

ENTRE

REVISTA DA UNICORP

ASPAS

Janeiro/ 2012

ENTRE REVISTA DA UNICORP **ASPAS**

ISSN 2179-1805

CONSELHO EDITORIAL E CIENTÍFICO

Juiz Ricardo Augusto Schmitt
Presidente

Juiz Joselito Rodrigues de Miranda Júnior
Juiz Marcelo José Santos Lagrota Felix
Juiz Pablo Stolze Gagliano
José Orlando Andrade Bitencourt
Thais Fonseca Felippi

CAPA, EDITORAÇÃO ELETRÔNICA E REVISÃO

Assessoria de Comunicação do TJBA

TIRAGEM

2000 exemplares

5ª Av. do CAB, nº 560, 1º Subsolo, Anexo do Tribunal de Justiça
CEP: 41.475-971 – Salvador – Bahia
Tel: (71) 3372-1752 / Fax: (71) 3372-1751
www.tjba.jus.br/unicorp unicorp@tjba.jus.br

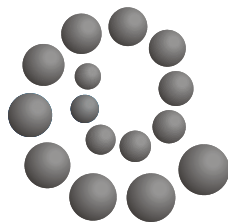
Entre Aspas: revista da Unicorp / Tribunal de Justiça do Estado da Bahia – ano.1, n.1, (abr.2011) – Salvador: Universidade Corporativa do TJBA, 2011-

Semestral.

ISSN: 2179-1805.

1. Direito – periódicos. 2. Estudos interdisciplinares – periódicos.
I. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. II. Universidade Corporativa do TJBA.

CDD: 340.05
CDU: 34



UNICORP

UNIVERSIDADE CORPORATIVA TJBA



PRESIDENTE

Des^a Telma Laura Silva Britto

ASSESSOR ESPECIAL DA PRESIDÊNCIA II

Juiz Ricardo Augusto Schmitt

SECRETÁRIA-GERAL

Maria Guadalupe de Viveiros Libório

**SECRETÁRIA DE COORDENAÇÃO PEDAGÓGICA
DOS MAGISTRADOS**

Cecília Cavalcante Reis Neri

**SECRETÁRIA DE COORDENAÇÃO PEDAGÓGICA
DOS SERVIDORES JUDICIÁRIOS**

Carmem Silvia Bonfim dos Santos Rocha

Entre Aspas Volume 2. Boa leitura.

SUMÁRIO

As características e a efetividade da Lei de Arbitragem Carla Miranda Guimarães Oliveira	13
A “Era do Crédito” e o superendividamento do consumidor Eduardo Antonio Andrade Amorim	42
A constitucionalidade do § 3º, do Art. 515 do Código de Processo Civil: o princípio do duplo grau de jurisdição não é absoluto Eliete Josefa Gerondoli Campista Brunow	62
A eficácia vinculante dos precedentes no Direito brasileiro e sua importância para a atuação no Poder Judiciário Gabriela Silva Macedo	82
A litigância de má-fé e a execução da multa esculpida no Art. 18 do CPC Gustavo Henrique Machado Nogueira Santos e Jamil Musse Neto	106
A natureza jurídica do pedágio Gustavo Teixeira Moris	130
Morosidade no Poder Judiciário: causas e soluções Jeverson Luiz Quinteiro	150
Visão crítica sobre o Tribunal do Júri, numa abordagem sobre aspectos históricos, culturais, constitucionais, procedimentais e recursais Luciano Ribeiro Guimarães Filho	155
Sociedade de consumo e publicidade: o processo coletivo como mecanismo de proteção ao consumidor nas relações de consumo pela internet Maria Alessandra dos Santos Aquino	171

O Novo Código Civil e os prazos de prescrição administrativa em caso de responsabilidade do Estado e de apossamento administrativo – um estudo a partir da jurisprudência do STF e do STJ Mário Soares Caymmi Gomes	190
Limites da transmissibilidade da obrigação alimentar no novo Direito das Famílias Maurício Albagli Oliveira	203
Gestão Pública Participativa: desafios e perspectivas para um desenvolvimento local sustentado Monaliza Ferreira de Oliveira	218
A arte de julgar – o desafio de recuperar o fundamento ético das decisões judiciais Patrícia Cerqueira de Oliveira	226
A perda de uma chance civilmente reparável Silvio Maia da Silva	237
A antecipação dos efeitos da tutela em face da Fazenda Pública e as restrições impostas à sua concessão Tássio Lago Gonçalves	259



ARTIGOS

AS CARACTERÍSTICAS E A EFETIVIDADE DA LEI DE ARBITRAGEM

Carla Miranda Guimarães Oliveira

Assessora Jurídica do TJBA. Professora de Teoria Geral do Processo e Direito Processual Penal. Especialista em Direito do Estado. Pós-graduanda em Ciências Criminais. Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais.

Resumo: Nos primórdios da sociedade romana, surgiu o instituto da arbitragem como forma de resolver conflitos oriundos da convivência em comunidade, como função pacificadora entre os litigantes. Inicialmente, gerado um conflito, os litigantes procuravam um árbitro neutro para intervir e dar uma sentença. Era a arbitragem facultativa, na qual o árbitro não exercia função pública. Após surge a arbitragem obrigatória, as pessoas em litígio compareciam perante o pretor, anuindo o que viesse a ser decidido. Escolhiam um árbitro e este recebia do pretor o encargo de decidir a causa. Nos meados do século III d.C., o pretor chamou para si à função do árbitro, surgindo a jurisdição e o processo como instrumentos de pacificação social. No Brasil, foi instituída em lei no ano de 1996, entrando em vigor através da Lei n.º 9.307, com a finalidade de suprir a demanda do judiciário. Uma das principais características que dispõe a Lei de Arbitragem é de somente se aplicar a solução de litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, com anuência das partes. Sendo que o árbitro escolhido poderá ser qualquer pessoa capaz, independente e imparcial, desvinculado de qualquer das partes litigantes. Este terá a missão de proferir a sentença arbitral, resolvendo as pendências judiciais ou extrajudiciais. O ato decisório não fica sujeito a homologação ou recurso ao órgão jurisdicional, ocorrendo assim à extinção do litígio, sendo os litigantes obrigados a acatar tal decisão. Mas, tal decisão não tem caráter coativo, de obrigar ao cumprimento da sentença, podendo então a parte lesada buscar o cumprimento da sentença junto ao órgão jurisdicional. Ao dispensar a homologação, a lei conferiu força executória à sentença, equiparando-se à sentença judicial transitada em julgado.

Palavras-Chave: Arbitragem. Autonomia da vontade. Método extrajudicial de solução de conflito.

1. Introdução

É imperioso destacar que o papel realizado pelos procedimentos consensuais, fora da estrutura do Poder Judiciário possui uma função de destaque no momento de solucionar as disputas existentes, principalmente quando essas disputas estiverem no âmbito das relações econômicas e da internacionalização do capital, de tal forma que buscar respaldo no Judiciário torna-se inadequado.

ENTRE ASPAS

Dessa forma, os MESC's têm-se apresentado como a forma ideal de se buscar solucionar os conflitos existentes, especificamente nas questões em que as partes podem transigir livremente sem que haja a necessária intervenção estatal (MENEZES; VILAS-BÔAS, 2008 apud BOMFIM; MENEZES, 2008, p. 2).

Porém, é certo que diante de direitos patrimoniais disponíveis as partes capazes poderão com segurança e tranquilidade aplicar os Meios Especiais de Solução dos Conflitos (MESC's), no âmbito do direito do consumidor, dos contratos de uma forma geral e das questões trabalhistas podendo buscar sanar o problema mediante a utilização dos MESC's.

Sabendo-se que os institutos não são novos, é importante lembrar do Édito Imperial do Hangs Hsi, quando na China do século XII determinou que:

ordeno que todos aqueles que se dirigirem aos Tribunais sejam tratados sem nenhuma piedade, sem nenhuma consideração, de tal forma que se desgostem tanto da idéia do Direito quanto se apavorem com as perspectivas de comparecerem perante um magistrado. Assim o desejo para evitar que os processos se multipliquem assombrosamente, o que ocorreria se inexistisse o temor de se ir aos Tribunais; o que ocorreria se os homens concebessem a falsa ideia de quem teriam à sua disposição uma justiça acessível e ágil; o que ocorreria se pensassem que os juizes são sérios e competentes. Se essa falsa ideia se formar, os litígios ocorrerão em número infinito e a metade da população será insuficiente para julgar os litígios da outra metade.

Esse édito queria evitar que se transpusessem para os tribunais as responsabilidades que cada um dos chineses deve ter para com o próximo e para consigo mesmo. Buscar os tribunais somente quando não houvesse outra alternativa, sendo assim considerado como decadência da cultura e da sociedade chinesa.

Dessa forma, os institutos que analisaremos a seguir não são recentes, mas somente recentemente começou-se a valorizar essa forma de entendimento, em parte pelo congestionamento existente, em parte por assumir o nosso papel na sociedade e deixarmos de ser meros expectadores e passarmos a colaborar com o resultado pretendido, passamos, assim, a ser atores principais em nossas vidas (MENEZES; VILAS-BÔAS, 2008 apud BOMFIM; MENEZES, 2008, p. 3).

As disputas, de início, eram resolvidas pela força, por meio de autotutela ou vingança privada, conforme assinala José Cretella Júnior:

no início, os primitivos romanos, como inúmeros outros povos fazem justiça com as próprias mãos, defendendo o direito pela força. Dessa fase de vingança privada, que se dirige contra o autor do dano, passam os romanos por outras, até que, num alto estágio de progresso, o Estado

toma a seu cargo a tarefa de resolver os litígios entre particulares (ALVIM, 2002 apud SOUZAS; TORRES, 2008, p. 76).

Posteriormente, a autocomposição e a heterocomposição se destacaram como novos mecanismos de solução de conflitos. Na autocomposição, as partes envolvidas procuravam resolver seus problemas amigavelmente dispensando a intervenção de terceiro; na heterocomposição, já se presenciava a atuação de um terceiro imparcial auxiliando as partes a solucionar seus problemas (LIMA, 2003 apud SOUZAS; TORRES, 2008, p. 76).

Tem-se, assim, que a arbitragem, enquadra-se como meio alternativo de resolução de conflitos que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis, em que as partes interessadas escolhem ou elegem árbitros que irão decidir as disputas existentes ou futuras, sendo mais uma opção de resolução de controvérsias, além da prestação judicial realizada pelo Poder Judiciário.

Todavia, não se trata do único meio disponível. Existem também os institutos da negociação, conciliação e mediação, dentre outros, com suas características próprias. Ressalte-se, entretanto, que o meio de solução de controvérsias que mais se assemelha ao processo estatal é a arbitragem (SOUZAS; TORRES, 2008, p. 77).

Isto posto, a Lei de Arbitragem nº 9.307, de 23/09/1996, conhecida como Lei Marco Maciel foi criada especificamente para introduzir no sistema brasileiro o juízo arbitral.

Tal norma jurídica já tem quase quinze anos de sua existência, mas mesmo assim não foi amplamente difundida.

Porque só agora se aprofunda tecnicamente e se discute mais amplamente, nos grandes foros acadêmicos jurídicos e empresariais do país, a utilização dos meios não-estatais de solução de controvérsias, a efetiva aplicação de tais técnicas ainda não alcançou o estágio de desenvolvimento merecido. Lamentável, pois muitos conflitos que hoje se prolongam nas discussões entre parceiros comerciais, ou mesmo diante das barras dos tribunais, já poderiam ter encontrado solução privada, confidencial e tecnicamente mais palpável para ambos os lados em litígio (SANTOS, 2004 apud MENEZES; VILAS-BÔAS, 2008, p. 5).

Verifica-se, assim, que com a arbitragem os titulares de interesses em conflito, por ato voluntário, nomeiam um terceiro, estranho ao litígio, conferindo-lhe poder para apresentar uma solução para aquela lide, solução esta que lhe será imposta coativamente. Trata-se, pois, de um substitutivo da jurisdição, ou como dizia o notável CARNELUTTI, um equivalente do processo civil (CARNELUTTI, 1997 apud CÂMARA, 2009).

2. Origem da arbitragem

De acordo com Luis Fernando Guilherme, as origens da Arbitragem:

ENTRE ASPAS

remontam aos primórdios das civilizações, quando ainda não existia um sistema judiciário instituído pelo Estado. Comenta-se que desde a antiguidade e a Idade Média, na esfera de um embrionário Direito Internacional, já era utilizada como forma de evitar os conflitos bélicos (GUILHERME, 2003 apud SOUZAS; TORRES, 2008, p. 75).

Acredita-se, porém, que o termo venha do grego porque a palavra árbitro já era utilizada na Grécia antiga, tanto que diversos pensadores fizeram menção a esta palavra, como Platão, Aristóteles e Demóstenes. Tem-se notícia da arbitragem desde os tempos mais remotos; data de 3.200 anos antes de Cristo (PARISE, 2008, p. 115).

Sabe-se que,

durante o período romano, somente os romanos tinham acesso à Justiça. Cabia unicamente a eles a função de magistrados. Eram excluídos todos os demais membros da sociedade romana na época, que por sua vez era dividida basicamente em romanos e peregrinos. Havia uma jurisdição na qual os romanos tinham acesso, e somente eles tinham acesso à Justiça, que julgavam conflitos entre eles. Com o crescimento da população estrangeira, surgiu a necessidade de solucionar os conflitos também destes.

Criou-se desta forma uma jurisdição paralela à do Estado Romano, para que se conseguisse atingir a população de peregrinos. Surgiu desta forma o que chamamos de Arbitragem Romana (PARISE, 2008, p. 115).

Sebastião José Roque traz a seguinte ideia da arbitragem em Roma:

com o desenvolvimento de Roma e o aumento da população, o que fez Roma transformar-se no centro do mundo ocidental, houve necessidade de se criar para os habitantes de Roma, os *peregrini*, magistrados que pudessem coordenar aquela justiça privada, a arbitragem. Foi então criada a figura do “pretor peregrino”, uma versão do “pretor urbano”, como era chamado o juiz dos “quirites” ou “patrícios”. E assim a arbitragem foi reconhecida no direito romano (ROQUE, 1997 apud PARISE, 2008, p. 116).

J. Cretella Júnior ensina que o pretor é:

pretores, encarregados da distribuição da justiça. Primeiro, em número de um, o cargo de pretor se desdobra, depois, em dois: o pretor urbano, para as causas entre romanos, e o pretor peregrino, para as questões entre romanos e peregrinos (=estrangeiros) ou entre os próprios peregrinos (PARISE, 2008, p. 116).

Conforme Sebastião José Roque, o pretor não podia impor aos peregrinos e plebeus o Direito Romano, o *jus civilis*, isto por ser o direito muito formal e somente privativo aos patrícios. Desta forma, os plebeus podiam escolher o direito a ser-lhes aplicado, podendo valer-se até mesmo do *jus civilis*, direito exclusivo dos patrícios (ROQUE, 1997).

Surgem desta forma muitas características da arbitragem que hoje se aplicam. Naquela época os plebeus não tinham direito a um juiz remunerado do Estado, e assim as partes deveriam pagar o árbitro que não era pessoa ligada ao Estado, mas sim um particular. Observa-se uma das principais características da arbitragem que hoje se encontra na Lei nº 9.037/96, a escolha dos juízes pelas próprias partes e a escolha do direito a ser aplicado.

À arbitragem sucedeu a jurisdição pública, isto porque a necessidade de verem solucionados os conflitos entre as partes era de primordial necessidade. Surgiu então uma forma de manifestar a justiça solucionando os conflitos dos peregrinos, e a esta solução chamou-se arbitragem (PARISE, 2008, p. 116-117).

Naquela época havia também tribos, ente elas a dos aqueus, que eram pastores e agricultores nômades, que viviam na Península Balcânica, sem constituir-se em Estados. Estes formavam famílias sob o regime patriarcal, e quando havia algum conflito o mesmo era decidido sob a arbitragem do patriarca de cada família.

Os gregos tinham tanta confiança na arbitragem que, embora uma causa já estivesse no tribunal de heliastas, esta poderia ser retirada e levada à apreciação de árbitros privados (PARISE, 2008).

Informa Teixeira e Andreatta:

em 445 a.C. o Tratado de Nícias, que objetivava findar um estado de beligerância entre Atenas e Esparta, entre outras condições, estabelecia que os eventuais litígios entre os lacedônios e seus aliados com os atenienses e seus aliados deveria ser submetido à arbitragem (TEIXEIRA; ANDREATTA, 1997 apud PARISE, 2008, p. 118).

Pode-se comprovar, portanto, que a arbitragem não é algo novo, e sim um instituto muito usado desde os tempos mais remotos da sociedade. Dela surgiu a jurisdição estatal e não o contrário.

De acordo com Mujalli, observa-se, a arbitragem em outras épocas.

O desenvolvimento da arbitragem na Idade Média ocorreu por cinco fatores fundamentais: a ausência de leis ou a sua excessiva rigidez e incivilidade; falta de garantias jurisdicionais; uma variedade de ordenamentos; a fraqueza do Estado, e finalmente os conflitos existentes entre o Estado da época e a Igreja.

Na França, a arbitragem foi considerada como um instrumento ideal de reação do povo contra os abusos da justiça do Rei. Verificou-se também a arbitragem no Direito italiano, da Bélgica, Argentina, Estados Unidos e outros. (MUJALLI, 1997 apud PARISE, 2008, p. 118).

Destaca-se que a Arbitragem foi utilizada na solução de relevantes questões históricas, tais como a decisão pelo Parlamento de Paris, envolvendo o Papa Inocêncio IV e o Imperador Frederico II e o Tratado de Tordesilhas, por meio da Bula do Papa Alexandre VI. (SOUZAS; TORRES, 2008).

ENTRE ASPAS

O desenvolvimento do Processo Civil Romano contribuiu historicamente para o fenômeno da arbitragem em três fases. Na primeira – a chamada arbitragem facultativa –, as próprias partes escolhiam o juiz ou o árbitro para sua causa. Com o fortalecimento do Estado, numa segunda fase os árbitros passaram a ser nomeados por este, tornando a arbitragem obrigatória. A última fase, denominada processo extraordinário, caracteriza a passagem da justiça privada para a justiça pública onde o pretor passa a conhecer do mérito dos conflitos e a proferir sentenças. Assim, o Estado começa a impor suas decisões, fortalecendo a noção de jurisdição como monopólio do Estado (CINTRA, 1993 apud SOUZAS; TORRES, 2008, p. 77).

E acrescenta o autor que:

com o passar do tempo, o processo civil inclinou-se a encaminhar as partes conflitantes ao Poder Judiciário limitando cada vez mais o uso da arbitragem como opção do poder público para solução de controvérsias, convencendo, assim, a sociedade acerca do Poder Judiciário como o meio ideal e mais seguro de resolução de disputas.

Contudo, diante das suas dificuldades em tratar de forma ágil e satisfatória com as questões trazidas a sua análise, aliada à demanda crescente por uma prestação jurisdicional rápida e eficaz, ressurgiu a arbitragem com novos traços e razões distintas daquelas que, anteriormente, fizeram dela um instrumento de solução de controvérsias interpessoais (SOUZAS; TORRES, 2008, p. 77).

3. Arbitragem do Brasil

A arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro já era prevista em nossa primeira Constituição Federal.

Na Constituição de 1824, conhecida como Constituição Imperial, que dispunha no seu art. 160 sobre arbitragem: “Artigo 160, nas causas cíveis e nas penais civilmente intentadas, poderão as partes nomear Árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recursos, se assim o convencionarem as mesmas partes” (SOUZAS; TORRES, 2008, p. 78).

Em 1850, o Código Comercial estabelecia obrigatoriamente em seu artigo 294 o juízo arbitral nas causas entre os sócios e as sociedades comerciais, em sua liquidação ou partilha (SOUZAS; TORRES, 2008).

Segundo Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme,

o regulamento 737, também de 1850, ainda vigente, o qual exigia o Juízo arbitral para a solução das causas comerciais em seu artigo 411.

Em 1866, a Lei nº 1.350, de 14 de setembro, revogou os dispositivos que privilegiavam o uso da via arbitral, sem qualquer oposição à época, caindo o instituto em desuso.

O Código de Processo Civil de 1939 previa o juízo arbitral em seus artigos 1.031 a 1.046, porém não conseguiu viabilizar sua aplicação (mesmo sofrendo modificação em 1973), por manter a intervenção obrigatória do Poder Judiciário em processo homologatório à decisão do árbitro.

Em 1991, o Instituto Liberal de Pernambuco lançou a “Operação Arbiter”, iniciando a discussão de um novo anteprojeto que resultaria no PLS 78/92.

Em nosso programa legislativo atual, com a promulgação da Lei nº 9.307, de 23/09/1996 – Lei de Arbitragem –, e a confirmação de sua constitucionalidade em maio de 2001, a arbitragem comercial foi finalmente reinserida no ordenamento jurídico brasileiro (SOUZAS; TORRES, 2008, p. 78).

Faz- se necessário acrescentar os ensinamentos a seguir:

no Brasil, o juízo arbitral é bem mais antigo do que se imagina. Ele estava regulamentado desde as Ordenações Manuelinas, Afonsinas e Filipinas, vigentes no período Colonial até 1822. Vê-se também desde o Decreto nº 737, de 1850, o qual tornou obrigatória em determinados casos a arbitragem para a resolução de litígio entre comerciantes. O código de 1850, instituído pela Lei nº 556, de 1850, estabeleceu o juízo arbitral para a solução das questões advindas de contrato mercantil. Vemos ainda este discutido assunto, arbitragem, na Constituição de 1824, Lei 1.350, de 1866, regulamentada em 1867 – Processo Arbitral – Decreto 3.900, Constituição Federal de 1891 e outros (PARISE, 2008, p. 118).

Sebastião José Roque, que afirma que:

quando de nossa independência, em 07.09.1822, que houve por parte de Portugal a resistência em aceitar o Brasil como país independente e soberano; houve então um acordo entre D. João VI e D. Pedro I, decidindo entregar a questão à arbitragem ao Rei da Inglaterra, decidindo este a favor do Brasil, tendo assim o reconhecimento deste e também pelos demais países.

Outro exemplo, no Brasil, foi com referência ao território do Acre, que pertencia à Bolívia, região que foi aos poucos invadida por brasileiros até estes tomarem conta de todo o território. O problema foi submetido ao núncio apostólico (embaixador do Vaticano) no Brasil, decidindo este em nosso favor. Assim, pelo tratado de Petrópolis, em 1903, o Acre foi incorporado ao território brasileiro, tendo como advogado do Brasil junto ao juízo arbitral o Barão do Rio Branco (ROQUE, 1997 apud PARISE, 2008, p. 119).

3.1. Conceito e natureza

O significado da palavra “arbitragem” é derivado do latim “arbitr”, que significa juiz, jurado. A arbitragem é um caminho alternativo ao Poder Judiciário de dissolver conflitos, em que as partes celebram em contrato ou através de um simples acordo que vão dispor do juízo arbitral para resolver controvérsia existente ou eventual ao invés de buscar o Judiciário.

A arbitragem tem como pano de fundo a Lei de Arbitragem, Lei nº 9.307/96, porém tem como base estruturante o princípio da autonomia das partes. O Princípio da Autonomia da vontade das partes encontra-se consagrado em nosso ordenamento jurídico desde priscas eras, porém, com a evolução dos diversos conceitos, inclusive o conceito de cidadania, esse princípio teve a sua importância ampliada, no momento em que a idéia de democracia assume contornos antes nunca imaginados. Agora se pensa no indivíduo participando de forma ativa de todo o processo de responsabilidade sobre a vida e sua esfera jurídica. A idéia de paternalismo está sendo deixada de lado, na medida em que nos tornamos mais capazes e responsáveis pelos nossos atos. Trata-se de uma perspectiva histórica de amadurecimento do ser humano. Talvez estejamos saindo da adolescência para ingressarmos em um universo no qual somos responsáveis por ele (MENEZES; VILAS-BÔAS, 2008, p. 15).

De acordo com os ensinamentos de Carlos Alberto Carmona (1993), a arbitragem trata-se de meio heterocompositivo de soluções de controvérsias, distinta da mediação e da conciliação, por conta destas tratarem-se de meios autocompositivos de soluções de litígios.

Pode ser conceituada como um mecanismo privado de solução de litígios, através do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes (SOUZAS; TORRES, 2008).

Segundo Carreira Alvim, arbitragem “é a instituição pela qual as pessoas capazes de contratar confiam a árbitros, indicados ou não por eles, o julgamento de seus litígios relativos a direitos transigíveis” (ALVIM, 2002 apud SOUZAS; TORRES, 2008, p. 79).

Ao optar por este meio alternativo de solução de litígios, os titulares dos interesses em conflito já demonstram uma predisposição a se conformarem com a decisão do árbitro, já que este foi escolhido pelos contendores, sendo alguém de sua confiança. Assim, é bastante provável, sendo por isso razoável admitir, que a decisão proferida pelo árbitro efetivamente componha o conflito, fazendo com que este desapareça do mundo dos fatos, e não apenas tomando tal conflito juridicamente irrelevante. Por esta razão é que, desde o início, venho afirmando que a arbitragem é instrumento essencial na busca da pacificação social (CÂMARA, 2009, p. 9).

Alguns princípios importantes norteiam a arbitragem tais como: autonomia da vontade; boa-fé entre as partes; devido processo legal; imparcialidade do árbitro; livre convencimento do árbitro; motivação da sentença arbitral; autonomia da lei arbitral ou cláusula compromissória; e a competência.

A Lei de Arbitragem deu uma nova roupagem à arbitragem brasileira. Esse instituto não é novo em nosso direito, pois desde o período colonial é legalmente reconhecida no Brasil e vem sempre sendo incluída em diversas legislações nacionais (Constituições Nacionais de 1824, 1934, 1937, e, enfim, na vigente Constituição da República Brasileira de 1988, além da presença nos Códigos Comercial, Civil e de Processo Civil).

Verifica-se que, aspectos importantes como a simplicidade, objetividade, sigilo e rapidez do procedimento arbitral, se sobrepõem à complexidade, prolixidade, publicidade e, sobretudo, à morosidade do processo judicial.

A natureza jurídica da arbitragem é tema bastante controverso, formando-se, nesse particular, três correntes delimitadas por J. E. Carreira Alvim em sua obra *Tratado Geral da Arbitragem*:

- I) privatista ou contratualista, tendo como precursor Chiovenda;
- II) publicista ou processualista, sendo Mortara o seu expoente, e
- III) conciliadora ou intermediária, liderada por Carnelutti (ALVIM, 2002 apud SOUZAS; TORRES, 2008).

A corrente contratualista preconiza que o árbitro só pode dispor sobre o conteúdo da esfera privada da sentença, ou, no dizer de Luis Fernando do Vale de Almeida Guilherme, apenas sobre o “material lógico” da sentença (SOUZAS; TORRES, 2008).

A segunda corrente defende que a arbitragem é possível graças à vontade da lei que autoriza o seu uso.

Segundo o supracitado autor:

em outros termos, sobreleva o aspecto processual do contrato de compromisso, cujo principal efeito seria a derrogação das regras de competência estatais, acentuando a identidade entre o laudo proferido pelo árbitro e a sentença emanada do juiz togado (GUILHERME, 2007 apud SOUZAS; TORRES, 2008, p. 80).

A terceira e última corrente concebe que, de um lado, a decisão do árbitro não é uma sentença, pelo fato de não possuir executividade; de outro, o árbitro e o juiz atuam para a formação da decisão do conflito.

A natureza jurídica da arbitragem parece ser, de acordo com o largo entendimento doutrinário, eminentemente contratual, posto que este instituto pressupõe o acordo de vontade das partes, constituindo, assim, um negócio jurídico bilateral (GUILHERME, 2007 apud SOUZAS; TORRES, 2008, p. 80).

É a corrente com a qual concordamos.

3.2. Arbitrabilidade

Para descobrirmos quais litígios podem ser objeto da Lei de Arbitragem, é necessário analisar o art. 1º, que determina que somente os direitos patrimoniais disponíveis é que podem ser objeto da arbitragem.

Na conceituação de Clóvis Beviláqua, temos que:

ENTRE ASPAS

assim, compreendem-se no patrimônio tanto os elementos ativos quanto aos passivos, isto é, os direitos de ordem privada economicamente apreciáveis e a dívidas. É a atividade econômica de uma pessoa, sob o seu aspecto jurídico, ou a projeção econômica da personalidade civil (BEVILÁQUA, 1955 apud VILAS-BÔAS, 2008, p. 95).

Não fazem parte do patrimônio as qualidades ou aptidões de uma pessoa, como o seu conhecimento técnico ou profissional (VILAS-BÔAS, 2008).

Isso significa dizer que o titular desses direitos podem aliená-los do seu patrimônio mediante a realização de um negócio jurídico, seja transferindo a outra pessoa ou ainda renunciando a ele. Quando os direitos puderem ser objeto de ato de disposição praticado pelo seu titular, estaremos diante de direitos disponíveis. A contrário sensu, os direitos indisponíveis pertencem ao seu titular mesmo ele não querendo, como por exemplo o direito a alimentos. É possível deixar de exercer os direitos indisponíveis, até mesmo por desconhecer que possui esse direito, mas ninguém poderá, de forma válida, abrir mão dos seus direitos indisponíveis (VILAS-BÔAS, 2008, p. 96).

Disponíveis são assim classificados os direitos e os bens que as partes podem livremente alienar, ceder, onerar, transacionar, renunciar. Patrimoniais são os bens ou direitos que tenham valor econômico ou que podem ser avaliados economicamente.

“Por fim, não se pode admitir arbitragem quando a causa versar sobre o estado e a capacidade das pessoas”. Assim, por exemplo, o divórcio consensual não poderá ser concretizado senão em juízo ou por escritura pública, sendo vedada a arbitragem (CÂMARA, 2009, p. 14).

3.3. Características da arbitragem

A arbitragem pode-se caracterizar como método de solução extrajudicial de controvérsias tendo por base o princípio da autonomia da vontade das partes, já que, as partes escolhem livremente o árbitro que irá decidir sobre o seu conflito, e legitimam e transferem ao mesmo a autoridade para decidir.

Vale ressaltar que a solução arbitrada às partes ser-lhes-á imposta coativamente, tratando-se, assim, no dizer de Carnelutti, como um “equivalente do processo civil”. Isto porque na arbitragem as partes conflitantes, ao optarem por esse método extrajudicial ou alternativo de solução de controvérsias, já se predispõem a uma sujeição com a decisão do árbitro, uma vez que este foi escolhido por aquelas, sendo depositário, pois, de sua confiança. É nesse sentido que a arbitragem é considerada um instrumento essencial na busca da pacificação social (CARNELUTTI, 2005 apud SOUZAS; TORRES, 2008, p. 80-81).

A arbitragem de direito é aquela em que somente as normas de direito positivo podem

ser utilizadas para solucionar o conflito.

Já na arbitragem de equidade, árbitro pode decidir de acordo com seu entendimento de justiça, considerando as circunstâncias de cada caso (SOUZAS; TORRES, 2008).

Na visão organizacional, a arbitragem pode ser *ad hoc*, na qual as partes impõem as regras para a arbitragem, respeitando as limitações estabelecidas em lei; assim, as partes dispõem em contrato as regras a serem ressaltadas pelos árbitros para a solução dos conflitos.

Na arbitragem institucional, entende-se que esta é fundamentada por instituições exclusivas, tais como tribunais e cortes de arbitragem legalmente constituídas e registradas como, por exemplo, a Corte Internacional de Arbitragem ou American Arbitration Association (AAA).

4. Da convenção de arbitragem e seus efeitos

A arbitragem possui diversos efeitos e a lei cria maior compromisso e confiança entre as partes envolvidas no conflito

Entre as partes, os efeitos jurídicos podem ser definidos primeiramente na exclusão do Poder Judiciário para solucionar os conflitos e a submissão das partes à sentença arbitral, que só podem recorrer ao Poder Judiciário no caso de nulidade ou extinção do compromisso, apenas para rever questões formais.

Pelo art. 1º da Lei de Arbitragem, temos que: as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Sendo assim, é preciso que essas pessoas materializem essa intenção e isso ocorre mediante a convenção arbitral.

Sendo a convenção arbitral a materialização da vontade das partes de dirimir seus conflitos mediante a lei de arbitragem, essa convenção é sem sombra de dúvida o ponto principal, o aspecto mais importante da arbitragem. E nós a encontramos expressa no artigo 3º da Lei de Arbitragem, a Lei nº 9.307/96, que reza que “as partes interessadas podem submeter à solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”.

O nosso ordenamento jurídico abriga um importante princípio, que é o Princípio da Autonomia da Vontade, que se encontra consagrado na Lei de Arbitragem, onde as partes que podem exercer esse princípio, diante de direitos patrimoniais disponíveis, podem fazer a opção de solucionar os conflitos através do Poder Judiciário ou mediante a Lei de Arbitragem (VILAS-BÔAS, 2008, p. 83).

Segundo a autora, no momento em que a escolha recaia sobre a Lei de Arbitragem, faz-se necessário celebrar a Convenção Arbitral, já que não existe a possibilidade de arbitragem compulsória em nosso ordenamento jurídico.

Desse conceito podemos, verificar as características da convenção de arbitragem percebendo que para que ela ocorra é preciso ser necessaria-

mente escrito e assinado pelas partes capazes e legitimadas para o referido ato, o objeto deve ser lícito e passível de transacionar, já que versa sobre direitos patrimoniais disponíveis. Ela também não pode ser genérica, devendo estar ligada a uma relação jurídica específica. Apresenta ainda como característica ser autônoma, pois apesar de estar ligada a uma relação jurídica específica a sua validade jurídica requer requisitos legais específicos e ainda apresenta um objeto específico. Sendo nulo o negócio jurídico a que está vinculada, não quer necessariamente que a convenção arbitral também seja considerada nula. Além disso, é acessória, já que é necessário estar subordinada a uma relação jurídica específica (VILAS-BÔAS, 2008, p. 84).

Há duas espécies de convenção de arbitragem: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. A primeira é necessariamente prévia ao litígio, enquanto o segundo surge após o nascimento da lide.

O artigo 4º da Lei de Arbitragem define a cláusula compromissória como “a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato” (CÂMARA, 2009, p. 23).

Assim é que, segundo a doutrina, a cláusula compromissória é aquela mediante a qual as partes estipulam no contrato ou em ato consecutivo que as controvérsias oriundas do mesmo e ainda as futuras serão decididas por intermédio dos árbitros.

No mesmo sentido se manifestou um notável jurista, o qual se pronuncia perante o vigente sistema italiano da arbitragem, afirmando que a convenção que dá origem à arbitragem pode ser estipulada antes do surgimento de qualquer litígio, pois “*in occasione della stipulazione di un contratto, Le parti possono convenire nello stesso contratto, o in atto separato, Che Le controversie future eventualmente nascenti dal contratto medesimo siano decise da arbitri, in tal caso si parla di clausola compromissoria*” (PISANI, 1994 apud CÂMARA, 2009, p. 24).

De igual forma, a doutrina brasileira assim define a cláusula compromissória, como:

uma convenção celebrada entre os contratantes, através da qual fica estipulado que as divergências que vierem a surgir entre eles a respeito de um dado negócio jurídico (normalmente acerca da execução ou interpretação de um contrato) serão resolvidas por meio de arbitragem (CARMONA, 1993 apud CÂMARA, 2009, p. 24).

