ainda em relação à natureza da ação revisional, note-se que o CDC é expresso em dispor como um direito básico do consumidor "a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas" (art. 6º, V). Pelos termos da norma, em se tratando de cláusulas que representem obrigações desproporcionais desde a avença, é de se ver que tem aplicação do disposto no referido art. 51, IV, sendo o caso de nulidade. Por essa razão, eventual provimento nesse sentido terá, num primeiro momento, nítida eficácia declaratória, como já referido, passando a ter, em seguida, um efeito preponderantemente constitutivo, no momento em que integra a lacuna gerada pela nulidade declarada, restabelecendo a equidade contratual.

Da mesma forma, quando se tratar de revisão por onerosidade excessiva decorrente de fato superveniente, a questão não versará sobre eventual declaração de nulidade, mas, sim, sobre a alteração das bases contratuais, que ficaram abaladas por fato externo à álea natural do contrato. Nesse caso, nascerá para o consumidor o direito potestativo de revisar cláusula contratual, razão pela qual eventual decisão que revisar o negócio jurídico também terá efeito constitutivo, com efeitos *ex nunc*. A diferença entre a "modificação" de cláusulas nulas e a "revisão" por onerosidade excessiva reside justamente nesse ponto: no caso da "modificação", os efeitos dão-se *ex tunc*, pois o que é nulo o é desde o nascimento. Na "revisão", de outra parte, o negócio é tido como válido e eficaz desde o início até o momento em que ocorreram os fatos que o tornaram excessivamente oneroso para o consumidor, valendo somente a partir daí os novos parâmetros.

Segundo Marques,¹⁴ a partir da referida norma do art. 6º, V, o CDC abre uma exceção ao sistema geral das nulidades, pois até então ou a

¹³ REsp 1644/RJ, Rel. Ministro GUEIROS LEITE, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/03/1990, DJ 16/04/1990, p.2875.

¹⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3.ed. São Paulo: RT, 1999, p.412.

invalidade maculava toda a avença, ou o preenchimento da lacuna gerada pela cláusula nula só se poderia dar por meio de integração interpretativa do restante de suas cláusulas. Com a nova sistemática, abre-se a possibilidade de “modificação” da cláusula, de modo a elidir a nulidade originária e permitir o suprimento judicial da lacuna invalidada. Igualmente, o mesmo se dá no tocante à onerosidade excessiva superveniente, que, ao invés de apenas justificar o inadimplemento contratual e a resolução do contrato, permite sua continuidade por meio da aludida revisão, razão pela qual refere a autora que não se pode dizer que o CDC adotou integralmente a teoria da imprevisão. Outro elemento distintivo é o fato de que a “revisão” em questão só pode ser utilizada em favor do consumidor, jamais do fornecedor, que poderá valer-se exclusivamente do disposto no código civil.

É de se ver, ainda, que terão caráter constitutivo negativo todos os pedidos que tenham por causa as anulabilidades já referidas, envolvendo não só questões relativas a vícios de consentimento (erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão), mas os casos de simulação e fraude contra credores. No tocante ao primeiro grupo, não é raro ver-se a alegação de erro causado por informação deficiente ou infringência ao disposto no art. 52 do CDC, a qual poderá lastrear pedido de invalidação da avença, se o lesado demonstrar que não a teria firmado se tivesse pleno conhecimento de seus termos.

Passando a analisar pedidos de natureza condenatória, é de se ver que eles também estão comumente presentes nas ações revisionais, seja como decorrência natural dos pedidos declaratórios e constitutivos negativos relativos ao contato em si, seja como decorrência de questões relativas à sua execução. Em relação ao primeiro grupo, é de se ver que todas as cláusulas que forem invalidadas, e que tiverem gerado alguma modificação no plano fático, gerarão para o beneficiado o direito à restituição do *status quo ante*, no que poderá haver pedidos de condenação da outra parte a devolver valores ou outros bens, por exemplo. Se, por exemplo, com base numa cláusula declarada nula e expurgada do contrato tiver havido o pagamento de alguma prestação por parte do beneficiado, nascerá para ele a pretensão de obter a restituição de tal valor, o que se impõe até mesmo pelo princípio do não enriquecimento sem causa, positivado pelo CCB/02, no art. 884.

De outra parte, poderá haver pedidos condenatórios fundados, não em eventual invalidade do contrato ou de cláusula, mas em fatos que dizem respeito com a execução contratual, ou seja, com o exato cumprimento das obrigações pactuadas. Têm-se como exemplos eventuais pedidos condenatórios lastreados na cobrança de obrigações não pactuadas, aplicação de juros superiores à taxa expressa no contrato, apropriação indevida de valores em contratos de conta-corrente, etc.

Nesse mesmo sentido, é comum vislumbrar pedidos que têm como causa a aplicação equivocada da cláusula PES (Plano de Equivalência

Salarial) em contratos habitacionais do SFH (Sistema Financeiro da Habitação), onde o mutuário alega, por exemplo, que o reajuste da parcela mensal foi superior aos reajustes de salário de sua categoria profissional. Nesses casos, não está em julgamento eventual nulidade ou anulabilidade de cláusula contratual, mas, sim, o exato cumprimento daquelas pactuadas no tocante aos índices de reajuste. Dessa forma, considerando que eventual sentença terá como conteúdo uma nítida obrigação de fazer, ou seja, implementar os reajustes corretos às parcelas do contrato, pode-se dizer que a natureza de tal pedido é executiva *lato sensu*, já que a instituição financeira poderá ser coagida por meios indiretos a implementar os reajustes corretos.

Por fim, é de se ver que também podem ser verificados pedidos de natureza mandamental nas ações revisionais, especialmente quando se reconhece, em razão da procedência de pedidos declaratórios ou constitutivos, a quitação do contrato, impondo-se levantar todos os efeitos de eventual inadimplemento. Nesse caso podem ser elencados os pedidos tendentes à exclusão do nome de mutuários dos sistemas de proteção ao crédito (SPC, SERASA, CADIN, etc.), onde o Juízo “manda” que a pessoa responsável pela administração do contrato (um preposto da instituição financeira, por exemplo) cumpra a ordem, sob pena de medidas coercitivas indiretas, tais como a multa e, até mesmo, a referida instauração de processo penal pela prática de crime de desobediência (art. 330 do CP).

2 Relações da ação revisional com a execução judicial

2.1 O conceito de execução judicial

Ao definir o que seja ‘execução judicial’, quase todos os autores são uníssonos em referir que a execução envolve essencialmente uma alteração da realidade, ou seja, a adequação dela a uma norma jurídica concreta, que vem constante de uma sentença, no caso de título judicial, ou que foi elaborada de forma privada, com força de título extrajudicial. Em outras palavras, a execução “tem por finalidade conseguir por meio do processo, e sem o concurso da vontade do obrigado, o resultado prático a que tendia a regra jurídica que não foi obedecida”.¹⁵ Ressalte-se, a respeito disto, que só são passíveis de execução sanções que imponham modificação da realidade, razão pela qual os provimentos de cunho tipicamente constitutivo, por exemplo, não comportam execução,¹⁶ uma vez que a sentença, por si só, já atende ao objetivo perseguido, independentemente de qualquer providência no mundo concreto.

¹⁵ LIEBMAN, 1986, p.4.

¹⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo de Execução**. 3.ed. São Paulo: RT, 2004, p.32.

Dessa forma, o que se tem na execução é “a produção dos mesmos efeitos que produziria a satisfação voluntária do direito pelo próprio obrigado ou por terceiro, ou seja, a realização da vontade da lei em seu resultado econômico objetivo”,¹⁷ sendo, por essa razão, indispensável que essa sanção seja consubstanciada num título do qual constem todos os elementos da prestação devida.

Em relação aos títulos executivos, é importante ressaltar que eles serão considerados judiciais quando forem provenientes de uma prévia atividade cognitiva do juiz, ou seja, quando a obrigação estiver certificada pela atividade jurisdicional, ainda que ela seja restrita ou meramente homologatória, como é o caso do art. 475, N, III e V. No entanto, há casos em que a lei atribui executividade a títulos que não são produzidos por sentença, mas, sim, de forma privada, tais como os documentos particulares firmados pelo devedor e por duas testemunhas, os títulos de crédito, as dívidas de aluguéis documentalmente comprovadas, a certidão de dívida ativa, etc. Em relação a essa temática muito se poderia escrever, mas o escopo restrito do presente estudo permite apenas estabelecer que a principal diferença entre as duas espécies diz respeito ao âmbito de matérias que poderão ser alegadas em sede de embargos ou impugnação. No título executivo judicial, tem-se um rol muito mais limitativo (art. 475-L), já que todas as matérias relativas à certificação do direito (cognição) já restaram decididas anteriormente. De outra parte, no caso do título extrajudicial, o executado poderá alegar “qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento” (art. 745, V).

Vê-se, ainda, que a execução, além dos meios de realização direta da pretensão (sub-rogatórios, tais como penhora, alienação forçada, etc.), também prevê meios de coação indireta, sejam eles punitivos, como ocorre no caso de multa em obrigação de entregar coisa (art. 621, parágrafo único, do CPC), ou estimulantes ao devedor para que cumpra sua obrigação, como é o caso da redução da verba honorária pela metade, no caso de pagamento integral do valor executado no prazo de três dias (art. 652-A, parágrafo único, do CPC).

Por fim, além do requisito do título executivo, o art. 586 do CPC impõe que “a execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível.” Tais requisitos, frise-se, são cumulativos e indispensáveis, sendo que a falta de qualquer um deles torna a execução insubsistente. A respeito deles, será feita a sua análise em cotejo com os efeitos da ação revisional, identificando as implicações dela em relação à execução.

¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. São Paulo: RT, 1973, p.81.

2.2 Os pressupostos da execução e as implicações da ação revisional

2.2.1 Certeza

Ao exigir certeza como requisito da execução, o CPC impõe que no título executivo estejam definidos todos os elementos indispensáveis para que se possa buscar o cumprimento forçado da obrigação inadimplida. Nesse sentido, interessante é a lição de Wambier, que assim expõe:

Certeza da obrigação refere-se unicamente à exata definição de seus elementos. Ou seja, o título executivo (um único documento ou, excepcionalmente, uma série de documentos a que a lei atribui tal qualidade) retratará obrigação certa quando nele estiverem estampadas a natureza da prestação, seu objeto e seus sujeitos. O título terá de deixar claro quem é o credor e o devedor; se a obrigação é de fazer, não fazer ou dar; fazer o quê, não fazer o quê, dar o quê, e assim por diante.¹⁸

Importante ressaltar que essa certeza diz respeito unicamente ao título executivo, como referido, e não em relação à existência concreta ou não da obrigação.¹⁹ Em outras palavras, no processo de execução não se cogita de nenhuma cognição a respeito da certificação do direito. Isso porque no caso do título judicial ela terá ocorrido previamente, enquanto que no título extrajudicial ela poderá ocorrer incidentalmente em sede de embargos ou em ação autônoma, como é a revisional aqui tratada.

Assim, caso o título extrajudicial seja questionado, poderá haver a modificação do conteúdo obrigacional expresso nele. Sobre essa questão, é de se ver que isso não elide, de forma alguma, a sua certeza, uma vez que o título, mesmo modificado, continua contendo todos os elementos indispensáveis para o processo executivo. O título, antes, era certo, porque continha todos os elementos da obrigação. Depois de eventual revisão continuará a sê-lo, desde que, contudo, a decisão não o tenha invalidado a ponto de elidir seus elementos essenciais, caso em que perderá a exequibilidade.

2.2.2 Liquidez

O antigo código civil trazia em seu art. 1533 uma definição a respeito da liquidez, tratando como líquida “a obrigação certa, quanto à sua existência, e determinada, quanto ao seu objeto”. Em que pese a disposição não ter sido reproduzida no novo código, vale ainda o seu conteúdo, podendo-se afirmar, de outra forma, que a liquidez significa

¹⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil**, v. II. São Paulo: RT, 2007, p.74-5.

¹⁹ SANTOS Fidélis. **Manual de direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002. v. II., p.8.

definição quanto à determinação (direta ou por mero cálculo) da quantidade de bens objeto da prestação.²⁰

Interessante notar que, em relação aos títulos executivos extrajudiciais, não existe a possibilidade de título ilíquido, dependente de procedimento judicial de liquidação de sentença. Isso porque é da essência do título extrajudicial a sua liquidez, devendo constar nele todos os elementos necessários à apuração do *quantum debeatur*, ou seja, o título precisa indicar o valor devido, ou a forma de chegar a ele, ainda que se valendo de índices divulgados por instituições públicas, por exemplo. Assim, caberá ao exequente demonstrar discriminadamente seu cálculo (art. 614, II, do CPC), impondo-se ao Juízo intimá-lo a emendar a inicial no caso de não atendimento integral a essa exigência.²¹

No que tange à hipótese de, no curso de execução, haver decisão judicial eficaz, proferida em ação revisional, que tenha alterado parte do título executivo, é de se referir que a Jurisprudência do STJ tem reiteradamente reconhecido que isso, por si só, não retira a liquidez do título.²² Nesses casos, basta que o exequente proceda à adequação dos cálculos aos novos parâmetros, prosseguindo a execução nesses termos.

2.2.3 Exigibilidade

A exigibilidade diz respeito à possibilidade de, em tese, o credor poder exercer a sua pretensão de direito material, ou seja, exigir do devedor o cumprimento da prestação que é objeto do título. Se, por exemplo, não estiver ainda vencido o prazo para o cumprimento da obrigação, não haverá exigibilidade, não tendo ainda nascido a pretensão que enseja o pedido de tutela jurisdicional executiva.

Saliente-se que, a esse respeito, que a exigibilidade é um requisito formal do título executivo, que independe do fato de ter havido ou não o inadimplemento por parte do devedor. Em realidade, o inadimplemento é requisito para a execução, podendo haver título exigível que não seja executável, por ter havido o seu inadimplemento (art. 580 do CPC). Em outras palavras, como expõe Ernane Fidélis dos Santos, “a exigibilidade, que é requisito essencial do título executivo, não se confunde com o inadimplemento, que é condição de realização da execução.” (2002, v. II, p.10).

A exemplo do que ocorre com a certeza e a liquidez, a pendência de ação revisional, ou mesmo o seu trânsito em julgado, não acarreta, em regra, nenhuma modificação no requisito da exigibilidade. Poderá haver, em remota hipótese, eventual modificação caso decisão eficaz proferida em ação revisional declare nula determinada cláusula relativa

²⁰ WAMBIER, 2007, p.75, v. II.

²¹ REsp 577773/PR, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 18/10/2005, DJ 14/11/2005, p.327.

²² REsp 593.220/RS, DJ de 07/12/2004, Rel. Min. Nancy Andrighi.

ao prazo de cumprimento da obrigação, ou revise o contrato fixando novo prazo para o cumprimento da obrigação, por considerar excessivamente oneroso o pactuado.

2.3 A sentença na ação revisional: em que momento ela é eficaz em relação ao título executivo

Considerando que a ação revisional tem como objeto, no mais das vezes, modificar ou anular o título executivo do credor, faz-se importantíssimo saber qual o momento em que efetivamente poderá dar-se esse efeito, o que tem destacada relevância no caso de haver concomitância de ação revisional e ação executiva. Para responder a essa questão, impõe-se analisar os planos de existência, validade e eficácia da sentença.

Sobre esse tema, verifica-se que a sentença, enquanto ato judicial que resolve o mérito do processo, ou que simplesmente o extingue, sem resolução de mérito, passa a existir a partir do momento em que é publicada, o que a Jurisprudência tem reconhecido que ocorre com a sua juntada aos autos do processo ou sua entrega em cartório²³. Prova disso é que, após tal medida, não é mais possível ao juiz alterá-la, salvo na hipótese de erros materiais, embargos declaratórios ou no caso do art. 285-A do CPC. No que tange ao plano da validade, é de se ver que a sentença será válida desde o momento em que passou a existir, sendo que outras decisões posteriores que eventualmente a reformarem também retroagirão a esse marco, por força da substitutividade estabelecida pelo art. 512 do CPC.

Em relação ao plano da eficácia, é com a intimação que ela passa a ter efeitos em relação às partes, pelo que dispõe o art. 234 do CPC. Contudo, a sentença não produzirá de imediato seus efeitos, quando couber contra ela recurso a que a lei atribua efeito suspensivo, como é, via de regra, o recurso de apelação e o de embargos declaratórios. A respeito disso, é de se ver que a redação do CPC, ao falar em recursos com “efeito suspensivo” não é de todo adequada, vez que a decisão não chega a produzir efeitos que tenham que ser “suspensos”, ou seja, o recurso simplesmente impede a sua eficácia²⁴. Ela se iniciará, nesse caso, quando não couber mais recurso com efeito suspensivo do acórdão proferido em 2º grau (quando couberem apenas recursos especial e extraordinário, por

²³ REsp 750.651/PA, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Rel. p/ Acórdão Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/04/2006, DJ 22/05/2006 p.99, REsp 132.962/SP, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/11/1997, DJ 16/02/1998, p.36.

²⁴ Interessante, a esse respeito, a lição de MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.122-3: “A interposição não faz cessar efeitos que já estivessem produzindo, apenas prolonga o estado de ineficácia em que se encontrava a decisão, pelo simples fato de estar sujeita à impugnação através do recurso. A denominação ‘efeito suspensivo’, por isso, apesar de tradicional, é a rigor inexistente.”

exemplo, como prevê o art. 497 do CPC). Frise-se que o raciocínio aqui esposado fica mitigado no caso de concessão de medidas cautelares ou antecipatórias, seja nas instâncias ordinárias ou nos tribunais superiores.

Quanto a essa suspensão dos efeitos da sentença, é relevante salientar que ela não se restringe à simples impossibilidade de execução, mas sim a toda e qualquer eficácia da sentença, mesmo nos casos em que a ela não se destine necessariamente à execução, como é o caso das ações declaratórias e constitutivas.²⁵ Por esse motivo, pode-se considerar que a sentença proferida na revisional só terá alguma influência no processo executivo no momento em que se tornar eficaz, na forma exposta. Antes disso, considera-se plenamente hígido o título executivo, não havendo nenhum óbice ao prosseguimento da execução, ressalvados os casos que se referirão a seguir.

2.4 Execução judicial e prescrição

Considerando que a execução judicial tem por finalidade veicular pretensões não atendidas, faz-se especialmente relevante definir o que seja essa pretensão, bem como estabelecer suas relações com o instituto da prescrição. A pretensão (*Anspruch*, em alemão) pode ser definida como a faculdade de exigir do sujeito passivo alguma ação ou omissão determinada pelo Direito, na definição pioneira de Windscheid.²⁶ Ela nasce, em regra, no momento em que há a violação do direito subjetivo (art. 189 do CCB/02),²⁷ fluindo a partir daí o prazo prescricional.

Vê-se, assim, que ela é relacionada com a exigibilidade do próprio direito subjetivo, com a possibilidade de buscar sua tutela de modo a sanar a “violação ao direito”, como refere a redação do referido art. 189 do CCB/02. Frise-se que nos chamados direitos potestativos não há pretensão, já que eles se contrapõem aos chamados direitos a uma prestação, de cunho obrigacional, não sendo suscetíveis de inadimplemento.²⁸

Aplicando esse conceito de pretensão no que tange ao negócio jurídico, por exemplo, tem-se que o início do prazo prescricional ocorrerá no momento em que houver o vencimento de determinado termo suspensivo, com a inadimplência no cumprimento de uma obrigação. No caso de responsabilidade civil extracontratual, da mesma forma, haverá o nascimento da pretensão no momento em que houver a lesão ao bem jurídico tutelado, seja ele de cunho material ou moral. Em outras palavras, no momento em que se puder considerar “exigível” determi-

²⁵ BARBOSA MOREIRA, 1997, p.123.

²⁶ WINDSCHEID, Bernhard. **Diritto Delle Pandette**. Trad. de Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Turim: Unione Tip. Ed. Torinese, 1902, p.183.

²⁷ Importante ressaltar que, caso se trate de responsabilidade por fato do produto ou do serviço, prescreve o CDC que o prazo prescricional tem início “a partir do conhecimento do dano e de sua autoria” (art. 27).

²⁸ CHIOVENDA, 1969, p.16-7.

nada obrigação, ensejando a dedução judicial da pretensão executiva, aí terá início a contagem do prazo prescricional.²⁹

Quanto aos seus efeitos, é de se dizer que a prescrição implica a extinção da pretensão, impedindo o credor de, esgotado o prazo fixado em lei, exercê-la, seja por meio de ação, seja por meio de exceção (art. 190 do CCB/02). No entanto, há meios de se interromper a fluência do prazo prescricional sem exercer definitivamente a pretensão, como é o caso do protesto judicial ou cambial (art. 202 do CCB/02), por exemplo. Essa interrupção, contudo, só poderá ocorrer uma vez, como determina o *caput* do referido art. 202.

Desse modo, ainda que se interrompa a prescrição, chegará o momento em que se deve exercer a pretensão de forma definitiva, por meio da ação judicial ou de procedimento extrajudicial (por exemplo, a execução do Decreto-lei 70/66), sob pena de vê-la extinta. Contudo, como já referido, não é qualquer ação que tem o condão de configurar o exercício da pretensão, mas apenas aquelas que tiverem pedidos que tencionem (daí 'pretensão') ao cumprimento da obrigação, o que não é o caso das ações meramente declaratórias. Sobre esse tema, preciso é o posicionamento de Talamini:

Quando se exerce a ação meramente declaratória sobre um direito (compreendida nos moldes acima expostos), não se exerce a pretensão material relativa a tal direito; não se exige, pela ação, a sua satisfação: apenas se pretende a eliminação da incerteza quanto à sua existência. E assim o é inclusive quando se propõe a demanda de mera declaração depois de já violado o direito.³⁰

Alguns autores, no entanto, consideram que, no caso de ação declaratória positiva, em que se quer ver reconhecida determinada relação jurídica, haveria a interrupção da prescrição pela citação (CCB/02, 202, I), "porque não se pode exigir mais inequívoca demonstração do credor de que não está inerte".³¹ Ora, a inércia que acarreta na extinção da pretensão é aquela vinculada diretamente com o seu exercício, sua exigência, e não com eventual busca de eliminação de incerteza, razão pela qual não se pode considerar a interposição de ação declaratória como marco interruptivo. Uma coisa é saber "se" a obrigação existe;

²⁹ Nessa direção foi, por exemplo, a conclusão da I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (11 a 13/09/2002), que assim concluiu em sua Súmula 14: Art. 189: 1) o início do prazo prescricional ocorre com o surgimento da pretensão, que decorre da exigibilidade do direito subjetivo; 2) o art. 189 diz respeito a casos em que a pretensão nasce imediatamente após a violação do direito absoluto ou da obrigação de não fazer.

³⁰ TALAMINI, Eduardo. Sentença que reconhece obrigação como título executivo: CPC, art. 475-N, I. Acrescido pela Lei 11.232/2005. **Revista Jurídica**. Órgão Nacional de Doutrina, Leg. e Crítica Judiciária. São Paulo, v. 54, n.344, p.19-43, jun. 2006, p.36.

³¹ BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense. 1975, p.88.

outra é buscar o seu cumprimento, sendo apenas esta última a capaz de veicular pretensão.

Nesse sentido, para que efetivamente se evite a prescrição, deverá ser exercida definitivamente a pretensão, dentro do prazo legal. Isso significa que, ainda que o credor conteste determinada ação revisional, opondo-se ao direito do devedor da obrigação, isso por si só não configura o exercício da pretensão. O ajuizamento da execução judicial,³² nos casos em que haja título executivo, é imprescindível, ainda que penda sobre o título controvérsia. Prova disso é que, mesmo que a ação revisional venha a ser julgada improcedente, não poderá o credor executar o contrato se já tiver ocorrido prescrição. Evidentemente, é lícito ao credor requerido deduzir sua pretensão por meio de reconvenção ou contrapedido, dispensando-se, assim, o ajuizamento de ação autônoma.

Frise-se, por fim, que o fato de estar sendo discutido o negócio jurídico em outro processo não é causa de suspensão da prescrição, o que só ocorre na pendência de ação penal no tocante à responsabilidade civil *ex delicto*. Igualmente, ainda que na inicial da ação revisional o devedor reconheça o direito do credor (art. 202, VI, do CCB/02), isso poderá, no máximo, importar na interrupção do prazo prescricional, o qual recomeçará a fluir a partir desse momento.

2.5 Questões processuais sobre a ação revisional e a execução do respectivo título

2.5.1 A propositura da ação revisional e a suspensão da execução

A propositura de demanda judicial, como exercício do direito constitucional de acesso ao Judiciário, tem diversas implicações jurídicas relevantes, tais como fixar o termo inicial do exercício das pretensões, interrompendo a prescrição, possibilitar a citação para constituir o devedor em mora, tornar "litigiosa" uma determinada relação jurídica, etc. No entanto, apesar de esses efeitos poderem ter algum reflexo em relação ao negócio jurídico (como evitar a prescrição, por exemplo), é de se ver que, em regra, o mero fato de se discutir esse negócio judicialmente não lhe causa qualquer modificação quanto aos seus elementos de validade ou eficácia. Em outras palavras, a simples propositura de ação judicial não tem a capacidade de causar qualquer impedimento a que seja ajuizada execução envolvendo o título executivo questionado, e nem abala quaisquer de seus atributos, não obstante exista a possibilidade de futuro provimento jurisdicional que o faça.

³² A Jurisprudência tem admitido a possibilidade do credor, ainda que possua título executivo, deduzir sua pretensão por meio de ação monitória (REsp 210030/RJ, Rel. Ministro NILSON NAVES, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/12/1999, DJ 04/09/2000 p.49, REsp 394695/RS, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 22/02/2005, DJ 04/04/2005, p.314).

Esse, de modo geral, tem sido o posicionamento da Jurisprudência, que reiteradamente tem afirmado que “a pendência de ação relativa ao débito constante do título executivo não inibe o credor de lhe promover a execução, muito menos, em assim ocorrendo, caracteriza litigância de má-fé.”³³ Da mesma forma, a propositura de ação revisional não se presta, por si só, a suspender eventual ação executiva, especialmente considerando que nela não há qualquer garantia do Juízo hábil a tanto.³⁴ Nesse mesmo sentido, a mera existência de ação revisional não impede que sejam levados a cabo penhora ou outros atos constritórios na ação executiva.³⁵

Entretanto, a Jurisprudência vem reconhecendo a possibilidade de que a ação revisional faça as vezes da ação de embargos, suspendendo a execução, desde que já tenha sido garantido o Juízo nessa demanda executiva.³⁶ Tal entendimento, contudo, deverá ser mitigado, uma vez que o novel art. 739-A, introduzido pela Lei 11.382/06, além de exigir a garantia do Juízo por penhora, depósito ou caução suficientes, só permite a suspensão da execução no caso em que, “sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação”. Oportuno assinalar, a respeito disso, que a atribuição de efeito suspensivo, quando o fundamento dos embargos (ou, no caso, da ação revisional) for eventual invalidade do título executivo, terá nítido caráter antecipatório, como expõe Alvim.³⁷ Por outro lado, quando o fundamento dos embargos for eventual nulidade de penhora, haverá na suspensão caráter cautelar, uma vez que a sua procedência apenas terá como conseqüência o saneamento de eventuais nulidades na execução, não impedindo seu regular seguimento.

Por fim, é de se salientar que, embora a propositura de ação revisional, em regra, não tenha o condão de obstar ou suspender ação executiva judicial, nada obsta que, configurados os requisitos legais,

³³ REsp nº. 400.765/SP, DJ de 30/06/2003, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA.

³⁴ “A ação de conhecimento ajuizada para rever cláusulas de contrato não impede a propositura e o prosseguimento da execução fundada nesse título, notadamente se a esta faltam a garantia do juízo e a oposição de embargos de devedor.” (REsp 373742/TO, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 06/06/2002, DJ 12/08/2002, p.218). Em sentido contrário, em revisional de contrato do SFH: AgRg no REsp 618.825/SP, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/11/2004, DJ 06/12/2004, p.304.

³⁵ REsp 537278/RJ, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/12/2003, DJ 05/04/2004, p.258.

³⁶ “Fixa-se o entendimento mais recente da 4ª Turma em atribuir à ação revisional do contrato o mesmo efeito de embargos à execução, de sorte que, após garantido o juízo pela penhora, deve ser suspensa a cobrança até o julgamento do mérito da primeira.” (REsp 610286/RJ, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 27/09/2005, DJ 17/10/2005, p.300).

³⁷ ALVIM, 2007.

para concessão de antecipação dos efeitos da tutela, seja determinada a suspensão de eventual execução. Nesse caso, no entanto, em que pese o âmbito de discricionariedade que envolve o juízo antecipatório, o depósito ou caução idônea são medidas altamente válidas e necessárias para evitar que a ação revisional seja utilizada como instrumento de protelação no pagamento de dívidas.

2.5.2 Ação revisional e embargos do devedor – litispendência e conexão

Como já referido, a Jurisprudência tem aceitado em diversos julgados a possibilidade de que a ação revisional substitua os embargos à execução, podendo inclusive suspender o processo executivo, preenchidos os requisitos legais. No entanto, é de se ver que esse entendimento, apesar de altamente útil e adequado, não impede o devedor de ajuizar embargos à execução, uma vez que não haveria como se configurar a litispendência,³⁸ pois inexistente a identidade de pedidos, requisito constante do art. 301, § 2º, do CPC.

Na ação revisional, o pedido é para que o juízo declare nulo ou desconstitua parcial ou totalmente o título executivo, ou condene o credor a proceder ao seu devido cumprimento. No caso dos embargos, tais matérias também constituirão a causa de pedir, mas o pedido será para que seja o processo executivo declarado insubsistente, seja no todo, ou em eventual excesso causado por invalidades do título.

Dessa forma, é plenamente lícito ao devedor optar pela interposição de embargos à execução,³⁹ não obstante já ter ajuizado ação revisional. O que poderá haver entre eles, nesse caso, será conexão⁴⁰ ou continência, impondo-se a reunião dos processos para julgamento conjunto, na forma do disposto no art 105, do CPC. O critério para definir o juízo para essa reunião de processos será o da prevenção, remetendo-se os embargos e a execução para o juízo da revisional.

No caso de ser ajuizada ação revisional após o ajuizamento da execução, deverá ser ela distribuída por dependência,⁴¹ de modo a evitar decisões contraditórias em relação a eventuais embargos. A esse respeito, interessante notar que, caso já tenham sido interpostos embargos à execução, o STJ já considerou faltar interesse ao autor de

³⁸ A favor: REsp 719.566/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/09/2006, DJ 09/10/2006, p.288. Em sentido contrário: REsp 722.820/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/03/2007, DJ 26/03/2007, p.207. REsp 691.730/SP, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/12/2005, DJ 06/02/2006, p.279.

³⁹ REsp 160.998/RS, DJ 29/06/1998, Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar.

⁴⁰ CC 38045/MA, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/11/2003, DJ 09/12/2003, p.202.

⁴¹ TRF da 1ª. Região. CONFLITO DE COMPETENCIA 200401000182612/DF Data da decisão: 07/03/2006 DJ: 03/04/2006, p.4, Rel. Des. Fed. JOÃO BATISTA MOREIRA.

ação revisional que veicule a mesma matéria, “porquanto os embargos interpostos com a mesma *causa petendi* cumprem os desígnios de eventual ação autônoma”.⁴²

2.5.3 Suspensão da execução – a questão da responsabilidade do exequente

Em se tratando de suspensão da execução, é de se dizer que não tem aplicação o disposto no art. 265, IV, do CPC, o qual prevê tal possibilidade quando a sentença de mérito “depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente”. Isso porque, ainda que sejam aplicáveis à execução as disposições do processo de conhecimento (art. 598), não haverá na demanda executiva a prolação de sentença de mérito, já que sua finalidade precípua é a realização *in concreto* da pretensão do credor, como já referido.

No entanto, há casos em que o credor não pode mais esperar para ajuizar a execução, o que geralmente ocorre em razão da prescrição, não obstante haver grandes possibilidades de que o título executivo venha a ser modificado, afetando o processo executivo. Assim, é plenamente possível que o exequente ajuíze a execução e, imediatamente após a citação, requeira a sua suspensão, evitando que seja levado a cabo qualquer procedimento executivo concreto. Isso se pode dar, por exemplo, quando há sentença de 1º grau que altera o título executivo e esteja em conformidade com a Jurisprudência dos tribunais superiores, mas que ainda não tem eficácia por conta da interposição de recurso de apelação, recebida no efeito suspensivo.

Observe-se, a esse respeito, que o art. 574 do CPC impõe que “o credor ressarcirá ao devedor os danos que este sofreu, quando a sentença, passada em julgado, declarar inexistente, no todo ou em parte, a obrigação, que deu lugar à execução”. Essa responsabilidade, que é tida pela maioria da doutrina como objetiva, abrange não só medidas de retorno ao *status quo ante*, tais como a restituição de valores e coisas, mas também a reparação por perdas e danos e lucros cessantes, inclusive danos morais.⁴³ Veja-se que é plenamente possível que, após ultimados atos de alienação, sobrevenha decisão que declare eventual nulidade parcial do título executivo, alterando consideravelmente o *quantum debeatur*. Imagine-se, por exemplo, os potenciais danos gerados caso já tenha sido alienado bem de grande valor sentimental, como uma jóia de família. A respeito disso, é de se frisar que o retorno ao *status quo ante*, nesse caso, não atingirá o terceiro arrematante,

⁴² REsp 714.792/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/04/2006, DJ01/06/2006, p.154.

⁴³ Zavascki, 2004, p.115.

por força do disposto no art. 694 do CPC, impondo a exequente devolver o valor integral do bem, ainda que arrematado por valor inferior, sem prejuízo de outros eventuais danos.

Por essa razão, nos casos em que se considere temerário prosseguir a execução, por conta de grande probabilidade de modificação do título executivo, deverá o credor exercer de maneira inequívoca sua pretensão, através da execução, e poderá requerer sua suspensão, de modo a evitar futura responsabilização civil.

Conclusão

A partir do exposto, podem ser sintetizadas as seguintes conclusões:

a) a ação que comumente se denomina de revisional não tem uma eficácia preponderantemente homogênea, podendo veicular pedidos declaratórios, constitutivos e condenatórios, impondo-se a análise por menorizada de cada pedido e sua causa para verificar qual a sua espécie;

b) serão 'declaratórios' os pedidos que tiverem por objeto nulidades do negócio jurídico, ou dúvidas concretas sobre interpretação do respectivo contrato; 'constitutivos', os que versarem sobre anulabilidades e revisão do negócio por onerosidade excessiva superveniente (CDC); e 'condenatórios' os que versarem sobre restituição de valores e retorno ao *status quo ante* por conta de invalidades;

c) a procedência de ação revisional, em regra, quando não comprometer os elementos fundamentais do título executivo, não lhe subtrai a certeza, liquidez ou exigibilidade, impondo-se, contudo, a adequação do processo executivo a eventuais modificações no título;

d) a sentença proferida em ação revisional só terá o efeito de alterar o processo executivo a partir do momento em que ela seja eficaz, o que se dá quando não couber contra ela recurso para o qual a lei atribui efeito suspensivo;

e) tornando-se exigível o direito advindo do negócio jurídico, nasce a pretensão, a qual só poderá ser exercida de modo definitivo com o ajuizamento de ação executiva ou equivalente, reconvenção (ou contrapedido) ou por meio de execução extrajudicial, nos casos em que couber. O mero fato de contestar ação revisional não suspende, nem interrompe o prazo prescricional;

f) o simples ajuizamento de ação revisional não inibe o credor de promover a execução, nem suspende o seu curso. Poderá, no entanto, ser considerada a ação revisional equivalente aos embargos, podendo suspender-se a execução nesse caso, preenchidos os requisitos do art. 739-A do CPC;

g) haverá conexão – e não litispendência – entre ação revisional e embargos que tenham a mesma causa de pedir, pois os pedidos são diversos, impondo-se o seu julgamento conjunto, estabelecendo-se a competência pela prevenção;

h) em havendo potencial anulação parcial ou total do título executivo, poderá o credor exercer a sua pretensão por meio da execução, sendo-lhe lícito requerer sua suspensão até o trânsito em julgado da ação revisional. Tal medida minimizaria o pagamento de eventuais perdas e danos/lucros cessantes, por responsabilidade civil objetiva do exequente.

Referências

- ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda. **Noções sobre a classificação das ações:** algumas modalidades de procedimentos e o cabimento da antecipação de tutela. Rio de Janeiro, Revista Forense, v. 103, nº. 391, p.25-44, maio/jun. 2007.
- BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense. 1975.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil.** Trad. de J. G. Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969. v. I.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil.** 8.ed. Salvador: JusPodivm, 2007. v.I.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil.** São Paulo: RT, 1973.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de Execução.** São Paulo: Editora Saraiva, 1986.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** 3.ed. São Paulo: RT, 1999.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Novo Processo Civil Brasileiro.** 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das Ações.** Rio de Janeiro: RT, 1970. t. I e II.
- SANTOS, Ermene Fidélis dos. **Manual de direito Processual Civil.** São Paulo: Saraiva, 2002. v. II.
- TALAMINI, Eduardo. Sentença que reconhece obrigação como título executivo: CPC, art. 475-N, I. Acrescido pela Lei 11.232/2005. **Revista Jurídica.** Órgão Nacional de Doutrina, Leg. e Crítica Judiciária, São Paulo, v. 54 , n.344, p.19-43, jun. 2006.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil.** São Paulo: RT, 2007. v. I e II.
- WINDSCHEID, Bernhard. **Diritto Delle Pandette.** Trad. de Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Turim: Unione Tip.Ed. Torinese, 1902.
- ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo de Execução.** 3.ed. São Paulo: RT, 2004.

Globalização e regulação econômica

Veronica Torri

Advogada da Caixa no Rio de Janeiro

Mestre em Direito pela Universidade Candido Mendes

RESUMO

O presente artigo versa sobre a globalização da economia, o modelo econômico neoliberal e a regulação da atividade econômica pelo Estado. Nesse contexto, analisou-se a atuação reguladora do Estado e a possibilidade de criação de um ambiente regulatório eficiente capaz de diminuir a exclusão social provocada pela expansão desenfreada do capitalismo nos países em desenvolvimento. Foram citados também os aspectos da globalização do capital mundial e sua relação com a exclusão social, a revolução tecnológica e o desemprego. Por fim, abordou-se a regulação financeira exercida pelo Banco Central que, na qualidade de autoridade monetária, possui competência para conter a expansão da base monetária e do volume de moeda escritural, disciplinando formas de investimento e o fluxo monetário dos bancos comerciais.

Palavras-chave: Globalização. Economia. Exclusão social. Regulação financeira

ABSTRACT

This article regards about the globalization of the economy, the economic liberal model and the state authority regulation. The state regulation and the possibility of creation of an efficient regulatory environment, with the purpose of reducing social inequality caused by the expansion of the capitalist system *in* the developing countries are some questions faced *in* this paper. Also were mentioned aspects of the world globalization and its connection with social exclusion, the technical revolution and the unemployment. Finally, the financial regulation promoted by the Central Bank was analyzed, since such entity is responsible to restrict the negative monetary flow and to hold the issue of paper currency.

Keywords: Globalization. Economy. Social exclusion. Regulatory authority.

Introdução

A partir dos conceitos de globalização, intervenção do Estado na economia e regulação, estudou-se, neste artigo, a importância da regulação econômica e financeira como mecanismos para favorecer o crescimento econômico ordenado dos países que seguem o modelo econômico capitalista neoliberal.

Neste diapasão, mostrou-se que a intervenção reguladora do Estado pode ser capaz de conter os abusos inerentes ao capitalismo global, bem como guiar as corporações privadas no desiderato de atingir não só o lucro, como também proporcionar o bem-estar da população. De fato, um ambiente regulatório eficiente pode ser bastante favorável ao crescimento econômico e social no mundo globalizado, notadamente nos países em desenvolvimento.

Abordou-se, ainda, a regulação financeira exercida pelo Banco Central e sua relação com a expansão da base monetária e do volume de moeda escritural. Ademais, foi realçada a necessidade de regulação financeira visando diminuir os riscos de crédito e de recessão econômica.

1 Conceito de globalização

A palavra globalização é proveniente do inglês "*globalization*" e designa um processo iniciado na segunda metade do século XX e que conduziu à crescente integração das economias e das sociedades de vários países, especialmente com relação à produção de mercadorias e serviços, aos mercados financeiros, e à difusão de informações.¹

Ensina a doutrina que, apesar de o uso da palavra globalização ter sido intensificado nos anos noventa, sua origem remonta aos anos sessenta, já tendo sido citada em 1961 no dicionário americano *Merriam Webster's New International Dictionary*.²

De fato, o termo "globalização" ganhou notoriedade a partir da política econômica implantada na Inglaterra pela então Primeira Ministra Margareth Thatcher na década de oitenta. Quanto à sua expansão, não há dúvidas de que o movimento ganhou força com o desenvolvimento de novas tecnologias, como a fibra ótica e os satélites, e com a redução das fronteiras econômicas entre os países e a formação de blocos econômicos como a União Européia, a NAFTA, o Mercosul.

Vale notar, contudo, que desde 1848, Marx e Engels em seu *Manifesto do Partido Comunista* já haviam assinalado, corretamente, que o

¹ Globalization is the tendency for the world economy to work as one unit, led by large international companies doing business all over the world. Some of the things that have led to globalization are ending of. Longman Business English Dictionary. 8ª. ed. Longman: England, 2000, p.205.

² SIQUEIRA, Carlos Eduardo, CASTRO, Hermano, ARAÚJO, Tânia Maria de. **A Globalização dos Movimentos Sociais**: Resposta Social à Globalização Corporativa Neoliberal. Disponível em: <<http://www.scielo.com.br>> Acesso em: 10/09/2006.

impulso da "burguesia" só se daria com a abertura de mercados para o escoamento da produção de bens e a absorção da prestação de serviços, os quais se multiplicavam em proporção geométrica, desde que a tecnologia se tornou a mola mestra do processo produtivo.

Nas palavras de Marx e Engels:

Os (mesmos) produtos industriais são consumidos não apenas no próprio país (onde são fabricados), mas em todas as partes do mundo. As antigas necessidades, insatisfeitas por produtos locais, cedem lugar a necessidades novas, que exigem, para sua satisfação, produtos de países e climas os mais longínquos. O primitivo isolamento e a autarquia local e nacional são ultrapassados pelo tráfico e a interdependência universal das nações.³

Neste sentido, realçaram os autores que a dominação econômica mundial foi implementada com a utilização de "armas" comerciais cujo trunfo maior era o preço reduzido das mercadorias produzidas em série.

Fábio Konder Comparato comunga da mesma opinião, acrescentando que

No capitalismo industrial o aumento constante do consumo é a condição sine qua non do equilíbrio do sistema. O movimento de formação do mercado mundial conduziu, necessariamente, à homogeneização cosmopolita não só das técnicas de produção, mas também dos hábitos de consumo.⁴

Comparato esclarece, ainda, que:

Marx foi, de fato, o único a perceber que a homogeneização cosmopolita da atividade econômica era acompanhada de um movimento tendente à uniformização universal de costumes, valores e expressões culturais. A vertiginosa transformação das técnicas de produção e distribuição, o capitalismo acrescentou uma profunda alteração na vida ética dos povos. Nesse sentido, como salientou o Manifesto, a burguesia exercia uma função eminentemente revolucionária. Ela destruiu todas as relações sociais de caráter feudal ou patriarcal, só deixando subsistir entre os indivíduos o vínculo do puro e simples interesse, o frio "pagamento à vista". Em suma, "ela dissolveu a dignidade da pessoa humana no valor de troca, e em lugar das inúmeras franquias, garantidas e bem adquiridas, introduziu uma liberdade única e sem escrúpulos: o livre comércio."⁵

³ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. apud COMPARATO, Fábio Konder. **Ética, Direito, Moral e Religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 416.

⁴ COMPARATO, Fábio Konder. 2006, p.416.

⁵ COMPARATO, Fábio Konder. 2006, p.416.

Com efeito, o elemento central da globalização do capital é o aumento da produção de bens e serviços e a sua absorção em ritmo acelerado. Para isso, deve existir um público consumidor que, muitas vezes, incentivado pela publicidade propõe-se a consumir cada vez mais.

Contudo, essa receita de produção e consumo em massa não pode ser vista de modo estanque sem se levar em conta questões sociais, culturais, religiosas. De fato, as políticas econômicas que regem o processo de produção também repercutem sobre as estatísticas de desenvolvimento social e humano, principalmente nos países periféricos (os chamados "em desenvolvimento").

No que tange à importância que alguns países tiveram no processo de globalização, não se pode deixar de mencionar a participação dos Estados Unidos da América, que não se deu apenas pelos mecanismos de controle econômico dos países situados nas Américas do Sul e Central, mas foi também viabilizada pelo emprego da força militar e da pressão política em muitos casos.

A partir de 1945, quando o estado norte-americano deu-se conta de que era a única potência capaz de enfrentar a força comunista internacional, os sucessivos governantes americanos apoiaram diversos regimes ditatoriais e autoritários anticomunistas que surgiram na periferia do mundo capitalista.⁶

Essa ampliação do domínio imperialista norte-americano elevou aquele país à posição de líder mundial do capitalismo e facilitou a implementação da sua política econômica liberal ao redor do mundo. Diante da força econômica (representada pelo Fundo Monetário Internacional) e militar que se colocava, não restou aos países periféricos outra solução que não aceitar a dominação econômica e de costumes imposta pelos americanos.

1.1 Globalização e concentração do poder econômico

O modelo que se implantou, contudo, não tem se apresentado infalível, principalmente em razão da necessidade constante de aumento do consumo global de bens e serviços. De fato, qualquer quebra significativa no binômio produção-consumo pode levar ao colapso do sistema.⁷

A chamada entropia, ou perda de energia do sistema consiste, de um lado, no excesso de capacidade de produção instalada e, de outro,

⁶ COMPARATO, Fabio Konder. 2006, p. 422.

⁷ No caso do Brasil, Juarez Guimarães explica que " *O elemento decisivo que organiza a conjuntura brasileira atual é a crise do paradigma neoliberal de refundação do Estado brasileiro. É verdade que se trata de um fenômeno internacional, cujas origens remontam às derrotas históricas de Reagan e Thatcher, que passa pela sucessão de crises financeiras internacionais e alcança a dimensão de verdadeiras tragédias coletivas nos países, antes chamados de "emergentes", que aplicaram o receituário neoliberal* ". GUIMARÃES, Juarez. A crise do paradigma neoliberal e o enigma de 2002. Disponível na Internet em <<http://www.scielo.com.br>> Acesso em: 10/10/2007.

na diminuição do consumo. A anunciada crise é observada desde o final da década de noventa com a recessão econômica que se abateu sobre Coréia, Tailândia, Malásia, Indonésia e Filipinas. Em 2007 a crise imobiliária norte-americana também já deu mostras evidentes de sua capacidade de produzir estragos ao modelo capitalista liberal vigente.⁸

Certamente tais crises decorrem do fato de que na instalação do modelo não se levou em conta a necessidade de aumentar a capacidade de consumo da população (inclusive nos países desenvolvidos como, por ex., os Estados Unidos, que também possui uma grande parcela de pobres, como ficou constatado durante o furacão Katrina que fez milhares de vítimas na cidade de New Orleans).

Com efeito, para um sistema que depende do aumento do poder aquisitivo para se manter vivo, é ilógica a constatação de que os índices de renda *per capita* e o IDH de diversos países estão praticamente estagnados.⁹ Desse modo, quanto mais o capitalismo se expande (tanto em volume de negócios quanto em avanço tecnológico), maior fica a concentração do dinheiro nas mãos de alguns grupos econômicos.¹⁰

Destaque-se, lado outro, que os avanços das tecnologias de informação (microprocessadores), transporte e telecomunicações (satélites e fibras óticas), derivados da informatização da sociedade capitalista, constituem-se em elementos importantes para o aumento da concentração de poder econômico, uma vez que tornaram possíveis a automatização de tarefas rotineiras e a flexibilização da produção.¹¹ Assim, quanto maior as possibilidades tecnológicas, menor será a importância da mão-de-obra humana.

Com efeito, em que pesem certos benefícios econômicos e sociais trazidos pela globalização, como, por exemplo, a informatização, a qualificação da mão-de-obra de países em desenvolvimento (por ex., a Índia e a China), não se pode descuidar que a concentração do poder econômico pode levar a abismos sociais, guerras, conflitos raciais, religiosos e ideológicos.

Muitos defendem a globalização como instrumento de expansão da tecnologia e evolução industrial e social, notadamente em razão de

⁸ No caderno Editorial do jornal norte-americano New York Times foi publicado em 8 de outubro de 2007 o artigo intitulado *The American Dream in Reverse* no qual o editor expõe, *in verbis*: "For the first time since the Carter administration, homeownership in the United States is set to decline over a president's tenure. When President Bush took office in 2001, homeownership stood at 67.6 percent. It rose as the mortgage bubble inflated but is projected to fall to 67 percent by early 2009, which would come to 700,000 fewer homeowners than when Mr. Bush started. The decline, calculated by Moody's Economy.com, is inexorable unless the government launches a heroic effort to help hundreds of thousands of defaulting borrowers stay in their homes. These days, modest relief efforts are in short supply, let alone heroic ones. Some officials seem to think that assistance would violate the tenet of personal responsibility that borrowers should not take out loans they cannot afford. That is simplistic" (...). <<http://www.nytimes.com>>.

⁹ Fonte: <<http://www.ibge.gov.br>>.

¹⁰ Sobre abuso do poder econômico cf. BRUNA, Sérgio Varella. 2001.

¹¹ SIQUEIRA, Carlos Eduardo, CASTRO, Hermano, ARAÚJO, Tânia Maria de. 2006.

que o mundo atual (teoricamente) não possui fronteiras digitais e, por isso, torna-se um "*mundo plano*", onde a informação e os meios de comunicação transitam livremente em benefício da coletividade.¹²

Contudo, observamos que tal análise, por si só, é insuficiente para retratar o quadro econômico-social atual, principalmente em face dos efeitos negativos ligados à expansão do modelo econômico liberal.

1.2 Globalização e exclusão social

Segundo a lição de Tania Steren dos Santos, globalização e exclusão social são dois conceitos que definem duas realidades interligadas. A primeira designa as características atuais do processo de desenvolvimento do capitalismo em nível mundial e a segunda, sua consequência mais visível e imediata.¹³

Observa-se, com efeito, que a expansão do capitalismo depende da acumulação de riqueza, centralização e internacionalização do capital, fatores que são naturalmente conflitantes com o aumento dos níveis de emprego, o desenvolvimento social e melhoria das condições de vida da população em geral.

Assim, vê-se que a economia global nos moldes em que foi forjada é, por si só, socialmente excludente, e esta é, sem dúvida, a origem da atual crise do sistema capitalista, representada pela estagnação econômica, instabilidade dos mercados financeiros, intensa especulação financeira, desestabilização monetária e aumento das taxas de desemprego.

A aplicação dos paradigmas liberais sobre os países periféricos sem o necessário investimento em educação e geração de empregos, leva à má distribuição da renda e, por consequência, à desigualdade social verificada nos enormes contingentes populacionais que vivem à margem do processo de desenvolvimento e sem acesso aos meios de comunicação e à educação.¹⁴

Esse é o motivo pelo qual se observa certo esforço (ainda que tímido) dos países ricos para fomentar o desenvolvimento econômico dos

¹² FRIEDMAN, Thomas. 2005.

¹³ *Globalização e exclusão: a dialética da mundialização do capital*. <<http://www.scielo.com.br>>.