Tarcísio Araújo Kroetz, entende que:

a cláusula compromissória é um negócio jurídico que determina a subtração da jurisdição estatal das controvérsias que possam originar entre os contratantes, estabelecendo a competência da solução de seus eventuais litígios para instância arbitral. A celebração desse contrato há que ser realizada em momento anterior ao surgimento da lide (KROETZ, 1997 apud CÂMARA, 2009, p. 24).

Segundo nos ensina Beat Walter Rechsteiner, temos que:

quando se refere a uma lide futura, decorrente de determinada relação jurídica, entre duas partes, mormente de natureza contratual, a convenção de arbitragem [...] é denominada cláusula compromissória [...] ou, por vezes, também cláusula arbitral [...]. Se, entretanto, a convenção de arbitragem estiver relacionada à lide já existente, costuma-se falar em compromisso arbitral (RECHSTEINER, 1997 apud VILAS-BÔAS, 2008, p. 85).

Ou ainda conforme Celso Barbi Filho:

assim, se quiserem submeter a solução de seu litígio à arbitragem, as partes devem criar uma convenção de arbitragem, que terá inicialmente uma cláusula compromissória (promessa) e, quando surgido o litígio, um compromisso arbitral (contrato definitivo). Ou ainda, independentemente de firmarem cláusula compromissória, podem as partes celebrar compromisso arbitral quando surgido um conflito (BARBI FILHO 199- apud VILAS-BÔAS, 2008, p. 86).

Isso significa dizer que uma cláusula compromissória inserida em um contrato não necessariamente será utilizada, somente quando aparecer algum conflito referente àquele contrato; por outro lado, sempre que nos depararmos com um compromisso arbitral é porque as partes já se encontram em conflito.

Quanto aos efeitos decorrentes, têm-se o efeito positivo e o negativo.

Efeito positivo: a partir do momento em que foi instituída a Cláusula Compromissória, deve-se seguir o rito da Lei de Arbitragem, sendo vedada outra possibilidade.

Se eventualmente uma das partes, apesar de ter assumido a Cláusula Compromissória para dirimir as questões controversas no referido contrato, ingressar no Poder Judiciário pleiteando que solucione o conflito apresentado, o juiz deverá proferir sentença sem resolução do mérito, baseado no art. 267, VII – pela convenção de arbitragem, levando assim a que analisemos o efeito negativo da Cláusula Compromissória, que é:

Efeito Negativo: denomina-se efeito negativo da cláusula compromissória porque em razão de sua existência em um negócio jurídico decorre de todo e qualquer problema oriundo desse contrato deverá ser resolvido mediante a Lei de Arbitragem, sendo assim excluí de apreciação do Poder Judiciário (VILAS-BÔAS, 2008).

A seguir, serão melhor dissecadas as duas espécies de convenção de arbitragem.

4.1. Cláusula Compromissória e Compromisso Arbitral

A Cláusula Compromissória nasce no momento inicial do contrato principal, como medida de prevenção dos interessados com a intenção de assegurar e garantir as partes de um eventual desentendimento futuro. Portanto, as partes prevendo divergências futuras, remetem sua solução a árbitros por elas indicados, que serão chamados para dirimir eventuais conflitos que surgirem.

A cláusula compromissória deve ter forma escrita, podendo constar do

ENTRE ASPAS

próprio contrato a que se refere ou de ato separado que a ele faça menção. De tal cláusula pode constar a referência às regras de alguma entidade especializada em arbitragem, ou a algum órgão arbitral institucional, caso em que a arbitragem deverá ser instituída de acordo com tais regras. Além disso, não se pode deixar de dizer que nos contratos de adesão a cláusula compromissória só é eficaz se houver sido instituída por iniciativa do aderente ou se este tiver com ela expressamente concordado (MORENO, 1990 apud CÂMARA, 2009, p. 25).

Exige-se nestes, ainda, que a cláusula compromissória conste de documento anexo ao instrumento principal do contrato, ou que venha neste redigida em **negrito**, com assinatura ou visto especialmente para esta cláusula (art. 4º, 2º, da Lei de Arbitragem).

Vale lembrar, porém, que no contrato de adesão, o aderente simplesmente se submete às cláusulas impostas pelo proponente, o que leva a crer que, em muitos casos, o contrato só será celebrado se o aderente assinar também o documento anexo que institui a cláusula compromissória (ou dê sua assinatura ou visto especialmente para a cláusula compromissória constante, em **negrito**, do instrumento do contrato). Será, assim, fundamental que o Judiciário coíba abusos, assegurando que só se submeterá à arbitragem aquele que livremente optou por esta forma de solução de seus conflitos. A cláusula compromissória é, em verdade, um contrato preliminar, ou seja, uma promessa de celebrar o contrato definitivo, que é o compromisso arbitral (FIUZA, 1995 apud CÂMARA, 2009, p. 25).

Ainda, segundo Câmara, o descumprimento desta obrigação, com a recusa de qualquer das partes em celebrar o compromisso após o surgimento de qualquer litígio entre os contratantes, gera para a outra parte o direito de obter em juízo a tutela jurisdicional específica relativa àquela obrigação.

Como regra geral, a extinção da cláusula compromissória irá ocorrer no mesmo momento em que a relação jurídica que a originou se extinguir. Dessa forma, não está sujeita a nenhum prazo de validade.

Porém, quando nos depararmos com o distrato bilateral ou com a renúncia, seja expressa ou tácita, então teremos também a extinção da cláusula compromissória. Ainda podemos exemplificar como causas de extinção da cláusula compromissória a morte, a recusa ou a impossibilidade dos árbitros, desde que as partes tenham feito constar, de forma expressa, que não iriam aceitar nenhum substituto (VILAS-BÔAS, 2008, p. 106).

Já o Compromisso Arbitral é o acordo através do qual as partes submetem à arbitragem de uma ou mais pessoas um litígio que pode ser judicial ou extrajudicial.

Conforme art. 10 e seus incisos da Lei nº 9.307/96 constará obrigatoriamente o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes; o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros; a matéria que será objeto da arbitragem e o lugar em que será proferida a sentença arbitral.

O compromisso arbitral é, pois, um contrato de direito privado, cujo efeito é a instauração de um processo arbitral, no qual haverá a heterocomposição do conflito de interesses que originou o compromisso. Pode ser celebrado em juízo (tanto nas hipóteses em que as partes assim o decidam fazer no processo instaurado em razão da demanda de substituição de declaração de vontade – art. 7º da Lei da Arbitragem, como nas hipóteses em que as partes decidem optar pela arbitragem mesmo sem jamais ter sido pactuada a cláusula compromissória). Nesta hipótese, fala-se em compromisso judicial (art. 9º, 1º), devendo o mesmo ser celebrado por termo nos autos (CÂMARA, 2009, p. 34).

Há, ainda, uma segunda espécie de compromisso arbitral, o compromisso extrajudicial, o qual deverá ser celebrado por escrito (forma escrita *ad substantiam*), podendo sê-lo por instrumento público ou particular. Neste último caso, exige-se ainda a assinatura de duas testemunhas (PISANI, 1994 apud CÂMARA, 2009, p. 35).

O compromisso arbitral encontra-se expressamente definido no art. 9º da Lei de Arbitragem, verbis: *Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem, de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.*

Pela definição de Antônio Carlos Marcato, verificamos que: “O compromisso arbitral é então o instrumento de que se valem os interessados para, de comum acordo, atribuírem a terceiro (denominado árbitro) a solução de pendências entre eles existentes” (MARCATO, 1997 apud VILAS-BÔAS, 2008, p. 107).

Já Pontes de Miranda assim se manifestava acerca do compromisso arbitral:

chama-se compromisso o contato pelo qual os figurantes se submetem, a respeito de direito, pretensão, ação ou exceção, sobre que controvérsias, à decisão de árbitro. Entra na classe dos contratos que têm por fim a eliminação de incerteza jurídica (MIRANDA, 1955 apud VILAS-BÔAS, 2008, p. 107).

Ademais, em qualquer ocasião, podem as partes desfazer o compromisso, mesmo que já tenha sido proferida a sentença arbitral.

O artigo 12 da Lei de Arbitragem preceitua os casos em que irá ocorrer a extinção do compromisso arbitral, apresentando-nos assim que, na hipótese de em que qualquer um dos árbitros apresentar a sua dispensa, antes de ser nomeado, e as partes tenham decretado a impossibilidade de substituição; ou ainda, na hipótese de falecimento de alguns deles ou ainda na impossibilidade de dar o seu voto, desde que as partes também tenham se manifestado de forma expressa a impossibilidade de substituição, ou na hipótese de ter transcorrido o prazo para apresentação da sentença arbitral firmado no compromisso arbitral desde que após esse prazo a parte interessada notifique o árbitro, ou, se for o caso, o presidente do Tribunal arbitral, concedendo o prazo de dez dias para a prolação e a apresentação da sentença arbitral (VILAS-BÔAS, 2008, p. 113).

ENTRE ASPAS

A própria Lei de Arbitragem em seu art. 12 disciplina três situações de extinção do compromisso arbitral:

I – escusando-se qualquer dos árbitros, antes de aceitar a nomeação, desde que as partes tenham declarado, expressamente, não aceitar substituto;

II – falecendo ou ficando impossibilitado de dar seu voto algum dos árbitros, desde que as partes declarem, expressamente, não aceitar substituto; e

III – tendo expirado o prazo a que se refere o art. 11, inciso III, desde que a parte interessada tenha notificado o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe o prazo de dez dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral (BRASIL, 1996).

Para Silvio Venosa (2006, p. 592), a renitência das partes em aceitar substitutos dos árbitros pode pôr a perder o sentido da arbitragem.

Da mesma forma que a cláusula compromissória, o compromisso arbitral apresenta os efeitos positivo e negativo. O efeito positivo é levar o pleito a se desenvolver perante a Arbitragem e, quando isso ocorre, necessariamente tem-se que afastar o Poder Judiciário que é o efeito negativo apresentado.

Sendo o compromisso arbitral classificado como um contrato, ele somente irá produzir efeitos entre aqueles que deram seu expresso consentimento; como regra geral, as partes não podem atingir a terceiros que não poderão vir a sofrer com os efeitos do compromisso de arbitragem (VILAS-BÔAS, 2008, p. 112-113).

Por fim é necessário registrar o conceito de Compromisso Arbitral Judicial e extrajudicial:

o primeiro decorre de compromisso arbitral originário do Poder Judiciário que pode ser resultante de duas situações distintas. A primeira refere-se à demanda iniciada com base no art. 7º da Lei de Arbitragem, quando em decorrência de uma cláusula compromissória vazia e uma das partes não assinando o compromisso arbitral faz-se necessário recorrer ao Judiciário, conforme devidamente analisado no presente capítulo. Já na segunda situação, decorrente de já ter sido ajuizada uma ação judicial em seu transcorrer, as partes decidem, de comum acordo, optar pela Arbitragem, extinguindo assim o julgamento sem resolução de mérito. Nesse caso o compromisso arbitral será celebrado por termo nos autos perante o Poder Judiciário (VILAS-BÔAS, 2008, p. 108).

Já o compromisso Arbitral Extrajudicial, nesse caso, sem a intervenção do Poder Judiciário, as partes pactuam o compromisso arbitral. Deverá ser por escrito particular com a assinatura de duas testemunhas, ou ainda pode ser por instrumento público (VILAS-BÔAS, 2008).

5. Dos árbitros

O árbitro é considerado um juiz de fato e de direito, funciona como o juiz no processo judicial, só que o faz em uma atividade não estatizada e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

O Juiz Arbitral, Daniel Luiz Bueno Rodrigues Lima, a respeito deste art. comenta que:

ante a questão da investidura e sua relação com a condição de juiz de fato, podemos afirmar que inconcebível esta a existência da profissão de árbitro, pois que ninguém é árbitro. A pessoa pode estar árbitro quando da sua investidura em decorrência da sua nomeação e esta condição somente se aplica durante o procedimento arbitral. Com relação à validade da sentença arbitral, muito já se discutiu, inclusive sobre a constitucionalidade desta disposição da Lei de Arbitragem. Contudo hoje já se encontra pacificada na doutrina e na jurisprudência a irrefutável e inquestionável validade da sentença arbitral, da sua irrecorribilidade, bem como da falta de necessidade de homologação pelo judiciário (LIMA, 2007, p. 2).

O árbitro nada mais é que, pessoa natural, capaz, estranha a um conflito de interesses que verse sobre direitos patrimoniais disponíveis, selecionadas pelas partes para resolvê-lo. Destarte, o árbitro será qualquer cidadão neutro, imparcial e independente, que goze da confiança das partes. Não se admite pessoa jurídica como árbitro.

O número de árbitros deverá, portanto, ser necessariamente ímpar. Sendo formado um colegiado de árbitros, estes deverão eleger o que exercerá a função de presidente do colegiado. Não havendo acordo quanto a quem seja o presidente, determina a lei deva exercer tal função o mais idoso dos árbitros (art. 13, 4º, da Lei da Arbitragem). É importante que se faça a eleição do presidente do colegiado arbitral, uma vez que será o voto deste que prevalecerá nas hipóteses em que não haja maioria entre os árbitros, conforme já se viu (CÂMARA, 2009, p. 49).

Nos termos do art. 14 da Lei da Arbitragem:

estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil (CÂMARA, 2009, p. 51).

A Lei de Arbitragem prestigia a autonomia da vontade, em razão deste princípio, qualquer pessoa física que tiver capacidade pode ser árbitro. Assim sendo, o árbitro deve reconhecer que o processo de arbitragem fundamenta-se também na autonomia das partes, devendo focalizar sua atuação nesta premissa.

O código de ética para os árbitros aplica à conduta de todos os árbitros quer nomeados por órgãos institucionais ou partícipes de procedimento *ad hoc*. *A nomeação do árbitro só*

terá validade se o mesmo estiver convencido de que pode cumprir sua tarefa com celeridade, imparcialidade, competência, independência, diligência e discrição.

Também não se deve olvidar, que além das qualificações necessárias a disponibilidade de tempo para satisfazer as expectativas razoáveis das partes é um aspecto fundamental.

A nomeação e aceitação do árbitro o vincula ao processo até o fim. No entanto, sua renúncia poderá acarretar a finalização desse procedimento e o início de um novo, face à nova designação de um novo árbitro.

O art. 14 da referida lei, fala dos impedimentos do árbitro para o exercício da sua função:

estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil (BRASIL, 1996).

Afirma-se, porém, que o árbitro deverá atuar com suma prudência na relação com as partes e manter um comportamento justo e atencioso dentro e fora do processo.

Assim sendo, afirma a lei brasileira que se considera instaurada a arbitragem quando o árbitro aceita sua nomeação (ou, em se tratando de tribunal arbitral, quando todos os árbitros tiverem manifestado sua aceitação). Relembre-se aqui que a aceitação é ato voluntário, essencial para que o árbitro fique sujeito à responsabilidade civil, conforme examinado anteriormente. A partir deste momento haverá, portanto, processo arbitral. Pode então o árbitro (ou o colegiado), entendendo haver necessidade de que as partes explicitem alguma questão referida na cláusula compromissória ou no compromisso arbitral, elaborar – em conjunto com as partes – um adendo à convenção de arbitragem, a ser firmado por todos, e que passará a integrar a referida convenção (art. 19, parágrafo único). Quis a lei, com isto, tornar claro e preciso o objeto da arbitragem, evitando-se assim que o árbitro decida questão que não lhe tenha sido submetida pelos litigantes (CÂMARA, 2009, p. 70).

Tendo as partes, de comum acordo, escolhido quem será o árbitro a que será submetido seu conflito de interesses, não há como se admitir seja tal árbitro incompetente, uma vez que sua autoridade para julgar decorre da própria vontade das partes.

5.1. Responsabilidade Penal e Civil

Dispõe o art. 17 da Lei de Arbitragem que o árbitro, enquanto no exercício de suas funções, fica equiparado ao funcionário público para os fins da legislação penal.

Significa dizer que o árbitro pode cometer aqueles crimes que, em princípio, só poderiam ser cometidos por funcionários públicos, como a corrupção passiva. Além disso, a norma aqui referida tem um outro alcance: permitir que o árbitro seja vítima daqueles delitos que só podem ser cometidos contra funcionário público, como a corrupção ativa ou crime contra a honra

qualificado por ser a vítima funcionário público, o qual é caluniado, difamado ou injuriado em razão de suas funções.

Uma das formas de se tentar buscar uma solução para o problema é procurar subsídios no direito comparado.

No direito italiano há norma expressa regendo a responsabilidade civil dos árbitros. É o art. 813 do *Codice di Procedura Civile*, cuja redação é a seguinte:

813. **Accettazione e obblighi degli arbitri.** L'accettazione degli arbitri deve essere data per iscritto e può risultare dalla sottoscrizione del compromesso. Gli arbitri debbono pronunciare il lodo entro il termine stabilito dalle parti o dalla legge; in mancanza, nel caso di annullamento del lodo per questo motivo, sono tenuti al risarcimento dei danni. Sono egualmente tenuti al risarcimento dei danni se dopo l'accettazione rinunciano all'incarico senza giustificato motivo.

Se le parti non hanno diversamente convenuto, l'arbitro che omette o ritarda di compiere un atto relativo alle sue funzioni, può essere sostituito d'accordo tra le parti o dal terzo a ciò incaricato dal compromesso o dalla clausola compromissoria. In mancanza, decorso il termine di quindici giorni da apposita diffida comunicata per mezzo di lettera raccomandata all'arbitro per ottenere l'atto, ciascuna delle parti può proporre ricorso al presidente del tribunale nella cui circoscrizione è la sede dell'arbitrato. Il presidente, sentite le parti, provvede con ordinanza non impugnabile e, ove accerti l'omissione o il ritardo, dichiara la decadenza dell'arbitro e provvede alla sua sostituzione (CÂMARA, 2009, p. 57-58).

O direito espanhol anterior também regulamentou expressamente a responsabilidade civil dos árbitros, o que foi feito no art. 16 da *Ley de arbitraje* de 1998, cuja redação é a seguinte:

Artículo 16. *La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la Corporación o Asociación, a cumplir fielmente su encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa. En los arbitrajes encomendados a una Corporación o Asociación el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquélla contra los árbitros* (CÂMARA, 2009, p. 59).

Por fim, o direito argentino contém uma norma para regular a responsabilidade civil dos árbitros, o art. 745 do *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, que tem a seguinte redação: “745. *Desempeño de los Árbitros.* – *La aceptación de los árbitros dará derecho a las partes para compelerlos a que cumplan con su cometido, bajo pena de responder por daños y perjuicios*”.

A doutrina daquele país vizinho afirma que os árbitros não são obrigados a aceitar o encargo que lhes é confiado, mas, uma vez aceita a nomeação, tornam-se sujeitos à incidência do artigo citado (PALACIO, 1993 apud CÂMARA, 2009).

Algumas lições do direito comparado podem ser aplicadas ao direito brasileiro sem

temor. Assim, por exemplo, pode-se dizer que só haverá responsabilidade civil do árbitro se este tiver aceito a nomeação. A recusa do árbitro não pode ser causa de responsabilização, eis que esta é sempre voluntária, não podendo ser imposta a ninguém pelas partes, uma vez que a convenção de arbitragem, enquanto não houver a adesão do árbitro, produz efeitos exclusivamente entre os contratantes, em razão de sua própria natureza negocial (AROCA, 1990 apud CÂMARA, 2009).

6. Do procedimento arbitral

No processo arbitral, além do procedimento em contraditório, instaura-se uma relação processual entre as partes e o árbitro (ou Tribunal Arbitral). Esta relação processual é diferente da que se estabelece no processo jurisdicional na medida em que o árbitro, por não ter poder de império, não se põe acima das partes (embora, assim como o Estado-juiz, delas seja eqüidistante). Assim sendo, processo arbitral e processo jurisdicional se distiguem intrinsecamente, uma vez que possuem distintas relações processuais, ainda que ambos possam ser muito semelhantes (ou seja, do ponto de vista do procedimento, que se realiza obrigatoriamente em contraditório) (CÂMARA, 2009, p. 11-12).

Não se faz presente na arbitragem a relação jurídica processual jurisdicional, qual seja, aquela que se estabelece entre as partes e o Estado-juiz. Não há, portanto, como se admitir a natureza jurisdicional da arbitragem, embora não se possa negar o múnus público exercido pelo árbitro, em sua atividade privada, de busca da pacificação social.

Ao prever como princípios norteadores do procedimento arbitral o contraditório e a isonomia, assegura a Lei de Arbitragem que se tenha aquilo que se costuma designar *contraditório justo e equilibrado*, em que as partes vão ao procedimento em paridade de armas, evitando-se assim que a parte mais forte (qualquer que seja a origem desta supremacia: econômica, jurídica, política etc.) obtenha êxito pelo fato de ser mais poderosa (CÂMARA, 2009, p. 78).

Existem três caminhos para escolher qual o procedimento será aplicado no processo arbitral: as partes definem o rito do procedimento na convenção de arbitragem; o procedimento será definido pelo órgão arbitral institucional ou entidade especializada ou pelo árbitro ou tribunal arbitral, conforme indicação das partes na convenção arbitral; não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou colégio arbitral discipliná-lo.

Reza o § 2º do art. 21 que o procedimento arbitral obedecerá ao sistema adotado na convenção escrita pelas partes, entretanto respeitando-se os preceitos da Carta Magna relativos à igualdade entre as partes e aos princípios do contraditório e do livre convencimento dos árbitros.

Deverá o árbitro, diz o art. 21, 4º, da Lei de Arbitragem, no início do procedimento, tentar obter a conciliação das partes, com o que estará

composto o litígio, devendo tal conciliação ser declarada pelo árbitro através de *sentença arbitral* (art. 21, 4º c/c art. 28 da Lei de Arbitragem). Trata-se de regra elogiável, uma vez que a instauração da arbitragem é prova de que as partes não guardam o espírito belicoso que se costuma ver nas partes do processo jurisdicional. Esta “não-beligerância” das partes pode ser fator capaz de contribuir para a autocomposição do conflito, através da conciliação. O árbitro poderá, assim, alcançar a pacificação do conflito de forma ainda mais efetiva do que se teria se a arbitragem se desenvolvesse regularmente, culminando com uma decisão por ele proferida.

Admite-se, no processo arbitral, todos os meios de prova moralmente legítimos, assim os típicos (como o depoimento pessoal das partes, a prova testemunhal e a pericial, mencionadas expressamente no art. 22 da Lei de Arbitragem) como os atípicos. Quanto à produção de tais provas, devem ser seguidas as regras existentes no Código de Processo Civil, já que a Lei da Arbitragem não regulou o procedimento probatório (salvo em pequenos detalhes, referentes ao depoimento de partes e testemunhas, contido no art. 22, 1º, da lei (CÂMARA, 2009, p. 82-83).

Outra questão é que as partes poderão acompanhar o procedimento arbitral, bem como postular por intermédio de advogado que as represente ou assista.

É mister colocar em relevo que competirá ao árbitro, como em um procedimento judicial, no início do procedimento arbitral, tentar a conciliação das partes com a finalidade de se chegar a um acordo.

Observe-se também na legislação em tela para que o procedimento possa se realizar, o árbitro poderá tomar depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgarem necessárias. Esses atos poderão ser efetuados de ofício ou a requerimento das partes. Nesse passo, no caso de não atendimento à comunicação, sem justo motivo da parte, o árbitro levará em consideração a atitude quando da prolação da sentença, sendo certo que a revelia da parte não impedirá que seja proferida a sentença.

No caso de testemunhas, poderá o árbitro requerer à autoridade judiciária competente para o caso que conduza a testemunha.

Destarte, percebe-se que na eventualidade de necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, o árbitro poderá, também, solicitá-los ao órgão do Poder Judiciário originariamente competente para julgar a causa. Tratando-se de medidas cautelares a Lei estabelece que as mesmas sejam propostas perante o Juízo Arbitral, havendo substituição de árbitro, caso previsto pelas partes, ficará a seu critério repetir ou não provas já produzidas.

O laudo do árbitro é admitido como sentença entre as partes e seus sucessores, podendo já ser executada.

Questão interessante é a de se saber se, havendo convenção de arbitragem e, ainda assim, umas das partes propuser a sua demanda, se deve considerar que as partes renunciaram à solução de seu conflito por via arbitral se, oferecida pelo réu a contestação, esta não alegar a *exceção de convenção de arbitragem* (GONNET, 1994 apud CÂMARA, 2009, p. 38).

A arbitragem é uma manifestação de liberdade. Assim é que, do mesmo modo que se garante a liberdade de sua instituição, deve-se garantir a liberdade de renúncia ao previamente estatuído. Desta forma, deixando o demandado de alegar, em sua contestação, que haviam as partes celebrado uma convenção de arbitragem, é de se entender que optaram pela solução de seu conflito pela via jurisdicional, renunciando ao processo arbitral. Poderá, então, o Judiciário exercer, sem impedimentos, a função jurisdicional (PASSOS, 1991; PIMENTEL, 1979 apud CÂMARA, 2009, p. 38).

No que se refere ao direito processual, a previsão de uma demanda capaz de gerar uma sentença substitutiva da declaração de vontade necessária à celebração do compromisso arbitral coloca mais uma vez o direito brasileiro em posição de destaque diante das modernas exigências de previsão de formas diferenciadas de prestação da tutela jurisdicional, devendo ainda tal tutela ser prestada através de um procedimento extremamente concentrado e, por conseguinte, que se mostra consentâneo com a necessidade de tutela jurisdicional efetiva e célere.

7. Da sentença arbitral

O conceito que podemos utilizar para definir a sentença arbitral é o que se assemelha ao conceito posto no art. 162 § 1º do Código de Processo Civil, ou seja, “sentença arbitral é o ato pelo qual o árbitro põe termo ao processo, decidindo-lhe ou não o mérito”.

Acentua-se apenas que, com a sentença arbitral publicada, o árbitro encerra a sua função restando extinta a relação processual arbitral.

Segundo Almeida (2002), a sentença arbitral apresenta peculiaridades próprias. A primeira está relacionada com a regra geral, o prazo fixado de seis meses para que o árbitro profira a sentença arbitral. (art. 23). Vale destacar que prevalece sempre o princípio de imperatividade da vontade das partes, que estas podem estabelecer outro prazo.

Sabemos que a fixação do prazo para a prolação da sentença é extremamente importante, já que o seu descumprimento acarreta consequências diversas tais como: poderá o árbitro, caso não cumpra o prazo, responder por danos e perdas causados às partes decorrente do seu atraso; para as partes, o não cumprimento do prazo poderá ocasionar a extinção da arbitragem, acarretando-lhes vários prejuízos.

“A decisão arbitral (*rectius*, *laudo arbitral*) deverá ter a forma escrita, ainda que proferida oralmente em audiência (caso em que será reduzida a termo)” (CÂMARA, 2009, p. 103).

Também o direito comparado exige a forma escrita para o *laudo arbitral*, como se vê no art. 32 da *Ley de arbitraje* espanhola de 1988 (“*el laudo deberá dictarse por escrito*”), correspondente ao art. 37.3 da lei vigente; e no art. 823 do *Codice di Procedura Civile* italiano (*il lodo è deliberato a maggioranza di voti dagli arbitri riuniti in conferenza personale ed è quindi redatto per iscritto*) (CÂMARA, 2009, p. 104).

Os requisitos essenciais da sentença estão estabelecidos no art. 26 da Lei nº 9.307/96

para que seja considerada apta a produzir efeitos. Vale destacar que ausente tais requisitos, ou mesmo um deles, comina-lhe a nulidade como sanção (art. 32, II).

Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral:

I – o relatório, que conterà os nomes das partes e um resumo do litígio;

II – os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade;

III – o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e

IV – a data e o lugar em que foi proferida (BRASIL, 1996).

Os requisitos da sentença são os mesmos nos diferentes tipos de processo cível, penal e trabalhista, isto é, a sentença arbitral produz entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

Frederico Marques, a respeito dos requisitos da sentença diz:

o relatório é peça de grande valia e fundamental importância. Através dele o juiz delimita o campo do petitum e a área das controvérsias e questões que necessitará resolver. O juiz deve fazer o relatório com clareza, precisão e síntese, muito embora seja minucioso no descrever o objeto da decisão e seus pontos controvertidos. Já nos fundamentos da decisão em que o magistrado, examinando as questões de fato e de direito, constrói as bases lógicas da parte decisória da sentença. Trata-se de operação delicada e complexa, em que o juiz fixa premissas da decisão após laborioso exame das alegações relevantes que as partes formularam, bem como do enquadramento do litígio nas normas legais aplicáveis. Encerrada a motivação, o juiz decide, o que faz na parte dispositiva (no qual deverão dispor as questões que lhes foram submetidas, devidamente resolvidas, e o prazo para cumprimento da decisão) (MARQUES, 1999 - apud ALMEIDA, 2002, p. 131).

O árbitro poderá também aplicar, supletivamente o contido no Código de Processo Civil, artigos 16, 17 e 18, se ocorrer à hipótese de litigância de má-fé.

A ausência dos elementos essenciais do laudo arbitral, nos termos do disposto no art. 32, III, da Lei de Arbitragem, tem como consequência a nulidade do ato decisório. Tal afirmativa, porém, não se afigura inteiramente correta. É certo que relatório e fundamentação da decisão podem ser considerados elementos essenciais à validade do laudo arbitral, com sua ausência implicando a nulidade. A falta de dispositivo, porém, faz com que o laudo arbitral seja *inexistente* (SANTOS, 1996 apud CÂMARA, 2009, p. 114).

A falta de indicação da data e do lugar em que proferida a decisão, que

ENTRE ASPAS

deveria gerar mera irregularidade do ato, tem como consequência a nulidade do mesmo, nulidade esta expressamente cominada no art. 32, III, da lei. Assim também deve-se entender a falta de assinatura do árbitro, embora este elemento essencial da decisão não esteja no caput do art. 26 da Lei de Arbitragem, mas em seu parágrafo único (CÂMARA, 2009, p. 114-115).

Convém salientar, ademais, que a sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato. (art. 26, parágrafo único).

Afirma o art. 29 da lei de arbitragem, que: “proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem, devendo o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, enviar cópia da decisão às partes, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, ou, ainda, entregando-a diretamente às partes, mediante recibo”.

O artigo 33 da referida lei prevê a hipótese do ajuizamento de uma ação anulatória específica para conseguir a anulação da sentença arbitral, caso esta esteja viciada por alguma das formas previstas nos oito incisos do artigo 32 (CRUZ, 2009).

Assim é que o laudo deverá conter uma resposta capaz de compor o conflito de interesses submetido ao processo arbitral, aplicando-se aqui o mesmo *princípio da adstrição* que regula as sentenças jurisdicionais. Por esta razão é que, sob pena de nulidade, o laudo arbitral não pode ser *ultra*, *extra* ou *citra petita*. Em outras palavras, o laudo arbitral não pode decidir sobre questão estranha ao objeto da arbitragem (laudo *extra petita*), nem pode exceder os limites impostos pelas partes na delimitação deste objeto (laudo *ultra petita*), nem pode deixar de decidir questão submetida à apreciação do árbitro ou do colégio de árbitros (laudo *citra petita*). A cominação de nulidade nestes casos provém do disposto no art. 32, IV e V, da Lei de Arbitragem, e pode-se afirmar tratar-se de nulidade absoluta.

Além de decidir o conflito, deverá o laudo arbitral dispor acerca da responsabilidade pelo pagamento das custas e despesas com a arbitragem. Esta responsabilidade será atribuída na forma prevista no compromisso arbitral (art. 11, V, da Lei de Arbitragem), mas no silêncio deste caberá ao árbitro (ou ao tribunal arbitral) fixar a responsabilidade, devendo ser empregado o *princípio da causalidade*, por analogia ao disposto no Código de Processo Civil para o processo jurisdicional. Pode ainda o laudo conter condenação de alguma das partes por litigância de má-fé, aplicando-se neste caso o disposto nos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil (CÂMARA, 2009, p. 119).

É certo que mesmo no direito comparado encontram-se ordenamentos que optam, ainda hoje, por exigir a homologação da decisão do árbitro por um juízo para que a mesma possa produzir efeitos, como se tem, e.g., na Itália, onde o art. 825 do *Codice di Procedura Civile* submete a exequibilidade da decisão arbitral a um decreto, através do qual a mesma é declarada executiva (FAZZALARI, 1990 apud CÂMARA, 2009).

De orientação oposta é o direito espanhol, onde a homologação judicial da decisão

proferida no processo arbitral jamais é exigida (AROCA, 1990 apud CÂMARA, 2009).

Destarte, no direito brasileiro, a sentença arbitral proferida por árbitro nomeado pelas partes, não cabe qualquer recurso, exceto no caso desta ferir algum dos dispositivos contidos na lei, ou se incidir sobre alguma das hipóteses de nulidade incluídas na própria lei.

7.1. Efeitos do laudo arbitral

Dispõe o art. 31 da Lei de Arbitragem que a “sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo” (CÂMARA, 2009, p. 120).

Ao afirmar que o laudo arbitral produz os mesmos efeitos da sentença jurisdicional, o art. 31 da Lei de Arbitragem está apenas imputando ao ato decisório proferido no processo arbitral os mesmos feitos que imputa às sentenças jurisdicionais de idêntico conteúdo.

Assim, *e.g.*, tendo o laudo conteúdo meramente declaratório da existência ou inexistência de uma relação jurídica, produzir-se-á aqui também o efeito consistente na certeza jurídica de sua existência ou inexistência, não mais sendo lícito pôr em dúvida o que foi certificado. Da mesma forma, tendo conteúdo constitutivo o laudo arbitral (pense-se, por exemplo, num laudo que estabeleça o valor do aluguel de um imóvel, a vigorar a partir de determinada data), opera-se a modificação da situação jurídica, da mesma forma como se operaria se tal mudança proviesse de uma sentença jurisdicional. Por fim, estabeleceu expressamente a Lei de Arbitragem que, tendo conteúdo condenatório, o laudo arbitral produz, assim como a sentença jurisdicional de idêntico conteúdo, *eficácia executiva* (CÂMARA, 2009, p. 122-123).

Por fim, segundo Alexandre Câmara é importante frisar que:

a execução do laudo arbitral se desenvolverá, necessariamente, perante o Poder Judiciário. Isto porque o árbitro não é dotado do *imperium* necessário à realização prática do comando contido em sua decisão. Tal decorre do fato de que no processo executivo realizam-se atos de força, com a invasão do patrimônio do executado e sua sujeição à responsabilidade patrimonial. Tais atos de sub-rogação não podem ser praticados senão por aquele que detém o poder soberano, razão pela qual a execução forçada do laudo arbitral, da mesma forma que a atuação das medidas cautelares, se faz por ato judicial, sendo necessária a instauração de um processo executivo que terá, pois, índole jurisdicional. Este processo de execução será regido pelas disposições contidas nos arts. 461, 461-A e 475-I a 475-R do Código de Processo Civil. Será, porém, um processo executivo autônomo em relação ao processo arbitral que produziu o título executivo, devendo ser o executado, logo no início deste processo, citado, na forma do disposto no art. 475-N, parágrafo único, do CPC (CÂMARA, 2009, p. 129).

8. Do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras

A toda evidência, o mais vasto campo de atuação da arbitragem ora tratado é o dos contratos privados internacionais. Assim, o juízo arbitral pode ter sido acordado para atuar fora ou dentro do território nacional.

Um dos mais importantes fenômenos dentre os que são regidos pela Lei de Arbitragem é a *arbitragem internacional*. Numa época como a atual, de globalização econômica e superação de fronteiras entre os diversos países, há um número imenso de relações jurídicas envolvendo sujeitos ligados a países diferentes, relações estas que geram, obviamente, conflitos de interesses. Tais litígios são, freqüentemente, submetidos à arbitragem. Por esta razão, máxime após o ingresso do Brasil no Mercosul, o que certamente aumentará a incidência deste tipo de situação por aqui, é que o legislador se preocupou em regular a arbitragem internacional, no que diz respeito ao reconhecimento e execução, pelo Judiciário brasileiro, de laudos arbitrais estrangeiros.

Assim é que, nos termos do art. 34 da Lei de Arbitragem, “a sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei”. Logo a seguir, o parágrafo único do mesmo artigo apresenta o conceito, adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, de laudo arbitral estrangeiro, ao afirmar que “considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional” (1994 apud CÂMARA, 2009, p. 141-142).

Importante frisar que a sentença arbitral estrangeira depende exclusivamente da homologação do Superior Tribunal de Justiça, para obter eficácia no Brasil, antes esse procedimento era feito pelo Supremo Tribunal Federal.

Vale sublinhar, que são várias as convenções e tratados fixados por nosso país. Nesse sentido, temos o Decreto Legislativo nº 90/95, em que aprovou o texto da Convenção Interamericana sobre a Arbitragem Convencional Internacional, de 30-1-1975, do Panamá; o Decreto Legislativo nº 93/95, que aprovou o texto da Convenção Interamericana sobre a Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros, concluído na cidade de Montevideú; o Decreto nº 1.476/95 que promulgou o Tratado relativo à Cooperação Judiciária e ao reconhecimento e execução de sentenças em matéria civil, entre o Brasil e a Itália e recentemente a Convenção de New York (CRUZ, 2009).

Tendo em vista a força conferida à sentença arbitral, na maioria dos ordenamentos jurídicos, para gerar efeitos similares aos da sentença judicial, obrigando as partes ao seu cumprimento, constitui-se no mecanismo mais interessante para todos aqueles que buscam uma alternativa ao Poder Judiciário, mas que precisam da segurança de uma sentença com força executiva, como é o caso dos conflitos ocorridos no comércio internacional (LIMA, 2003 apud SOUZAS; TORRES, 2008, p. 77).

Por outro lado, o direito espanhol adota o mesmo critério que o brasileiro, ao dispor que “*se entiende por laudo arbitral extranjero el que no haya sido pronunciado en España*” (art. 46 da *Ley de arbitraje* de 2003, art. 56.2 da *Ley de arbitraje* de 1988). Nota-se, aqui, mais uma dentre tantas semelhanças verificadas ao longo deste estudo entre a Lei de Arbitragem brasileira e sua equivalente espanhola (CÂMARA, 2009, p. 142).

Adaptaram-se às características do direito brasileiro regras já consagradas pelo uso e aplaudidas pela doutrina especializada em outros países, como a Itália, a Argentina e a Espanha (CÂMARA, 2009).

A parte interessada requererá a homologação por escrito, obedecendo aos requisitos da petição inicial, de acordo com o art. 282 do Código de Processo Civil.

Nessa trilha de raciocínio, destaque-se que outros documentos úteis para a homologação podem ser anexados a critério da parte.

O art. 38 da Lei de Arbitragem descreve as hipóteses nas quais a homologação poderá ser negada. De logo, é preciso ressaltar, conforme o art. 39 que será denegada a homologação do laudo se o Supremo Tribunal de Justiça verificar que, conforme a lei brasileira, o objeto da lide não é suscetível de ser solucionado pela arbitragem ou também se ofender a ordem pública nacional.

Cumprir examinar que o parágrafo único do art. 39 expressa, para dirimir quaisquer dúvidas, que a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção da arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, não é uma ofensa à ordem pública nacional.

Reza o art. 40 que o indeferimento da homologação por vícios formais não o pedido, de qualquer sorte uma vez sanados os defeitos aprontados.

Acresça-se, por oportuno, que o processo homologatório não pode adentrar o mérito, discutir a justiça ou injustiça, o acerto ou desacerto da decisão.

9. Considerações finais

A arbitragem é um acordo de vontades, celebrado entre pessoas capazes que, preferindo não se submeter à morosidade de um processo judicial, utiliza-se de árbitros para a solução de suas controvérsias ou litígios, quando estas recaírem sobre direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, aqueles que podem ser objeto de transação entre os interessados.

Ao optar por este meio alternativo de solução de litígios, os titulares dos interesses em conflito já demonstram uma predisposição a se conformarem com a decisão do árbitro, já que este foi escolhido pelos contendores, sendo alguém de sua confiança.

Com a crescente necessidade de se ter decisões mais rápidas e precisas, temos que os MESC's se apresentam de tal forma que vêm a atender ao anseio da sociedade brasileira. Isso significa dizer que em um mundo globalizado estamos precisando solucionar os problemas e conflitos existentes o mais rápido possível, haja vista que quanto mais nos prolongamos nesse desenrolar mais problemas irão surgir. Essa visão faz com que a existência dos métodos de solução extrajudicial encontre abrigo de forma definitiva, seja em nosso ordenamento jurídico, seja em nosso dia a dia.

Assim esperamos que os MESC's sejam cada vez mais utilizados pelas pessoas, assumindo, assim, cada um o controle de suas vidas e de suas ações.

Esse panorama comprova a concepção mundial da necessidade de disseminação e expansão dos métodos extrajudiciais de soluções de controvérsias.

Referências

ALMEIDA, João Alberto de. Processo arbitral. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

BOMFIM, Ana Paula Rocha do; MENEZES, Hellen Monique Ferreira de (Coord.) MESC's: manual de mediação, conciliação e arbitragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 24 set. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm>. Acesso em: 05 maio 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Arbitragem: Lei nº 9.307/96. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem no processo civil brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1993.

COSTA, Wagner Veneziani. AQUAROLI, Marcelo. Dicionário jurídico. São Paulo: Madras, 2004.

CRUZ, Marcília Maria César F. da. A lei de arbitragem e seus efeitos. Revista Jus Vigilantibus, 2009. Disponível em: < <http://jusvi.com/artigos/40174>>. Acesso em: 01 jul. 2008.

GARCEZ, José Maria Rossani. A arbitragem na era da globalização. Coletânea de autores brasileiro e estrangeiros. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. Reflexões sobre arbitragem. São Paulo: LTr, 2002.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. Dicionário compacto jurídico. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2005.

KÜMPPEL, Vitor Frederico. Direito Civil 3: direito dos contratos. São Paulo: Saraiva, 2005.

LIMA, Daniel Luiz Bueno Rodrigues. A lei de arbitragem e seus efeitos. 2007. Disponível em:<http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=341>. Acesso em: 01 jul. 2008.

MENEZES, Hellen Monique de; VILAS-BÔAS, Renata Malta. Os MESC's: métodos extrajudiciais de solução de controvérsias. In: BOMFIM, Ana Paula Rocha do; MENEZES, Hellen Monique Ferreira de (Coord.) MESC's: manual de mediação, conciliação e arbitragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 1-17.

OLIVEIRA, Ângela. Mediação: métodos de resolução de controvérsias. São Paulo: LTr, 1999.

PARISE, Cristina Klose. O árbitro. In: BOMFIM, Ana Paula Rocha do; MENEZES, Hellen Monique Ferreira de (Coord.) MESC's: manual de mediação, conciliação e arbitragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 115-134.

ROQUE, Sebastião José. Arbitragem: a solução viável. São Paulo: Ícone, 1997.

SOUZAS, Gerson Martins de; TORRES, Hedel de Andrade. Noções e fontes da arbitragem. In: BOMFIM, Ana Paula Rocha do; MENEZES, Hellen Monique Ferreira de (Coord.) MESC's: manual de mediação, conciliação e arbitragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 75-82.

A REVISTA DA UNICORP

VENOSA, Sílvio de Salvo, Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. A convenção de arbitragem. In: BOMFIM, Ana Paula Rocha do; MENEZES, Hellen Monique Ferreira de (Coord.) MESCs: manual de mediação, conciliação e arbitragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 83-113.

ZANELLO, Cristina. Efeitos da lei de arbitragem na legislação processual brasileira. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto>>. Acesso em: 07 jun. 2008.

A “ERA DO CRÉDITO” E O SUPERENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR

Eduardo Antonio Andrade Amorim

Advogado. Graduado pela Universidade Católica do Salvador. Pós-graduado em Direito do Estado pelo JusPodivm.

Resumo: O presente estudo tem como objetivo principal a análise do superendividamento no direito brasileiro. Para tanto, ressalta-se, primeiro, a importância que o crédito assumiu na atual sociedade de consumo, os efeitos positivos e negativos da expansão creditícia e a relação direta entre esse fenômeno e o endividamento dos consumidores. Em seguida, busca-se firmar o conceito, a classificação e noções gerais do superendividamento, relacionando-o como causa da expansão e da concessão irresponsável de crédito, apontando os seus efeitos negativos, notadamente que é fator de exclusão social, ressaltando ainda a boa-fé do consumidor e do fornecedor de crédito. Por fim, examina-se o superendividamento do consumidor no direito brasileiro, a sua tutela constitucional e infraconstitucional, à luz do Código de Defesa do Consumidor, analisando também o posicionamento jurisprudencial acerca da matéria e destacando a necessidade de regulamentação do instituto no direito positivo, sugerindo diretrizes gerais que poderão contribuir para o tratamento legislativo do tema.

Palavras-Chave: Crédito. Endividamento. Superendividamento do consumidor. Tutela constitucional. Código de Defesa do Consumidor.

1. A “Era do Crédito” e o endividamento

O crédito é indispensável na sociedade de consumo, tornando-se elemento essencial das economias contemporâneas. Nesse contexto, as instituições financeiras, ao prestarem os serviços relativos ao crédito, assumem importante função para o atendimento das necessidades dos consumidores, fato que ganha destaque na sociedade brasileira, onde o fornecimento creditício mostra-se fundamental até mesmo para suprir as despesas comuns e cotidianas das pessoas.

Em termos práticos, o professor Brunno Pandori Giancoli ressalta a importância do crédito na atual sociedade:

O crédito é o principal mecanismo sócio-jurídico disponibilizado ao homem moderno para viabilizar seus sonhos, a exemplo da casa própria; dos veículos automotores; além dos bens de consumo típicos da modernidade, como celulares e computadores.¹

Assim, o crédito pode ser entendido como a disponibilização imediata de uma soma em dinheiro, uma coisa ou um serviço a uma pessoa que será paga posteriormente de forma fracionada. Já o crédito ao consumo é a espécie de crédito em que uma instituição financeira fornece ao consumidor final os valores necessários para a aquisição de bens de consumo e serviços destinados às suas necessidades pessoais ou familiares em vista de uma contraprestação futura parcelada no tempo.

Decerto que, é pacífico na literatura especializada o reconhecimento dos efeitos positivos do crédito ao consumo, já que permite uma elevação do nível de vida das pessoas e fomenta o desenvolvimento de todo o ciclo produtivo. Entretanto, como se verá adiante, o crédito pode causar consequências negativas, notadamente quando concedido de forma irresponsável, isto é, quando as instituições financeiras, de modo incompatível à boa-fé objetiva, fornecem crédito a pessoas que não possuem condições para quitar integralmente a dívida contraída, pois suportam juros e encargos impagáveis.

Nas últimas décadas, percebeu-se uma mudança dos objetos financiados pelos consumidores: antes, a utilização do crédito destinava-se, na sua maior parte, ao consumo familiar mais tradicional, a casa própria. Hoje, contudo, a utilização do crédito visa o consumo de bens duráveis, porém de vida útil mais curta que os imóveis, como os automóveis, por exemplo, e, sobretudo, a satisfação de necessidades primárias para a maioria da população, permitindo o acesso à aquisição de bens e à contratação de serviços.

Essa mudança dos objetos financiados, promovida também pelos novos padrões de consumo, por muito, foi causada pelo acesso facilitado e democratizado ao crédito e pela dilatação dos prazos de pagamento, permitindo a utilização creditícia em todos os setores do ciclo econômico por ampla camada da população.

A democratização do crédito tem origem nos Estados Unidos, país que primeiro deixou de entender o crédito como sinônimo de pobreza para encará-lo como instrumento necessário para dinamizar a economia². Sob este foco, as instituições financeiras passaram a expandir o seu mercado, buscando atingir também a população não bancarizada, isto é, passaram a promover o acesso da população de baixa renda, historicamente excluída do sistema financeiro convencional, aos produtos e serviços bancários, de forma a viabilizar a inclusão de milhões de novos consumidores bancários.

Para corroborar o quanto exposto, vale pontuar o entendimento doutrinário:

O crédito aos consumidores vulgarizou-se na generalidade das economias de mercado mais desenvolvidas, passando a constituir, para muitas famílias, uma forma de gestão corrente do seu orçamento. Ao longo do século XX, multiplicaram-se as formas de crédito, as instituições que o concedem, os produtos que podem ser por ele adquiridos e a regulação pública que sobre ele incide.³

Na atual circunstância, portanto, o crédito tornou-se uma mercadoria altamente disponível e acessível e, como tal, é anunciada de forma agressiva pela indústria financeira⁴, transformando, inclusive, os salários e as pensões dos brasileiros em objetos penhoráveis através do crédito consignado em folha de pagamento.

O crédito assumiu tamanha relevância na atual sociedade de consumo que a sua ausência pode importar na impossibilidade do indivíduo de honrar os seus compromissos básicos do dia a dia, de sorte que muitas pessoas se endividam para pagar despesas correntes (como água, luz,

telefone etc.) ou gastos com serviços necessários que não são providos satisfatoriamente pelo Estado (a exemplo de saúde e educação). Dessa forma, o crédito pessoal, disponibilizado através de cartão de crédito e cheque especial, que não exigem garantias reais, tornou-se ferramenta diária dos consumidores para cobrir os débitos corriqueiros.

Nesse cenário, consumo e crédito caminham juntos, lado a lado, ou, nas palavras de Cláudia Lima Marques, “são duas faces de uma mesma moeda”⁵. Resultante da conjugação desses dois elementos, o endividamento do consumidor de crédito surge como fenômeno comum nas sociedades capitalistas, sobre o que nos ensina a festejada professora gaúcha supra mencionada:

O endividamento é um fato inerente à vida em sociedade, ainda mais comum na atual sociedade de consumo. Para consumir produtos e serviços, essenciais ou não, os consumidores estão – quase todos – constantemente se endividando. A nossa economia de mercado seria, pois, por natureza, uma economia do endividamento.⁶

Sobre o tema, enriquecedora também a noção delineada pelo doutrinador Geraldo de Faria Martins Costa, ora transcrita:

Na economia do endividamento, tudo se articula com o crédito. O crescimento econômico é condicionado por ele. O endividamento dos lares funciona como “meio de financiar a atividade econômica”. Segundo a cultura do endividamento, viver a crédito é um bom hábito de vida. Maneira de ascensão ao nível de vida e conforto do mundo contemporâneo, o crédito não é um favor, mas um direito fácil. Direito fácil, mas perigoso. O consumidor endividado é uma engrenagem essencial, mas frágil da *economia fundada sobre o crédito*.⁷

Conclui-se, portanto, que o endividamento é fenômeno inerente às sociedades de massa, onde é, por mais paradoxo que pareça, elemento indispensável à atividade econômica. O crédito e o endividamento dos consumidores devem ser tratados conjuntamente, como causa e efeito do novo paradigma de sociedade de consumo.

O endividamento pode decorrer ainda da falta de educação em gestão orçamentária dos consumidores, da ocorrência de “acidentes da vida” (como divórcio, desemprego ou doença crônica) que geram a redução abrupta dos recursos. É causado também pela postura dos credores que, visando lucros cada vez maiores, vilipendiam as normas tutelares do consumidor e fornecem crédito de forma irresponsável, configurando verdadeiro abuso do direito de oferecer crédito, de modo a romper com as justas expectativas dos tomadores.

Acrescente-se que, o crédito tem a função de financiar o consumo, mas apenas o crédito bem concedido pode garantir aos indivíduos maior acesso ao consumo com menores encargos, expandindo, assim, o seu poder aquisitivo, ensejando o aumento da produção e, por efeito, da geração de empregos, permitindo o desenvolvimento econômico do país.

Todavia, o que se vê é uma inteira deformação da função social do crédito no Brasil. Os lucros das instituições financeiras são elevadíssimos e as taxas de juros são fixadas em percentuais desproporcionais. A função social do crédito, que seria de promover o desenvolvimento econômico e equilibrado do país e a servir aos interesses da coletividade (art. 192 da CF/88), como objetivo do Sistema Financeiro Nacional, não está sendo respeitada.

Dessa forma, o endividamento dos consumidores de crédito é acentuado, sobremaneira, de modo a evoluir para um fenômeno social crônico, conhecido como superendividamento, que assola muitas sociedades de consumo em massa.

2. O superendividamento do consumidor

2.1. Conceito e noções gerais

O tema do superendividamento ou sobreendividamento ainda não foi tratado pela lei brasileira com a atenção que já mereceu em outros países, motivo pelo qual vem despertando a preocupação e os cuidados da melhor doutrina pátria, a exemplo da professora Cláudia Lima Marques, com o escopo de fornecer um tratamento adequado ao referido fenômeno social, jurídico e econômico.

A análise desse fenômeno demanda conhecimentos interdisciplinares, de natureza sociológica, psicológica, econômica e jurídica, de sorte que, escapando da sua análise mais profunda, interessa para os fins colimados no presente estudo, as suas implicações na esfera socioeconômica e os seus reflexos no Direito.

O superendividamento indica o endividamento superior ao normal daquele possível de ser suportado pelo orçamento mensal dos consumidores. É definido pela citada doutrinadora como “a impossibilidade global do devedor-pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar todas suas dívidas atuais e futuras de consumo”⁸.

Diante desta definição, torna-se perceptível que o tema ganha relevância jurídica, não com a mera inadimplência obrigacional eventual, mas sim na hipótese em que o devedor de boa-fé está impossibilitado permanentemente de pagar o total de suas dívidas de consumo, ainda que estas se tornem exigíveis no futuro.

Percebe-se também que, o superendividado é sempre um consumidor, em acepção mais restrita do que aquela fornecida pelo CDC, pois apenas admite-se a tutela à pessoa física, excluindo, portanto, a pessoa jurídica. Trata-se de pessoa física que, de boa-fé, contrata concessão de crédito, destinado à aquisição de produtos ou serviços para atender uma necessidade pessoal, e nunca profissional.

Assim, o superendividamento não pode ser visto como um simples momento de inadimplência obrigacional, e sim, como a impossibilidade permanente de uma pessoa suprir as suas necessidades básicas, como alimentação, vestuário e moradia, que são materializadas através do crédito ao consumo. Esse prisma revela que, na relação obrigacional de crédito existem importantes aspectos da vida humana que, se desprezados, podem ameaçar a própria dignidade da pessoa.

Por essa razão, nos ensina Brunno Pandori Giancoli:

Conseqüentemente, a natureza do superendividamento também está ligada à eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, ou seja, a vinculação dos particulares, ou das entidades privadas, ao direito fundamental de acesso ao crédito pelo consumidor.⁹

É evidente que, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais exige uma ponderação dos interesses envolvidos, de modo a não esvaziar e a equilibrar os valores conflitantes. No

fornecimento de crédito ao consumidor, a preservação da autonomia da vontade deve ser reduzida quando o superendividamento for causado pela aquisição, mediante o crédito contraído, de bens essenciais à vida humana com dignidade.

Nesse sentido, o superendividamento é um instituto que permite, nas palavras de Brunno Pandori Giancoli, “a correção da assimetria de uma ou diversas relações jurídicas contraídas pelo consumidor, em razão da existência de um conjunto de dívidas estruturais ajustadas de boa-fé, capazes de ameaçar ou lesionar sua dignidade pessoal”¹⁰.

É válido consignar também que o sobreendividamento é um fenômeno global, pois atinge a maioria das sociedades de consumo, e atinge tanto consumidores da classe média, principalmente após a explosão da modalidade de crédito consignado, como dos segmentos sociais mais carentes, tanto trabalhadores como aposentados.

Como causa, a doutrina aponta não apenas um, mas diversos fatores que contribuem para a ocorrência do superendividamento, vejamos:

Na maioria dos casos, o superendividamento não se deve a uma única causa, já que o devedor deve fazer frente a um conjunto de obrigações derivadas de aquisição de bens e serviços de primeira necessidade, créditos hipotecários, carros móveis etc. e, inclusive, decorrentes do abuso e incorreto uso do cartão de crédito. Somam-se, ainda, causas não econômicas, tais como falta de informação e educação dos consumidores, rupturas familiares, acidentes ou enfermidades crônicas etc.¹¹

Independentemente da causa que gerou o superendividamento, o consumidor que atingir essa condição está fadado à exclusão social, vez que, apontam estudos sobre a matéria, a socialização é quase sempre afetada pelo sobreendividamento, importando em verdadeira reformatação das relações sociais desses indivíduos.

Para ratificar o quanto consignado, valem destacar os ensinamentos doutrinários:

No entanto, o que mais sobressai nestes indivíduos é o afastamento social por iniciativa dos próprios sobreendividados. Esse comportamento pode derivar de uma atitude consciente e deliberada, que resulta da constatação de que não têm condições monetárias para manter os antigos padrões de lazer. Mas pode derivar também de um estado emocional favorável ao isolamento e à desmotivação pela vida em grupo. A vergonha e a insegurança que lhes é comum, facto que se tornou notório ao longo de várias entrevistas, não conduz apenas à construção de uma normalidade artificial, como foi referido. Pode gerar igualmente um distanciamento da vida familiar e colectiva, que os empurra para as fronteiras da exclusão social.¹²

O superendividado tem a sua autoestima abalada, assim como a confiança na sua capacidade de reger a sua vida pessoal e familiar, o que agrava o seu modo de relacionamento social e afetivo. O isolamento, estados depressivos, os conflitos conjugais são reações que afloram habitualmente e desestruturam a vida dos indivíduos nessa condição.

Inobstante o colapso financeiro acarretar o isolamento social do indivíduo, pode resultar também na exclusão total do superendividado do mercado de consumo, lhe impossibilitan-

do de suprir as necessidades para viver dignamente, situação assemelhada à sua “morte civil”.

Dessa forma, em relação aos efeitos individuais, o instituto do superendividamento visa evitar a ruína do consumidor, sob o aspecto econômico, social e moral; visa sua reinclusão no mercado de consumo e no seio social de forma digna, de modo a lhe garantir uma existência igualmente digna. Já em relação aos efeitos globais, o sobreendividamento visa preservar o mercado em franco crescimento, haja vista que isto depende da “saúde” financeira do consumidor e da sua manutenção no ciclo produtivo, o que, no contexto alhures delineado, só é possível através de uma tutela jurídica específica destinada a prevenir e a curar as hipóteses de endividamento crônico.

De um modo geral, no direito comparado, a doutrina indica que a regulamentação jurídica do superendividamento costuma seguir dois modelos distintos: o sistema da *Fresh Start*, ou de uma nova oportunidade, apontado como o modelo americano, e o sistema da “reeducação”, mais próximo dos regimes europeus.

O regime do *fresh start* entende o superendividamento como um risco associado ao desenvolvimento do mercado financeiro e, por essa razão, prega a socialização desse risco, limitando a responsabilidade do consumidor, e estabelecendo um procedimento reparatório para o sobreendividamento. Nesse sistema, a insolvência não é considerada como algo moralmente negativo, mas como efeito de uma escolha equivocada do devedor.

No modelo de “reeducação”, o devedor é visto como um indivíduo responsável e decente, de sorte que se entende não ser justo a sociedade estimular o consumo de crédito e depois não se responsabilizar pelos efeitos negativos dessa prática. Assim, criou-se a idéia de que o superendividado se excedeu, extrapolou um comportamento social considerado normal, mas em parte foi vítima do contexto que está inserido, devendo, por isso, ser ajudado, reeducado, visto que o estágio crônico que alcançou não foi de todo intencional.

Embora no direito positivo brasileiro ainda não exista uma regulamentação específica acerca do sobreendividamento, a doutrina pátria busca nos ordenamentos jurídicos alienígenas soluções para a prevenção e tratamento deste fenômeno, despontando a solução francesa como a mais aceita no Brasil¹³. Obviamente, o estudo comparado deve ser realizado, mas nenhuma solução estrangeira poderá funcionar adequadamente, vez que é necessário considerar as peculiaridades sociais e econômicas pátrias.

De qualquer sorte, o tratamento normativo conferido ao superendividamento na França entende o inadimplemento do consumidor de crédito como um problema social, que ultrapassa o limite dos interesses individuais e, portanto, interessa à sociedade.

Nessa perspectiva, a tutela francesa ao consumidor visa garantir o uso racional e refletido do crédito e criar uma noção geral do endividamento crônico, assim como visa garantir a lealdade nas relações de consumo, através de medidas como: a exigência de contrato escrito e o seu fornecimento ao consumidor, prazo de reflexão e de arrependimento, regulamentação específica da publicidade, dentre outras. Criaram-se ainda comissões de superendividamento, com natureza administrativa, que têm a finalidade de conciliar o superendividado com o conjunto dos seus credores¹⁴.

2.2. Superendividamento ativo e passivo

A doutrina classifica o superendividamento a partir das razões que lhe deram causa, destarte, pode ser ativo ou passivo.

Quando o consumidor, espontaneamente, abusa do crédito e o utiliza de forma excessiva, extrapolando as possibilidades do seu orçamento, existe o superendividamento ativo. No caso do superendividamento passivo, a causa não é o abuso do crédito ou a má gestão orçamentária, mas um “acidente da vida” (desemprego, redução de salários, enfermidades crônicas, divórcio, acidentes, mortes etc.), o consumidor não contribui diretamente para o inadimplemento global de suas dívidas.

Essa distinção leva em conta a atitude do consumidor: no primeiro caso, voluntariamente endividado e, no segundo, levado ao estado de insolvência por fatores externos à sua vontade.

Em termos práticos, tanto os acidentes da vida como o abuso de crédito podem gerar o endividamento crônico, levando o devedor à impossibilidade global de arcar com suas dívidas atuais e futuras. Desse modo, tanto o superendividado passivo como o ativo são merecedores da tutela protetiva do consumidor, exigindo-se, em ambos os casos, de boa-fé objetiva, afinal ambos estão expostos às mesmas práticas comerciais agressivas dos fornecedores de crédito e aos riscos decorrentes do fornecimento creditício irresponsável.

2.3. A boa-fé do consumidor

Como já destacado, a boa-fé é verdadeira regra de conduta que exige das partes um agir pautado em valores como honestidade, lealdade, cooperação e franqueza, de modo a equilibrar as relações travadas, inclusive as de consumo. Consignado também que, a lei consumerista refere-se à boa-fé como princípio geral das relações de consumo (art. 4º, inciso III), e como cláusula geral para os vínculos contratuais (art. 51, inciso IV).

A boa-fé do consumidor é condição essencial para a caracterização do superendividamento, que é entendido como a impossibilidade global do consumidor, pessoa física, e de boa-fé, de pagar todas suas dívidas atuais e futuras de consumo. Dessa forma, no sobreendividamento, a boa-fé não é vista apenas como um princípio, mas como uma condição comportamental do consumidor, sem a qual não há a incidência do instituto.

Sobre a investigação da boa-fé do consumidor, vale transcrever a doutrina de Brunno Pandori Giancoli:

É verdade, a noção de boa-fé em matéria de superendividamento implica que seja procurado em relação ao superendividado, através de dados da causa, o elemento intencional que evidencia seu conhecimento deste processo e sua vontade de solucionar o conjunto de suas dívidas cujo total é excessivo, tendo-se em conta os recursos do devedor.¹⁵

Dessa forma, a boa-fé do consumidor se materializa na sua iniciativa de quitar o total dos seus débitos, dentro de sua possibilidade financeira. Todavia, ressalta o supracitado doutrinador, diante da vulnerabilidade do consumidor e da dificuldade de prova dos elementos de base que geram o estado de sobreendividamento, a sua boa-fé é presumida, cabendo prova em contrário a cargo do credor.¹⁶

Vale frisar, por fim, que a existência de numerosos débitos, por si só, não cria prova desconstitutiva da boa-fé do consumidor, haja vista que a hipótese de superendividamento já pressupõe um amontoado de dívidas.

2.4. A boa-fé do fornecedor de crédito

São muito frequentes as condutas que envolvem o abuso de direito nas relações de consumo, notadamente em matéria contratual e às práticas comerciais, fato que justifica a positivação no ordenamento jurídico pátrio do princípio da boa-fé. O abuso de direito se caracteriza não apenas pela intenção de causar dano, mas também no desvio de finalidade ou da função social desse direito.

A teoria do abuso de direito impõe limites éticos ao exercício dos direitos subjetivos. Tais limites são fixados com base tanto no princípio da boa-fé objetiva, como nos bons costumes e a função social dos direitos.

No caso dos contratos de fornecimento creditício, é evidente que o fornecedor que concede crédito a quem não tem condições de adimplir o ajuste está abusando do direito de fornecer crédito, ainda que tal contrato satisfaça os requisitos formais de validade. O fornecedor deve condicionar seus empréstimos a uma prévia avaliação da capacidade de endividamento do tomador, de forma a somente celebrar contratos em limites compatíveis com a natureza alimentar dos vencimentos deste. Ao adotar conduta diversa, opta por assumir os riscos do negócio, os quais não podem ser repassados ao consumidor.

Sobre o tema, nos ensina a doutrina:

O financiamento concedido de forma temerária, tendo sido celebrado o pacto com consentimento irrefletido, sem contemplação por parte do fornecedor das reais condições daquele que pretende receber o crédito, praticamente induzindo a inadimplência, sem dúvida nenhuma viola o princípio da dignidade da pessoa humana. A proteção das legítimas expectativas dos consumidores, a garantia de cumprimento do que ele espera obter de uma dada relação contratual, nada mais é do que a projeção do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana no âmbito obrigacional.¹⁷

Portanto, o abuso do direito de oferecer crédito, sem uma cuidadosa e responsável análise da capacidade financeira e de endividamento do tomador, é incompatível com a boa-fé objetiva e não pode contar com a chancela do Judiciário quando provocado para revisar as cláusulas contratuais, principalmente quando as obrigações contraídas pelo consumidor se evidenciam desproporcionais ao seu próprio proveito, importando em lucro exorbitante para o credor.

Dessa forma, deve o fornecedor de crédito, em nome da boa-fé, na elaboração dos termos do contrato, considerar de forma razoável os interesses do consumidor. Se apenas concretiza no texto contratual interesses próprios, então viola a liberdade contratual, a qual está limitada pelo princípio da boa-fé.

Nos contratos bancários, incluídos os de financiamento, cartão de crédito e empréstimo pessoal, a boa-fé objetiva se instrumentaliza nos deveres impostos ao fornecedor de informar e cooperar com o parceiro contratual, evitando o superendividamento do consumidor.

Destarte, o fornecedor está obrigado a informar, de modo claro, objetivo, verdadeiro e cognoscível, ao consumidor os termos do ajuste a ser celebrado. Assim, não basta apenas disponibilizar a informação, é preciso que o consumidor efetivamente entenda o que está sendo informado. Apenas dessa maneira o consumidor realizará o contrato de forma consciente, reduzindo, por efeito, os riscos de danos e de frustração de expectativas.

Acerca do dever de informação nos contratos de crédito, valem destacar as lições de Heloísa Carpena e Rosângela Lunardelli Cavallazzi:

É evidente que a adesão ao contrato de crédito ao consumo, estabelecendo relação continuada, de duração muitas vezes prolongada, e envolvendo cálculos e taxas freqüentemente incompreensíveis para o consumidor, impõe maior carga de informação a ser prestada pelo fornecedor.

Em razão desse fato, a doutrina francesa criou a figura do dever de aconselhamento, ou obrigação de conselho, que ‘implica no dever de revelar ao consumidor os prováveis problemas da operação de crédito a curto e a longo prazos, prevenindo-o e sugerindo soluções possíveis. Trata-se de personalizar a informação, cabendo ao fornecedor considerar não as características do homem-médio, mas daquele consumidor determinado, transmitindo a ele, de forma simples e compreensível, os riscos e as variáveis que envolvem a operação de crédito ao consumo.¹⁸

Cabe frisar, ainda, que o descumprimento do dever de informar, ou mesmo o seu cumprimento insatisfatório, acarreta a nulidade do negócio firmado, além da responsabilidade por perdas e danos.

Já o dever de cooperar implica na adaptação do contrato firmado em face de mudança das circunstâncias sobre o qual foi celebrado. Assim, diante de uma grave crise econômica ou do desemprego do consumidor, por exemplo, impõe-se ao fornecedor uma renegociação da dívida objeto do contrato, reescalando, planejando, dividindo ou reduzindo os débitos a pagar, ou, até mesmo, perdoar os juros, as taxas ou o principal, a depender das possibilidades do devedor, sempre preservando a este um mínimo existencial. Implica também o dever de cooperação no ajuste de um prazo de reflexão e de arrependimento para os contratos de crédito ao consumo, de modo a se evitar a contratação irrefletida.

3. O superendividamento no Brasil

3.1. A tutela constitucional do consumidor na hipótese de superendividamento

A ausência de legislação específica não impede a proteção e defesa dos consumidores na hipótese de superendividamento no Brasil, uma vez que a própria Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor contêm normas gerais que permitem o início dessa tutela.

Como é cediço, o eixo que informa todo o arcabouço jurídico brasileiro é promoção do bem estar do homem, a partir de garantias das condições mínimas da sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos fundamentais, condições materiais e espirituais básicas de existência. A dignidade do ser humano desponta como valor supremo do ordenamento jurídico brasileiro, daí erigindo o princípio da dignidade da pessoa humana como o mais relevante da nossa ordem jurídica, devendo por isso condicionar a interpretação e aplicação de todo o direito positivo, seja público ou privado.

Destarte, a premissa maior de proteção e defesa do consumidor na hipótese de superendividamento é a sua própria dignidade, pois os efeitos decorrentes dessa condição,

antes tratados, são incompatíveis com o respeito à dignidade. Isto porque, o crédito permite a satisfação de necessidades primárias para a maioria da população brasileira, revelando que na relação obrigacional de crédito existem importantes aspectos da vida humana que, se desprezados, podem ameaçar a própria dignidade da pessoa.

O superendividamento não pode ser visto como um simples momento de inadimplência obrigacional, e sim como o estado de impossibilidade do indivíduo suprir suas necessidades vitais básicas que são materializadas através do crédito ao consumo.

Nesse contexto, o princípio da dignidade da pessoa humana garante ao consumidor superendividado a manutenção de um núcleo básico de consumo que lhe permita um acesso mínimo ao crédito de consumo para poder suprir as suas necessidades essenciais e, assim, poder viver dignamente. Acrescentem-se os ensinamentos do professor Brunno Pandori Giancoli:

Importante notar, que a violação desse núcleo essencial básico de consumo gera, na maioria dos contratos de crédito, a degradação da condição de pessoa, justamente porque interfere diretamente na autonomia da vontade do consumidor, reduzindo-o à condição de mero objeto da pretensão contratual.¹⁹

Portanto, a invocação do princípio da dignidade da pessoa humana legitima a tutela do superendividado, até mesmo como forma de evitar a exclusão social do consumidor nessa condição, como tratado em passagem anterior.

Ademais, outra premissa constitucional que enseja a tutela ao superendividado é o próprio princípio da defesa do consumidor elencado no art. 170, V, da Constituição Federal de 1988 como Princípio Geral da Atividade Econômica.

O superendividamento, ainda, enquadra-se perfeitamente nos valores de solidariedade constitucional, responsabilizando o fornecedor de crédito pelas repercussões que a sua atividade provoca no meio social.