¹⁴ Tania Steren dos Santos explica que " *O aumento das desigualdades de renda atinge, em especial, as classes marginalizadas que residem nos grandes centros urbanos, os trabalhadores sem terra e os desempregados do meio rural, tornando cada vez mais visíveis as contradições do sistema. No seio da sociedade global, dominada pelo capitalismo, reproduzem-se constantemente as contradições de classe, os antagonismos, as hierarquias e as diversidades sociais. De fato, o desenvolvimento do capitalismo pode ser caracterizado como desigual, combinado e contraditório. A globalização não é equilibrada nem harmônica e, ao invés de atenuar as disparidades de renda, amplifica-as. Ela privilegia os interesses específicos da classe social dominante e dos países hegemônicos, em detrimento dos mais desfavorecidos, acentuando assim os já graves problemas estruturais e conjunturais do mundo atual*". In <<http://www.scielo.com.br>>.

países pobres visando a incrementar o potencial de consumo de sua enorme massa populacional.

Mas é preciso questionar até que ponto receber esses excedentes interessa aos países periféricos e se isso, de fato, propiciará melhorias nas condições de vida de suas populações. Independentemente disso, faz-se necessário que o Estado exerça seu papel regulador da atividade econômica privada, visando à melhoria do setor de infraestrutura, fortalecendo a economia e, por fim, fomentando o mercado para escoar a produção.

2 A revolução tecnológica e o desemprego

Outro ponto de destaque que está ligado aos efeitos da globalização sobre os países periféricos é a chamada revolução tecnológica.

Apontam os estudiosos que a modernização da tecnologia tem gerado profundas transformações nos processos produtivos e nas estratégias de avanço do capitalismo, razão pela qual, com frequência o desemprego é apontado como o grande vilão da desigualdade social.

A revolução tecnológica nas áreas da informática, automação, robótica, genética e biotecnologia, por um lado, garante a expansão do crescimento econômico. Porém, de outro lado, intensificam ainda mais as diferenças e geram conflitos sociais e religiosos.

As contradições entre o crescimento econômico e a globalização manifestam-se em ritmo crescente, sendo o desemprego um dos elementos cruciais para compreender as dimensões da crise do mundo capitalista na atualidade.¹⁵

O desemprego atinge indiscriminadamente todas as nações do globo e mesmo em países como a Índia e a China, que se destacam pela crescente expansão econômica, a relação entre oferta e demanda no setor de empregos continua discrepante. Além disso, observa-se que nesses países, as empresas transnacionais que lá se instalaram deixam de observar a legislação trabalhista local e concentram-se tão-somente em definir estratégias de produção e aumento da lucratividade.

¹⁵ Beinstein observa que: " *O desemprego, convertido em um fenômeno de longa duração, estrutural no novo contexto econômico, ocupa o centro do conjunto de processos que promovem a concentração de renda e a pobreza. Em segundo lugar, a presença cada vez mais forte dos desempregados freia as reivindicações salariais e, assim, os salários reais caem ou sobem mais lentamente que a produtividade do trabalho, o que provoca concentração de renda. Além disso, a desaceleração da demanda causada pelo menor ritmo de crescimento dos salários e outras rendas das classes médias e baixas impulsiona as empresas a acelerar sua mudança tecnológica para reduzir custos perante mercados que perdem dinamismo. Um dos objetivos prioritários desta transformação é a economia de mão-de-obra, o que traz desemprego, freia os salários reais e concentra renda. Na guerra para baixar custos encontram-se as transferências: numerosas indústrias partem de países com salários e impostos altos para outros mais baratos, o que aumenta o desemprego nos primeiros*" . (BEINSTEIN, Jorge. 2001, p.66).

Segundo a lição de Comparato:

Houve uma passagem do capitalismo industrial ao capitalismo financeiro, o que aprofundou ainda mais os desequilíbrios econômicos e sociais existentes. A rentabilidade das empresas industriais depende agora de sua capacidade em dispensar mão-de-obra assalariada. Por diversas vezes, o índice médio de cotação dos valores mobiliários em bolsas sobem, em exata correlação com o anúncio de um aumento do desemprego no país" (2006).¹⁶

Neste contexto, é patente a contradição entre o progresso e a pobreza e este fator coloca em risco até democracias consolidadas, dando azo ao surgimento de regimes autoritários.

3 A ordem econômica constitucional brasileira

No Brasil, a ordem econômica é tratada no Título VII, Capítulo I, da Constituição Federal (CF), que estabelece os Princípios Gerais da Atividade Econômica, entre os quais se destacam, expressamente, a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

O parágrafo único, do artigo 170, da Constituição prevê, ainda, que a todos é assegurado o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos. Isto significa que vige para o particular o princípio da legalidade previsto no artigo 5º, inciso II da Constituição, o qual estabelece que *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei*. Deste modo, garante-se a livre iniciativa e a valorização do trabalho baseado na dignidade da pessoa humana e na liberdade individual.

Em outras palavras, o princípio da livre concorrência objetiva a sobrevivência de uma economia de mercado que privilegie a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, seja no âmbito nacional, seja no mercado internacional. A livre concorrência sempre esteve atrelada a processos de desequilíbrio inerentes ao funcionamento do mercado que, via de regra, é marcado por movimentos cíclicos em que épocas de prosperidade e de crise se alternam.

Neste contexto, a Constituição Federal prevê em seu artigo 173 uma atuação subsidiária do Estado na atividade econômica. Dessarte, o Esta-

¹⁶ COMPARATO, Fabio Konder. 2006, p.375.

do deve atuar como agente normativo e regulador e não como participante ativo da atividade econômica, salvo nos casos de relevante interesse coletivo ou por questões de segurança nacional.

É, assim, admitida a incapacidade do Estado em promover com eficiência a prestação de serviços de interesse geral, deixando-se para ele a posição de agente regulador, competindo-lhe normatizar e fiscalizar a atividade privada, sem perder de vista o interesse público e o respeito às liberdades individuais.

Desse modo, a atividade regulatória é forma de intervenção do Estado na economia, tanto para corrigir falhas de mercado, quanto para fiscalizar e orientar o exercício da prestação de serviços públicos concedidos, permitidos ou autorizados. Por essas razões, suas atividades devem estar pautadas nos princípios da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade.

3.1 Precedentes da regulação econômica

Cumprir observar, inicialmente, que o declínio do modelo econômico liberal ocorreu, em resumo, pela ausência do Estado na vida pública. Essa carência fez surgir um movimento contrário ao liberalismo capitaneado pelos filósofos Karl Marx e Friedrich Engels, culminando na Revolução Russa de 1917.

Esse novo cenário socialista, aliado à quebra da Bolsa de Nova Iorque, em 1929, obrigou os Governos liberais a se voltarem para a necessidade de uma dose maior de intervenção do Estado no ordenamento econômico, a fim de manter a estabilidade econômico-financeira. O Estado do Bem-Estar (*Welfare State*) nasceu a partir dessa nova visão, pois o Estado não podia ficar ao largo das atividades econômicas, devendo intervir para garantir direitos sociais e, ao mesmo tempo, preservar a saúde financeira das instituições.

Porém, também o Estado do Bem-Estar conduziu à uma crise fiscal do Estado que o obrigou a reduzir suas dimensões e sua intervenção direta no âmbito econômico, face à insuficiência de recursos econômicos para arcar com as despesas públicas.¹⁷

Assim, reconhecida a incapacidade do Estado do bem-estar em prover todas as necessidades da coletividade, e verificada sua impossibilidade de atendê-las, mediante o exercício de atividade econômica, passou-se a um novo modelo de atuação estatal, que se caracteriza preponderantemente pela utilização da competência normativa para disciplinar a atuação dos particulares. Em qualquer hipótese, entretanto, deve ser observado que a intervenção estatal, seja por ato de regulação ou de política pública, deve ficar adstrita ao interesse público, razão que justifica as limitações eventualmente impostas sobre as liberdades individuais.

¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. 2002, p.20.

Essa nova ordem de idéias é permeada pelo princípio da subsidiariedade, que traz em si os limites de atuação do Estado na atividade econômica. Sobre o assunto, explica Souto:

O que se propõe, em obediência ao princípio da subsidiariedade, é que o Estado se concentre naquilo que é essencial, transferindo funções que podem ser desenvolvidas com maior eficiência pelos particulares, seja em regime de livre iniciativa, seja em regime de direito público (serviços públicos universais), ambas sob regulação estatal.¹⁸

Desse modo, passou-se de um Estado liberal para o modelo intervencionista do bem-estar social e, deste, para o modelo atual de intervenção do Estado na economia através da regulação econômica (neoliberalismo).

3.2 Regulação e desenvolvimento

Com a mudança do regime de atuação estatal sobre as atividades econômicas, a regulação assumiu importante papel na vida do Estado, levando-se em conta principalmente as estruturas de mercado existentes, o sistema de livre concorrência, o modelo econômico capitalista e, ainda, a forma de prestação dos serviços públicos que podem ser objeto de concessão, permissão ou autorização.

Ensina Sundfeld que:

A regulação é, isto sim, característica de um certo modelo econômico, aquele em que o Estado não assume diretamente o exercício de atividade empresarial, mas intervém enfaticamente no mercado utilizando instrumentos de autoridade. Assim, a regulação não é própria de certa família jurídica, mas sim uma opção política econômica.¹⁹

Logo, o Estado como agente regulador intervém na atividade econômica para corrigir falhas de mercado quando tais distorções afetam a economia popular e o sistema da livre concorrência, acarretando na formação de monopólios, e para regular a prestação dos serviços públicos, assegurando os princípios da universalização, eficiência, continuidade, atualidade, regularidade, modicidade das tarifas, dentre outros.²⁰

Sob o prisma regulatório, o Estado não deve intervir diretamente na ordem econômica, mas deve regulá-la, a fim de conter abusos e manter o equilíbrio entre as metas voltadas para o interesse geral e os objetivos dos particulares. Neste cenário, o Estado pode intervir

¹⁸ SOUTO, Marcos Juruena Villela. 2002, p.35.

¹⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. 2000, p.23.

²⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. 2006.

diretamente pelos seus órgãos da administração direta ou através de pessoas jurídicas criadas especificamente para esse fim, as quais integram de sua administração indireta, como, por exemplo, as agências reguladoras.

A regulação na ordem econômica vai além de promover a livre iniciativa, a liberdade de mercado e a defesa do consumidor. O Estado, na posição de agente regulador, tem os deveres de fiscalizar, incentivar e planejar tanto as atividades econômicas quanto a prestação dos serviços públicos.²¹

No tocante à regulação do setor privado, cujos objetivos primeiros são o alcance do lucro e o direito de propriedade, vige o princípio da livre iniciativa e o Estado não pode limitar o exercício da atividade privada com o subterfúgio de regular, salvo hipóteses em que haja fundamentado interesse público, como visto anteriormente. Assim, a regulação da atividade econômica *stricto sensu* tem como fatores limitantes o direito de propriedade, a livre iniciativa e a liberdade individual.

Já a regulação sobre atividades que envolvem a prestação de serviços públicos, cujo interesse da coletividade se sobrepuja ao interesse do particular, encontra um campo maior de liberdade, porquanto embora tal atividade possa dar lucro (principalmente quando exercidas por concessionários ou permissionários), devem ser observados os princípios da eficiência, da modicidade das tarifas, da universalidade e da continuidade do serviço, dentre outros.

3.3 Objetivos da regulação econômica

Do ponto de vista econômico, a regulação busca evitar atos de concentração de mercado, condutas abusivas, abuso de posição dominante e cobrança de preços arbitrários, dentre outras práticas vedadas pelo direito regulatório e pelo direito da concorrência. Vale lembrar que no âmbito de aplicação dessas duas modalidades, o primeiro tem atuação *ex ante*, ou seja, a regulação é uma atividade preventiva que se opera mediante edição de normas, fiscalização e atuação do poder de polícia preventivo ou repressivo.

Já o direito antitruste atua *ex post*, objetivando estancar situações em que tenha havido violação das normas concorrenciais, especialmente aquelas previstas na Lei nº. 8.884/94, que concede ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) o poder de reprimir condutas anticoncorrenciais e a formação de estruturas que representem atos de concentração e impliquem em desequilíbrio de mercado.²²

São exemplos de regulações setoriais de atividades econômicas, dentre outras, a regulação do Mercado de Valores Mobiliários, realizada

²¹ Cf. art. 174 da CRFB.

²² Para maiores informações cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. 2002.

pela CVM;²³ a regulação do sistema financeiro, empreendida pelo Banco Central;²⁴ a regulação na política agrícola e fundiária;²⁵ a regulação na política energética nacional (energia elétrica, petróleo e gás natural).²⁶

No regime jurídico do serviço público que envolve sua prestação, pelo próprio Estado ou por terceiros, mediante concessão ou permissão de serviço público, a prestação é feita sob o regime de Direito Público, ainda que haja delegação ao setor privado.

Nesses serviços, a regulação atua com os mesmos objetivos anteriormente citados, porém revela-se de crucial importância a observância dos princípios fundamentais constitucionais. Estes revelam-se especialmente imprescindíveis na ordem econômica por envolver questões como a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais.

Neste diapasão, Justen Filho assevera que:²⁷

Os princípios fundamentais a serem considerados são precisamente aqueles constantes dos arts. 1º e 3º da CF/88. A ordem jurídica brasileira se orienta à obtenção da dignidade da pessoa humana, em suas diferenças vertentes". (...) "a dignidade da pessoa humana envolve a eliminação da pobreza (CF, art. 3º, inc. III) tanto quanto a garantia à propriedade privada (art. 5º e 170, inc. II). Adotada a concepção capitalista para a ordem econômica, a dignidade da pessoa humana assegura a livre iniciativa e a livre concorrência (art. 170, inc. IV e parágrafo único), mas exclui a possibilidade de abuso do poder econômico (art. 173, §4º).

No tocante ao direito à propriedade privada, embora não conste explicitamente no rol dos princípios fundamentais previstos nos arts. 1º a 3º da CF, ele aparece no rol dos direitos e garantias fundamentais do art. 5º, inciso XXII e no art. 170, inciso III da CF, em que assume sua feição de princípio orientador do exercício da atividade econômica e da livre iniciativa. Todavia, seu exercício deve atender à função social da propriedade que como ensina Diogo de Figueiredo Moreira Neto, deve estar "*atento à visão pragmática sobre a natureza competitiva do homem, que consiste na exigência de que o uso das riquezas seja vocacionado ao bem geral e às finalidades públicas, dando à mola do progresso, e ao próprio símbolo externo contemporâneo da liberdade, que é a propriedade, a têmpera da solidariedade.*"²⁸

²³ Lei nº. 6.385/76.

²⁴ Cf. 192, CRFB.

²⁵ Cf. V. 187, CRFB.

²⁶ Cf. SOUTO, Marcos Juruena Vilella. 2002, p.117.

²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. 2002, p.319.

²⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. 2005, p.372.

Dessa maneira ficam claros os objetivos da regulação econômica segundo a qual o Estado intervém na economia como agente regulador e norteador da atividade econômica privada. Com isso, espera-se conter os abusos praticados pelos detentores do capital (investidores) e atender aos interesses da coletividade no que toca ao acesso à infraestrutura (educação, saúde, saneamento básico, informatização dos serviços).

4 A regulação financeira realizada pelo Banco Central

No que tange à regulação financeira, as funções típicas do Banco Central (BACEN) são, dentre outras: emitir papel-moeda (função monopolista), controlar a liquidez da economia (seja por meio da quantidade de emissão de papel-moeda, seja inibindo a criação de moeda escritural pelos bancos comerciais), fiscalizar os bancos comerciais, regular o sistema financeiro e ser depositário de reservas internacionais do País.

As funções do Banco Central também estão ligadas às atividades dos bancos comerciais que são os verdadeiros "financiadores" do desenvolvimento econômico do setor privado.

De fato, na maior parte das vezes, são os bancos privados que concedem crédito e financiam projetos. Contudo, para esse ciclo de negócios funcionar há que se ter a expectativa de estabilidade da economia (principalmente da política macroeconômica),²⁹ já que como todas os outros investidores, os bancos também estão submetidos às incertezas de mercado.³⁰

Freitas explica o duplo papel desempenhado pelos bancos comerciais no sistema capitalista, como sendo ao mesmo tempo intermediários financeiros e criadores de moeda escritural.³¹

Os bancos comerciais são instituições autorizadas pelo Banco Central a receber depósitos à vista, o que em última análise significa que os

²⁹ Na opinião de Marcos Antonio Macedo Cintra, "a partir de janeiro de 1999, o governo brasileiro articulou juntamente com o FMI uma política macroeconômica ancorada em três pilares: taxa de câmbio flutuante com livre mobilidade de capitais, para ajustar as contas externas; taxa de juro real elevada, para garantir o cumprimento das metas de inflação; superávit primário crescente, para conter o endividamento do setor público". In <<http://www.scielo.br>>.

³⁰ O modelo macroeconômico brasileiro atual "tem se revelado capaz de produzir ciclos econômicos que acompanham os movimentos de expansão e retração da liquidez e do comércio mundiais, mas não tem conseguido recolocar o país no caminho do desenvolvimento econômico e social, entendido como a ampliação consistente dos investimentos, sobretudo os de maior porte e com longos prazos de maturação (como aqueles em infraestrutura ou na indústria pesada) ou de maior risco (como aqueles em setores de alto conteúdo tecnológico), com aumento do emprego e dos salários e melhoria na distribuição da renda". (CINTRA, Marcos Antonio Macedo. **Sua ve fracasso** - A política macroeconômica brasileira entre 1999 e 2005. Disponível em <<http://www.scielo.br>> Acesso em: 10/10/2007).

³¹ FREITAS, Maria Cristina Penido de Freitas. In. SOBREIRA, Rogério. **Regulação Financeira e Bancária**. São Paulo: Atlas, 2005.

Bancos comerciais estão autorizados a criar moeda escritural.³² Ao receber depósitos à vista os Bancos realizam uma *operação contábil* que consiste na possibilidade de fornecimento de crédito sobre estes depósitos, sob a premissa de que nem todos aqueles que possuem direito de saque irão exercer esse direito simultaneamente. Deste modo, os bancos têm o poder de monetizar as obrigações primárias emitidas pelos devedores bancários no momento da concessão de crédito.³³

Contudo, ao conceder crédito, os bancos adquirem dívidas emitidas pelos agentes econômicos que, apostando na rentabilidade futura de suas riquezas presentes, solicitam pré-financiamento de suas atividades. Assim, os bancos antecipam a validação social das decisões empresariais de produção e investimentos, colocando à disposição destes a liquidez recém-criada para a viabilização de planos de investimentos e de estratégias de apropriação da nova riqueza. Mediante a concessão de crédito, os bancos permitem a instalação da capacidade produtiva e a expansão da produção a uma taxa viável.

Como os bancos comerciais também estão submetidos às incertezas de mercado, em certos momentos eles preferem a liquidez e deixam de financiar projetos e conceder créditos. Essa preferência reflete suas expectativas e considerações sobre o ciclo de negócios.

Neste cenário, cite-se como exemplo os bancos norte-americanos que, por seguidos anos, concederam créditos para aquisição de casa própria pelos americanos, mediante a instituição de *mortgage* (hipoteca). Observou-se que nesse modelo de concessão de créditos, o endividamento associado à falta de liquidez da hipoteca, gerou a chamada *bolha imobiliária* que representa hoje uma ameaça real à economia capitalista mundial.

De fato, dificuldades de pagamento das dívidas podem levar à quebra do sistema e esse fenômeno tende a se agravar numa economia que opera no mercado financeiro internacional, notadamente quando seu fluxo de caixa e compromissos de pagamentos se tornam dependentes das taxas de câmbio e de juros de outros países. Nesse caso, principalmente as taxas de câmbio são determinantes na estrutura do balanço, afetando o fluxo de caixa e o valor do endividamento da economia global.

O endividamento crescente pode levar a uma crise financeira e gerar um crash na economia, atingindo vários setores além daquele de onde se originou o problema. Em um cenário de rompimento como esse, a opção será a preferência por liquidez com a venda de ativos e esse comportamento defensivo gera recessão, desemprego, endividamento e estagnação.

³² Cf. CARVALHO, Fernando J. Cardim de. **Economia Monetária e Financeira**; Teoria e Política. Rio de Janeiro: Campus, 2001, p.51

³³ CARVALHO, Fernando J. Cardim. 2001, p.52.

Note-se, ainda, que a padronização da economia promovida pelo Fundo Monetário Internacional e pela globalização nos países capitalistas é baseada na teoria quantitativa da moeda, ou seja, o total de meios de pagamento existentes em um país compra o total dos bens e serviços produzidos nesse país.³⁴

As atribuições desenvolvidas pelo Banco Central devem ser voltadas, naturalmente, para o controle de câmbio e de circulação de capital, em que pesem as recomendações de organismos financeiros internacionais, no sentido de que é preciso abolir essas intervenções e liberar serviços financeiros transfronteiras.

Da observação desse cenário, ressalta-se a importância das atividades regulatórias do Banco Central no sistema monetário, tanto nos momentos de crise bancária, quanto através de políticas econômicas implantadas pelo Governo Federal.

Para controlar e regular a atividade financeira, o Banco Central precisa ser independente e esse requisito está, em tese, assegurado pelo artigo 164, §1º da CF. Por meio dessa independência o Banco Central consegue manter estável o poder de compra da moeda e controlar a expansão da base monetária e o volume de moeda escritural gerada pelos bancos.³⁵

Por fim, vale anotar que alguns estudiosos do tema defendem a necessidade de criação de um Banco Central Internacional com competência para regular o fluxo cambial em nível mundial e impedir os movimentos bruscos de capital de um país para outro. Essa regulação transfronteiras poderia conter a especulação financeira e impedir a quebra em cascata dos mercados financeiros mundiais.

Conclusão

A globalização produz aspectos positivos e negativos concomitantemente, ou seja, de um lado a criação de blocos comerciais e comunidades propiciam uma acelerada revolução científica, tecnológica e econômica. Por outro lado, a instalação da política liberal dos países dominantes nos países periféricos pode levar à exclusão social de grande parcela da população que vive à margem do desenvolvimento.

³⁴ SOUTELLO, Luiz Haroldo Gomes de. *Regulação Financeira e Regulação Pública da Economia no Brasil*. Campinas, 2003, p. 372. Esse autor explica que: "A principal atribuição do Banco Central é controlar, na medida do possível, o volume de meios de pagamento. Essa expressão 'meios de pagamento' abrange a base monetária (total das unidades monetárias emitidas e mantidas em circulação pelo Banco Central) e a moeda escritural gerada pelo funcionamento do mercado financeiro. O Banco Central tem, portanto, duas coisas para controlar: A expansão da base monetária e a expansão do volume de moeda escritural".

³⁵ A estrutura e o funcionamento do sistema financeiro estão disciplinados na Lei nº. 4.595/64, que foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 com força de Lei Complementar, a teor do disposto no artigo 192 da CRFB.

Nesse ponto, são exatamente as contradições do mundo globalizado e as incertezas da política macroeconômica liberal que exigem que se estabeleçam mecanismos regulatórios eficientes em nível local e internacional.

Salientou-se, neste trabalho, que certas propostas, inclusive aquelas provenientes do Fundo Monetário Internacional, têm trazido consequências negativas para os países em desenvolvimento, tais como, o enfraquecimento do poder interno, o desemprego, a concentração de capital e a hegemonia do capital financeiro em detrimento dos setores produtivos.

Contudo, o processo de globalização é irreversível e a solução não é colocar obstáculos às políticas em vigor ou frear as conquistas da ciência e da tecnologia, mas criar mecanismos institucionais capazes de orientar a racional aplicação dos novos recursos.

O debate sobre a importância do papel do Estado no combate à crise social e financeira do capitalismo deve levar em conta, em primeiro lugar, que o afastamento do Estado das atividades econômicas não deve ser visto, por si só, como enfraquecimento do seu poder e soberania. Pelo contrário, deve ser incentivada a sua atuação como agente regulador dessas atividades, principalmente no setor de infraestrutura.

Decerto, o Estado não pode se submeter inteiramente aos ditames do mercado e os sistemas de controle político e jurídico devem ser reforçados de molde a proteger a coletividade. É preciso reconhecer que os conflitos sociais só poderão ser enfrentados através de mecanismos políticos cujo objetivo seja construir uma sociedade mais justa com uma melhor distribuição de renda.

A busca pelo equilíbrio das relações capital *versus* trabalho e globalização *versus* crescimento econômico passa por decisões políticas regulatórias, nas quais deve ser respeitado o capital nacional e estrangeiro, mas sem descurar-se das necessidades primordiais da população (sob a ótica do direito constitucional poderíamos falar na *teoria do mínimo existencial* como direito fundamental).

Vale anotar, por fim, que as crises do capitalismo podem ser evitadas se houver o controle da especulação financeira, em nível mundial, através dos Bancos Centrais, o aumento das taxas de emprego e o crescimento econômico equilibrado com permanentes investimentos nas áreas de infra-estrutura (educação, saúde, meio ambiente, saneamento básico, transportes e energia).

Referências

- ANDRADE, Rogério Emilio de. **Regulação Pública da Economia no Brasil**. São Paulo: Edicamp, 2003.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. As agências reguladoras independentes e a separação de poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 13, abr.-maio 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 30/09/2006.
- BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. Rio de Janeiro: Saraiva, 1999.
- BEINSTEIN, Jorge. **Capitalismo senil** - a grande crise da economia global. São Paulo: Record, 2001.
- BINENBOJM, Gustavo. As agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 3, ago-set-out, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 20/09/2006.
- BRUNA, Sérgio Varella. **O Poder Econômico e a Concentração do Abuso em seu Exercício**. São Paulo: RT, 2001.
- CARVALHO, Fernando J. Cardim de. **Economia Monetária e Financeira**. Teoria e Política. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- CINTRA, Marcos Antonio Macedo. **Suave fracasso** - A política macroeconômica brasileira entre 1999 e 2005. Disponível em <<http://www.scielo.br>> Acesso em: 10/10/2007.
- COMPARATO, Fabio Konder. **Ética, Direito, Moral e Religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- FREITAS, Maria Cristina Penido de Freitas. Racionalidade da Regulamentação e Supervisão Bancária: Uma interpretação Heterodoxa. In SOBREIRA, Rogério. **Regulação Financeira e Bancária**. São Paulo: Atlas, 2005.
- FRIEDMAN, Thomas. **O Mundo é Plano**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.
- GUERRA, Sérgio. **Controle Judicial dos Atos Regulatórios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GRAU, Eros. **Revista Trimestral de Direito Público**. nº. 24. São Paulo: Malheiros, 1998.
- GUIMARÃES, Juarez. **A crise do paradigma neoliberal e o enigma de 2002**. Disponível na Internet em <<http://www.scielo.com.br>> Acesso em: 10/10/2007.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.
- MARX, Karl, Engels, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista**. Porto Alegre: L&PM, 2001.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e Atividade Econômica**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e Concorrência** - Estudos e Pareceres. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SHUMPETER. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, s/d.
- SIQUEIRA, Carlos Eduardo, CASTRO, Hermano, ARAÚJO, Tânia Maria de. **A Globalização dos Movimentos Sociais: Resposta Social à Globalização Corporativa Neoliberal**. Disponível em: <<http://www.scielo.com.br>> Acesso em: 10/09/2006.

SOUTELLO, Luiz Haroldo Gomes de. **Regulação Financeira e Regulação Pública da Economia no Brasil**. Campinas, 2003, p. 372.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização, Privatização, Concessões e Terceirizações**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2000.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

A tributação da renda e o mínimo vital

Iliane Rosa Pagliarini

*Advogada da Caixa no Paraná
Especialista em Direito Tributário pela Universidade
da Amazônia – UNAMA
Mestranda em Direito Processual e Cidadania na
Universidade Paranaense - UNIPAR*

RESUMO

O presente trabalho realiza uma síntese sobre o Imposto de Renda em nosso ordenamento jurídico, trazendo uma abordagem histórica e seus desdobramentos constitucionais. Busca-se enfatizar a respeito da aplicação e efetividade do princípio da capacidade contributiva no Imposto de Renda, bem como a observância ao mínimo vital, como garantia da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Imposto sobre a Renda e Proventos. Princípio da Capacidade Contributiva. Dignidade da Pessoa Humana. Mínimo Vital.

ABSTRACT

This paper performs a summary of the Tax over Income *in* our legal system, including a historical approach and its constitutional unfoldings. Its looks to emphasize the matter of application and effectiveness of the principal of contributinal capacity *in* Income Tax, as well as the compliance of a minimum required for living, as a guaranty of the dignity of a human being.

Keywords: Income Tax. Contributinal capacity. Guaranty of the dignity of a human being.

Introdução

O presente trabalho tem como objeto o estudo, a intrínseca relação entre o imposto de renda, o princípio da capacidade contributiva, o mínimo vital e a dignidade da pessoa humana.

É de notório conhecimento que a carga tributária no Brasil é extremamente elevada e que tal fato é um dos principais fatores incentivadores da sonegação fiscal, da informalidade do setor empresarial e do descontentamento dos contribuintes.

A Constituição Federal de 1988 prima pelo princípio da dignidade da pessoa humana, e, para fins do desenvolvimento do presente trabalho, é importante partir da concepção básica de que “dignidade da pessoa humana” tem que estar correlacionada com a idéia de uma vida

plena, com garantia à cidadania, à saúde, à educação, ao trabalho, à moradia e ao lazer.

Há que se concordar que, na sociedade capitalista da qual fazemos parte, para que o cidadão possa ter “uma vida digna”, precisa, de plano, auferir uma renda que possa custear as despesas implementadas com moradia, saúde, educação, transporte, lazer, etc. Contudo, essa renda percebida pelo cidadão, atendidos os critérios estabelecidos em lei, é objeto de tributação: o imposto de renda e proventos de qualquer natureza.

Assim, ao se realizar uma análise detida sobre o imposto de renda e os princípios de nosso ordenamento jurídico, pretende-se demonstrar que as despesas realizadas para se conseguir ter “uma vida digna”, deveriam ser passíveis de dedução do imposto de renda.

É exatamente o campo dessas deduções que o presente trabalho pretende explorar, percorrendo um caminho entre a tributação, o princípio da dignidade da pessoa humana, o mínimo vital e o imposto de renda. Busca-se, assim, demonstrar que a elevada carga tributária ofende os princípios e os objetivos da nação que estão expressos na Constituição Federal; serve, ainda, para que seja feita uma análise crítica da legislação sobre o Imposto de Renda.

1 Imposto de renda - origem histórica

A origem histórica do imposto de renda, para alguns historiadores, remonta aos primórdios da civilização, contudo, a tributação explícita da renda teve seu início apenas no século XV, tendo o primeiro imposto surgido em 1404, na Inglaterra.¹

Diversamente, entende Edwing Seligman, embasado nos estudos do italiano Canestrini, que a tributação da renda teria ocorrido em 1451 em Florença, na Itália, onde foi instituído o *catasto*, como fruto do movimento democrático que conseguiu que a tributação, até então voltada para a propriedade, fosse deslocada para a produção e para a renda. O *catasto* florentino, aos poucos, tornou-se progressivo e passou a se chamar *scala*, o qual foi extinto com a reintrodução do regime aristocrático no século XVI, pois onerava a aristocracia, contribuintes mais ricos.²

Na França a tributação da renda foi instituída no início do século XVIII, sendo que, em 1697, a exação era cobrada *per capita*, observando-se a classe social em que o contribuinte se inseria, prolongando-se a sua cobrança até o advento da Revolução Francesa, em 1789, quando então o sistema tributário francês foi totalmente alterado.³

Na Europa, constata-se que o imposto sobre a renda teve seu surgimento vinculado, primeiramente, para custear as despesas decor-

¹ LEONETTI, Carlos Araújo. **O imposto sobre a renda como instrumento de justiça social no Brasil**. Barueri: Manole, 2003.

² CANESTRINI *apud* LEONETTI, 2003.

³ LEONETTI, 2003.

rentes das guerras, depois, para equilibrar as finanças em períodos de crises econômicas, tornando-se efetivo e permanente, num terceiro momento, pela importância dos valores arrecadados para o Estado.

No Brasil, conforme ensina CARRAZA,⁴ a renda já era tributada desde 1843, através do “imposto sobre subsídios e vencimentos” e do “imposto sobre dividendos”, os quais tinham como sujeitos passivos as pessoas que recebiam vencimentos dos cofres públicos, ficando isentos os militares em campanha.

Oficialmente, o tributo, embora tenha sido criado pela Lei Orçamentária n. 4.625, de 31.12.1922, somente passou a ser efetivamente exigido a partir de 1924, considerando as alterações introduzidas pela Lei Orçamentária de 31.12.1923.⁵

Com o surgimento do Estado Novo, no Governo de Getúlio Vargas, foi promulgada a Constituição de 1934, sendo que, então, o Imposto de Renda passou a ter *status* constitucional e sua competência para instituição ficou definida como sendo da União.⁶ As Constituições de 1937⁷ e 1946⁸ também dispuseram expressamente sobre o Imposto de Renda, ressaltando-se que, no decorrer dos anos, ocorreram alterações na legislação ordinária, sendo que em 1954, foi introduzido o sistema de desconto na fonte do tributo incidente sobre os rendimentos do trabalho assalariado.

Com o golpe militar, em 24/01/1967, promulga-se uma nova Constituição, e, nessa Constituição, o Sistema Tributário passou a ter um capítulo específico, ficando consignada a seguinte redação referente ao Imposto de Renda: “Art.22 - Compete à União decretar impostos sobre: [...] IV – rendas e proventos de qualquer natureza, salvo ajuda de custo e diárias pagas pelos cofres públicos”. Decorridos dois anos, promulgou-se a Emenda Constitucional n. 1/1969 que alterou o texto Constitucional

⁴ CARRAZA, Roque Antonio. **Imposto sobre a renda** (perfil constitucional e temas específicos). 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

⁵ Carraza faz uma contextualização histórica, na qual se destaca: “Várias tinham sido as tentativas de instituí-lo entre nós. Já em 1867, durante o Segundo Império, Francisco de Montezuma, o Visconde de Jequitinhonha, conselheiro de D. Pedro II, fazia praça que, embora ninguém goste de contribuir com somas de dinheiro para a manutenção do Estado, havia boas possibilidades de o IR vingar, pois acreditava que, ‘entre nós, há gente que antes quer parecer que é rica, do que confessar que é pobre’. Desconhecemos se o bom Visconde tinha, ou não, razão. O fato é que o IR acabou consolidando-se em nosso país e, cobrado das pessoas físicas e jurídicas, é responsável por significativa parte da arrecadação federal. (CARRAZA, 2006. p.22).

⁶ Art.6 - Compete também, privativamente à União: I – Decretar imposto: [...] c) de renda e proventos de qualquer natureza, excetuada a renda cedular de imóveis.

⁷ Art.20 – É da Competência privativa da União: I – Decretar imposto: [...] c) de renda e proventos de qualquer natureza.

⁸ Art.15 – Compete a União decretar imposto sobre: [...] IV – renda e proventos de qualquer natureza. [...] §3º A União poderá tributar a renda das obrigações da dívida pública estadual ou municipal e os proventos dos agentes dos Estados e dos Municípios, mas não poderá fazê-lo em limites superiores aos que fixar para as suas próprias obrigações e para os proventos dos seus próprios agentes.

e a redação passou a ser a seguinte: “ Art.21. Compete à União Instituir Imposto sobre: [...] IV – renda e proventos de qualquer natureza, salvo ajuda de custo e diárias pagas pelos cofres públicos na forma da lei” .

A Constituição de 05 de outubro de 1988, prestigiando o princípio da isonomia, trouxe novas disposições atinentes ao Imposto de Renda, ficando definida a competência da União para sua instituição. Ficou estabelecido, também, que o imposto deve ser informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei.

1.1 O direito de propriedade e o livre exercício das profissões – a renda como objeto e tributação pelo estado

A Constituição Federal Brasileira, como fruto de um momento histórico, pós-período ditatorial, informa princípios e fundamentos que bem refletem a filosofia liberal da plena proteção à liberdade, à igualdade, e também, como não poderia deixar de ser, à propriedade.

O sistema tributário é assegurado por essa proteção estatal, garantindo uma efetiva arrecadação pelo Estado, na medida em que a exação tributária necessariamente irá incidir sobre os signos de riqueza do contribuinte.

Nesse sentido informa TORRES:

O direito de propriedade e o livre exercício das profissões, declarados no art. 5o, incisos XIII, XXII e XXIII da CF, são a sede constitucional do poder tributário, posto que se abrem, pelo consentimento, à incidência fiscal. Mas, ao mesmo tempo em que se autolimitam, esses direitos estabelecem duas limitações ao poder de tributar: as imunidades, que vedam a incidência sobre as liberdades públicas (locomoção, comércio, religião, manifestação do pensamento); as proibições de desigualdade, que impedem o tratamento desigualitário ou discriminatório.⁹

A tributação efetiva-se, assim, na estrita observância dos preceitos constitucionais, os quais prevêm a competência tributária de cada ente da federação, mas firmam expressamente os princípios que devem ser observados.

No Brasil, compete à União instituir o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, sendo que as delimitações dos termos “renda” e “proventos de qualquer natureza” darão os parâmetros do que pode ou não ser tributado.

Nesse sentido, preceitua o artigo 43, do Código Tributário Nacional, que renda é “o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos” e proventos de qualquer natureza, os acréscimos patrimoniais não compreendidos no conceito de renda.”

⁹ TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 12.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

De uma forma simplificada, Paulsen¹⁰ aduz que se pode afirmar que a renda é todo acréscimo patrimonial produto do capital ou do trabalho e, por sua vez, proventos são os acréscimos patrimoniais advindos de uma atividade que já cessou.

Ainda, a Constituição Federal determina que o Imposto sobre a Renda e Proventos seja informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade.

Para Minatel¹¹ não houve avanço do constituinte para explicitar o que pretendia com cada uma dessas expressões, uma vez que encerram conceitos do domínio comum dos destinatários. Para o autor, a determinação para que se observe a generalidade, na estruturação da regra de incidência do imposto sobre a renda e proventos, é dispositivo atrelado ao princípio da isonomia, ou seja, dá-lhe efetividade, exigindo-se que “a regra matriz de incidência do imposto sobre a renda venha alcançar todas as pessoas que revelem capacidade contributiva, em função dos patamares de renda eleitos pelo legislador”.

Generalidade para Difini significa que “o tributo deve abranger todos os contribuintes que pratiquem o ato ou estejam em igual relação com o fato descrito na hipótese de incidência.”¹²

Quanto à universalidade, para Minatel, parafraseando Becker “é a prescrição constitucional para que a regra de incidência do imposto sobre a renda seja estruturada de forma a alcançar todos os fatos que sejam signos presuntivos de renda.” Comenta, ainda, o autor:

Se a generalidade tem a ver com todas as pessoas, a universalidade determina que sejam tomados todos os fatos que revelem renda, no sentido já examinado de acréscimo, de aquisição de riqueza nova. É do mandamento da universalidade que decorre a máxima da tributação universal da renda, sendo irrelevante ‘... a localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção.’¹³

A universalidade, considerando o fato de estar relacionada à base de cálculo, deve abranger quaisquer rendas e proventos auferidos pelo contribuinte, devendo-se “considerar a totalidade das rendas do contribuinte como uma unidade, sem estabelecer distinções entre tipos de rendas para efeito de tributação diferenciada.”¹⁴.

¹⁰ PAULSEN, Leandro; MELO, Jose Soares Eduardo de. **Impostos federais, estaduais e municipais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

¹¹ MINATEL, José Antonio. **Conteúdo do conceito de renda e estrutura da regra de incidência do imposto**. (Artigo fornecido como material didático na Pós Graduação em Direito Tributário pela Universidade da Amazônia: Módulo Impostos em Espécie).

¹² DIFINI, Luiz Felipe Silveira. **Manual de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2003, p.77.

¹³ MINATEL, 2006, p.5.

¹⁴ PAULSEN, 2004, p.51.

Por sua vez, a progressividade, para PAULSEN “ é critério que exige variação positiva da alíquota à medida que há aumento da base de cálculo”. Continua o autor:

De fato, tem-se progressividade quando há diversas alíquotas graduadas progressivamente em função do aumento da base de cálculo: maior a base, maior a alíquota. [...] Como imposto de natureza pessoal, o IR deve, necessariamente, ser graduado segundo a capacidade econômica do contribuinte também por força de determinação expressa constante do art. 145, § 1º, da CF. A progressividade, aliás, serve de instrumento para a tributação da renda conforme a capacidade contributiva.¹⁵

Com efeito, a Constituição Federal determina que a incidência do imposto esteja estruturada de forma a observar o critério da progressividade, mandamento este que dá efetividade ao princípio da capacidade contributiva, “ além de contribuir para outra máxima de construção popular, veiculada pela mensagem de que aquele que ganha mais deve pagar mais.”¹⁶

2 O princípio da capacidade contributiva e o mínimo vital

2.1 Capacidade contributiva

A noção de capacidade contributiva sempre esteve ligada ao ideal de justiça fiscal, e, por sua vez, remonta sua origem ao surgimento do tributo. Ao explanar sobre a evolução histórica do conceito de capacidade contributiva, a professora Regina Helena Costa ressalta que, já no antigo Egito, os tributos deveriam estar relacionados com a riqueza daqueles que os pagariam. Destaca ainda que “ a Magna Carta de 1215, documento de relevância universal, integrante da pluridocumental Constituição Britânica, consigna, em seu art. 12, que as prestações coercitivas devem ser “ moderadamente fixadas.”¹⁷

Na Idade Média faz-se presente no pensamento de São Tomás de Aquino¹⁸ e, em 1776, no pensamento de Adam Smith, para os quais todos deveriam contribuir para as despesas públicas “ na razão de seus haveres”.

É salutar ressaltar que a inobservância da capacidade contributiva dos contribuintes, por diversas vezes, deu causa a revoltas e transformações políticas,¹⁹ fazendo com que essa diretriz fosse inserida na *Declaration*

¹⁵ PAULSEN, 2004, p.51-2.

¹⁶ MINATEL, 2006.

¹⁷ COSTA, Regina Helena. **Princípio da capacidade contributiva**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.15.

¹⁸ Para Tomás de Aquino “ cada um devia pagar tributos *secundum facultatem* ou *secundum equalitatem proportionis*”. (In COSTA, 2003, p.16).

¹⁹ Destaca Regina Helena a *Boston Tea Party*, na qual os norte-americanos rebelaram-se contra a tributação inglesa das importações feitas pelas Colônias, sendo um dos importan-

dês Droits, de 1789, e na *Déclaration de l'Homme et de lês Citoyens*, de 1791, estabelecendo-se que os impostos deveriam ser suportados em proporção às possibilidades econômicas de cada um.

No Brasil, foi com a Constituição Federal de 1946 que o princípio ganhou o devido destaque no art. 202: "*Os tributos terão caráter pessoal sempre que isso for possível, e serão graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte*". Contudo, com a Emenda Constitucional n. 18, de 01/12/1965, o dispositivo foi suprimido.

LEONETTI lembra que Aliomar Baleeiro, ao comentar o dispositivo constitucional inserto na Carta de 1946, asseverou que se tratava de "cláusula nova, estranha às Constituições brasileira anteriores", mas reconheceu que "o princípio já constava, ainda que em forma embrionária, no art. 179, item 15, da Carta de 1824."²⁰

Em decorrência do momento histórico²¹ pelo qual passava o Brasil e o mundo, com a Constituição Federal de 1988 o princípio retornou consagrado, pois, no art. 145, § 1º.

2.1.2 Conceito e eficácia da capacidade contributiva

Considerando o fato de ser um conceito aberto às interpretações, a Professora Regina Helena Costa traz, em seu estudo sobre a capacidade contributiva, diversas definições doutrinárias, as quais, em síntese, se destacam:

Para Griziotti: "o princípio indica a potencialidade que possuem os submetidos à soberania fiscal para contribuir para os gastos públicos".

Rubens Gomes de Souza: "soma de riqueza disponível depois de satisfeitas as necessidades elementares de existência, riqueza essa que pode ser absorvida pelo Estado sem reduzir o padrão de vida do contribuinte e sem prejudicar as suas atividades econômicas²²".

Emilio Giardina: "possibilidade econômica de pagar tributo".

tes precedentes da Independência ocorrida em 1773, a Revolução Francesa que teve como uma das causas a revolta do povo com os altos impostos cobrados por Luís XVI, e, no Brasil, a Inconfidência Mineira, de 1789, ocasionada pela agressiva política arrecadatória da Coroa Portuguesa. (COSTA, 2003, p.16).

²⁰ BALEEIRO *apud* LEONETTI, 2003, p.55.

²¹ Analisando o Direito Constitucional comparado, Regina Helena Costa constata que o princípio da capacidade contributiva fez-se presente no constitucionalismo pós-guerra, eis que as questões de ordem econômica e social ganharam relevância. Destacam-se as Constituições de Weimar (de 14/08/1919, em seu art. 134), da Espanha (1945, art. 19), da França (1946, art. 37), da Iugoslávia (1946, art. 42), da Bulgária (1947, art. 94), da Itália (1947, art. 53), da Venezuela (1947, art. 232). Assevera a autora: "*Nas Constituições atualmente em vigor constatamos que em alguns textos a referência a capacidade contributiva é expressa, enquanto outros, apesar de implícita, é facilmente dedutível*" (COSTA, 2003, p.20, ver nota de rodapé n.º 17).

²² Esse conceito será retomado posteriormente.

Moschetti: “força econômica do contribuinte”.
Para Geraldo Ataliba e Cléber Giardino: “o princípio traduz-se na exigência de que a tributação seja modulada, de modo a adaptar-se à riqueza dos contribuintes”.²³

A análise do princípio está ligada diretamente com a noção de justiça fiscal, vinculada igualmente com o estudo dos princípios da igualdade e do não-confisco.

Assevera CARRAZZA que as leis que criam os impostos não podem compelir o contribuinte a colaborar com as despesas públicas além de suas possibilidades, pois seria confiscatório o imposto que “esgota a riqueza tributável das pessoas”, ou seja, que desconsidera suas capacidades contributivas. Aduz o autor:

O princípio da capacidade contributiva hospeda-se nas dobras do princípio da igualdade e ajuda a realizar, no campo tributário, os ideais republicanos. Realmente, é justo e jurídico que quem, em termos econômicos, tem muito pague, proporcionalmente, mais imposto do que quem tem pouco. Quem tem maior riqueza deve, em termos proporcionais, pagar mais imposto do que quem tem menor riqueza. Noutras palavras, deve contribuir mais para a manutenção da coisa pública. As pessoas, pois, devem pagar impostos na proporção dos seus haveres, ou seja, de seus índices de riqueza.
[...]

Portanto, o princípio da não-confiscatoriedade exige do legislador, conduta marcada pelo equilíbrio, pela moderação e pela medida, na quantificação dos tributos, tudo tendo em vista um Direito Tributário justo.²⁴

A idéia, portanto, é que a carga tributária do Estado deva ser repartida entre os contribuintes de forma a respeitar sua capacidade de contribuir para as despesas públicas, respeitando-se as diferenças econômicas existentes entre os indivíduos, de forma que quem possua mais, efetivamente contribua com um montante maior.

Para o estudo do princípio da capacidade contributiva é imprescindível compreender-se que o artigo 145, § 1º, da Constituição Federal não traduz uma *diretriz programática*, que não produz efeitos para o legislador ou para o juiz. CARRAZZA destaca que a doutrina concorda quanto à natureza obrigatória das normas constitucionais ditas “programáticas”, e, por conseqüência, concorda que são inconstitucionais as leis infraconstitucionais que não as observem.²⁵

Nesse sentido, o grande efeito do princípio da capacidade contributiva, para Regina Helena Costa é limitar o poder de tributar e assegurar os direitos subjetivos do contribuinte. Assevera a autora:

²³ In: COSTA, 2003, p.22-3.

²⁴ CARRAZZA, 2003, p.77 e 89.

²⁵ CARRAZZA, 2003.

Como expressão, no campo tributário, do princípio de maior amplitude, que é o da igualdade, o postulado da capacidade contributiva carrega consigo a plenitude de eficácia atribuída àquele. Na verdade, se não há discordância quanto à eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral do princípio da igualdade, parece desarrazoado entender-se diversamente no que concerne à diretriz da capacidade contributiva.

[...] o vigor do princípio far-se-á sentir se e quando aquela competência tributária for exercida. Daí o norte para o legislador infraconstitucional, cuja atuação fica-lhe inafastavelmente vinculada.²⁶

2.2 Mínimo vital

Verificou-se que, observando o princípio da capacidade contributiva, o contribuinte de impostos, inclusive o que incide sobre a renda, deverá suportar uma carga tributária compatível com sua situação individual. Ressalta LEONETTI a dupla função do princípio:

1ª) distribuir a carga tributária global entre os contribuintes de acordo com a aptidão de cada um de pagar tributos,

2ª) impedir que a carga tributária individual se torne insuportável, de modo a comprometer a subsistência do contribuinte e de sua família. Nesse sentido, o princípio está ligado à idéia de garantia do mínimo social ou mínimo existencial.²⁷

Discorre o autor que, com a observância do princípio da capacidade contributiva, haveria o impedimento de que o contribuinte fosse compelido a uma exação tributária que o proibisse, bem como à sua família, “de desfrutar condições mínimas de vida digna”.

As leis que criam impostos cujos critérios estão baseados na capacidade econômica do contribuinte não o podem compelir a pagar, a título de gasto público, além das suas possibilidades e tal premissa deriva do princípio da capacidade contributiva estatuído no parágrafo primeiro do art. 145 da Constituição Federal de 1988.

Importante reafirmar que o dispositivo constitucional não encerra mera diretriz programática, mas trata-se de uma norma vinculante e de eficácia imediata sobre todo o ordenamento jurídico infraconstitucional.

Para atender ao referido princípio, o Imposto de Renda apresenta-se progressivo, conforme disposição do parágrafo segundo, inciso I, do art. 153 da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, aquele que tem rendimentos mais expressivos está sujeito a uma maior tributação. Por outro lado, aquele que recebe unicamente o suficiente para sobreviver, garantindo o exercício dos direitos básicos, deve estar livre de impostos.

²⁶ COSTA, 2003, p.50-1.

²⁷ LEONETTI, 2004, p.54.

Aqui é importante já trazer a idéia de que não é suficiente que a tributação não alcance os rendimentos destinados à sobrevivência, esta entendida como o limite da miséria, mas que, na realidade, não alcance os rendimentos destinados a custear as despesas com uma vida digna do cidadão contribuinte.

A razão pela qual a legislação autoriza a dedução com despesas de educação e saúde não é outra senão o reconhecimento de que tais expressões de valor são imprescindíveis para a manutenção do próprio indivíduo e de sua família, como pressupostos para aquisição de renda e proventos. Nessa linha argumentativa MOSQUERA assim ensina:

Nas dobras dos princípios fundamentais e basilares acima comentados é que se revela a necessidade de se dar ao cidadão brasileiro as condições mínimas de existência, isto é, supri-lo de bens materiais que atendam às suas necessidades básicas e que lhe permitam assegurar sua vida, a saúde, o bem-estar, a dignidade e a liberdade.

Dar condições mínimas de existência consiste, outrossim, em não tributar os valores recebidos e utilizados na consecução desse objetivo.

O mínimo vital, portanto, é insuscetível de tributação.²⁸

Assim, a análise crítica a ser realizada através da investigação das normas codificadas e de estudos doutrinários é no sentido de que se é possível que todas as situações compreendidas no denominado mínimo vital poderiam não ser passíveis de tributação ou serem deduzidas no pagamento do Imposto de Renda. Mas para isso é preciso verificar, primeiramente, o que vem a ser o mínimo vital.