3.2. O superendividamento e o Código de Defesa do Consumidor

Ao estabelecer os objetivos da Política Nacional de Consumo (art. 4º do CDC), o legislador brasileiro visou atender as necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações consumeristas.

Dúvidas não pairam que o referido programa assegura a dignidade da pessoa humana nas relações de consumo, de sorte que, inobstante a proteção constitucional, o legislador ordinário buscou expurgar qualquer situação incompatível com o respeito à dignidade.

Nesse cenário, o CDC elenca diversos princípios e normas que incidem em amplo leque de situações, de modo a potencializar a proteção e defesa do consumidor, abrangendo, inclusive, a hipótese do superendividamento. Ressalte-se que, a tutela atual concedida pelo sistema jurídico pátrio ao superendividado, não exclui a necessidade de uma regulação específica para a matéria, introduzindo novos direitos e deveres para os atores das relações entre fornecedor e consumidor²⁰.

Sendo assim, vejamos as normas insertas na lei consumerista que conferem uma proteção inicial ao superendividado.

O art. 6º, IV, do CDC estabelece como direito básico do consumidor “a proteção contra

a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços”. Dessa forma, resta justificada a tutela do superendividado em face da oferta fácil e irresponsável de crédito, assim como contra a publicidade enganosa e abusiva, a ensejar a responsabilização do fornecedor.

O referido artigo elenca ainda como 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). Assim, a lei consumerista mitigou o princípio da obrigatoriedade dos contratos, de modo a promover o equilíbrio contratual, evidenciando verdadeira prevalência do princípio da defesa do consumidor em relação à autonomia da vontade.

Outrossim, válido destacar que, o art. 6º, V, do CDC autoriza a revisão contratual em virtude de causas contemporâneas ou posteriores à celebração do pacto, desde que presentes no ajuste cláusulas abusivas ou prestações desproporcionais, ou ainda em razão de fatos supervenientes que o torne excessivamente oneroso, como é a hipótese do superendividamento.

Como forma de proteção contratual, a Lei nº 8.078/90 invalida os contratos celebrados sem o conhecimento prévio pelo consumidor do seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance (art. 46). Igualmente, o referido diploma estabelece um prazo de reflexão e o direito de arrependimento sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio (art. 49).

Em relação às cláusulas abusivas, o CDC reconhece nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou seja, incompatíveis com a boa-fé ou a equidade (art. 51, IV).

Destarte, os arts. 6º, V, e 51, IV, ambos do CDC, admitem a intervenção judicial no conteúdo do contrato para equilibrar as prestações pactuadas, promovendo verdadeira justiça social no caso concreto.

A Lei nº 8.078/90, em seu art. 52, trata especificamente dos contratos de outorga de crédito ou concessão de financiamento, impondo ao fornecedor o dever de informar ao consumidor, prévia e adequadamente, sobre: preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional; montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros; acréscimos legalmente previstos; número e periodicidade das prestações; soma total a pagar, com e sem financiamento.

Diante dos dispositivos legais apontados, mostra-se possível um início de proteção e defesa do consumidor superendividado, através da exigência de cumprimento pelo fornecedor de crédito de cada um dos deveres legais.

Cabe consignar, por derradeiro, que além das hipóteses autorizadoras da revisão dos contratos creditícios que estabelecem prestações desproporcionais ou que em razão de fatos supervenientes que os tornem excessivamente onerosos, existe ainda a hipótese de revisão relativa ao superendividamento do consumidor. Vale lembrar que, neste caso, apenas o superendividado (isto é, aquele consumidor que necessita restaurar dignamente a sua capacidade de crédito para manter sua existência social mínima) possui legitimidade para propor essa hipótese de revisão de contrato.

Evidentemente, o pleito revisional em face do superendividamento deverá ter por objeto a totalidade das dívidas do consumidor, e não apenas um ou outro débito pontual. Acerca da matéria, leciona o sempre lembrado Brunno Pandori Giancoli:

Trata-se, em verdade, de uma hipótese de revisão concursal, na qual os interesses dos credores não serão ignorados, mas são tratados de maneira subsidiária, justamente para proteger aquele que se encontra em situação de fraqueza à beira da indignidade.

O fenômeno concursal garante aos fornecedores um tratamento paritário de seus créditos e a coibição da má-fé presumida do superendividado. Todavia, é válido lembrar que a paridade no tratamento não impede a classificação dos créditos, da mesma forma que é feita na falência e recuperação de crédito do empresário. Porém, a falta de diploma que discipline a matéria do superendividamento no Brasil impede a classificação desta classificação nas ações revisionais em geral, cabendo ao juiz a aplicação referencial dos dispositivos da lei 11.101/05 na hipótese de superendividamento.²¹

Dessa forma, deferido o pleito revisional do superendividado, o Poder Judiciário, além de modificar as bases do negócio firmado, elaborará um plano de recuperação²², isto é, efetuará um programa de pagamento das dívidas do consumidor, tendo em vista a sua capacidade financeira e a manutenção de recursos necessários para suprir as suas despesas mensais correntes, de modo a possibilitar a sua permanência, ou o seu retorno, no mercado de consumo, respeitando, obviamente, os direitos creditícios dos fornecedores envolvidos.

3.3. Exame da jurisprudência pátria

Apesar da falta de regulamentação específica do superendividamento no direito positivo, o Poder Judiciário é, reiteradamente, provocado para dizer o direito aplicado ao caso concreto, especialmente em hipóteses que versam sobre revisão de financiamentos e outras modalidades de crédito ao consumo, como contratos de cartão de crédito e empréstimo consignado em folha de pagamento.

Quanto à aplicação do instituto do superendividamento como forma de revisão dos contratos de crédito ao consumo, nos moldes acima delineados, ou seja, englobando o total das dívidas do consumidor, ainda não existem decisões pretorianas reiteradas nesse sentido.

Existe sim, jurisprudência consolidada no sentido de permitir a revisão do contrato de crédito que estabelece prestações desproporcionais ao consumidor ou que em razão de fatos supervenientes que os tornem excessivamente onerosos a este. A atuação dos Tribunais pátrios, de um modo geral, ainda é no sentido de prevenir o superendividamento, e não de tratá-lo. Vale dizer, os pretórios, em sua maioria, ainda não realizam um plano de recuperação do consumidor, isto é, um programa de pagamento do conjunto das suas dívidas, de modo a possibilitar a sua permanência, ou o seu retorno, no mercado de consumo.

Quanto à utilização do conceito de superendividamento nos julgados, destacam-se as decisões proferidas nos âmbitos dos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul e do Rio de Janeiro, vejamos:

Apelação civil. Relação de consumo. Descontos de prestações de financiamento bancário diretamente da conta salário da consumidora. Prática

abusiva. Vulnerabilidade do consumidor. Onerosidade excessiva. Inteligência da aplicação conjunta dos arts. 4º, I, 51, IV e §1º III CDC. Desconto autorizado pelo consumidor em contrato de refinanciamento. Vontade viciada do mais frágil. Lesão. Aplicação conjunta do art. 157 NCC. Falta de alternativa do consumidor. **Superendividamento. Patologia freqüente da moderna sociedade massificada de consumo e de crédito. Agressão à dignidade se os descontos incidem sobre os parcos vencimentos da autora retirando-lhe a possibilidade de deliberar sobre quais os débitos de sua vida privada são mais relevantes.** Fórmula coativa de cobrança que fere a legalidade. Analogia com a situação prevista no inc. IV do art. 649 CPC que proíbe a penhora de salários e vencimentos. Nulidade na forma do art. 42 CDC. Danos morais. Invasão da privacidade econômico-financeira da autora. Sentença que afasta a possibilidade de tal cobrança sob pena de multa, a negatificação do nome da autora em cadastros restritivos onde houve ilegítima inclusão e fixa danos morais, que se confirma. (TJRJ, APCV nº 0000596-29.2005.8.19.0058, Quinta Câmara Cível, relatora Des. CRISTINA TEREZA GAULIA, julgado em 25/04/2006) – grifos.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO. LIMITAÇÃO. **SUPERENDIVIDAMENTO. PRESERVAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL.** Pedido formulado por servidor estadual de cancelamento dos descontos em folha de pagamento das parcelas relativas a empréstimos intermediados por associação de classe. Revisão da posição do relator, diante do novo entendimento jurisprudencial majoritário do 2º Grupo Cível, reconhecendo a validade da cláusula de autorização dos descontos direto em folha de pagamento, mas limitando a sua eficácia ao percentual máximo de 30% sobre os vencimentos brutos do servidor, aplicando analogicamente a legislação estadual acerca do tema. **Preservação do mínimo existencial, evitando que o superendividamento coloque em risco a subsistência do servidor e de sua família, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana.** Doutrina e jurisprudência. PROVERAM PARCIALMENTE O RECURSO POR MAIORIA. DECISÃO MODIFICADA.

(TJRS, AgI nº 70019038611, Terceira Câmara Cível, relator Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Julgado em 31/05/2007, DJ dia 18/06/2007) – grifos.

Vale ressaltar, por fim, o projeto-piloto denominado “Tratamento das situações de superendividamento do consumidor”²³, realizado pelo Poder Judiciário do Rio Grande do Sul, que tem por meta a reinserção social do consumidor superendividado, através da conciliação extra ou processual, obtida em audiências de renegociação com a totalidade dos seus credores. Tais audiências são presididas por Juízes de Direito que formulam a renegociação com cada credor, a partir das condições específicas do superendividado, preservando o seu mínimo vital.

3.4. Da necessidade de regulamentação da matéria

Diante da necessidade de materialização do princípio da dignidade da pessoa humana, assim como da necessidade da preservação de valor mínimo capaz de assegurar a vida digna do indivíduo e da sua família suficiente à manutenção das despesas mensais correntes; tendo em vista também que o Estado deve promover a defesa do consumidor, a qual é princípio da ordem econômica, limitando à livre iniciativa, inclusive nos contratos e nos serviços de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária frente a consumidores.

Considerando-se ainda, a larga expansão do acesso ao crédito e o conseqüente aumento do número de endividamento crônico de consumidores, urge a necessidade da regulamentação do superendividamento, fenômeno social, jurídico e econômico, pelo direito positivo brasileiro.

Embora a CF/88 e o CDC, através de alguns de seus princípios e normas, já autorizem um início de proteção do consumidor superendividado, a doutrina clama pelo tratamento legal da matéria, como já foi feito em outros ordenamentos, conferindo maior segurança jurídica tanto aos consumidores como aos fornecedores de crédito, que flutuam em meio de decisões nem sempre uniformes sobre a matéria.

Como a pessoa física não pode pedir falência no Brasil, a sugestão legislativa ora apresentada vem propor diretrizes gerais que nortearão o tratamento preventivo e curativo do superendividamento, permitindo a recuperação financeira do consumidor e a sua manutenção, ou o seu retorno, no mercado de consumo.

Assim, a presente sugestão funciona como complemento às disposições do CDC e às demais normas que regulam os direitos do consumidor, incidindo apenas nas hipóteses de superendividamento dos consumidores pessoas físicas de boa-fé, decorrente de contratos de consumo.

O tratamento legal conferido ao superendividamento deve ser informado pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da vulnerabilidade do consumidor, da boa-fé, da função social do crédito e do contrato de consumo, da informalidade, da celeridade e economia processual. Deve também consagrar os seguintes direitos ao consumidor: de receber informações e aconselhamento em relação ao crédito pretendido; de receber uma oferta escrita contendo todos os termos essenciais do negócio a ser realizado, de modo a permitir a reflexão do tomador sobre a necessidade do crédito e a comparação com outras ofertas no mercado.

Deve prevê ainda o direito do consumidor ao arrependimento pelo contrato de crédito celebrado, em período fixado, possibilitando-lhe desistir do pacto firmado sem qualquer ônus; a proteção contra o marketing ostensivo e contra toda publicidade abusiva e enganosa, em especial aquela que, de alguma forma, mascare os riscos e os ônus da contratação do crédito; a proteção contra a concessão creditícia irresponsável; ter facilitada a renegociação do conjunto de suas dívidas, preservado o seu mínimo existencial.

A proposta legislativa deve estabelecer políticas públicas de prevenção e tratamento do superendividamento, de educação para o consumo de crédito consciente, educação financeira e de gestão do orçamento familiar, além de criar um procedimento adequado à tutela jurisdicional do superendividado, com vistas à elaboração de um plano de reestruturação financeira, incluindo uma forma de pagamento dos débitos e a ordem de preferência dos credores.

Ao fornecedor ainda deve ser imposto um dever de cooperação no curso do procedimento de restabelecimento financeiro do consumidor, onde os credores deverão colaborar no levantamento da exata obrigação contraída pelo devedor, prestando informações completas e apresentando os meios de prova que lhe forem pedidos. O dever de cooperar implica também

na adaptação do contrato firmado em face de mudança das circunstâncias sobre o qual foi celebrado, adequando-o às novas condições do consumidor superendividado.

Dessa forma, a proposta acima consignada, somada às outras existentes na literatura jurídica, revela a contribuição doutrinária para a regulamentação do superendividamento no direito positivo pátrio, no sentido de apontar fatores determinantes para a prevenção e tratamento desse fenômeno que aflige muitos lares brasileiros.

4. Conclusão

Diante da análise realizada no presente trabalho, verificou-se que o crédito assumiu importante papel na atual sociedade de consumo, de sorte que a sua ausência pode impossibilitar o indivíduo de honrar os seus compromissos básicos do dia a dia, vez que muitas pessoas se endividam para pagar despesas mensais correntes. Dessa forma, o endividamento gerado pela expansão e concessão irresponsável de crédito é fenômeno inerente às sociedades de massa. O crédito e o endividamento dos consumidores, portanto, devem ser tratados conjuntamente, como causa e efeito do novo modelo de sociedade de consumo.

Destarte, o superendividamento é um fenômeno global, e enseja a preocupação universal em sociedades de consumo, principalmente pela utilização do crédito pelo consumidor para fazer frente às suas despesas primárias de sobrevivência.

Ademais, restou consignado que o superendividamento é o estado de impossibilidade do consumidor pessoa física e de boa-fé de pagar o conjunto de suas dívidas atuais e futuras de consumo, configura, pois, o endividamento superior ao normal daquele possível de ser suportado pelo orçamento mensal dos consumidores.

Nesse passo, a boa-fé do consumidor é condição essencial para a caracterização do superendividamento, devendo ser vista como uma condição comportamental do consumidor, sem a qual não há a incidência do instituto. A boa-fé do consumidor se materializa na sua iniciativa de quitar o total dos seus débitos, dentro de sua possibilidade financeira.

Em relação aos efeitos individuais, o superendividamento visa evitar a ruína do consumidor, sob o aspecto econômico, social e moral; visa sua reinclusão no mercado de consumo e no seio social de forma digna, de modo a lhe garantir uma existência igualmente digna. Já em relação aos efeitos globais, visa preservar o mercado em desenvolvimento, vez que isto depende da “saúde” financeira do consumidor e da sua manutenção no ciclo produtivo, o que só é possível através de uma tutela jurídica específica destinada a prevenir e a curar as hipóteses de endividamento crônico, regulação esta que não existe no Brasil.

A ausência de tratamento legal não inviabiliza o início dessa tutela, pois a Constituição Federal de 1988 consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana como vetor de interpretação e aplicação de todo o sistema jurídico pátrio, exigindo do operador do Direito, seja qual for o ramo, até mesmo privado, o compromisso com a promoção do bem estar do homem, a partir de garantias das condições mínimas da sua sobrevivência digna.

Acrescentem-se ainda o princípio da proteção do consumidor consagrado na Constituição Federal de 1988, tanto como direito fundamental, como princípio da ordem econômica, somadas as normas protetivas insertas no CDC instrumentalizam a tutela constitucional do consumidor na hipótese de superendividamento.

Nesse contexto, os tribunais pátrios reconhecem o direito de revisão do contrato de crédito que estabelece prestações desproporcionais ao consumidor ou que em razão de fatos

supervenientes que os tornem excessivamente onerosos a este. Contudo, o entendimento jurisprudencial, na sua maioria, ainda é no sentido de prevenir o endividamento crônico, e não de curá-lo. Os pretórios ainda não aplicam o instituto do superendividamento como hipótese de revisão contratual, de modo a evitar a “morte civil” do consumidor.

Frise-se que os intensos apelos da doutrina em prol de um tratamento legal específico para o superendividamento no Brasil ainda não foram suficientes para sensibilizar o legislador ordinário da necessidade de regulamentação da matéria no direito positivo.

Destarte, considerando que os fatos sociais ao adquirirem determinado valor dentro de uma comunidade devem ser refletidos nas legislações, sendo que o superendividamento do consumidor já adquiriu essa importância social, o legislador ordinário tem por obrigação estar sensível a esta realidade inerente às sociedades de consumo, regulamentando a matéria no ordenamento jurídico pátrio.

Por outro lado, devem os Tribunais se posicionar mais ativamente diante da hipótese de superendividamento, sobretudo em vista do seu tratamento, utilizando, para tanto, os ensinamentos doutrinários e os exemplos importados do direito comparado, no que couber à realidade brasileira. Assim, deve exigir do fornecedor, com respaldo na atual legislação vigente, o dever de cooperar, de aconselhar, de informar, de conceder o crédito de forma responsável e de facilitar a renegociação do conjunto das dívidas do superendividado, preservado o seu mínimo existencial.

O superendividamento, portanto, é o instrumento capaz de retirar o consumidor nesse estado da margem da sociedade e recolocá-lo no mercado de consumo, de modo a conseguir prover as suas necessidades vitais básicas, preservando a sua dignidade e, obviamente, respeitando os direitos creditícios dos fornecedores envolvidos.

Referências

ALMEIDA, João Batista de. Manual de Direito do Consumidor. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BATTELLO, Silvio Javier. A (in)justiça dos endividados brasileiros: uma análise evolutiva. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord). Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 211-229.

CARPENA, Heloísa; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. Superendividamento: proposta para um estudo empírico e perspectiva de regulação. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord). Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 310-344.

CASADO, Márcio Mello. Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Direito do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2008.

CONSALTER, Rafaela. Novas tendências da atuação da Defensoria Pública na defesa do consumidor necessitado. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord). Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 355-370.

ENTRE ASPAS

COSTA, Geraldo de Faria Martins. O direito do consumidor e a técnica do prazo de reflexão. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 43. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-set., 2002, p. 259-272.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil: Teoria Geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FRADE, Catarina; MAGALHÃES, Sara. Sobreendividamento, a outra face do crédito. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord). *Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 23-43.

GIANCOLI, Brunno Pandori. O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2008.

GUIMARÃES, Luiz Carlos Forghieri. *Direitos Fundamentais e Relações Desiguais nos Contratos Bancários*. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord). *Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____; MIRAGEM, Bruno. O Princípio da Proteção do Consumidor e sua Tutela Coletiva no Direito Brasileiro. In: SAMPAIO, Aurisvaldo; CHAVES, Cristiano (Coord). *Estudos de Direito do Consumidor: Tutela Coletiva (Homenagem aos 20 anos da Lei da Ação Civil Pública)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.123-152.

_____. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: MARQUES, Cláudia Lima. CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord). *Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 255-309.

NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIBONI, Marcella Lopes de Carvalho Pessanha. O superendividamento do consumidor brasileiro e o papel da defensoria pública: criação da comissão de defesa do consumidor superendividado. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord). *Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 345-354.

ROSENVALD, Nelson. *A dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. A nova interpretação do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas. In: Temas de Direito Civil. 4. ed. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2008, p. 63-84.

_____. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: Temas de Direito Civil. 4. ed. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2008, p. 01-23.

Notas

1. GIANCOLI, Brunno Pandori. O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2008, p. 09.
2. “Os Estados Unidos são o país onde o endividamento das famílias assume valores mais elevados. Foi aí que, no princípio do século, nasceu o crédito ao consumo, e onde primeiro perdeu as suas conotações moralmente negativas.” (GIANCOLI, Brunno Pandori. O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2008, p. 150)
3. FRADE, Catarina; MAGALHÃES, Sara. Sobreendividamento, a outra face do crédito. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord). Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 23.
4. “A oferta de crédito fácil e rápido é tão imensa e ostensiva que o consumidor precisa travar três diferentes batalhas: uma contra si mesmo e seu desejo de ‘ter’, outra contra a avalanche virtual da publicidade via televisão, internet, telefone etc., e uma terceira contra o ataque físico, quando, caminhando pelo centro da cidade, é incessantemente abordado por homens e mulheres de panfleto em punho.” (CONSALTER, Rafaela. Novas tendências da atuação da Defensoria pública na defesa do consumidor necessitado. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord). Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 357-358)
5. MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord). Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 256.
6. Ibidem, loc. cit.
7. COSTA, Geraldo de Faria Martins. O direito do consumidor e a técnica do prazo de reflexão. Revista de Direito do Consumidor, v. 43. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-set., 2002, p. 259-260.
8. MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord). Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 256.
9. GIANCOLI, Brunno Pandori. O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2008, p. 122.

10. GIANCOLI, Brunno Pandori. O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2008, p. 123.
11. BATTELLO, Silvio Javier. A (in)justiça dos endividados brasileiros: uma análise evolutiva. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord). Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 226.
12. FRADE, Catarina; MAGALHÃES, Sara. Sobreendividamento, a outra face do crédito. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord). Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 30.
13. “Entre os países da civil Law, a solução francesa é a que tem despertado mais interesse na doutrina brasileira, mas as lições do direito comparado, em especial do Canadá e da Alemanha, podem também ser úteis para os países emergentes e para o Brasil, se quisermos elaborar uma legislação especial sobre o tema.” (MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: MARQUES, Cláudia Lima. CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord). Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 263)
14. “Aceito o pedido formulado pelo devedor, compete à Comissão conciliar as partes, a fim de elaborar um plano convencional de reescalonamento das dívidas que seja subscrito pelo superendividado e pelos seus credores. O plano pode conter diversas medidas como o deferimento do vencimento, o reescalonamento e o perdão das dívidas, a redução ou a supressão dos juros, a criação, reforço ou substituição da garantia. A estas disposições pode ainda crescer a exigência ao devedor de ações destinadas a facilitar ou garantir o pagamento das dívidas, bem como a sua abstenção de quaisquer atos que possam contribuir para o agravamento do seu estado de insolvência.” (GIANCOLI, Brunno Pandori. O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2008, p. 142)
15. GIANCOLI, Brunno Pandori. O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2008, p. 102.
16. Ibidem, p. 102-103.
17. CARPENA, Heloísa; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. Superendividamento: proposta para um estudo empírico e perspectiva de regulação. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord). Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 338.
18. CARPENA, Heloísa; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. Superendividamento: proposta para um estudo empírico e perspectiva de regulação. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord). Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 335-336.
19. GIANCOLI, Brunno Pandori. O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2008, p. 110.
20. “O Código de Defesa do Consumidor, através de algumas de suas normas, já autoriza, porém, um início de proteção do consumidor superendividado, até que sejam trazidas ao nosso ordenamento jurídico normas específicas sobre o tema. Destaquem-se, em especial, as normas dos arts. 6º, IV; 43; 46; 49; 51, IV; 52 e 54, todos do CDC.” (OLIBONI, Marcella Lopes de Carvalho Pessanha. O superendividamento do consumidor brasileiro e o papel da defensoria pública: criação da comissão de defesa do consumidor superendividado. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord). Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 348-349)
21. GIANCOLI, Brunno Pandori. O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2008, p. 161.
22. Sobre o tema, leciona o professor Brunno Pandori Giancoli: “Nesse sentido, o plano de pagamento do

superendividado, descrito e detalhado em sentença, não será apenas um conjunto de ações de curto prazo para aliviar a situação pessoal do consumidor, mas sim, um planejamento de reestruturação sustentável de sua capacidade de consumo.” (Ibidem, loc. cit.)

23. Tal projeto, pioneiro no país, é espelhado no modelo francês, o qual permite que o superendividado procure o Poder Judiciário para intermediar a negociação coletiva das dívidas com os credores.

A CONSTITUCIONALIDADE DO § 3º, DO ART. 515, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: O PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NÃO É ABSOLUTO

Eliete Josefa Gerondoli Campista Brunow

Assessora de Juiz. Graduada em Direito pela UNESULBAHIA – Faculdades Integradas do Extremo Sul da Bahia – Eunápolis-BA. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC-MG.

Resumo: Este trabalho foi desenvolvido em torno do § 3º, do art. 515, do CPC e do princípio do duplo grau de jurisdição, tendo como objetivo analisar a constitucionalidade do citado artigo, dada a polêmica acerca da supressão de um grau de jurisdição, uma vez que se tornou possível ao tribunal *ad quem* adentrar no mérito da causa, nos casos de extinção do processo sem julgamento de mérito, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento. Fez parte da pesquisa uma breve explanação sobre princípios, especialmente o do duplo grau de jurisdição, assim como procurou informar sobre a impugnação das decisões judiciais, em especial o recurso, em uma de suas espécies, a apelação, e, seus efeitos. Foi realizado estudo sobre o princípio da *non reformatio in pejus* e se houve a sua violação ante a alegada ampliação do efeito devolutivo da apelação nos casos de aplicação do § 3º, do art. 515, do CPC, sem requerimento do apelante, bem assim se tal aplicação se constituiu em um dever ou em uma faculdade do Julgador. Os resultados revelaram que não houve violação do princípio da *non reformatio in pejus*, como também não houve violação do princípio do duplo grau de jurisdição, sendo, portanto o § 3º, do art. 515, do Código de Processo Civil constitucional, tornando possível o cumprimento da garantia da celeridade processual, atendendo assim aos anseios sociais.

Palavras-Chave: Princípio do duplo grau de jurisdição. Celeridade processual. Efeito devolutivo da apelação. Princípio da *non reformatio in pejus*.

1. Introdução

Com a nova redação do art. 515, § 3º, do CPC, foi permitido ao Tribunal adentrar no mérito da causa, nos casos de extinção do processo sem julgamento de mérito, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.

O artigo em comento vem sendo objeto de várias discussões, principalmente no que se refere à violação do duplo grau de jurisdição, incluindo ainda questões relativas a ampliação do efeito devolutivo do recurso e a violação da *reformatio in pejus*.

O princípio do duplo grau de jurisdição prevê a possibilidade de revisão, por via de recurso, das causas já julgadas pelo Juiz de primeiro grau.

Tal princípio funda-se no inconformismo comum do ser humano, somado a sua finalidade de prevenção que obriga o primeiro grau a proferir sentenças com mais zelo. Visa também corrigir decisões maculadas de erros, injustiça e má-fé, e, ainda, possui função uniformizadora da jurisprudência.

Discute-se também se com a redação do § 3º do art. 515, do CPC houve a ampliação do efeito devolutivo do recurso e com isso a consequente violação do princípio da *reformatio in pejus*.

De acordo com a antiga redação do citado artigo, era vedado ao juízo *ad quem* adentrar no mérito da causa quando este julgava provido o recurso em sentença terminativa, vez que devolvia os autos ao juízo *a quo*, sendo, portanto, limitada a devolutividade do recurso de apelação.

Percebe-se também que o citado artigo também é carecedor de uma análise interpretativa das expressões “questão exclusivamente de direito e condições de imediato julgamento”, bem como se a sua aplicação é um dever ou uma faculdade do julgador.

Diante disso, para a correta compreensão do instituto é necessário em primeiro lugar a realização de um estudo sobre o princípio do duplo grau de jurisdição diante da atual sistemática processual, a qual preza pela celeridade processual com a devida observância do devido processo legal e ampla defesa, bem assim se o § 3º, do art. 515, do CPC, ampliou o efeito devolutivo do recurso de apelação possibilitando a existência da possível violação do princípio da *non reformatio in pejus*.

Deste modo, o estudo proposto objetiva auxiliar os operadores jurídicos, oferecendo um melhor entendimento sobre o tema, uma vez que é de suma importância analisar questões que possam atentar contra a segurança jurídica, no presente caso, a constitucionalidade do § 3º, do art. 515, do CPC.

2. Princípios do Direito Processual Civil

Como em todos os outros ramos do direito, o Direito Processual está vinculado à Constituição, a qual fixa os princípios que servirão de base para normatizar a legislação infraconstitucional.

Nesse íterim, é correto afirmar que é sobretudo nos princípios constitucionais que se embasam todas as disciplinas processuais, encontrando na Carta da República a estrutura comum que permite a elaboração de uma teoria geral do processo. (CINTRA; GRINOVER, DINARMARCO, 2005, p. 53)

Nelson Nery Júnior, citando a obra clássica de Von Bülow, revela que os princípios do direito processual foram divididos em princípios informativos e princípios fundamentais, onde os primeiros são considerados axiomas, pois prescindem de demonstração, não possuindo nenhum conteúdo ideológico, constituindo-se princípios universais e praticamente incontrovertidos, ao passo que os segundos, também chamados de gerais são aqueles princípios sobre os quais o sistema jurídico pode fazer opção, considerando aspectos políticos e ideológicos. Por essa razão, admitem que em contrário se oponham outros, de conteúdo diverso, dependendo do alvedrio do sistema que os está adotando (Nery Júnior, 2010, p.50).

Ana Cândido Menezes Marcato divide os princípios em gerais e constitucionais, sendo que o primeiro deles, em verdade, não se trata de princípios, mas de “normas ideais, regras técnicas que traduzem uma esperança de melhoria no aparelhamento processual, gerando um encaminhamento correto das soluções processuais” (2006, p. 12).

Já os princípios constitucionais se dividem em duas espécies, os chamados princípios político-constitucionais, indicadores das opções políticas e os princípios jurídico-constitucionais, os quais se constituem naqueles informativos de toda a ordem jurídica do país, “com inequívoca supremacia sobre quaisquer outros – pelo fato de terem sido erigidos ao status constitucional por força de processo de evolução história e política” (MARCATO, 2006, p. 17-18).

Afirma, igualmente, que tais princípios – jurídico-constitucionais – são dotados de eficácia imperativa consubstanciada nas correspondentes garantias e que, citando Dinamarco, informa que “por isso é que geralmente os dispositivos constitucionais reveladores dos grandes princípios são encarados como garantias, a ponto de ser usual o uso indiferente dos vocábulos princípio e garantia para designar a mesma idéia” (DINAMARCO apud MARCATO, 2006, p. 19).

Dentre os princípios do processo civil presentes na Constituição da República e que bem por isso foram erigidos ao status constitucional podemos citar, só a título de exemplificação, o do devido processo legal e da duração razoável do processo, também chamado de celeridade processual.

A partir daqui, para o nosso estudo, nos interessa então saber se o princípio do duplo grau de jurisdição faz parte dos princípios constitucionais e se representa uma garantia constitucional. Para analisar essa questão, passaremos a tratar do referido princípio.

3. Princípio do duplo grau de jurisdição

No Brasil, segundo relato de Ana Cândido Menezes Marcato, mesmo após a sua independência, o país era regido pelas leis portuguesas. Todavia, “de forma independente daquelas do colonizador” iniciou a criação do seu próprio direito processual civil (MARCATO, 2006, p. 21). Nesse sentido, esse é o seu relato sobre a evolução do duplo grau em nosso sistema pátrio:

A Constituição Federal de 1824, por meio de seu artigo 158, elevou a nível constitucional o direito de recorrer, sendo a única Constituição Brasileira a garantir, de forma irrestrita, este direito. As que sobrevieram apenas regravam algumas espécies de recursos.

(...)

No período republicano promulgou-se a Constituição de 1891, permitindo que cada Estado regulasse o próprio sistema processual civil.

(...)

“A Constituição de 1934 devolveu à União a competência legislativa em matéria processual (art. 5º, inc. XIX), sendo então promulgado, em 18 de setembro de 1939, o Código de Processo Civil. (...) aqui o cumprimento do duplo grau de jurisdição era realizado por meio dos recursos de apelação e agravo.

(...)

Hodiernamente, não se encontra, quer na Constituição Federal de 1988, quer no Código de Processo Civil de 1973, previsão expressa da existência do princípio do duplo grau de jurisdição. Podemos, entretanto, subsumi-lo por meio das normas constitucionais e processuais.

Como se vê no relato supra, houve um período em que a previsão do princípio do duplo grau em nosso país era contemplado de modo expresso na Constituição (1824), o qual fora removido das Constituições vindouras que estabeleciam tão-somente a existência de Tribunais, com competência recursal.

A concretização do duplo grau em nosso ordenamento é previsto em legislação infraconstitucional, ou seja, no Código de Processo Civil de 1939, que instituiu o recurso de apelação.

Em relação ao conceito de duplo grau de jurisdição este pode ser extraído dos ensinamentos de diversos doutrinadores e de forma variada.

Para Flávio Cheim Jorge tal princípio relaciona-se diretamente com as razões justificadoras da existência dos recursos nos sistemas processuais, a exemplo do inconformismo humano sobre as decisões a ele desfavoráveis e a real possibilidade de decisões errôneas, uma vez que são proferidas por seres humanos. Completa dizendo que se trata de um princípio consagrado e enraizado na generalidade dos ordenamentos jurídicos. (CHEIM, 2010, p.211).

A sua vez, Joaquim Henrique Gatto aduz que o princípio do duplo grau constitui-se na possibilidade de reapreciar o mérito da causa “por meio do reexame da decisão final de instância original, abrangendo tanto as questões de fato como as de direito, por órgão jurisdicional diverso, sendo este de hierarquia superior ou não” (GATTO, 2010, p. 20).

Nas palavras de Ana Cândido Menezes Marcato, em que pese a nomenclatura de princípio do duplo grau de jurisdição, trata-se na verdade de duplicidade de exame sobre o mérito por dois órgãos do Poder Judiciário distintos, ou seja, corresponde ao “desmembramento da competência, em dois órgãos jurisdicionais distintos, duas instâncias distintas, pertencentes ou não a hierarquias diversas” (MARCATO, 2006, p. 25).

Nesse mesmo sentido, Dinamarco Cintra Grinover, citado por Rodrigo Barioni, afirma que a jurisdição é tão una e indivisível quanto o próprio poder soberano, uma vez que não comporta divisões, pois falar em “diversas jurisdições num mesmo Estado significa afirmar a existência, aí, de uma pluralidade de soberanias, o que não faria sentido” (GRINOVER apud BARIONI, 2008, p.47).

Quanto à hierarquia do órgão revisor a questão não é pacífica, uma vez que alguns doutrinadores entendem que basta que o reexame da matéria seja feito por órgão de jurisdição diferente daquele que prolatou a decisão, não necessariamente superior, apesar de o ser na maioria das vezes. Para o princípio em questão, sua melhor denominação seria de duplo exame sobre o mérito.

Comungando desse pensamento Marinoni e Arenhart afirmam que com o fito de minimizar a demora nos procedimentos, entende-se que a sentença impugnada pode ser revista pelo mesmo juiz que proferiu a decisão impugnada – como nos casos dos embargos infringentes previsto na Lei de Execução Fiscal – como por juízes do mesmo grau de jurisdição daquele que prolatou a sentença, hipótese, por exemplo, de recurso para as Turmas Recursais (MARINONI, 2010, p. 497).

Em sentido contrário, Flávio Cheim Jorge entende que “o simples reexame da causa não permite concluir pela existência do duplo grau de jurisdição, sendo imprescindível que a segunda análise seja feita por um órgão de hierarquia superior” (CHEIM, 2010, p.212).

Merece destaque a distinção apresentada no estudo feito por Aline Aparecida de Paula, no qual refere-se a distinção entre duplo grau e duplo exame. A garantia do direito ao recurso é satisfeita com a simples revisão da matéria impugnada, ao contrário do duplo grau, o qual, por sua vez, necessita de revisão por órgão diverso daquele que prolatou a sentença (DE PAULA, 2007, nº 19, p. 25-59).

Finalmente, conceituando o duplo grau, veja-se o que relata Márcio Schiefler Fontes:

A esta altura já está claro o horizonte observado. Duplo grau de jurisdição é o princípio jurídico-processual pelo qual o sistema processual de um país admite conhecimento e decisão de todos os aspectos da mesma causa por dois órgãos jurisdicionais distintos, consecutivamente, o segundo hierarquicamente superior ao primeiro. Recurso, instituto de âmbito mais restrito, é o ato voluntário pelo qual a parte vencida manifesta desejo de que a causa seja reapreciada, no todo ou parcialmente, pelo mesmo órgão julgador ou por órgão diverso – a depender da espécie de recurso (FONTES, 2007, v.14 n.20).

A partir desse momento, o que interessa saber então é se esse duplo exame sobre o mérito constitui ou não uma garantia constitucional.

3.1. Princípio do duplo grau de jurisdição é garantia constitucional?

A Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, Inciso LV assegura que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Nesse dizer, a Constituição Federal não está assegurando, como assevera parte da doutrina, que toda e qualquer demanda deve ser revisionada.

Nesse particular, Luiz Guilherme Marinoni alega que tal assertiva não está a afirmar que o princípio do duplo grau está inserto na garantia constitucional da ampla defesa, mas sim que “o recurso não pode ser suprimido quando inerente à ampla defesa”, bem como também não está a afirmar que “a previsão do recurso é indispensável para que seja assegurada a ampla defesa em todo e qualquer caso” (MARINONI e ARENHART, 2010, p.504).

Completa sua afirmação dizendo que:

o legislador infraconstitucional não está obrigado a estabelecer, para toda e qualquer causa, uma dupla revisão em relação ao mérito, principalmente porque a própria Constituição Federal, em seu art. 5º, LXXVIII, garante a todos o direito à tutela jurisdicional tempestiva, direito este que não pode deixar de ser levado em consideração quando se pensa em ‘garantir’ a segurança da parte através da instituição da ‘dupla revisão’” (MARINONI e ARENHART, 2010, p.507).

Em verdade, ao contrário da Constituição do Império de 1824, que previa expressamente o princípio do duplo grau de jurisdição como uma garantia absoluta, a atual Constituição apenas menciona a existência de Tribunais com competência recursal. Desse modo, é correto dizer que o princípio do duplo grau de jurisdição é um princípio implícito não revestido de caráter absoluto.

Nas palavras de Nelson Nery Júnior “não havendo garantia constitucional do duplo grau, mas mera previsão, o legislador infraconstitucional pode limitar o direito de recurso”, e acrescenta também que “o duplo grau de jurisdição, como garantia constitucional absoluta,

existe no âmbito do direito processual penal, mas não no direito processual civil ou do trabalho” (NERY JR., 2010, p. 285 e 288).

Como se vê, em se tratando então de mera previsão constitucional, tal princípio pode sofrer restrições, eliminando recursos em determinados casos, até porque, considerando a sua posição de princípio e não de garantia, pode existir a colidência com outros princípios que se ponham como contraponto.

Por outro lado, há doutrinadores que defendem que o princípio em questão é garantido constitucionalmente, pois tem relação de dependência ou continência com o devido processo legal, que por sua vez é expressamente previsto na atual Constituição (art. 5º, LIV).

Esse é o pensamento externado por Ana Cândida Menezes Marcato, a qual, tomando as lições de Cândido Rangel Dinamarco afirma que “as garantias típicas e atípicas contidas na fórmula *due processo of Law* oferecem aos litigantes direito ao processo justo e equo, com oportunidades reais e equilibradas; certamente o princípio do duplo grau está albergado nessa fórmula” (MARCATO, 2006, p. 28).

Flávio Cheim Jorge afirma que “o art. 5º, LV, da Constituição Federal, ao garantir o devido processo legal e a ampla defesa e fazer referência expressa aos recursos, não permite sustentar que haveria uma previsão expressa do duplo grau de jurisdição”.(CHEIM, 2010, p. 213).

De outro canto, Elpídio Donizetti, embora entenda que o princípio do duplo grau esteja implicitamente previsto na Constituição Federal, discorda sobre a sua garantia absoluta, aduzindo que “embora se trate de princípio ínsito ao sistema constitucional (...) a sua aplicação não é ilimitada, tanto que a própria Constituição estabelece hipóteses de competência originária dos tribunais superiores” (DONIZETTI, 2007).

De mais a mais, o STF já decidiu no sentido de que o duplo grau de jurisdição não é corolário do devido processo legal, nem consubstancia garantia constitucional. (BRASIL, STF, RHC 79785-7-RJ, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, 1998).

O tema foi bastante discutido no RHC 79785-7-RJ, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, onde este reconhece o duplo grau como princípio geral do processo, inclusive levando em conta o Pacto de San José da Costa Rica.

Relata o Ministro que a incorporação ao direito brasileiro da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), a qual inclusive consagra o princípio do duplo grau na esfera processual penal, não alterou a legislação pátria e que o termo “recurso” não tem sentido de impugnação de sentenças e sim de remédio judicial.

Também ressalta que os juristas que persistem na dignidade constitucional e aceitam ao mesmo tempo que a lei ordinária possa editar exceções ao duplo grau não se coaduna com a tese de que se cuidaria de regra compreendida no âmbito da garantia fundamental do *due processo of law*.

Nesse diapasão, ainda que posteriormente no RE 349.703-1/RJ, o STF externou o caráter especial do Pacto de San José da Costa Rica, reservando lugar específico no ordenamento jurídico brasileiro, (BRASIL, 2009), em nada modificou a posição do duplo grau de jurisdição no processo civil, vez que o referido Pacto se refere expressamente ao “direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior”, em relação ao processo penal.

Enfim, o duplo grau de jurisdição é um princípio geral do processo e não tem tratamento constitucional, de modo que o legislador infraconstitucional não está obrigado a estabelecer que todo e qualquer caso seja submetido a uma dupla revisão.

Destarte, é importante ressaltar que, ainda que se filie a ideia que a existência do duplo grau é exigência do *due processo of Law* não se pode olvidar que sua aplicação deve ser moderada pelos ordenamentos, de modo a buscar uma justiça efetiva, rápida e segura.

4. A impugnação das decisões judiciais – o recurso de apelação

O ordenamento jurídico dispõe de mecanismos que proporcionam inúmeros meios para impugnação das decisões.

Segundo a classificação de Didier Jr. e Da Cunha compõe esse sistema os recursos, as ações autônomas de impugnação e sucedâneos recursais, que (2009, p. 28/29).

Com relação ao recurso, seu conceito é definido pela doutrina, não o fazendo o Código de Processo Civil.

Utilizando da conceituação feita por Barbosa Moreira no sentido de ser o recurso um remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna, Ovidio A. Batista da Silva e Fábio Luiz Gomes informam como vantagem dessa condição de remédio voluntário, posto à disposição dos interessados, a livre provocação do reexame da decisão judicial impugnada e a circunstância de corresponder o recurso a um expediente técnico a ter lugar na mesma relação processual. (DA SILVA; GOMES, 2006, p. 309).

Trata-se, por conseguinte, de uma forma de renovar o exercício do direito de ação em uma fase seguinte do procedimento, chamada de “procedimento recursal” a qual se estende até a apreciação do recurso (CHEIM, 2009, p. 28). É um remédio voluntário, imanente de um ato de vontade.

Sua característica principal (do recurso) é permitir o reexame da matéria anteriormente decidida, buscando-se a reforma, a anulação, o esclarecimento ou a integração do julgado.

Explica Elpidio Donizetti que se busca a reforma de uma decisão quando nesta se praticou uma injustiça, uma má apreciação de prova e do direito aplicado, ou seja, o erro ao julgar (*error in iudicando*). Já a anulação se pleiteia quando há vício formal na própria decisão, erro de procedimento (*error in procedendo*). Por fim, se pede o esclarecimento quando a decisão é obscura, contraditória ou omissa (2007, p. 428).

O recurso é o principal meio utilizado para a impugnação das decisões judiciais e o Estatuto Processual relaciona em seu art. 496, os seguintes recursos: apelação, agravo, embargos infringentes, embargos de declaração, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário; embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário.

Dentre esses, não resta dúvida que a apelação é o recurso mais amplo e genérico previsto em nosso ordenamento jurídico.

Anteriormente ao sistema processual vigente, no CPC de 1939, o recurso da apelação só era cabível contra sentenças definitivas, e, ainda assim, nos casos em que o valor da causa fosse igual ou inferior a duas vezes o salário mínimo vigente, só era permitido embargos de nulidade ou infringentes do julgado, para o próprio juiz que julgou a causa. Posteriormente, no diploma atual, ampliou-se a incidência do recurso, de modo que passou a ser permitido o recurso contra sentenças também terminativas, qualquer que fosse o valor da sua causa. (SANTOS, 2003, p.110).

O recurso da apelação está previsto no art. 513, do Código de Processo Civil e tem cabimento sempre que alguém desejar impugnar uma sentença, esta considerada aquela que põe termo ao processo (art. 162, § 1º, CPC), haja ou não decisão de mérito.

A apelação é considerada o recurso por excelência, dada a amplitude de seu efeito devolutivo. É o recurso mais genérico previsto no CPC e é considerado por isso o recurso padrão, uma vez que sua disciplina também se aplica aos demais recursos, quando cabível.

Segundo Elpidio Donizetti é recurso comum porque “atende ao anseio do duplo grau de jurisdição. Basta que a parte seja sucumbente para a lei facultar-lhe a interposição da apelação,

cujo objeto são as questões e provas suscitadas e debatidas no curso do processo” (DONIZETTI, 2007, p. 465).

A apelação tem devolutividade ampla, o que por sua vez também dilata o objeto de impugnação. Marinoni afirma que a apelação “permite a impugnação de qualquer vício encontrado na sentença, seja vício de forma (*error in procedendo*), seja vício de julgamento (*error in judicando*)” (2010, p. 531).

Percebe-se que sua fundamentação é livre, isto é, o recorrente está livre para, nas razões do seu recurso deduzir qualquer tipo de crítica em relação à decisão, independentemente de qualquer requisito específico para o seu cabimento, basta apenas a existência de uma sentença.

4.1. Dos efeitos do recurso de apelação

A interposição de um recurso gera consequências naturais em determinado processo. Essas consequências a doutrina dá o nome de “efeitos do recurso”.

No Estatuto Processual Civil a regra é que os recursos sejam recebidos nos efeitos devolutivo e suspensivo.

O efeito suspensivo, geralmente é associado à suspensão da execução da sentença, ou seja, impede a eficácia imediata da decisão. Ademais, adverte Moacir Amaral Santos que efeito suspensivo é aquele que “impede a eficácia do ato decisório desde o momento da interposição do recurso e até que este seja decidido” e que esse efeito “desponta desde a prolação do ato decisório, sempre que este seja impugnável por meio de recurso que produza tal efeito” (2003, p. 100).

Alguns autores preferem nominar o efeito suspensivo como efeito obstativo, pois “mesmo antes de interposto o recurso, a decisão, pelo simples fato de estar-lhe sujeita, é ato ainda ineficaz, e a interposição apenas prolonga semelhante ineficácia, que cessaria se não se interpusesse o recurso” (DIDIER JR e DA CUNHA, 2009, p. 81).

De relação ao efeito devolutivo, se faz necessário primeiramente identificar o princípio dispositivo, do qual esse é derivado, bem como se faz necessário também identificar o princípio inquisitório, do qual nasce o efeito translativo, tema essencial para a conclusão deste trabalho.

O princípio dispositivo abrange a necessidade de provocação do interessado para obter a tutela jurisdicional, ou seja, é preciso que haja iniciativa das partes. Em relação aos recursos, “salvo a remessa necessária, que faz com que a matéria seja imediatamente submetida à apreciação do Tribunal, se atribui, única e exclusivamente, à vontade das partes a possibilidade de reexame da matéria” (CHEIM, 2009, p. 245).

Apoiando-se na obra de Misael Montenegro Filho, do princípio dispositivo impõe-se que “a certeza de que o processo deve ser formado a partir (e na dependência) da iniciativa da parte, como regra, não podendo o magistrado deferir ao autor bem da vida ou resposta jurisdicional além ou fora do que foi pleiteado na petição inicial” (2007, p. 84).

Enfim, trata-se de um direito “à disposição” da parte, que dele se valerá ou não, dependendo unicamente de sua vontade.

Todavia, não se pode dizer que o princípio dispositivo é aplicado sem restrições. Nesse sentido adverte Apigliano que assim como o próprio direito das partes pode sofrer restrições quanto a sua disponibilidade, o princípio dispositivo também “admite temperamentos, em virtude da importância de determinadas situações e questões inseridas no âmbito de uma relação processual” (2007, p. 181).

Em sentido contrário, posiciona-se o princípio inquisitório, no qual é permitido ao julgador conhecer de questões ainda que não suscitadas pelas partes.

Ocorre em situações excepcionais, porém autorizado pelo sistema processual, ocasiões estas que não se pode falar em julgamento *extra*, *ultra* ou *infra petita*.

Essas situações são justificáveis quando se trata de matérias que se sobrepõem à vontade particular das partes, ou seja, desde que se refiram a matéria de interesse público, como é o caso das questões de ordem pública, previstas no art. 267, § 3º, do CPC, além de outras mais.

Como dito alhures, do princípio dispositivo decorre o efeito devolutivo do recurso. É o que se passa a externar.

O efeito devolutivo consiste na transferência ao Tribunal *ad quem* todo o exame da matéria impugnada. Teve origem no direito romano onde o poder de julgar era monopólio do soberano que o delegava a órgãos inferiores, mas que apesar dessa delegação o imperador, em segundo ou terceiro grau, poderia sempre examinar os recursos interpostos (BARIONI, 2008, p. 34).

Esse conteúdo do recurso, ou seja, o reexame da matéria é o efeito peculiar de todos os recursos, o qual, nas palavras de Cheim se atribui o nome de devolutivo, ou seja, “na obtenção de um novo exame de determinada matéria, exsurge que dele necessariamente advém o efeito peculiar e natural de fazer com que a matéria decidida seja reexaminada. (2009, p. 269).

O objeto do recurso é, portanto, o reexame de determinada matéria. A devolução dessa matéria pode ser total ou parcial, limitando assim o exame da matéria, fenômeno que consagra o princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*, chamado também de efeito devolutivo em extensão.

De outro canto, fica o tribunal livre para apreciar os fundamentos do pedido, ainda que não referidos nas razões do recurso interposto, este conhecido como efeito devolutivo em profundidade.

Resta falar sobre o efeito translativo.

Refere-se o efeito translativo na possibilidade de o órgão *ad quem*, em certos casos, desconsiderar o princípio dispositivo do qual deriva o efeito devolutivo e conhecer de matéria que esteja fora do âmbito das razões e contrarrazões de recurso. Trata-se de uma exceção autorizada pelo ordenamento jurídico, não caracterizando desta forma julgamento *extra*, *ultra* ou *infra petita*.

Grande parte da doutrina entende que o efeito translativo advém do efeito devolutivo, estando ligada a sua profundidade já referida acima, assumindo no caso “uma feição especial, na medida em que se proporciona ao próprio Magistrado uma ampla cognição exauriente”. Esse é o entendimento de Cheim Jorge, para quem a interposição do recurso “faz com que sejam levadas a conhecimento do órgão julgador todas as questões de ordem pública ou mesmo aquelas a respeito das quais o juiz pode se pronunciar de ofício, tais como honorários advocatícios, juros legais, etc” (2009, p. 276).

Dessa mesma forma, Didier Jr. e Da Cunha lecionam que é a profundidade do efeito devolutivo que determina as questões que devem ser examinadas pelo órgão *ad quem* melhor dizendo, o efeito translativo é a profundidade do efeito devolutivo (2009, p. 85-86).

Nesse mesmo patamar, Edward Carlyle Silva, o qual nomina a chamada “profundidade” como dimensão vertical do efeito devolutivo, observa que

todas as questões suscitadas e discutidas no 1º grau podem ser utilizadas pelo Tribunal para reexaminar o pedido formulado no recurso. (...) além delas, as questões de ordem pública que o juiz poderia ter conhecido de ofício mas não o fez também são “devolvidas” (transferidas) ao tribunal,

mesmo que não tenham sido alegadas por quaisquer das partes. Isto porque tais matérias podem ser examinadas em qualquer grau de jurisdição, independentemente de provocação da parte beneficiada. Por esse motivo, mesmo que não tenham sido mencionadas no 1º grau, o Tribunal poderá examiná-las *ex officio*, por força da dimensão vertical ou profundidade do efeito devolutivo (2008, 341/342).

Defendendo a tese que as matérias que o tribunal pode conhecer de ofício não se submetem ao efeito devolutivo posicionam-se os doutrinadores Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart :

o efeito translativo é ligado a matéria que compete ao Judiciário conhecer em qualquer tempo ou grau de jurisdição, ainda que sem expressa manifestação das partes (...) Tais temas, então, não se submetem ao efeito devolutivo, e podem ser conhecidos pelo Tribunal sempre (...) bastando que tenha sido interposto recurso sobre alguma decisão da causa, e que esse recurso chegue a exame do juízo *ad quem* (2010, p. 528)

Então, nessas hipóteses em que pode o tribunal apreciar questão que esteja fora dos limites impostos pelo recurso, estar-se-á diante de uma manifestação do efeito translativo do recurso, decorrente do princípio inquisitório e não do efeito translativo como subtítulo do efeito devolutivo, eis que esse último restringe-se, como asseverou o Ministro Cezar Peluso, aos limites da parcela impugnada do conteúdo decisório da sentença.

4.2. Princípio da *non reformatio in pejus*

Como já foi dito, a apelação devolve ao juízo *ad quem* o conhecimento da matéria impugnada, o qual ficará limitado ao objeto da apelação (*tantum devolutum quantum appellatum*), impedindo desta forma que seja a decisão reformada para pior.

A reforma para pior, ao tempo das Ordenações Filipinas, era perfeitamente cabível, porque havia na época a “comunhão da apelação”, ou seja, uma das partes apelando, para a outra também servia o recurso, de modo que a decisão do juízo *ad quem* poderia ser para melhor ou pior. Foi assim até a Proclamação da República, quando então os Códigos estaduais passaram a disciplinar a matéria, mantendo a tradição, proibindo ou nada dispondo sobre o tema. (AMARAL, 2003, p. 116).

Hodiernamente, não há norma expressa que vede a reforma para pior. Todavia, a doutrina brasileira considera rara a possibilidade da *reformatio in pejus*.

É que, segundo a grande maioria dos processualistas brasileiros a proibição da *reformatio in pejus* está ligada mais precisamente na “conjugação do princípio dispositivo, da sucumbência como requisito de admissibilidade e, finalmente, do efeito devolutivo do recurso” (BARIONI, 2008, p. 57).

Não se pode olvidar que o instituto em análise não é aplicável nos casos em que houve apelação de ambas as partes, ou seja, sucumbência recíproca. Nesse diapasão, certo é que “o acolhimento de um dos recursos virá em prejuízo da outra parte também recorrente” (MARINONI e ARENHART, 2010, p. 517).

Do mesmo modo, excepcionado está a vedação da *reformatio in pejus* para matérias que compete ao juiz conhecer de ofício, em qualquer tempo e qualquer grau de jurisdição, ou seja, questões de ordem pública.

Não há nesse caso se falar em violação ao princípio da *non reformatio in pejus* uma vez que está previsto expressamente no Código de Processo Civil, especificamente no art. 267, § 3º, que as matérias ali previstas serão conhecidas de ofício, independentemente do requerimento de qualquer das partes.

É dizer, esse princípio não é de aplicação absoluta e em hipóteses tais, o interesse do Estado transpassa o interesse das partes em litígio, podendo a instância recursal se referir “a temas que não foram articulados pelo recorrente na manifestação de combate do pronunciamento judicial” (MONTENEGRO FILHO, 2007, p. 31).

5. Reformas processuais – o princípio da celeridade processual como princípio das recentes reformas

Com o objetivo de dar mais celeridade ao processo, o Direito Processual Civil brasileiro tem sofrido diversas alterações normativas no tempo.

Além do mais, a promulgação da Constituição Federal de 1988 atingiu fortemente o sistema processual brasileiro, de modo que aguçou o anseio às reformas na busca da efetividade processual, quando assegurou no seu art. 5º, LXXVIII a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (BRASIL, 2009, p. 10/11).

Com a introdução desse artigo, a celeridade processual tornou-se um princípio abarcado constitucionalmente, forçando desta maneira que o sistema processual se adequasse para tornar possível o cumprimento de tal garantia.

Essa efetividade processual está diretamente ligada ao direito de acesso à justiça, o qual inclui a obtenção de resultados justos em tempo razoável, de modo que uma justiça tardia ou permeada de injustiças de qualquer ordem, em virtude das mazelas do processo não garante esse acesso, ou seja, não basta abrir a porta do judiciário, mas também prestar jurisdição “eficiente, efetiva e justa, mediante um processo sem dilações ou formalismo excessivos” (GATTO, 2010, p. 111).

Em função dessa sanha (o espírito de reforma), deu início, em 1992, a reforma do código de processo civil, centrado na ideia de atender aos clamores doutrinários de um correto acesso à justiça, introduzindo no sistema processual diversas leis direcionadas a atacar os pontos de estrangulamento do sistema, buscando assim simplificar e agilizar o procedimento, evitar ou minimizar os males do decurso do tempo de espera pela tutela jurisdicional, aprimorar a qualidade dos julgamentos e dar efetividade à tutela jurisdicional (DINAMARCO apud MARCATO, 2006, p. 135/136).

Segundo Theodoro Júnior, todas as reformas introduzidas no sistema processual tiveram um só principal objetivo: “acelerar a prestação jurisdicional, tornando-a mais econômica, mais desburocratizada, mais flexível e mais efetiva no alcance de resultados práticos para os jurisdicionados” (THEODORO JR., 2010, p.25).

Depois disso, com o objetivo de aprimorar a recente reforma, foram introduzidas outras três leis, as quais são conhecidas como a “reforma da reforma”, quais sejam: Lei nº 10.352/2001, Lei nº 10.358/2001 e Lei nº 10.444/2002.

Com a lei nº 10.352/2001, que deu origem ao tema desse trabalho, foi introduzido o § 3º, no

Art. 515, do CPC, o qual possibilitou ao órgão recursal, ao julgar apelação em face de sentença terminativa, julgar desde logo o mérito, desde que a causa esteja madura para julgamento.

5.1. A inovação prevista no art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil – Requisitos

Com o advento da Lei nº 10.352/01 foi incluído no art.515, do CPC, o seu § 3º, o qual permite que o tribunal julgue o pedido, ainda que o juízo de primeiro grau tenha decidido pela extinção do processo sem esse julgamento:

Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

(...)

§ 3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento (BRASIL, 2001).

Referida norma nasceu para adequar o sistema processual com o princípio da celeridade processual, esculpido na Constituição Federal, propiciando, na medida em que não determina o retorno dos autos à primeira instância, uma justiça mais célere e efetiva.

Interessante é que tal previsão já constava nas Ordenações Filipinas, na qual, em regra, determinava “o imediato julgamento do mérito da causa no caso de reforma da sentença terminativa, afastando a devolução dos autos ao juiz de primeiro grau para novo julgamento” (GATTO, 2010, p. 122).

À sua semelhança, como se vê na redação do citado dispositivo (§ 3º, art. 515, do CPC), para julgar desde logo a lide, a causa deve versar sobre questão exclusivamente de direito e estar em condições de imediato julgamento, ou seja, devem inexistir questões fáticas a demandar a produção de provas, o que alguns autores costumam nominar de “teoria da causa madura” (SILVA, 2008, p.364).

Quando se fala em questão exclusivamente de direito a norma está a dizer que para ser julgada desde logo a causa, esta já deve ter sido instruída, em primeiro grau, com todas as garantias do devido processo legal e não haver mais necessidade de instrução probatória, ou seja, questão exclusivamente de direito é sinônimo de processo já suficientemente instruído para o julgamento de mérito (MARCATO, 2006, p. 78 e 80).

Aliás, em que pese a redação do artigo em comento, basta que se faça a interpretação da norma em consonância com o art. 330, I, do CPC, o qual permite que o juiz conheça diretamente do pedido, proferindo sentença “quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência” (BRASIL, 1972).

Nessa linha de entendimento, Edward Carlyle Silva vai mais além quando cita que “as questões de fato não-controvertidas, ou seja, que não foram objeto de impugnação pela parte contrária àquela que formulou a alegação, também torna possível a aplicação da teoria” da causa madura, bem assim, aquelas questões envolvendo fatos notórios, podendo o tribunal julgar o mérito mesmo que não se esteja falando de questão exclusivamente de direito (SILVA, 2008, p.364).

De outra banda, merece atenção a polêmica a respeito da obrigatoriedade ou não da aplicação do § 3º, do art. 515, pelo juízo *ad quem*, quando não há requerimento expresso do apelante.

ENTRE ASPAS

De um lado situam-se aqueles que entendem que uma vez que o apelante ao interpor recurso contra sentença terminativa não fixou no seu pedido a apreciação do mérito da causa não é aceitável que o tribunal venha a decidir questão que a parte recorrente não incluiu na devolução recursal. Esta é a posição de Humberto Theodoro Júnior, para o qual o pedido para julgar o mérito faz parte da extensão do efeito devolutivo, terreno em que prevalece a vontade da parte:

a) o novo § 3º do art. 515 do CPC não criou simples faculdade para o Tribunal, que tem o dever de enfrentar o mérito da causa, quando configurados os requisitos legais para tanto; b) o julgamento do mérito, no entanto, deverá ser pleiteado pelo recorrente, para que se torne objeto da devolução recursal operada pela apelação ao tribunal *ad quem*. O tema pertence à extensão da devolução e não à sua profundidade (THEODORO JR., 2010, p. 599).

Na mesma esteira, Flávio Cheim Jorge defende a aplicação do citado § 3º em consonância com o disposto no caput do art. 515, onde é fixada a máxima *tantum devolutum quantum appellatum*:

o pedido do apelante para que o tribunal julgue o mérito da causa é *requisito intransponível* para que seja aplicado o novo § 3º do art. 515, sob pena de violação do art. 2º do CPC, aplicado analogicamente aos recursos. A incidência do princípio dispositivo, e, consequentemente do efeito devolutivo, neste caso é plena e obrigatória (CHEIN JORGE, 2010, p.289).

Por seu turno, Ricardo Barioni alega que apesar de alguns autores sustentarem a necessidade do requerimento pela parte em nome do princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*, esse entendimento não deve prosperar, eis que:

o recurso de apelação dirige-se contra a parte dispositiva da sentença. Quando o órgão *a quo* aprecia uma preliminar e decreta a extinção do processo sem apreciação do mérito, verifica-se a existência de impedimento para que julgue as questões de mérito (...). ‘A matéria impugnada’ a que se refere o caput do art. 515 do CPC cinge-se ao ponto efetivamente decidido na sentença, ou seja, o pronunciamento que decretou a extinção do processo sem julgamento do mérito (BARIONI, 2008, p. 170/171).

Para Marcato o processo não é instrumento destinado a realizar exclusivamente a vontade dos particulares, mas antes de tudo, deve atender aos anseios sociais e permitir apenas a reforma da sentença terminativa com o retorno dos autos a primeira instância seria desvirtuar a razão de ser desse dispositivo, qual seja, a efetividade e a economia processual: vejam-se os seus dois argumentos:

o primeiro é o de que a aplicação do § 3º do art. 515, por parte do tribunal, quando presentes os requisitos, é um dever; o segundo é que a determina-

ção contida neste parágrafo é aplicável desde a entrada em vigor da lei e, portanto, conhecida de todo operador de direito. Por isso, o autor que apelar da sentença terminativa o fará com a consciência de que, estando a causa madura para julgamento, o tribunal deverá conhecer do mérito; as regras do jogo são claras, não se podendo alegar infração ao devido processo legal (MARCATO, 2006, p. 83).

Outro argumento defendido sustentando a necessidade do pedido do apelante é a possibilidade de haver *reformatio in pejus* no eventual julgamento do mérito em desfavor do apelante, uma vez que desrespeita o princípio *tantum devolutum quantum appellatum*.

Sobre essa alegação é importante a análise da possível ampliação do efeito devolutivo do recurso e possível violação do princípio da *non reformatio in pejus*, em capítulo próprio.

5.2. Art. 515, § 3º, do CPC – Da ampliação do efeito devolutivo do recurso e o princípio da *non reformatio in pejus*

Discute-se se com a redação do § 3º do art. 515, do CPC houve a ampliação do efeito devolutivo do recurso e com isso a consequente violação do princípio da *non reformatio in pejus*.

É que a antiga redação do citado artigo vedava ao juízo *ad quem* adentrar no mérito da causa quando este julgava provido o recurso em sentença terminativa, vez que devolvia os autos ao juízo *a quo*, sendo, portanto, limitada a devolutividade do recurso de apelação.

No artigo em comento não há que se falar em ampliação do efeito devolutivo. É dizer, ele não é regido pelo princípio dispositivo, mas sim pelo princípio inquisitório. Desse modo, o efeito que dele decorre não é o devolutivo, é o efeito translativo. Quando ocorre esse efeito, todas as questões ainda que não suscitadas em sede recursal são transladadas ao Tribunal. É o mesmo fenômeno que ocorre com as questões de ordem pública, nas quais não é necessária a expressa manifestação de vontade do recorrente.

Assim sendo, no caso do art. 515, § 3º, do CPC, presentes os requisitos legais, deverá o Tribunal julgar o mérito independentemente de provocação das partes, pois se trata de um poder-dever do Juiz, donde lhe é imposto a apreciação de todas as questões, ainda que não suscitadas, não havendo neste caso a proibição da *reformatio in pejus*.

Nesse sentido, veja-se a argumentação de Gervásio Lopes Jr., citado por Fredie Didier Jr e Leonardo José Carneiro da Cunha:

(...) Deveras, se esquecemos qualquer suposta relação do julgamento *per saltum* com o efeito devolutivo do recurso, conseguimos entender tal atividade como simples decorrência do princípio do impulso oficial, que, para ser exercitado, independe da vontade e do requerimento das partes. Além disso, colocamos os princípios dispositivo e da vedação da reforma para pior nos devidos lugares, permitindo ao tribunal julgar por salto de instância de forma contrária, inclusive, aos interesses da parte recorrente. Assim é que o requerimento da parte não é exigido para o salto julgamental, que tem como pressupostos, apenas, a interposição e o conhecimento de um recurso; o seu provimento ou a anulação da sentença e a maturidade da causa (2009, p. 109).

Acrescente-se ainda que para Elpidio Donizetti não há como comparar a decisão de mérito do tribunal com uma decisão de mérito que não existia no processo, não podendo dessa maneira se falar em *reformatio in pejus*, uma vez que com a cassação da sentença pelo Tribunal, “todas as questões discutidas nos autos devem ser apreciadas, o que pode resultar em resolução de mérito em favor ou em prejuízo do autor” (DONIZETTI, 2007, p. 434).

E de bom tom citar ainda a posição defendida por Ricardo de Carvalho Apligrano, para quem a proibição da *reformatio in pejus* não é absoluta, pois poderá sofrer restrições sempre que o próprio princípio dispositivo sofrer exceções. Do mesmo modo, também não é absoluta a vontade das partes no processo civil, eis que poderão surgir diversas questões a serem analisadas no segundo grau, independentemente de terem sido objeto da sentença, sendo possível à piora da situação do recorrente (APLIGRIANO, 2007, p. 140).

Enfim, constata-se que a norma contida no § 3º do art. 515, do CPC, não ampliou o efeito devolutivo do recurso, mesmo porque no presente caso não vige tal efeito e sim o efeito translativo do qual não decorre a proibição da *reformatio in pejus*.

De mais a mais, o tribunal estará julgando pela primeira vez o mérito e por isso não pode haver reforma para pior de algo que não existiu.

6. A constitucionalidade do art. 515, § 3º, do CPC à luz do princípio do duplo grau de jurisdição

Como já amplamente debatido nos capítulos anteriores, o princípio do duplo grau de jurisdição não tem garantia constitucional.

Ainda que haja divergência sobre a sua posição dentro do ordenamento jurídico, ora classificando-o como princípio constitucional implícito, ora como princípio geral do processo e sem tratamento constitucional, em ambos os posicionamentos a doutrina majoritária admite não ter esta garantia absoluta. Como se trata de um princípio e não de regra, o duplo grau de jurisdição está sujeito ao sopesamento de sua aplicação diante de outros valores constitucionais presentes em outros princípios que sejam mais importantes no caso concreto: vejam-se algumas citações contidas na obra de Ana Cândido Marcato em relação ao citado princípio:

o duplo grau, por vezes, irá ceder lugar à necessidade de enfatizar os princípios da celeridade, da racionalidade, da otimização e da eficiência da atividade jurisdicional

(...) a concretização dos princípios fica a cargo do legislador, incumbido de exprimir a vontade geral. (...) tendo em vista que é o legislador o responsável por essa concretização, também será, por via de consequência, o responsável pelo regramento das exceções aplicáveis ao princípio, por meio de leis (MARCATO, 2006, p. 155).

A previsão contida no § 3º, do art. 515, do CPC é uma das formas de exceção ao duplo grau de jurisdição estabelecida pela legislação infraconstitucional, perfeitamente possível já que tal princípio não se reveste de garantia constitucional. Nesse sentido, Alexandre Freitas Câmara expõe:

ter-se-á, aqui, uma supressão de instância, excepcionando-se a incidência do princípio do duplo grau de jurisdição. É de bom alvitre, contudo,

recordar que o duplo grau não é uma garantia constitucional, tendo duas bases na legislação ordinária. Sendo assim, é perfeitamente possível à própria lei ordinária afastá-lo, como o fez no caso que ora se examina (2008, p.83).

Esse também é o pensamento de Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha, para os quais não havendo a garantia constitucional torna-se possível as exceções ao princípio, podendo então a legislação infraconstitucional restringir ou até mesmo eliminar recursos em determinados casos específicos, sem contar que, em se tratando de princípio, o duplo grau poderá ser contraposto com outro princípio, de modo que haja limites de aplicação recíproca (Didier Jr e Da Cunha, 2009, p. 26).

Firme na idéia de que é permitido ao legislador infraconstitucional restringir o acesso ao duplo grau de jurisdição em hipóteses especiais como o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional encontra-se Rodrigo Barioni (2008, p. 52), para quem, “cumprido ao ordenamento jurídico ampliar ou limitar a aplicabilidade do duplo grau de jurisdição, de acordo com as necessidades sociais. (...) A tarefa de ajustar os limites de atuação do duplo grau de jurisdição, encontra-se fora da esfera dispositiva das partes”.

Por fim, cumpre destacar que não tendo o princípio do duplo grau de jurisdição sede constitucional, e bem por isso, pode sofrer exceções, o legislador está autorizado a limitar a sua incidência na legislação ordinária, como o fez no § 3º, do CPC, o que não resulta na sua inconstitucionalidade.

7. Conclusão

O direito processual brasileiro é formado por princípios específicos, com suas características próprias, mas também devem obediência aos princípios constitucionais, os quais precedem a legislação infraconstitucional.

Os princípios, assim como as regras, são uma espécie do gênero norma.

Todavia, enquanto as regras que se conflitam entre si enfrentam a questão de validade, deixando de ser aplicada no caso concreto, os princípios a sua vez podem coexistir, prevalecendo o de maior peso.

O direito processual é composto por princípios constitucionais e por aqueles fixados pela legislação ordinária. Os princípios presentes na Constituição da República são encarados como garantias constitucionais, ao passo que os demais se submetem ao sopesamento de valores e interesses.