2.2.1 Compreensão do Mínimo Vital²⁹ e sua relação com a dignidade da pessoa humana

Para Regina Helena Costa, o artigo. 7º, inc. IV, da Constituição Federal, ao disciplinar os itens que compõem o salário mínimo, fornece os parâmetros para a fixação do mínimo vital. Assim, para a autora, o mínimo vital deve ser entendido como “a quantidade de riqueza mínima, suficiente para a manutenção do indivíduo e de sua família, intangível pela tributação por via de impostos”. Lembra, ainda, a autora:

Por derradeiro, não se pode esquecer que o art. 6º da Constituição da República, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 26, de 2000, arrola, como direitos sociais, a educação, a saúde, o trabalho, a mora-

²⁸ MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Renda e proventos de qualquer natureza** - o imposto e o conceito constitucional. São Paulo: Dialética, 1996, p. 127.

²⁹ Encontram-se como expressões equivalentes a “mínimo vital”: “mínimo necessário”, “mínimo de existência”, “mínimo indispensável” e “mínimo imponible”. (COSTA, 2003).

dia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados. Portanto, impende que tais valores sejam protegidos e prestigiados pelo Estado, inclusive mediante a legislação do Imposto sobre a Renda.³⁰

A vinculação da idéia do mínimo vital ao dispositivo constitucional que assegura os direitos sociais não se faz presente somente no entendimento doutrinário brasileiro. Para ilustrar o fato de que efetivamente essa é uma linha de raciocínio a ser seguida para se implementar uma justiça fiscal, traz-se um excerto de uma sentença proferida por magistrado de Bogotá:

RESEÑA: El mínimo vital se define como aquella parte del ingreso del trabajador que está destinado a solventar sus necesidades básicas y del núcleo familiar dependiente, tales como alimentación, vivienda, salud, educación, recreación, servicios públicos domiciliarios, entre otras, prerrogativas que encuentran expresa consagración en la Carta y que además, posibilitan el mantenimiento de la dignidad del individuo como principio fundante del ordenamiento jurídico constitucional (Art. 1 de la Constitución Política).

En igual sentido, la determinación del mínimo vital se expresa no sólo desde un ámbito cuantitativo, sino también cualitativo. De este modo, el mínimo vital no se restringe solamente a la prestación necesaria para garantizar la supervivencia biológica, sino que trasciende este marco para llegar hasta la cobertura satisfactoria de las necesidades básicas mencionadas y en aras de asegurar el goce efectivo de los derechos fundamentales. (CORTE CONSTITUCIONAL. Magistrado Ponente : Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA. Radicación : Sentencia T-552/ 04. Fecha: 1 de Junio de 2004, Bogotá. - Sentença obtida no sítio: http://www.scare.org.co/juridica_act/sen_laboral_smv_3.htm# - Acesso em 27/10/2007).

Para EMERIQUE,³¹ as formulações referentes ao mínimo existencial podem ser apresentadas por uma vertente garantística e uma vertente prestacional. Pelo aspecto garantístico, impede-se a agressão do direito, isto é, requer cedência de outros direitos ou de deveres perante a garantia de meios que satisfaçam as mínimas condições de vivência digna da pessoa ou da sua família. Neste aspecto o mínimo existencial vincula o Estado e o particular.

A feição prestacional tem aspecto de direito social a ser exigido do Estado. Assim, importante que se verifique se esse mínimo é suficiente para cumprir os objetivos do Estado Democrático de Direito, “ que passa

³⁰ COSTA, 2003, Conferência.

³¹ EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. **Igualdade e o mínimo existencial: um estudo na constituição de 1988**. Disponível em <<http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Lilian%20Marcia%20Balmant%20Emerique.pdf>>. Acesso em: 05 de nov. de 2007.

pela igualdade substantiva, o desenvolvimento de condições dignas de vida e pela sua progressiva e almejada melhoria". Segundo EMERIQUE, deve-se saber "até que ponto a referência a um mínimo existencial não se revela redutora do alcance dos direitos sociais por indicar um parâmetro que ronda o limiar da pobreza", corroborando com a manutenção das desigualdades sócio-econômicas, ferindo, pois, "tanto o princípio da dignidade da pessoa humana como o princípio da igualdade em sentido substancial".³²

Alerta a autora, com propriedade, que a questão sobre mínimo vital apresenta várias controvérsias tais como: a conceituação, a identificação de quais prestações são indispensáveis para a manutenção de uma vida digna e a função do Estado na promoção e proteção do mínimo existencial.

A proteção ao mínimo vital poderia então ser implementada por ações positivas do Estado (realização de políticas sociais, investimentos efetivos em educação, saúde, moradia, etc) bem como por ações negativas, tais como deixar de tributar o que seja considerado mínimo vital.

A Constituição Federal brasileira, logo em seu artigo 1º preceitua que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. Mas o que poderia ser considerado "dignidade da pessoa humana"?

Guerra; Emerique, em seu artigo "O princípio da dignidade humana e o mínimo existencial" trazem algumas definições, dentre as quais a de Fábio Konder Comparato, que assinala que a dignidade da pessoa humana "não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado". Para o autor resulta, também, "do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita". Daí decorre, "que todo homem tem dignidade e não um preço, como as coisas".³³

Por sua vez, para Sarlet, a dignidade da pessoa humana seria "a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade". Nesse sentido, implicaria um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurassem à pessoa contra qualquer ato de cunho degradante e desumano, bem como lhe fossem garantidas condições existenciais mínimas para uma vida saudável, "além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos."³⁴

³² EMERIQUE, 2007.

³³ COMPARATO *apud* GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lílian Márcia Balmant. **O princípio da dignidade humana e o mínimo existencial**. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista09/Artigos/Sidney.pdf>>. Acesso em: 05 de nov. de 2007.

³⁴ SARLET *apud* GUERRA; EMERIQUE, 2007.

Ainda, em relação aos conceitos apresentados pela doutrina, pode-se verificar uma estreita relação com os direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal: a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

GUERRA; EMERIQUE destacam o posicionamento de Ricardo Lobo Torres, o qual acentua que “o direito à alimentação, à saúde e educação, embora não sejam originariamente fundamentais, adquirem o *status* daqueles no que concerne à parcela mínima sem a qual a pessoa não sobrevive”.³⁵

A idéia da dignidade da pessoa humana, percebe-se, está ligada ao respeito aos direitos fundamentais e sociais. Para se ter uma vida digna, então, não seria incorreto afirmar que a pessoa precisa ter respeitado seus direitos à liberdade (de expressão, locomoção, religiosa e política), à igualdade, à segurança. Ter, pois, assegurado o direito a uma alimentação saudável, à saúde, à moradia, à educação, ao lazer, etc.

Uma vida digna é o “mínimo” que se pode esperar em um Estado Democrático que prima pelo bem-estar de seu povo. Portanto, não seria incorreto pensar, também, que o mínimo vital é exatamente esse mínimo que garante a todos uma vida digna, uma vez que, abaixo disso teríamos a sobrevivência meramente biológica.

É na tentativa de se libertar da concepção que a dignidade da pessoa humana e o mínimo vital estão ligados à concepção de mera sobrevivência que deve ser destacado que a Constituição Federal dispõe que o Brasil, sendo um Estado democrático de Direito, tem, como fundamento, a dignidade da pessoa humana; possui o objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades sociais. Ainda, a Constituição, em seu artigo 5º prevê os direitos fundamentais e no artigo 6º os direitos sociais, ressaltando-se o disposto no artigo 7º, inciso IV, que expressa ser direito do trabalhador ter um salário mínimo capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo.

Nota-se que a Constituição não menciona a mera sobrevivência, ao contrário traz a idéia de vida digna, de igualdade de inserção social. E é nesse contexto, eminentemente constitucional, que deveria ser efetivado o princípio da capacidade contributiva e a proteção ao mínimo vital no que pertine ao imposto sobre a renda.

Nessa linha de entendimento, constata-se que, efetivamente, as despesas que são realizadas para a consecução dos fins primeiros a fim de se assegurar uma vida digna não devem ser tributadas pelo Estado, ou essa renda auferida e destinada a custear tais despesas deveria ser integralmente deduzida no imposto de renda. Despesas essas realizadas

³⁵ TORRES *apud* GUERRA; EMERIQUE, 2007.

com o mínimo vital: alimentação, moradia, saúde, educação, previdência, etc. de forma abrangente.

Costa, em entendimento similar ensina:

Despesas médicas e as referentes à educação e aos dependentes, por exemplo, devem ser consideradas de maneira abrangente, incluindo a aquisição de medicamentos e de material escolar, diversamente da previsão restritiva contida na atual legislação do Imposto sobre a Renda. Outrossim, novas deduções devem ser admitidas, como o valor do aluguel de imóvel destinado à residência, com vistas a personalizar, devidamente, a imposição fiscal em tela.³⁶

Como questão social, as polêmicas que circundam a tributação no Brasil dizem respeito, além das altas alíquotas e seus caracteres confiscatórios que acabam inibindo a capacidade de contribuir para o Estado, à falta de contrapartida por parte do Estado na realização de políticas públicas satisfatórias em habitação, saúde, transporte e segurança.

O cidadão, por sua vez, para atender suas próprias demandas e as de sua família, ante a ausência do Estado, tem que adquirir bens e serviços e a renda destinada para custear essas despesas implementadas com educação, aí devendo estar abrangido o material escolar, livros, uniformes; com a saúde, inclusive medicamentos; habitação; transporte; alimentação; e lazer, não deveria ser tributada pelo Estado.

Assim, para efetiva aplicação do princípio da capacidade contributiva, verifica-se a necessidade de revisão das normas referentes ao imposto sobre a renda para que se observem os ditames constitucionais referentes à dignidade da pessoa e concretamente não se tribute os rendimentos destinados a custear despesas com o mínimo vital que garante a todos uma vida digna.

Nesse sentido, o pensamento crítico também deve ser voltado para as disposições normativas da tributação pelos aplicadores do direito, à procura de libertação do dogma positivista que faz crer que o que está na lei é a verdade incontestável do Estado, culminando-se em interpretações e aplicações mais abrangentes da legislação sobre o imposto de renda e proventos de qualquer natureza ou, até mesmo, alteração na legislação.

³⁶ COSTA, 2003, Conferência.

Referências

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 05 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais n.º. 1/92 a 53/2007 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão n.º. 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2007.
- CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CARRAZA, Roque Antonio. **Imposto sobre a renda (perfil constitucional e temas específicos)**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- COSTA, Regina Helena. **Princípio da capacidade contributiva**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- COSTA, Regina Helena. **Imposto de renda e capacidade contributiva**. In: Seminário sobre a Reforma Tributária, 2003. Fortaleza. Centro de Estudos Judiciários, 20-21 mar. 2003. Fortaleza, Ceará.
- DIFINI, Luiz Felipe Silveira. **Manual de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. **Igualdade e o mínimo existencial**: um estudo na constituição de 1988. Disponível em <<http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Lilian%20Marcia%20Balmant%20Emerique.pdf>>. Acesso em: 05 de nov. de 2007.
- GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. **O princípio da dignidade humana e o mínimo existencial**. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista09/Artigos/Sidney.pdf>>. Acesso em: 05 de nov. de 2007.
- LEONETTI, Carlos Araújo. **O imposto sobre a renda como instrumento de justiça social no Brasil**. Barueri: Manole, 2003.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Os princípios jurídicos da tributação na constituição de 1988**. 5.ed. São Paulo: Dialética, 2004.
- MINATEL, José Antonio. **Conteúdo do conceito de renda e estrutura da regra de incidência do imposto**. (Artigo fornecido como material didático na Pós Graduação em Direito Tributário pela Universidade da Amazônia: Módulo Impostos em Espécie).
- MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Renda e proventos de qualquer natureza – o imposto e o conceito constitucional**. São Paulo: Dialética, 1996.
- PAULSEN, Leandro; MELO, Jose Soares Eduardo de. **Impostos federais, estaduais e municipais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.
- PEIXOTO, Marcelo Magalhães. **O surgimento mundial do imposto de renda**. Breve histórico no Brasil. (Artigo fornecido como material didático na Pós Graduação em Direito Tributário pela Universidade da Amazônia: Módulo Impostos em Espécie).
- TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 12.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

Os depósitos judiciais

José Oswaldo Fernandes Caldas Morone
Advogado da Caixa em São Paulo
Mestre em Direito pela PUC/SP

RESUMO

A legislação brasileira prevê que os depósitos judiciais devem ser efetuados, exclusivamente, em instituições financeiras oficiais. Dentre elas, a Caixa Econômica Federal se destaca não só pela expertise na operacionalização e manutenção desses depósitos, como notadamente pela garantia ilimitada que oferece às partes e ao poder judiciário, por se tratar de empresa pública federal cujo patrimônio pertence integralmente à União. Este artigo procura contribuir para a discussão da importância dessa garantia e da figura das instituições financeiras oficiais enquanto auxiliares da justiça no desempenho desse mister, assumindo verdadeiro munus publico na guarda e manutenção dos depósitos judiciais em todas as esferas jurisdicionais.

Palavras-chave: Depósito Judicial. Caixa Econômica Federal. Bancos Oficiais.

ABSTRACT

The Brazilian legislation provides that the judicial deposits must be made, exclusively, *in* official financial institutions. Among them, the Caixa Economica Federal is notable not only for its expertise *in* the operation and maintenance of such deposits, as notably by offering unlimited guarantee to the parties and the judiciary, due to being a public federal bank, whose heritage belongs entirely to the State. This article aims to contribute to the discussion of the importance of that guarantee and the figure of financial institutions as official auxiliary of justice *in* the performance of this mister, assuming real munus public *in* the custody and maintenance of deposits *in* all spheres judicial courts.

Keywords: Judicial Deposits. Caixa Econômica Federal. Official Banks.

Introdução

Tema que volta à baila e vem se tornando, cada vez mais, foco de acirradas discussões, é a destinação que deve ser dada aos depósitos judiciais. E isso porque o respeitável volume dessas contas judiciais acaba por chamar a atenção daqueles que buscam, a qualquer custo, obter novos recursos para as mais diversas finalidades.

Não são poucos os projetos de lei que tramitam, cada qual com a sua mirabolante idéia, mas nem todos, ou nenhum deles, respeitando as mais comezinhas normas do direito.

O que se nota, além do indisfarçável – embora contido – interesse dos bancos privados em “*auxiliar o poder judiciário na administração desses recursos*”, é mais uma tentativa desenfreada de se utilizar, indevida e ilegalmente, de recursos privados ou, na grande maioria das vezes, públicos, posto que se está tratando de depósitos efetuados em discussões com o fisco (federal, estadual ou municipal).

De outro turno, já temos alguns exemplos de Tribunais de Justiça que “licitaram” a administração dos depósitos judiciais, nada obstante, gize-se, se nos afigue absolutamente ilegal esse procedimento. Tanto o é que o assunto aguarda decisão do Supremo Tribunal Federal em casos concretos em que Estados federados deflagraram processos licitatórios para a constituição de fundos únicos para depósitos judiciais, com a indisfarçável intenção de se apropriarem de parte dos rendimentos desses depósitos.¹

Para esquentar ainda mais os ânimos, vem o Conselho Nacional de Justiça constituir uma Comissão Especial para analisar a criação de fundo único destinado ao recebimento dos depósitos judiciais, como se vê em entrevista do seu Conselheiro, o Des. Marcus Faver.²

¹ ADI-MC 3578/DF I. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade: caso de excepcional urgência, que autoriza a decisão liminar sem audiência dos partícipes da edição das normas questionadas (LADIn, art. 10, § 3º), dada a iminência do leilão de privatização do controle de instituição financeira, cujo resultado poderia vir a ser comprometido com a concessão posterior da medida cautelar. II. Desestatização de empresas públicas e sociedades de economia mista: alegação de exigência constitucional de autorização legislativa específica, que - contra o voto do relator - o Supremo Tribunal tem rejeitado; caso concreto, ademais, no qual a transferência do controle da instituição financeira, do Estado-membro para a União, foi autorizada por lei estadual (conforme) e a subseqüente privatização pela União constitui a finalidade legal específica de toda a operação; indeferimento da medida cautelar com relação ao art. 3º, I, da MPr 2.192-70/01, e ao art. 2º, I, II e IV, da L. 9.491/97. III. Desestatização: manutenção na instituição financeira privatizada das disponibilidades de caixa da administração pública do Estado que detinha o seu controle acionário (MPr 2.192-70/01, art. 4º, § 1º), assim como dos depósitos judiciais (MPr 2.192-70/01, art. 29): autorização genérica, cuja constitucionalidade - não obstante emanada de diploma legislativo federal - é objeto de questionamento de densa plausibilidade, à vista do princípio da moralidade - como aventado em precedentes do Tribunal (ADIn 2.600-MC e ADIn 2.661-MC) - e do próprio art. 164, § 3º, da Constituição - que não permitiria à lei, ainda que federal, abrir exceção tão ampla à regra geral, que é a de depósitos da disponibilidade de caixa da Administração Pública em instituições financeiras oficiais; aparente violação, por fim, da exigência constitucional de licitação (CF, art. 37, XXI); ocorrência do *periculum in mora*: deferimento da medida cautelar para suspender *ex nunc* a eficácia dos arts. 4º, § 1º, e 29 e parágrafo único do ato normativo questionado (MPr 2.192/70/01).

² A comissão especial criada pelo Conselho Nacional de Justiça estuda a criação de fundos próprios pelos tribunais para cobrir as suas despesas. O conselheiro do CNJ e desembargador Marcus Faver, em entrevista ao *Jornal do Comércio*, diz que a criação desses fundos

Os depósitos judiciais – efetuados pelas partes para garantia do juízo – seriam aplicados em fundos de investimento, geridos e administrados por instituições financeiras públicas ou *privadas* (mais provavelmente pelos grandes bancos privados, posto que praticamente imbatíveis numa licitação) e, parte dos rendimentos desses recursos (privados), seriam destinados aos caixas dos tribunais.

O que mais espanta é a naturalidade com que são tratados assuntos dessa magnitude, bem assim fosse lógico, óbvio e ululante compelir os litigantes dum processo a abrir mão de parte de seus rendimentos (incidentes sobre os valores depositados em juízo), a favor do Estado, graciosamente. Quer nos parecer tratar-se de mais um confisco.

Doutro turno, por se tratar de garantia do juízo, não se nos afigura aconselhável, menos ainda legal, que esses depósitos possam ser efetuados em instituições privadas. Tratando-se, em sentido amplo, de exercício de poder jurisdicional (que exerce o poder de polícia também sobre os *auxiliares da justiça*), todos os seus acessórios devem, também, estar cobertos sob o mesmo manto e sob as mesmas garantias; assim, somente as instituições financeiras oficiais podem receber e garantir os depósitos judiciais, sem o risco de serem vendidas ou compradas por outras, inclusive estrangeiras ou, ainda, de sofrerem intervenção ou falência. Outra não é a dicção da Constituição Federal, *verbis*:

Art. 164. A competência da União para emitir moeda será exercida exclusivamente pelo Banco Central.

§ 1º - É vedado ao Banco Central conceder, direta ou indiretamente, empréstimos ao Tesouro Nacional e a qualquer órgão ou entidade que não seja instituição financeira.

§ 2º - O Banco Central poderá comprar e vender títulos de emissão do Tesouro Nacional, com o objetivo de regular a oferta de moeda ou a taxa de juros.

§ 3º - As disponibilidades de caixa da União serão depositadas no Banco Central; as dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos ou entidades do Poder Público e das empresas por ele controladas, em instituições financeiras oficiais, ressalvados os casos previstos em lei. (grifos nossos)

deve representar a autonomia da Justiça. “ A instituição Poder Judiciário só será independente se tiver independência financeira. Do contrário estará submetida aos interesses do Poder Executivo”, concluiu. Para desenvolver o projeto, a comissão usa como exemplo o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que já tem um fundo próprio. O fundo seria constituído por três as fontes oficiais de recursos: custas processuais, emolumentos e taxas judiciais. ... No entanto, Faver diz que nem todos os estados do país têm condições para constituir o fundo. ... O CNJ também vai analisar a proposta de criação de um fundo único, composto pelos valores decorrentes de depósitos judiciais. O conselheiro critica o fato de bancos que recebem esses depósitos lucrarem, em detrimento do Judiciário. “ É claro que os bancos têm os custos administrativos para gerir essas receitas, mas não nos parece razoável que eles lucrem com isso”, declara. (Consultor Jurídico, 2 Jan 2007).

Veja-se, a esse respeito, as ADI 2600, 2601, 3.075 e 3578.

1 Histórico dos depósitos judiciais

Nos artigos 148 e seguintes, do Código de Processo Civil, encontramos os dispositivos atinentes à figura do depositário judicial, que exerce verdadeiro *múnus público* dentre o conjunto de atribuições dos auxiliares da justiça. Cabe ao depositário judicial a guarda e conservação dos bens que lhe são confiados, única e exclusivamente para a garantia do juízo, ou seja, para a própria segurança de autor e réu no curso da lide, de forma a garantir a efetividade da prestação jurisdicional.³

Trata-se de uma obrigação imposta pela lei processual, sendo certo que determinadas pessoas, físicas ou jurídicas, devem exercer essa atribuição independentemente de sua vontade, verdadeiro encargo que gera responsabilidades para aqueles que o executam – notadamente as instituições financeiras públicas e paraestatais – não se confundindo com o depósito negocial previsto no direito material.

Comentando o artigo 666, do Código de Processo Civil, PONTES DE MIRANDA, asseverando a importância dessa *função pública*, já ressaltava:

Os estabelecimentos estatais e os paraestatais são obrigados a aceitar o depósito; os outros, congêneres, a que se refere o art. 666, I, somente são obrigados segundo as leis que os regem.⁴

A legislação referente aos depósitos judiciais não é nova, muito embora, no âmbito da Justiça Federal, principalmente, ser comum o debate apenas com relação ao Decreto-lei n°. 1.737/79, procurando muitos, sem êxito, imputar-lhe a pecha de inconstitucional.

O depósito judicial é matéria inerente ao direito processual - ramo do direito público - e, assim, sua legislação é de competência exclusiva da União,⁵ a teor do artigo 22 da Constituição:

³ Depositário e administrador entram, assim, na classe dos auxiliares da justiça por conveniência econômica. THEODORO JR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 16. ed. São Paulo: Forense. 1995. p.209. v.1.

⁴ PONTES DE MIRANDA. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Forense. 1976. p.278.

⁵ “É inegável o paralelo existente entre a disciplina do processo e o regime constitucional em que o processo se desenvolve. Todo o direito processo, como ramo do direito público, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional, que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e a declaração do direito objetivo, que estabelece alguns princípios processuais. “Mas além de seus pressupostos constitucionais, comuns a todos os ramos do direito, o direito processual é fundamentalmente determinado pela Constituição em muitos de seus aspectos e institutos característicos. “O direito processual constitucional abrange, de um lado, a tutela constitucional dos princípios fundamentais da *organização judiciária e do processo; de outro, a jurisdição constitu-*

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, [...]

Em decorrência do mandamento constitucional, tivemos, através dos tempos, inúmeras normas que trataram especificamente dos depósitos judiciais, das quais citaremos apenas as mais importantes, cronologicamente.

a) Regulamento 737, de 1850,⁶ que já dispunha:

526 - Feita a penhora serão os bens depositados pela maneira seguinte:

§ 1º No depósito publico, ou no geral, onde não houver público, o dinheiro, ouro, prata, pedras preciosas e papéis de credito;

§ 2º No depósito geral, os bens de raiz e os moveis ou semoventes, não havendo depositário particular;

§ 3º [...]

b) Decreto-lei nº. 3.077, de 26 de fevereiro de 1941, que passou a ser a primeira norma, já sob a égide do Código Processual de 1939, a tratar dos depósitos judiciais, dispondo:

Art. 1º As consignações em pagamento e, em geral, as importâncias em dinheiro, cujo levantamento ou utilização depender de autorização judicial, serão obrigatoriamente recolhidas ao Banco do Brasil.

Portanto, num primeiro estágio, passou a ser depositário de quantias em dinheiro o Banco do Brasil, que ainda não era sociedade anônima, motivo pelo qual detinha a exclusividade dos depósitos judiciais.

c) Lei 1.869/53, que deu nova redação ao artigo 1º do Decreto-lei nº. 3.077/41:

Art. 1º - As consignações em pagamento, e, em geral, as importâncias em dinheiro cujo levantamento ou utilização depender de autorização judicial, serão obrigatoriamente recolhidas ao Banco do Brasil, ou às Caixas Econômicas Federais e Estaduais e Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico.

Esclareça-se, por necessário, que as “Caixas Econômicas Federais” a que se refere o texto legal ainda eram, nessa época, autarquias federais.

cional. A tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária correspondente às normas constitucionais sobre os órgãos da jurisdição.” (CINTRA Araújo; GRINOVER Ada; DINAMARCO Cândido. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros. 11.ed. 1995. p.78.

⁶ EGAS, Eugênio; PUJOL, Alfredo. **Manual de Audiência** - Processo Civil e Comercial - Regulamento nº. 737 de 1850. Comentado e anotado. São Paulo: Espindola, Siqueira & Cia, 1898.

d) Lei 4.248, de 30 de julho de 1963, dando nova redação ao artigo 1º do Decreto-lei nº. 3.077/41, acrescentou a possibilidade de que os depósitos judiciais pudessem ser efetuados, também, em bancos estaduais, desde que a respectiva Unidade da Federação possuísse mais da metade do capital social integralizado.

Importante observar-se do texto da Lei 4.248/63, que o Banco do Brasil já se tornara sociedade anônima, referindo-se a lei àquela instituição como Banco do Brasil S.A., alteração essa que ainda não havia ocorrido quando da edição da Lei 1.869/53.

Para a correta interpretação da lei, há de se analisar as razões que motivaram o legislador a proceder essas alterações, concomitantemente à transformação do Banco do Brasil em sociedade anônima. Terminantemente, não se trata de mera coincidência.

Daí verifica-se facilmente que, por ocasião da transformação do Banco do Brasil em sociedade anônima, bem como da Caixa Econômica Federal (CEF) em empresa pública federal (em 1970), imediatamente o legislador transferiu os depósitos judiciais para a CEF.

e) Lei 5.010/66 que organizou a Justiça Federal de Primeira Instância, em decorrência do mandamento constitucional insculpido no Ato Institucional nº. 2, de 26 de novembro de 1965, que deu nova redação ao artigo 105 da Constituição Federal de 1946, do qual ressaltamos o § 3º:

Art. 105 - Os juizes federais serão nomeados pelo Presidente da República

[...]

§ 3º - Aos juizes federais compete processar e julgar em primeira instância:

a) as causas em que a União ou entidade autárquica federal for interessada como autora, ré, assistente ou oponente .

[...]

Pela primeira vez é definida a competência dos juizes federais de primeira instância, impondo o regramento dos depósitos judiciais naquela atividade jurisdicional, enquanto não se aprovava o regimento de custas da Justiça Federal. Seria insculpido, posteriormente, no texto constitucional, a competência dos juizes federais para julgar as causas em que houvesse interesse, também, das empresas públicas federais.

Nesse passo, o Egrégio Conselho da Justiça Federal baixou o Provimento nº. 53, de 31 de agosto de 1970, (D.O.U. de 14.09.70), dispondo que:

I - O depósito dos bens penhorados, arrestados, seqüestrados e apreendidos, e, ainda, os arrecadados ao ausente, far-se-á, sempre que possível, no Depositário da Justiça Federal;

[...]

VIII - Todos os depósitos públicos de dinheiro, títulos e papéis de crédito, objeto de penhora, devem ser efetuados, em 24 (vinte e quatro) horas, na Caixa Econômica Federal, em conta aberta pela Seção ou Vara a que pertencer o respectivo processo, mediante guia. [...]

Como se verá a seguir, a CAIXA já havia sido transformada em empresa pública federal, a partir de janeiro de 1970, por meio do Decreto-Lei nº. 759/69, motivo pelo qual já constou expressamente no Provimento 53/70, do C.J.F., a sua competência exclusiva para receber os depósitos judiciais.

f) Decreto-Lei nº. 759, de 12 de agosto de 1969, que, ao unificar as Caixas Econômicas Federais, então autarquias federais, criou a empresa pública federal Caixa Econômica Federal (CEF), tratando especificamente dos depósitos judiciais relativos a processos de competência da Justiça Federal, não só em cumprimento ao mandamento constitucional, como também em decorrência da precitada Lei nº. 5.010/66 e do Provimento nº. 53/70, do Egrégio Conselho da Justiça Federal, dispondo em seu art. 16:

Art. 16 - Os depósitos judiciais em dinheiro relativos a processos de competência dos juízes federais serão obrigatoriamente feitos na CEF, ficando sujeitos à correção monetária a contar do segundo trimestre civil posterior à data do depósito, ressalvadas as disposições legais que fixem momento anterior para essa correção.

Neste momento ficou definida, pelo legislador, a competência exclusiva da Caixa Econômica Federal para receber depósitos judiciais, não só por se tratar de uma empresa pública federal, como também - e principalmente - pelo fato de que a Constituição Federal previu, expressamente, ser de competência exclusiva dos juízes federais as ações em que empresa pública da União figurasse como autora, ré, assistente ou oponente.

O Decreto-Federal nº. 66.303/70 (alterado pelo Decreto-Federal nº. 81.171/71), que constituiu a empresa pública CEF, também mencionam tais depósitos judiciais.

Repisamos, por indispensável, que não se tratou de uma benevolência para com esta empresa pública federal, porque, como é cediço, a Lei - como norma geral e abstrata - não é editada para beneficiar determinado indivíduo nem, tampouco, contém palavras inúteis, como exsurge do artigo 16 acima transcrito: "*relativos a processos de competência dos juízes federais*".

Vê-se que bem andou o legislador ao impor a obrigatoriedade dos depósitos judiciais na Caixa Econômica Federal, posto que, como empresa pública federal - e já na vigência da Carta de 1969 - possuía foro

especial, por imposição constitucional, tal como a União e suas autarquias, cujo capital pertence à União.

g) Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que instituiu o Código de Processo Civil, prevê no inciso I, do artigo 666, quais as instituições financeiras oficiais (da União ou dos Estados) que podem receber depósitos judiciais. Este artigo encampou, numa tacada só, as disposições esparsas referentes a depósito judicial de dinheiro, pedras e metais preciosos e títulos, reunindo as disposições do Regulamento 737, do Decreto-lei n.º 3.077/41 e da Lei n.º 4.248/63, todas já acima referidas.

h) Lei n.º 6.032, de 30 de abril de 1974, dispendo sobre o Regimento de Custas da Justiça Federal, prevê expressamente no artigo 4º:

Art. 4º A arrecadação das custas é feita por estabelecimentos de crédito autorizados, na forma estabelecida em ato do Ministro da Fazenda, baixado após audiência do Conselho da Justiça Federal.

§ 1º. Os depósitos de pedras e metais preciosos e de quantias em dinheiro efetuar-se-ão na CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, sujeitos estes últimos a correção monetária na forma do art. 16 do Decreto-lei n.º 759, de 12 de agosto de 1969. (grifamos)

i) Decreto-Lei 1.737 surgido somente em 20 de dezembro de 1979, em decorrência da necessidade de ser reunida, num único diploma legal, toda normativa existente a respeito dos depósitos judiciais de competência da Justiça Federal.

Cumpre-nos ressaltar, por indispensável, que se tratam de depósitos relacionados com feitos de competência da Justiça Federal, e não do interesse da Caixa Econômica Federal, como muitos fazem questão de deixar transparecer.

Tornou-se necessário ao legislador regulamentar com urgência esses depósitos que já vinham sendo feitos na Caixa Econômica Federal, fato esse que motivou a edição do Decreto-lei n.º 1.737/79.

Ora! Se o próprio ordenamento constitucional prevê ser de competência exclusiva da União legislar sobre direito processual, como poderia ser taxado de inconstitucional o Decreto-lei n.º 1.737/79, bem como as demais leis e decretos-lei acima citados? É nítida, pois, já aqui, a constitucionalidade do referido decreto-lei.

j) Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980, que instituiu a Lei de Execuções Fiscais, também dispõe que:

Art. 32 - Os depósitos judiciais em dinheiro serão obrigatoriamente feitos:

I - na Caixa Econômica Federal, de acordo com o Decreto-lei n.º 1.737, de 20 de dezembro de 1979, quando relacionados com a execução fiscal proposta pela União ou suas autarquias.

Já em 21 de outubro de 1991, o Exmo. Sr. Dr. Homar Cais, Presidente do Conselho da Justiça Federal da Terceira Região, em decorrência da necessidade de regulamentar o procedimento para os depósitos de que trata o artigo 151, inciso II, do Código Tributário Nacional - CTN, baixou o Provimento n.º 58, determinando:

Artigo 1º - Os depósitos voluntários facultativos destinados à suspensão da exigibilidade do crédito tributário e assemelhados, previstos pelo artigo, combinado com o artigo 1º, III, do Decreto-Lei 1.737, de 20 de dezembro de 1979, bem como, aqueles de que trata o artigo 38 da Lei 6.830 de 1980 (Lei de Execuções Fiscais) serão feitos, independentemente de autorização judicial, diretamente na Caixa Econômica Federal que fornecerá aos interessados guias específicas para esse fim, em conta e à ordem do juízo por onde tramitar o respectivo processo.⁷

É patente que laboram em erro aqueles que indicam ser o Decreto-lei n.º 1.737/79 como responsável pela exclusividade dos depósitos judiciais efetuados na Caixa Econômica Federal.

Enganam-se, também, aqueles que querem imputar àquela norma uma inconstitucionalidade inexistente, posto que o assunto regulamentado no Decreto-lei n.º 1.737/79 decorre da própria Constituição.

Ainda que se imaginasse - *ad argumentandum tantum* - tivesse sido declarada a inconstitucionalidade do Decreto-lei n.º 1.737/79, ainda assim continuariam a ser efetuados na Caixa Econômica Federal os depósitos judiciais, em decorrência dos feitos de competência da Justiça Federal, estabelecida pela Carta Maior, bem como em cumprimento às disposições normativas contidas na Lei n.º 1.869/53, Lei n.º 4.248/63, Decreto-lei n.º 759/69, Lei n.º 6.032/74, Lei n.º 6.830/80, além dos Provimentos baixados pelo Conselho da Justiça Federal do extinto Tribunal Federal de Recursos, do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região, bem como do Conselho da Justiça Federal da 2ª Região.

Sob outro aspecto - e que se nos afigura como de relevância ímpar - diz respeito à finalidade dos depósitos judiciais efetuados no âmbito da Justiça Federal.

Como é cediço, esses depósitos, em sua grande maioria, destinam-se a garantir a discussão a respeito de tributos, através das respectivas ações propostas contra a União.

É público e notório, também, que os chamados "débitos fiscais" possuem forma de cálculo específica. Tanto é assim que o parágrafo único, do artigo 7º, do Decreto-lei n.º 1.737/79 dispõe que

⁷ http://www.trf3.gov.br/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=trf3_atos:trf3_atosv.

A atualização monetária, de que trata o inciso I, correrá à conta da Caixa Econômica Federal e será feita da data em que houver sido efetuado o depósito até a data da sua efetivação, devolução ou transferência, segundo os índices de correção monetária estabelecidos para os débitos tributários.⁸

Nesse passo, a se admitir o destino dos depósitos judiciais engendrado por aqueles que defendem “uma maior rentabilidade desses recursos”, chegaríamos à absurda conclusão de que é, financeiramente, um grande negócio para o mau contribuinte, especialmente para as pessoas jurídicas, propor ações contra o fisco, uma vez que o rendimento dos valores dos depósitos judiciais superaria, em muito, o valor do tributo devido, sendo certo que a diferença a maior seria levantada pelo depositante, e não pelo Fisco, em óbvio prejuízo deste, e portanto, da própria União.

k) Finalmente, Lei nº. 9.703, de 17 de novembro de 1998 que, ao tratar dos *depósitos judiciais e extrajudiciais de tributos e contribuições federais*, estabeleceu que eles serão repassados pela Caixa Econômica Federal para a Conta Única do Tesouro Nacional, independentemente de qualquer formalidade, no mesmo prazo fixado para recolhimento dos tributos e das contribuições federais.

Muito ao contrário do que pregam alguns críticos, longe de se tratar de um empréstimo compulsório, ou mesmo vir manchada pela pecha de inconstitucionalidade, os avanços operados pela Lei nº. 9.703/98 são incontestáveis, uma vez que foi elevada, sensivelmente, a remuneração do depósito, pela aplicação da taxa SELIC.

Assim, todos os depósitos judiciais efetuados a partir de 01 dez 1998, em ações relativas a tributos e contribuições federais, deverão ser recolhidos por meio de DARF próprio, junto à Caixa Econômica Federal, que os repassará à conta tesouro.

Referidos depósitos, como determina a lei, serão corrigidos, pelo Tesouro Nacional - e não pela Caixa Econômica Federal, frise-se - de acordo com a variação da taxa SELIC.

Com a edição dessa lei, terminou a celeuma quanto à correção dos depósitos judiciais efetuados em ações em que o contribuinte discute tributos e contribuições federais, posto que a União passou a utilizar a mesma taxa (SELIC) que faz incidir nas atualizações dos tributos, tanto nas hipóteses em que é credora, quanto naquelas em que figura como devedora.

Quanto ao seu alcance, o artigo 4º da Lei nº. 9.703/98 é de clareza ofuscante: “Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, aplicando-se aos depósitos efetuados a partir de 1º de dezembro de 1998.”

⁸ Note-se que o referido inciso I trata de depósitos efetuados em dinheiro.

Os depósitos efetuados anteriormente, pois, serão corrigidos na forma do Decreto-Lei nº. 1.737/70. Nesse sentido, os REsp 795.385, 817.038, 769.766.

E, por fim, sua constitucionalidade já foi asseverada pelo E. Supremo Tribunal Federal, por meio do julgamento da ADI 1933-DF.

1.1 Da inexistência de monopólio dos bancos oficiais

Há que se esclarecer a natureza jurídica e os objetivos da Caixa Econômica Federal, empresa pública federal que é, bem como os limites constitucionais impostos às instituições públicas.

A Constituição considera entidades da administração indireta as autarquias, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, sendo certo que através desta duas últimas o Poder Público explora também atividades econômicas.

A definição é encontrada na abalizada opinião de Meirelles:⁹

Empresas públicas são pessoas jurídicas de Direito Privado criadas por lei específica, com capital exclusivamente público, para realizar atividades de interesse da Administração instituidora nos moldes da iniciativa particular, podendo revestir qualquer forma e organização empresarial.

As empresas públicas são as mais modernas *instituições paraestatais*, geralmente destinadas à prestação de serviços industriais ou atividades econômicas em que o Estado tenha interesse próprio ou considere convenientes à coletividade.

[...]

O que caracteriza a empresa pública é seu capital exclusivamente público, de uma só ou de várias entidades, mas sempre capital público. Sua personalidade é de Direito Privado e suas atividades se regem pelos preceitos comerciais. É uma empresa, mas uma empresa estatal por excelência, constituída, organizada e controlada pelo Poder Público.

Diante desta realidade, os alemães a consideram o Estado na qualidade de empresário: *Der Staat Unternehmer*. Difere da autarquia e da fundação pública por ser de personalidade privada e não ostentar qualquer parcela de poder público; distingue-se da sociedade de economia mista por não admitir a participação do capital particular.

[...]

O Relatório da Conferência promovida pela Associação Internacional de Ciências Jurídicas realizada em Praga, em outubro de 1958, para estudo da empresa pública, consubstanciou, na Conclusão XXIV, os seguintes dados: 'A empresa pública autônoma é uma criação

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 18.ed. São Paulo: Malheiros. 1993. p.324.

do Estado. Submete-se, portanto, a estatuto definido pelo Estado. Sua existência depende do Estado, que a instituiu. Precisamente, porém, em virtude dessa instituição, o Estado introduz no setor de economia pública uma estrutura descentralizada. A conservação dessa descentralização supõe o respeito à autonomia da empresa pública.

[...]

Atrai a si diferentes formas de controle pelo Estado, administrativo, financeiro, jurisdicional, parlamentar. Esses controles têm como finalidade verificar se a empresa está sendo gerida convenientemente.

Em decorrência do permissivo constitucional, a União, por meio do Decreto-lei n.200/67, normatizou as suas empresas públicas, incluindo-as dentre aquelas da administração indireta, e conceituando-as, no inciso II do artigo 5º, como:

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

Sendo ambas as instituições - Caixa e BB - instrumentos de realização da política econômica do Governo Federal, sob a forma de empresa pública e sociedade de economia mista, respectivamente, cabe ao próprio Governo Federal delimitar algumas de suas áreas de atuação, de forma a evitar conflito entre esses órgãos, em detrimento dos interesses coletivos e públicos que induziram sua criação, delimitação essa que jamais poderá ser taxada de monopólio.

Tal atribuição de tarefas a cada qual, além de propiciar ao Governo um planejamento seguro para o atingimento das metas sociais a que se propôs dentro de cada área específica, evita o acúmulo de poder em mãos de apenas um dos seus entes.

Em decorrência das peculiaridades de cada uma dessas entidades paraestatais, oportuno, como sempre, o ensinamento preciso do professor Bandeira de Mello:¹⁰

Empresas públicas e sociedades de economia mista são, fundamentalmente e acima de tudo, instrumentos de ação do Estado. O traço essencial caracterizador destas pessoas é o de se constituírem em *auxiliares* do Poder Público; logo, são entidades voltadas, por definição, à busca de interesses transcendentais aos meramente privados. É preciso, pois, aturado precatório para

¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 4.ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1993, p.89.

não incorrer no equívoco de assumir fetichisticamente sua personalidade de direito privado (como costumava ocorrer no Brasil) e imaginar que, por força dela, seu regime pode ensejar-lhes uma desenvoltura equivalente à dos sujeitos cujo modelo tipológico inspirou-lhes a criação. Deveras, a personalidade de direito privado que as reveste não passa de um expediente técnico cujo préstimo adscrive-se, inevitavelmente, a certos limites, já que não poderia ter o condão de embargar a positividade de certos princípios e normas de direito público cujo arredamento comprometeria objetivos celulares do Estado de Direito.

O traço nuclear das empresas estatais, isto é, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, reside no fato de serem coadjuvantes de misteres estatais. Nada pode dissolver este signo insculpido em suas naturezas. Dita realidade jurídica representa o mais certo norte para a inteligência destas pessoas.

[...]

Como os objetivos estatais são profundamente distintos dos escopos privados, próprios dos particulares, já que almejam o bem-estar coletivo e não o proveito individual, singular (que é perseguido pelos particulares), compreende-se que exista um abismo profundo entre as entidades que o Estado criou para secundá-lo e as demais pessoas de direito privado, das quais se tomou por empréstimo a forma jurídica. Assim, o regime que a estas últimas naturalmente corresponde, ao ser transposto para empresas públicas e sociedades de economia mista, tem de sofrer - também naturalmente - significativas adaptações, em atenção a suas peculiaridades.

Se assim não fosse, e se as estatais desfrutassem da mesma liberdade que assiste ao comum das empresas privadas, haveria comprometimento de seus objetivos e funções essenciais, instaurando-se, ademais, sério risco para a lisura no manejo dos recursos hauridos total ou parcialmente nos cofres públicos.

O consagrado constitucionalista José Afonso da Silva, ao tratar da estrutura normativa das constituições e eficácia das normas constitucionais, assevera que dois são os elementos componentes das constituições, na concepção de Carl Schmidt: de um lado, os princípios do Estado de Direito para proteção da liberdade individual perante o Estado; de outro, o elemento político, do qual decorre a forma de governo.

Referindo-se à forma de governo e às suas entidades estatais, impossível deixarmos de transcrever as considerações a seguir, pela exata acomodação à presente discussão:

A constituição transformou-se, assim, num conceito ao qual convergem diversas esferas da realidade, razão por que os autores descobrem, nela, um documento de estrutura complexa numa unidade sistemático-formal, integrado de vários elementos.

A propósito, já citamos, Pinto Ferreira, Posada e Schmitt. Outros autores discutiram o tema, bastando-nos aqui indicar a posição de Karl Loewenstein, para quem uma constituição autêntica deve conter, como mínimo irredutível, os seguintes elementos fundamentais:

a) a diferenciação das diversas tarefas estatais e sua atribuição a diferentes órgãos estatais ou detentores do poder, *para evitar a concentração do poder nas mãos de um único e autocrático detentor do poder;*

b) um mecanismo planejado que estabeleça a cooperação dos diversos detentores do poder; *dispositivos e instituições em forma de freios e contrapesos, significando simultaneamente uma distribuição e, portanto, uma limitação do exercício do poder político;*

[...] ¹¹

O assunto pertinente à atuação do Estado no domínio econômico está a exigir, sempre, precisa distinção entre os chamados *serviços públicos e as atividades econômicas*. Estamos diante do "*droit du préalable*", da exigibilidade dos atos administrativos insculpidos na Constituição, da posição privilegiada e de supremacia do Estado. A Administração, em face da sua desigualdade, cria uma posição de supremacia capaz de lhe permitir a gerência dos interesses públicos:

A manifestação da vontade do Estado, internamente, se faz, de regra, de *forma unilateral*, tendo em vista o interesse estatal, como expressão do interesse do todo social, em contraposição à outra pessoa por ela atingida ou com ela relacionada.

E, mesmo quando as situações jurídicas se formam acaso por acordo entre as partes de posição hierárquica diferente, isto é, entre o Estado e outras entidades administrativas menores e os particulares, o regime jurídico a que se sujeitam é de *caráter estatutário*. Portanto, a autonomia da vontade só existe na formação do ato jurídico. Porém, os direitos e deveres relativos à situação jurídica dela resultante, a sua natureza e extensão são regulamentados por ato unilateral do Estado, jamais por disposições criadas pelas partes. Ocorrem, através de processos técnicos de imposição autoritária da sua vontade, nos quais estabelecem as normas adequadas e se conferem os poderes próprios para atingir o fim estatal que é a realização do bem comum. É a ordem do direito interno, nas relações com outras entidades menores ou com particulares.¹²

¹¹ SILVA José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: RT, 1968, p.167.

¹² BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 4.ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1993, p.20.

Assim, a própria Constituição Federal vigente - como, de resto, já acontecia no ordenamento anterior - trata de submeter empresas públicas e sociedades de economia mista a uma série de disposições que não vigoram para as demais pessoas de direito privado, ressaltando-se, assim, uma peculiaridade ímpar no regime jurídico disciplinador dessas entidades da administração indireta.

A definição formal de *igualdade* é bastante complexa e indissociável do conceito de *interesse*, na busca incessante da Justiça.

Karl Larenz¹³ já afirmava que “a questão da determinação do modo como será possível ao juiz chegar à decisão justa dos casos, com a ajuda da lei ou, porventura, sem ela, ocupa em boa verdade os autores modernos da metodologia jurídica”.

O referido autor, ao discorrer sobre as bases em que se encontra fundado um sistema normativo que, em princípio, deveria estabelecer “um valor o mais geral possível, do qual se pudessem inferir normas, imperativos”, se reporta ao princípio da igualdade:

Distingue a justiça formal enquanto tratamento igual do que é (essencialmente) igual e o seu ‘preenchimento material’. No entanto, o ‘reverso’ do preceito de igual tratamento, a saber, o tratamento desigual do que é diferente, e compreende portanto a igualdade desde o início também como proporcionalidade - como *suum cuique* - e como princípio de equivalência. Conseqüentemente, a idéia de justiça ‘formal’ não é vazia de conteúdo, mas exprime algo de normativamente muito importante. Obriga-nos, sendo ponderada ‘enquanto princípio do tratamento igual ou enquanto divisa *suum cuique* ou enquanto princípio da equivalência, a tratar por igual o *essencialmente igual* e a tratar diferentemente o que é *essencialmente diferente* e, nessa conformidade, a prestar cuidadosamente contas de se e sob que pontos de vista requer algo um tratamento igual ou diferente.¹⁴

José Afonso da Silva¹⁵ assim discorre sobre os destinatários dos direitos e garantias individuais, asseverando que:

Viu-se que o art. 5º da Constituição assegura os direitos ali indicados tanto aos brasileiros como aos estrangeiros residentes no país.

A propósito, cabem três indagações: *sendo direitos e garantias individuais, pessoas jurídicas não os auferem a nenhum?*

[...]

¹³ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 2.ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, s/d. p.140.

¹⁴ LARENZ, *op. cit.*, s/d.

¹⁵ SILVA José Afonso da. 1994. p.175.

O princípio é de que os direitos e garantias assegurados nos incisos do art. 5º se dirigem às pessoas físicas, aos indivíduos, e não às pessoas jurídicas. Assim, pensava Pontes de Miranda, em comentários ao art. 153 da Constituição de 1967/1969, conquanto em alguma passagem de sua obra diga que determinado direito ampara também as pessoas jurídicas. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em face da mesma Constituição, admitira que beneficiam também pessoas jurídicas brasileiras e estrangeiras que atuem no Brasil. O princípio é o mencionado acima, mas a pesquisa no texto constitucional mostra que vários dos direitos arrolados nos incisos do art. 5º se estendem às pessoas jurídicas, tais como o princípio da isonomia, o princípio da legalidade, o direito de resposta, o direito de propriedade, o sigilo da correspondência e das comunicações em geral, a inviolabilidade do domicílio, a garantia ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, assim como a proteção jurisdicional, o direito de impetrar mandado de segurança.

E, em seguida, referindo-se expressamente ao princípio da isonomia, embora reconhecendo ser aplicável também às pessoas jurídicas, o mesmo autor excepciona as particularidades dessa isonomia, ao referir-se ao exato sentido da expressão '*igualdade perante a lei*':¹⁶

As constituições só têm reconhecido a igualdade no seu sentido formal jurídico: *igualdade perante a lei*. A Constituição de 1988 abre o capítulo dos direitos individuais com o princípio de que *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*.

[..]

Aristóteles vinculou a *idéia de igualdade à idéia de justiça*, mas, nele, trata-se de igualdade de justiça relativa que dá a cada um o seu, uma igualdade impensável sem a desigualdade complementar e que é satisfeita se o legislador tratar de maneira igual os iguais e de maneira desigual os desiguais.

"Mas, como já vimos, o princípio não pode ser entendido em sentido individualista, que não leve em conta as diferenças entre grupos. Quando se diz que o legislador não pode distinguir, isso não significa que a lei deva tratar todos abstratamente iguais sob os aspectos tomados em consideração pela norma, o que significa que os "iguais" podem diferir totalmente sob outros aspectos ignorados ou considerados como irrelevantes pelo legislador.

Tornando As necessárias lições do professor Bandeira de Mello, quando se refere à aparente igualdade de condições e de tratamento prevista no § 1º, do artigo 173, da Constituição, aquele jurista já advertia que

¹⁶ SILVA José Afonso da. 1994, p.197.

“há um exagero nesta dicção da Lei Magna, pois ela mesma se encarrega de desmentir-se em inúmeros outros artigos.”

E ressalta o prof. Bandeira de Mello, ao tratar da intervenção do estado no domínio econômico, referindo-se aos “fundamentos” da ordem econômica, aos princípios da “livre iniciativa” e da “livre concorrência”:

Tudo que se vem de dizer só é excepcionado nos casos em que a própria Constituição entendeu de atribuir um regime especial para determinadas e específicas atividades econômicas que, dessarte, foram isoladas do regime pertinente à generalidade delas, porque Lei Magna considerou-as *merecedoras de tratamento peculiar, excepcional*. ... São, pois, exceções confirmatórias da regra. ...

Quando o estado interfere, suplementarmente, na *exploração de atividade econômica*, ao desenvolver atividades desta natureza estar-se-á diante de *serviços governamentais e não de serviços públicos*.

Neste caso, empresas públicas e sociedades de economia mista, que para tal fim sejam criadas, submetem-se-ão, *basicamente*, ao mesmo regime aplicável às empresas privadas. É o que estabelece o § 1º do artigo 173, [...].

Note-se, além disso, que às empresas do governo que explorem atividade econômica é vedado atribuir tratamento tributário que as desiguale da generalidade das empresas privadas, porquanto o § 2º do artigo em foco estabelece: [...].

Cumpra apenas observar que há exagero na dicção do § 1º do art. 173, pois se é fato que as entidades em causa se submetem *basicamente* ao direito privado, não menos verdade é que *sofrem o influxo do princípio e normas publicísticas*, a começar por uma série delas radicadas na própria Constituição. Por força disto, então, é visível que não estão submetidas ao mesmo regime jurídico aplicável às empresas privadas, ao contrário do que consta da literalidade do preceito.¹⁷

Com respeito ao princípio da isonomia, já decidiu o Colendo Supremo Tribunal Federal que “não cabe invocar o princípio da isonomia onde a Constituição, implícita ou explicitamente, admitiu a desigualdade” (RDA 128-220).

Aliás, essa matéria não é exclusividade do direito pátrio, mas já foi alvo de profundos estudos por renomados constitucionalistas do mundo todo, ao tratarem dos direitos fundamentais, tais como Canotilho, Miranda, Bleckmann, Cerri, Cano Mata, Rubio Llorente, Riedel, Bethge, Schlink e Hesse, dentre outros.

¹⁷ SILVA José Afonso da. 1994, p.322.

Reportando-se à vasta bibliografia do direito comparado, Canotilho, em acurado estudo sobre o regime dos direitos fundamentais, esclarece no que respeita às pessoas coletivas:

O conceito de *pessoas coletivas* abrange, sem dúvida, as entidades organizatórias susceptíveis de capacidade jurídica geral, mas não está excluída a extensão da capacidade a outras entidades dotadas apenas de *subjetividade jurídica parcial*.

[...]

Ao reconhecer-se 'às pessoas coletivas direitos compatíveis com a sua natureza', pretende-se não apenas que se tenha em conta a 'essência' da pessoa coletiva em causa (pessoa coletiva dotada de personalidade jurídica, [...] pessoa coletiva de direito público ou de direito privado)

[...]

A titularidade de direitos por parte de pessoas coletivas de direito público tem sido muito discutida na doutrina. A tese negativa baseia-se, fundamentalmente, em dois argumentos: (1) os direitos fundamentais arrancam da idéia de uma esfera de liberdade perante os poderes públicos, não sendo concebível gozarem as corporações, instituições ou fundações de direito público da titularidade de direitos fundamentais no exercício de tarefas públicas; (2) é incompatível considerar o Estado (as suas corporações, instituições ou fundações) como destinatário dos direitos fundamentais, e, simultaneamente, como titular dos mesmos direitos fundamentais (argumento da 'identidade' ou da 'confusão'). No caso de lesão de 'direitos' de uma corporação pública por parte de outra entidade pública estaríamos perante conflitos de competências e não perante lesões de direitos fundamentais de pessoas coletivas públicas.

[...]

Além disso, estas mesmas pessoas podem encontrar-se em 'típicas situações de sujeição' e não numa posição de 'proeminência' ou de 'poder'.¹⁸

Não se trata, pois, de monopólio, ou de exclusividade inconstitucional ou mesmo de ofensa aos *princípios constitucionais de igualdade e livre concorrência*.

Trata-se, apenas e tão somente, da fixação de competência, típica situação de sujeição ao poder do Estado, que lhe delimita o campo de atuação dentro de seu livre arbítrio e exclusiva vontade política.

Por competência entender-se-á o poder de ação e de atuação atribuído aos vários órgãos e agentes constitucionais com o fim de prosseguirem as tarefas de que são constitucional ou legalmente incumbidos.

¹⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6.ed. Lisboa: Almedina, 1993. p.558-60.

A competência envolve, por conseguinte, a atribuição de determinadas *tarefas* bem como os meios de ação ('poderes') necessários para a sua prossecução. Além disso, a competência delimita o quadro jurídico de atuação de uma unidade organizatória relativamente a outra.

[...]

Para converterem os seus 'poderes' (competência) em atos, os órgãos ou agentes constitucionais devem obedecer a um *procedimento* juridicamente regulado. O exercício das funções públicas está sujeito a um *iter* procedimental juridicamente adequado à garantia dos direitos fundamentais e à defesa dos princípios básicos do Estado de direito democrático.¹⁹

Com efeito, a Constituição Federal de 1969 (artigo 110), a Constituição Federal de 1969 (artigo 125, inciso I), bem como o inciso I do artigo 109 da vigente Constituição, sempre atribuíram à Justiça Federal *competência exclusiva* para julgar as ações em que as *empresas públicas federais* fossem partes ou interessadas.

Já as ações em que figuram como parte sociedades de economia mista, a competência é da justiça comum estadual.

E por que motivo se preocuparia a Constituição Federal com normas processuais (ordinárias) tão simples quanto aquelas que tratam de competência?

A resposta é tão simples e direta quanto os motivos que conduziram à edição do Decreto-lei n.º 1.737/79, referente aos depósitos judiciais: as empresas públicas federais são constituídas com patrimônio integral da União, cujo capital lhe pertence na totalidade, não admitindo a participação de terceiros estranhos às finalidades do Estado, quais sejam, os interesses dos administrados.

Pontes de Miranda²⁰, ao comentar os artigos 123/126 da Constituição Federal de 1967 já doutrinava:

As Caixas Econômicas, desde o Império (Decreto 2.723, de 12 de janeiro de 1861), foram autarquias, em que a paraestatalidade era evidente, sob a 'jurisdição' (sic) do Ministério da Fazenda (Decreto n.º 19.823, de 8 de abril de 1931, artigo único); Decreto n.º 24.427, de 19 de junho de 1934, (art. 1.º: 'As Caixas Econômicas Federais destinam-se a receber em depósito, sob a responsabilidade do Governo Federal, e em todo o território brasileiro, as economias populares e reservas de capitais; para movimentá-las, incentivar os hábitos de poupança e, ao mesmo tempo desenvolver e facilitar a vinculação de riquezas, tudo nos termos deste regula-

¹⁹ MIRANDA, Jorge. In: CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6.ed. Lisboa: Almedina, 1993, p.676-7.

²⁰ PONTES DE MIRANDA. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.º 1 de 1969**. São Paulo: RT, 1970, p.198.

mento'; art. 2º, parágrafo único: 'O patrimônio, serviços e negócios das Caixas Econômicas Federais ficam isentos de impostos, taxas e emolumentos ou outros quaisquer tributos federais; gozando, também, das isenções cabíveis aos serviços ou instalações públicas federais, em face dos Estados e Municípios').

[...]

Na Lei nº. 5.010, de 30 de maio de 1966 (lei de organização da Justiça Federal), art. 10, apenas se falou da União e de entidade autárquica federal. Na Constituição de 1967, art. 125, I, alude-se a 'entidade autárquica ou empresa pública federal'; daí ser de grande relevância fixar-se o conceito de empresa pública federal.

Empresa pública federal é a empresa pública ligada à União. A expressão 'empresa pública' está, no art. 125, I, da Constituição de 1967, em sentido restrito, de modo que não se pode, de jeito nenhum, incluir no conceito a figura de autarquia. Com isso, o legislador constituinte repeliu a inserção das autarquias na classe das empresas públicas. [...]

Erro mais grave é o dos que vêem nas sociedades de economia mista autarquias.

O Banco do Brasil S. A. não é pessoa jurídica de direito público; *a fortiori*, não é autarquia; é pessoa jurídica de direito privado, inconfundível com a pessoa jurídica de direito público, que é a União (R. do S.T.F., 26, 307; 3ª e 4ª Câmaras da Corte de Apelação do Distrito Federal, 24 de janeiro de 1937 e 11 de julho de 1938). Posto que haja interesse dessa, entrelaçados com os daquela, nas relações entre o Banco do Brasil e os seus clientes, os seus funcionários, ou quaisquer terceiros, o interesse da União não aparece - o que aparece é o interesse do Banco do Brasil.

E o posicionamento do ilustre mestre Celso Antônio Bandeira de Mello²¹ é nesse mesmo sentido:

Poder-se-ia supor que em situações deste jaez a figura instaurada seria a de uma sociedade de economia mista, pois dita compostura se albergaria naturalmente na definição que lhe corresponde no Decreto-lei 200, com a redação introduzida pelo 900. Deveras, estes textos normativos, ao individuarem o substrato de capital da sociedade de economia mista, fazem referência à supremacia acionária votante da União ou de entidade de sua administração indireta. Ou seja: não demandam que a sobredita maioria o seja em relação a capital particular. Assim, em tese, a referida prevalência acionária votante poderia apresentar-se com relação a recursos oriundos de entidades governamentais (salvo se esta prevalência coubesse à União, pois em tal caso tratar-se-ia, consoante visto, de uma empresa pública).

²¹ BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. 1993, p.85.

Sem embargo, não nos parece que tal intelecção merecesse acolhida. De fora parte o inconveniente de menosprezar o sentido tradicional de sociedade de economia mista, o qual sempre presumiu conjugação de recursos governamentais com os recursos particulares, toparia, ao nosso ver, com um óbice jurídico incontornável. É o seguinte: o texto constitucional então vigente (art. 110 da Carta de 1969, habitualmente denominada de Emenda n.º 1 à 'Constituição' de 1967), à época, atribuía à Justiça Federal e não à Justiça especializada do Trabalho a competência para julgar as questões entre empresa pública e seus servidores, ao contrário do que sucedia no caso de sociedade de economia mista. Além disso, o Texto Constitucional anterior (art. 125, I), tal como hoje o faz a Constituição vigente (art. 109, I), também irrogava à Justiça Federal - e não à Justiça Estadual - competência para julgar as ações (salvo as expressamente excetuadas) em que fosse parte as empresas públicas federais. Já as demandas intentadas por sociedades de economia mista ou contra elas propostas eram, e são, julgadas ante a justiça estadual, nas mesmas hipóteses gerais em que a competência lhe seja pertinente.

Seria um contra-senso que à Justiça Federal coubesse julgar os feitos em que, *exempli gratia*, fosse parte uma empresa da qual a União detivesse 51% do capital votante contra 49% de uma autarquia federal e que, contrariamente, não assistisse a ela, mas à Justiça estadual, julgar as questões relativas a empresa cuja composição acionária fosse exatamente a inversa. O mesmo se diria no passado, *mutatis mutandis*, no que concerne a questões trabalhistas das sobreditas entidades com os respectivos servidores.

Está-se a ver que em ambos os casos compareceriam, com a mesma força, as razões que levaram a Constituição a deferir para a Justiça Federal os feitos relativos às empresas públicas da União, pois, tanto em um quanto em outro, o capital formador da entidade teria procedido majoritariamente da órbita federal.

Normas constitucionais há que se destinam a regular, especificamente, instituições públicas e privadas, delimitando seus campos de atuação.

Veja-se, mais uma vez, Canotilho, que assim se expressa:

As normas que se destinam a proteger instituições (públicas ou privadas) são designadas, pela doutrina, por normas de garantias institucionais.

Andam, muitas vezes, associadas às normas de direitos fundamentais, visando proteger formas de vida e de organização social indispensáveis à própria proteção de direitos dos cidadãos.²²

²² CANOTILHO, J.J. Gomes. 1993, p.177.

Na ótica do Supremo Tribunal Federal, “a inconstitucionalidade de lei - providência excepcional-, só pode ser declarada quando é patente e incontestável”.²³

E, na visão de Carlos Maximiliano, “todas as presunções militam a favor da validade de um ato, legislativo ou executivo”.²⁴

Não se trata, pois, de norma programática, mas de norma de *eficácia diferida*.

As normas de eficácia diferida trazem já definida, intacta e regulada pela Constituição a matéria que lhe serve de objeto, a qual depois será apenas efetivada na prática mediante atos legislativos de aplicação. Não são promessas cujo conteúdo há de ser ministrado ou estabelecido a posteriori pela autoridade legislativa interposta, como ocorre com as normas programáticas *stricto sensu*.

As normas de eficácia diferida, para aplicarem a matéria a que diretamente se referem, precisam apenas de meios técnicos ou instrumentais. Desde o primeiro momento, sua eficácia ou aplicabilidade pode manifestar-se de maneira imediata, posto que incompleta, ficando assim, por exigências técnicas, condicionadas a emanação de sucessivas normas integrativas.²⁵

E o Decreto-lei nº. 1.737/79 nada mais é do que uma norma integrativa, de eficácia diferida, posto que a matéria principal já se encontra regulada pela própria Constituição.

Ao tratar da interpretação da Constituição, o renomado constitucionalista Paulo Bonavides prossegue, citando Kelsen:

Caso se compreenda por ‘interpretação’ a averiguação do sentido da norma aplicável, o produto dessa atividade não pode ser outro senão a identificação do quadro que a norma, objeto de interpretação, representa, e com isso o reconhecimento de várias possibilidades contidas no interior desse quadro. A interpretação de uma lei, prossegue Kelsen, não deve conduzir, de necessidade, a uma só decisão certa, mas possivelmente a várias. E todas, desde que se possam aferir pela norma a interpretar, são de igual valia, posto que apenas uma, no ato da decisão judicial, venha a positivar-se.²⁶

E arremata ao tratar dos métodos de interpretação da nova hermenêutica:

²³ RE 4.057, 1954, Rel. Min. Orozimbo Nonato.

²⁴ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 18.ed. Forense, RJ, 1999.

²⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p.225.

²⁶ KELSEN *apud* BONAVIDES, Paulo. 1994, p.409.

Uma norma pode admitir várias interpretações. Destas, algumas conduzem ao reconhecimento da inconstitucionalidade, outras, porém, consentem tomá-la por compatível com a Constituição. O intérprete, adotando o método ora proposto, há de inclinar-se por esta última saída ou via de solução. A norma, interpretada 'conforme a Constituição', será portanto considerada constitucional. Evita-se por esse caminho a anulação de lei em razão de normas dúbias nela contidas, desde naturalmente que haja a possibilidade de compatibilizá-las com a Constituição.

[...]

Como se vê, esse meio de interpretação contém um princípio conservador da norma, uma determinação de fazê-la sempre subsistente, de não eliminá-la com facilidade do seio da ordem jurídica, explorando ao máximo e na mais ampla latitude todas as possibilidades de sua manutenção. Busca-se desse modo preservar a autoridade do comando normativo, fazendo o método ser expressão do 'favor legis' ou do 'favor actus', ou seja, um instrumento de segurança jurídica contra as declarações precipitadas de invalidade da norma.

[...]

Convém, que o intérprete não se afaste daquele princípio estabelecido pelo Tribunal Constitucional da Áustria de que *'a uma lei, em caso de dúvida, nunca se lhe dê uma interpretação que possa fazê-la parecer inconstitucional'*.

[...]

Em outras palavras, o método em questão, sem embargo do raio de flexibilidade proporcionado ao intérprete, não deve tomar nunca uma extensão que consinta a interpretação contra legem. Não deve permitir jamais que o juiz, alterando a lei, se substitua ao legislador.²⁷

No dizer de Karl Larenz,

uma disposição só é inconstitucional e, portanto, inválida, quando não pode ser interpretada em conformidade com a Constituição. Examina-se, por conseguinte, em primeiro lugar se uma interpretação, reconhecida como inconstitucional, é, de acordo com os métodos de interpretação tradicionais, a única possível – e então a disposição é inválida – ou se também é possível uma interpretação conforme a Constituição. Se uma interpretação, que não contradiz os princípios da Constituição, é possível segundo os demais critérios de interpretação, há de preferir-se a qualquer outra em que a disposição viesse a ser inconstitucional.²⁸

E prossegue, nesse mesmo diapasão, Canotilho:

²⁷ KELSEN *apud* BONAVIDES, Paulo. 1994, p.474-9.

²⁸ LARENZ, Karl. *s/d*.

A *objetividade interpretativa* não é perturbada pelo fato de os juízes recorrerem aos princípios da justiça, da liberdade e da igualdade, ou até a outros conceitos (religião, liberdade de imprensa) ancorados num determinado *ethos social*, pois a interpretação da *constituição* faz-se sempre tendo em conta o texto, a história, os precedentes, as regras de procedimento, as normas de competência que, globalmente considerados, permitem uma atividade interpretativa dotada de tendencial objetividade.²⁹

1.2 Da constitucionalidade do Decreto-Lei 1.737/79

A par de tudo o que já foi dito, resta comprovar, à sociedade, não só a constitucionalidade do Decreto-Lei 1.737/79 - que, como já demonstrado anteriormente, apenas regulamentou normas esparsas referentes a depósitos judiciais de feitos de competência da Justiça Federal - como a sua total e completa recepção pelo ordenamento constitucional vigente no tocante à exclusividade desses depósitos na Caixa Econômica Federal.

Dentre os inúmeros acórdãos do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais, Provimientos dos Conselhos da Justiça Federal (notadamente desta 3ª Região e, também, da 2ª Região - Rio de Janeiro), bem como Súmulas do extinto Tribunal Federal de Recursos (Súmulas 257 e 46) e do TRF da 3ª Região (Súmula nº. 01), que se reportam textual e expressamente ao Decreto-Lei nº. 1.737/79, bem como ao Decreto-Lei nº. 759/69, transcrevemos, de início, acórdão do Supremo Tribunal Federal:³⁰

LEI – Representação de inconstitucionalidade – Norma estadual relativa a depósitos judiciais – Determinação de que as quantias sejam depositadas em agências do banco do Estado ou, em sua falta, em outro banco oficial – Conflito de regras de Direito federal – Incerteza gerada pela incidência da norma impugnada na administração da Justiça em matéria de freqüente ocorrência, com ponderável reflexo sobre o interesse das partes – Medida cautelar de suspensão provisória de eficácia *deferida*, ante a relevância do fundamento de arguição de inconstitucionalidade.

Ementa oficial: Norma estadual relativa a depósitos judiciais. Cautelar deferida ante a relevância do fundamento da arguição de inconstitucionalidade e a incerteza gerada pela incidência da regra impugnada na administração da Justiça em matéria de freqüente ocor-

²⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. 1993, p.199.

³⁰ O E. Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária realizada em 27 abr. 89, apreciando questão de ordem preliminar, julgou prejudicada a presente representação, sob o fundamento de que não cabe a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em face de constituição já revogada.

rência, com ponderável reflexo sobre o interesse das partes.

Trata-se de representação, com pedido de medida liminar, oferecida nos seguintes termos pelo eminente Chefe do Ministério Público Federal, Prof. José Paulo Sepúlveda Pertence:

«O Procurador-Geral da República oferece representação por inconstitucionalidade da Lei Estadual 8.801, de 29.06.88, do Estado do Paraná, nos termos seguintes.

«A lei impugnada impõe, *verbis*, que “valores ou depósitos judiciais, de qualquer natureza, recolhidos as serventias da justiça estadual deverão ser depositados em agências do Banco do Estado do Paraná S/A ou, na falta deste, em outro banco oficial”.

«Entende a entidade suscitante que a matéria é de Direito Processual e, por isso, de competência legislativa exclusiva da União (art. 8º, XVII, “b”), que, aliás, a tem exercido, dispondo de modo diverso da lei estadual questionada (v.g., CPC, arts. 666, I, 1.116 e 1.219; Lei de Falências, art. 209; Decreto-lei 1.737/79, art. 1º, Lei de Execução Fiscal, art. 32).

[...]

Aponta-se conflito entre a norma estadual impugnada, de um lado, e, de outro, regras de Direito federal, comumente chamadas a reger situações de freqüente ocorrência, quais sejam, os depósitos judiciais de quantias em dinheiro.

[...]

Reputando igualmente relevante o fundamento do pedido, defiro a cautelar para determinar a suspensão dos efeitos da Lei 8.801, de 29.06.88, do Estado do Paraná, [...] ³¹ (grifos nossos)

No mesmo sentido a Súmula 257, do extinto Tribunal Federal de Recursos “não rendem juros os depósitos judiciais na Caixa Econômica Federal a que se referem o Decreto-Lei 759/69, art. 16, e o Decreto-Lei 1.737/79, art. 3º”.

Indiscutível a plena validade dessa Súmula, a par dos diversos acórdãos do STF, do STJ e dos próprios TRF, reconhecendo que permanecem íntegros os julgamentos do extinto Tribunal Federal de Recursos.

Também se referem, expressamente, aos depósitos judiciais efetuados nos termos do Decreto-Lei nº. 1.737/79, os seguintes acórdãos, dentre dezenas de outros: AMS 92.01.13828-8/BA - DJU 17 ago 92, p.24.287; MS 94.05.00741-6/PE - Julg. 29 mar 94; AMS 93.01.31.808-1/MG - DJU 29 out 93.

A Súmula nº. 01, do E. TRF-3ª Região, ao dispor que “*em matéria fiscal é cabível medida cautelar de depósito, inclusive quando a ação principal for declaratória de inexistência de obrigação tributária*”, traz inerente ao

³¹ Revista dos Tribunais, v. 644, p. 169-70, Representação de Inconstitucionalidade nº. 1.586-6 (Liminar), Relator Ministro Octávio Gallotti. j. 10 ago. 1988.

seu texto a menção às seguintes referência que informaram a edição da súmula: CTN, artigo 151, inciso II, e D.L. 1.737/79, artigo 1º, inciso III.

No mesmo sentido, também o já citado Provimento nº. 58 desse E. Conselho da Justiça Federal da 3ª Região. Não menos importante o Provimento nº. 50, editado pelo E. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que trata dos depósitos judiciais nos feitos de competência da Justiça Federal:

TRF - 2ª REGIÃO. DEPÓSITOS JUDICIAIS. EXCLUSIVIDADE DE RECEBIMENTO DA CEF.

Considerando [...]

I - O Decreto-lei nº. 1.737, de 20 de dezembro de 1979, que assegura à Caixa Econômica Federal exclusividade para o recebimento dos depósitos judiciais relacionados com os feitos da competência da Justiça Federal continua em pleno vigor e deve ser observado fielmente pelos Juízes Federais Titulares e Substitutos, da 2ª Região.

II - Recomendar aos magistrados federais a regularização dos depósitos judiciais eventualmente feitos em desacordo com a legislação de regência, ainda que para atender a situações especiais.

Publique-se. Registre-se. Cumpra-se. (DJ 24 AGO 94).

Verifica-se, pois, pela evolução histórica das normas que tratam dos depósitos judiciais, que a intenção do legislador sempre esteve conforme a Constituição.

A interpretação lógica é aquela que, sobre examinar a lei em conexão com as demais leis, investigue também as condições e os fundamentos de sua origem e elaboração, de modo a determinar a *ratio* ou *mens* do legislador. Busca portanto reconstruir o pensamento ou intenção de quem legislou, de modo a alcançar depois a precisa vontade da lei.³²

Merecem, também, menção especial as recentes decisões do E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região,³³ da lavra da Exa. Dra. Suzana Camargo, vice-presidente daquela Corte, em juízo de admissibilidade de recurso especial:

REsp 2007278760 Recte.: Centrais Elétricas Brasileiras S/A – ELETROBRAS; Recda.: Caixa Econômica Federal.

Trata-se de recurso especial interposto pelas Centrais Elétricas Brasileiras S/A. - Eletrobrás, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas a e c, da Constituição Federal, contra decisão prolatada por este tribunal, que concedeu parcialmente a segurança pleiteada, reconhecendo que a determinação de recomposição do montante relativo aos juros fere o princípio do contraditório e da ampla defesa, uma vez que a instituição financeira ora

³² BONAVIDES, Paulo. 1994. p.402.

³³ REsp 2007278760 no MS 188866, TRF3 (1999.03.00.022134-4).

impetrante (CEF) não era parte no processo em que a decisão de reestorno foi exarada.

Alega a parte recorrente, preliminarmente, violação ao art. 535, do Código de Processo Civil, por terem sido rejeitados os embargos de declaração opostos. Aduz, com relação ao mérito, ter a decisão ora atacada violado as normas contidas nos arts. 139, 148, 150 e 919, todos do Código de Processo Civil, ao argumento de que a Caixa Econômica Federal não teria cumprido seus deveres como depositária judicial. Aponta, ainda, a existência de dissídio jurisprudencial acerca da matéria ora debatida.

Decido. Preenchidos os requisitos genéricos de admissibilidade recursal, passo ao exame da subsunção à hipótese constitucional. E, assim, tenho que o recurso não deve ser admitido. É que o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a instituição financeira depositária não deve ser condenada ao creditamento de juros aos ativos depositados judicialmente. Passo a transcrever aresto demonstrativo desse entendimento:

«PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SÚMULA 267/STF. INAPLICABILIDADE. ENTIDADE DEPOSITÁRIA. TERCEIRO AUXILIAR DO JUÍZO. ILEGITIMIDADE RECURSAL. DEPOSITOS JUDICIAIS. JUROS. NÃO-INCIDÊNCIA. 1. O Regimento do Tribunal a quo disciplina a prevenção de forma similar ao STJ, conforme se infere do art. 71, § 1º, do RISTJ. Tais disposições nada mais são que a expressão do princípio do juiz natural. Dessa forma, na hipótese do magistrado mudar de órgão julgador, não haverá espaço para dúvidas ou soluções casuísticas, pois está fixado de antemão que prevento será o colegiado. 2. Afaste-se a incidência da Súmula 267 do STF - não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição. Na hipótese dos autos, a instituição depositária é terceiro no processo, mero auxiliar do juízo, não possuindo legitimidade para recorrer. 3. Ainda que se admitisse o recurso do depositário auxiliar do juízo, figurando a Caixa Econômica Federal-CEF como um terceiro na relação processual, mostra-se plenamente aplicável o teor da Súmula 202/STJ - a impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona a interposição de recurso. 4. Não pode a CEF, mera depositária, efetuar estornos ou retiradas de qualquer natureza do montante depositado judicialmente sem prévia autorização do juízo da causa. 5. Conforme entendimento do STJ, não são devidos juros pela instituição depositária nos depósitos judiciais. 6. Recurso ordinário provido em parte». (RMS 17406, Rel. Min. CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, J. 17/06/2004, DJ. 23/08/2004, p.155).

Demonstrado que a v. decisão atacada encontra-se em consonância com o entendimento da Corte Superior, não se vislumbra violação ou negativa de vigência das normas referidas, de sorte que não se verifica a exigência constitucional para que seja chamado a exer-

cer sua elevada função de preservação da inteireza positiva da legislação federal o Superior Tribunal de Justiça. No que se refere à hipótese da alínea c do permissivo constitucional, não há de ser admitido o presente recurso, uma vez que a decisão recorrida está em consonância com o entendimento firmado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, de modo que se torna aplicável ao caso a Súmula nº. 83 daquela Corte.

Ante o exposto, NÃO ADMITO O RECURSO ESPECIAL. Intime-se. São Paulo, 4 de março de 2008. SUZANA CAMARGO Vice-Presidente.

De se destacar, finalizando, importante decisão prolatada pelo Plenário do E. Supremo Tribunal Federal:³⁴

STF julga inconstitucionais atos normativos de Goiás sobre depósitos judiciais e extrajudiciais

Por unanimidade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) julgou inconstitucionais, nesta quinta-feira (21), normas instituídas em 2004 pelo estado de Goiás que dispõem sobre o sistema de conta única de depósitos judiciais. A decisão foi tomada no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3458, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Por maioria, o tribunal decidiu, também, modular os efeitos da decisão de hoje, para que ela passe a ser aplicada apenas 60 dias depois da sua publicação. Essa solução foi proposta pelo relator da ADI, ministro Eros Grau, com objetivo de dar ao governo de Goiás tempo suficiente para desarmar o sistema por ele estruturado, em que a administração dessa conta estava subordinada à Secretaria estadual de Fazenda.

Os atos impugnados pela OAB são: a Lei 15.010/04, o Decreto estadual 6.042/04, que trata do mesmo tema, e a Instrução Normativa nº. 01/04, expedida conjuntamente pelo secretário de Fazenda e pelo presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.

A lei mencionada instituiu o Sistema de Conta Única de Depósitos Judiciais e Extrajudiciais, no âmbito estadual, para receber e controlar esses depósitos, feitos em dinheiro, em razão de processos judiciais ou administrativos, bem como os rendimentos de aplicações no mercado financeiro dos saldos de depósito. Em seu parágrafo único, essa lei exclui os depósitos extrajudiciais de natureza tributária, observando que eles obedecem à forma prevista na legislação estadual.

O Decreto 6.042/04 disciplina a operacionalização da conta única e atribui à Secretaria da Fazenda a responsabilidade para sua administração e para aplicação, no mercado financeiro, dos saldos dos recursos desses depósitos. Por fim, a Instrução Normativa 01/04 disciplina a operacionalização dessa conta única.

³⁴ Notícias do STF. In www.stf.gov.br.

OAB diz que transferência para caixa estadual é expropriação

O principal argumento da OAB foi que a lei mencionada conflita com o artigo 24, parágrafo 2º, da Constituição Federal (CF), vez que disciplina, de forma diversa, matéria regulada pela lei federal nº. 10.482/02. Alega, ainda, que ela usurpa competência privativa da União para legislar sobre direito processual, definida nos artigos 22, inciso I; 163, incisos I e II; 165, parágrafo 9º, inciso II, e 192, da CF, por entender que a matéria deveria ser regulada por lei complementar.

A OAB sustenta que o artigo 1º da lei impugnada transferiu para o Poder Executivo estadual o controle da totalidade dos depósitos judiciais e extrajudiciais feitos pelas partes litigantes, sendo que a lei federal apenas se refere aos processos em que a Fazenda pública figure como parte. Segundo a entidade, o artigo 1º cria uma nova espécie de tributo, por se tratar de assunto privativo da União e só disciplinável por lei complementar.

“A transferência dos depósitos judiciais para o caixa único do Estado configura a legitimação de uma verdadeira e inconstitucional expropriação, tendo em vista que tais numerários referem-se aos interesses dos litigantes e vinculam-se necessariamente a um dos pólos da ação”, enfatiza.

Outra irregularidade apontada pela OAB é com relação à destinação das transferências, que, pela lei federal, tem como objetivo único o pagamento de precatório alimentar. Já a lei atacada alterou a finalidade e incluiu a expressão “prioritariamente”, permitindo, assim, segundo o autor, toda sorte de gastos. A OAB ainda questiona a constituição do fundo de reserva que muda a base de cálculo original, prevista na norma federal.

Os ministros que participaram da sessão entenderam que os dispositivos impugnados contêm inconstitucionalidade material, pois, sendo o depósito judicial um ato processual – já que feito em função de um processo judicial –, cabe ao Judiciário a sua administração, e não à Secretaria da Fazenda do estado, como disposto nas normas impugnadas.

Ao acompanhar o voto do relator, ministro Eros Grau, o ministro Carlos Alberto Menezes Direito lembrou que a administração dos depósitos judiciais cabe exclusivamente ao Judiciário e que a lei goiana cria um conflito no que tange à separação dos Poderes, previsto na Constituição. Ele lembrou, ademais, que muitas vezes os recursos dos depósitos judiciais e extrajudiciais contribuem para manutenção da estrutura da máquina do Judiciário.

Por seu turno, ao também votar com o relator, a ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha observou que aprovaram uma lei e normas para sua operacionalização, sem que o Judiciário sequer participasse desse processo. Ao também votar com o relator, o ministro Ricardo Lewandowski observou que a lei goiana repre-

sentava risco para o jurisdicionado, ao atribuir à Secretaria da Fazenda a faculdade de dar destinação aos recursos da conta.

Os ministros Carlos Ayres Britto, Cezar Peluso, Gilmar Mendes e Marco Aurélio votaram pela inconstitucionalidade das normas goianas, apenas com fundamento no aspecto material, não pelo alegado vício formal ou de iniciativa que, no caso, segundo a OAB, seria privativa da União.

Por tudo é que defendemos, com intransigência, a manutenção dos depósitos judiciais, única e exclusivamente, em bancos oficiais - com o merecido destaque à Caixa Econômica Federal, pela longa experiência e seriedade na administração desses depósitos - únicos capazes de fornecer, sem qualquer risco, a necessária segurança não só ao Poder Judiciário como, principalmente, àqueles que dele se socorrem.

Referências

- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Os Direitos dos Consumidores**. Coimbra. Almedina. 1982.
- ALVES, Vilson Rodrigues. **Responsabilidade Civil dos Estabelecimentos Bancários**. Bookseller, 2.ed., 1999.
- ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e seus conseqüências**. São Paulo: Saraiva, 1949.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 17.ed. São Paulo, 2004.
- BARRETO, Lauro Muniz. **Direito Bancário**. São Paulo: Ed. Universitária de Direito, 1975.
- _____. **Questões de Direito Bancário**. Vol. I e II, 2.ed., São Paulo: Max Limonad, 1972.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed. Ed. Malheiros, São Paulo, 1994.
- CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 2.ed., 2ª tiragem, São Paulo: Ed. RT, 1998.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6.ed. Lisboa: Liv. Almedina, 1993.
- CASTRO, Guilherme Couto de. **A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1997.
- CINTRA Araújo; GRINOVER Ada; DINAMARCO, Cândido. **Teoria Geral do Processo**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- COSTA Jr., Paulo José da (e M.Elizabeth Queijo e Charles M. Machado). **Crimes do Colarinho Branco**. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.
- EGAS, Eugênio; PUJOL, Alfredo. **Manual de Audiência** - Processo Civil e Comercial - Regulamento nº. 737 de 1850. Comentado e anotado. São Paulo: Espíndola, Siqueira & Cia, 1898.
- ESPÍNOLA. **Sistema do Direito Civil Brasileiro**. Vol. II – Tomo II.
- FERREIRA, Eduardo Paz. **Sectores Estratégicos e Intervenção do Estado no Mercado dos Valores Mobiliários**, in

- "Direito dos Valores Mobiliários", Vol. III, Coimbra Editora, 2001.
- FRIGERI, Márcia Regina. **Responsabilidade Civil dos Estabelecimentos Bancários**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 2.ed. Ed. Fund. Calouste Gulbekian.
- LEITÃO, Luiz Manoel Teles de Menezes. **Atividades de Intermediação e responsabilidade dos intermediários financeiros**, in "Direito dos Valores Mobiliários", Coimbra Editora, 2000.
- LUCCA, Newton de. **A Responsabilidade Civil dos Administradores das Instituições Financeiras**. RDM 67/32
- MAIA, Rodolfo Tigre. **Dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional**. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
- MARSHALL, Christopher. **Riscos Operacionais**. Rio de Janeiro: QualityMark, 2002.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 18.ed. Ed. Malheiros, 1993.
- MIRANDA, Pontes. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº. 1 de 1969**. São Paulo: Ed. RT, 1970.
- _____, **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Forense, 1976.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**, Dir. das Obrigações.
- RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. Sarai-va, 1975.
- SADDI, Jairo (e Rodrigo Ferraz de Camargo). **Jurisprudência em Matéria de Intervenção e Liquidação Extrajudicial**. Vols. 1 e 2, Textonovo, São Paulo, 2000.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: RT, 1968.
- _____, **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- SOLA, Lourdes, Eduardo Kugelmas e Laurence Whitehead, Banco Central. **Autoridade Política e Democratização - um equilíbrio delicado**, FGC Editora, 1.ed. Rio de Janeiro, 2002.
- STOCCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6.ed. São Paulo: Ed. RT, 2004.
- THEODORO JR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 16.ed. São Paulo: Forense, 1995.
- TZIRULNIK, Luiz. **Intervenção e Liquidação Extrajudicial das Instituições Financeiras**. São Paulo: Ed. RT, 1997.
- VEIGA, Vasco Soares da. **Direito Bancário**. Coimbra: Almedina, 1994.
- WAISBERG, Ivo. **Responsabilidade Civil dos Administradores de Bancos Comerciais**. São Paulo: Ed. RT, 2002.

Breve estudo sobre os riscos e conseqüências jurídico-patrimoniais do subfaturamento na transação imobiliária

Mauro Antônio Rocha

Advogado da Caixa em São Paulo

Pós-graduando em Direito Notarial e Registral (IBEST)

e em Direito Urbanístico (PUC/MG)

RESUMO

O presente estudo detalha os riscos e as conseqüências jurídico-patrimoniais da escrituração das transações imobiliárias por valor inferior ao efetivamente contratado, especialmente quanto à caracterização da simulação que vicia e invalida o ato, da tipificação do crime de falsidade ideológica e dos crimes de sonegação e de fraude tributária decorrentes do subfaturamento do preço, da constituição de indício de lavagem de dinheiro ou ocultação de bens e valores e, também, quanto à possibilidade de prejuízo patrimonial no caso de anulação do negócio por alegada lesão ou evicção de direito.

Palavras-chave: Transação imobiliária. Subfaturamento. Simulação. Fraude Tributária.

ABSTRACT

This study details the risks and consequences of the bookkeeping of real estate transactions by value lower than actually hired especially on the characterization of simulation that can both addict and invalidates the act, the definition of the crime of falsehood, withholding tax and tax fraud from under pricing the original price, the formation of evidence of money laundering or concealment of assets and values and also to the possibility of injury asset *in* the case of cancellation of the deal by alleged injury or eviction of law.

Keywords: Real estate transaction. Subfaturamento. Simulation. Tax Fraud.

Introdução

Escriturar a transmissão da propriedade por valor menor ao efetivamente contratado é procedimento comum e regularmente utilizado no mercado imobiliário. De mecânica simplória, basta que os contratantes instrumentalizem a transação, de forma pública ou particular, declarando valor inferior ao real, efetuando o comprador o pagamento da diferença do preço por meio diverso daquele declinado no instrumento e objeto do recebimento e quitação pelo vendedor.

Essa divergência entre o preço real e o valor declarado corresponde ao *subfaturamento* da operação negocial, ilícito praticado no âmbito tributário mediante emissão de fatura parcial ou de valor menor ao efetivo preço de venda, com o objetivo de impedir a ocorrência do fato gerador ou de reduzir a base de cálculo do tributo.

No campo da prevenção e combate aos crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores o subfaturamento na transação imobiliária constitui *indício* da proveniência ilícita dos recursos utilizados na aquisição do bem ou, por outro lado, da possível destinação desses recursos para a prática dos crimes previstos na Lei nº 9.613/98 ou com eles relacionados.¹

De outra parte, além de caracterizar o subfaturamento e indicar a ilicitude dos recursos, a escrituração da venda por preço inferior ao contratado tipifica o crime de falsidade ideológica e invalida o ato viciado pela simulação, expondo o adquirente ao risco de redução patrimonial no caso de anulação do negócio por alegada lesão ou evicção de direito.

Muito embora inúmeras as motivações pessoais e econômicas sugeridas para a adoção desse procedimento, qualquer que seja essa motivação, o objetivo almejado será sempre a *fraude* ou a *sonegação fiscal* e a *lavagem* ou a *ocultação de bens, direitos e valores*.

Ocorre que ao subdeclarar o valor da transação, muitas vezes com a interveniência profissional ou participação de terceiros, os contratantes distanciam-se da legalidade, sem demonstrar pleno discernimento ou conhecimento dos riscos e das conseqüências jurídico-patrimoniais que daí poderão advir.

A prática do subfaturamento beneficiará exclusivamente ao adquirente do imóvel, a quem compete, salvo convenção em contrário, o pagamento das despesas e dos impostos incidentes sobre a transmissão, nos termos do art. 490 do Código Civil, quando tiver por objetivo a redução da base de cálculo do imposto sobre a transmissão imobiliária ou, ainda, a redução do montante das custas e emolumentos incidentes sobre a transação. Beneficiará exclusivamente ao vendedor sempre que tiver como objetivo a redução da base de cálculo do imposto sobre o lucro imobiliário, salvo ajuste para repasse parcial ao comprador sob a

¹ Resolução COAF nº 14, de 23 de outubro de 2006.

forma de desconto sobre o preço. Poderá, ainda, beneficiar a ambos, propiciando ao comprador alcançar seu objetivo de ocultar parcialmente os recursos utilizados para a aquisição e ao vendedor o aproveitamento da base de cálculo reduzida para a incidência do imposto sobre o lucro imobiliário.

Entretanto, independentemente de quem tenha auferido o benefício, estará caracterizado o conluio² e os contratantes serão considerados co-autores e igualmente responsabilizados pelas ilegalidades praticadas, juntamente com qualquer outro terceiro que, de algum modo, tenha participado, intervindo ou concorrido para a prática do subfaturamento.³

2 Da simulação e da falsidade ideológica

Como assinala Caio Mário da Silva Pereira,

o preço tem de ser sério, traduzindo a intenção efetiva e real de constituir uma contraprestação da obrigação do vendedor. Se for fictício, não há venda, porém doação dissimulada, aplicando o art. 167 do Código Civil, que determina a subsistência do negócio jurídico que se dissimulou, se válido na substância e na forma e não violar direito de terceiro. Se for irrisório, venda também não há, por que um contrato em que se presencia o contraste aberrante entre valor da coisa e o preço nega-se a si mesmo.⁴

De acordo com o artigo 167 do Código Civil considera-se simulado o negócio jurídico que contém declaração não verdadeira, podendo sua nulidade ser requerida por qualquer interessado no desfazimento do negócio, subsistindo o negócio dissimulado, se válido for na substância e na forma.

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

² Lei nº 4502/64, art. 73 – “ Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.”

³ Lei nº 8613/90, art. 1º “ Quem, de qualquer modo, inclusive por meio de pessoa jurídica, concorre para os crimes definidos nesta lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade.”

⁴ PEREIRA. Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 12.ed. Rio: Forense, 2006. v.3.

§ 2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado. (grifo nosso)

O subfaturamento enquadra-se na espécie de simulação relativa, pela qual pretendem as partes a realização do negócio, mas o fazem de forma a prejudicar direitos de terceiros ou em fraude à lei.

A simulação é produto de um conluio entre os contratantes, visando obter efeito diverso daquele que o negócio aparenta conferir. Não é vício do consentimento, pois não atinge a vontade em sua formação. É uma desconformidade consciente da declaração, realizada de comum acordo com a pessoa a quem se destina, com o objetivo de enganar terceiros ou fraudar a lei.⁵

Inobstante a invalidade jurídica decorrente da simulação, a referida conduta caracteriza também o crime de falsidade ideológica tipificado no artigo 299 do Código Penal.

Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular.

No caso, restará configurado o crime de falsidade ideológica, pela inserção em documento, de declaração "falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato jurídico relevante", ao qual é cominada a pena de reclusão de um a três anos, se o documento é particular, ou de um a cinco anos, quando o documento é público.

Os delitos de falso, inclusive os de falsidade ideológica, são, em geral, formais e não exigem a efetiva produção de dano, bastando que a conduta apresente-se capaz de produzir prejuízo a terceiro. O prazo de prescrição da ação, para o crime de falsidade ideológica, é de doze anos, conforme artigo 109, inciso III, do Código Penal.

3 Da sonegação de impostos e da fraude fiscal

Já dissemos que, sob qualquer motivação, os objetivos finais almejados pelos contratantes com o subfaturamento serão sempre a fraude ou sonegação fiscal e/ou a lavagem ou ocultação de direitos e valores.

⁵ GONÇALVES. Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.440.

O subfaturamento pode caracterizar a fraude fiscal, conceituada no art. 72 da Lei nº 4.502/64, como “toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, a evitar ou diferir o seu pagamento” ou, ainda, a sonegação fiscal, conceituada no art. 71 da lei citada como “toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária”, da “ocorrência do fato gerador da obrigação principal, sua natureza ou circunstâncias materiais” ou “das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou crédito tributário correspondente”.

Ao escriturar a transação por valor inferior ao real, os contratantes omitem, falseiam e fornecem elementos inexatos às autoridades fazendárias, com o objetivo de frustrar a cobrança e o recolhimento de tributos exigíveis, nos prazos previstos em lei, com infração à legislação tributária, ficando sujeitos às sanções pecuniárias daí decorrentes.

Dispõe o artigo 1º da Lei nº 8.137/90, que “constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo” mediante a omissão de informação, prestação de declaração falsa às autoridades fazendárias, inserção de elementos inexatos em documento exigido pela lei fiscal, emissão de documento que saiba ser falso ou inexato, entre outras condutas.

Igualmente, dispõe no artigo 2º, que constitui crime da mesma natureza “fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo”.

Portanto, ao permitir a sonegação de impostos, a atividade aqui tratada caracteriza os crimes previstos nos artigos 1º e 2º da Lei 8.137/90, que define crime contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, pela intenção dolosa de suprimir ou reduzir tributo, presentes o elemento subjetivo do tipo penal – intenção de não pagamento – e o elemento objetivo – exigibilidade do tributo.

Configurada a fraude fiscal, as partes contratantes e terceiros participantes da operação estarão sujeitos à pena de reclusão de dois a cinco anos, para as condutas definidas no artigo 1º e de seis meses a dois anos de detenção para a conduta acima definida no artigo 2º.

Além de toda a responsabilidade civil e criminal, do ponto de vista econômico, poderão arcar com multas de mais de duzentos por cento calculadas sobre a totalidade ou diferença de imposto, além do pagamento do principal, com os acréscimos legais.

O adquirente ficará sujeito, também, ao aumento da carga tributária futura em razão da escrituração e correspondente declaração da aquisição do bem por valor inferior ao efetivamente pago, o que resultará na apuração de maior lucro imobiliário por ocasião da alienação do mesmo bem.

4 Da lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores

O crime da lavagem de dinheiro caracteriza-se por um conjunto de operações comerciais ou financeiras que buscam a incorporação na economia de cada país, de modo transitório ou permanente, de recursos, bens ou valores, de origem ilícita. À conduta que busca a regularização e legalização de dinheiro obtido em atividades ilícitas, com o objetivo de introdução desses recursos na economia formal dá-se o nome de lavagem de dinheiro.

Do subfaturamento da operação imobiliária, por possibilitar a ocultação de parte dos recursos utilizados para a transação, restará configurada a lavagem de dinheiro se esses recursos tiverem por origem operações anteriores consideradas criminosas ou, ainda, se esses mesmos recursos estiverem destinados à realização ou participação nessas atividades.

De acordo com o item 8 do anexo à Resolução nº 14/2006 do Conselho de Controle das Atividades Financeiras (COAF), transações com aparente superfaturamento ou subfaturamento de imóveis estão entre as operações que podem constituir-se em indícios da prática dos crimes previstos na Lei nº 9.613/98 ou com eles relacionados.

A referida lei define condutas que constituem crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, dentre eles, “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime” de tráfico de entorpecentes ou drogas afins, terrorismo e seu financiamento, contrabando ou tráfico de armas, munições etc., extorsão mediante seqüestro, crimes contra a administração pública, sistema financeiro nacional, praticado por organização criminosa ou por particular contra a administração pública estrangeira.

A lei estipula a pena de três a dez anos de reclusão e multa, incorrendo nas mesmas penas quem contribui para transformar em ativos lícitos os recursos oriundos daquelas atividades criminosas, bem como aquele que utiliza esses bens, direitos ou valores que sabe provenientes dos crimes antecedentes referidos, na atividade econômica ou financeira.

5 Da lesão e da evicção de direito

Além de praticar ou compactuar com práticas criminosas como a falsidade ideológica, a sonegação tributária, a fraude fiscal, e, eventualmente, a lavagem e ocultação de direitos e valores, e de ficar sujeito à nulidade do negócio jurídico por simulação, com todas as conseqüências civis e criminais daí decorrentes, o adquirente fica sujeito a severos prejuízos patrimoniais.

A evicção ocorre quando o adquirente perde a posse, o uso ou a propriedade do bem, por sentença judicial em conseqüência de vício precedente ao contrato que o conferira ao comprador.

Dispõe o Código Civil, no art. 450 que, nos contratos onerosos, pelos quais se transfere o domínio, posse ou uso, será o alienante obrigado a resguardar o adquirente dos riscos da evicção, toda vez que não se tenha excluído expressamente essa responsabilidade.

Com a perda judicial da coisa, tem o adquirente, nos limites da lei, a faculdade de voltar-se contra o alienante para exigir que este restitua integralmente o preço pago, mais as despesas com o contrato, honorários de advogado e custas judiciais na ação que lhe impôs a evicção

O preço, dispõe o parágrafo único do mesmo artigo 450, “seja a evicção total ou parcial, será o do valor da coisa, na época em que se eventueu, e proporcional ao desfalque sofrido, no caso de evicção parcial”

Ocorre que a restituição do preço pago será pleiteada em ação própria – indenizatória, com os documentos comprobatórios exigidos, dentre os quais o instrumento particular ou público da transação, de forma que o valor da indenização requerida será o valor lançado no instrumento e não aquele efetivamente pago pelo adquirente.

Visto que, na simulação maliciosa, as pessoas que participam do ato estão movidas do propósito de violar a lei ou prejudicar alguém, não poderão arguir o defeito, ou alegá-lo em litígio de uma contra a outra, pois o direito não tolera que alguém seja ouvido quando alega a própria má-fé.⁶

De outro lado, o Código Civil Brasileiro considera defeito do negócio jurídico, anulável, portanto, o contrato firmado por pessoa sob premente necessidade, ou inexperiente, que se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.⁷

Ao defeito acima, dá-se o nome de lesão. A lesão decorre do enriquecimento sem causa de uma das partes em detrimento de outra parte contratante que receberá valor inferior aos valores vigentes ao tempo da celebração do negócio, ou será obrigado a pagar um valor abusivo.

Na lição de Caio Mário da Silva Pereira,⁸ lesão é “o prejuízo que uma pessoa sofre na conclusão de um ato negocial, resultante da desproporção existente entre as prestações das duas partes”.

A doutrina distingue a lesão em *lesão enorme*, quando o bem objeto do contrato vale o dobro do preço pago, fundada na injustiça do contrato em si, como defeito objetivo do contrato e *lesão enormíssima*, quando essa desproporção atinge dois terços do valor real do bem, fundada no dolo com que se conduz aquele que tira proveito desarrazoado do negócio jurídico.

A lesão qualificada “ocorre quando o agente, premido pela necessidade, induzido pela inexperiência ou conduzido pela leviandade, rea-

⁶ PEREIRA. Caio Mario da Silva. 2006. p. 460.

⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

⁸ PEREIRA. 1974. p. 470.

liza um negócio jurídico que proporciona à outra parte um lucro patrimonial desarrazoado ou exorbitante da normalidade.”

O item II, do art. 171 do Código Civil é bastante claro, ao dispor que “além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico [...] por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.”

Ainda em conformidade com o art. 177 do CC, “a anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade.”

Conclusão

Resta claro que esses riscos jurídicos e patrimoniais a que estão sujeitos os participantes da operação de transmissão de propriedade imobiliária subfaturada nem sempre são conhecidos ou devidamente sopesados pelos contratantes. De um lado, as autoridades fazendárias dispõem atualmente de um complexo sistema de cruzamento de dados financeiros e fiscais que permitem a detecção de movimentações atípicas de recursos, facilitando a descoberta de fraudes fiscais, financeiras e econômicas. Para tanto, os serventuários da justiça, responsáveis por Cartório de Notas, de Registro de Imóveis e de Títulos e Documentos, estão obrigados a fazer comunicação a Secretaria da Receita Federal, através da Declaração sobre Operações Imobiliárias, dos documentos lavrados, anotados, matriculados, registrados e averbados em seus cartórios e que caracterizem aquisição ou alienação de imóveis, realizada por pessoa física ou jurídica, independentes do valor declarado pelas partes ou utilizado para o cálculo dos impostos incidentes sobre a transmissão de bens imóveis, assim como, as pessoas jurídicas que fazem o trabalho de intermediação das transações imobiliárias estão obrigadas a informar ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) todas as transações excedentes a cem mil reais.