Existe um conjunto de normas de direito processual que se encontram presentes na Constituição Federal, também conhecido como direito constitucional processual, elencadas entre essas a garantia do devido processo legal e da duração razoável do processo.

Por outro lado, o princípio do duplo grau de jurisdição não foi contemplado pela nossa atual Constituição, como fez a Constituição de 1824, expressamente. Apenas menciona a existência de Tribunais com competência recursal.

Também não se configura o duplo grau como corolário do devido processo legal diante da previsão contida no art. 5º, LV, da Constituição Federal, a qual assegura o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

A norma *in casu* está a dizer que a ampla defesa deverá ser exercida com todos os meios

de defesa e remédios judiciais que lhe são próprios, mas não está a garantir que a ampla defesa para ser exercida na sua plenitude deverá indispensavelmente ter previsão de recurso.

De outro lado, a legislação ordinária, no caso o Código de Processo Civil é que prevê o duplo grau de jurisdição por intermédio dos recursos.

Assim sendo, forçoso é reconhecer que o duplo grau de jurisdição é um princípio geral do processo e, bem por isso, pode sofrer exceções, vez que não está compreendido no âmbito das garantias constitucionais.

O duplo grau de jurisdição, cuja nomenclatura ideal seria duplo grau de instância (caso se entenda pela necessidade de reexame por órgão jurisdicional diverso) ou duplo exame do mérito (que é a garantia do direito ao recurso e consequente revisão da matéria) consiste na possibilidade de reapreciação do mérito da causa anteriormente decidida, o qual é feita por intermédio das impugnações das decisões judiciais, pelo qual o principal meio utilizado é o recurso.

Dentre os recursos a apelação é o meio mais abrangente e por isso é considerada o recurso por excelência, dada a amplitude do seu efeito devolutivo, atendendo assim ao anseio do duplo grau.

Sua interposição gera efeitos, quais sejam devolutivo e suspensivo, em regra. Este último impede a eficácia do ato decisório enquanto o primeiro é peculiar a todos os recursos e consiste na transferência ao tribunal *ad quem* de todo o exame da matéria impugnada.

O efeito devolutivo decorre do princípio dispositivo, e bem por isso, depende de provocação do interessado que se valerá ou não do direito ao recurso, que poderá delimitar qual capítulo da decisão irá devolver ao tribunal para reapreciação.

Esse fenômeno é conhecido como efeito devolutivo em extensão (ou horizontal) e por meio dele que se consagrou o princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*, que consiste na impossibilidade de se reformar a decisão em prejuízo do apelante, ou seja trata-se da vedação da *reformatio in pejus*.

Todavia, uma vez interposto o recurso, o tribunal está livre para apreciar todos os fundamentos do pedido. É o que se convencionou chamar de efeito devolutivo em profundidade (ou vertical).

Porém, determinadas matérias podem ser conhecidas ainda que fora do âmbito das razões e contrarrazões do recurso e serão conhecidas de ofício, independentemente do requerimento de qualquer das partes. Nessas hipóteses estar-se-á diante de uma manifestação do efeito translativo do recurso, decorrente do princípio inquisitório.

Nestes casos em que o interesse do Estado transpassa o interesse das partes em litígio não há que se falar em violação ao princípio da *non reformatio in pejus*, até porque a proibição da reforma para pior não é absoluta e pode sofrer restrições pelo ordenamento jurídico.

Questão bastante debatida pela doutrina deu-se com o nascedouro da Lei nº 10.352/01, a qual incluiu no art. 515, do CPC o § 3º, pelo qual se permitiu ao tribunal adentrar no mérito da causa, nos casos de extinção do processo sem julgamento de mérito, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.

A celeuma refere-se principalmente a possível violação do princípio do duplo grau de jurisdição, bem como a ampliação do efeito devolutivo do recurso e a violação da *reformatio in pejus*.

O referido art. 515, § 3º, do CPC determina desde logo o julgamento do mérito pelo Tribunal *ad quem* nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito pelo juízo *a quo*, desde que se trate de questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento, assim entendida como aquela já devidamente instruída com todas as garantias do devido processo legal, na qual inexistem questões fáticas a demandar a produção de provas.

O instituto em questão provocou polêmica em relação à sua aplicabilidade *ex officio* pelo tribunal, uma vez que na hipótese de tal pedido (análise do mérito) não haver sido incluído na devolução recursal e ocorrendo eventualmente a reforma para pior, restaria violado o princípio da *non reformatio in pejus*.

Tal dúvida não deve prosperar. Em que pese entendimento em contrário, o artigo em comento tem a missão de promover a celeridade processual, de maneira justa e efetiva, sem dilações desnecessárias, de modo que a vontade exclusiva dos particulares conflita com a razão de ser desse dispositivo.

De mais a mais, a determinação contida no citado parágrafo é conhecida de todo operador de direito, o qual tem consciência de que estando a causa madura para julgamento, o tribunal conhecerá do mérito.

Sendo assim, é despicienda a necessidade de requerimento do apelante para a aplicação do referido artigo pelo Julgador, pois não se trata de uma faculdade, mas sim de um dever do Juiz, o qual, presentes os requisitos legais do art. 515, § 3º, do CPC, deverá julgar o mérito independentemente de provocação das partes.

É dizer, tal disposição não é regida pelo princípio dispositivo, do qual decorre o efeito devolutivo. É sim, regido pelo princípio inquisitório, do qual decorre o efeito translativo, impondo-se a apreciação de todas as questões, ainda que não suscitadas, não se aplicando, portanto, a proibição da *reformatio in pejus*, até porque o mérito estará sendo julgado pela primeira vez e bem por isso não poderá haver reforma para pior de algo que não existiu.

Também não deve prosperar a discussão em torno do art. 515, § 3º, do CPC, se constituir ou não em ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição.

Ainda que haja divergência sobre a posição que ostenta o princípio do duplo grau de jurisdição dentro da Constituição Federal, seja de princípio constitucional explícito ou implícito, ou ainda de princípio geral do processo, é majoritário o entendimento de que este princípio não goza de garantia constitucional.

É que não se tratando de garantia constitucional e tendo sua base na legislação ordinária o próprio legislador infraconstitucional pode limitar a sua aplicabilidade de acordo com as necessidades sociais, como o fez no caso no § 3º, do art. 515, do CPC.

Ora, tratando-se de um princípio e não de regra, sua aplicação deverá ser sopesada com princípios outros que com ele venha a conflitar.

Certo é que, em relação ao § 3º, do art. 515, do CPC, o legislador infraconstitucional optou por sacrificar o princípio do duplo grau de jurisdição em detrimento do princípio da celeridade processual, que possui status constitucional (duração razoável do processo) e também é corolário do devido processo legal, princípio esse que vem orientando todas as atuais reformas processuais em busca de uma justiça mais célere, efetiva e justa.

Conclui-se, portanto que o § 3º, do art. 515, do Código de Processo Civil é constitucional e atende aos anseios sociais por uma prestação jurisdicional mais célere e efetiva, sem se descuidar da segurança jurídica, que se alcança com a observância do devido processo legal.

Referências

ALENCAR, Martsung F.C.R. O sistema jurídico: normas, regras e princípios. Jus Navigandi. Teresina ano 11, n. 1110, 16 jul. 2006 : Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8628>>. Acesso em: 18 fev. 2011.

ENTRE ASPAS

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. A apelação e seus efeitos. São Paulo. Editora Atlas, 2ª Edição. 2007.

BARIONI, Rodrigo. Efeito devolutivo da apelação civil. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008. 2ª tiragem. 223p.

BRASIL. Constituição (1824); Constituição Política do Império do Brasil; 25 março 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%c3%A7ao24.htm, acesso em 16 abril 2011.

BRASIL. Constituição (1988). Vade Mecum Saraiva. São Paulo : Saraiva, 2009, 7ª Ed.

BRASIL. Superior Tribunal Federal – Jurisdição – Duplo Grau – Inexigibilidade Constitucional. AI 209954-SP. Relator Ministro Marco Aurélio; Diário da Justiça, Brasília, 04 dez 1998.

BRASIL. Superior Tribunal Federal – Alegação de matéria de ordem pública. Acórdão confirmado pelo TSE, sob fundamento da operancia do efeito translativo do recurso. Inadmissibilidade. Processo AC 112/RN. Rel. Ministro Cezar Peluso : Diário da Justiça, Brasília, 04 fev 2005.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Duplo grau de jurisdição no direito brasileiro, à luz da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos. Processo RHC79785-7-RJ. Relator Ministro Sepúlveda Pereira. Diário da Justiça, Brasília, 22 nov 2002.

BRASIL. Superior Tribunal Federal – Posição Hierárquico-normativa dos tratados internacionais de direitos humanos no Ordenamento Jurídico Brasileiro; Processo:349703-1- RJ. Relator Ministro Gilmar Mendes;; Diário da Justiça, Brasília, 05 jun 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil, vol. II, 15ª Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2008. 428p.

CHEIM JORGE, Flávio. Teoria geral dos recursos cíveis - 4. ed.rev., atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2009. 414p.

CINTRA Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, Teoria Geral do Processo, 21ª Ed. São Paulo, Editora Malheiros Editores, 2005. 368p.

DA SILVA, Luis Virgilio Afonso; O proporcional e o razoável; Revista dos Tribunais 798 (2002): 23-50. Disponível em: <http://www.injur.com.br/pg/artigo/Marcelo/read/23001/o-proporcional-e-o-razovel>; acesso em 20 jan 2010.

DA SILVA, Ovidio A. Baptista; GOMES, Fábio Luiz; Teoria Geral do Processo Civil, 4ª Ed. Ver. e atual. –São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. 351p.

DE PAULA, Aline Aparecida. A Constitucionalidade do art. 515, § 3º, do CPC - Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro – nº 19, p.25-59. s.l. : disponível em HTTP: http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj, acesso em 11/02/201, 2007.

DIDIER JR., Fredie e DA CUNHA, Leonardo José Carneiro. Curso de Direito Processual Civil; Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos Tribunais - Vol. 3, 7ª Ed. Salvador-Ba : Editora JusPODIVM, 2009. 592p.

A REVISTA DA UNICORP

DONIZETTI, Elpídio. Curso Didático de Direito Processual Civil - 8ª ed. ampl. e atual. até a Lei 11.441, de 4/1/2007, incluindo Processo Eletrônico. Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2007. 1015p.

FERRAZ, Priscila Malvina Ascencio. Embargos de Declaração no Processo Civil. 2003. 85f. Monografia (Conclusão do curso) - Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. São Paulo.

FONTES, Márcio Schiefler. Noções histórico-conceituais dos recursos e do duplo grau de jurisdição; Editora Revista da Esmesc, 2007. Disponível em: <http://www.esmesc.com.br/upload/arquivos/3-1247226500.PDF>; acesso em 19/02/2011.

GATTO, Joaquim Henrique. O duplo grau de jurisdição e a efetividade do processo. Porto Alegre : Editora Livraria do Advogado, 2010. 163p.

MARCATTO, Ana Cândido Menezes. O princípio do Duplo Grau de Jurisdição e a Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo : Editora Atlas S.A, 2006. p. 9. 176p.

MARINONI Luiz Guilherme, ARENHART Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil, V.2, Processo de Conhecimento, 8. ed. rev. e atual. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010. 734p.

MONTENEGRO FILHO, Misael. Curso de Direito Processual Civil, Teoria Geral dos Recursos, Recursos em Espécie e Processo em Execução, vol. 2, 4ª Ed. São Paulo : Editora Atlas S.A, 2007. 578p.

NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo. 10. ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010. 416p.

SANTOS, Moacir Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil - 3º v. São Paulo : Editora Saraiva, 2003. 484p.

SILVA, Edward Carlyle. Direito Processual Civil, 2ª ed. rev. atual. e ampl. Niterói-RJ : Editora Impetus, 2008. 611p.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil - volume I - Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 51ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. 783p.

TRATADO INTERNACIONAL. Convenção Americana de Direitos Humanos- Pacto de San José da Costa Rica. disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>; acesso em 03/04/2011, 1969.

A EFICÁCIA VINCULANTE DOS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO E SUA IMPORTÂNCIA PARA A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Gabriela Silva Macedo

Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

Especialista em Direito Processual Civil pelo JusPodivm.

Resumo: Este artigo dedica-se ao estudo da evolução do precedente judicial no direito brasileiro e seus efeitos para a atuação do Poder Judiciário. O precedente é a decisão judicial construída no caso concreto, cuja norma jurídica geral pode servir de diretriz para o julgamento de casos análogos. No direito brasileiro, é possível verificar um gradual reconhecimento pelo próprio legislador da força do precedente judicial. Em relação à sua eficácia persuasiva, destaca-se a possibilidade de julgamento “super-antecipado” das causas repetitivas; em relação ao efeito de impedir a apreciação de recursos e dispensar as remessas necessárias, cita-se como principal exemplo a ampliação dos poderes dos relatores de recursos interpostos junto aos tribunais, permitindo-lhe negar seguimento aquele que contrariar súmula ou jurisprudência dominante do tribunal, do STF ou do STJ. Por fim, destacam-se as inúmeras alterações legislativas e jurisprudências que atribuem eficácia “extra-processual” às demandas, ultrapassando os interesses subjetivos nele deduzidos e gerando, sobretudo, a objetivação dos recursos extraordinários. O Direito Brasileiro, portanto, não permaneceu imune à influência da teoria do precedente, pois em um sistema que depara-se com a realidade inafastável de que a lei é interpretada de diversos modos e com a rápida multiplicação de demandas, não há outra alternativa para se preservar a igualdade, a segurança jurídica e proporcionar uma atuação mais efetiva do Poder Judiciário.

Palavras-Chave: Precedente judicial. Força persuasiva. Efeito vinculante. Evolução legislativa. Poder Judiciário. Efetividade. Segurança jurídica.

1. Introdução

O precedente é a decisão judicial construída no caso concreto, cuja *ratio decidendi* pode servir de diretriz para o julgamento de casos análogos. A *ratio decidendi* são os fundamentos que sustentam a decisão, a tese jurídica adotada naquele caso, norma geral exposta na fundamentação do julgado¹. O precedente existe em todos os ordenamentos jurídicos, alterando-se apenas a força que lhe é atribuída em cada um deles.

A origem do direito brasileiro remonta à tradição romano-germânica da *civil law*, que tem como primazia o direito posto e as leis escritas. De acordo com esse sistema, a segurança jurídica seria alcançada por meio da estrita aplicação da lei pelos juízes, que não podiam interpretar ou criar o direito.

De outro lado, o sistema da *common law* é informado pela teoria do *stare decisis*, segundo a qual o precedente é dotado de eficácia vinculante – tal eficácia apresentava-se como o único instrumento capaz de garantir a segurança jurídica e a previsibilidade do Direito². Essa concepção, de que existem dois sistemas dicotômicos em termos absolutos, contudo, encontra-se superada atualmente³.

Embora os sistemas da *civil law* e da *common law* tenham surgido em circunstâncias políticas e culturais completamente distintas – e, por isso, possuam tradições jurídicas diferentes e institutos próprios –, o contato entre esses dois sistemas vem se estreitando cada vez mais⁴. Uma das mais importantes aproximações entre eles refere-se à atribuição, cada vez maior, de autoridade ao precedente judicial, nos países filiados à tradição da *civil law*⁵.

Partindo-se dessas premissas, este artigo propõe uma análise acerca da evolução da força vinculante dos precedentes no Direito Brasileiro e sua importância para a atuação do Poder Judiciário.

Antes, contudo, far-se-á uma rápida incursão pelas razões por que o legislador vem se deixando influenciar pela importação da tradição anglo-saxônica, a privilegiar a aplicação de determinados institutos da *common law* ao sistema pátrio, emprestando uma relevância cada vez maior à jurisprudência.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, os cidadãos tomaram mais consciência dos direitos de que são titulares, o que resultou em um significativo aumento de litígios individuais e coletivos; “cada vez mais a sociedade afluí aos tribunais para obter a satisfação de pretensões que, há pelo menos duas décadas, não se pensava serem tuteláveis (por ex.: no âmbito dos direitos do consumidor)”⁶. Sucede que, as estruturas judiciárias não acompanharam com a mesma presteza o aumento desenfreado do número de processos, tornando-se necessário adaptar o sistema a essa nova realidade. Por essa primeira – e talvez a mais forte – razão, a teoria dos precedentes ganhou força por ser mecanismo apto a ensejar a celeridade processual⁷.

Ademais, o Direito brasileiro é marcado por um alto grau de instabilidade, seja no plano legal – em razão, por exemplo, das medidas provisórias e das inúmeras constituições promulgadas ao longo de sua curta existência como país independente –, seja no plano jurisprudencial, porque “a sorte dos litigantes fica muito ao sabor das frequentes mudanças das composições dos tribunais e das mudanças de entendimento decorrentes disso”⁸. Como a constante reformulação de regras e a aplicação da lei de formas distintas geram instabilidade, prejudicando muito a confiabilidade no sistema, a adoção de uma teoria dos precedentes poderia contribuir bastante para conferir estabilidade ao direito.

A atual situação do judiciário brasileiro, caracterizada, dentre tantos outros problemas, pelo crescimento desmedido do número de processos repetitivos, pelo estímulo ao litígio⁹ e pelo alto grau de instabilidade coloca na ordem do dia discussões acerca de quais medidas podem ser tomadas para evitar que esse quadro inviabilize o próprio acesso à justiça, como já tem acontecido. A curto prazo, a adoção de uma teoria do precedente parece ser a melhor solução para minimizar a grave crise provocada pela “justiça intempestiva”¹⁰, razão por que essa tem sido a tendência das últimas reformas legislativas do sistema processual brasileiro¹¹.

2. Noções importantes acerca da aplicação do precedente

A correta aplicação prática do precedente judicial, contudo, pressupõe a utilização de técnicas de confronto, interpretação e aplicação (*distinguish*) e de técnicas de superação (*overruling* e *overriding*), as quais merecem algumas considerações.

Antes de aplicar o precedente, o magistrado deve verificar se o caso concreto se aproxima do caso paradigma, confrontando os elementos objetivos de ambas as ações. Como, via de regra, não há identidade absoluta entre elas, a tese jurídica exposta na fundamentação do julgado anterior deverá ser interpretada para verificar se ela se aplica adequadamente aos fatos concretos do novo caso. Haverá *distinguish*¹² se o caso concreto for distinto do paradigma, o que pode ocorrer por dois motivos: i) quando não há semelhança entre os fatos que deram suporte ao paradigma e aqueles objeto do caso concreto; ii) apesar da semelhança, “a corte vinculada se defrontar diante de situações que claramente a corte vinculante não queria abranger quando fixou a regra”¹³.

Portanto, somente se, após o confronto entre os casos, o magistrado verificar que a hipótese em julgamento se amolda a hipótese normativa do precedente – seja porque há perfeita identidade entre elas, seja porque, apesar de haver alguma distinção, a tese jurídica anterior merece interpretação extensiva –, ele poderá aplicar o entendimento consagrado no precedente judicial. Adotar postura distinta, implicará na equivocada aplicação da teoria do precedente judicial, razão por que é de extrema importância a compreensão das técnicas de confronto, interpretação e aplicação dos precedentes.

3. Efeito persuasivo do precedente e sua evolução nos tribunais superiores

No ordenamento jurídico brasileiro, é possível verificar um gradual reconhecimento pelo próprio legislador da força persuasiva do precedente, como fator de orientação para a resolução de casos futuros.

As súmulas da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal foram uma das primeiras manifestações do reconhecimento dos precedentes no direito brasileiro. No ano de 1964, elas ingressaram no ordenamento, por meio de emenda ao regimento interno do Supremo Tribunal Federal, com os seguintes objetivos: i) criar um sistema oficial de referências dos precedentes judiciais, mediante a citação de um número convencional; ii) distinguir a jurisprudência firme daquela que ainda se encontrava em fase de sedimentação; iii) atribuir a jurisprudência efeitos processuais para que os processos repetitivos fossem decididos com mais celeridade; iv) evitar um quadro de “loteria judiciária”, de modo que, dentro de um mesmo contexto histórico e cultural, os casos iguais tivessem as mesmas soluções¹⁴.

Os efeitos jurídicos processuais oriundos das súmulas não eram propriamente vinculantes, pois se restringiam a conferir aos relatores duas faculdades – basicamente, o não recebimento de recursos ou o seu indeferimento monocrático quando em confronto com a jurisprudência nela compreendida –, não vinculando os demais órgãos do judiciário, tampouco a administração pública¹⁵. Dessa forma, “as súmulas tinham mais uma força persuasiva no julgamento de casos idênticos ou, melhor dizendo, uma obrigatoriedade indireta”¹⁶. O próprio regulamento interno previa o procedimento pelo qual elas poderiam ser modificadas, o que lhes atribuía “capacidade de adaptação às mutações sociais e econômicas do país, de modo a extrair dos textos constitucionais e legais a norma que no momento atenda aos reclamos axiológicos da sociedade”¹⁷.

Posteriormente, o Código de Processo Civil de 1973 introduziu, no ordenamento jurídico brasileiro, o incidente de “uniformização da jurisprudência” (art. 476 a 479, CPC), cuja finalidade é a de provocar o prévio pronunciamento do tribunal de segundo grau sobre a interpretação de determinada norma jurídica. Nesse passo, reconhecida a divergência a seu

respeito, a maioria absoluta dos membros que integram o tribunal declara a interpretação a ser observada, a qual se torna objeto de súmula. O incidente pode ser suscitado por membro da turma julgadora ou por uma das partes¹⁸ e tem natureza preventiva, voltada à manutenção da unidade da jurisprudência interna do tribunal¹⁹.

Inovando nessa matéria, a Lei nº 10.352, de dezembro de 2001, introduziu o §1º à redação do art. 555 do Código de Processo Civil, estabelecendo que, se ocorrer relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre as câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar. O recurso somente será julgado por tal órgão, se ele reconhecer a existência de interesse público²⁰.

O advento do instituto tratado no §1º do art. 555 do Código de Processo Civil gerou distintas reações na doutrina. JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI entende que essa novidade revela o patente desconhecimento da realidade dos tribunais regionais brasileiros quanto a disposição dos seus integrantes em unificar os precedentes judiciais. Afirma também que, enquanto o incidente de uniformização de que trata o art. 476 conduz à pacificação do entendimento sobre a tese jurídica que integra a competência material de determinado órgão – pois o julgamento se dá em duas fases subsequentes, uma delas voltada apenas à fixação da tese jurídica pelo órgão especial –, o novo mecanismo preocupa-se apenas com a solução de um caso isolado²¹. CANDIDO RANGEL DINAMARCO, por sua vez, vê com otimismo o novo instituto²².

Atenta a pouca aplicabilidade prática dessas técnicas junto aos tribunais de justiça regionais e estaduais, a comissão de elaboração do novo código de processo civil propõe, no projeto de Lei nº 166/2010, a extinção do instituto de uniformização de jurisprudência.

Outro importante exemplo do reconhecimento pelo legislador da eficácia persuasiva do precedente é a possibilidade de julgamento “super-antecipado” das causas repetitivas. O novel art. 285-A, cuja redação foi incluída pela Lei nº 11.277/2006, estabeleceu nova hipótese de *improcedência prima facie*, autorizando o juiz a julgar improcedente o pedido quando a matéria for unicamente de direito e já houver precedentes sobre o tema naquele mesmo juízo. Nesse caso, a fundamentação da sentença desborda os limites do processo no qual foi proferida para influenciar o resultado de demandas distintas.

O art. 285-A pode ainda ser aplicado conjuntamente com os arts. 518, §1º e 557, §1º-A do Código de Processo Civil. Nesse passo, se na “sentença de improcedência padrão”²³ foi aplicada súmula ou jurisprudência dominante dos tribunais superiores, o juiz poderá, além de julgar logo a inicial, negar seguimento à apelação do autor que vier a ser interposta daquela decisão super-antecipada – ou, caso o magistrado não negue seguimento ao recurso, remetendo-o ao tribunal, o relator poderá, de logo, fazê-lo –, reduzindo significativamente as chances da ação prosseguir nas instâncias superiores.

O Código de Processo Civil, no art. 546, cuja redação foi acrescentada pela Lei nº 8.950/94, prevê ainda outra medida que tem por finalidade a uniformização dos julgados dos tribunais superiores, atribuindo mais força persuasiva aos precedentes – são os embargos de divergência. Trata-se de espécie de recurso cabível do julgamento proferido por uma turma, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, quando esse julgado²⁴ divergir de decisão atual já proferida por outro órgão do mesmo tribunal²⁵⁻²⁶.

A Constituição Federal de 1988 também reconheceu a força persuasiva da jurisprudência, estabelecendo que o recurso especial será cabível, dentre outras hipóteses, quando houver divergência de interpretação atual entre o acórdão recorrido e um *precedente* de outro tribunal, inclusive do próprio Superior Tribunal de Justiça (art. 105, III, “c”, CF). Esse é mais um

instrumento que visa dar força a teoria do precedente e cuja importância é ressaltada por contribuir também para que a aludida corte concretize sua função de unificar a interpretação da lei federal em todo país²⁷.

Por fim, registre-se que o projeto de lei nº 166/2010, do Novo Código de Processo Civil, sugere a criação de uma nova hipótese de embargos de declaração. Se for aprovado, os embargos passarão a ser cabíveis, no âmbito dos recursos especial e extraordinário, também quando a decisão divergir do julgamento proferido por outra turma, pela seção ou pelo órgão especial. É mais uma medida que atende ao espírito das últimas reformas do sistema processual civil brasileiro.

4. Efeito obstativo dos precedentes à revisão de decisões

Atualmente, o sistema recursal brasileiro “padece de mal grave e de difícil solução”²⁸. Compatibilizar a busca por decisões mais perfeitas com o direito a uma prestação jurisdicional célere não é meta fácil e tem ocupado a atenção do legislador nos últimos anos. Na busca do ponto de equilíbrio entre esses interesses colidentes, são constantes as inovações legislativas que atribuem aos precedentes judiciais, em especial aqueles proferidos pelos tribunais superiores, o efeito de impedir a apreciação de recursos e de dispensar as remessas necessárias. São os chamados “precedentes obstativos da revisão de decisões”²⁹.

4.1. O julgamento monocrático pelo relator (arts. 557, caput e §1º-A, 527, I e 544, §3º, CPC)

Uma das primeiras atuações do legislador pátrio no sentido de atribuir aos precedentes judiciais efeito obstativo da impugnação de decisões ocorreu com a edição da Lei nº 8.038, de maio de 1990, que, em seu art. 38, atribuiu poderes ao relator dos recursos ajuizados perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça para negar seguimento aqueles que contrariassem a jurisprudência desses mesmos tribunais.

Em seguida, o legislador pátrio editou a Lei nº 9.756/98, que deu nova redação ao § 3º do art. 544 e ao art. 557 do Código de Processo Civil. Os referidos dispositivos legais ampliaram os poderes dos relatores de recursos interpostos junto aos demais tribunais, permitindo-lhes negar seguimento a recurso que contrariar não apenas súmula do tribunal do qual faz parte, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, mas também jurisprudência dominante – não sumulada – desses tribunais. Autorizaram-lhes ainda a prover, desde logo, o próprio recurso, caso a decisão impugnada tenha contrariado súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.

4.2. A súmula de tribunal superior e jurisprudência do plenário do STF impeditivas de reexame necessário (art. 475, § 3º, CPC)

Em 2001, foi editada a Lei nº 10.352/01 que inseriu no sistema a súmula de tribunal superior e jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal impeditivas de reexame necessário, conforme dispõe o § 3º do art. 475 do Código de Processo Civil:

Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

[...]

§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do STF ou em Súmula deste tribunal ou do tribunal superior competente.

A necessidade de imprimir celeridade ao sistema e reduzir o número de processos no judiciário justificou a atuação do legislador no sentido de imprimir à tese jurídica exposta na fundamentação de alguns julgados o efeito de influir até em processos nos quais os interesses da própria Fazenda Pública, objeto de maior proteção pela legislação processual, estejam em jogo. Trata-se de mais uma medida que prioriza a solução da chamada “crise do judiciário”, inclusive dos Tribunais Superiores, ainda que, sob certo ponto de vista, sacrificando interesses do Estado.

Registre-se que o enunciado da súmula n. 253 do Superior Tribunal de Justiça estendeu ao relator do reexame necessário a prerrogativa prevista pelo §2º do art. 557 do Código de Processo Civil, facultando-lhe também a reformar, desde logo, a decisão objeto do reexame quando ela destoar da jurisprudência dominante. Esse entendimento atende tanto ao objetivo de proporcionar maior efetividade e brevidade à prestação jurisdicional, quanto aos interesses materiais da Fazenda Pública.

4.3. A “súmula impeditiva de recurso” (art. 518, §1º, CPC)

Para manter a unidade e coerência sistemática com o dispositivo legal que autoriza ao juiz dispensar a remessa necessária, quando a sentença estiver em conformidade com súmula dos tribunais superiores, foi introduzido pela Lei nº 11.276/2006 o §1º do art. 518 ao Código de Processo Civil. Este dispositivo conferiu também aos juízes de primeira instância os poderes já atribuídos aos relatores dos recursos, autorizando-lhes a não processar o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. É a chamada “súmula impeditiva de recurso”.

A aludida norma conferiu ao juiz competência para julgar, pela segunda vez, o mérito da apelação. Quando verifica se a sentença foi proferida em conformidade com súmula dos tribunais superiores e nega seguimento ao recurso, o magistrado o faz por razões de mérito; ele, na verdade, nega provimento ao recurso³⁰. “Isso ressalta ainda mais a importância das decisões dos tribunais superiores, principalmente as do STF e do STJ, porque devem ser proferidas com a visão exata de seu conteúdo de mérito e com a dimensão correta de sua eficácia temporal: serão paradigmas.”³¹ Trata-se de regra que atende ao princípio da economia processual, pois impede o gasto inútil de tempo com a remessa dos autos ao tribunal nos casos em que o improvimento da apelação será certo, irremediável, pois fundado em posicionamento consolidado dos tribunais superiores.

Analizadas algumas das alterações realizadas na legislação processual cível nos últimos anos, cujo objetivo foi a diminuição do tempo de litispendência e do número de processo em tramitação nas instâncias excepcionais, por meio da atribuição de efeitos obstativos aos recursos, resta evidenciar o resultado prático desse esforço legislativo.

Os dados obtidos junto ao Supremo Tribunal Federal demonstram que os resultados

práticos das alterações empreendidas pela Lei nº 9.756/98 – que atribui poderes aos relatores dos recursos para frear os processos ainda nas instâncias ordinárias – não foram, de logo, tão satisfatórios. Isso porque, antes da entrada em vigor da lei, em 1998, foram distribuídos 20.595 recursos extraordinários, tendo havido 18.205 julgamentos; em 1999, diante da nova disciplina, foram distribuídos 22.280 recursos extraordinários, tendo havido 19.730 julgamentos; e, em 2000, foram 29.196 recursos extraordinários distribuídos e 28.898 julgamentos³².

Todavia, nos últimos anos, os resultados se tornaram mais satisfatórios, diante das novas medidas adotadas para reduzir o número de processos em trâmite nas instâncias superiores. Em 2008, o total de recursos extraordinários distribuídos no Supremo Tribunal Federal já foi para 21.531 e o número de julgamentos foi de 45.136 e, em 2009, foi reduzido para apenas 8.348. Esses resultados demonstram que a atribuição de eficácia, em grau cada vez maior, ao precedente, ao que parece, está começando a desafogar as instâncias superiores, atuando, por conseguinte, como um importante instrumento de aprimoramento na prestação da tutela jurisdicional. O tempo ainda há de responder se essas medidas atenderão também a outras demandas do judiciário brasileiro.

Atenta aos resultados práticos da atribuição de efeitos obstativos aos recursos, a comissão responsável pela elaboração do novo Código de Processo Civil incluiu, no projeto de lei nº 166/2010, a previsão de uma sucumbência recursal, nas hipóteses de recursos manifestamente infundados, como aqueles que contrariem teses firmadas em súmulas dos tribunais superiores, teses fixadas em decisão de mérito de recursos com repercussão geral, recursos repetitivos ou incidente de resolução de demandas repetitivas, bem como jurisprudência dominante dos tribunais superiores, ainda não sumuladas³³.

Trata-se de mais um instrumento que imprime força aos precedentes judiciais como meio de reduzir o número de processos nas instâncias superiores e solucionar a “crise do judiciário brasileiro”; resta acompanhar se os magistrados brasileiros vão saber aproveitá-lo.

5. A evolução do efeito vinculante e sua importância para a atuação do Poder Judiciário

O direito brasileiro já apresenta significativas manifestações da aplicação da teoria do precedente vinculante, cuja análise torna mais claros os contornos que o instituto ganhou no nosso ordenamento.

5.1. Controle concentrado de constitucionalidade: a transcendência dos motivos determinantes

O instituto do efeito vinculante foi introduzido no Brasil por meio da emenda constitucional nº 03/93, que atribuiu às decisões proferidas em sede de ação declaratória de constitucionalidade, eficácia contra todos (*erga omnes*) e efeito vinculante junto aos demais órgãos do Judiciário e da Administração Pública. Posteriormente, a Lei nº 9.868/99 estendeu o efeito vinculante também à ação direta de inconstitucionalidade, o que foi confirmado, por fim, pela emenda constitucional nº 45/04 que deu nova redação ao §2º do art. 102 da Constituição Federal.

É preciso analisar, contudo, qual o objeto do efeito vinculante, isto é, se ele restringe-se ao dispositivo da decisão na qual é examinada a inconstitucionalidade de determinada lei ou

ato normativo, ou se transcende a decisão em sentido estrito, alcançando os seus fundamentos determinantes.

A Corte constitucional alemã sempre se posicionou no sentido de que o efeito vinculante atinge também os fundamentos determinantes da decisão (*transgende Gründe*), os quais devem ser observados por todos os tribunais no julgamento de casos futuros à decisão. O efeito vinculante transcende a parte dispositiva (*Urteilstenor; Entscheidungsformel*), o caso da norma objeto do controle de constitucionalidade, de modo que seus fundamentos determinantes, a *ratio decidendi* subjacente ao julgado, vinculam também o controle de constitucionalidade de normas semelhantes³⁴.

No ordenamento jurídico brasileiro, não há previsão expressa na mesma linha do direito alemão, mas é predominante a posição doutrinária – e a jurisprudencial tem caminhado no mesmo sentido – que estende o efeito vinculante à regra de direito extraída dos motivos determinantes da decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade³⁵. Sob esse prisma, os destinatários do efeito vinculante devem observar a própria *regra de direito* que se extrai dos fundamentos determinantes da decisão, não podendo reproduzir em substância o ato declarado inconstitucional, manter outros atos de conteúdo semelhante e adotar via interpretativa diversa daquela acolhida pelo Supremo Tribunal Federal³⁶.

Nada obstante a coerência desse entendimento, o Supremo Tribunal Federal vinha entendendo que o efeito vinculante não alcançava os motivos determinantes da decisão, conforme afirma o MINISTRO MOREIRA ALVES, em julgado paradigmático, proferido na ação declaratória de constitucionalidade – ADC n. 1/DF e publicado no Diário de Justiça da União de 16 de junho de 1995. Em seu voto, contudo, apresentou um paradoxo, pois, ao mesmo tempo em que se sustentou a restrição do efeito vinculante à parte dispositiva da decisão, afirmou que ela alcança os atos normativos de igual conteúdo daquele que deu origem a ação, mas que não foram seu objeto.