De outro lado, por conta da evicção de direito e do instituto da lesão, são enormes os riscos patrimoniais a que se expõem os adquirentes ao admitir a escrituração da operação por valor menor que o efetivamente contratado.

Portanto, apartados os casos de efetiva lavagem de dinheiro e ocultação de valores, podemos concluir ser mais conveniente e prudente que os contratantes procurem aproveitar melhor as possibilidades de isenção do imposto sobre o lucro imobiliário, bem como as possibilidades legais de redução da base de cálculo previstas na Lei nº 11.196/2005.⁹

⁹ Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005.

Referências

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v.1.

Idem. **Instituições de Direito Civil**. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v.3.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

Legalidade da capitalização de juros em contratos de mútuo habitacional

Delmar Reinaldo Both

*Advogado da Caixa no Rio Grande do Sul
Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Instituto
de Desenvolvimento Cultural - IDC/RS*

RESUMO

Este trabalho aponta, utilizando interpretação sistemática, inconsistência da posição contrária à capitalização de juros nos contratos de financiamento habitacional. Demonstra a incoerência de exigir pagamento de juros capitalizados na captação de recursos pelo sistema bancário, enquanto se proíbe sua cobrança quando são aplicados na concessão de empréstimos habitacionais. Defende o direito adquirido do credor à remuneração integral do capital, em respeito ao ato jurídico perfeito. Aponta que as normas protetivas se destinam a favorecer os mutuários e não a impor ônus adicional aos agentes financeiros. Esclarece o papel da correção monetária na formação da noção de usura relacionada à capitalização dos juros. Deduz que a amortização negativa não resulta da vontade do credor, mas de condição imposta por lei, e que esta não pode impingir-lhe situação economicamente inferior àquela que o obrigara a aceitar quando da contratação do mútuo, impedindo a devolução integral do capital.

Palavras-chave: Anatocismo. Capitalização de juros. Mútuo habitacional. Usura.

ABSTRACT

This work shows, by systematic interpretation, inconsistency of posture against the conversion of not paid interests into capital on housing financing contracts. It demonstrates that is illogical to require capitalized interests payment when banks get investments but disallow them to charge it when money is borrowed. It defends acquired right of the creditor *in* getting integral return of his capital. It points the protective laws have to help debtors not to prejudice creditors. It makes clear the role of capital indexation on the notion of usury related to conversion of not paid interests into capital. It deduces that interests that are not paid by legal protection not creditor desire can not cause partial devolution of the borrowing.

Keywords: Usury. Capitalization. Convert interests into capital.

Introdução

A proibição da capitalização mensal de juros nos contratos de mútuo com destinação econômica assenta-se na literalidade da Lei de Usura (Decreto-Lei 22.626/33) e na Súmula 121 do STF, além de estar expressamente regulada no art. 591, do Código Civil de 2002, que a autoriza apenas em periodicidade anual. A regra, entretanto, não é indiscriminadamente aplicada no Sistema Financeiro Nacional, havendo autorizações expressas em legislações de regulamentação da emissão de títulos decorrentes de contratos de crédito específicos.

O que se nota, a propósito do tema, é uma tendência gradativa de liberação a partir de meados da década de 60, notadamente após a instituição dos mecanismos de correção monetária, incidentes tanto sobre contas de depósito remunerado, como as de poupança, quanto sobre contratos de mútuo com longos períodos de amortização, como os empréstimos habitacionais.

De outra parte, as principais restrições, como a Lei de Usura e a Súmula 121, datam de período anterior. O art. 591 do Código Civil, de 2002, fugindo a essa regra, é posterior, mas praticamente repete o disposto na parte final do art. 4º da Lei de Usura.

Outro marco importante na compreensão do problema encontra-se na publicação da Lei 4.595/64, que instituiu o Sistema Financeiro Nacional, excluindo a incidência da Lei de Usura sobre as taxas de juros e demais encargos cobrados pelos bancos, como restou reconhecido pela Súmula 596 do STF. Menciona-se, ainda, o fato de que a capitalização de juros integra a remuneração das contas de poupança e contas vinculadas do FGTS, que também tem seus depósitos corrigidos monetariamente.

O tratamento diferenciado dado a diversos contratos celebrados no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, ora permitindo expressamente a capitalização mensal de juros, ora vedando, é objeto de apreciação deste trabalho, que propõe uma abordagem sistemática do tema, buscando uma uniformização de critérios que ultrapasse a mera interpretação literal dos dispositivos legais, para tentar estabelecer uma análise lógica do que seja o anatocismo que a lei pretende coibir, em comparação com as práticas universalmente aceitas no mercado financeiro.

1 Hipóteses de anatocismo no SFH

O surgimento de distorções decorrentes do achatamento salarial ocorrido na época de inflação elevada, assim como seus efeitos sobre os contratos vinculados ao Plano de Equivalência Salarial (PES), trouxe para a pauta de discussões relativas aos contratos habitacionais uma ampla gama de controvérsias, a partir da necessidade dos mutuários de fazer frente ao risco de perda dos imóveis, na medida em que a defasagem de

seus salários dificultava-lhes sobremaneira a manutenção da pontualidade e da adimplência às obrigações mensais.

Dessas controvérsias destaca-se, por sua importância e pelas discussões que ainda são travadas a respeito, o questionamento acerca da possibilidade de existência de anatocismo, ou capitalização de juros, nos contratos de financiamento habitacional, registrando-se as diversas hipóteses que serão adiante analisadas.

O anatocismo, dada a sua origem repulsiva, foi procurado nos contratos habitacionais como justificativa necessária para embasar as ações revisionais, formulando-se variadas hipóteses em que poderia ocorrer, das quais algumas mais bem elaboradas tecnicamente do que outras, mas todas suficientemente complexas para suscitar a necessidade de produção de prova pericial, acrescentando um ingrediente capaz de estender no tempo a fase de instrução e fomentar discussões e polêmicas capazes de permitir o trânsito dos feitos por todos os níveis do judiciário.

Na verdade, a justificativa do anatocismo foi buscada mais como possibilidade de estabelecer e manter uma longa controvérsia, do que pelo eventual benefício financeiro, posto que o problema maior estava relacionado à capacidade de pagamento dos contratantes, afetada, no mais das vezes, por perda de renda resultante do aumento nos níveis de desemprego que se seguiu ao período de incremento da taxa inflacionária. O pano de fundo, portanto, de tantas controvérsias, era mais social do que propriamente jurídico ou técnico-financeiro.

O resultado desse período ainda é sentido no âmbito do judiciário, notadamente nas varas e tribunais federais, que acabaram por concentrar o maior número de demandas, em razão dos efeitos mencionados serem particularmente mais danosos em relação à população que recorreu aos financiamentos lastreados em recursos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), cuja esmagadora maioria foi concedido pela Caixa Econômica Federal, ou acabou sendo por ela absorvido em operações de cessão de crédito, utilizadas no pagamento pelos bancos privados das obrigações de restituição dos montantes tomados ao FGTS.

Embora existam alegações esparsas nas quais outras hipóteses de anatocismo são levantadas, as que encontraram amparo em argumentações tecnicamente mais bem elaboradas, constituindo-se nas mais freqüentemente utilizadas, muitas vezes de forma cumulativa, são as que a seguir serão analisadas.

1.1 Decorrente do sistema de amortização

Registra-se, nessa hipótese, que é uma das mais freqüentes nas ações revisionais do SFH, uma inconformidade contra a aplicação da Tabela Price, alegando-se que a sua fórmula, da qual fazem parte operações de potenciação aplicadas sobre a taxa mensal de juros, seria causadora de

capitalização, eis que a operação matemática da potenciação resulta de multiplicações sucessivas, tal como se descreve a apuração de juros compostos, ou capitalizados.

A discussão dessa hipótese foi levada a níveis de polêmica inimagináveis, cogitando-se análises matemáticas da fórmula do eminente cientista inglês com tal profundidade que resultaram na publicação de livros e num debate acalorado em seminários e cursos, que se estende até os dias de hoje.

Não é objeto desse trabalho a apreciação detalhada das razões matemáticas de uma ou outra corrente formada em tal discussão. Não porque tenham deixado de ter aplicação aos feitos ainda hoje ajuizados, mas pela singela constatação de que a Tabela Price, seja qual for a particularidade de sua fórmula matemática, não é capaz de ocasionar a famigerada capitalização de juros, em razão de que ela não interfere no montante de juros que é cobrado ao longo da amortização do contrato, esgotando a sua função no cálculo da primeira prestação.

Ela é apenas um instrumento matemático colocado a serviço dos contratantes para o cálculo da prestação constante a ser aplicada no Sistema Francês de Amortização. Cabe questionar, portanto, do ponto de vista jurídico, se o Sistema Francês (e não a Tabela Price), ao cobrar prestações constantes, pode ocasionar a capitalização de juros. O mesmo questionamento é válido para os demais sistemas de amortização aplicados ao SFH, vale dizer, também o SAC e o SACRE principalmente.

Em primeiro lugar, é importante constatar que qualquer que seja o sistema de amortização utilizado, se houver a previsão de que o pagamento seja feito em parcelas mensais de amortização e juros, como exige a legislação de regência do SFH, a simples aplicação desse método não é capaz de ocasionar o anatocismo.

A propósito do tema, transcreve-se trecho de entrevista concedida pelo Prof. Edson Queiroz Penna, autor do livro *Tabela Price e a Inexistência de Capitalização* e perito atuante junto à Justiça Federal em processos relativos à revisão de contratos do SFH, à revista Boletim ADVOCEF, nº. 54. Assim se pronuncia o eminente especialista:

A capitalização e a amortização são dois institutos diferentes e não devem ser confundidos. O primeiro transmite a idéia de acúmulo, acréscimo, aumento, enquanto amortização significa o processo inverso, redução, extinção pouco a pouco. Na capitalização os juros são agregados ao capital e sobre eles incidem novos juros. Na amortização os juros são pagos juntamente com a parcela do capital. A matemática, através do conceito de taxa efetiva, mede da mesma forma tanto o pagamento dos juros como a sua incorporação ao capital. Mas, sendo pagos, os juros não se incorporam ao capital, conseqüentemente não há incidência de juros sobre juros, que é o que proíbe o art. 4º do Decreto 22.626/33.

Entendemos que a discussão deveria cingir-se à forma como os juros são calculados e pagos. Se pagos integralmente, não ferem a norma jurídica. Se incorporados ao saldo devedor (o que é possível não pela utilização da Tabela Price, mas pela existência de dois indexadores diferentes, um para o reajuste da prestação e outro para a atualização do saldo devedor), são contrários à legislação.¹

Os sistemas de amortização que contemplam o pagamento do empréstimo em prestações mensais têm como premissa técnica de consistência, ou seja, de capacidade de alcançar o objetivo proposto, que a cada prestação sejam pagos os juros incorridos no período e, adicionalmente, parte do capital seja devolvido (amortizado).

É preciso lembrar, entretanto, que a correção monetária e os planos de proteção à renda do assalariado que adquire um imóvel financiado não fazem parte do sistema de amortização. Seus efeitos interferem na perfeita execução da fórmula matemática do sistema escolhido, distorcendo sua execução e, por vezes, comprometendo o alcance de seu objetivo.

É o caso, portanto, de atribuir corretamente a responsabilidade das distorções capazes de ocasionar a capitalização de juros, as quais decorrem de fatores estranhos aos sistemas de capitalização e não de suas fórmulas originais.

De fato, a execução dos sistemas de amortização em pagamentos mensais ocorre da seguinte forma:

- a) o capital é corrigido monetariamente e acrescido dos juros incidentes entre a tomada do empréstimo e o vencimento atual;
- b) desse montante é descontada a prestação paga pelo tomador, restando o saldo que servirá de base de cálculo para os juros do período seguinte;
- c) o procedimento é repetido no vencimento seguinte, tomando por base o saldo remanescente, novamente realizando-se a correção monetária e o cálculo dos juros incorridos desde o último pagamento.

Se o sistema de amortização é consistente, como dito anteriormente, a prestação deverá ser suficiente para a quitação dos juros e de parcela do capital emprestado, impedindo que venham a ser calculados juros sobre valor resultante dos juros anteriormente acrescidos.

Há, portanto, uma impossibilidade técnica de que a fórmula do sistema de amortização venha a causar a capitalização de juros, tendo-se essa alegação como destituída de fundamento fático. Na maior parte das vezes em que é feita, resulta de desconhecimento do mecanismo matemático dos sistemas de amortização, mas não se descartam as vezes em que é utilizada conscientemente apenas para justificar uma pretensão revisão contratual que não encontra outro motivo válido.

¹ PENNA, Edson Queiroz. **Boletim ADVOCEF**. n. 54, Porto Alegre, ago.2007. p. 6-7

1.2 Em razão dos juros efetivos

Uma outra alegação freqüente nas ações revisionais de contratos do SFH é de que a menção à taxa efetiva de juros demonstra que são cobrados juros compostos, ou capitalizados, em desacordo com a legislação.

Nada mais afastado da realidade, porém. Ao se analisar as planilhas demonstrativas dos pagamentos feitos no decorrer da amortização dos empréstimos habitacionais, nas quais são lançados os valores mensalmente cobrados a título de juros e amortização, constata-se que os juros resultam da aplicação simples da taxa mensal contratada. Essa taxa mensal é obtida pela divisão da taxa anual por doze, o que equivale a dizer que, para obtermos a taxa anual a partir dela, teríamos que fazer uma multiplicação simples e não uma potenciação, como ocorreria no caso de juros compostos.

Citando mais uma vez a entrevista do Dr. Edson Queiroz Penna:

A Matemática, através do conceito de taxa efetiva, mede da mesma forma tanto o pagamento dos juros como a sua incorporação ao capital. Mas, sendo pagos, os juros não se incorporam ao capital, consequentemente não há incidência de juros sobre juros, que é o que proíbe o art. 4º do Decreto 22.626/33. Entendemos que a discussão deveria cingir-se à forma como os juros são calculados e pagos. Se pagos integralmente, não ferem a norma jurídica. Se incorporados ao saldo devedor o que é possível pela existência de dois indexadores diferentes, um para reajuste da prestação e outro para atualização do saldo devedor, são contrários à legislação.²

De fato, há a informação da taxa efetiva de juros nos contratos de financiamento habitacional, mas não a aplicação dessa taxa no cálculo dos encargos mensalmente pagos.

A menção à taxa efetiva de juros atende tão somente a uma formalidade dos contratos celebrados no âmbito do SFH, exigida pela Resolução 235/72 do BACEN, não significando, portanto, a aplicação de juros compostos ao contrato.

Mais uma vez, então, podemos atribuir os motivos de tal alegação prioritariamente ao desconhecimento técnico das operações matemáticas efetuadas para a cobrança dos encargos mensais, mas sem desconsiderar as vezes em que atende apenas ao intuito de lançar o maior número possível de questionamentos de natureza técnica sobre o contrato para viabilizar o requerimento da prova pericial e com isso prolongar o andamento processual.

² PENNA, Edson Queiroz. 2007. p.6-7.

1.3 Por efeito da amortização negativa

A amortização negativa é um efeito indesejado dos planos de equivalência salarial e de comprometimento de renda, pelo qual o valor da prestação mensal, depois de seguidos reajustes em percentual significativamente menor do que os efetuados no saldo devedor, torna-se insuficiente até mesmo para a liquidação da parcela de juros do período, deixando de realizar qualquer amortização do valor emprestado.

O inadimplemento parcial dos juros convencionados, entretanto, não ocasiona mora do devedor, pois resulta de disposição legal protetiva e não de sua vontade. De outra parte, porém, o credor que se vê privado do recebimento integral dos juros contratados, também não pode acrescentar ao saldo devedor os juros impagos, ou haveria o anatocismo, cuja prática é vedada.

Esse é o ponto crucial de toda a controvérsia sobre a legalidade da capitalização dos juros nos contratos de mútuo celebrados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação.

Há que se reconhecer, em primeiro plano, que o fato da prestação ter-se tornado insuficiente para a quitação dos juros resulta de uma distorção do sistema e não de uma disposição contratual, ou da vontade de qualquer um dos contratantes.

Constatada a origem anômala do fato, cabe questionar-se acerca da adequação de fazer incidir sobre ele uma norma de natureza genérica, que se destina a coibir o abuso, a usura, e tem origem em uma época na qual as relações jurídicas sobre as quais hoje se reclama sua incidência inexistiam e suas anomalias não poderiam sequer ser imaginadas.

A natureza insólita da combinação de uma legislação tão antiga a relações jurídicas que sofreram efeitos de fatores externos à vontade das partes e decorrentes de uma situação econômica imprevisível, a qual acrescentou elementos fáticos e jurídicos novos, com reflexos significativos na execução contratual, deve servir para, no mínimo, aconselhar cautela na interpretação e aplicação da norma, atentando-se para as peculiaridades relativas ao momento histórico dos fatos e ao sistema jurídico atual.

A interpretação literal do dispositivo, tal como tem sido adotada, demonstra certo descuido com a hermenêutica, desconsiderando todo o arcabouço fático envolvido na construção da hipótese posta em julgamento, assim como despreza o conjunto de normas jurídicas que regulamenta o sistema financeiro, no qual se inserem as relações jurídicas controvertidas.

Como dito acima, a ocorrência da amortização negativa nos contratos de financiamento habitacional é uma anomalia, que tem lugar somente em época de inflação elevada e como consequência do mecanismo de correção monetária. O efeito é resultante da aplicação de correção mensal ao valor do saldo devedor enquanto as prestações são rea-

justadas em períodos maiores, de até um ano, e em percentuais que nem sempre são capazes de repor a inflação que originou a correção do saldo.

A correção do saldo em um mês no qual a prestação não sofra reajuste faz com que os juros sejam substancialmente maiores em relação ao valor que será utilizado para o pagamento do encargo mensal, diminuindo sua capacidade de amortização e transferindo para o mês seguinte um saldo devedor de valor real maior, o que servirá para agravar ainda mais esse efeito na próxima ocasião. A repetição do mecanismo em meses seguidos proporciona um círculo vicioso, no qual o valor subestimado da prestação amortiza menos e, exatamente por isso, realimenta a defasagem ao incidir a nova correção do saldo devedor sobre um valor ainda mais alto do que normalmente deveria ocorrer se mantida a proporção inicialmente prevista pelo sistema de amortização.

Essa anomalia não poderia ser prevista pelo legislador ao produzir a Lei de Usura, pois, nem muito tempo depois, a extensão de seus efeitos danosos foi percebida, tanto que o mecanismo de compensação das possíveis distorções criadas pela aplicação da correção monetária em período diferente dos reajustes das prestações, vale dizer o Fundo de Compensação das Variações Salariais, tornou-se insignificante ante a sua magnitude.

Esse fato só corrobora a necessidade de se ter cuidado ao aplicar aquele diploma legal de forma literal a uma situação tão dissociada daquelas que se pretendia regular quando da sua publicação.

A incidência de uma norma sobre fato tão dissociado da realidade sobre a qual ela foi concebida deve ser feita com muito cuidado, ou corremos o risco de não realizar materialmente o direito, mas apenas no seu aspecto formal.

Um efeito imprevisto, e por todos indesejado, não pode ser confundido com uma estipulação maliciosa de condições favoráveis à parte economicamente mais forte. Um dos elementos indispensáveis à caracterização da usura está na prevalência econômica de uma das partes sobre a outra, o que leva o contrato a um desequilíbrio que rompe com o sinalagma, viciando a manifestação de vontade do economicamente mais fraco.

A amortização negativa que ocorre nos contratos de financiamentos habitacionais não tem essa característica, não é produto da prevalência da vontade de uma das partes contratantes, portanto, não pode ser considerada usura, mas produto de condições imprevistas, que afetam de forma danosa o pacto firmado entre as partes, rompendo com o equilíbrio indispensável à solução da equação financeira do contrato.

Cabe questionar, a partir de tais constatações, se a capitalização de juros que decorre do fenômeno da amortização negativa deve ou não ser coibida como a usura condenada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

O fato a ser considerado, mais do que a simples constatação de que os juros são efetivamente capitalizados, é se esse efeito resulta da imposição de vantagem ilícita por uma das partes. E ainda, se essa capitalização de juros representa vantagem para a parte beneficiada, consideradas as condições em que se encontra o cumprimento das cláusulas contratadas, ou em que medida a realidade atual do contrato corresponde às expectativas das partes no momento do seu ajuste inicial.

A boa técnica aconselha a considerar o fato sobre o qual irá incidir a norma jurídica no seu contexto social e, no caso, econômico. Ao desconhecer a realidade presente, tanto nos seus aspectos meramente fáticos, quanto na inserção da norma no arcabouço jurídico do sistema financeiro, corre-se o risco de produzir decisões que não realizam o direito além da mera formalidade e contrariando a finalidade para a qual a própria lei fora criada.

2 O anacronismo da proibição à capitalização de juros decorrente da amortização negativa

Ao se eleger a amortização negativa como alvo da proibição à capitalização de juros insculpida na Lei de Usura, apenas pelo fato de que essa anomalia dos contratos de financiamento habitacional proporciona a incorporação de juros impagos ao saldo devedor, ignorando deliberadamente que a realidade do sistema financeiro contempla inúmeras ocorrências similares, as quais não são coibidas, é uma posição no mínimo anacrônica.

De fato, há inúmeros casos em que a capitalização de juros não é apenas tolerada, mas exigida, sob o mesmo argumento de justiça que motiva a sua condenação nesse caso em especial.

O que parece orientar essa condenação, mais do que a adequação lógica ao sistema jurídico, é a presunção de que as instituições financeiras têm uma natureza predatória, como se se tratasse de algo instintivo, de uma imposição genética. É como se um banco não pudesse fazer negócios sem obter vantagem ilícita, como se fosse decorrência lógica da natureza dessas empresas a exploração de seus clientes, os quais, em contrapartida, seriam sempre ingênuos, ou sempre estivessem em situação de hipossuficiência em relação às instituições financeiras.

É um fenômeno que se assemelha ao que acomete os contratos de adesão, que deixaram de ter seu conceito associado à noção de padronização para serem relacionados à idéia de abuso, como se resultassem sempre de uma imposição e não de mera repetição de uma situação jurídica. De fato, não há relação necessária entre a adesão a termos padronizados de negócio e abuso, assim como também não decorre naturalmente da natureza dos negócios celebrados no âmbito do sistema financeiro o favorecimento ilícito da instituição em detrimento de seus clientes. Estes, porém, são preconceitos bastante difundidos e bem acei-

tos: um contrato de adesão sempre oculta uma armadilha e os bancos sempre oneram ilicitamente seus clientes.

Tais (pre)conceitos beneficiam apenas uma profusão de ações revisionais, onde instruem argumentações engendradas de forma aparentemente coerente do ponto de vista técnico e até jurídico, mas que ocultam a necessidade de seus autores de obter condições mais favoráveis para o cumprimento das obrigações lícitamente contratadas, ou mesmo o desejo inconfessado de se furtarem ao pagamento integral de seus débitos.

No caso específico dos contratos de financiamento habitacional, a natureza benéfica do SFH, que foi criado para possibilitar o acesso ao direito de moradia aos extratos menos favorecidos da população, ajuda a fomentar a idéia de que os mutuários estejam inexoravelmente sujeitos à malícia “inerente” aos negócios conduzidos pelas instituições bancárias.

O mesmo raciocínio, relativamente à correlação de forças existente entre os bancos e seus clientes, impede que haja questionamento quanto à legalidade da capitalização de juros corriqueiramente praticada em favor dos supostos economicamente hipossuficientes, como acontece, por exemplo, em relação aos depósitos em cadernetas de poupança ou às aplicações em fundos de investimentos.

A desconsideração de que o sistema financeiro como um todo, não só no Brasil, mas no mundo todo, opera com a prática generalizada de juros capitalizados, para buscar em interpretação literal de um dispositivo já dissociado da realidade presente, constitui anacronismo, para dizer o mínimo, pois em grande parte das demandas o que se nota é uma proposital distorção que beira à má-fé, cujo intuito é marcadamente procrastinatório e não raras vezes oculta verdadeiro oportunismo.

Embora se revistam de argumentos supostamente jurídicos, as demandas que atacam a capitalização de juros alardeando sua irrestrita proibição não resistem a uma interpretação criteriosa das normas que regulam o sistema financeiro, desconsideram fatos notórios e encontram eco apenas em interpretações distorcidas pelos preconceitos acima identificados.

Faz-se necessário identificar os fatores que proporcionam o predomínio de interpretação tão distorcida do sistema jurídico vigente e dos fatos característicos dos negócios celebrados pelo mercado financeiro, para evitar que continue a prevalecer tamanha incoerência.

2.1 Efeito da correção monetária capitalizada

O primeiro fato notório a ser considerado na avaliação da ilegalidade da capitalização de juros no Sistema Financeiro da Habitação é a constatação de que a correção monetária não sofre qualquer restrição à aplicação cumulada de seus efeitos no reajustamento dos valores contratados, mesmo quando os percentuais de aplicação mensal alcancem

montantes tão significativos quanto os ocorridos no final da década de 1980. Naquela época, registre-se, houve meses em que o percentual de correção monetária equivalia a diversos anos de aplicação dos juros remuneratórios estabelecidos nos contratos de financiamentos habitacionais.

O exemplo mais contundente vem do período imediatamente anterior ao Plano Collor, no final do governo do presidente José Sarney, quando o índice de correção monetária chegou a astronômicos 84,32% em um único mês.

Não há coerência em se proibir a capitalização de juros mensais de menos de 1% enquanto se pode livremente capitalizar a incidência de correção monetária superior a 80% no mesmo período.

O efeito da capitalização de juros de 1% ao mês ao cabo de um ano é o de alterar o montante acumulado de juros de 12% para 12,68%, enquanto a correção monetária de 20% ao mês passaria de 240% para 791,61%. Comparando com dados reais, o INPC, calculado pelo IBGE, em 1989, alcançou percentuais mensais que somados (= juros simples) atingiram 347,3% e acumulados (= juros compostos ou capitalizados) representavam 1.863,56%.

O efeito da capitalização, portanto, torna-se muito mais significativo quando os percentuais acumulados são elevados. Daí a incoerência de se coibir a capitalização de juros, que no Sistema Financeiro da Habitação jamais ultrapassam os 12% ao ano, enquanto se aplica livremente a correção monetária de forma cumulativa.

Na verdade a correção monetária surgiu como resposta às taxas crescentes de inflação da década de 1960, indexando os títulos públicos (ORTN) para torná-los imunes à corrosão do valor da moeda e assim garantir a rentabilidade necessária à sua comercialização, assegurando uma fonte de recursos significativa para financiar o desenvolvimento desejado pelo governo da época.

O mecanismo da correção monetária, justificando-se na necessidade de garantir o valor real do contrato ao mesmo tempo em que mantinha a taxa de juros remuneratórios em patamares civilizados, serviu na verdade para mascarar o impacto da escalada inflacionária sobre o mercado financeiro. Caso não tivesse sido criada, seríamos confrontados com taxas de juros astronômicas, com um impacto indesejado na opinião pública, que reagiria negativamente, exigindo providências para a baixa dos juros. Imagine-se, por exemplo, a repercussão da contratação de juros mensais na casa dos 30% ou 40% em empréstimos de médio e longo prazos.

Criou-se, então, uma dicotomia entre a correção monetária e os juros, afirmando que havia uma diferença entre o percentual que alterava o valor do dinheiro até o patamar em que recuperava o desgaste provocado pela inflação e o que ultrapassava esse limite. Passou-se a acreditar que o primeiro, mesmo com efeito muitas vezes mais signifi-

cativo, era inofensivo, enquanto o segundo, de repercussão bem menor, era pernicioso.

Na verdade, o efeito dos dois fatores é rigorosamente o mesmo: alterar o valor inicialmente fixado, assegurando rentabilidade ao aplicador do dinheiro. Esse efeito era inicialmente obtido através de um único percentual, o dos juros remuneratórios, que serviam para cobrir os custos de captação, as despesas administrativas, a desvalorização monetária e proporcionar uma margem de lucratividade ao aplicador. Como esse percentual único vinha se tornando progressivamente maior, em face da escalada da inflação, criou-se o mecanismo da correção monetária para camuflar a taxa exorbitante de juros, afastando as previsíveis alegações de usura financeira.

O artifício revelou-se altamente eficaz, a ponto de se aceitar como natural e justificável, não só a taxa exorbitante, como a famigerada capitalização de juros, ambas tradicionalmente condenadas.

Pois bem, com a criação da correção monetária, a capitalização tornou-se prática corriqueira no mercado financeiro brasileiro, mas estranhamente continuou sendo repudiada apenas em relação a algumas ocorrências de menor significado, enquanto em outros inúmeros casos é tolerada, ou melhor, exigida a sua prática.

2.2 Interpretação sistemática do sistema financeiro nacional

Em todo sistema financeiro, a onerosidade é pressuposto dos contratos de captação e aplicação de recursos. Toda aplicação de dinheiro tem como premissa básica que, enquanto o recurso permanecer na posse do tomador, serão devidos juros na proporção contratada.

Quando uma instituição financeira capta recursos de poupadores, que serão adiante ofertados a quem deles necessitar para financiar sua atividade econômica, paga juros de forma capitalizada, na medida em que não o faça a cada período de apuração.

O exemplo mais corriqueiro dessa operação é o da caderneta de poupança. Se o poupador não retira da conta os valores auferidos por conta da correção monetária e dos juros, creditados mensalmente, esse montante é imediatamente integrado ao capital, rendendo novos juros e acréscimo pela correção monetária no mês seguinte. Vale dizer, o credor tem a prerrogativa de decidir se quer receber os juros a cada período de apuração, ou se quer que sejam capitalizados. Não há a contratação de um prazo para o resgate para a aplicação em poupança, pois o interesse da instituição financeira ao captar tais recursos é o de mantê-los circulando no mercado pelo prazo máximo possível, durante o qual estarão gerando resultados econômicos, dentre os quais o lucro da própria instituição financeira.

De outra parte, ao realizar a aplicação desses recursos no mercado, por meio de empréstimos concedidos aos tomadores, que buscam meios

financeiros para viabilizar sua atividade econômica ou para a aquisição de bens, as instituições financeiras estabelecem regras de remuneração equivalentes àquelas que praticam na captação, para manter o equilíbrio necessário à viabilidade de sua função de intermediários do fluxo de capitais.

A aplicação dos recursos captados dos poupadores é feita com a condição de que sejam devolvidos de forma parcelada, com o acréscimo de juros e correção monetária, no prazo contratado. Por esse mecanismo, os juros não chegam a ser capitalizados, porque são integralmente pagos pela parcela de resgate periódico do empréstimo que, além de quitá-los, realiza a amortização parcial do débito.

A diferença entre os contratos bancários destinados à captação e à aplicação dos recursos financeiros resulta da necessidade de manutenção desses recursos em circulação. A necessidade de crescimento do mercado motiva a diferença de tratamento dado aos contratos que envolvem a captação e a aplicação dos recursos financeiros, incentivando os poupadores a deixarem seus recursos disponíveis para a aplicação ao mesmo tempo em que cobra dos tomadores a devolução tempestiva dos montantes a eles emprestados.

Como se pode deduzir, é da natureza das operações financeiras a produção de juros capitalizados sempre que eles não sejam periodicamente quitados, sendo essa uma condição que permeia todo o sistema, não privilegiando qualquer de seus agentes. O credor de juros, seja o poupador que aplica seus recursos depositando-os em instituições bancárias, seja o banco que o empresta aos mais diversos tipos de tomadores, sempre terá assegurada a sua capitalização, sendo a única condição necessária para esse resultado a ausência do resgate integral em cada período de apuração.

Na medida em que os contratos de mútuo destinados à aquisição de moradias se inserem no sistema financeiro, por força de disposição expressa de lei, a regra da capitalização dos juros impagos também a eles se aplica, eis que resulta da natureza dos negócios jurídicos celebrados nesse sistema.

Rotular a capitalização de juros de “usura” demonstra apenas o desconhecimento da natureza dos negócios jurídicos operados no âmbito do sistema financeiro, pois esse efeito está longe de ser resultante de qualquer abuso, mas decorre do cumprimento regular das condições de onerosidade contratadas entre as partes. No caso dos contratos de empréstimos habitacionais, tem-se a onerosidade dos contratos subordinada a limites legais estritos, pois tanto o índice de correção monetária é determinado em lei quanto os juros remuneratórios também têm seu limite estritamente fixado.

Um contrato de financiamento habitacional, celebrado sob regras do Sistema Financeiro da Habitação, não permite espaço para a usura, dada a forte intervenção da lei no espaço de fixação das cláusulas onerosas.

A capitalização de juros, entretanto, é da natureza das operações realizadas no sistema financeiro e não ocorrerá apenas se os juros forem regularmente pagos a cada período de apuração, ocorrendo o mesmo com os percentuais aplicados para a correção monetária do saldo devedor dos empréstimos.

Proibir, de forma genérica, a capitalização de juros em período inferior ao anual, como resulta da Lei de Usura, significa contrariar o mecanismo de funcionamento de todo o sistema financeiro, como se deduz do que até agora foi explicado.

Para que a proibição contida no art. 4º, do Dec. 22.626/33, possa ser considerada vigente, no que concerne aos contratos de financiamentos habitacionais, teríamos de poder aplicar essa mesma regra a todos os demais negócios jurídicos celebrados no sistema financeiro. Vale dizer: para que a proibição tenha validade a sua aplicação tem de abranger todo o sistema e não apenas uma ocorrência isolada, ou estaremos violando um princípio básico relativo à incidência geral das normas jurídicas.

Se os fatos são em tudo semelhantes, não é possível aplicar a restrição legal a apenas um, desprezando a incidência da norma sobre os demais. A lei é, por definição, uma norma abstrata, cuja incidência é decorrente da identidade existente entre a hipótese prevista no texto legal e o fato analisado. Não é permitido ao julgador escolher os fatos sobre os quais a lei incidirá ou não com base em critério que não seja o da identidade ou da diferença entre a hipótese legal e a realidade que se lhe apresenta. Para fatos semelhantes, a regra incide igualmente.

Em se tratando de um sistema de normas interdependentes, cuja existência é objeto de definição constitucional, não há como afastar a necessidade de que as relações jurídicas celebradas no seu bojo sejam apreciadas segundo um conjunto de normas de aplicação específica, naquilo que concerne às peculiaridades dessas relações quando comparadas com as que se estabelecem fora do sistema, mas de incidência uniforme quanto aos atos jurídicos que pertençam à sua área de abrangência.

Trata-se apenas de aplicar um processo de interpretação sistemática, assim descrito pelo ilustre Carlos Maximiliano:³

Consiste o Processo Sistemático em comparar o dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto.

Por umas normas se conhece o espírito das outras. Procura-se conciliar as palavras antecedentes com as conseqüentes, e do exame das regras em conjunto deduzir o sentido de cada uma.

³ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.104.

(...)

Possui todo corpo órgãos bem diversos; porém a autonomia das funções não importa em separação; operam-se, coordenados, os movimentos, e é difícil, por isso mesmo, compreender bem um elemento sem conhecer os outros, sem os comparar, verificar a recíproca interdependência, por mais que à primeira vista pareça imperceptível. O processo sistemático encontra fundamento na lei da solidariedade entre os fenômenos coexistentes.

(...)

Já não se admitia em Roma que o juiz decidisse tendo em mira apenas uma parte da lei; cumpria examinar a norma em conjunto: 'Incivile est, nisi tota lege perspecta, uma aliqua particula ejus proposita, judicare, vel respondere' - "é contra Direito julgar ou emitir parecer, tendo diante dos olhos, ao invés da lei em conjunto, só uma parte da mesma (Celso, no Digesto, livro 1, título 3, frag. 24).

Voltando ao tema central desse estudo, comparemos dois casos típicos de capitalização de juros, ambos pertencentes a relações jurídicas estabelecidas no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, que têm merecido interpretação diametralmente oposta dos operadores do direito, negando a identidade fática existente entre eles, embora esta seja flagrante.

No primeiro caso, consideremos a possibilidade de ocorrência da capitalização de juros nas contas de poupança. Em razão do mecanismo matemático aplicado no creditamento de juros, haverá capitalização sempre que o poupador (credor) deixar de sacar os juros creditados mensalmente. É, portanto, um ato de livre arbítrio do credor, que simplesmente deixa de resgatar o montante de juros, determinando a sua capitalização. O poupador, portanto, pode escolher, sobrepondo-se à vontade da instituição financeira (devedora), que acrescentará ao valor anteriormente contratado o montante dos juros creditados, obtendo desse valor o mesmo rendimento previsto no contrato.

Há, portanto, uma preservação lógica da relação contratual, cujas condições de onerosidade são mantidas intactas, valendo tanto para o capital inicialmente investido quanto para os juros que lhe são agregados. Não se vislumbra prejuízo ou vantagem para qualquer uma das partes. O poupador obterá, por força do contrato, o rendimento mensal de juros de todo o capital que estiver à disposição da instituição financeira, quer seja ele proveniente de sua poupança primitiva, quer seja fruto financeiro daquele capital.

Não há dúvida quanto ao fato da capitalização de juros, mas em nenhum momento se argüiu a ilegalidade desse efeito financeiro, muito menos pretendendo a sua proibição com base na Lei de Usura. A legalidade do procedimento, portanto, é inquestionável, porque resulta de contrato regularmente estabelecido, onde se reconhece a preser-

vação do equilíbrio entre direitos e deveres estabelecidos pelas partes. Pelo contrário, o que seria questionado, por representar prejuízo ao credor, seria a inexistência da capitalização dos juros não sacados pelo poupador.

O segundo caso diz respeito aos contratos de empréstimo de dinheiro para a aquisição de imóveis, os empréstimos habitacionais.

Como já visto acima, o mesmo mecanismo matemático aplicado na remuneração da poupança é utilizado para o cálculo dos juros que oneram o empréstimo de dinheiro. Da mesma forma, somente poderá haver capitalização de juros se estes não forem recebidos pelo credor.

Nesse caso, porém, o devedor é obrigado a resgatar mensalmente parcelas do empréstimo que lhe foi concedido, realizando a amortização progressiva até que, findo o prazo previsto, tenha devolvido ao credor todo o montante que lhe foi emprestado. A falta de pagamento das parcelas de amortização representa inadimplemento contratual.

Para que as parcelas estabelecidas sejam capazes de realizar a função de resgatar o empréstimo no prazo estabelecido, é necessário que sejam suficientes para quitar os juros incorridos no período e, adicionalmente, amortizar uma parcela do capital emprestado. Por essa peculiaridade, fica evidente que a execução normal das cláusulas contratuais tornará impossível o acréscimo de juros ao capital ainda não devolvido, inexistindo hipótese de capitalização. Esse mesmo fenômeno teria lugar, no caso da conta de poupança, se o poupador resolvesse retirar, a cada mês, os juros creditados e mais uma parte do que depositara. Assim como ocorre com a amortização do empréstimo, ele progressivamente reduziria o montante depositado até resgatá-lo por completo.

Nesse ponto, já é possível deduzir que a capitalização de juros nos contratos de empréstimo de dinheiro só ocorrerá por efeito de alguma anomalia no pagamento das prestações, ou seja, se o pagamento for insuficiente para que os juros mensais sejam pagos, ocasionando seu acréscimo ao saldo de capital ainda devido.

No caso dos contratos de empréstimos habitacionais, essa anomalia resulta da aplicação de índices de correção diferentes ao saldo devedor e ao valor das prestações mensais de amortização e juros. Enquanto o saldo devedor é reajustado pelo índice de correção monetária, as prestações são recalculadas na mesma proporção dos aumentos salariais do mutuário. Assim, as prestações vão perdendo gradativamente a condição de suficiência para o pagamento dos juros mensais e de amortização parcial do débito. Chega-se ao ponto em que se tornam insuficientes para quitar integralmente os juros, causando a capitalização pelo acréscimo dos juros insatisfeitos ao saldo de capital ainda não ressarcido ao credor.

À semelhança do caso relativo às contas de poupança, relatado acima, os juros são capitalizados quando o valor a eles correspondente não

é entregue ao credor. Nos contratos de empréstimos habitacionais, entretanto, esse fato não decorre de ato de vontade do credor, mas por efeito de norma cogente, que obriga ao reajuste do saldo e das prestações por índices diferentes. Dessa feita, portanto, o credor dos juros deixa de recebê-los à revelia da sua vontade, enquanto o poupador o faz intencionalmente.

Estranhamente, entretanto, essa ocorrência de capitalização de juros é considerada ilegal, invocando-se dispositivo da Lei de Usura, como se resultasse de abuso financeiro praticado pelo credor.

Não bastasse o fato de que não é dada ao credor a prerrogativa de escolher entre receber ou não os juros, o que afastaria a intencionalidade necessária à caracterização da usura, nega-se a inclusão da relação jurídica no sistema financeiro, onde a regra é da permissão à capitalização dos juros, tal como ocorre, no exemplo citado, com as cadernetas de poupança.

É preciso acrescentar, ainda, que mais do que a ligação estabelecida entre as duas situações jurídicas pelo fato de ambas estarem abrangidas pelas normas do sistema financeiro, trata-se de contratos cuja existência guarda estreita relação de dependência econômica, na medida em que os recursos aplicados na concessão de empréstimos habitacionais são oriundos, em grande parte, dos depósitos em cadernetas de poupança.

A divergência de tratamento jurídico de tais situações, portanto, afronta os mais elementares princípios de hermenêutica, estabelecendo uma dicotomia injustificada, que quebra o critério de uniformidade que deve ser adotado no tratamento das relações jurídicas que integram um mesmo sistema, no caso o sistema financeiro, cuja natureza diferenciada é identificada expressamente no texto constitucional (art. 192).

A consideração de que relações jurídicas de mesma natureza, integrantes de um mesmo sistema, devem ser apreciadas segundo critérios uniformes de interpretação das normas jurídicas, indica que a proibição da capitalização de juros não pode ser aplicada ao sistema financeiro de forma seletiva. Ou se entende que a norma do art. 4º da Lei de Usura é aplicável indistintamente às relações jurídicas surgidas no âmbito desse sistema, ou deve-se aceitar que não se aplica a nenhuma delas.

A lógica indica que, se as ocorrências de capitalização de juros que decorrem de atos discricionários do credor não podem ser classificadas como usura e, portanto, não são vedadas pelo mencionado dispositivo legal, outra não pode ser a posição em relação aos casos em que resulta da intervenção de dispositivos legais protetivos do devedor, nos quais a vontade do credor é inibida.

A usura resulta da imposição da vontade do credor em detrimento da do devedor, obtendo vantagem financeira excessiva. Não é o que se deduz dos fatos aqui expostos. Tanto não há vantagem financeira excessiva na capitalização dos juros que não se questione a legalidade desse fato quando o poupador escolhe não retirar o fruto de seu capital, dei-

xando que permaneça em poder da instituição financeira para obter também sobre ele a fruição de novos juros. Ainda menor possibilidade de ser usuário restará, portanto, ao fato da capitalização que resulta de efeito indesejado pelo credor.

Se o objetivo do Decreto 22.626/33 é claramente o de coibir a usura nas relações jurídicas onerosas, não há lógica em pleitear a sua incidência sobre um fato no qual não se pode identificar qualquer traço dessa conduta e menos ainda de forma seletiva, dentro de um sistema constitucionalmente identificado, como é o caso do Sistema Financeiro Nacional, cuja estrutura jurídica peculiar lhe confere características próprias e necessárias aos negócios jurídicos que regula.

A interpretação sistemática do ordenamento jurídico que regula o Sistema Financeiro Nacional, como se vê, conduz ao entendimento de que a capitalização de juros que resulta das anomalias provocadas nos contratos de empréstimos habitacionais pela correção diferenciada do saldo devedor e das parcelas mensais de amortização e juros não deve ser considerada ilegal, eis que não se pode configurar esse fato como vantagem ilícita, mas como mero resultado indesejado da própria legislação protetiva do Sistema Financeiro da Habitação.

Dada a especificidade das relações jurídicas estabelecidas no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, cuja regulamentação especial é determinada no próprio texto constitucional, expressamente reconhecida pelo STF através da Súmula 596, a aplicação de norma jurídica externa ao sistema só é aceitável de forma a suprir eventuais lacunas da legislação específica, mas sempre de modo uniforme, o que não se aplica à restrição da capitalização de juros aqui comentada.

A inadequação da incidência da Lei de Usura ao caso específico da capitalização de juros derivada dos efeitos anômalos da legislação de proteção aos mutuários do SFH se dá tanto pela natureza especial das relações jurídicas estabelecidas no âmbito do sistema financeiro quanto pela ausência de uniformidade na aplicação daquela lei às situações análogas existentes no mesmo sistema.

2.3 O equilíbrio de critérios a ser aplicado aos dois lados da intermediação financeira

Como já foi dito anteriormente, a atividade exercida pelas empresas que integram o sistema financeiro é a de intermediar o fluxo de recursos entre os poupadores e os tomadores. Essa intermediação é feita por meio de contratos onerosos, cuja lógica financeira é semelhante, ou seja, a disponibilidade do capital é remunerada através do pagamento de juros pelo tomador do empréstimo. A instituição financeira cobra juros dos tomadores da mesma forma que os paga aos poupadores.

Num contrato típico de financiamento habitacional, a instituição financeira capta recursos nas contas de poupança para emprestá-los aos

mutuários. O valor disponibilizado pelos poupadores receberá juros e será corrigido monetariamente, ocorrendo capitalização sempre que o valor acrescido não for resgatado pelo titular da conta. Na outra ponta do sistema, o tomador de empréstimo para a aquisição de moradia também pagará juros e correção monetária do montante que não tiver sido ainda devolvido. Também haverá capitalização na hipótese dos valores acrescidos por conta dos juros e da correção monetária não serem integralmente quitados pela prestação mensal.

Note-se que, do ponto de vista da matemática financeira, não há qualquer distinção entre a capitalização originária da correção monetária e dos juros, posto que ambos se constituem em fatores de incremento do valor monetário do capital existente em poder do tomador. Só não haverá capitalização se o valor da prestação mensal for suficiente para reduzir a quantidade de moeda em poder do tomador do empréstimo, sendo irrelevante para o conceito matemático que essa moeda tenha perdido poder aquisitivo. O conceito de inflação não é matemático, mas econômico.

O equilíbrio a ser preservado entre as duas pontas do sistema de intermediação de capitais operado pelas instituições financeiras é matemático, ou corre-se o risco de inviabilizar essa atividade.

Como explicado no início desse estudo, a atividade de intermediação financeira, tal qual o comércio de bens e serviços, extrai seu lucro da interposição de um diferencial de preço entre o que é pago ao fornecedor e o que é cobrado do consumidor. No caso dos bancos e demais instituições financeiras, essa diferença entre o preço do dinheiro na captação e aplicação é denominada "*spread*" e consiste na margem necessária para fazer frente aos custos da operação e para proporcionar lucro à instituição, como ocorre em todas as atividades empresariais.

Pode-se discutir se o "*spread*" é excessivo, da mesma forma que se pode questionar o preço de qualquer mercadoria oferecida no mercado. Esse questionamento da essência da atividade econômica é a base da lei da oferta e da procura, que regula a fixação dos preços de acordo com a necessidade maior ou menor do bem oferecido, seja ele bem de consumo, serviço, ou recursos financeiros.

O que se mostra inadequado é o rompimento com os critérios equilibrados de remuneração aplicados uniformemente nas etapas de aquisição e disponibilização dos bens ao mercado. Toda vez que o critério de fixação de preços tem esse equilíbrio afetado por alguma condição econômica, gera-se lucro ou prejuízo excessivo para alguma das partes envolvidas no sistema.

Na medida em que o preço pago ao produtor é subestimado, como nos casos de excesso de oferta, ele certamente terá prejuízo, ou pelo menos a diminuição de seus lucros. Se a alteração ocorre pela insuficiência de demanda, depois da aquisição do produto pelo intermediário, não será o produtor, mas este outro agente econômico que suportará o

encargo, diminuindo seu ganho, ou mesmo tendo perda financeira. Quanto ao consumidor, também será beneficiado ou prejudicado conforme haja maior ou menor oferta do produto desejado.

No caso dos financiamentos habitacionais, objeto desse estudo, interessa considerar a situação particular que afeta a operação de intermediação financeira quando os contratos de mútuo sofrem os efeitos dos planos de preservação da capacidade de pagamento atrelados à renda dos mutuários.

Como já foi demonstrado, a captação dos recursos, feita a partir das contas de poupança, ou do fundo de garantia, que é remunerado segundo os mesmos critérios da poupança, apenas diferindo na taxa de juros, dá-se mediante o pagamento de juros e correção monetária, ambos de forma capitalizada.

Acrescendo-se ao custo do capital o “*spread*” necessário à viabilização econômica da atividade de intermediação financeira, o critério de apuração da remuneração dos recursos na aplicação destinada ao custeio da aquisição de imóveis residenciais é mantido intacto. Registra-se apenas a tendência de não se verificar a capitalização, em razão dos empréstimos serem contratados para resgate parcelado, contemplando os encargos mensais o pagamento integral dos acréscimos financeiros e a amortização parcial do débito, para que se torne possível o pagamento integral no prazo previsto. Não havendo essa capacidade, o saldo devedor não será totalmente pago até o final do prazo, restando um valor residual a ser quitado pelo devedor.

Não se concebe, porém, que o critério geral de onerosidade de tais contratos, aplicado na captação e na aplicação de recursos financeiros, seja diferenciado nos dois lados do sistema, sob pena de inviabilizar-se o cálculo do “*spread*” adequado à correta remuneração do intermediário. Na medida em que um dos lados apresentar maior onerosidade do que o outro, haverá favorecimento ou prejuízo indevido à atividade intermediária.

Seguindo-se esse raciocínio, constata-se que, ao se pretender vedada a prática da capitalização de juros tão-somente nos contratos de empréstimos habitacionais, enquanto segue exigida nos contratos de poupança, sendo essa a sua fonte de recursos, rompe-se com o equilíbrio indispensável à viabilização da atividade econômica.

O efeito dessa prática, longe de beneficiar os tomadores de empréstimos, a médio e longo prazos se revelará danoso aos seus interesses, pois tenderá a ser compensado através da fixação de um “*spread*” mais elevado, onerando de forma mais significativa as próximas operações dessa natureza. Ou, numa situação mais extrema, no caso de o mercado não aconselhar esse aumento no preço do dinheiro, pode gerar o afastamento das instituições financeiras desse tipo de operação, concentrando sua atuação em segmentos mais rentáveis ou com lucratividade mais segura do sistema financeiro.

Seja pela inadequação lógica, dado o rompimento do equilíbrio estabelecido no sistema, seja pelo efeito prático obtido em função de tal vedação, a capitalização de juros não deve ser suprimida de apenas um dos lados da atividade de intermediação financeira. Na verdade, suprimir essa prática significa atentar contra toda a lógica estabelecida no sistema financeiro, mormente após a adoção da prática da correção monetária, como já foi devidamente esclarecido.

2.4 A ausência da imprevisão

A teoria da imprevisão é corriqueiramente invocada para justificar a necessidade de revisar cláusulas contratuais, quando as condições fáticas se alteraram de forma significativa, gerando desequilíbrio no sinalagma. Ela se sobrepõe à força obrigatória das cláusulas contratuais, impondo a recomposição da reciprocidade estabelecida no acordo de vontades que originou o negócio jurídico.