A contradição é evidente: se a decisão se estende aos demais atos normativos de igual conteúdo, o efeito vinculante logicamente transcende a parte dispositiva da decisão, cuja única atribuição é a de expressar o resultado decisório da decisão, definindo se aquela determinada lei ou ato normativo questionado é inconstitucional³⁷.

Mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal passou a reconhecer explicitamente a extensão do efeito vinculante aos motivos determinantes da decisão proferida em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

A título exemplificativo, cita-se a ação declaratória de inconstitucionalidade n. 1.662³⁸, na qual foi declarada a inconstitucionalidade dos itens III e XIII da Instrução Normativa n. 11/97, aprovada pelo Órgão Especial do Superior Tribunal do Trabalho, sob o fundamento de que a preterição do direito de preferência é a única hipótese prevista constitucionalmente que autoriza o sequestro de rendas públicas. Reconhecendo o efeito vinculante da aludida *ratio decidendi*, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a reclamação n. 1.987³⁹, para cassar ato da juíza do TRT da 10ª Região que determinou o sequestro de recursos públicos para pagamento de precatórios vencidos⁴⁰.

Essa visão do fenômeno da transcendência dos motivos determinantes da decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade acompanha uma tendência do direito brasileiro que evolui no sentido de atribuir cada vez mais autoridade aos precedentes judiciais – e esta decisão nada mais é do que um precedente judicial cuja *ratio decidendi* é obrigatoriamente aplicada aos atos normativos semelhantes⁴¹. Revela-se aqui mais uma manifestação do que se poderia denominar de “*stare decisis brasileiro*”⁴².

5.2. Precedentes oriundos do pleno do STF: uma consequência da objetivação do controle difuso de constitucionalidade

Tradicionalmente, se atribuía a declaração de inconstitucionalidade da lei proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso, efeitos apenas entre as partes e restritos ao caso concreto. Cabia ao Senado Federal ampliar esses efeitos, suspendendo a execução da lei declarada inconstitucional, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal. Recentemente, contudo, tem sido proposta uma releitura dos institutos do controle difuso de constitucionalidade⁴³.

Quando o controle de constitucionalidade incidental foi concebido no Brasil, em 1934, existia uma concepção acerca da divisão de poderes que exigia a participação do Senado Federal para que as decisões proferidas no caso concreto produzissem efeitos para todos; entendia-se que, se não fosse assim, o judiciário estaria invadindo a esfera de competência do legislativo⁴⁴. O Supremo Tribunal Federal sustentava que a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional era uma faculdade do Senado, que, embora não fosse obrigado a expedir o ato de suspensão, também não poderia restringir ou ampliar a extensão do julgado por ele proferido⁴⁵.

Com a introdução do controle concentrado de normas no ordenamento jurídico brasileiro, o controle difuso perdeu parte de sua importância, o que foi acentuado com o advento da Constituição Federal de 1988 que ampliou significativamente a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade. O novo texto constitucional, em seu art. 103, autorizou que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes fossem submetidas diretamente à apreciação do Supremo Tribunal Federal, por meio do controle concentrado de normas⁴⁶, operando uma mudança substancial no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil.

O sistema que atribui ao Senado a função de suspender a execução da lei ou ato normativo declarado inconstitucional não se mostrou apto a gerar segurança para o direito brasileiro⁴⁷. Por exemplo, esse instituto mostrou-se inadequado para assegurar efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal que não declaram a inconstitucionalidade de uma lei, limitando-se a fixar a orientação constitucionalmente adequada ou correta. Nessas hipóteses, em que é adotada uma “interpretação conforme a Constituição” ou é declarada uma “inconstitucionalidade parcial sem redução de texto”, a suspensão da execução da lei ou ato normativo pelo Senado revela-se inútil, porque não há dispositivo a ser afastado, mas tão-somente um de seus significados⁴⁸.

O Supremo Tribunal Federal, então, passou a imprimir cada vez mais eficácia à declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle difuso, transformando o recurso extraordinário – que é o instrumento típico dessa espécie de controle – também em instrumento de controle abstrato⁴⁹. Embora, normalmente, o controle difuso de constitucionalidade das leis ou atos normativos esteja relacionado ao controle concreto de constitucionalidade, eles são coisas distintas⁵⁰. A propósito, é imprescindível esclarecer esses conceitos.

Quanto ao critério subjetivo, o controle judicial de constitucionalidade poderá ser difuso ou concentrado. O primeiro é aquele que pode ser realizado por qualquer juiz ou tribunal, observadas as regras de competência; o segundo está concentrado em um ou mais de um (embora em número limitado) órgão cuja competência para realização do controle é originária. Sob o critério formal, por sua vez, o controle poderá ser realizado pela via incidental ou pela via principal. Chama-se de controle incidental (ou concreto) aquele realizado à luz das peculiaridades do caso

concreto, como questão prejudicial e premissa lógica do pedido principal; já no controle pela via principal (abstrato), a análise da constitucionalidade é feita em tese e será o objeto principal da causa⁵¹. Em regra, o controle abstrato é feito de forma concentrada pelo Supremo Tribunal Federal, por meio das ADIN, ADC e ADPF; e o controle concreto de forma difusa.

Não há, contudo, nenhum óbice a que o controle de constitucionalidade difuso seja realizado de forma abstrata – nesse caso, a análise da constitucionalidade será feita em tese, mas por qualquer órgão judicial. Como no controle difuso não há pedido acerca da declaração de inconstitucionalidade, a decisão não ficará acobertada pela coisa julgada material e será eficaz entre as partes. Mas, o tribunal ficará vinculado a adotar o mesmo posicionamento em outras situações semelhantes⁵². Transforma-se, assim, o caso em precedente judicial vinculante, cuja fundamentação – na qual se aprecia a inconstitucionalidade da lei – transcende para vincular a decisão a ser proferida em outros casos. Quando a análise da constitucionalidade da lei é feita em abstrato, por meio do recurso extraordinário, ocorre a chamada “objetivação” do controle difuso de constitucionalidade⁵³.

Em diversas manifestações, a legislação também passou a consolidar fórmulas que retiraram do instituto da “*suspensão da execução da lei pelo Senado Federal*” significado substancial, tornando o controle difuso de constitucionalidade mais abstrato.

O primeiro exemplo foi a dispensa dos órgãos constitucionais de outras cortes de submeter a declaração de inconstitucionalidade ao plenário ou ao órgão especial, quando já houver manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre o tema⁵⁴. Essa orientação conferiu uma eficácia mais ampla – de certa forma até vinculante – à fundamentação do julgado proferido pelo Plenário do Supremo, no controle difuso de constitucionalidade, e foi, em seguida, consagrado no art. 481 do Código de Processo Civil (Lei nº 9.756/98).

A Lei nº 8.038, de 1990, concedeu ao relator a faculdade de negar seguimento a recurso que contrariasse súmula do STF ou do STJ, prerrogativa que fora ampliada pela Lei n. 9.756/98, que autorizou ao relator a dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estivesse em manifesto confronto com súmula ou com a jurisprudência dominante (art. 557, § 1º-A, CPC). Mais uma vez, o legislador ampliou os efeitos das decisões proferidas pelo Supremo, até mesmo em sede de controle difuso de constitucionalidade, hipótese cuja ampliação de efeitos estaria submetida à intervenção do Senado.

A Lei nº 9.868/99 introduziu o §3º ao art. 482 do Código de Processo Civil e estabeleceu que o relator poderá admitir a manifestação de outros órgãos e entidades no procedimento do controle difuso de constitucionalidade, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes. Trata-se da figura do *amicus curiae* – palavra cuja raiz etimológica reportar-se a “amigo da corte” –, que atua com o objetivo de auxiliar o tribunal.

Por fim, a emenda constitucional n. 45 incluiu o art. 103-A na Constituição Federal de 1988, criando a chamada “súmula vinculante”, que poderá ser editada após reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre matéria constitucional. “A súmula vinculante, ao contrário do que ocorre no processo objetivo, decorre de decisões tomadas em casos concretos, no modelo incidental, no qual também existe, não raras vezes, reclamo por solução geral.”⁵⁵ Essas súmulas, contudo, acabarão por dotar de efeito vinculante o entendimento adotado pela Corte Suprema, em sede de controle difuso de constitucionalidade⁵⁶.

Esse panorama marca uma evolução do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro que passa praticamente a equiparar os efeitos das decisões proferidas em sede de controle difuso e concentrado de constitucionalidade, possibilitando-se a discussão sobre o cabimento da reclamação constitucional para abranger também as hipóteses de desobediência

às decisões tomadas pelo pleno do Superior Tribunal de Justiça em controle difuso de constitucionalidade⁵⁷.

Adotando posicionamento contrário à objetivação do controle difuso, LENIO STRECK e MARCELO ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA sustentam que o modelo de participação democrática nesse procedimento depende também “da atribuição constitucional deixada ao Senado Federal”. Excluir a atuação do Senado ou restringir o seu papel a dar publicidade ao entendimento do Supremo Tribunal Federal significaria reduzir as suas atribuições à de uma secretaria de divulgação intra-legislativa das decisões do Supremo. Isso terminaria por “retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo, o que não parece ser sequer sugerido pela Constituição da República de 1988”⁵⁸.

O caso paradigmático sobre o tema da ampliação dos efeitos da decisão proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade, independentemente da intervenção do Senado, é a reclamação constitucional nº 4335, no bojo da qual está sendo discutida a utilização desse instrumento para impor a vinculação vertical das decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade. No caso analisado, o Juiz de Direito da Vara de Execuções da Comarca de Rio Branco, no Estado do Acre, denegou a concessão do benefício da progressão de regime, nos casos de crimes hediondos, não obstante o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *habeas corpus* nº 82.959, tenha reconhecido incidentalmente (por seis votos a cinco) a inconstitucionalidade do art. 2º, parágrafo primeiro, da Lei nº 8.072/90, que veda a progressão de regime de cumprimento de pena nessa espécie de crimes.

Em seu voto, o Ministro relator GILMAR FERREIRA MENDES entendeu que a recusa do Juiz de Direito da Vara de Execuções da Comarca de Rio Branco, no Estado do Acre, em conceder o benefício da progressão de regime, nos casos de crimes hediondos, desrespeita a eficácia *erga omnes* que deve ser atribuída à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 82.959. Nesse passo, sustenta ter havido uma mutação constitucional no art. 52, inciso X, da Constituição Federal, na medida em que o papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade teria se restringido apenas a dar publicidade às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal⁵⁹.

Caso o aludido voto seja confirmado pelos ministros que ainda não se manifestaram, “estar-se-á com o caminho aberto para o cabimento de reclamação contra qualquer decisão que contrarie interpretação do Tribunal, provocando imediata reinterpretção de vários institutos constitucionais”⁶⁰. Com isso, o controle difuso de constitucionalidade será definitivamente objetivado, estabelecendo-se mais uma hipótese de vinculação dos precedentes do Supremo Tribunal Federal.

5.3. A “súmula vinculante” (art. 103-A, CF)

A emenda constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, visando emprestar ainda mais força aos precedentes judiciais, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a chamada “súmula vinculante” do Supremo Tribunal Federal, que foi “concebida como mecanismo de aceleração dos julgamentos, em decorrência do óbice a demandas fulcradas em teses jurídicas já pacificadas na jurisprudência dominante”⁶¹. A inovação jurídica está prevista no art. 103 da Constituição Federal.

A característica mais importante dessa inovação consiste exatamente no seu efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública. Isso

porque, como a administração é atualmente a principal litigante do país, sua vinculação aos precedentes judiciais poderia reduzir significativamente o número de demandas em curso⁶². Isso torna a “súmula vinculante” uma das soluções mais promissoras para o problema da “crise do Judiciário”. Resta saber se o Poder Público vai aplicar voluntariamente o entendimento sumulado; “caso contrário, haverá um sem número de reclamações, o que tornará o processamento delas moroso e a aplicação do efeito vinculante, por conseguinte, inviável”⁶³.

Para ser efetiva, a súmula vinculante necessita de instrumentos sancionatórios que busquem coibir condutas discrepantes com seus enunciados.

Nesse passo, o art. 103, §3º, da Constituição Federal prevê que, se não estiver em conformidade com o texto da súmula, o ato administrativo será anulado e a decisão judicial cassada pelo próprio Supremo Tribunal Federal, por meio da reclamação constitucional. Este, contudo, não é o único instrumento processual cabível, podendo o particular se valer também de qualquer outro meio de impugnação. No caso de ato ou omissão da Administração Pública, o uso da reclamação só será admitido após o esgotamento das vias administrativas. Dessa forma, “busca-se contornar um novo congestionamento do Supremo Tribunal Federal, por conta de inúmeras reclamações constitucionais ajuizadas em razão de descumprimento de súmula vinculante”⁶⁴.

O descumprimento da súmula vinculante também poderá gerar a responsabilização pessoal do agente administrativo. Conforme prevê expressamente o art. 9º da Lei nº 11.417/2006, se a reclamação fundada em violação de enunciado de súmula vinculante for acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, o agente administrativo responsável deverá, a partir desse momento, adotar a orientação do tribunal a outros casos semelhantes que vier a apreciar, sob pena de ser pessoalmente responsabilizado nas esferas cível, penal e administrativa⁶⁵. Trata-se de uma espécie de efeito transcendente da fundamentação do julgado proferido em sede de reclamação constitucional, mais um exemplo de indiscutibilidade de questões incidentais, nesse caso, na seara administrativa.

Para que o enunciado de uma súmula vinculante seja editado, devem ser atendidos alguns pressupostos objetivos: i) decisões reiteradas sobre matéria constitucional; ii) controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre a administração pública; iii) discussões sobre a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas; iv) grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica⁶⁶. O quórum para aprovação, cancelamento e revisão da súmula é de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal e seu procedimento está regulamentado nas resoluções nº 381/2008 e nº 388/2008 do STF.

A adoção da súmula vinculante “é mais um passo para a intersecção dos dois sistemas, o *common law* e o *civil law*, o que, para o Brasil, abeberando-se da experiência de outros países sem preconceitos, pode ser de grande valia.”⁶⁷ Mas, embora seja certo que ela trará enormes benefícios, é certo também que ela não será – e definitivamente não está sendo – a solução milagrosa para a crise do Judiciário brasileiro.

5.4. A súmula dos tribunais e sua eficácia vinculante em relação aos próprios tribunais

Por disposição regimental, os enunciados das súmulas são vinculantes em relação ao próprio tribunal que as emitiu, pois, apesar de ser dividido em órgãos fracionais e ser composto por diversos julgadores, o tribunal deve ser considerado apenas um órgão. Sob essa perspec-

tiva, os juízes e órgãos fracionários devem seguir o entendimento do tribunal como um todo, consubstanciado na súmula de sua jurisprudência. Nesse sentido, cita-se os arts. 21, §2º⁶⁸ e 102, *caput* e §4º⁶⁹, do Regimento do Supremo Tribunal Federal e os arts. 34º⁷⁰ e 124º⁷¹ do Regimento do Superior Tribunal de Justiça.

5.5. A repercussão geral e a objetivação do recurso extraordinário (art. 543-A, §5º e art. 543-B, CPC)

A emenda constitucional nº 45/2004 acrescentou o §3º ao art. 102 da Constituição Federal, introduzindo no direito brasileiro mais um requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, “consubstanciado na exigência de que o recorrente demonstre a *relevância da questão constitucional* veiculada no recurso extraordinário, *sob o prisma econômico, político, social ou jurídico*, a fim de ensejar o conhecimento do recurso pelo Supremo Tribunal Federal, em virtude do superior interesse da preservação do *direito objetivo*”⁷².

Seguindo a tendência apontada nos últimos tópicos deste trabalho, no sentido de atribuir efeitos vinculativos aos precedentes judiciais oriundos do Supremo Tribunal Federal, a Lei nº 11.418/2006 introduziu o §5º ao art. 543-A do Código de Processo Civil, estabelecendo que, negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo no caso de revisão da tese. Embora o exame da repercussão geral seja atribuição exclusiva do plenário do Supremo Tribunal Federal⁷³, nessas hipóteses, admite-se que o próprio presidente do tribunal de origem, o relator ou órgão fracionário do Supremo Tribunal Federal negue seguimento ao recurso, por ausência de repercussão geral.

O legislador estabeleceu aqui mais uma hipótese em que o pronunciamento do plenário do Supremo Tribunal Federal – no caso, sobre a repercussão geral de determinada questão – vincula os demais órgãos do tribunal, dispensando que a questão seja submetida a nova apreciação do plenário, em recurso extraordinário cuja amplitude da repercussão já tenha sido examinada⁷⁴. O controle de constitucionalidade realizado nesses casos concretos produz eficácia “pan-processual”, ultrapassando os interesses subjetivos nele deduzidos e se tornando um instrumento de “objetivação do recurso extraordinário”⁷⁵.

Também nessa linha, o art. 543-B do Código de Processo Civil⁷⁶, cuja redação foi igualmente acrescentada pela Lei nº 11.418/06, instituiu outra hipótese de vinculação aos precedentes do Supremo Tribunal Federal, no que concerne ao exame da repercussão geral. Trata-se do incidente de análise da repercussão geral *por amostragem*, nos moldes do que já existia para o julgamento do recurso extraordinário proveniente de Juizado Especial Federal (art. 321, § 5º, RISTF).

Com base nesse dispositivo, quando houver uma multiplicidade de recursos extraordinários com fundamento em idêntica controvérsia, o presidente ou vice-presidente do tribunal de origem poderá selecionar alguns recursos representativos de uma determinada questão constitucional (da controvérsia), sobrestando o processamento dos demais até que o Supremo Tribunal Federal julgue definitivamente os recursos selecionados. Contra a decisão na qual é imposta a suspensão do processamento de determinado recurso cabe agravo de instrumento, nos termos do art. 544 do Código de Processo Civil, “demonstrando-se que aquele recurso não se insere no rol de recursos com fundamento em idêntica controvérsia selecionados pelo órgão *a quo*”⁷⁷.

Se for negada a existência da repercussão geral, todos os recursos que não subiram serão reputados como não conhecidos. Trata-se de típica hipótese de julgamento por amostragem. Por outro lado, reconhecida a existência da repercussão geral e julgado o mérito do recurso extraordinário, os Tribunais poderão retratar-se, se o recurso representativo da controvérsia foi provido, ou declará-lo prejudicado, se não o foi. Se não houver retratação, o Supremo Tribunal Federal poderá reformar, liminarmente, o acórdão contrário a sua orientação. A tese jurídica definida nos recursos selecionados, portanto, produzirá efeitos para além do processo, vinculando outras demandas⁷⁸.

Tendo em vista o efeito vinculante da decisão proferida no procedimento de análise da repercussão geral, a intervenção dos interessados – os chamados *amicus curiae* – se torna indispensável como garantia do devido processo legal e do contraditório⁷⁹. Como a decisão proferida no recurso indicativo da controvérsia produzirá efeitos em relação a todos outros recursos que ficaram sobrestados no tribunal de origem, nada mais razoável que permitir a intervenção desse auxiliar do juízo, que pluraliza o debate dos principais temas de direito constitucional⁸⁰. Nesse sentido, o art. 543-A, §6º, do Código de Processo Civil prevê que o relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado.

O incidente de análise da repercussão geral *por amostragem* é um procedimento de caráter objetivo e de significativo interesse público, pois os motivos determinantes da decisão nele proferida vincularão o julgamento de diversos outros recursos, refletindo sobre os interesses de inúmeras pessoas⁸¹. Resta clara, portanto, a objetivação desses recursos extraordinários representativos da controvérsia e a vinculação vertical dos demais órgãos judiciais à interpretação realizada pela Corte Constitucional.⁸²

5.6. Julgamento dos recursos especiais repetitivos (art. 543-C, CPC)

À semelhança do incidente de análise da repercussão geral por amostragem, a Lei nº 11.672/2008 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a técnica de julgamento de recursos especiais repetitivos. De acordo com ela, quando houver multiplicidade de recursos especiais com fundamento na mesma questão de direito, o tribunal de origem selecionará um ou mais recursos e os encaminhará ao Superior Tribunal de Justiça, sobrestando os demais recursos até o pronunciamento definitivo da corte superior⁸³ (art. 543-C, caput e §1º, CPC).

Conforme dispõe o art. 543-C, §§ 7º e 8º do Código de Processo Civil, uma vez conhecidos e providos os recursos especiais selecionados, o tribunal de origem poderá: i) manter a decisão recorrida, hipótese na qual o recurso deverá ter sua admissibilidade examinada, sendo, em seguida, encaminhado ao tribunal superior; ii) realizar o juízo de retratação para seguir o entendimento do Superior Tribunal de Justiça⁸⁴. Por outro lado, caso o acórdão recorrido coincida com a orientação do Superior Tribunal de Justiça, os recursos sobrestados terão seguimento denegado. Nesse caso, a norma jurídica geral exposta na fundamentação do acórdão vinculará o julgamento dos recursos sobrestados.

A técnica de julgamento dos recursos repetitivos, contudo, não tem sido eficaz na prática, pois, na hipótese de provimento do recurso especial julgado por amostragem, os tribunais de origem têm mantido seus acórdãos, não exercendo o juízo de retratação para seguir o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Assim o fazem, sem demonstrar a razão por que a *ratio decidendi* exposta na fundamentação do julgado proferido por amostragem não se

aplica ao caso concreto, ou seja, sem realizar qualquer distinção entre o recurso julgado por amostragem e o caso concreto (*distinguish*) e também sem demonstrar a superação do precedente (*overruling ou overriding*)⁸⁵.

Diante dessa situação, o Superior Tribunal de Justiça tem determinado o retorno dos autos aos tribunais de origem, para que eles reconsiderem seus acórdãos adotando o posicionamento fixado no julgamento dos recursos por amostragem ou, caso resolvam mantê-los, demonstrem as razões pelas quais aquela *ratio decidendi* não se aplica ao caso concreto. De fato, não se deve admitir que o Tribunal de origem profira outra decisão na qual simplesmente confirma a tese jurídica já rejeitada pelo tribunal superior, sem apresentar qualquer justificativa para tanto. Essa postura viola não só o dever de fundamentar todas as decisões judiciais (art. 93, IX, CF), como também retira a autoridade do Superior Tribunal de Justiça⁸⁶.

Atenta a essa realidade, a comissão responsável pela elaboração do projeto de lei nº 166/2010, do Novo Código de Processo Civil, propôs a criação de instituto denominado “incidente de resolução de demandas repetitivas”, prevendo o cabimento de reclamação para o tribunal competente caso a *ratio decidendi* fixada no caso paradigma não seja aplicada pelo tribunal de origem⁸⁷. O aludido incidente será cabível quando houver controvérsia “com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes”⁸⁸. Admitido o incidente, será suspenso o processamento dos processos pendentes em primeiro e segundo grau de jurisdição⁸⁹.

A tese jurídica fixada na fundamentação do julgado proferido no bojo do incidente deverá ser aplicada a todos os processos que versem sobre a mesma questão de direito⁹⁰, vinculando a solução a ser dada a essas demandas. A proposta do projeto de lei nº 166/2010 apenas confirma uma tendência legislativo-reformista do país no sentido de emprestar cada vez mais efeitos vinculativos aos precedentes judiciais como forma de viabilizar uma prestação jurídica mais célere e efetiva. Resta saber se os órgãos do judiciário e a administração pública vão reagir bem a essas inovações legislativas.

6. Conclusão

1. O precedente é a decisão judicial construída no caso concreto, cuja norma jurídica geral (*ratio decidendi*) pode servir de diretriz para o julgamento de casos análogos. Antes de aplicar o precedente, o magistrado deve verificar se o caso concreto se aproxima do caso paradigma, confrontando os elementos objetivos de ambas as ações. Haverá *distinguish* se eles forem distintos, seja porque não há semelhança entre os fatos que deram suporte ao paradigma e aqueles objeto do caso concreto, seja porque, apesar da semelhança, alguma peculiaridade no caso analisado afasta a aplicação do precedente.

2. Os precedentes persuasivos são aqueles que possuem apenas força moral sobre os demais juízos e tribunais, não impondo obrigatória obediência e podendo ser constantemente revistos por iniciativa tanto dos órgãos jurisdicionais, quanto das partes. No ordenamento jurídico brasileiro, é possível verificar um gradual reconhecimento pelo próprio legislador da força persuasiva do precedente.

3. Os precedentes obstativos da revisão de decisões judiciais são aqueles que produzem o efeito de impedir a apreciação de recursos e dispensar as remessas necessárias. Muitas foram as alterações legislativas que atribuíram tais efeitos aos precedentes judiciais. O princi-

pal exemplo foi a ampliação dos poderes dos relatores de recursos interpostos junto aos tribunais, permitindo-lhe negar seguimento a recurso que contrariar súmula ou jurisprudência dominante do tribunal do qual fazem parte, do STF ou do STJ.

4. Em 2001, foi editada a Lei nº 10.352/01 que inseriu no sistema a súmula de tribunal superior e jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal impeditivas de reexame necessário, conforme dispõe o § 3º do art. 475 do CPC. A Lei nº 11.276/2006 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a chamada “súmula impeditiva de recurso” (art. 518, §1º, CPC), conferindo também aos juízes de primeira instância os poderes já atribuídos aos relatores dos recursos e autorizando-lhes a não processar o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

5. O precedente é dotado de autoridade vinculante (*binding authority*) quando produz o efeito de vincular os julgados que, em situações análogas, lhe forem supervenientes. Nesses casos, é a norma jurídica geral estabelecida na fundamentação de determinados julgados (a *ratio decidendi*) que tem o condão de vincular decisões posteriores, obrigando os órgãos jurisdicionais a adotarem aquela mesma tese jurídica na fundamentação dos seus julgados.

6. É predominante a posição doutrinária e jurisprudencial que estende o efeito vinculante da decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade à regra de direito extraída de seus motivos determinantes. Ademais, o Supremo Tribunal Federal tem atribuído cada vez mais eficácia à declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle difuso, transformando o recurso extraordinário em instrumento de controle abstrato. A emenda constitucional n. 45/2004, visando emprestar ainda mais força aos precedentes judiciais, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a chamada “súmula vinculante” do Supremo Tribunal Federal.

7. A Lei nº 11.418/2006 introduziu o §5º ao art. 543-A do CPC, estabelecendo que, negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo no caso de revisão da tese. Na mesma linha, o art. 543-B do CPC instituiu o incidente de análise da repercussão geral por amostragem. A Lei nº 11.672/2008 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a técnica de julgamento de recursos especiais repetitivos. Tratam-se de procedimentos de caráter objetivo e de significativo interesse público e que acompanham uma tendência do direito brasileiro que evolui no sentido de atribuir cada vez mais autoridade aos precedentes judiciais como forma de tornar mais efetiva a atuação do Poder Judiciário.

Referências

ALBERTON, Genacéia da Silva. Assistência Litisconsorcial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. A verticalização das decisões do STF como instrumento de diminuição do tempo do processo: uma reengenharia necessária. Disponível em <http://conpedi.org/manuel/anais_salvador.htm>. Acesso em: 10 jun. 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. Partes e terceiros no processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003.

ENTRE ASPAS

BINENBOJM, Gustavo. “A democratização da Jurisdição Constitucional e o Contributo da Lei nº 9.868/99”. In: SARMENTO, Daniel (org.). O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.869/99. nº 44. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1.

CARRAZZA, Roque Antônio; FERRAZ JR, Tércio Sampaio (org.). Efeito ex nunc e as decisões do STJ. Barueri: Manole, 2009.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Jus Podivm, 2006. v. 1.

_____. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Jus Podivm, 2010. p. 381. v. 2.

_____. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Jus Podivm, 2008. v. 3.

_____. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Editorial n. 95. Encontrável em: <<http://www.frediedidier.com.br/main/noticias/detalhe.jsp?Cid=410>>. Acesso em: 10 jun. 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Intervenção de terceiros. São Paulo: Malheiros, 1997.

GRECO, Leonardo. “Novas Súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança”. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2004. n. 10.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Coisa julgada penal. Encontrável em: <www.direitoprocessual.org.br/dados/File/.../Coisa_julgada_penal.doc>. Acesso: 13 de junho de 2010.

LEAL, Roger Stiefelmann. O efeito vinculante na jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEITE, Glauco Salomão. Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada. Tradução e Comentário de Ada Pellegrini Grinover. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. Voto proferido na reclamação constitucional n. 4335. Relator: Min. Gilmar Ferreira Mendes. Encontrável em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 2010.

MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. Coisa julgada. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=108>>. Acesso em: 24 mai. 2010.

NERY JÚNIOR., Nelson. Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. “Boa-fé Objetiva e Segurança Jurídica – Eficácia da Decisão Judicial que Altera Jurisprudência Anterior do Mesmo Tribunal Superior”. In: NERY JÚNIOR, Nelson; CARRAZZA, Roque Antônio; FERRAZ JR, Tércio Sampaio (org.). Efeito ex nunc e as decisões do STJ. Barueri: Manole, 2009.

PIMENTEL, Bernardo. Dos recursos constitucionais: Recursos Ordinários, Extraordinário e Especial. Brasília: Brasília jurídica, 2007.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo II: arts. 46 a 153. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SILVA, Celso de Albuquerque. Do efeito vinculante: Sua legitimação e aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SOUZA, Marcelo Alves. Do precedente judicial à súmula vinculante. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente Judicial como fonte do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Notas

1. DIDIER JR. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2010. p. 381. v. 2.
2. “[...] a segurança e a previsibilidade são valores almejados por ambos os sistemas. Mas, supôs-se no civil law que tais valores seriam realizados por meio da lei e de sua estrita aplicação pelos juízes, enquanto que, no common law, por nunca ter existido dúvida de que os juízes interpretam a lei e, por isso, podem proferir decisões diferentes, enxergou-se na força vinculante dos precedentes o instrumento capaz de garantir a segurança e a previsibilidade de que a sociedade precisa para desenvolver-se.” (MARINONI, Luiz Guilherme. “Aproximação crítica entre as jurisdições de civil Law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil”. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro. Ano 15. n. 59. jul./set. 2007. p. 36).
3. SOUZA, Marcelo Alves. Do precedente judicial à súmula vinculante. Curitiba: Juruá Editora, 2007. p. 310-312.
4. Guilherme Marinoni esclarece que o civil law surgiu no contexto da revolução francesa, quando a lei seria indispensável para a realização da igualdade e da liberdade. Nesse passo, entendeu-se que, se os juízes pudessem produzir decisões destoantes da lei, os propósitos revolucionários estariam perdidos, de modo que manter o juiz preso a lei era sinônimo de segurança jurídica (MARINONI, Luiz Guilherme. “Aproximação crítica entre as jurisdições de civil Law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil”. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro. Ano 15. n. 59. jul./set. 2007. p. 36). Marcelo Alves Dias explica que a organização do sistema judicial inglês precede ao renascimento do direito romano na Europa, bem assim que os grandes juristas desse sistema tiveram a sua formação nos foros e não nas Universidades, razão por que o Direito anglo-americano é um Direito dos Tribunais, enquanto a civil law é um Direito das Universidades (SOUZA, Marcelo Alves. Do precedente judicial à súmula vinculante. Curitiba: Juruá Editora, 2007. p. 308-309).
5. Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira esclarecem que, embora a teoria dos precedentes tenha

se desenvolvido mais nos países de origem anglo-saxônico, o precedente é uma realidade inerente a qualquer sistema jurídico, quer vinculado à família do civil law, quer vinculado à família do comum law. A diferença na verdade está no grau de autoridade que ele possui. (DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Jus Podivm, 2010. p. 385. v. 2.).

6. TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente Judicial como fonte do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 280.

7. “Para o bem do jurisdicionado e da própria administração da justiça, o processo deve encerrar-se no menor lapso de tempo possível. É um objetivo a ser perseguido tanto com a adoção de institutos que impeçam situações meramente protelatórias como também com a utilização de mecanismos ou critérios que poupem tempo e energia na solução dos casos. A tendência all’uniformità della giurisprudenza, como falam os italianos, pela praticidade que existe na imitação ou reprodução de critérios, fórmulas ou princípios já antes trabalhados e enunciados é um ótimo mecanismo para alcançar esse desiderato.” (SOUZA, Marcelo Alves. Do precedente judicial à súmula vinculante. Curitiba: Juruá Editora, 2007. p. 302-303).

8. Ibid., p. 298

9. A assistência judiciária gratuita, a gratuidade para litigar nos juizados especiais e outras medidas que, a princípio, buscaram efetivar o direito material de acesso a justiça geraram uma verdadeira “alucinação pela demanda”. Vive-se um período no Brasil em que todo o sistema estimula o sujeito a litigar.

10. TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente Judicial como fonte do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 281.

11. “A importância dos precedentes judiciais na elaboração e desenvolvimento do direito tem crescido sobremaneira nas últimas décadas no sistema jurídico pátrio. Paulatinamente, parte da doutrina nacional já tem caminhado para o reconhecimento da jurisprudência como uma verdadeira fonte formal do nosso sistema legal. A legislatura também tem caminhado na direção do fortalecimento da jurisprudência (...).” (SILVA, Celso de Albuquerque. Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005. p. 141).

12. “Fala-se em distinguishing (ou distinguish) quando houver distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à ratio decidendi (tese jurídica) constante no precedente, seja porque a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente.” (DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Jus Podivm, 2010. p. 393. v. 2.).

13. SILVA, op. cit., p. 248.

14. LEITE, Glauco Salomão. Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 50.

15. “A impositividade das súmulas, no entanto, limita-se à sua autoridade moral e persuasiva, ante os fundamentos que lhes são subjacentes e a estatura do órgão que as edita. Não gozam, por si só, de autonomia normativa. Sua contribuição à uniformidade e estabilidade da jurisprudência é de fato, não de direito.” (LEAL, Roger Stiefelmann. O efeito vinculante na jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 134.)

16. LEITE, op. cit., p. 53.

17. TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente Judicial como fonte do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 283.

18. Juvêncio Vasconcelos Viana sustenta que o assistente também pode provocar o incidente. “A expressão parte (parágrafo único, art. 476, CPC) quer referir-se à parte recursal e não somente àquele que figure como parte stricto sensu no processo”. Alerta ainda o autor que o requerimento da parte para instauração do incidente não é vinculante. (Uma nova “uniformização de jurisprudência”: comentários ao §1º do art. 555 do CPC. Revista Dialética de Direito Processual. n. 10. jan. 2004. p. 41).

19. Ibid., p. 39.

20. “Nada mais adequado, destarte, que permitir também no âmbito dos tribunais de segundo grau o uso desta faculdade,

com manifesto proveito ao superior interesse dos jurisdicionados na estabilidade jurídica que uma jurisprudência uniformizada propicia” (Trecho da exposição de motivos do projeto da Câmara dos Deputados n. 3.473/00).

21. TUCCI, op. cit., p. 264.

22. “Esse dispositivo integra a escalada pela valorização da jurisprudência no direito brasileiro (infra, n. 126), na medida em que visa a criar precedentes a serem acatados em futuros julgamentos colegiados ou monocráticos” (DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma da reforma. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 136-137).

23. Alexandre Freitas Câmara afirma que, com base no art. 285-A do CPC, o juiz fica autorizado a simplesmente reproduzir a sentença de improcedência anteriormente proferida. “Ter-se-a, então, em casos assim, uma espécie de sentença de improcedência padrão, que será reproduzida sempre que causas idênticas sejam submetidas ao mesmo juízo, dispensada a citação do demandado.” (Lições de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 342. v. 1).

24. Já está pacificado nos tribunais superiores o entendimento de que não é cabível embargos de divergência de decisão monocrática do relator, mas apenas de acórdão proferido por alguma das turmas do tribunal (REsp 208.162/RS, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 24.03.2004, D.J. 19.04.2004).