No caso dos contratos de empréstimos habitacionais em que a cláusula da equivalência salarial resultou na ineficácia das prestações para quitar os juros acrescidos mensalmente, o fato do desequilíbrio parece bastante evidente.

O que acontece, entretanto, é que nada se altera no que se refere à onerosidade do contrato. De fato, as prestações tornam-se ineficazes para realizar a amortização inicialmente planejada, mas isso não altera em nada o custo do dinheiro emprestado, que continuará a render exatamente a mesma taxa de juros para o agente financeiro que foi estabelecida no início.

Se alguma alteração ocorre, diz respeito apenas à disponibilidade do capital que, em vez de retornar ao mutuante, permanece na posse do mutuário por prazo maior do que o anteriormente previsto, mas, na medida em que essa disponibilidade é remunerada pela mesma taxa de juros contratada, não se pode falar em desequilíbrio real, apenas em alteração do prazo de resgate, sendo a indisponibilidade adicional do capital compensada pela cobrança dos juros contratados.

É importante salientar que esse efeito aparentemente danoso da cláusula de equivalência salarial não tem sido questionado nos casos em que não alcança magnitude suficiente para ocasionar amortização negativa e, por conseqüência, capitalização de juros, muito embora possa da mesma forma tornar o financiamento virtualmente impagável.

Ao modificar as condições de resgate do capital emprestado, retardando a devolução da sua disponibilidade à instituição financeira, não se vislumbra prejuízo ao mutuário, cuja renda mensal é protegida contra o comprometimento excessivo na quitação do financiamento. O mesmo, entretanto, não se pode dizer em relação ao mutuante, posto que a indisponibilidade imprevista do capital poderá comprometer a sua capacidade de honrar com seu compromisso de resgatar o inves-

timento dos poupadores, utilizado como fonte de recursos para a intermediação que possibilitou o empréstimo habitacional. Agrava-se, portanto, o risco da atividade financeira, mas não se acrescenta ônus ao mutuário, já que não se altera o custo do dinheiro que permanece em seu poder na medida em que a taxa de juros se mantém intacta.

A teoria da imprevisão, portanto, caso os efeitos sobre os montantes aplicados na concessão de empréstimos habitacionais venham a ser particularmente significativos, tem aplicação mais lógica na defesa dos interesses das instituições financeiras do que nos dos mutuários. Entretanto, a prática registra que sua arguição é exclusiva da parte que tem sua condição econômica preservada, sendo invocada tão-somente na justificação de pretensões revisionais ajuizadas pelos mutuários.

Se o efeito não é necessariamente danoso aos interesses econômicos dos mutuários, também não resulta de qualquer fator externo e imprevisível, mas da mera aplicação das condições legais que regem o sistema jurídico no qual o contrato se insere. Tanto não há imprevisibilidade que o próprio sistema previu a compensação dos seus efeitos pela criação de um fundo destinado a saldar os resíduos financeiros remanescentes no final do prazo contratado, efetuando o cumprimento integral das cláusulas onerosas mediante a quitação do saldo residual perante o agente financeiro. Trata-se do conhecido Fundo de Compensação das Variações Salariais (FCVS), cuja função era precisamente a de tornar possível a preservação da equivalência salarial, assumindo a obrigação de quitar as diferenças geradas pelo reajuste subestimado das prestações no final do prazo contratado.

O mecanismo protetivo da equivalência salarial, inserido regularmente no sistema financeiro da habitação, não constitui causa de alteração imprevisível nas condições fáticas subjacentes aos contratos de empréstimo destinados à aquisição de imóveis residenciais, sendo antes uma regra de flexibilização planejada das condições onerosas para permitir a concretização do direito de moradia.

Sua natureza benéfica exclui, por impossibilidade lógica, a alegação de que é causa de tal forma prejudicial à condição econômica do mutuário que ensejaria a aplicação da teoria da imprevisão, visando a possibilitar a modificação das cláusulas originalmente estabelecidas.

Como se demonstrou acima, o simples fato de não haver a amortização no mesmo ritmo planejado para resgate do empréstimo habitacional não é causa de aumento da onerosidade. Não se altera a relação de custo do dinheiro na medida em que a taxa de juros permanece inalterada. Nem o dinheiro emprestado perde o seu valor para o mutuário, posto que o bem adquirido permanece sob seu domínio, nem se desvaloriza o ganho financeiro do mutuante, eis que os juros continuarão a ser cobrados na proporção contratada sobre o montante de capital que ainda não tiver sido devolvido.

2.5 A força obrigatória dos contratos

O princípio da força obrigatória dos contratos (“*pacta sunt servanda*”), de outra parte, tem sua incidência atacada pelo mesmo raciocínio que defende ser o desequilíbrio causado pela equivalência salarial fonte de imprevisão capaz de motivar a revisão das cláusulas contratadas. Pugna-se, portanto, pela sua relativização, como se o efeito fosse realmente danoso aos interesses dos mutuários e absolutamente imprevisível quando da formação do vínculo obrigacional.

Uma vez demonstrada a ausência de imprevisão e mesmo de incremento na onerosidade do contrato em relação às obrigações assumidas pelo mutuário, não resta justificativa para que o contrato deixe de conservar intacta a força obrigatória de suas cláusulas.

Essa constatação leva-nos a preservar na sua plenitude as condições de onerosidade originais do empréstimo habitacional, assegurando que a disponibilidade do capital será remunerada de acordo com a taxa de juros estabelecida pelo acordo de vontades celebrado entre as partes.

A condição básica dos contratos de empréstimo de dinheiro é de que, durante o tempo em que o capital estiver à disposição do tomador o mutuante terá direito à incidência da taxa de juros. Os juros são calculados em regra mensalmente, incidindo à taxa percentual contratada sobre o total que estiver em poder do tomador a cada final de período de apuração. Na medida em que o empréstimo vai sendo progressivamente quitado, os juros permanecem incidindo apenas sobre o saldo remanescente.

Nesse ponto vale considerar a influência do princípio da equivalência material, ou do equilíbrio econômico do contrato, tal como adverte Rodrigo Toscano de Brito:

Sabendo que as obrigações se realizam primordialmente por meio dos contratos, fácil é notar que a idéia de equivalência, de equilíbrio, é a base ética das obrigações, como aliás deve-se frisar, a partir das lições de Miguel Reale.⁴

A seguir, na mesma obra, acrescenta Rodrigo T. Brito:

Aliás, Miguel Reale, em seu tradicional trabalho sobre a visão geral do Código Civil, é incisivo sobre o assunto, ao dizer: “O Código é um sistema, um conjunto harmônico de preceitos que exige a todo instante recurso à analogia e a princípios gerais, devendo ser valoradas todas as conseqüências da cláusula ‘rebus sic stantibus’”. Nesse sentido é posto o princípio do equilíbrio econômico dos contratos como base ética de todo o direito obrigacional”.⁵

⁴ BRITO, Rodrigo Toscano de. **Equivalência Material dos Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2007. p.6.

⁵ BRITO, Rodrigo Toscano de. 2007. p.7.

No que se refere aos contratos de financiamento habitacional, uma vez que se tenha constatado a ausência de imprevisão capaz de ensejar uma intervenção no que se refere às condições inicialmente avençadas, é o princípio da equivalência material que deve orientar a avaliação sobre as condições em que poderá subsistir a relação contratual.

Assim, na questão pertinente à capitalização de juros coloca-se em pauta a incidência dos juros contratados sobre a porção de capital que permanece em poder do tomador.

Tem-se como inconteste que a parte que pode ser identificada com o montante originalmente emprestado guarda intacta a obrigação de remunerar mensalmente a sua disponibilidade mediante o pagamento dos juros contratados.

Da mesma forma, não se verifica qualquer inconformidade com relação ao montante representado pelo acréscimo imposto pela correção monetária. Com efeito, se houve um empréstimo de 100 mil, que ao cabo de um mês foi corrigido para 105 mil, por exemplo, não só sobre o montante original incidirá o percentual de juros, mas também sobre o valor acrescido pela correção monetária. Note-se que a unidade monetária continua imutável, tendo sua quantidade alterada pelo percentual relativo à correção monetária da mesma forma que o será pela taxa de juros remuneratórios. A aplicação das duas taxas, de correção e de juros, é cumulativa, mas essa cumulação de percentuais não é contestada, embora o efeito seja o mesmo da capitalização, aplicando-se a taxa de juros também sobre o a quantidade de moeda acrescida ao saldo devido pela taxa de correção.

Mais do que a tolerância da capitalização representada pela aplicação cumulada das taxas de juros e de correção, tem-se, ainda, a aceitação tranqüila de que o valor acrescido por efeito da correção monetária, caso não seja integralmente quitado pela prestação periódica de amortização, sofrerá a incidência cumulativa de nova taxa de correção e também da taxa de juros relativa ao período seguinte.

Note-se que, após a aplicação da taxa de correção monetária e da taxa de juros, o montante emprestado resulta alterado para um valor representado por uma quantidade maior de moeda. No exemplo acima, considerada a taxa de correção de 5% e juros de 1%, o valor inicial de 100.000 transforma-se em 106.050 ao final do mês. Se a prestação de amortização for de 5.000, restará para o período seguinte o valor básico de 101.050. Dos 1.050 remanescentes, entretanto, não há como definir quanto resultou da correção monetária e quanto dos juros, constatando-se apenas que foram acrescidas 1.050 unidades monetárias ao capital original e que sobre esse montante incidirá, no próximo período de apuração, novos percentuais de correção monetária e de juros. Trata-se, coerentemente com as regras vigentes no sistema financeiro, de aplicar as taxas que oneram a disponibilidade de capital sobre montante que permanece em poder do tomador, quando se reconhecem pertencentes ao mutuante.

O critério só encontra questionamento quando a prestação periódica não seja capaz de quitar integralmente o montante correspondente à aplicação da taxa de juros sobre o saldo corrigido. Nesse caso, que no exemplo acima representaria pagamento inferior a 1.050 unidades monetárias, tem-se a certeza de que o capital remanescente na posse do tomador inclui, além da quantidade de moeda que lhe foi emprestada, a que foi acrescida pela correção monetária e ainda alguma parte decorrente da aplicação da taxa de juros. Só nesse caso se questiona a validade da capitalização.

A incoerência é flagrante. Não se pode estabelecer diferença de tratamento quanto à aplicação do critério de onerosidade contratado sobre partes do montante ainda não amortizado pelo devedor, apenas supondo que essa determinada quantidade decorre dos juros e aquela outra da correção monetária, como se fosse possível distinguir em um maço de notas qual teria que origem.

Impõe-se a manutenção integral do critério oneroso estabelecido no contrato, alcançando ao credor a integralidade da remuneração gerada por toda a quantidade de moeda que lhe pertença cuja disponibilidade permaneça em poder do devedor.

Ao negar esse direito à remuneração contratada sobre uma parte do capital que ainda não lhe foi devolvida, acaba-se por lhe sonegar uma parcela da onerosidade avençada, num claro desrespeito ao direito que surge a partir das cláusulas pactuadas. Se o contrato faz lei entre as partes, a supressão de parte do efeito da taxa remuneratória contratada representa afronta a essa lei, negando-lhe a particular vigência no âmbito da relação jurídica.

Como dito anteriormente, esse fato só poderia ter efeito, em prejuízo ao direito do credor, caso houvesse motivo suficiente para justificar uma revisão dos parâmetros onerosos, que, em face de fatores externos à vontade das partes, tivesse a tal ponto desequilibrado a reciprocidade característica dos contratos bilaterais que o credor restasse injustificadamente beneficiado.

A capitalização de juros impagos não constitui vantagem excessiva, nem tampouco indevida ao credor, principalmente quando a causa de sua ocorrência deriva de norma cogente protetiva à situação econômica do devedor. Ela é apenas um efeito imprevisto, posto que a sistemática de amortização da dívida impedia a ocorrência desse fenômeno, mas representa apenas a preservação do critério de onerosidade do contrato sobre os valores que se mantêm na posse do devedor.

O critério oneroso dos contratos de empréstimo de dinheiro não pode ser suprimido, ainda que parcialmente, apenas pelo fato de que os pagamentos inicialmente previstos não se realizaram integralmente como previa a fórmula de amortização.

Essa intervenção é particularmente injusta porque não preserva um critério de igualdade quanto à aplicação da onerosidade inerente aos

contratos de empréstimo de dinheiro celebrados no âmbito do sistema financeiro. Somente quando a intervenção sobre o reajuste das parcelas de amortização alcança efeitos extremos, inviabilizando até mesmo a quitação dos juros, que no caso do sistema financeiro da habitação situam-se normalmente em patamares entre 0,5% e 0,8% ao mês, é que a restrição à capitalização se tornaria aplicável. Antes de chegar a essa situação extrema não há qualquer restrição.

Como já se disse acima, se percentuais de correção monetária, que chegaram, em passado, recente a mais de 80% ao mês, podem ser livremente capitalizados, a capitalização de juros inferiores a 1% não encontra qualquer justificativa para ser vedada, ou estaríamos negando a estrutura lógica que orienta os negócios jurídicos celebrados no âmbito do sistema financeiro.

A força obrigatória dos contratos, traduzida no brocardo "*pacta sunt servanda*", portanto, não encontra justificativa razoável para ser suprimida ou relativizada. Não se identifica na hipótese em estudo a ocorrência de fator externo e imprevisível que ocasione desequilíbrio na relação jurídica, mas a mera aplicação de legislação protetiva cogente, que alcança efeito danoso sobre a amortização do débito, dificultando sobremaneira a sua concretização.

Os efeitos aqui identificados não podem ser considerados fatores nem externos, nem imprevisíveis, eis que decorrem de norma integrante do próprio sistema. De outra parte, não se vislumbra qualquer vantagem excessiva ao credor que, em qualquer hipótese, receberá tão-somente o acréscimo de juros na estrita proporção de taxa e prazo contratados. A capitalização assegura apenas que, sobre todo o montante ainda remanescente em poder do devedor, será aplicada a cada período de apuração (mês), a taxa de juros estabelecida no contrato. Trata-se apenas de preservar a proporção exata da onerosidade estabelecida no contrato e não de acrescer qualquer vantagem excessiva.

O critério aplicado é absolutamente uniforme, de forma que, para cada unidade monetária que remanescer em poder do devedor durante o prazo de amortização, será gerado um acréscimo mensal correspondente à aplicação da taxa de juros contratualmente estabelecida.

O fato de o devedor ter permissão legal para realizar pagamentos de valor menor do que os necessários para a amortização do empréstimo prevista não exclui o direito do devedor de ter o capital integralmente restituído, acrescido do percentual de juros avençado. Esse fato é de tal forma evidente que o próprio sistema financeiro da habitação, reconhecendo a ineficácia amortizatória das parcelas artificialmente reduzidas pelo plano de equivalência salarial, criou um mecanismo compensatório, representado pelo FCVS, que efetuará a quitação do montante não devolvido pelo mutuário no final do período de amortização.

A discussão restringe-se, portanto, apenas aos casos em que o saldo residual não seja coberto pelo FCVS, havendo necessidade do pagamento pelo próprio devedor ao final do prazo.

A absoluta particularidade dos casos abrangidos pela restrição, que incide somente sobre os efeitos mais extremos da cláusula protetiva, nos contratos em que não haverá cobertura do saldo pelo FCVS, corrobora o entendimento de que não se trata de verdadeira regra jurídica a ser aplicada com a generalidade que a lei exige, mas de mero artifício interpretativo destinado a diminuir o impacto do compromisso dos mutuários de saldar integralmente o empréstimo no final do prazo.

Deve, portanto, prevalecer a obrigatoriedade contratual, mantendo-se intacto o compromisso firmado entre as partes, até mesmo porque a onerosidade já fora rigorosamente controlada ao se estabelecer patamares de juros condizentes com a finalidade dos contratos na legislação que rege o sistema financeiro da habitação.

Não havendo sequer a livre estipulação do preço do dinheiro emprestado, em face de uma legislação fortemente intervencionista estabelecida para a viabilização do acesso ao direito de moradia, a sobreposição de regra que restringe ainda mais o retorno financeiro do capital emprestado mostra-se nitidamente injusta, posto que, sob pretexto de proteger uma das partes, agrava a posição da outra, em conduta que não reflete o padrão normativo do SFH, que não pretende inviabilizar a atividade econômica dos agentes financeiros, assegurando-lhes sempre uma rentabilidade compatível com a finalidade social do sistema.

De nada adiantaria suprimir o ganho dos agentes financeiros, pois o resultado seria a inviabilização do sistema, com prejuízo maior para os cidadãos que necessitam dos financiamentos para a aquisição de moradias do que para as instituições financeiras que simplesmente direcionariam sua atividade para modalidades mais lucrativas de negócios.

Esse fato, diga-se a propósito, foi registrado no SFH, com o desinteresse das instituições financeiras privadas em contratar empréstimos habitacionais regulados por esse sistema, dada a baixa lucratividade e aos problemas gerados pelos contratos que contavam com a cláusula de equivalência salarial.

Sob todos os aspectos, portanto, devem-se preservar intactas as condições financeiras pactuadas, sob pena de se gerar, senão vantagem indevida para o devedor, redução indevida dos ganhos legalmente estabelecidos para o credor.

3 A Medida Provisória 2.170-36/2001 – Emenda Constitucional Nº 32

Com a publicação da Medida Provisória 1.963-17/2000, que acabou por se tornar Medida Provisória 2.170-36, até a entrada em vigor da Emenda Constitucional 32, que lhe fixou numeração definitiva, a capi-

talização de juros foi trazida de forma expressamente genérica para o âmbito do sistema financeiro, desfazendo-se qualquer possível interpretação restritiva destinada a suprimir a sua incidência sobre qualquer modalidade de contrato por ele abrangida. Com efeito, assim dispunha o art. 5º daquele diploma legal:

Art. 5º – Nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano.

Essa foi uma tentativa de resolver definitivamente as controvérsias decorrentes de tantas pretensões judicialmente deduzidas em contestação ao direito dos agentes financeiros receberem juros capitalizados.

A vigência de tal dispositivo, mantida pela reiterada publicação da Medida Provisória, cujos efeitos se tornariam definitivos após a vigência da Emenda Constitucional 32, entretanto, foi obstaculizada por meio de ações diretas de inconstitucionalidade, que lograram obter a suspensão dos efeitos do novo diploma legal.

3.1 A posição do Superior Tribunal de Justiça

A capitalização de juros tem sido tratada pelo Superior Tribunal de Justiça de forma diferente, na medida em que sejam considerados contratos bancários ou contratos de financiamento habitacional, após a publicação da MP 1.963-17/2000.

No primeiro caso, considera que a pactuação é válida, no segundo, não. É o que se pode verificar dos seguintes arestos:

AgRg na PETIÇÃO Nº. 5.858 - DF (2007/0205605-3)
RELATOR: MINISTRO FERNANDO GONÇALVES
AGRAVANTE: EDMAR ADAYR SORTI FILHO
AGRAVADO: BRB CRÉDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S/A

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PETIÇÃO. CONTRATO BANCÁRIO. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. POSSIBILIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº. 2.170-36/2001. INCIDÊNCIA. SÚMULA 168/STJ.

1 - A Segunda Seção desta Corte pacificou o entendimento no sentido de que nos contratos bancários celebrados a partir de 31 de março de 2000, data da primitiva publicação do art. 5º da MP nº. 1.963-17/2000, atualmente reeditada sob o nº. 2.170-36/2001, é possível a capitalização mensal dos juros. Incidência da súmula 168/STJ.

2 - Agravo regimental a que se nega provimento. Brasília, 10 de outubro de 2007. (data de julgamento)

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº. 941.834 - RS (2007/0084336-6)

RELATOR: MINISTRO HÉLIO QUAGLIA BARBOSA
AGRAVANTE: BV FINANCEIRA S/A CRÉDITO FINAN-
CIAMENTO E

INVESTIMENTO

AGRAVADO: SANDRO EVANIR SCHNEIDER

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.
CONTRATO BANCÁRIO. TR, MULTA E JUROS REMUNE-
RATÓRIOS. FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA
INATACADO. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. CA-
PITALIZAÇÃO MENSAL

DOS JUROS. POSSIBILIDADE APENAS EM RELAÇÃO
AOS CONTRATOS FIRMADOS APÓS A MP N.º 2.170/2000
COM PREVISÃO CONTRATUAL EXPRESSA. REEXAME
FÁTICO-PROBATÓRIO. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA.

CUMULAÇÃO COM OUTROS ENCARGOS. IMPOS-
SIBILIDADE. REPETIÇÃO DO INDÉBITO E COMPENSAÇÃO.
POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO EM
PARTE E, NA EXTENSÃO, IMPROVIDO.

1. (...).

2. Com a edição da MP n.º. 1.963-17/2000, atual-
mente reeditada sob o n.º. 2.170-36/2001, a Segunda
Seção deste Tribunal passou a admitir a capitalização
mensal nos contratos firmados posteriormente à sua
entrada em vigor, desde que houvesse previsão contra-
tual. Contudo, as instâncias ordinárias não se manifes-
taram acerca da pactuação da capitalização de juros,
nem, tampouco, da data em que foi celebrado o contra-
to, o que impossibilita, nesta esfera recursal extraordi-
nária a verificação de tais requisitos, sob pena de afront-
tar o disposto nos enunciados sumulares n.ºs 5 e 7 da
Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

3. (...).

4. (...).

5. Agravo conhecido em parte e, na extensão,
improvido.

Brasília (DF), 25 de setembro de 2007.

AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 762.452-
SP (2006/0069996-0)

RELATOR: MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BAR-
ROS

AGRAVANTE: BANCO NOSSA CAIXA S/A

AGRAVADO: MAURÍCIO DE ANDRADE MARÇAL E
OUTRO

E M E N T A

PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO
DE MÚTUO VINCULADO AO SFH. JUROS. CAPITALIZA-
ÇÃO. DECISÃO PROFERIDA EM CONFORMIDADE COM
A JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

- O contrato de mútuo bancário vinculado ao SFH
não admite pacto de capitalização de juros.

Brasília (DF), 25 de setembro de 2007 (Data do
Julgamento).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊN-
CIA DE PREQUESTIONAMENTO. NÃO CONHECIMENTO.

ADMINISTRATIVO. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. AMORTIZAÇÃO. TABELA PRICE.

1. A falta de pré-questionamento da questão federal impede o conhecimento do recurso especial (Súmula 282/STF).

2. Em nosso sistema, não é permitida a capitalização de juros (súmula 121/STF), salvo quando a lei expressamente a admite, o que não ocorre na legislação que regula o Sistema Financeiro de Habitação - SFH.

3. (...)

4. Recurso especial a que se nega provimento (REsp 562.720/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 05.09.06).

AgRg no RECURSO ESPECIAL N.º. 565.250 - RS (2003/0125631-1)

RELATOR: MINISTRO HÉLIO QUAGLIA BARBOSA

AGRAVANTE: PEDRO PAULO SURIZ DA SILVA E CÔNJUGE

AGRAVADO: BANCO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL S/A - BANRISUL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO DE MÚTUO. FINANCIAMENTO HABITACIONAL. CONTRATO DE "FAIXA LIVRE". PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL PARA ATUALIZAÇÃO DAS PRESTAÇÕES. INAPLICABILIDADE. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. FALTA DE INTERESSE DO PEDIDO. DECISÃO ANTERIOR EM FAVOR DO AGRAVANTE. AMORTIZAÇÃO DA DÍVIDA APÓS A SUA ATUALIZAÇÃO. LEGALIDADE. NÃO LIMITAÇÃO DOS JUROS EM 10%A.A. TR. CABIMENTO PARA A CORREÇÃO DO SALDO DEVEDOR. CONTRATO POSTERIOR A LEI 8.177/91. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. (...).

2. No que toca a capitalização de juros não vejo razão de pedir, tendo em vista que a decisão recorrida se manifestou em favor do recorrente, no sentido da impossibilidade de capitalização de juros, em qualquer periodicidade, nos contratos de mútuo bancário de financiamento habitacional, mesmo que haja previsão contratual expressa.

3. (...).

4. Não prospera o pleito de limitação dos juros remuneratórios a 10% ao ano. A Eg. Segunda Seção desta Corte Superior firmou posicionamento no sentido de que o artigo 6º, alínea 'e', da Lei n.º. 4.380/64, não estabelece a limitação da taxa de juros, apenas dispõe sobre as condições para a aplicação do reajuste previsto no artigo 5º da mesma lei; provocando, dessarte, a incidência do Enunciado n.º. 596 da Súmula do eg. Supremo Tribunal Federal.

5. Agravo regimental improvido.

Brasília (DF), 28 de agosto de 2007.

Como se pode perceber, há nítida contradição no tratamento de situações similares, integrantes do mesmo sistema jurídico.

Ao mesmo tempo em que o STJ reafirma a inserção do SFH no sistema financeiro, ao invocar a súmula 596, do STF, que afasta a incidência do Decreto 22.623/33, para se opor à limitação de juros, nega a possibilidade de pactuação de capitalização de juros, admitida para os contratos bancários em razão de expressa previsão legal, a partir da MP 1.963-17/2000, proclamando que não há essa previsão legal para os contratos do SFH.

Ora, a previsão legal inserida no art. 5º, da MP 1.963-17/2000 é expressa em relação às “operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional”, não distinguindo qualquer operação em especial, o que faz com que também seja válida para os contratos pactuados no âmbito do SFH, que é parte integrante desse sistema.

A restrição, portanto, mostra-se casuística e injustificável, em razão da contradição das interpretações dadas a fatos semelhantes, que sofrem a incidência normativa do mesmo sistema jurídico. Como já dito, a inserção do SFH no Sistema Financeiro Nacional decorre de expressa disposição legal, contida no art. 4º, § 7º, da Lei 4.595/64 (Lei da Reforma Bancária), que determina que o extinto BNH e as sociedades de crédito imobiliário são integrantes desse sistema, fato esse que é reconhecido pelo STJ, como acima se constata.

Não há razão, portanto, para lhes negar essa condição apenas em relação à possibilidade de pactuar a capitalização de juros, sob argumento de ausência de previsão legal, quando esta encontra-se expressa no art. 5º, da MP 1.963-17/2000, referindo-se indistintamente a todas as instituições integrantes do sistema financeiro nacional.

A possibilidade de pactuação legal da capitalização de juros no âmbito do sistema financeiro afasta a incidência da súmula 121, a qual permanece válida apenas para os contratos celebrados fora desse sistema.

Como se vê, interpretando-se sistematicamente as normas incidentes, os contratos de mútuo habitacional, uma vez inseridos na regulamentação geral do sistema financeiro e não havendo norma protetiva específica que a afaste, permitem a pactuação de juros capitalizados, por força do disposto na MP 1.963-17/2000.

4 ADI 2.316: medida cautelar para suspensão dos dispositivos impugnados

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.316 atacou a vigência da Medida Provisória que consagrava a possibilidade de capitalização de juros de forma irrestrita nos negócios jurídicos celebrados pelas instituições integrantes do sistema financeiro nacional. Não se dirigiu contra o mérito do procedimento, mas visou apenas aos aspectos formais do processo legislativo que lhe deu origem.

O que foi especialmente criticado foi a ausência de relevância e urgência da matéria ali regulada, que não poderia, portanto, ser objeto

de Medida Provisória, mas constituía assunto a ser disciplinado por lei ordinária, cuja iniciativa até poderia ser do poder executivo, mas necessitaria passar pelo processo regular de análise pelo poder legislativo.

Com esse argumento, foi requerida a suspensão cautelar da vigência da medida, estando esse pedido ainda pendente de julgamento.

Em abril de 2002, o Min. Sydney Sanches, relator, proferiu voto no sentido de deferir a suspensão cautelar dos dispositivos impugnados por aparente falta do requisito de urgência, objetivamente considerada, para a edição de medida provisória e pela ocorrência do *periculum in mora* inverso, sobretudo com a vigência indefinida da referida MP desde o advento da EC 32/2001, com a possível demora do julgamento do mérito da ação. Após, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Min. Carlos Velloso.

Em fevereiro de 2005, foi retomado julgamento da medida liminar. O Min. Carlos Velloso, em voto-vista, acompanhou o voto do relator, Min. Sydney Sanches, que deferiu o pedido de suspensão cautelar dos dispositivos impugnados. Após, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Min. Nelson Jobim.

Conclusão

A vedação à capitalização de juros, aplicada de forma isolada sobre determinado fato jurídico, quando o sistema no qual está inserido registra inúmeras ocorrências em que esse efeito é permitido, seja na forma de autorização expressa, seja pela prática usual, não configura exemplo da melhor prática dos princípios da hermenêutica.

Ao desconhecer o fenômeno da capitalização de juros como prática corrente no sistema financeiro, pretendendo aplicar dispositivo legal de origem remota na intenção de suprimir apenas um dos tipos de ocorrência desse fenômeno, os operadores do direito confrontam a lógica do sistema, privilegiando uma interpretação literal do dispositivo legal, na qual desprezam não só a inter-relação com os demais fatos jurídicos internos ao sistema, mas desconhecem também a necessária adaptação da norma ao momento histórico do fato econômico.

Como restou demonstrado no estudo que ora se conclui, a incoerência dessa proibição decorre do anacronismo de sua aplicação isolada em um sistema no qual a prática da capitalização é não só amplamente aceita, mas se constitui em verdadeiro princípio básico dos negócios jurídicos, dada a modalidade de ônus financeiro aplicada aos contratos.

Não se concebe, nos dias correntes, que haja empréstimo de dinheiro de forma gratuita, até porque esse fato corresponde não mais a um ato de amizade ou caridade, mas se converteu em um ramo de significativa atividade econômica, no qual a onerosidade é da essência do negócio jurídico.

O dinheiro aplicado é remunerado em função do tempo em que permanece disponível ao tomador, contando novos juros a cada período de apuração, geralmente mensal. Quando os juros não são quitados no final do período, tem-se a sua conversão em nova aplicação, que também será remunerada na mesma proporção da original. A reaplicação automática do montante de juros que não foi pago ao credor no final do período constitui o que se chama de capitalização, que não é mais do que a conversão do inadimplemento ou simples retenção dos juros devidos em nova aplicação, derivada do contrato original e, portanto, obediente às mesmas regras no que concerne à onerosidade.

Trata-se, portanto, do funcionamento lógico das atividades de captação e aplicação de recursos no sistema financeiro, não se constituindo em ilegalidade. Essa prática é regularmente aceita e compreendida em quase todas as ocorrências em que se registra, como no caso das contas de poupança, nas quais é tida como exigência inderrogável.

Diante desse quadro é que se torna inaceitável a proibição da capitalização de juros para apenas um caso específico e, diga-se a propósito, anômalo, mormente se para a sua supressão invocamos diploma legal dissociado da realidade atual e estranho à formatação do sistema financeiro nacional, surgida após a década de 1960, pela qual a estrutura dos negócios desse ramo de atividade econômica foi visceralmente alterada, máxime no que se refere à introdução do mecanismo da correção monetária.

Tão incompreensível quanto a interpretação da norma jurídica fora do contexto sistemático dos negócios que se pretende regular, é a tentativa de atribuir a necessidade de revisão dos contratos afetados pelas anomalias decorrentes de leis protetivas cogentes à teoria da imprevisão, como se esse fosse um fato inesperado e prejudicial ao tomador de empréstimos. Ora, não é inesperado, tanto que a legislação protetiva também criou mecanismos compensatórios, nem é prejudicial, porque não acrescenta qualquer ônus que não seja a mera aplicação dos juros contratados à integralidade do capital ainda pendente de devolução ao mutuante.

Demonstra-se, portanto, que tem sido muito equivocada a posição adotada pelos operadores do direito ao proibir a capitalização de juros de forma pontual e dissociada da prática corrente no sistema financeiro, inclusive tentando atribuir natureza espúria à mera preservação da onerosidade contratada.

Faz-se mister revisar esse posicionamento equivocado, recompondo o equilíbrio ora sonogado aos negócios jurídicos que padecem de efeitos anômalos provocados especificamente por normas protetivas ao mutuário do sistema financeiro de habitação, por não encontrar respaldo, nem na lógica do sistema no qual tais regras estão inseridas, nem representar autêntico exemplo de relativização da força obrigatória dos contratos, tal como preconiza a teoria da imprevisão.

Referências

- ABREU FILHO, Nilson Paim. **Constituição Federal, Código Civil e Código de Processo Civil**. 6.ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.
- AGUIAR JR, Ruy Rosado de. **Os Contratos Bancários e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Brasília: CJF, 2003.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BLOCK, Walter. **Defendendo o Indefensável**. Porto Alegre: Ortiz/IEE, 1993.
- BRITO, Rodrigo Toscano de. **Equivalência Material dos Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FARACO, Daniel. **Cultura e Fé**. nº. 100, Porto Alegre, IDC, 2003. p.56-74.
- MAXIMILANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Direito das Obrigações. São Paulo: Saraiva, 1977/79. 1ª. parte.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Direito das Obrigações. São Paulo: Saraiva, 1979/80. 2ª. parte.
- NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. **Código Civil**. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- OLIVEIRA, Celso Machado de. **Manual de Direito Bancário**. São Paulo: IOB Thomson, 2006.
- PENNA, Edson Queiroz. **Boletim ADVOCEF**. nº. 54, Porto Alegre, ago. 2007. p.6-7.
- REZENDE, Teotônio Costa. **Os Sistemas de Amortização nas Operações de Crédito Imobiliário: a Falácia da Capitalização de Juros e da Inversão do Momento de Deduzir a Quota de Amortização**. 2003. Dissertação de Mestrado em Gestão e Estratégia de Negócios. UFRJ, Rio de Janeiro, 2003.
- TOLEDO, Joaquim Elói Cirne de. Aspectos Jurídicos e Econômicos do Crédito Imobiliário e da Poupança. Seminário. Escola Nacional da Magistratura. **Anais**. 1997. Ilha de Comandatuba/Bahia: abr. 1997.

O Sistema Financeiro da Habitação e o direito social à moradia

Ana Paula Gonçalves da Silva

Advogada da Caixa em Minas Gerais

Pós-graduada em Direito Público pela PUC/MG

RESUMO

O ser humano precisa morar, para que seja garantido o respeito à sua dignidade. Aí se apresenta a clara justificativa para que o legislador constitucional tenha elevado a moradia ao *status* de direito social. No Brasil, parte considerável dos problemas enfrentados nas cidades decorre de uma descontrolada explosão demográfica, aliada a políticas públicas inconsistentes para o setor e a planejamentos inadequados, não obstante preveja a Constituição em seu artigo 23 que compete de forma comum à União, Estados, Distrito Federal e Municípios promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico. O objetivo do presente trabalho é abordar os aspectos de efetividade e proteção do direito à moradia, dentro do contexto da legislação do Sistema Financeiro da Habitação - SFH.

Palavras-chaves: SFH. Moradia. Direito Social. Propriedade.

ABSTRACT

Human beings must live *in* a particular place, to ensure respect for their dignity. It presents a clear explanation for the constitutional legislature has a raised housing to the *status* of social right. *In* Brazil, considerable part of the problems faced *in* cities runs from a uncontrolled population explosion, combined with inconsistent public policies for the sector and inadequate planning, despite the Constitution provides *in* its Article 23 that it is so common to the Union, States, Federal District and Municipalities promote programs for the construction of houses and improvement of housing conditions and sanitation. The objective of this study is to address the issues of effectiveness and protection of the right to housing, within the context of the laws of the Housing Finance System - SFH.

Keywords: SFH. Housing. Social Right. Property.

Introdução

O direito social à moradia não aparece no texto original da Constituição Federal de 1988, mas somente após a Emenda Constitucional nº. 26, de 14 de fevereiro de 2000, que alterou a redação do art. 6º da Constituição Federal, para constar: “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados na forma desta Constituição”.

O Sistema Financeiro da Habitação (SFH), cuja origem está na Lei nº. 4.380, de 21 de agosto de 1964, foi criado para atender aos objetivos de impulsionar a construção civil e propiciar o aumento de oferta de habitações populares aos trabalhadores cuja renda não permitiria a aquisição de imóvel à vista.

O sistema aparece assim como uma ferramenta de concretização do novíssimo direito social e se coaduna com o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que é de conhecimento amplo que o lugar de habitação do homem é centro de onde se irradiam suas principais relações jurídicas, sociais e afetivas.

Entretanto, o modelo que se apresentava tão desejável em teoria aproximou-se perigosamente da inviabilidade ao longo dos anos, por uma série de percalços de ordem política e econômica.

Se, por um lado, o financiamento imobiliário tornou-se desinteressante como forma de investimento para os Agentes Financeiros, em razão da difícil recuperação dos valores emprestados, também não é difícil encontrar na atualidade ações propostas com o fito de se obter a revisão dos contratos de financiamento firmados nas décadas de 80 de 90, considerados impagáveis pelos mutuários.

Nessas ações, quase sempre é invocado o direito social à moradia como o fundamento primeiro para impedir que o mutuário seja privado do imóvel que ocupa pelo não-pagamento da dívida contraída para a própria aquisição do bem.

Queremos, aqui, apontar os contornos do novo direito social, mostrando ser o Sistema Financeiro da Habitação um instrumento de sua efetivação; busca-se também contribuir para o debate sobre o aspecto da possibilidade de perda do imóvel hipotecado.

1 Os direitos sociais na ordem jurídica brasileira: positivação e conceito

Os direitos sociais demoraram a ser reconhecidos na ordem jurídica brasileira, em razão de uma série de questões históricas, entre as quais podemos citar a aceitação da escravidão, a relativa demora na sua abolição e a exclusão social que ela impôs a uma parcela considerável da

população. A Constituição Republicana, a exemplo, declarou não ser dever do Estado garantir a educação primária, nem a assistência social.

A Constituição de 1934, sob a influência da Constituição de Weimar, reconheceu a maioria dos direitos sociais mais difundidos, principalmente no tocante ao trabalho, tais como isonomia salarial, salário mínimo, jornada de trabalho de 8 horas, proibição do trabalho de menores, repouso semanal, férias remuneradas, indenização por dispensa sem justa causa, assistência médica ao trabalhador e à gestante, e estabeleceu ainda a submissão do direito de propriedade ao interesse social ou coletivo, entre outras medidas. Os direitos sociais, entretanto, estavam incluídos no capítulo da ordem social.

A Constituição de 1946 preservou os direitos sociais da anterior e aperfeiçoou a Justiça do Trabalho, que não teve alteração até a extinção dos juízes classistas na década de 90.

Houve algum retrocesso nessa marcha de positivação dos direitos com o Golpe Militar, mas os governos pós-64 continuaram a enfatizar os direitos sociais da mesma forma que o governo Vargas. Em 1966, foi criado o FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço) e, nesse mesmo ano, surgiu o INPS (Instituto Nacional da Previdência Social) que unificou todo o sistema de IAPs.

Com a redemocratização, os direitos sociais foram um pouco ampliados. A Constituição de 1988 inovou ao apresentar um capítulo próprio para esses direitos (capítulo II do Título II), cujo rol é apresentado em seu art. 6º: educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados.

No ensino de Silva, podem ser entendidos os direitos sociais como:

A dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.¹

Não obstante, divergem alguns autores na questão da inclusão ou não dos direitos sociais no conceito de direitos fundamentais, a despeito da topologia constitucional no capítulo II, do Título II, relativo aos direitos e garantias fundamentais.

¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 286.

Ives Gandra da Silva Martins Filho sublinha, a propósito, que:

Declarar quais são os direitos humanos fundamentais significa reconhecer que eles preexistem a qualquer ordenamento jurídico nacional: são direitos que decorrem da própria natureza humana. [...] Admitindo a Constituição o princípio da flexibilização para os Direitos Sociais, reconhece que não constituem cláusulas pétreas (CF, art. 60 § 4º), sendo passíveis de alteração e redução por Emenda Constitucional. Na realidade, o que se assegura ao trabalhador é o direito a um salário justo e a uma jornada de trabalho limitada, mas a quantificação desse direito é suscetível de adequação às circunstâncias de cada momento.”²

Esse embate revela-se de interesse que vai além do meramente acadêmico, já que, se hipoteticamente fizermos a exclusão dos direitos sociais do rol dos fundamentais, estaríamos admitindo, em primeira análise, a idéia de que a concretização deles fica na dependência exclusiva da vontade político-legislativa e da existência de recursos para sua implementação.

Por outro lado, se admitir ser o direito à moradia como verdadeiro direito da personalidade, a conclusão inexorável será a de que se trata de direito absoluto, pois independeria de qualquer pré-relação jurídica entre as partes. Bastaria verificar-se a simples lesão ao direito para que surgisse o direito a reparação pelos danos causados.

Não é esta, entretanto, a posição assumida pela doutrina majoritária e pela atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Tal aspecto será analisado adiante mais amiúde, quando se mencionar a efetividade do gozo do direito social a moradia.

2 O direito social à moradia

O direito social à moradia aparece expressamente no texto original da Constituição Federal de 1988 somente após a Emenda Constitucional nº. 26, de 14 de fevereiro de 2000, que alterou a redação do art. 6º da Constituição Federal.

Entretanto, já era reconhecido anteriormente como integrante do rol dos direitos sociais, em razão da previsão do art. 23, IX, de que compete à União, Estados, Distrito Federal e Municípios “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento”.

Também o art. 7º, inciso IV, já falava anteriormente do salário mínimo capaz de “atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário,

² FILHO, Ives Gandra da Silva Martins. Os Direitos Fundamentais e os Direitos Sociais na Constituição de 1988. *Revista LTR*, São Paulo, vol. 63, maio 1999, p.588-591.

higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim” (grifamos).

Por seu turno, o legislador infraconstitucional já havia se debruçado sobre a questão do problema habitacional do país, e, em razão disso, o ordenamento jurídico já contava, antes mesmo da promulgação da Constituição Cidadã, com normas instituidoras de políticas de fomento da indústria da construção civil e da oferta de imóveis. Entre essas normas, deve-se destacar a da criação do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), Lei nº. 4.380, de 21 de agosto de 1964.

Aponta Silva que “o direito a moradia significa ocupar um lugar como residência; ocupar uma casa, apartamento etc., para nele habitar.”³

Souza diferencia os conceitos de habitação e moradia:

A habitação poderá ser conceituada, inicialmente, como a permissão conferida a alguém para fixar-se em um lugar determinado, para atender aos seus interesses naturais da vida cotidiana, mas de forma temporária e acidental, tratando-se de uma relação de fato entre o sujeito e a coisa, sendo objeto de direito. A moradia consiste em bem irrenunciável de sua vontade e indisponível, que permite a fixação em determinado lugar, não só físico, como também a fixação de seus interesses naturais da vida cotidiana, exercendo-se de forma definitiva pelo indivíduo, e secundariamente, recai o seu exercício em qualquer pouso ou local, mas sendo objeto de direito e protegido juridicamente. O bem da “moradia” é inerente à pessoa e independente de objeto físico para a sua existência e proteção jurídica. Para nós “moradia” é elemento essencial do ser humano e um bem extrapatrimonial. “Residência” é o simples local onde se encontraria o indivíduo. E a “habitação” é o exercício efetivo da “moradia” sobre um determinado bem imóvel.⁴

Alguns doutrinadores, ao tratar do tema, falam em direito à moradia digna, que seria aquela em que há o acesso a uma infra-estrutura básica (água, esgoto e coleta de lixo). Menciona Silva que se exige que seja uma habitação de dimensões adequadas, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar.⁵

2.1 Limites objetivos do conceito

Se, por um lado, há o reconhecimento em nossa ordem jurídica de que o ser humano precisa, necessariamente, morar em um determinado

³ SILVA, 2006, p.314.

⁴ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à Moradia e de Habitação**: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade. São Paulo: RT, 2004. p.45.

⁵ SILVA, 2004, p.314.

lugar, para que seja garantido o respeito à sua dignidade, o texto constitucional não autoriza concluir que o direito à moradia significa, necessariamente, direito à casa própria (ainda que esse seja um complemento para a efetivação do direito).

Como bem explicita Souza, o exercício do direito à moradia não se faz tão-somente por intermédio da propriedade, ainda que ela seja uma de suas formas de manifestação. Sob esta ótica, temos que

Existe uma interdependência relativa do direito à moradia em face do direito de propriedade, já que aquele pode exercer-se por meio deste, e vice-versa, e o detentor da propriedade de um bem poderá exercer o direito à moradia sobre o seu patrimônio, como passar a residir em seu bem imóvel (neste caso, exerce-se também o direito de habitação). A partir do momento em que alguém é proprietário de um imóvel, tem como faculdade habitar aquele imóvel, porém a indisponibilidade do direito à moradia é sempre existente, enquanto o direito a moradia é sempre existente, enquanto o direito a habitação é relativo, nomeadamente, a um objeto.⁶

Essa, aliás, é a tese que atualmente prevalece no Supremo Tribunal Federal, após o julgamento do RE 407.688/SP (Brasília, 2006), no qual o tribunal posicionou-se favoravelmente à penhorabilidade do bem de família. Anteriormente, apontava aquela corte ser favorável ao entendimento de que o direito à moradia é direito fundamental de 2ª geração e que o art. 6º da CF/88 seria auto-aplicável.

No recurso extraordinário prevaleceu a tese de que a penhora não afronta o direito à moradia, por que este não deve ser traduzido, necessariamente, como o direito à propriedade imobiliária ou o direito de ser proprietário de imóvel.

No voto do Ministro Relator, César Peluso, é também apresentada a idéia de que a concretização do direito está no fomento do acesso à habitação, por meio de políticas públicas que não visam à concessão da propriedade privada:

Não me parece sólida a alegação de que a penhora do bem de família do recorrente violaria o disposto no art. 6º da Constituição da República, que, por força da redação introduzida pela EC nº. 26, de 15 de fevereiro de 2000, não teria recebido a norma do art. 3º, inc. VII, da Lei nº. 8.009, de 29/03/1990, a qual abriu exceção à impenhorabilidade do bem de família. A regra constitucional enuncia direito social, que, não obstante suscetível de qualificar-se como direito subjetivo, enquanto compõe o espaço existencial da pessoa humana, “independentemente da sua justiciabilidade e exequibilidade imediatas”, sua dimensão objetiva supõe provisão legal

⁶ SOUZA, 2006, p.231.

de prestações aos cidadãos, donde entrar na classe dos chamados “direitos a prestações, dependentes da atividade mediadora dos poderes públicos”. Isto significa que, em teoria, são várias, se não ilimitadas, as modalidades ou formas pelas quais o Estado pode, definindo-lhe o objeto ou o conteúdo das prestações possíveis, concretizar condições materiais de exercício do direito social à moradia. [...]. Importante é a constatação de que as diversas modalidades de prestações referidas não constituem um catálogo hermético e insuscetível de expansão, servindo, além disso, para ressaltar uma das diferenças essenciais entre os direitos de defesa e os direitos sociais (a prestações), já que estes, em regra, reclamam uma atuação positiva do legislador e do Executivo, no sentido de implementar a prestação que constitui o objeto do direito fundamental.” Daí se vê logo que não repugna à ordem constitucional que o direito social de moradia – o qual, é bom observar, se não confunde, necessariamente, com direito à propriedade imobiliária ou direito de ser proprietário de imóvel – pode, sem prejuízo doutras alternativas confor-madoras, reputar-se, em certo sentido, implementado por norma jurídica que estimule ou favoreça o incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional, mediante previsão de reforço das garantias contratuais dos locadores.

Percebe-se do acórdão mencionado que o intérprete por excelência da Constituição não retirou do direito social à natureza de direito fundamental.

Por outro lado, a idéia anterior de auto-aplicabilidade dos dispositivos que o prevêem estaria afastada, uma vez que se menciona que a modelação concreta do direito é remetida à norma infraconstitucional que preveja formas de fomento do acesso à habitação.

2.2 Condições de eficácia para o exercício do direito

Chega-se, assim, ao ponto classificado por Bonavides como o “drama jurídico das Constituições contemporâneas”⁷, que é a dificuldade de fazer os direitos passarem da esfera abstrata dos princípios para a ordem concreta das normas. Aponta o doutrinador, ainda, que os princípios sociais enfrentam dificuldades ainda maiores para se converter em direitos subjetivos que os direitos de liberdade.

No Brasil, parte considerável dos problemas enfrentados nas cidades decorre de uma descontrolada explosão demográfica, aliada a políticas públicas inconsistentes para o setor habitacional e a planejamentos urbanos inadequados. O problema da moradia não está adstrito apenas ao país, por óbvio.

⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.232.

Estima a ONU que mais de um bilhão de pessoas vive em habitações inadequadas e mais de cem milhões não possuem qualquer moradia, em todo o mundo.⁸

A organização vem realizando conferências mundiais sobre assentamentos humanos para discutir a situação e apresentar soluções viáveis, porém o direito à habitação não tem sido amplamente reconhecido pelos países participantes. A relutância no reconhecimento pode ser explicada em parte pelo receio dos Estados de que nunca poderão cumprir a obrigação legal de garanti-lo.

Diante desse cenário, a elevação no Brasil do direito à moradia ao rol dos direitos sociais, ainda que de forma um pouco tardia, pela Emenda Constitucional nº. 26/2000, representa um grande avanço social. Entretanto, não basta que a Carta arrole o direito; há que se delimitar os seus contornos e explicitar a forma de seu exercício, já que não pode haver em uma Constituição proposições sem força cogente.

A finalidade da norma que previu o direito social à moradia é, sem dúvida, mais que a simples proteção de um teórico direito à habitação: revela-se como verdadeira busca para que se promova o exercício do direito à moradia, com a implementação de políticas públicas voltadas para a solução do grave problema habitacional, que tem se mostrado um dos maiores desafios do início deste século.

O próprio legislador constituinte esclarece em que medida será conferida à população o gozo do mencionado direito no artigo 23, IX, ao dizer que compete de forma comum à União, Estados, Distrito Federal e Municípios “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”.

A referida norma tem natureza programática, ao vincular comportamentos públicos futuros. Crisufalli citado por Bonavides⁹ apresenta as características essenciais desse tipo de norma:

- a) são dotadas de eficácia normativa, ainda que apenas dirigidas aos órgãos estatais ou pelo menos aos órgãos legislativos;
- b) delas deriva vínculo obrigatório para os órgãos legislativos;
- c) acarretam a invalidade das leis subseqüentes cujo conteúdo contraste com os seus próprios conteúdos.

Temos assim que

Nesta acepção, programáticas se dizem aquelas normas jurídicas com que o legislador, ao invés de regular imediatamente um certo objetivo, preestabelece a si mesmo um programa de ação, com respeito ao próprio objeto, obrigando-se a dele não se afastar sem um justificado motivo. Com referência àquelas postas não numa lei qualquer, mas numa Constituição do tipo rígi-

⁸ **Moradia e Direitos Humanos.** Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/moradia/trabalhohabitacaopronto.html>>. Acesso em: 29 de outubro de 2006.

⁹ BONAVIDES, Paulo. 2006.

do, qual a vigente entre nós pode e deve dar-se um passo adiante, definindo como programáticas as normas constitucionais, mediante as quais um programa de ação é adotado pelo Estado e cometido aos seus órgãos legislativos, de direção política e administrativa, precisamente como programa que obrigatoriamente lhes incumbe realizar nos modos e formas da respectiva atividade. Em suma, um programa político, encampado pelo ordenamento jurídico e traduzido em termos de normas constitucionais, ou seja, provido de eficácia prevalente com respeito àquelas normas legislativas ordinárias; subtraído, portanto, às mutáveis oscilações e à variedade de critérios e orientações de partido e de governo e assim obrigatoriamente prefixados pela Constituição como fundamento e limite destes.¹⁰

Do texto constitucional pode-se concluir que o Estado Brasileiro elegeu na Constituição, como programa para o setor habitacional, a adoção de políticas públicas que permitam o acesso da população à moradia digna.

A dimensão dos problemas urbanos brasileiros contém a questão habitacional como um componente essencial da atuação do Estado Brasileiro como promotor de políticas voltadas para a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades e para a justiça social. A exemplo, apontamos que a chamada “cidade informal” evidencia a necessidade de construção de uma política urbana que vise à inclusão social e territorial da população, tendo como meta a regularização fundiária e a urbanização dos assentamentos de baixa renda.

Ainda que, como já mencionamos, não se deva confundir o exercício do direito à moradia com o direito à propriedade, é plenamente defensável que a concretização do exercício do direito à moradia faz-se basicamente por meio de políticas públicas de fomento à construção civil e de acesso à aquisição ou à posse de imóveis.

A obrigação de tornar efetivo o direito à moradia de forma progressiva exige do Estado Brasileiro a criação de meios materiais indispensáveis para o exercício desse direito, por meio das medidas como aquelas a seguir listadas:

a) adoção de instrumentos financeiros, legais, administrativos, fiscais, urbanísticos e de regularização fundiária para a promoção de uma política habitacional;

b) revisão de legislação e instrumentos de modo a eliminar normas que acarretem algum tipo de restrição e discriminação sobre o exercício do direito à moradia;

c) imediata implementação de legislações e instrumentos de garantia do direito à moradia;

d) destinação de recursos públicos para a política habitacional.

¹⁰ BONAVIDES, 2006, p.248.

2.3 Perda da propriedade imobiliária

Há um outro aspecto mencionado no acórdão do REsp 407.688/SP, relacionado ao gozo do direito à moradia que não tem sido objeto de análise mais acurada dos doutrinadores, em boa parte porque no momento atual ainda há uma preocupação mais acentuada com possibilidade real de gozo e proteção aos direitos sociais.

Trata-se da possibilidade de que, em muitos casos, o interesse individual no exercício do direito à moradia venha a ceder frente ao interesse mais amplo, da coletividade, como forma de proteger a eficácia do próprio direito social.

Reportando-nos à diferenciação conceitual apresentada por Souza, apontada no item 3, em alguns casos o indivíduo poderá vir a perder a habitação, como forma de se resguardar o próprio direito à moradia.

Menciona o autor que

O direito à moradia também tem a restrição da sua função social, assim como ocorre com a propriedade. Isso por que, na maioria das situações, o próprio exercício da propriedade se dá pela posse direta do seu titular, no exercício da moradia em um determinado imóvel, porém destinando-se à sua residência e de sal família. Logo, o direito a moradia também sofre certas limitações.¹¹

No caso analisado pelo STF, entendeu aquele Tribunal que a garantia de não-expropriação do fiador que não paga a dívida a que se obrigou contratualmente seria um *minus* a proteção ao direito à moradia, seja por que importaria em afronta à legislação, em última análise, visa a promover o incremento do mercado imobiliário, ou por que a generalização da inadimplência poderia tornar mais onerosa para toda a população a locação.

Conclui-se, assim, que:

Enquanto o direito à moradia filia-se entre os direitos sociais, a garantia à propriedade é um direito individual que deverá ceder quando o seu titular quedar-se inerte em conceder-lhe função social, a ponto de suprimir a sua legitimidade e permitir que outra entidade familiar supra a função social, mediante a moradia.¹²

Ficaria assim superada a aparente contradição presente no ordenamento jurídico, que é a da possibilidade de expropriação do imóvel e a previsão constitucional de um direito a moradia.

Entretanto, essa questão tem sido objeto de longos debates nos processos que têm por objeto contratos firmados no âmbito do SFH,

¹¹ SOUZA. 2006, p. 230.

¹² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

razão pela qual passamos a nos debruçar sobre esse sistema, que continua a ser a mais importante ferramenta do governo federal para a consecução de políticas públicas na área habitacional.

3 O Sistema Financeiro da Habitação (SFH)

O Sistema Financeiro da Habitação, criado pela Lei 4.380, de 21 de agosto de 1964, visa a atingir pelo menos duas finalidades de cunho estritamente social: impulsionar a indústria da construção civil (e, por essa forma, atenuar os impactos negativos da inflação sobre o nível de emprego) e propiciar o aumento da oferta de habitações populares, especialmente nos grandes centros urbanos.

Prevía o art. 1º do diploma legal que “o Governo Federal, através do Ministro de Planejamento, formulará a política nacional de habitação e de planejamento territorial, coordenando a ação dos órgãos públicos e orientando a iniciativa privada no sentido de estimular a construção de habitações de interesse social e o financiamento da aquisição da casa própria, especialmente pelas classes da população de menor renda” (grifamos).

Da criação do SFH até os dias de hoje, o sistema foi responsável por uma oferta de cerca de seis milhões de financiamentos.¹³

Ainda em 1964 foi instituída a correção monetária, que permitia ao SFH atrair poupança para o setor e capitalizar o sistema, dando-lhe capacidade de refinanciamento.

O sistema atingiu o seu auge no final da década de 70 e início da década de 80, quando se conseguiu o financiamento de 400 mil novas unidades residenciais por ano.¹⁴ No entanto, o sistema enfrentava um problema crônico: o descompasso entre os reajustes salariais dos mutuários e os das prestações.

3.1 A crise do sistema

O sistema passou, entretanto, a apresentar queda nos financiamentos concedidos a partir de uma sucessão de políticas de subsídios que reduziram substancialmente os recursos disponíveis.

Originalmente, o sistema previa que, desde a arrecadação de recursos, o empréstimo para a compra de imóveis, o retorno desse empréstimo, até a reaplicação desse dinheiro, haveria a atualização monetária por índices idênticos.

¹³ BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Sistema Financeiro da Habitação (SFH) e Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (SBPE)**. Disponível em: < <http://www.bcb.gov.br/?SFHHIST>>. Acesso em: 29 de outubro de 2006.

¹⁴ VASCONCELOS José Romeu de; CÂNDIDO JÚNIOR, José Oswaldo. **O Problema Habitacional no Brasil: Déficit, Financiamento e Perspectivas**. IPEA, 1996. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/pub/td/td_410.pdf>. Acesso em: 29 de outubro de 2006.

A interferência do governo para resolver esse problema não foi eficiente, levando ao declínio do SFH.

A solução foi implementada por meio do Plano de Equivalência Salarial (PES), que determinava que as prestações fossem reajustadas anualmente na proporção do aumento do salário-mínimo, enquanto os saldos devedores variavam de acordo com a inflação. Portanto, o prazo de amortização se elevava, ajustando o descompasso. Para cobrir o aumento dos prazos, foi criado o Fundo de Compensação de Variações Salariais (FCVS), que quitaria a dívida restante do mutuário do PES, quando o prazo excedia 50% do contratado de início. O FCVS deveria ser financiado por uma sobretaxa incidente sobre as prestações dos mutuários, como uma espécie de seguro para a quitação do saldo devedor.

O FCVS se sustentou até o final da década de 70, quando a inflação não alcançava a cifra anual de 45%. No entanto, na década de 80, os desequilíbrios atingiram proporções consideráveis resultantes, sobretudo, da aceleração inflacionária.

Com o paulatino enfraquecimento da economia e a explosão inflacionária na década de 80, iniciou-se uma das maiores batalhas registradas no Judiciário brasileiro (Aragão, 2006), que girou em torno dos índices de reajustes aplicáveis às prestações dos financiamentos habitacionais.

Em razão de verdadeira comoção nacional que se instalou, optou o governo federal por uma saída de caráter político e, a partir de 1983, o princípio da identidade de índices foi quebrado. A inflação então alcançava o percentual de 200% ao ano, e a queda dos salários reais provocou o aumento da inadimplência no sistema.

Diante da queda dos níveis salariais e da inadimplência que ameaçava o sistema, o governo aplicou aumento nas prestações de 80% do reajuste do salário mínimo.

O efeito mais visível das constantes alterações legislativas foi uma violenta redução nos recursos disponíveis para novos financiamentos, com o conseqüente aumento do déficit habitacional.

Em 1986, o SFH passou por uma profunda reestruturação com a edição do Decreto-Lei nº. 2.291/86, que extinguiu o BNH e distribuiu suas atribuições entre o então Ministério de Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente (MDU), o Conselho Monetário Nacional (CMN), o Banco Central do Brasil (Bacen) e a Caixa Econômica Federal (CEF).

Em 1990, foi lançado o Plano de Ação Imediata para Habitação, que se propunha a financiar cerca de 245 mil habitações. Totalmente financiado com recursos do FGTS, o plano tinha como população-alvo as famílias com renda média de até cinco salários mínimos. O programa possuía três vertentes: moradias populares, lotes urbanizados e ação municipal para habitação popular.

Somente com o início da estabilização econômica, na década de 90, passou a se vislumbrar no país a possibilidade de uma política habitacional coerente.

No período de 1992 a 1995, foram criados diversos programas habitacionais federais, como é o caso da Carta de Crédito Individual, destinado a financiar a melhoria das condições de moradia de famílias com renda mensal de até 12 salários mínimos.

Outro programa de interesse para a população de baixa renda é o de Arrendamento Residencial. Criado pela Lei nº. 10.188, de 12 de fevereiro de 2001 (anteriormente MP nº. 1.823/1999), atende famílias com renda mensal de até 6 salários mínimos que vão arrendar o imóvel edificado ou reformado pelo poder público, com opção de compra ao final de 20 anos de pagamento. Os recursos advêm do Fundo de Arrendamento Residencial (FAR).

Merece destaque também a Lei nº. 10.998, de 15 de dezembro de 2004, que alterou o Programa de Subsídio à Habitação de Interesse Social. O programa, conforme enuncia o art. 2º, do diploma legal, tem por objetivo:

Tornar acessível a moradia para os segmentos populacionais de renda familiar alcançados pelas operações de financiamento ou parcelamento habitacional de interesse social, realizadas por instituições financeiras autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil ou pelos agentes financeiros do Sistema Financeiro da Habitação - SFH, na forma definida pelo Conselho Monetário Nacional.

Atualmente, as normas do CMN (Resoluções nº. 1.980, de 30.04.1993 e nº. 3.005, de 30/07/2002), disciplinam as regras para o direcionamento dos recursos captados em depósitos de poupança pelas instituições integrantes do SBPE, estabelecendo que 65%, no mínimo, devem ser aplicados em operações de financiamentos imobiliários, sendo que 80% do montante anterior em operações de financiamento habitacional no âmbito do SFH e o restante em operações a taxas de mercado, desde que a metade, no mínimo, em operações de financiamento habitacional, bem como 20% do total de recursos em encaixe obrigatório no Bacen e os recursos remanescentes em disponibilidades financeiras e operações de faixa livre.

3.2 Os desafios para o sistema

Como uma alternativa ao SFH, foi criado pela Lei nº. 9.514, de 20 de novembro de 1997, o Sistema Financeiro Imobiliário (SFI), que tem como alvo a construção de imóveis para a classe média, além de imóveis comerciais, industriais e para locação.

O sistema, que não tem o caráter social do SFH, foi recebido com relativa desconfiança pela população, e não obteve até a presente data a expressividade que se imaginava por ocasião de sua criação.

Seja qual for a solução proposta, a promessa de um modelo habitacional social numa conjuntura de inflação é, no mínimo, improvável, pois as famílias perdem a capacidade de pagar seus compromissos

e a inadimplência compromete tanto a eficácia dos contratos em curso quanto a possibilidade de oferta de novos financiamentos.

Como ainda permanece em níveis preocupantes a inadimplência nos financiamentos, e há constantes questionamentos jurídicos quanto a validade de diversas cláusulas dos contratos, como as que permitem a retomada do imóvel em caso de inadimplência, ainda resta incerta a recuperação do SFH.

Como bem aponta Souza, “na atualidade, apesar do forte dirigismo contratual, as sociedades de crédito imobiliário ou agentes financeiros deparam com constantes revisões contratuais promovidas pelos adquirentes de imóvel financiado.”¹⁵

A ruína do sistema certamente obstará o acesso de milhares de brasileiros à aquisição do imóvel próprio, pois a preferência do legislador pela casa própria em lugar de construções para locação é clara¹⁶.

A justificativa estaria na idéia de que a casa própria representa entre os trabalhadores brasileiros um alívio no orçamento doméstico e uma garantia contra a alta rotatividade no emprego e aposentadorias deprimidas (ou mesmo a falta de seguridade social). Além da segurança, a propriedade imobiliária é considerada mais desejável do ponto de vista psicológico, por que geraria um comprometimento maior daquele que propõe a contrair uma dívida de longo prazo, como são as de financiamento imobiliário (em torno de 20 anos).

3.3 Da possibilidade de perda da propriedade imobiliária

Chega-se assim ao grande dilema das ações movidas pelos mutuários, especialmente naquelas em que se discutem contratos firmados antes do Plano Real: é possível, a um só tempo obter a proteção ao direito à moradia pela manutenção do contrato de financiamento, sem que isso importe em prejuízos tão graves que inviabilizem a recuperação do SFH?

Por um lado, na quase totalidade desses contratos, há uma dívida de valor expressivo, de responsabilidade do adquirente do imóvel (sem cobertura do FCVS), que teoricamente não poderia ser paga sem comprometimento do sustento pessoal do mutuário, e que só se formou em razão de um descontrole inflacionário, para o qual o adquirente não contribuiu.

Por outro lado, estão os Agentes Financeiros, que têm constantemente assumido prejuízos, seja por que a inadimplência nesses contratos, conforme dados do Banco Central,¹⁷ gira em torno de 50% (cinquenta por cento), seja por que a retomada dos imóveis não é suficiente para pagamento dos saldos devedores.

¹⁵ SOUZA, 2006, p.264.

¹⁶ ARAGÃO, José Maria. **Sistema Financeiro da Habitação**: uma análise sociojurídica da gênese, desenvolvimento e crise do sistema. 3.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

¹⁷ BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Sistema Financeiro da Habitação (SFH) e Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (SBPE)**. Disponível em: <<http://www.bacen.gov.br/?SFHSTAT>>. Acesso: em 29 de outubro de 2006.

Não raro tem sido defendida a idéia pelos advogados dos mutuários que os Agentes Financeiros não poderiam efetuar a retomada dos imóveis, por que tal possibilidade seria uma afronta ao direito social à moradia. A permanência do mutuário no imóvel seria, desse ponto de vista, a maneira de se garantir a eficácia do direito à moradia no caso concreto.

Essa visão é reducionista, por que não analisa sequer se a função social da propriedade estaria sendo respeitada, quanto menos se a generalização da inadimplência terminará por impedir a continuidade do próprio SFH.

Como bem assevera Aragão:

Sem captação e garantias adequadas não há crédito e sem a oferta deste reduzem-se, substancialmente, as possibilidades de produzir e comercializar habitações. A instituição financeira que capta recursos onerosos é obrigada a devolvê-los e, para tanto, deve ter a segurança do retorno das aplicações. Este é um princípio elementar da política de crédito em qualquer lugar e em qualquer tempo. Não se trata de uma questão ideológica, mas lógica e aritmética. Se não existe retorno e a inadimplência se generaliza, surge o risco da quebra da instituição financeira ou de que, para evitá-la, seja necessário aplicar recursos públicos com vistas a garantir-lhe a solvência ou o pagamento de poupadores ou depositantes.¹⁸

Uma vez que os recursos utilizados no SFH advêm de duas fontes básicas, que são poupança e FGTS, e que o maior Agente Financeiro é uma empresa pública, a CEF, não é difícil perceber que a maior parte da população assume de forma indireta o pagamento da inadimplência nos financiamentos imobiliários.

A conclusão possível é a de que a proteção ao sistema autorizaria, sim, a retomada dos imóveis financiados, idéia esta que não destoaria do entendimento manifestado pelo STF e já mencionado.

E a retomada pela via extrajudicial não estaria obstada, seja por que a recepção do Decreto-Lei nº. 70/1966 pela Constituição já foi reconhecida pelo STF, intérprete da Lei Maior por excelência, seja por que sempre está aberta a possibilidade de revisão pelo Judiciário dos aspectos formais do procedimento (destacamos que a análise da conveniência da utilização da via judicial ou da extrajudicial estaria adstrita à Administração).

Sobre esse ponto, ressaltamos Julgado recentíssimo do TRF 1ª Região, que analisou no julgamento de Ação Civil Pública na 2002.01.00.020956-5/MG (Brasília, 2008) a legalidade da execução extrajudicial:

¹⁸ ARAGÃO, 2006, p.519.

A execução extrajudicial está aí há décadas, é aceita unanimemente hoje pelo Judiciário e veio para ficar. Mais que isso, seria desejável que também em outras áreas as atividades meramente materiais de execução saíssem da mão do Judiciário, reservando-se este para conhecer de lides que sejam trazidas ao seu conhecimento.

Não há nenhum motivo sério para que o Judiciário precise gastar recursos públicos e tempo de seus funcionários e juizes para efetivar meras medidas materiais como a venda de bens dados em garantia real, situação em que o Juiz vira mero cobrador, pois realmente não há nada para julgar.

[...]

A inafastabilidade do controle judicial existe aí como a eterna possibilidade de em qualquer momento uma das partes da relação vir se socorrer no Judiciário para questionar qualquer aspecto da relação, o que os mutuários tem sempre feito e assim o testemunham as dezenas de milhares de processos do SFH Brasil afora.

Não é porque a medida material de venda de um bem hipotecado foi passada para o credor ou agente fiduciário a seu mando que o mutuário fica desprotegido, ofendendo-se o devido processo, ampla defesa e contraditório ou a inafastabilidade de controle judicial (sic).

O mutuário pode consignar as prestações em juízo, discutindo seu correto valor, pode pedir a revisão do contrato, pode pedir a nulidade da execução extrajudicial por vício na aplicação de seu rito ou pela iliquidez da dívida em função de falha na evolução das prestações ou do saldo devedor, enfim, o Judiciário está a todo tempo aberto para discussão do contrato e a mera medida material de execução extrajudicial não muda isso, não impede a defesa ampla do mutuário quando bem entender.

Não obstante, não se pode omitir a responsabilidade do Estado, que em razão do descontrole da economia com a sucessão de diversos “planos econômicos” e as diversas alterações legislativas impediu, em muitos casos, a possibilidade da evolução adequada das dívidas dos financiamentos.

Ela justifica o esforço que foi realizado pelo Estado, particularmente quanto ao Sistema Financeiro da Habitação, através da aquisição pela CEF de carteiras imobiliárias de bancos privados, bem como a renegociação de dívidas do Fundo de Compensação de Variações Salariais – FCVS.

Como parte da reestruturação do sistema, foi promovida, junto com o PROEF, a criação em 2001 da Empresa Gestora de Ativos – EMGEA, empresa pública federal de natureza não-financeira, vinculada ao Ministério da Fazenda, instituída pelo Decreto nº. 3.848, de 26/06/2001, com base na autorização contida na Medida Provisória nº. 2.155, de 26/06/2001 – atual MP nº. 2.196-3, de 24/08/2001.

Ela surge com o propósito de adquirir bens e direitos da União e das demais entidades da Administração Pública Federal e com a missão de pro-

mover o restabelecimento do fluxo financeiro e equacionar em definitivo a inadimplência de seus ativos (financiamentos), buscando assim minimizar a necessidade de aporte de capital por parte do Tesouro Nacional.

Com a segregação dos financiamentos imobiliários mais antigos para a EMGEA (da CEF e de outros agentes financeiros), buscou o governo federal sanear o SFH, evitando o colapso de todo o sistema.

Os ativos cedidos à nova empresa pública, que representam, em sua grande maioria, financiamentos de difícil recebimento, podem ser objeto de revisão administrativa, de forma a permitir a retomada dos pagamentos pelos mutuários.

Conclusão

O SFH ainda se mostra incapaz de atender às necessidades habitacionais da população brasileira, sobretudo a de baixa renda.

Não obstante, o sistema também contribuiu para a recuperação da economia pela indução de investimentos maciços no setor da construção civil, alimentando a extensão das obras de saneamento e abastecimento de água.

Mas ainda permanece o desafio, também para os operadores do Direito, de trazer soluções adequadas e céleres para a questão da habitação, como forma de tornar eficaz a previsão constitucional de gozo de um direito a moradia digna.

Como bem observou Furtado

A pobreza no Brasil não resulta das disparidades entre o mundo rural e o mundo urbano, como na Índia, e sim da concentração de renda urbana. No mundo inteiro houve e há problemas de déficit habitacional. Mas todos os países em que houve e há políticas de financiamento da construção resolveram parcialmente, ou pelo menos evitaram o agravamento do problema. Em alguns países da Europa, e na Nova Zelândia, a habitação é uma meta social definida pelo governo. Desde os anos 1950 a França vem construindo as chamadas *habitations à loyer modéré* (HLM), casas e apartamentos de aluguel reduzidos; o déficit habitacional que havia no final da Segunda Guerra foi sanado em pouco mais de dez anos. Essa política de financiamento nos tem cruelmente faltado. O Banco da Habitação realizou muita coisa, mas foi fechado em meados dos anos 1980, sem uma crítica mais séria do que estava fazendo. Como era uma herança dos governos militares, havia contra ele uma opinião pública bastante desfavorável. Hoje se percebe que foi um erro ter acabado com esse banco, auxílio indispensável à solução do problema mais grave e de mais difícil solução no Brasil: a habitação.¹⁹

¹⁹ FURTADO, Celso. **Em busca de novo modelo**: reflexões sobre a crise contemporânea. 2.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002, p.17.

O crescimento do déficit habitacional do Brasil tem fortes origens na decadência do sistema de financiamento habitacional, por conta de desequilíbrios que se correlacionam diretamente com o recrudescimento inflacionário, o aumento das taxas de juros reais e com os erros de intervenção governamental.

Assim, as soluções propostas devem considerar o aspecto que a proteção ao SFH, ainda que esta se faça pela admissão da perda da propriedade imobiliária, pois em alguns casos, é coerente com a proteção ao direito social a moradia.

Referências

- ANGHER, Anne Joyce. (Org.) **Vade Mecum acadêmico de Direito**. 3.ed. São Paulo: Rideel, 2006.
- ARAGÃO, José Maria. **Sistema Financeiro da Habitação**: uma análise sociojurídica da gênese, desenvolvimento e crise do sistema. 3.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal. Fiador em Contrato de Locação e Penhorabilidade de Bem de Família. RE 407.688/SP. Rel. Ministro Cezar Peluso. **Informativo STF**. Brasília, nº. 415, 6 a 10 de fev. de 2006.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- FILHO, Ives Gandra da Silva Martins. Os Direitos Fundamentais e os Direitos Sociais na Constituição de 1988. **Revista LTR**. São Paulo, vol. 63, p.588-591, maio 1999.
- FURTADO, Celso. **Em busca de novo modelo: reflexões sobre a crise contemporânea**. 2.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.
- SILVA, JOSÉ AFONSO DA. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à Moradia e de Habitação**: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade. São Paulo: RT, 2004.

ANEXO I - Ementa do Acórdão do RE 407.688/SP

Supremo Tribunal Federal

EMENTA OFICIAL

FIADOR locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art. 3º, inc. VII, da Lei nº. 8.009/90, com a redação da Lei nº. 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da lei nº. 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº. 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da Republica.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência de Senhor Ministro NELSON JOBIM, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em conhecer e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencidos os Senhores Ministros EROS GRAU, CARLOS BRITO e CELSO DE MELLO, que lhe davam o provimento Votou o Presidente, Ministro NESLON JOBIM. O Ministro MARCO AUREUO fez consignar que entendia necessária a audiência da Procuradoria, tendo em vista a questão constitucional.

Brasília, 08 de fevereiro de 2006.
Cezar Peluso - Relator.

ANEXO II – Voto do Ministro César Peluso no RE 407.688/SP**Supremo Tribunal Federal****VOTO**

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - (Relator): Tenho por inconsistente o recurso.

Não me parece sólida a alegação de que a penhora do bem de família do recorrente violaria o disposto no art. 6º da Constituição da República, que, por força da redação introduzida pela EC nº. 26, de 15 de fevereiro de 2000, não teria recebido a norma do art. 3º, inc. VII, da Lei nº. 8.009, de 29/03/1990, a qual, com a redação da Lei nº. 8.245, de 18 de outubro de 1991, abriu exceção à impenhorabilidade do bem de família.

A regra constitucional enuncia direito social, que, não obstante suscetível de qualificar-se como direito subjetivo, enquanto compõe a espaço existencial da pessoa humana, "*independentemente da sua justiciabilidade e exequibilidade imediatas*", sua dimensão objetiva supõe provisão legal de prestações aos cidadãos, donde entrar na classe dos chamados "*direitos a prestações, dependentes da atividade mediadora dos poderes públicos*".¹

Isto significa que, em teoria, são várias, se não limitadas, as modalidades ou formas pelas quais O Estado pode, definindo-lhe o ob-

jeto ou o conteúdo das prestações possíveis, concretizar condições materiais de exercício do direito social à moradia. Ao propósito dos direitos sociais dessa estirpe, nota a doutrina:

"A multiplicidade de opções que se registra no âmbito da atividade prestacional social do Estado tende a ser, em tese, ilimitada e constitui, por si só, instigante tema para uma reflexão mais aprofundada. Mesmo assim foram efetuadas diversas tentativas de sistematizar as prestações sociais estatais relevantes a problemática dos direitos sociais, dentre as quais destacamos - pela sua plasticidade e abrangência - a proposta formada pelo publicista germânico Dieter Murswiek, que dividiu as prestações estatais (que podem, em princípio, constituir em objetos dos direitos sociais) em quatro grupos: a) prestações sociais em sentido estrito, tais como a assistência social, aposentadoria, saúde, fomento da educação e do ensino, etc.; b) subvenções materiais em geral, não previstas no item anterior; c) prestações de cunho existencial no âmbito da providência social (*Daseinsvorsorge*), como a utilização de bens públicos e instituições, além do fornecimento de gás, luz, água, etc.; d) participação em bens comunitários que não se enquadram no item anterior, como, por exemplo, a participação (no sentido de quota-parte), em recursos naturais de domínio público.

¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3.ed. Coimbra: Almeida, p.446, C, I, e 447-448

O que se percebe, com base na sistematização proposta, é que os diversos direitos sociais prestacionais podem apresentar um vínculo diferenciado em relação às categorias de prestações estatais referidas (direito ao trabalho, assistência social, aposentadoria, educação, saúde, moradia, etc.). Quais as diferentes espécies de prestações efetivamente irão constituir o objeto dos direitos sociais dependerá de seu reconhecimento e previsão em cada ordem constitucional, bem como de sua concretização pelo legislador, mesmo onde o Constituinte renunciar à positivação dos direitos sociais prestacionais. Importante é a constatação de que as diversas modalidades de prestações referidas não constituem um catálogo hermetico e insustentável de expansão, servindo, além disso, para ressaltar uma das diferenças essenciais entre os direitos de defesa e os direitos sociais (a prestações), já que estes, em regra, reclamam uma atuação positiva do legislador e do Executivo, no sentido de implementar a prestação que constitui o objeto do direito fundamental".²

Daí se vê logo que não repugna a ordem constitucional que o direito social de moradia - o qual, é bom observar, se não confunde, necessariamente, com *direito à propriedade imobiliária* ou *direito de ser proprietário de imóvel* - pode, sem prejuízo doutras alternativas conformadoras, reputar-se, em certo sentido, implementado por norma jurídica que estimule ou favoreça o incremento da oferta de imóveis para fins de locação

habitacional, mediante previsão de reforço das garantias contratuais dos locadores.

A vigente Constituição portuguesa é, aliás, ilustrativa ao propósito, ao dispor, no n.º 2 do art. 65º:

"2. Para se assegurar o direito à habitação, incumbe o Estado:

(...)

c) Estimular a construção privada, com subordinação ao interesse geral, e o acesso à habitação própria ou arrendada". (Grifei)

A respeito, não precisaria advertir que um dos fatores mais agudos de retração e de dificuldades de acesso do mercado de locação predial está, por parte dos candidatos locatários, na falta absoluta, na insuficiência ou na onerosidade de garantias contratuais licitamente exigíveis pelos proprietários ou possuidores de imóveis de aluguel. Nem, tampouco, que acudir a essa distorção, facilitando celebração dos costumes e com isso realizando, num dos seus múltiplos modos de positivação e de realização histórica, o direito social de moradia, é a própria *ratio legis* da exceção prevista no art. 3º, inc. VII, da lei n.º 8.009, de 1990. São coisas óbvias, e intuitivas.

Dai, só poder conceber-se acertada, em certo limite, a postura de quem vê, na penhorabilidade de imóvel do fiador, regra hostil ao art. 6º da Constituição da República, em "*havendo outros meios de assegurar o pagamento do débito*",³ porque essa constitui a única hipótese em que, perdendo, diante de particular circunstância do caso, a função prática de servir à prestação de garantia exclusiva das obrigações do locatário e, como tal, de condição

² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.279.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p.324.

necessária da locação, a aplicação da regra contradiria o propósito e o alcance normativo. Aí, não indicaria, não porque, na sua generalidade e eficácia, seja desconforme com a Constituição, senão porque o fato (*fattispecie* concreta) é que se lhe não afeioaria ao modelo normativo (*fattispecie* abstrata).

Ou, noutros termos, a norma de-veras comporta redução teleológica que, para a acomodar à tutela constitucional do direito social de moradia, na dupla face de resguardo simultâneo a direito subjetivo do fiador ao bem de família e, por viés, a análogo direito do locatário à habitação, exclua do seu programa normativo, sem mudança alguma do texto legal, certa *hipótese de aplicação*, qualificada pela existência de outro ou outros meios capazes de assegurar o pagamento forçado de todo o crédito do locador. A essa construção, no plano do dogmático, corresponde o conceito puro de declaração de *nulidade, sem redução de texto*.⁴ Mas não deixa de expressar também o *caráter negativo* da eficácia do direito social do fiador, visto como poder de defesa contra agressão a *posição jurídica* redutível ao seu âmbito de proteção.⁵

Mas não é caso dessa redução, porque aqui não se alega nem consta estejam disponíveis outras garantias ao crédito exequendo.

Nem parece, por fim, curial invocar-se de ofício o princípio isonômico, assim porque se patenteia diversidade de situações

factuais e de vocações normativas - a expropriabilidade do bem do fiador tende, posto que por via oblíqua, também a proteger o direito social de moradia, protegendo direito inerente à condição de locador, não um qualquer direito de crédito -, como porque, como bem observou JOSE EDUARDO FARRIA, "*os direitos sociais não configuram um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento uniforme; são, isto sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios*".⁶

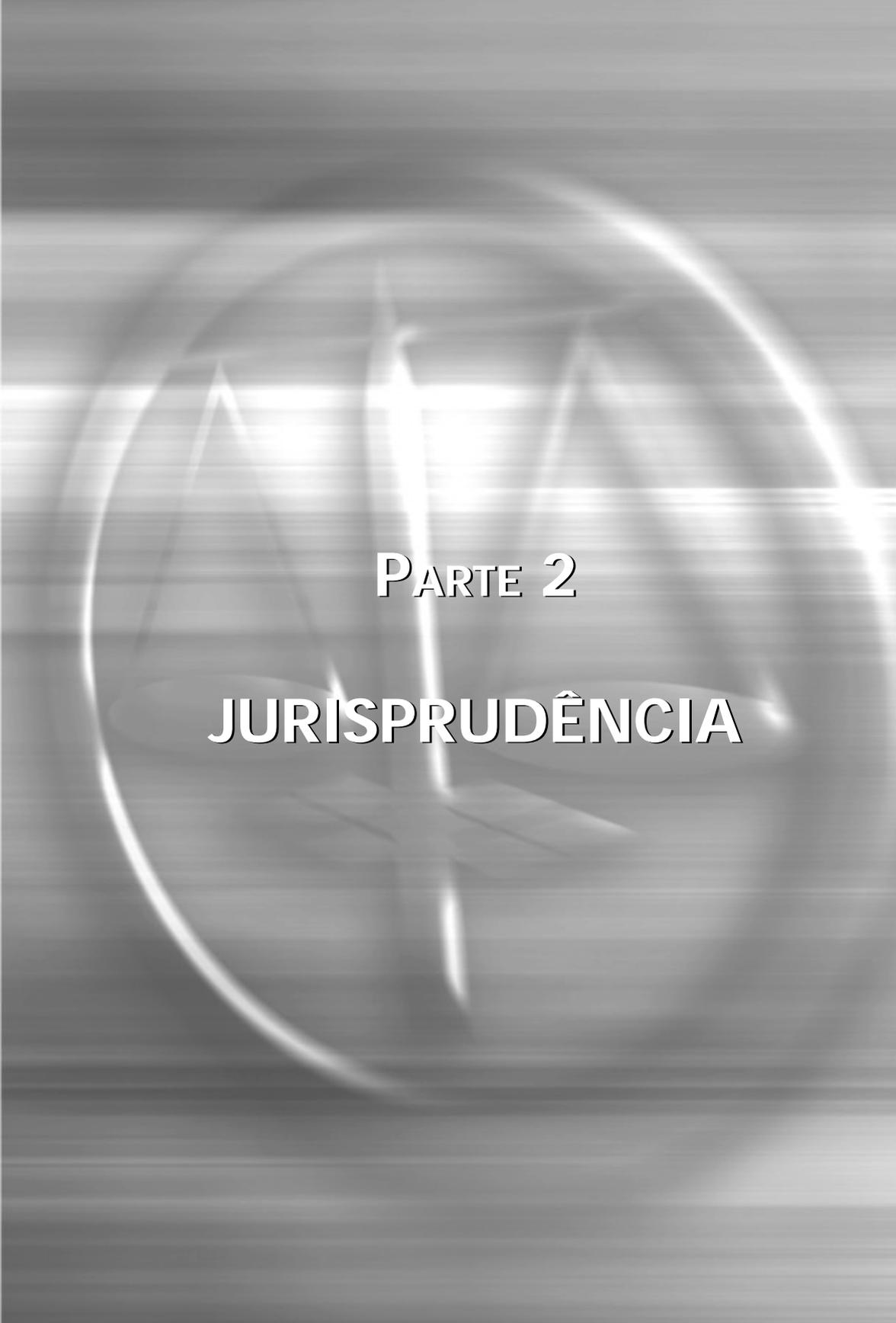
Não admira, portanto, que, no registro e na modelação concreta do mesmo direito social, se preordene a norma subalterna a tutelar, mediante estímulo de acesso à habitação arrendada - para usar as termos da Constituição lusitana -, o direito de moradia de uma classe ampla de pessoas (interessadas na locação), em dano de outra de menor espectro (a dos fiadores proprietários de um só imóvel, enquanto bem de família, os quais não são obrigados a prestar fiança). Castrar essa técnica legislativa, que não pré-exclui ações estatais concorrentes doutra ordem, romperia equilíbrio do mercado, despertando exigência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais, com conseqüente desfalque do campo de abrangência do próprio direito constitucional à moradia.

Do exposto, nego provimento ao recurso extraordinário.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. In.: MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Yves Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2001, p.301.

⁵ CANOTILHO. *Op. cit.*, p.446.

⁶ **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. Apud SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p.278.



PARTE 2

JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal

Mandado de Segurança. Tribunal de Contas da União. Banco Central do Brasil. Sigilo Bancário. Lei Complementar nº. 105/01.

EMENTA OFICIAL

Mandado de Segurança. Tribunal de Contas da União. Banco Central do Brasil. Operações financeiras. Sigilo.

1. A Lei Complementar nº. 105, de 10/01/2001, não conferiu ao Tribunal de Contas da União poderes para determinar a quebra do sigilo bancário de dados constantes do Banco Central do Brasil. O Legislador conferiu esses poderes ao Poder Judiciário (art. 3º), ao Poder Legislativo Federal (art. 4º), bem como às Comissões Parlamentares de Inquérito, após prévia aprovação do pedido pelo Plenário da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do plenário de suas respectivas comissões parlamentares de inquérito (§§ 1º e 2º do art. 4º).

2. Embora as atividades do TCU, por sua natureza, verificação de contas e até mesmo o julgamento das contas das pessoas enumeradas no artigo 71, II, da Constituição Federal, justifiquem a eventual quebra de sigilo, não houve essa determinação na lei específica que tratou do tema, não cabendo a interpretação extensiva, mormente porque há princípio constitucional que protege a intimidade e a vida privada, art. 5º, X, da Constituição Federal, no qual está inserida a garantia ao sigilo bancário.

3. Ordem concedida para afastar as determinações do acórdão nº.

72/96 - TCU - 2ª Câmara (fl. 31), bem como as penalidades impostas ao impetrante no Acórdão nº. 54/97 - TCU - Plenário.

ACÓRDAO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência da Sra. Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conceder a segurança.

Brasília, 17 de dezembro de 2007.

Ministro Menezes Direito - Relator.

MS 22.801-6/DF. DJE 14/03/2008.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Mandado de Segurança impetrado pelo Banco Central do Brasil contra ato do Tribunal de Contas da União, que no exercício de suas atribuições constitucionais, ao proceder auditoria na prestação de contas do impetrante, relativa ao exercício de 1995, determinou ao Banco Central do Brasil (Decisão nº. 21/96) que adotasse "*as providências necessárias, com vistas a disponibilizar, aos servidores devidamente credenciados pelo Presidente do Tribunal de Contas da*

União, o acesso, via terminal eletrônico de dados, às transações do Sistema de Informações do Banco Central - SISBACEN de potencial interesse ao controle extremo especificadas no Anexo III do presente processo, com as alterações ali propostas" (fl. 29). Também insurgiu-se o impetrante contra a aplicação de multa, pela mesma autoridade coatora, devido ao não-cumprimento da determinação acima exposta, ao Sr. Gustavo Jorge Laboissière Loyola, Presidente do Banco Central do Brasil à época, "prevista no art. 58, inciso IV, da Lei nº. 8.443/92, no valor de R\$ 4.900,00 (quatro mil e novecentos reais), fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da ciência, para que efetue e comprove o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional", autorizando, "nos termos do art. 28, inciso II, da citada lei, a cobrança judicial da dívida, caso não atendida a notificação" e determinando "ao Banco Central do Brasil o exato cumprimento, no prazo de 15 (quinze) dias, da Decisão nº. 021/96 - TCU - 2ª Câmara, proferida na Sessão de 08/02/1996 (Ata nº. 4/96), informando que o não atendimento dessa determinação sujeitará o responsável ao afastamento temporário do exercício de suas funções previsto no art. 44 da Lei nº. 8.443/92" (fl. 53).

Afirma o impetrante:

"O Banco Central como de praxe, examinou minuciosamente tais solicitações, inclusive mediante manifestação, em cada caso, de sua Procuradoria-Geral, sempre buscando viabilizar o atendimento. Como ocorrera anteriormente, muitos dos pedidos foram efetivamente atendidos, conforme de-

monstra o mesmo doc. nº. 04 e o relatório alusivo à disponibilização de 'transações' do SISBACEN (doc. nº. 05). Entendeu a Autarquia, contudo, estar impossibilitada de atender à totalidade das requisições, por três razões fundamentais: 1ª) algumas das transações, na área do Departamento de Pessoal, eram de interesse e consulta pessoal de cada servidor da Autarquia; 2ª) certas transações, a cargo de diversas Unidades, permitiriam inclusões, exclusões ou alterações das bases de dados, sendo, assim, consideradas 'transações de segurança', por isso mesmo de acesso restrito a um número limitado de funcionários, especificamente selecionados e qualificados; 3ª) algumas transações não poderiam ser divulgadas em função das normas que disciplinam o sigilo bancário" (fl. 6).

Sustenta que o ato coator "encontra-se eivado de injuridicidade e fere frontalmente o direito líquido e certo dos Impetrantes" (fl. 11).

Aduz que:

"(...)

16. A legislação em que se amparam os Impetrantes e que impede, no seu entendimento (confirmado pela Advocacia-Geral da União no mencionado parecer GQ-110), acesso irrestrito do TCU as informações protegidas pelo sigilo bancário, e, como notório, o art. 38 da Lei nº. 4.595, de 31/12/1964 (...).

.....

19. O Poder Legislativo Federal esta beneficiado por uma das exceções legais, em duas situações: (1) pedidos de informações da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal REFERENTES A INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS PÚBLICAS (art. 38, § 2º); (2) pedidos de informa-

ções formulados por comissões parlamentares de inquérito (art. 38, § 3º). Em qualquer caso, há necessidade do cumprimento de certas formalidades (art. 38, § 4º: aprovação pelo Plenário das Casas Legislativas ou pela maioria dos membros de CPI). O TCU não foi mencionado como possível beneficiário das exceções ao dever de sigilo bancário. Restaria, pois, indagar: primeiro, se estaria compreendido, implicitamente, em alguma daquelas exceções; segundo, a razão pela qual não foi contemplado como beneficiário daquelas exceções, ao menos expressamente.

20. Muito já se escreveu acerca da natureza e das funções do TCU, sem que se tenha chegado a entendimento uniforme. Parece certo, porém, conforme a grande maioria dos doutrinadores (dentre outros, PONTES DE MIRANDA, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, J. CRETELLA JR., HELY LOPES MEIRELLES, OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, GU/MARÃES MENEGALE, JOSÉ AFONSO DA SILVA), que a Corte de Contas, embora auxiliar do Poder Legislativo, dele não faz parte, como também não integra o Poder Judiciário. De todo modo, a teor do art. 38 da Lei nº. 4.595, parece bem claro que ali não se inclui o TCU, nem mesmo implicitamente, sendo, portanto, negativa a resposta à primeira indagação suscitada.

.....

25. Tais disposições constitucionais estão incorporadas à Lei nº. 8.443/92 (Lei Orgânica do TCU), como nos arts. 1º, 4º, 5º, 19, 23, 38 e 45. Não é preciso, no entanto, descer às particularidades dessa lei; a partir dos mandamentos consti-

tucionais citados, fica muito claro que as funções do TCU dizem respeito, exclusivamente, aos órgãos públicos, aos agentes públicos, aos bens públicos, genérica e amplamente consideradas essas expressões. Não se vislumbra, pois, em todos os dispositivos constitucionais e legais, permissão para que o TCU, ainda que no curso de auditorias ou inspeções no Banco Central, possa ter acesso a informações protegidas por sigilo bancário, sobretudo, repita-se, aquelas referentes a operações de instituições financeiras privadas. E aí está, certamente, a razão maior pela qual o TCU não foi contemplado dentre as exceções do art. 38 da Lei 4.595, como possível receptor de informações protegidas pelo sigilo bancário.

26. Pelo exposto, não podem os Impetrantes ser coagidos a prestar ao TCU as informações requeridas e outras da espécie, como, por exemplo, aquelas referentes às operações de instituições financeiras entre si, no chamado 'interbancário', às contras de Reservas Bancárias e aos relatórios de fiscalização dessas mesmas instituições e outras, análogas, que, além de sujeitas ao dever de segredo, não se inserem, como demonstrado, na esfera de competência daquela Corte de Contas.

27. Seria de aditar que a ameaça ao Segundo Impetrante de afastamento cautelar do cargo é ilegal, quer porque decorrente de ordem igualmente ilegal, quer, sobretudo, pela flagrante inconstitucionalidade do artigo 44 da Lei nº. 8.443/92 inconstitucionalidade que pode e deve ser declarada, **incidenter tantum**, por esse Excelso Tribunal.

28. Com efeito, a norma em causa comete ao TCU atribuição reser-

vada com exclusividade à Autarquia Impetrante, integrante do Poder Executivo, pois somente a esta cabe afastar ou suspender seus servidores, isto após a instauração do necessário processo administrativo. Da mesma forma, a demissão de servidor somente pode ser efetuada pelo órgão que o admitiu - e de conformidade com os procedimentos previstos na Lei nº. 8.112/90 -, ressalvados casos excepcionais, como, por exemplo, os de demissão decorrente de sentença penal.

29. No caso, o Segundo Impetrante, além de servidor concursado do Banco Central, exerce cargo de nomeação privativa pelo Presidente da República, após aprovação da escolha pelo Senado Federal, nos termos dos artigos 84, XIV, e 52, III, 'd' da Constituição. A norma legal questionada violaria, assim, o disposto no art. 2º da Constituição, que assegura a independência e a harmonia dos poderes da União, do qual decorre a proibição de interferência de um Poder em outro, salvo disposição expressa da própria Constituição.

.....

30. A luz dos fatos e do Direito expostos e ante a grave ameaça de lesão a direito dos Impetrantes, resta indubitavelmente demonstrado o cabimento do **mandamus**, uma vez que reunidos os pressupostos necessários. De realçar que o direito líquido e certo decorre do dever legal imposto aos Impetrantes de manter em sigilo as informações solicitadas e, assim, não as fornecer ao TCU, sob pena de cometerem infração penal, severamente punida. Ademais, esse entendimento foi confirmado pela Advocacia-Geral da União, sendo dever dos

Impetrantes a obrigatória observância de tal orientação, nos termos dos arts. 40, § 1º, e 41 da Lei Complementar nº. 73" (fls. 11 a 20).

Despacho do Ministro Relator concedendo a medida liminar "para, até final julgamento da presente ação mandamental, suspender a eficácia e execução da decisão emanada do E. Tribunal de Contas da União (fls. 53/59), consubstanciada no Acórdão nº. 054/97 (TCU - Plenário), 'para que os Impetrantes (...) não sejam obrigados a prestar as informações requisitadas' (fls. 24, nem se exponha, o Presidente do Banco Central do Brasil, à possibilidade de afastamento cautelar e temporário do cargo que ocupa (Lei nº. 8.443/92, art. 44), ficando sustado, ainda, qualquer procedimento - de índole administrativa - ou de caráter judicial - tendente a cobrar a multa a que se refere o art. 58, IV, da Lei nº. 8.443/92" (fls. 69 a 70).

Informações prestadas pela autoridade coatora, argüindo, em suma, que o Tribunal de Contas da União atuou nos limites da competência que lhe foi conferida pela Carta Constitucional e em observância aos preceitos jurídicos e legais vigentes. Afirmou a autoridade coatora, ainda, que "o objeto da fiscalização do Tribunal não é a situação econômica e financeira dos contribuintes nem a natureza e o estado dos seus negócios, mas exclusivamente a atividade administrativa do órgão auditado" (fl. 85).

Parecer do Ministério Público Federal no sentido de que seja concedido o mandado de segurança (fls. 331 a 337).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

A discussão posta nos autos refere-se à auditoria feita pelo Tribunal de Contas da União nas contas do Banco Central do Brasil, exercício de 1995, na pessoa do Presidente da autarquia à época, Gustavo Jorge Laboissière Loyola. Discute-se a extensão dos poderes constitucionais conferidos ao Tribunal de Contas da União, se estaria legitimado a determinar que o Banco Central do Brasil disponibilize os dados armazenados no Sistema de Informações sujeitos a sigilo bancário.

O Banco Central do Brasil relata que sempre apresentou ao TCU prestações de contas anuais, além das informações solicitadas pela Corte de Contas, no curso de rotineiras auditorias e inspeções.

O acesso ao Sistema "SISBACEN", contudo, foi negado ao TCU, tendo em vista que "algumas das transações, na área do Departamento de Pessoal, eram de interesse e consulta pessoal de cada servidor da Autarquia", "certas transações, a cargo de diversas Unidades, permitiriam inclusões, exclusões ou alterações das bases de dados, sendo, assim, consideradas 'transações de segurança', por isso mesmo de acesso restrito a um número limitado de funcionários, especificamente selecionados e qualificados" e, ainda, "algumas transações não poderiam ser divulgadas em função das normas que disciplinam o sigilo bancário" (fl. 6).

Após a negativa de acesso ao "SISBACEN", o Tribunal de Contas da União aplicou ao então Presi-

dente do Banco Central do Brasil a multa prevista no artigo 58, IV, da Lei nº. 8.443/92 no valor de R\$ 4.900,00 (quatro mil e novecentos reais), informando, ainda, que a insistência no não-atendimento da determinação sujeitaria o responsável ao afastamento temporário do exercício de suas funções previsto no artigo 44 da Lei nº. 8.443/92 (fl. 53).

A competência do Tribunal de Contas da União está definida no artigo 71 da Constituição Federal, no que interessa ao caso presente, precipuamente os incisos II e IV do referido artigo. Vejamos o teor dos referidos dispositivos:

"Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

.....
II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativos, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II".

Já o artigo 44 da Constituição Federal estabelece que o "Poder

Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal".

O Tribunal de Contas da União, assim, atua como órgão auxiliar no controle externo, a cargo do Congresso Nacional, da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta.

A Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (8.443/92) por sua vez, no que interessa ao caso em tela, dispõe:

"Art. 1º. Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta lei:

I - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos das unidades dos poderes da União e das entidades da administração indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário;

Art. 3º. Ao Tribunal de Contas da União, no âmbito de sua competência e jurisdição, assiste o poder regulamentar, podendo, em consequência, expedir atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos, obrigando ao seu cumprimento, sob pena de responsabilidade.

Art. 5º. A jurisdição do Tribunal abrange:

I - qualquer pessoa física, órgão ou entidade a que se refere o inciso I do art. 1º desta lei, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta assumas obrigações de natureza pecuniária;

Art. 6º. Estão sujeita à tomada de contas e, ressalvado o disposto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, só por decisão do Tribunal de Contas da União podem ser liberadas dessa responsabilidade as pessoas indicadas nos incisos I a VI do art. 5º desta lei.

Art. 7º. As contas dos administradores e responsáveis a que se refere o artigo anterior serão anualmente submetidas a julgamento do Tribunal, sob forma de tomada ou prestação de contas, organizadas de acordo com normas estabelecidas em instrução normativa.

Art. 38. Compete, ainda, ao Tribunal:

I - realizar por iniciativa da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e nas entidades da administração indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal;

Art. 41. Para assegurar a eficácia e controle e para instruir o julgamento das contas, o Tribunal efetuara a fiscalização dos atos de

que resulte receita ou despesa, praticados pelos responsáveis sujeitos a sua jurisdição, competindo-lhe, para tanto, em especial:

.....
II - realizar, por iniciativa própria, na forma estabelecida no regimento interno, inspeções e auditorias de mesma natureza que as previstas no inciso I do art. 38 desta lei;

.....
Art. 43. Ao proceder à fiscalização de que trata este capítulo, o Relator ou o Tribunal:

.....
II - se verificar a ocorrência de irregularidade quanta à legitimidade ou economicidade, determinará a audiência do responsável para, no prazo estabelecido no regimento interno, apresentar razões de justificativa.

Parágrafo único. Não elidido o fundamento da impugnação, o Tribunal aplicará ao responsável a multa prevista no inciso III do art. 58 desta lei.

Art. 44. No início ou no curso de qualquer apuração, o Tribunal, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, determinará, cautelarmente, o afastamento temporário do responsável, se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao erário ou inviabilizar o seu ressarcimento.

.....
Art. 104. Os ordenadores de despesas dos órgãos da administração direta, bem assim os dirigentes das entidades da administração indireta, fundações e quaisquer servidores responsáveis por atos de que resulte despesa pública remeterão

ao Tribunal de Contas da União por solicitação do Plenário ou de suas Câmaras, cópia das suas declarações de rendimentos e de bens.

§ 1º. O descumprimento da obrigação estabelecida neste artigo ensejará a aplicação da multa estabelecida no art. 58 desta lei, pelo Tribunal, que manterá em sigilo o conteúdo das declarações apresentadas e poderá solicitar os esclarecimentos que entender convenientes sobre a variação patrimonial dos declarantes.

§ 2º. O sigilo assegurado no parágrafo anterior poderá ser quebrado por decisão do Plenário, em processo no qual fique comprovado enriquecimento ilícito por exercício irregular da função pública."

O artigo 38 da lei nº. 4.595/64, que regulava o sigilo das operações ativas e passivas e os serviços prestados pelas instituições financeiras, foi revogado pela lei Complementar nº. 105, de 10/01/2001, que dispõe especificamente quanto ao sigilo das operações de instituições financeiras. Referida Lei Complementar, também no que interessa ao caso presente, esta assim redigida:

"Art. 1º. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§ 1º. São consideradas instituições financeiras, para os efeitos desta Lei Complementar:

I - os bancos de qualquer espécie;

.....
§ 3º. Não constitui violação do dever de sigilo:

.....
VI - a prestação de informações nos termos e condições estabeleci-

dos nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9 desta Lei Complementar.

§ 4º. A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando, necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes:

.....
V - contra o sistema financeiro nacional;

VI - contra a Administração Pública;

.....
Art. 2º. O dever de sigilo e extensivo ao Banco Central do Brasil, em relação às operações que realizar e às informações que obtiver no exercício de suas atribuições.

.....
Art. 3º. Serão prestadas pelo Banco Central do Brasil, pela Comissão de Valores Mobiliários e pelas instituições financeiras as informações ordenadas pelo poder Judiciário, preservado o seu caráter sigiloso mediante acesso restrito às partes, que delas não poderão servir-se para fins estranhos à lide.

.....
Art. 4º. O Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários, nas áreas de suas atribuições, e as Instituições financeiras fornecerão ao Poder Legislativo Federal as informações e os documentos sigilosos que, fundamentadamente, se fizerem necessários ao exercício de suas respectivas competências constitucionais e legais.

§ 1º. As comissões parlamentares de Inquérito, no exercício de sua competência constitucional e legal de ampla investigação, obterão as informações e documentos

sigilosos de que necessitarem, diretamente das instituições financeiras, ou por intermédio do Banco Central do Brasil ou da Comissão de Valores Mobiliários.

§ 2º. As solicitações de que trata este artigo deverão ser previamente aprovadas pelo Plenário da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, ou do plenário de suas respectivas comissões parlamentares de inquérito.

.....
Art. 11. O servidor que utilizar ou viabilizar a utilização de qualquer informação obtida em decorrência da quebra de sigilo de que trata esta Lei Complementar responde pessoal e diretamente pelos danos decorrentes, sem prejuízo da responsabilidade objetiva da entidade pública, quando comprovado que o servidor agiu de acordo com orientação oficial.

.....
Art. 13. Revoga-se o art. 38 da Lei nº. 4.595, de 31 de dezembro de 1964."

Como se vê dos artigos transcritos, referida Lei Complementar não conferiu ao Tribunal de Contas da União poderes para determinar a quebra do sigilo bancário de dados constantes do Banco Central do Brasil. O legislador conferiu esses poderes ao Poder Legislativo Federal (art. 4º), bem como às Comissões Parlamentares de Inquérito, após prévia aprovação do pedido pelo Plenário da Câmara dos Deputados do Senado Federal ou do plenário de suas respectivas comissões parlamentares de inquérito (§§ 1º e 2º do art. 4º).

Verifica-se, ainda, que a Lei Complementar em questão foi exaustiva acerca da matéria. Nessa

hipótese, embora as atividades do TCU, por sua natureza, verificação de contas e até mesmo o julgamento das contas das pessoas enumeradas no artigo 71, II, da Constituição Federal, justifiquem a eventual quebra de sigilo, não houve essa determinação na lei específica que tratou do tema, não cabendo a interpretação extensiva, mormente porque há princípio constitucional que protege a intimidade e a vida privada, art. 5º, X, da Constituição Federal, no qual está inserida a garantia ao sigilo bancário.

Esclareço, ainda, que não se trata de sobrepor o interesse particular ao interesse público, mas, tão somente, aplicar a legislação pertinente ao tema "sigilo das operações financeiras", tendo a Lei Complementar tratado exaustivamente da questão, prevendo a possibilidade de quebra do sigilo bancário por determinação do Poder Judiciário (art. 3º), do Poder Legislativo Federal (art. 4º), bem como às Comissões Parlamentares de Inquérito, após prévia aprovação do pedido pelo Plenário da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do plenário de suas respectivas comissões parlamentares de inquérito (§§ 1º e 2º do art. 4º).

Cumprе ressaltar que referida Lei Complementar nº. 105, de 10/01/2001, que regulamentou, específica e exaustivamente, a questão "sigilo das operações financeiras", é posterior à Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, nº. 8.443, de 16/07/1992.

A matéria em debate, portanto, está regulada pela Lei Complementar nº. 105/01, que não conferiu poderes ao Tribunal de Contas da União para determinar a que-

bra do sigilo bancário junto ao Banco Central do Brasil.

Assim, a relevância do controle exercido pelo Tribunal de Contas da União autoriza o pedido de informações. Todavia, no caso, as informações de acesso irrestrito no sistema "SISBACEN" conduz a quebra de sigilo bancário, o que a legislação de regência, como antes deduzido, não autoriza.

Do exposto, concedo a segurança para afastar as determinações do Acórdão nº. 72/96 - TCU - 2ª Câmara (fl. 31), bem como as penalidades impostas ao impetrante no Acórdão nº. 54/97 - TCU - Plenário.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Entendo, na linha de votos por mim proferidos no MS 21.729/DF, de que foi Relator originário o eminente Ministro MARCO AURÉLIO, e no Inq. 2.245/MG, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, que não assiste, ao Tribunal de Contas da União (tanto quanto ao Ministério Público), o poder de requisitar, por autoridade própria, não só ao Banco Central, mas a qualquer instituição financeira, a quebra do sigilo bancário.

A controvérsia instaurada na presente causa mandamental **suscita** algumas **reflexões** em torno do tema **pertinente** ao alcance da norma inscrita no art. 5º, X e XII, da Constituição, que, ao consagrar a **tutela jurídica da intimidade**, dispõe que "**são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (...)**" (grifei).

Como se sabe, **o direito à intimidade** - que representa impor-

tante manifestação dos direitos da personalidade - qualifica-se como expressiva **prerrogativa** de ordem jurídica que consiste em reconhecer, **em favor da pessoa**, a existência de um **espaço indevassável** destinado a **protegê-la** contra **indevidas** interferências de terceiros na esfera de sua vida privada.

Daí correta advertência feita por CARLOS ALBERTO DI FRANCO, **para quem** "*Um dos grandes desafios da sociedade moderna é a preservação do direito à intimidade. Nenhum homem pode ser considerado verdadeiramente livre, se não dispuser de garantia de inviolabilidade da esfera de privacidade que o cerca*".

Por isso mesmo, **a transposição arbitrária**, para o domínio público, de questões meramente pessoais, **sem** qualquer reflexo no plano dos interesses sociais, **tem significado de grave transgressão** ao postulado constitucional que protege o direito a intimidade (**MS 23.669-MC/DE**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), **pois** este, **na abrangência** de seu alcance, representa o "*direito de excluir, do conhecimento de terceiros, aquilo que diz respeito ao modo de ser da vida privada*" (HANNAH ARENDT).

É certo que a garantia constitucional da intimidade **não tem** caráter absoluto. **Na realidade**, como já decidi esta Suprema Corte, "*Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos*

órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição" (**MS 23.452/RJ**, Rel. Min. CELSO DE MELLO). **Isso não significa**, contudo, **que o estatuto constitucional das liberdades públicas** - nele compreendida a garantia fundamental das intimidades - **possa ser arbitrariamente desrespeitado** por qualquer órgão do Poder Público.

Nesse contexto, **põe-se em evidência** a questão pertinente **ao sigilo bancário**, que, ao dar expressão concreta a **uma** das dimensões em que se projeta, **especificamente**, a garantia constitucional da privacidade, **protege** a esfera de **intimidade financeira** das pessoas.

Embora o sigilo bancário, **também ele, não tenha** caráter absoluto (**RTJ 148/366**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - **MS 23.452/RJ**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), **deixando de prevalecer**, por isso mesmo, **em casos excepcionais**, diante **de exigências** impostas pelo interesse público (SERGIO CARLOS COVELLO, "**O Sigilo Bancário como Proteção à Intimidade**", "*in*" Revista dos Tribunais, vol. 648/27), **não se pode desconsiderar**, no exame dessa questão, que o sigilo bancário **reflete** uma expressiva **projeção** da garantia fundamental da intimidade - **da intimidade financeira** das pessoas, em particular -, **não se expondo**, em consequência, **enquanto valor constitucional que é** (VÂNIA SICILIANO AIETA, "**A Garantia da Intimidade como Direito Fundamental**", p.143/147, 1999, *Lumen Juris*), a in-

tervenções estatais **ou** a intrusões do Poder Público **desvestidas** de causa provável **ou destituídas** de base jurídica idônea.

Tenho insistentemente salientado, em decisões várias **que já proferi** nesta Suprema Corte, **que a tutela jurídica** da intimidade constitui - **qualquer** que seja a dimensão em que se projete - **uma das expressões mais significativas** em que se pluralizam os direitos da personalidade. **Trata-se** de valor constitucionalmente assegurado (CF, art. 5º, X), **cujas proteções normativas** busca erigir e reservar, **sempre em favor do indivíduo** - e contra a ação expansiva do arbítrio do Poder Público - **uma esfera de autonomia** intangível e indevassável pela atividade desenvolvida pelo aparelho de Estado.

O magistério doutrinário, **bem por isso**, tem acentuado que o sigilo bancário - **que possui** extração constitucional **reflete**, na concreção do seu alcance, **um direito fundamental** da personalidade, **expondo-se**, em consequência, **à proteção jurídica** a ele dispensada pelo ordenamento positivo do Estado.

O eminente Professor ARNOLDO WALD, **em precisa abordagem** do tema, **expendeu** lúcidas considerações **a respeito** dessa questão, **destacando a essencialidade** da tutela constitucional na proteção político-jurídica da intimidade pessoal e da liberdade individual:

*"Se podia haver dúvidas no passado, quando as Constituições brasileiras não se referiam especificamente à proteção da intimidade, da vida privada e do sigilo referentes aos **dados** pessoais, é eviden-*

te que, diante do texto constitucional de 1988, tais dúvidas não mais existem quanto à proteção do sigilo bancário como decorrência das normas da lei magna.

*Efetivamente, as Constituições Brasileiras anteriores à de 1988, não só não asseguravam o direito à privacidade como também, quando tratavam do sigilo, limitavam-se a garanti-lo em relação à correspondência e às comunicações telegráficas e telefônicas, não se referindo ao sigilo em relação aos **papéis** de que tratam a Emenda nº. IV à Constituição Americana, a Constituição Argentina e leis fundamentais de outros países. Ora, foi em virtude da referência aos **papéis** que tanto o direito norte-americano quanto o argentino concluíram que os documentos bancários tinham proteção constitucional.*

*Com a revolução tecnológica, os 'papéis' se transformaram em 'dados' geralmente armazenados em computadores ou fluindo através de impulsos eletrônicos, ensejando enormes conjuntos de informações a respeito das pessoas, numa época em que todos reconhecem que a informação é poder. **A computadorização da sociedade exigiu uma maior proteção à privacidade, sob pena de colocar o indivíduo sob contínua fiscalização do Governo, inclusive nos assuntos que são do exclusivo interesse da pessoa. Em diversos países, leis especiais de proteção contra o uso indevido de dados foram promulgadas e, no Brasil, a inviolabilidade dos dados individuais, qualquer que seja a sua origem, forma e finalidade, passou a merecer a proteção cons-***

titucional em virtude da referência expressa que a eles passou a fazer o inciso XII do art. 5º, modificando, assim, a posição anterior da nossa legislação, na qual a indevassabilidade em relação a tais informações devia ser construída com base nos princípios gerais que asseguravam a liberdade individual, podendo até ensejar interpretações divergentes ou contraditórias.

Assim, agora em virtude dos textos expressos da Constituição e especialmente da interpretação sistemática dos incisos X e XII do art. 5º da CF, ficou evidente que a **proteção ao sigilo bancário adquiriu nível constitucional**, impondo-se ao legislador, o que, no passado, podia ser menos evidente."

("Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas", vol. 1/206, 1992, RT - grifei)

O direito à inviolabilidade dessa franquia individual - **que constitui** um dos núcleos básicos em que se desenvolve, em nosso País, o regime das liberdades públicas - **ostenta**, no entanto, caráter meramente relativo. **Não assume nem se reveste** de natureza absoluta. **Cede**, por isso mesmo, **e sempre em caráter excepcional**, às exigências impostas **pela preponderância axiológica e jurídico-social** do interesse público.

A **pesquisa** da verdade, **nesse contexto**, constitui um dos princípios dominantes e fundamentais no processo de "**disclosure**" das operações celebradas no âmbito das instituições financeiras. **Essa busca** de elementos informativos - **elementos** estes que compõem o quadro de dados probatórios essenciais para que o Estado desenvolva **regularmente** suas atividades e

realize os fins institucionais a que se acha vinculado -, **sofre os necessários condicionamentos** que a ordem jurídica impõe à ação do Poder Público.

Tenho enfatizado, por isso mesmo, **que a quebra** do sigilo bancário - **ato que se reveste de extrema gravidade jurídica** - **só** deve ser decretada, **e sempre em caráter de absoluta excepcionalidade**, quando existentes **fundados** elementos que justifiquem, a partir de um critério essencialmente apoiado na prevalência do interesse público, a **necessidade** da revelação dos dados pertinentes às operações financeiras ativas e passivas resultantes da atividade desenvolvida pelas instituições bancárias.

A **relevância** do direito ao sigilo bancário - **que traduz** uma das projeções realizadoras do direito à intimidade - **impõe**, por isso mesmo, **cautela e prudência** ao poder Judiciário na determinação **da ruptura** da esfera de privacidade individual que o ordenamento jurídico, **em norma de salvaguarda**, pretendeu submeter à cláusula tutelar de reserva constitucional (CF, art. 5º, X).

É preciso salientar, neste ponto, **que a jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal proclamou **a plena compatibilidade jurídica** da quebra do sigilo bancário, permitida pela Lei nº. 4.595/64 (art. 38), com a norma inscrita no art. 5º, incisos X e XII, da Constituição (**Pet 577-QO/DF**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, **DJU** de 23/04/1993), **reconhecendo possível** autorizar - **quando presentes fundadas razões** -, a pretendida "**disclosure**" das informações bancárias reservadas (RTJ 148/366).

Mais do que isso, esta Suprema Corte **salientou, ao julgar o Inq. 897-Agr/DF**, Rel. Min. FRANCISCO REZEK, DJU de 02/12/1994, que, **não sendo absoluta a garantia pertinente ao sigilo bancário, toma-se lícito afastar, quando de investigação criminal se cuidar, a cláusula de reserva** que protege as contas bancárias nas instituições financeiras, **revelando-se ordinariamente inaplicável**, para esse específico efeito, a garantia constitucional do contraditório.

Impõe-se observar, por necessário - **e tal como adverte** JOSÉ, CARLOS VIEIRA DE ANDRADE ("**Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**", p.220/224, 1987, Livraria Almedina, Coimbra) - **que a ampliação** da esfera de incidência das franquias individuais e coletivas, **de um lado**, e a intensificação da proteção jurídica dispensada às liberdades fundamentais, **de outro**, tornaram inevitável a ocorrência de situações caracterizadoras de **colisão de direitos** assegurados pelo ordenamento constitucional.

Com a evolução do sistema de tutela constitucional das liberdades públicas, **dilataram-se os espaços de conflito** em cujo âmbito **antagonizam-se**, em função de situações **concretas** emergentes, posições jurídicas revestidas de **igual** carga de positividade normativa.

Vários podem ser, dentro desse contexto excepcional de conflituosidade, os critérios hermenêuticos destinados à solução das colisões de direitos, **que vão desde o estabelecimento** de uma ordem hierárquica pertinente aos valores constitucionais tute-

lados, **passando pelo reconhecimento** do maior ou menor grau de fundamentalidade dos bens jurídicos em posição de antagonismo, **até a consagração** de um processo que, **privilegiando a unidade e a supremacia da Constituição**, viabilize - **a partir** da adoção "*de um critério de proporcionalidade na distribuição dos custos do conflito*" (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "*op. loc. cit.*") - **a harmoniosa composição** dos direitos em situação de colidência.

Sendo assim, impõe-se o deferimento da quebra de sigilo bancário, **sempre** que essa medida se qualificar como providência **essencial e indispensável** à satisfação das finalidades inderrogáveis da investigação estatal, **desde que** - consoante **adverte** a doutrina - **não exista "nenhum meio menos gravoso, para a consecução de tais objetivos"** (IVES GANDRA MARTINS/GILMAR FERREIRA MENDES, "**Sigilo Bancário, Direito de Autodeterminação sobre Informações e Princípio da Proporcionalidade**", "*in*" Repertório IOB de Jurisprudência nº. 24/92 - 2ª quinzena de dezembro/92).

Contudo, para que essa providência extraordinária, e sempre excepcional, **que é a decretação** da quebra do sigilo bancário, seja autorizada, **revela-se imprescindível** a existência **de causa provável**, vale dizer, **de fundada** suspeita quanto à ocorrência de fato cuja apuração resulte exigida pelo interesse público.

Na realidade, **em causa provável**, não se justifica, **sob pena** de inadmissível consagração do arbítrio estatal e de inaceitável opressão do indivíduo pelo Poder Públi-

co, a "**disclosure**" das contas bancárias, **eis que** a decretação da quebra do sigilo **não pode** converter-se num instrumento de indiscriminada e ordinária devassa da vida financeira das pessoas.

A quebra de sigilo bancário importa, **necessariamente**, em inquestionável **restrição** à esfera jurídica das pessoas afetadas por esse ato **excepcional** do Poder Público. **A pretensão estatal** voltada à "**disclosure**" das operações financeiras **constitui** fator de grave ruptura das delicadas relações **já estruturalmente tão desiguais** - existentes entre o Estado e o indivíduo, **tornando possível**, até mesmo, quando **indevidamente** acolhida, **o próprio comprometimento** do sentido tutelar que inequivocamente qualifica, **em seus aspectos essenciais**, o círculo de proteção estabelecido em torno da prerrogativa pessoal fundada no direito constitucional à privacidade.

Dentro dessa perspectiva, revela-se de inteira pertinência **a invocação doutrinária** da cláusula do "**substantive due process of law**" - já consagrada e reconhecida, **em diversas decisões proferidas por este Supremo Tribunal Federal**, como instrumento de expressiva limitação constitucional **ao próprio poder** do Estado (**AID 1.063/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO - **AID 1.158/AM**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) -, **para efeito** de submeter o processo de "**disclosure**" às exigências de seriedade e de razoabilidade.

Daí o registro feito por **ARNOLDO WALD** ("*op. cit.*", p.207, 1992, RT), **no sentido** de que "A mais recente doutrina norte-americana fez do '**due process of law**'

uma forma de controle constitucional que examina a necessidade, razoabilidade e justificação das restrições à liberdade individual, não admitindo que a lei ordinária desrespeite a Constituição, considerando que as restrições ou exceções estabelecidas pelo legislador ordinário devem ter uma fundamentação razoável e aceitável conforme entendimento do poder Judiciário. Cabe ao Juiz Rutledge, no caso Thomas v. Collins, definir adequadamente a função do devido processo legal ao afirmar que: 'Mais uma vez temos de enfrentar o dever, imposto a esta Corte, pelo nosso sistema constitucional, de dizer onde termina a liberdade individual e onde começa o poder do Estado. A escolha do limite, sempre delicada, é-o, ainda mais, quando a presunção usual em favor da lei é contrabalançada pela posição preferencial atribuída, em nosso esquema constitucional, às grandes e indispensáveis liberdades democráticas asseguradas pela primeira Emenda (...). Esta prioridade confere a essas liberdades santidade e sanção que não permitem intromissões dúbias. E é o caráter do direito, não da limitação, que determina o 'standard' guiador da escolha. Por essas razões, qualquer tentativa de restringir estas liberdades deve ser justificada por evidente interesse público, ameaçado não por um perigo duvidoso e remoto, mas por um perigo evidente e atual'" (grifei).

A exigência de preservação do sigilo bancário **enquanto** meio expressivo de proteção ao valor constitucional da intimidade - **impõe ao Estado o dever de respeitar** a esfera jurídica **de cada pessoa**. **A ruptura** desse círculo

de imunidade **só se justificará** desde que ordenada por órgão estatal **investido**, nos termos de nosso estatuto constitucional, **de competência jurídica** para suspender, excepcional e motivadamente, a **eficácia** do princípio da reserva das informações bancárias.

Em tema de ruptura do sigilo bancário, **somente** os órgãos do Poder Judiciário **dispõem** do poder de decretar essa medida extraordinária, **sob pena** de a autoridade administrativa interferir, **indevidamente**, na esfera de privacidade constitucionalmente assegurada às pessoas. **Apenas o Judiciário**, Senhora Presidente, **res-salvada a competência** das Comissões parlamentares de Inquérito (RTJ 173/805-810, 808, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), **pede eximir** as instituições financeiras **do dever** que lhes incumbe **em tema** de sigilo bancário.

A efetividade da ordem jurídica, **a eficácia** da atuação do aparelho estatal **e a reação social** a comportamentos qualificados pela nota de seu desvalor ético-jurídico **não ficarão comprometidas nem afetadas, se se reconhecer** aos órgãos do Poder Judiciário, com fundamento e apoio nos estritos limites de sua competência institucional, **a prerrogativa** de ordenar a quebra do sigilo bancário. **Na realidade, a intervenção jurisdicional constitui fator de preservação do regime das franquias individuais e impede, pela atuação moderadora do Poder Judiciário, que se rompa, injustamente, a esfera de privacidade das pessoas**, pois a quebra do sigilo bancário **não pode nem deve** ser utilizada, **ausente** a concreta

indicação de uma causa provável, como instrumento de devassa indiscriminada das contas mantidas em instituições financeiras.

A tutela do valor **pertinente** ao sigilo bancário **não significa** qualquer restrição ao poder de investigar e de fiscalizar do Estado, **eis que** o Tribunal de Contas da União, o Ministério Público, as corporações policiais e os órgãos incumbidos da administração tributária e previdenciária do Poder Público **sempre poderão requerer aos juizes e Tribunais** que ordenem às instituições financeiras **o fornecimento** das informações reputadas essenciais à apuração dos fatos.

Impõe-se destacar, neste ponto, **que nenhum embaraço** resultara do controle judicial **prévio** dos pedidos de decretação da quebra de sigilo bancário, **pois**, consoante já proclamado pelo Supremo Tribunal Federal, **não sendo absoluta** a garantia pertinente ao sigilo bancário, **torna-se lícito afastar**, em favor do interesse público, **a cláusula de reserva** que protege as contas bancárias nas instituições financeiras.

Não configura demasia insistir, Senhora Presidente, **na circunstância** - que assume indiscutível relevo jurídico - de que a natureza eminentemente constitucional **do direito à privacidade impõe**, no sistema normativo consagrado pelo texto da Constituição da República, **a necessidade de intervenção jurisdicional** no processo de revelação de dados ("**disclosure**") **pertinentes** às operações financeiras, ativas e passivas, **de qualquer pessoa** eventualmente sujeita à ação inves-

tigatória e/ou fiscalizadora do Poder Público.

A inviolabilidade do sigilo de dados, **tal como proclamada** pela Carta Política em seu art.5º, XII, **torna essencial que as exceções derogatórias** à prevalência desse postulado **só possam emanar** de órgãos estatais - **os órgãos do Poder Judiciário** (e as Comissões Parlamentares de Inquérito) -, **aos quais** a própria Constituição Federal **outorgou** essa especial prerrogativa de ordem jurídica, **afastada**, em conseqüência, **a possibilidade constitucional** de o Tribunal de Contas da União exercer, **por autoridade própria**, esse poder de **afastar**, "*hic et nunc*", o caráter sigiloso de determinados dados, informações e registro.

A equação direito ao sigilo - dever de sigilo exige - **para que se preserve** a necessária relação de harmonia entre uma expressão essencial dos direitos fundamentais reconhecidos em favor da generalidade das pessoas (**verdadeira liberdade negativa**, que impõe ao Estado um claro dever de abstenção), **de um lado**, e a prerrogativa que inquestionavelmente assiste ao Poder Público de investigar comportamentos de transgressão à ordem jurídica, **de outro** - que a determinação de quebra do sigilo bancário **provenha** de ato emanado **de órgão do Poder Judiciário**, cuja **intervenção moderadora** na resolução dos litígios **revela-se garantia** de respeito **tanto** ao regime das liberdades públicas **quanto** à supremacia do interesse público.

Sendo assim, Senhora Presidente, **e tendo em consideração** as razões expostas, **entendo** que a de-

cretação de quebra do sigilo bancário **pressupõe, sempre**, a existência **de ordem judicial**, sem o que **não se impõe** à instituição financeira o dever de fornecer, **legitimamente**, as informações que lhe tenham sido requisitadas, **ainda** que tal requisição haja emanado do E. Tribunal de Contas da União.

Daí entender, com apoio nas razões que venho de expor e naquelas constantes do douto voto do eminente Relator, Ministro MENEZES DIREITO, **que falece**, ao E. Tribunal de Contas da União, **poder para decretar**, sob uma perspectiva **eminente** constitucional, **a quebra** do sigilo bancário e de outros registros sigilosos referentes a pessoas ou entidades sujeitas à sua ação fiscalizadora.

Não constitui demasia rememorar, neste ponto, Senhora Presidente, **tal a gravidade** que resulta do reconhecimento **da ilicitude** da prova (**mesmo** aquela produzida em procedimentos estatais de caráter extra-penal), **que esta Suprema Corte**, em **sucessivas** decisões sobre a matéria, **não tem admitido** a utilização, **contra** quem quer que seja, **de provas ilícitas**, **como resulta claro** de recentíssima decisão **proferida** pelo Supremo Tribunal Federal:

"(...) **ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DA TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS.**

- **A ação persecutória** do Estado, **qualquer** que seja a instância

de poder perante a qual se instaura, **para revestir-se** de legitimidade, **não pode apoiar-se** em elementos probatórios **ilicitamente** obtidos, **sob pena** de ofensa à garantia constitucional do 'due process of law', **que tem**, no dogma **da inadmissibilidade** das provas ilícitas, **uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras** no plano do nosso sistema de direito positivo.

- **A Constituição da República**, em norma **revestida** de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), **desautoriza**, por incompatível com as postulados **que regem** uma sociedade **fundada** em bases democráticas (CF, art. 1º), **qualquer prova** cuja obtenção, pelo Poder Público, **derive de transgressão** a cláusulas de ordem constitucional, **repe-lindo**, por isso mesmo, **quais-quer** elementos probatórios **que resultem** de violação do direito material (**ou**, até mesmo, do direito processual), **não prevalecendo**, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, **em matéria** de atividade probatória, **a fórmula autoritária** do 'male captum, bene retentum'. - **Doutrina. Precedentes.**

A QUESTÃO DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ('FRUITS OF THE POISONOUS TREE'): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO.

- **Ninguém** pode ser investigado, denunciado **ou** condenado **com base, unicamente**, em provas ilícitas, **quer se trate** de ilicitude originária, **quer se cuide** de ilicitude por derivação. **Qual-quer** novo dado probatório, **ainda** que produzido, de modo válido, em momento subsequente,

não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal **nem derivar** de prova **comprometida** pela mácula da ilicitude originária.

- **A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação representa** um dos meios mais expressivos **destinados a conferir efetividade** à garantia do 'due process of law' e **a tornar mais intensa, pelo banimento** da prova **ilicitamente** obtida, a tutela constitucional **que preserva** os direitos e prerrogativas **que assistem** a qualquer acusado em sede processual penal. **Doutrina. Precedentes.**

- **A doutrina da ilicitude por derivação** (teoria dos 'frutos da árvore envenenada') **repudia**, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, **não obstante** produzidos, validamente, em momento ulterior, **acham-se afetados**, no entanto, **pelo vício** (gravíssimo) da ilicitude originária, **que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito** de repercussão causal. **Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos**, pelo Poder Público, **em razão** de anterior transgressão **praticada**, originariamente, pelos agentes da persecução penal, **que desrespeitaram** a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar.

- **Revelam-se inadmissíveis**, desse modo, **em decorrência** da ilicitude por derivação, **os elementos probatórios** a que os órgãos da persecução penal **somente tiveram acesso em razão** da prova **originariamente** ilícita, **obtida** como resultado **da transgressão**, por agentes estatais, de direitos e

garantias constitucionais e legais, **cuja eficácia condicionante**, no plano do ordenamento positivo brasileiro, **traduz significativa limitação de ordem jurídica** ao poder do Estado **em face dos cidadãos**.

- **Se**, no entanto, o órgão da persecução penal **demonstrar** que obteve, **legitimamente**, novos elementos de informação **a partir de uma fonte autônoma** de prova - **que não guarde** qualquer relação de dependência **nem decorra** da prova **originariamente ilícita**, com esta **não mantendo** vinculação causal -, **tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis**, porque **não contaminados** pela mácula da ilicitude originária.

- **A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA** ('AN INDEPENDENT SOURCE') **E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL** DA PROVA **ILÍCITAMENTE OBTIDA** - **DOCTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS 'SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920); SEGURA V.**

UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988), v.g.".

(**RHC 90.376/RJ**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Segunda Turma**)

Sendo assim, e em face das expostas, **concedo** o mandado de segurança ora impetrado.

Decisão: o Tribunal, à unanimidade e nos termos do voto do Relator, concedeu a segurança. Votou a presidente, Ministra Ellen Gracie. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Eros Grau e a Senhora Ministra Cármen Lúcia. Falou pelo impetrante o Dr. Francisco José de Siqueira, Procurador-Geral do Banco Central do Brasil. Plenário, 17/12/2007.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Menezes Direito.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.

Luiz Tomimatsu - Secretário.

Supremo Tribunal Federal

Constitucional. Administrativo. Emissão de parecer jurídico opinativo. Procurador. Responsabilidade. Limitadores.

EMENTA

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA.

1 - Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador

não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir.

2 - No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato.

3 - Controle externo: é lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa.

Mandado de segurança deferido.
MS 24.631-6. DJE 01/02/2008.

Supremo Tribunal Federal

Lei Estadual. Instituições Financeiras. Fixação de Tabela Informativa. Taxas de Juros e de Rendimentos. Relação de Consumo. Competência Privativa da União.

EMENTA

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº. 3.706/2006, do Distrito Federal, que dispõe sobre "a afixação de tabela relativa a taxas de juros e de rendimentos de aplicações financeiras pelas instituições bancárias e de crédito". 2. Usurpação da competência privativa da União para fixar normas gerais relativas às relações de consumo (CF, art. 24, V, § 1º). Ação julgada procedente.

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 unanimidade de votos, julgar procedente a ação direta, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 17 de setembro de 2007.

ADI 3668-8. DJE 19/12/2007.

Ministro Gilmar Mendes - Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (Relator):

O Governador do Distrito Federal requer a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº. 3.706, do

Distrito Federal, de 21 de novembro de 2005, que dispõe sobre "a afixação de tabela relativa a taxas de juros e de rendimentos de aplicações financeiras pelas instituições bancárias e de crédito".

Eis o teor da Lei Distrital impugnada:

"Art. 1º. É obrigatória a afixação, na entrada das instituições bancárias e de crédito, da tabela atualizada relativa a taxas de juros, bem como o percentual dos rendimentos de aplicações financeiras oferecidas ao consumidor.

Parágrafo único - As instituições de que trata a *caput* ficam também obrigadas a afixar a tabela contendo os preços dos serviços por elas oferecidos.

Art. 2º. As instituições bancárias e de crédito têm o prazo de trinta dias, contados da data de publicação desta Lei, para se adaptarem às novas regras.

Art. 3º. O não-cumprimento desta Lei sujeitará as instituições às penalidades previstas na Lei nº. 8.069, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor).

Art. 4º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 5º. Revogam-se as disposições em contrário."

O requerente sustenta, em síntese, que as normas impugnadas violam os artigos 48, XIII, e 192 da

Constituição da República, os quais, segundo defende, prescrevem a competência privativa da União para legislar sobre as atividades bancárias e seu funcionamento.

Adorei o rito do artigo 12 da Lei nº. 9.868/1999 (fl. 14).

A Câmara Legislativa do Distrito Federal (fls. 19-31), ao prestar as informações solicitadas, sustenta que a Lei Distrital nº. 3.706 têm por fundamento a defesa do consumidor, como princípio da ordem econômica (art. 170, V, CF/88), e que, portanto, versa sobre matéria de competência legislativa concorrente da União, Estados e Distrito Federal, nos termos do art. 24, V e VIII, da Constituição.

A Advocacia-Geral da União (fls. 33-40) manifestou-se pela improcedência da ação. Afirma que a lei impugnada tratou de assunto inerente à proteção do consumidor, e não sobre organização e funcionamento das instituições financeiras. Dessa forma, a norma impugnada teria sido editada no exercício da competência suplementar da Câmara Legislativa do Distrito Federal, para dispor sobre a responsabilidade por danos causados ao consumidor.

O parecer da procuradoria-Geral da República e pela procedência da ação (fls. 42-47). O Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, defende que existe, no caso, usurpação da competência privativa da União para fixar normas gerais relativas às relações de consumo (CF, art. 24, V, § 1º).

É o relatório, do qual a Secretaria distribuirá cópia aos demais Ministros desta Corte.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator):

A controvérsia constitucional reside em saber se a Lei Distrital nº. 3.706, de 21 de novembro de 2005, viola os artigos 48, XIII, e 192, da Constituição da República. Em outros termos, questiona-se se o Distrito Federal tem competência para dispor sobre a matéria veiculada pela lei impugnada: a obrigatoriedade de afixação de tabela relativa a taxas de juros e de rendimentos de aplicações financeiras pelas instituições bancárias e de crédito.

A Advocacia-Geral da União (fls. 33-40) afirma que a Lei Distrital nº. 3.706/2005 tratou de assunto inerente à proteção do consumidor (CF, art. 24, V), e, por isso, teria sido editada no âmbito da competência concorrente suplementar da Câmara Legislativa do Distrito Federal para dispor sobre a responsabilidade por danos causados ao consumidor.

O parecer da Procuradoria-Geral da República é pela procedência da ação (fls. 42-47), tendo em vista que seria da competência privativa da União a criação de normas gerais relativas às relações de consumo (CF, art. 24, V, § 1º).

Após análise da questão, não tenho dúvida de que se trata de matéria atinente à defesa do consumidor.

Repita-se que a lei distrital trata especificamente da afixação, na entrada das instituições bancárias e de crédito, de tabela atualizada relativa a taxas de juros, bem como o percentual dos rendimentos de aplicações financeiras oferecidas ao consumidor.

No que tange à possibilidade de sujeição das instituições financeiras às normas inerentes as relações de consumo, este Supremo Tribunal Federal assentou que o Código de Defesa do Consumidor abrange tais instituições, no julgamento da ADI nº. 2.591-DF, Redator para acórdão Min. Eros Grau, DJ 29/09/2006, cuja ementa tem a seguinte teor:

"EMENTA: CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 5º, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, EXCLUÍDAS DE SUA ABRANGÊNCIA A DEFINIÇÃO DO CUSTO DAS OPERAÇÕES ATIVAS E A REMUNERAÇÃO DAS OPERAÇÕES PASSIVAS PRATICADAS NA EXPLORAÇÃO DA INTERMEDIÇÃO DE DINHEIRO NA ECONOMIA [ART. 30, § 2º, DO CDC]. MOEDA E TAXA DE JUROS. DEVER-PODER DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. SUJEIÇÃO AO CÓDIGO CIVIL.

1 - As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor.

2 - 'Consumidor', para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito.

3 - O preceito veiculado pelo art. 30, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado em coerência com a Constituição, o que importa em que a custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras na exploração da intermediação de di-

nheiro na economia estejam excluídas da sua abrangência.

4 - Ao Conselho Monetário Nacional incumbe a fixação, desde a perspectiva macroeconômica, da taxa base de juros praticável no mercado financeiro.

5 - O Banco Central do Brasil está vinculado pelo dever-poder de fiscalizar as instituições financeiras, em especial na estipulação contratual das taxas de juros por elas praticadas no desempenho da intermediação de dinheiro na economia.

6 - Ação direta julgada improcedente, afastando-se a exegese que submete às normas do Código de Defesa do Consumidor [Lei nº. 8.078/90] a definição do custo das operações ativas e da remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras no desempenho da intermediação de dinheiro na economia, sem prejuízo do controle, pelo Banco Central do Brasil, e do controle e revisão, pelo poder Judiciário, nos termos do disposto no Código Civil, em cada caso, de eventual abusividade, onerosidade excessiva ou outras distorções na composição contratual da taxa de juros. ART. 192, DA CB/88. NORMA-OBJETIVO. EXIGÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR EXCLUSIVAMENTE PARA A REGULAMENTAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO.

7 - O preceito veiculado pelo art. 192 da Constituição do Brasil consubstancia norma-objetivo que estabelece os fins a serem perseguidos pelo sistema financeiro nacional, a promoção do desenvolvimento equilibrado do País e a realização dos interesses da coletividade.

8 - A exigência de lei complementar veiculada pelo art. 192 da

Constituição abrange exclusivamente a regulamentação da estrutura do sistema financeiro. CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. ART. 40, VIII, DA LEI Nº. 4.595/64. CAPACIDADE NORMATIVA ATINENTE À CONSTITUIÇÃO, FUNCIONAMENTO E FISCALIZAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ILEGALIDADE DE RESOLUÇÕES QUE EXCEDEM ESSA MATÉRIA.

9 - O Conselho Monetário Nacional é titular de capacidade normativa - a chamada capacidade normativa de conjuntura - no exercício da qual lhe incumbe regular, além da constituição e fiscalização, o funcionamento das instituições financeiras, isto é, o desempenho de suas atividades no plano do sistema financeiro.

10 - Tudo o quanto exceda esse desempenho não pode ser objeto de regulação por ato normativo produzido pelo Conselho Monetário Nacional.

11 - A produção de atos normativos pelo Conselho Monetário Nacional, quando não respeitem ao funcionamento das instituições financeiras, é abusiva, consubstanciando afronta à legalidade."

Nota-se, portanto, que a norma ora impugnada tem por objeto matéria inerente às relações de consumo (art. 24, V) e não à organização das instituições financeiras (art. 48, XVIII, art. 192). Como bem delimitado no citado julgamento da ADI 2.591, "a exigência de lei complementar veiculada pelo art. 192 da Constituição abrange exclusivamente a regulamentação da estrutura do sistema financeiro".

A competência para legislar sobre as relações de consumo e danos causados ao consumidor en-

contra previsão na Carta Magna, especificamente no disposto no artigo 24, V e VIII, respectivamente. Trata-se da denominada competência concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal. Sobre o tema, José Afonso da Silva esclarece, no tocante à correlação entre normas gerais editadas pela União e as normas suplementares editadas pelos Estados e Distrito Federal (CF, art. 24, §§ 1º a 4º) o seguinte:

"Os §§ 1º a 4º trazem a disciplina normativa de correlação entre normas gerais e suplementares, pelos quais se vê que a União produz normas gerais sobre a matéria arrolada no art. 24, enquanto aos Estados e Distrito Federal compete suplementar, no âmbito do interesse estadual, aquelas normas. Tem sido uma questão tormentosa definir o que são 'normas gerais', para circunscrever devidamente o campo de atuação da União. Diremos que 'normas gerais' são normas de leis, ordinárias ou complementares, produzidas pelo legislador federal nas hipóteses previstas na Constituição, que estabelecem princípios e diretrizes da ação legislativa da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Por regra, elas não regulam diretamente situações fáticas, porque se limitam definir uma normatividade genérica a ser obedecida pela legislação específica federal, estadual e municipal: direito sobre direito, normas que traçam diretrizes, balizas, quadros, à atuação legislativa daquelas unidades da Federação. 'Suplementares' são as normas estaduais ou do Distrito Federal que, no âmbito de suas respectivas competências, suplementam com pormenores concre-

tos as normas gerais (§§ 1º e 2º). Tudo isso é uma técnica de repartição de competência federativa; os §§ 3º e 4º complementam sua normatividade, estabelecendo, em primeiro lugar, que os Estado e o Distrito Federal exercerão a competência legislativa plena se não forem produzidas as normas gerais e, em segundo lugar, que 'a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário'. Note-se bem, o constituinte foi técnico: a lei federal superveniente não revoga nem derroga a lei estadual no aspecto contraditório; esta apenas perde sua aplicabilidade, porque fica com sua eficácia suspensa. Quer dizer, também, que se a lei federal for simplesmente revogada, deixando um vazio de normas gerais, a lei estadual recobra sua eficácia e passa outra vez a incidir plenamente." (Silva, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.280-281).

No âmbito da competência constitucional com corrente relativa às relações de consumo, a União traçou as normas gerais a serem aplicadas a todos os entes da Federação na Lei nº. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor - CDC).

Sobre o caso em questão, correto é o parecer de procuradoria-Geral da República, nos seguintes termos:

"O pedido deve ser julgado procedente.

Cabe salientar, inicialmente, que a norma impugnada não padece de nenhum dos vícios apontados na inicial, na medida em que

a matéria tratada na lei sob análise em nada se relaciona com as atividades-fim das instituições financeiras. Não há qualquer disposição acerca do funcionamento, organização ou de suas atribuições.

Tal lei, na verdade, insere-se em tema referente à proteção do consumidor. Mais especificamente, está relacionada ao seu direito básico a informação adequada, acerca de produtos e serviços que lhe são oferecidos.

O diploma impugnado padece, na realidade, de vício formal, em razão da ocorrência de usurpação da competência privativa da União, para fixar normas gerais relativas às relações de consumo (CF/88, art. 24, V).

(...)

Pois bem, no presente caso, não se vislumbram quaisquer 'particularidades' ou 'peculiaridades locais' que configurassem minúcias que a 'União jamais poderia regular pela distância em que se encontra da periferia'.

Com efeito, não há razão para que somente as agências bancárias situadas no Distrito Federal sejam obrigadas a afixarem, em suas entradas, tabelas relativas à taxa de juros, bem como o percentual dos rendimentos de aplicações financeiras oferecidas ao consumidor.

(...)

Nota-se, portanto, que o legislador distrital inovou acerca de tema sobre o qual não poderia fazê-lo."

Nesses termos, voto pela procedência da presente ação, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº. 3.706, de 21 de novembro de 2005, do Distrito Federal.

DECISÃO

O Tribunal, à unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação direta. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello, Eros Grau e Menezes Direito. Plenário, 17/09/2007.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.

Luiz Tomimatsu - Secretário.

Superior Tribunal de Justiça

Contratos de mútuo bancário. Capitalização mensal de juros. Possibilidade. Novo Código Civil - art. 591. Não incidência.

EMENTA OFICIAL

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO REVISIONAL. CÉDULAS DE CRÉDITO BANCÁRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. JUROS REMUNERATÓRIOS. LIMITAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 296-STJ. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. INACUMULABILIDADE COM QUAISQUER OUTROS ENCARGOS REMUNERATÓRIOS OU MORATÓRIOS. CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS. ANUALIDADE. ART. 591 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INAPLICABILIDADE. ART. 5º DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº. 1.963-17/2000 (2.170-36/2001). LEI ESPECIAL. PREPONDERÂNCIA.

1 - Não padece de nulidade acórdão estadual que enfrenta as questões essenciais ao julgamento da demanda, apenas com conclusão desfavorável à parte.

2 - Não se aplica a limitação de juros remuneratórios de 12% a.a., prevista na Lei de Usura, aos contratos bancários não normatizados em leis especiais, sequer conside-

rada excessivamente onerosa a taxa média do mercado. Precedente uniformizador da 2ª Seção do STJ.

3 - Segundo o entendimento pacificado neste Colegiado (AgR-REsp nº. 706.368/RS, Rel. Mina. Nancy Andrichi, unânime, DJU de 08/08/2005), a comissão de permanência não pode ser cumulada com quaisquer outros encargos remuneratórios ou moratórios, que previstos para a situação de inadimplência, criam incompatibilidade para o deferimento desta parcela.

4 - Não é aplicável aos contratos de mútuo bancário a periodicidade da capitalização prevista no art. 591 do novo Código Civil, prevalecente a regra especial do art. 5º, *caput*, da Medida Provisória nº. 1.963-17/2000 (2.170-36/2001), que admite a incidência mensal.

5 - Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, parcialmente provido.

REsp nº. 906.054 - RS (2006/0262339-1). DJU 10/03/2008.

Civil. Ação de Indenização. Cadastro Restritivo. Comunicação prévia. Responsabilidade da entidade cadastral. Efeitos. Inadimplência confessa. Dano moral. Descaracterização.

EMENTA OFICIAL

CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. INSCRIÇÃO DE NOME EM BANCO DE DADOS. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO. CDC, ART. 43, § 2º. RESPONSABILIDADE DA ENTIDADE CADASTRAL. INADIMPLÊNCIA NÃO CONTESTADA. DANO MORAL DESCARACTERIZADO. CANCELAMENTO DO REGISTRO.

1 - A negativação do nome da devedora deve ser-lhe comunicada com antecedência, ao teor do art. 43, § 3º, do CPC, gerando lesão moral se a tanto não procede a

entidade responsável pela administração do banco de dados.

2 - Hipótese excepcional em que a devedora não nega, na inicial, a existência da dívida, aliás uma dentre muitas outras, tampouco prova que agora já a quitou, o que exclui a ofensa moral, apenas determina o cancelamento da inscrição, até o cumprimento da formalidade legal.

3 - Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

REsp nº. 986.913 - RS (2007/0212704-4). DJU 17/12/2007.

Tributário. Redirecionamento da Execução Fiscal contra o sócio-gerente. Dissolução irregular da sociedade. Baixa na Junta Comercial.

EMENTA OFICIAL

TRIBUTÁRIO. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL CONTRA O SÓCIO-GERENTE. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE.

1 - A existência de indícios que atestem o provável encerramento irregular das atividades da empresa e a ausência de bens penhoráveis autorizam o redirecionamento da execução fiscal contra os sócios-gerentes.

2 - Constitui obrigação elementar do comerciante a atualização de seu registro cadastral junto aos órgãos competentes.

3 - O fechamento da empresa sem baixa na Junta Comercial constitui indício de que o estabelecimento encerrou suas atividades de forma irregular, circunstância que autoriza a Fazenda a redirecionar a execução.

4 - Recurso especial provido.

REsp nº. 985.616 - RS (2007/0211312-1). DJU 21/11/2007.

Civil. Contrato de empréstimo. Folha de pagamento. Cancelamento unilateral. Servidor Público. Impossibilidade.

EMENTA OFICIAL

CIVIL. CONTRATO. EMPRÉSTIMO. DESCONTO. FOLHA DE PAGAMENTO. CANCELAMENTO UNILATERAL. SERVIDOR PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE.

1 - O servidor público que contrai empréstimo e autoriza, expressamente, o desconto mensal das

parcelas, em folha de pagamento, não pode, depois, por única vontade, cancelar o que havia livremente contratado. Entendimento da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça.

2 - Recurso ordinário provido.

RMS nº. 22.949 - SE (2006/0226966-1). DJU 10/12/2007.

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Caderneta de poupança. Ausência de extratos. Comprovação de existência de saldos. Inversão do ônus da prova. Impossibilidade.

EMENTA OFICIAL

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - CADERNETAS DE POUPANÇA - AUSÊNCIA DE EXTRATOS COMPROBATÓRIOS DA EXISTÊNCIA DE SALDOS - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - IMPOSSIBILIDADE.

1 - Na ação em que o autor busca diferença de correção monetária sobre depósitos em cadernetas de poupança, constituem documentos essenciais à propositura da

ação os extratos ou outros documentos comprobatórios da existência de saldos positivos nas contas no período em que são reivindicadas as diferenças. Esse ônus, nos termos do art. 333, I, do Código de Processo Civil, incumbe aos autores.

2 - Precedentes: AG nº. 2006.02.01.006893-2 - DJU 26/07/2007.

3 - Agravo de instrumento provido.

AG 2007.02.01.017027-5 - RJ. DJU 11/03/2008.

Execução extrajudicial. Sustação. Boa-fé contratual. Exigência. Depósito. Valores incontroversos. Lei 10.931/04.

EMENTA OFICIAL

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - MÚTUO HIPOTECÁRIO - DECRETO-LEI Nº. 70/66 - ART. 50 DA LEI 10.931/2004 - PAGAMENTO DAS PRESTAÇÕES VENCIDAS E VINCENDAS - IMPRESCINDIBILIDADE.

1 - A constitucionalidade do Decreto-Lei nº. 70/66 já está sabidamente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em inúmeros julgados, firmando o entendimento de que a citada legislação não viola o princípio da inafastabilidade da jurisdição e nem mesmo o do devido processo legal.

2 - Com a vigência da Lei nº. 10.931/2004, nas ações em que se discute o valor das prestações dos con-

tratos de mútuo habitacional, é imperioso - por força do princípio da boa-fé contratual - assegurar a continuidade do pagamento, no tempo e modo contratados, do valor inconcusso das prestações (§ 1º, artigo 50), bem como efetuar o depósito integral dos valores cobrados pelo agente financeiro (valor controvertido), conforme dispõe o parágrafo 2º, do referido artigo 50, exigência que somente poderá ser dispensada diante da existência de relevante razão de direito e risco de dano irreparável ao autor.

3 - Agravo de instrumento improvido.

AG 2008.02.01.000481-1 - RJ. DJU 12/03/2008.

Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Contrato bancário. Financiamento. Material de Construção. Inexecução da obra. Responsabilidade. Agente Financeiro. Dano moral. Inadimplência.

EMENTA OFICIAL

CONTRATO BANCÁRIO. FINANCIAMENTO PARA AQUISIÇÃO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO. CARTA DE CRÉDITO - FGTS. PROVA TESTEMUNHAL. ART. 130 DO CPC. INEXECUÇÃO DA OBRA. DANOS MORAIS E MATERIAIS. INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE FINANCEIRO. CULPA CONCORRENTE DO MUTUÁRIO E EMPRESA DE MATERIAL DE CONSTRUÇÃO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. MÚTUO NÃO PAGO. INSCRIÇÃO NOS ÓRGÃOS RESTRITIVOS DE CRÉDITO.

A prova testemunhal foi dispensável para a convicção do juiz da causa quando da análise dos demais elementos probatórios acostados nos autos, conforme art. 130 do CPC.

Os contratos de financiamento para aquisição de materiais de construção firmados no âmbito do Programa Carta de Crédito Individual - FGTS, mediante repasse dos recursos a terceiro(s) indicado(s) pelo próprio mutuário, não ensejam responsabilidade do agente financeiro quer pela qualidade dos produtos adquiridos, quer fiscalização do emprego des-

tes, quer pela construção e tampouco por danos, materiais ou morais, advindos da inexecução obra - obrigação pertinente a relação jurídica diversa e estranha ao contrato de mútuo.

A mera alegação de desvantagem exagerada e ônus excessivo, prática abusiva e enriquecimento ilícito por parte do agente financeiro, não bastam para fundamentar pedido genérico de nulidade de cláusulas contratuais - sequer indicadas - que, no entender do devedor, acarretem as referidas conseqüências.

Conforme os parágrafos primeiro da cláusula segunda do contrato de mútuo a parte autora deveria fiscalizar a aplicação dos recursos e materiais empregados na construção do imóvel.

Havendo valores impagos pela parte autora referentes ao contrato de mútuo firmado junto à CEF, resta caracterizada a inadimplência e por isso legítima o credor a proceder a inscrição do nome da parte autora nos cadastros dos órgãos de restrição ao crédito.

AC 2001.70.00.036253-6 - PR. DE 04/12/2007.