25. Conforme se observa do enunciado da súmula n. 315 do STJ, a jurisprudência não admite a interposição de embargos de divergência se o recurso especial não for conhecido (Dispõe o enunciado da súmula que não cabem embargos de divergência no âmbito do agravo de instrumento que não admite recurso especial).

26. A divergência, para que se possam interpor os embargos, há de ser atual, conforme determinam os enunciados das súmulas n. 168 e n. 247 do STJ e n. 598 do STF. Além disso, “não se presta a justificar embargos de divergência o dissídio com acórdão de turma ou seção que não mais tenha competência para a matéria neles versada.” (enunciado da súmula 158 do STJ).

27. “O Superior Tribunal de Justiça foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao Supremo Tribunal Federal, de quem o STJ é sucessor, nesse mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições.” (REsp n. 228.432-RS, corte especial, rel. Min. Humberto Gomes Barros, D.J.U. de 18-03-2002).

28. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 569.

29. DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Jus Podivm, 2010. p. 390. v. 2.

30. DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Podivm, 2008. p. 130. v. 3.

31. NERY JÚNIOR, Nelson. “Boa-fé Objetiva e Segurança Jurídica – Eficácia da Decisão Judicial que Altera Jurisprudência Anterior do Mesmo Tribunal Superior”. In: NERY JÚNIOR, Nelson; CARRAZZA, Roque Antônio; FERRAZ JR, Tércio Sampaio (org.). Efeito ex nunc e as decisões do STJ. Barueri: Manole, 2009. p. 80.

32. Esses dados estatísticos foram obtidos em consulta a página eletrônica mantida pelo Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse>>. Acesso em: 28 mai. 2010.

33. No atual Código de Processo Civil, somente existe previsão para aplicação de multa no caso de agravo – e não de recurso – manifestamente inadmissível ou infundado, interposto contra a decisão do relator que inadmitiu ou deu provimento a recurso (art. 557, §3º, CPC). Note, inclusive, que a previsão do diploma atual não exemplifica as hipóteses de inadmissibilidade, como propõe o anteprojeto do novo código de processo civil, dando ainda mais autoridade aos precedentes judiciais.

34. “A doutrina constitucional alemã há muito vinha desenvolvendo esforços para ampliar os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada no âmbito da jurisdição estatal (Staatsgerichtsbarkeit). (...) A convicção de que

- a força de lei significava apenas que a decisão produziria efeitos semelhantes aos de uma lei (*gesetzähnlich*) (mas não poderia ser considerada ela própria como uma lei em sentido formal e material), parece ter levado a doutrina a desenvolver instituto processual destinado a dotar as decisões da Corte Constitucional de qualidades outras não contidas nos conceitos de coisa julgada e de força de lei.” (MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=108>>. Acesso em: 24 mai. 2010.)
35. Adotando esse entendimento, posiciona-se Roger Stiefelmann Leal (O efeito vinculante na jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 150), Glauco Salomão Leite (Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 157), Marcelo Alves Dias de Souza (Do precedente judicial à súmula vinculante. Curitiba: Juruá Editora, 2007. p. 221). Em sentido contrário, posiciona-se Oswald Luiz Palu (Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 229).
36. LEAL, Roger Stiefelmann. O efeito vinculante na jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 150.
37. LEITE, Glauco Salomão. Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 159.
38. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 1.662/SP, Requerente: Governador do Estado de São Paulo. Requerido: Tribunal Superior do Trabalho. Relator: Min. Maurício Correia. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 25 mai. 2010.
39. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação Constitucional n. 1987/DF, Reclamante: Governador do Distrito Federal. Reclamado: Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Relator: Min. Maurício Correia. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 25 mai. 2010.
40. Também nesse sentido, é o teor do voto proferido pelo Relator Ministro Celso de Mello na reclamação 2986 MC/SE (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação Constitucional n. 2986/SE, Reclamante: Estado de Sergipe. Reclamada: Juíza da 5ª Vara do Trabalho da Seção Judiciária de Aracaju. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 25 mai. 2010.)
41. “Abriu-se assim, a passos largos, o caminho de adoção, no Brasil, do precedente judicial com força vinculante em situações nas quais se encontram em jogo importantes *quaestiones iuris*, de inequívoco peso político.” (TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente Judicial como fonte do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.271)
42. SOUZA, Marcelo Alves. Do precedente judicial à súmula vinculante. Curitiba: Juruá Editora, 2007. p. 223.
43. “A bem da verdade, juntamente com o momento de ampliação do objeto do recurso extraordinário, está sendo reapreciado o papel e o móvel da reclamação constitucional, especialmente no que respeita a manutenção das decisões tomadas em controle difuso de constitucionalidade, sendo prescindível a aplicação do procedimento previsto no art. 52, X, da CF/88.” (ARAÚJO, José Henrique Mouta. A verticalização das decisões do STF como instrumento de diminuição do tempo do processo: uma reengenharia necessária. Disponível em <http://conpedi.org/manuel/anaes_salvador.htm>. Acesso em: 10 jun. 2010.)
44. MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1086.
45. MENDES, Gilmar Ferreira. Voto proferido na reclamação constitucional n. 4335. Reclamante: Defensoria Pública da União, Reclamado: juiz de direito da Vara de Execuções penais da Comarca de Rio Branco (Processos n. 00102017345-9, 00105012072-8, 00105017431-3, 00104000312-5, 00105015656-2, 00105013247-5, 00102007288-1, 00106003977-0, 00105014278-0 e 00105007298-7). Relator: Min. Gilmar Ferreira Mendes. Encontrável em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 2010.
46. “Tal fato fortalece a impressão de que, com a introdução desse sistema de controle abstrato de normas, com ampla legitimação e, particularmente, a outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade, pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento de correção do sistema geral incidente. O monopólio de ação outorgado ao Procurador-Geral da República no sistema de 1967/69 não provocou uma alteração profunda no modelo incidente ou difuso.” (Ibid.)

47. “Note-se que o sistema que admite decisões contrastantes estimula a litigiosidade e incentiva a propositura de ações, pouco importando se o interesse da parte é a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei. Ou seja, a ausência de previsibilidade como consequência da falta de vinculação aos precedentes, conspira contra a racionalidade da distribuição da justiça e contra a efetividade da jurisdição.” (MARINONI, Luiz Guilherme. “Aproximação crítica entre as jurisdições de civil Law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil”. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro. Ano 15. n. 59. jul./set. 2007. p. 47.)
48. MENDES, op. cit.
49. DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 324. v. 3.
50. Ibid., p. 324.
51. LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 176.
52. DIDIER JR., CUNHA, op. cit., p. 324.
53. Essa denominação é atribuída por Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha (Ibid., p. 324). Pedro Lenza chama esse fenômeno de “Teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença no controle difuso” ou de “abstrativização do controle difuso” (Direito Constitucional Esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 185).
54. MENDES, Gilmar Ferreira. Voto proferido na reclamação constitucional n. 4335. Reclamante: Defensoria Pública da União, Reclamado: juiz de direito da Vara de Execuções penais da Comarca de Rio Branco (Processos n. 00102017345-9, 00105012072-8, 00105017431-3, 00104000312-5, 00105015656-2, 00105013247-5, 00102007288-1, 00106003977-0, 00105014278-0 e 00105007298-7). Relator: Min. Gilmar Ferreira Mendes. Encontrável em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 2010.
55. MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1091.
56. “Outra situação decorre de adoção de súmula vinculante (art. 103-A da CF, introduzido pela EC n. 45/2004), na qual se afirma que determinada conduta, dada prática ou uma interpretação é inconstitucional. Nesse caso, a súmula acabará por dotar a declaração de inconstitucionalidade proferida em sede incidental de efeito vinculante.” (Ibid., p. 1091).
57. Segundo Luiz Guilherme Marinoni, os procedimentos para a declaração de inconstitucionalidade, junto ao pleno do Supremo Tribunal Federal, são praticamente idênticos, não havendo razões para distinguir os seus efeitos, sobretudo porque, no controle difuso, a decisão é tomada após a questão tramitar em todas as instâncias (MARINONI, Luiz Guilherme. “Aproximação crítica entre as jurisdições de civil Law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil”. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro. Ano 15. n. 59. jul./set. 2007. p. 48-50).
58. STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de et al. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10253>>. Acesso em: 26 mai. 2010.
59. Registre-se que o ministro Eros Roberto Grau também já se manifestou nesse sentido, conforme informações obtidas na página virtual de acompanhamento processual da reclamação constitucional n. 4335. Encontrável em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2381551>>. Acesso em: 07 jul. 2010.
60. ARAÚJO, José Henrique Mouta. A verticalização das decisões do STF como instrumento de diminuição do tempo do processo: uma reengenharia necessária. Disponível em <http://conpedi.org/manaus/anais_salvador.htm>. Acesso em: 10 jun. 2010.
61. TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente Judicial como fonte do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 281.

62. LEITE, Glauco Salomão. Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 175.
63. SOUZA, Marcelo Alves. Do precedente judicial à súmula vinculante. Curitiba: Juruá Editora, 2007. p. 277.
64. Ibid., p. 184. O autor entende que foi feliz o legislador ao ampliar os meios de impugnação aos atos contrários às súmulas vinculantes, retirando do Supremo Tribunal Federal a responsabilidade exclusiva pelo sucesso de tais súmulas.
65. Glauco Salomão Leite sustenta a responsabilização pessoal do magistrado por meio do direito de regresso do Estado, com base no art. 37, parágrafo 6º da CF, bem assim como, na esfera administrativa, por meio de representação contra ele junto ao Conselho Nacional de Justiça, que poderá lhe aplicar as sanções previstas na Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Ibid., p. 195).
66. Marcelo Alves Dias de Souza observa que, na prática, a própria multiplicação de processos, se resulta em decisões divergentes, já gera inevitavelmente insegurança jurídica. (SOUZA, Marcelo Alves. Do precedente judicial à súmula vinculante. Curitiba: Juruá Editora, 2007. p. 268.)
67. SOUZA, op. cit., p. 263.
68. “Art. 21 (...) §2º Poderá ainda o Relator, em caso de manifesta divergência com a Súmula, prover, desde logo, o recurso extraordinário.”
69. “Art. 102. A jurisprudência assentada pelo Tribunal será compendiada na Súmula do Supremo Tribunal Federal. (...) § 4º A citação da Súmula, pelo número correspondente, dispensará, perante o Tribunal, a referência a outros julgados no mesmo sentido.”
70. “Art. 34. São atribuições do relator: (...) XVIII – negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível, improcedente, contrário a súmula do Tribunal, ou quando for evidente a incompetência deste.”
71. “Art. 124. A citação da súmula pelo número correspondente dispensará, perante o Tribunal, a referência a outros julgados no mesmo sentido.”
72. SOUZA, Bernardo Pimentel. Dos recursos constitucionais: Recursos Ordinários, Extraordinário e Especial. Brasília: Brasília jurídica, 2007. p. 108.
73. O §3º do art. 102 da Constituição Federal dispõe ser de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal a manifestação acerca da existência, ou não, de repercussão geral. Assim, ao contrário dos demais requisitos de admissibilidade recursal, a análise da repercussão geral cabe apenas à Suprema Corte, mais precisamente, ao seu plenário. A denegação da repercussão geral depende da recusa de, no mínimo, oito dos onze membros do Supremo Tribunal Federal.
74. “O §2º do art. 543-B estabelece que, decidindo o STF no sentido da inexistência de repercussão geral, os recursos, cuja tramitação ficou suspensa, ‘considerar-se-ão automaticamente não admitidos’. Vê-se, assim, que a decisão do STF tem caráter absolutamente vinculante, quando à inadmissibilidade do recurso em razão da ausência de repercussão geral. Deverá o órgão a quo, assim, ater-se ao que tiver deliberado o STF a respeito.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 305-306.)
75. “Essa possibilidade de ampliação da decisão do RE para casos similares pode ser indicada como claro instrumento de objetivação do recurso extraordinário, tendo em vista que o recurso tende a controlar a ordem constitucional objetiva e não somente o caso concreto que está em julgamento. Portanto, nessa reengenharia, está sendo remodelado o papel do recurso extraordinário como instrumento de controle da ordem constitucional objetiva.” (ARAÚJO, José Henrique Mouta. A verticalização das decisões do STF como instrumento de diminuição do tempo do processo: uma reengenharia necessária. Disponível em <http://conpedi.org/manaus/anais_salvador.htm>. Acesso em: 10 jun. 2010).
76. “Art. 543-B. (...) § 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos. § 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se. § 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.”
77. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória. São Paulo:

Revista dos Tribunais, 2008. p. 304. No mesmo sentido: “não há como descartar a possibilidade de erro na decisão presidencial ou vice presidencial proferida na origem, em razão da aplicação de precedente jurisprudencial incompatível com o caso concreto, já que nem sempre os paradigmas são aplicados com acerto.” (SOUZA, Bernardo Pimentel. Dos recursos constitucionais: Recursos Ordinários, Extraordinário e Especial. Brasília: Brasília jurídica, 2007. p. 116.)

78. “(...) § 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos. (Incluído pela Lei n. 11.418, de 2006). § 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.”

79. DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Jus Podivm, 2010. p. 318. v. 2.

80. CUNHA JR., Dirley da. “A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade – a intervenção do particular, do co-legitimado e do amicus curiae na ADIN, ADC e ADPF”. DIDIER JR., Fredie. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org). Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 166-167.

81. DIDIER JR, BRAGA, OLIVEIRA, op. cit., p. 320.

82. ARAÚJO, José Henrique Mouta. A verticalização das decisões do STF como instrumento de diminuição do tempo do processo: uma reengenharia necessária. Disponível em <http://conpedi.org/manuel/analais_salvador.htm>. Acesso em: 10 jun. 2010.

83. Assim como ocorre no incidente de análise da repercussão geral, é cabível o recurso de agravo de instrumento previsto no art. 544 do Código de Processo Civil contra a decisão na qual é imposta a suspensão do processamento de determinado recurso, desde que seja demonstrada a distinção entre os recursos paradigmas – escolhidos para serem julgados – e o recurso cujo processamento foi sobrestado. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 308.)

84. Embora o art. 543-C do CPC não estabeleça de modo explícito a possibilidade do tribunal de origem se retratar, seu §8º reporta-se a hipótese de ser “mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem”, o que sugere que o tribunal local pode, ou não, manter a decisão recorrida, após o julgamento dos recursos representativos da controvérsia. (Ibid., p. 309).

85. DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Editorial n. 95. Encontrável em: <<http://www.frediedidier.com.br/main/noticias/detalhe.jsp?Cid=410>>. Acesso em: 10 jun. 2010.

86. Ibid.

87. Art. 906 do projeto de lei 166/2010: “Não observada a tese adotada pela decisão proferida no incidente, caberá reclamação para o tribunal competente”.

88. Art. 895 do projeto de lei n. 166/2010. “É admissível o incidente de demandas repetitivas sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes. § 1º O pedido de instauração do incidente será dirigido ao Presidente do Tribunal: I – pelo juiz ou relator, por ofício; II – pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição. § 2º O ofício ou a petição a que se refere o § 1º será instruído com os documentos necessários à demonstração da necessidade de instauração do incidente. § 3º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e poderá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono.”

89. Art. 899 do projeto de lei 166/2010. “Admitido o incidente, o presidente do tribunal determinará, na própria sessão, a suspensão dos processos pendentes, em primeiro e segundo grau de jurisdição. Parágrafo único. Durante a suspensão poderão ser concedidas medidas de urgência no juízo de origem.

90. Art. 903 do anteprojeto do NCPC. “Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem sobre idêntica questão de direito.”

A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ E A EXECUÇÃO DA MULTA ESCULPIDA NO ART 18 DO CPC

Gustavo Henrique Machado Nogueira Santos

Assessor de Juiz. Especialista em Direito Processual Civil.

Jamil Musse Neto

Advogado. Especialista em Direito Civil e Processual Civil.

Resumo: Estudo realizado acerca do instituto processual da litigância de má-fé, analisando sua complexa constituição principiológica e doutrinária, além de seus dispositivos normativos presentes no Código de Processo Civil Brasileiro. Este trabalho examina a aplicação prática das normas analisadas, sob o manto dos conceitos que compõem o tema em apreço, evidenciando a sua importância relativa ao bom uso dos direitos processuais e da máquina judiciária. A metodologia empregada foi a pesquisa bibliográfica.

Palavras-Chave: Direito Processual Civil – Litigância de má-fé – Boa-fé – Má-fé – Teoria do abuso de direito – Sanções.

1. Introdução

No âmbito do direito processual, é comum se encontrar processos que tem seu fim postergado ao máximo por causa da atuação de um de seus pólos, pois, por vezes, é mais vantajoso custeá-lo do que satisfazer a pretensão da parte contrária.

Constitui a litigância de má-fé, um abuso de direito processual com o fito de se obter fins ilícitos e/ou retardar-impedir a concretização do direito cabível à parte lesada.

O que se pretende neste trabalho, é demonstrar as peculiaridades nas aplicações das sanções arbitradas pelos magistrados, bem como as peculiaridades na execução da multa do art. 18 do Código de Processo Civil.

2. Litigância de má-fé: conceito e hipóteses

A Insigne escritora Maria Helena Diniz, em sua obra “Dicionário Jurídico”, fornece o seguinte conceito:

litigância de má-fé. Direito processual Civil. Diz-se ato de deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso em lei ou fato incontroverso;

alterar a verdade dos fatos; usar do processo para conseguir objetivo ilegal; opor resistência injustificada ao andamento do processo; proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo, provocar incidentes manifestamente infundados e interpor recurso manifestamente protelatório¹.

No nosso entender, a litigância de má-fé é todo e qualquer ato processual doloso de qualquer das partes (*latu sensu*) que tenha por escopo prejudicar o correto desenrolar do processo, desobedecendo ao princípio da lealdade processual, (artigo 14, II do CPC) lesando outrem ou a prestação da tutela jurisdicional.

2.1. Quem pode ser litigante de má-fé

O artigo 14 do Código de Processo Civil estabelece os deveres das partes e de todos aqueles que *de qualquer forma participem do processo*.

Fazendo-se uma interpretação sistemática percebe-se que segundo o artigo 14, todos àqueles que possuam qualquer tipo de participação no processo, seja na qualidade de advogado, autor, réu, serventuário, perito, membro do Ministério Público ou magistrado, devem obediência ao dever de lealdade.

É o que entende Márcio Louzada Carpena:

o diploma processual brasileiro, neste diapasão, foi extremamente feliz ao incluir expressamente a responsabilidade de terceiros no processo. A partir da redação do art. 14 do Código de Processo Civil, introduzida pela Lei nº 10.358/01, verifica-se que o dever de lealdade é não só daquele que pleiteia no processo (autor) como daquele a quem é pedido algo (réu), mas também de terceiros, pessoas estranhas à lide que, por qualquer razão, acabam participando do feito, isto é, advogados, procuradores, membros do Ministério Público, magistrados, oficiais de justiça, testemunhas, peritos, intérpretes, escrivães, auxiliares da justiça, autoridades co-autoras (em caso de mandado de segurança), entre outros.ⁱ

O dever de lealdade é apontado como princípio norteador do dever ser comportamental das partes em juízo, serve de lastro para as condutas previstas no artigo 17 do Código de Processo Civil.

Para Anne Joyce Angher, “O dever de lealdade processual, também considerado princípio, impõe aos participantes do processo o dever de proceder com moralidade e probidade”.²

Só a subsunção de uma das sete condutas presentes no artigo citado pode enquadrar a atuação do litigante como sendo de má-fé.

Desta feita, embora o dever de lealdade presente no artigo 14 deva ser observado por todos que tenham qualquer tipo de participação no processo, a litigância de má-fé somente pode ser imputada àqueles que praticam os atos previstos no artigo 17, ou seja, aqueles citados no artigo 16, também do Código de Processo Civil³.

2.2. Hipóteses de Litigância de má-fé – art. 17 do código de processo civil

O artigo 17 do Código de Processo Civil enumera sete hipóteses de litigância de má-fé. Tal rol enseja polêmica doutrinária quanto a sua natureza, vale dizer, se é ou não taxativo.

Tais condutas não podem ser confundidas com tipos tal qual verificamos no Código Penal, posto que não prescindem de subsunção precisa para serem verificados no plano fático. As condutas descritas nos sete incisos são abertas, dando margem a uma interpretação que permita sua aplicação a um número vasto de condutas desleais.

“É certo que o CPC estabeleceu critérios objetivos para a apuração da má-fé ou da fraude processual, prevendo taxativamente, as condutas, convertidas em hipóteses que caracterizam o ato ilícito”.⁴

O que é possível é a existência de menção à litigância de má-fé em casos específicos, mas de acordo com o rol do artigo 17.

É o que concorda Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

A taxatividade é relativa às hipóteses caracterizadoras da litigância de má-fé, mas não à incidência restrita do instituto, porque o preceito da norma comentada deve ser aplicado nos processos regulados por leis extravagantes, como por exemplo a ação popular (CF 5º, LXXIII), na ACP (LACP 18), na ação coletiva (CDC 81, par. Único, 87-93 ss.), no MS, nas ações de falência etc.⁵

As hipóteses de litigância da má-fé são taxativamente elencadas pelo artigo 17 do CPC, que traz em seus incisos conceitos jurídicos indeterminados a serem interpretados pelo juiz em cada caso concreto para a subsunção do fato à norma.⁶

Neste diapasão se procederá ao trato pontual das hipóteses previstas no Código de Processo Civil.

2.2.1. Dedução de pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso

A atual redação do inciso I do artigo 17 foi dada pela Lei nº 6.771/80. A aplicabilidade desta norma não se restringe ao momento da iniciação da ação ou da apresentação da defesa, mas a qualquer ato processual.

É o que entende Anne Joyce Angher, ao dizer que, “Os termos pretensão e defesa não se restringem à petição inicial e à contestação, podendo, a falta de fundamento de fato ou de direito, ocorrer em qualquer ato processual em que a parte formule pedido ou deduza defesa com erro inescusável”.⁷

Uma interpretação equivocada, por parte do advogado, de texto normativo não pode, necessariamente, ser tida como erro inescusável, posto que não há intenção maliciosa. O que ocorre é a verificação de um mal preparo do profissional, e não a má-fé⁸.

Como fora dito acima a pretensão contra texto expresso em lei ou a sua interpretação equivocada (naquele caso há má-fé e neste não há) é imputado ao advogado, pois cabe a ele

tal função, já que a parte não conhece o direito.

Desta forma mesmo a falha sendo do profissional do direito, cabe à parte a responsabilização pelo fato imputado como sendo de má-fé, pois aquele atua em nome deste, não sendo descartada a possibilidade de ação, autônoma, regressiva contra o advogado. Vale ressaltar que o Código de Processo Civil fala expressamente que a responsabilidade processual cabe às partes do processo.

Contrariar texto expresso em lei não significa dar-lhe interpretação contrária à doutrina ou jurisprudência, desde que seja plausível. Para que ocorra o que está expresso no Artigo 17, I basta que o próprio texto legal não permita equívocos, ou seja, que daquela norma não se possa extrair mais do que ela própria oferece⁹.

2.2.2. Alterar a verdade dos fatos

A litigância de má-fé só pode ser caracterizada se verificado o dolo, ou seja, a intenção maléfica no seio do processo. Assim, óbvio está, como já fora mencionado antes que o agir culposos (sem intenção), não enseja verificação, no plano fático, deste instituto.

O dever de dizer a verdade e o dever de não mentir não são distinguidos pelo direito brasileiro, como afirma Ana Lúcia Lucker Meirelles de Oliveira: “direito brasileiro não há distinção, como no direito alemão, entre o dever de dizer a verdade e o dever de não omitir (*Vollständigkeitspflicht*) – ambos estão abarcados no inciso I do art. 14 e, acrescentamos, na vedação do inciso II do art. 17 do Código de Processo Civil”.¹⁰

Desde logo, importante compreender, de forma mais clara possível, que estará o litigante a alterar a verdade quanto alegar fatos inexistentes, negar fatos existentes, der versão falsa para os fatos verdadeiros ou, ainda, omitir fatos importantes para o bom julgamento da causa.¹¹

Entretanto, essa omissão ilícita não pode se confundir com a postura de quem não deduz todos os elementos pertinentes à questão sobre o fundamento de que, agindo de forma diversa, estaria favorecendo a parte contrária. O que diferencia uma omissão da outra é a importância do que foi suprimido para o deslinde da causa.

Mas é preciso que se verifique se com a omissão de fatos a parte estará, em última análise, faltando com a verdade e, portanto, agindo de má-fé, por infringência ao dever de completude.

O que existe, na realidade, é uma certa liberdade na escolha de fatos a serem alegados. Os fatos relevantes não devem ser omitidos de forma a comprometer a verdade emergente do conjunto probatório.¹²

É certo, também, que a verdade é fator preponderante para a prestação da tutela jurisdicional, devendo ser apresentada pelos litigantes.

Assim, se nessa busca necessária pelo descobrimento da verdade dos fatos feita pelo juiz ainda é possível ocorrer um comportamento inidôneo

das partes, afetando a cognição de circunstâncias, certamente que prejuízo provocará a tutela jurisdicional, podendo até mesmo produzir efeitos nefastos contra a devida probidade do próprio julgamento, por onde se conclui qual seja a importância da verdade para o processo.¹³

Ressalte-se que a omissão deve ser intencional, o desconhecimento de fatos relevantes para a resolução da questão não enseja caracterização da litigância de má-fé por ausência de dolo.

2.2.3. Usar do processo para conseguir objetivo ilegal

“A utilização do processo como meio para alcançar objetivo ilegal é outra forma de litigância de má-fé (inciso III) pois revela falta de lealdade com a parte contrária e com a própria justiça (art.14, II)”.¹⁴

É um tanto quanto óbvio afirmar que quem litiga de forma ilegal está agindo de má-fé, dessa forma, não poderia deixar de haver tal previsão legal.

O *processo simulado* e o *processo fraudulento* são duas maneiras de fazer uso do Poder Judiciário de forma ilegal. A primeira modalidade se destina a praticar ato simulado para prejudicar outrem, enquanto que a segunda intenta alcançar, por intermédio da via jurisdicional, fim ilícito, ou seja, legalmente proibido.

Não se pode confundir a previsão contida no inciso I com a do inciso III. No primeiro caso a parte utiliza argumentação que fundamente sua defesa ou pedido de forma contrária a texto expresso em lei, mas não necessariamente busca alcançar objeto ilícito através do processo, salvo, a própria má-fé processual. No inciso III a má-fé se caracteriza justamente pela intenção de se atingir objetivo ilícito.

Outra distinção a ser feita reside na análise a se realizar entre o inciso III do art. 17 e o art. 129, ambos do CPC. O artigo 129 diz o seguinte:

Art. 129. Convencendo-se, pelas circunstâncias da causa, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes.

No artigo supracitado o legislador impõe ao magistrado o dever de obstar a intenção de quem lança mão do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei. A distinção está no fato de que a verificação pelo magistrado do artigo 129 não afasta uma eventual condenação por litigância de má-fé.

Por isso é que, diante da demonstração de elementos capazes de indicar que o fim colimado ao processo poderá resultar de um objetivo ilegal, deve ser ele obstado pela manifestação jurisdicional (indeferindo-o ou julgando-o improcedente, conforme o caso), acompanhada da respectiva atribuição da litigância de má-fé, com a conseqüente punição.¹⁵

No caso do artigo 17, inciso III, assim como também no inciso I o litigante de má-fé necessariamente será sucumbente no processo.

2.2.4. Oposição de resistência injustificada ao andamento do processo

Retardar o devido andamento do processo é, na realidade dos Foros, algo muito comum. Verdadeiro mal que deve ser extirpado, sob pena de vermos a prestação da tutela jurisdicional se tornar, em muitos casos, ineficaz.

Opor resistência injustificada ao andamento do processo corresponde, no linguajar forense, à chicana, certamente o mais comum dos expedientes de improbidade processual porque, para a sua realização, desnecessário qualquer talento, qualquer esforço de raciocínio.¹⁶

Ocorre que há casos onde o autor pode ter o interesse maldoso na procrastinação do processo, como no caso de uma ação de cancelamento de protesto de títulos, onde sabe o autor ser o protesto devido, mas ele intenta tal ação para evitar que o título de crédito protestado seja cobrado em ação de execução. Há neste caso latente interesse na lentidão para a finalização do feito. Outro exemplo seria o executado que apresenta embargos à execução¹⁷⁻¹⁸, apenas para retardar o processo de execução.

2.2.5. Proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo

Trata-se de um *tipo aberto*, justamente pelo fato de não se poder conceituar precisamente o que vem a ser o adjetivo “temerário”.

No conceito de Pontes de Miranda, temeridade

[...] é a palavra usada na terminologia jurídica luso-brasileira para designar o que se pratica com imprudência, arrojo, ousadia, audaciosidade.

[...]

A temeridade pode ser de ato físico ou meramente verbal, consistir em provocação ou revide demasiado imprudente, ou violento, ou arrojamento reprovável.¹⁹

Para Candido Rangel Dinamarco litigância temerária “[...] consiste em comportar-se de modo doloso ou mediante uma imprudência ou incoerência de proposições que repugne ao senso comum”.²⁰

Fica evidente, precipuamente no conceito acima exposto, a dificuldade de se identificar o que é um comportamento temerário, seja no âmbito dos fatos ou do direito, sendo necessário que o magistrado atribua, no caso concreto, uma definição.

Como fora dito anteriormente, a má-fé possui como requisito de existência o dolo, a vontade de lesar ou prejudicar outrem. Neste diapasão surge uma dúvida a respeito da aplicabilidade do “tipo” conduta temerária previsto no inciso V do artigo 17 do Código de Processo Civil.²¹

Carnelutti afirma, no que concorda Dinamarco, que a conduta temerária é aquela derivada do dolo ou culpa grave (“La nozionne della temerità sdoppia, secundo la comune opinione, in quella del dolo e della colpa grave”).²²

Pelo conceito de má-fé, não podemos concordar com a idéia de se aplicar a sanção presente no art. 18 do Código de Processo Civil a quem age com culpa grave.

A má-fé requer, como requisito de existência, o dolo, e por isso, o instituto processual *litigância de má-fé* prescinde de uma conduta dolosa para que possa ser verificado e aplicado.²³

O agir culposos pode ensejar responsabilidade para seu autor, mas não através da subsunção dos artigos 17 e 18 do Código de Processo Civil. Assim é perfeitamente cabível tentar responsabilizar aquele que age temerariamente com culpa, seja ela grave ou não, em ação autônoma.

Por se tratar de uma conduta sancionável não se pode fazer interpretação extensiva. O Estado não pode punir sem expressa previsão legal prévia.

Assim, por mais que seja coerente a idéia de se ampliar a aplicabilidade do inciso V do artigo 17, tendo em vista suas funções precípuas, que são a de proteger a prestação da tutela jurisdicional pelo Estado e o litigante de boa-fé, não se pode concordar com esta ampliação interpretativa do instituto processual em análise.

Assim sendo se esta fosse a vontade do legislador caberia uma reforma no instituto processual em análise para que sua aplicabilidade seja mais ampla, posto que, a litigância de má-fé, como está prevista atualmente, só pode ser aplicada em caso de condutas dolosas.

O dever de lealdade, inscrito no art. 14, exige o atuar de boa-fé pelas partes do processo. O fato de agir com culpa, mesmo que grave, não quer dizer que se agiu com má-fé.

Faz-se aqui a mesma interpretação do inciso II do artigo 17, quando anteriormente dito que há a necessidade de ser intencional a alteração dos fatos levados ao processo.

É o que concorda José dos Santos Bedaque ao ensinar que:

também a alteração intencional da matéria fática, como descrição de situações não ocorridas fora do processo ou verificadas de forma diversa, implica exposição dos fatos em desconformidade com a verdade, configurando quebra de dever processual (art. 14, I) e, consequentemente, litigância de má-fé, como disposto no inciso II do artigo em exame. (grifos nossos)²⁴

Anne Joyce Angher também entende que a culpa grave pode ensejar a aplicação do dispositivo normativo em apreço.

O proceder de modo temerário, de que trata o inciso V do art. 17, pode ocorrer em qualquer ato ou incidente processual e revela uma atitude dolosa ou culposamente grave da parte, que age com abuso, atrevimento, audácia ou ousadia, tendo ciência da falta de razão.²⁵

A afirmação da autora supra mencionada, data vênia, é contraditória, pois fala da necessidade de se ter *ciência da falta de razão*. Ora, se a parte age ciente de que sua pretensão é desarrazoada ela não age com culpa, independente da gravidade que se possa atribuir a tal conduta (culpa grave, leve,...).

Mesmo não estando acompanhado da doutrina majoritária, afirmamos o entendimento de que apenas a conduta dolosa pode ensejar a caracterização da litigância de má-fé. É o que entende a jurisprudência:

o art. 17 do Código de Processo Civil, ao definir os contornos da litigância de má-fé que justificam a aplicação da multa pressupõe o dolo da parte no entravamento do trâmite processual, manifestado por conduta in-

tencionalmente maliciosa e temerária, inobservado o dever de proceder com lealdade. (STJ – 6.ª T. – Resp. 269.409 – Rel. Vicente Leal – j. 17/10/2000).

A interpretação da doutrina ao afirmar que a culpa grave também enseja a sanção pela litigância de má-fé nos é simpática, posto que alarga a aplicação da sanção por litigância por má-fé, tendo em vista que este instituto visa melhorar a prestação da tutela jurisdicional.

Entretanto, vale reafirmar, mesmo sendo louvável a intenção de ampliar a aplicabilidade do instituto da litigância de má-fé, não se pode concordar com tal atitude por não haver amparo legal.

Por fim, vale trazer exemplos de comportamento processual temerário, citados por Fabio Milman:

são exemplos de procedimento temerário: o ajuizamento de várias ações cautelares, com o mesmo objetivo, até lograr êxito no provimento liminar, configurando litispendência; a proposição de novas ações com modificação da autoridade e da via processual adequada buscando distinta decisão de outra anterior que se encontra aguardando exame em grude jurisdicção superior; a distribuição de novo mandado de segurança com pedido liminar idêntico ao requerido em outra ação mandamental pendente de apreciação do juiz de Vara diversa; a repetição do mesmo processo, em face de decisão de igual natureza, de recurso já declarado incabível pelo Tribunal.

Pelos exemplos supracitados fica ainda mais evidente a intencionalidade exercida na prática dos atos processuais.

2.2.6. Provocação de incidentes manifestamente infundados

A partir do estudo das normas anteriores já se mostrou evidente que para um mesmo caso concreto pode haver a subsunção de mais de uma conduta prevista no art. 17. A norma em apreço é um dos maiores exemplos disso.

O tipo ora investigado “proíbe requerimentos protelatórios e impõe aos litigantes a lealdade do processo” remetendo, via de consequência, aos deveres previstos nos incisos II, III, e IV do art. 14 representando, como acima afirmado, mero desdobramento dos atos repelidos pelos incisos IV e V do próprio art. 17.

O inciso VI do artigo 17 fala que litiga de má-fé quem provoca incidentes manifestamente infundados. Para o entendimento e aplicação deste dispositivo normativo deve-se entender a palavra “incidente” de maneira ampla, não se restringindo aos incidentes estritamente ditos, vale dizer, impugnação ao valor da causa, exceções entre outros²⁶.

Aqui se deve entender que qualquer ato processual efetuado sem fundamentação, com o objetivo de obter efeito diverso do que o incidente naturalmente poderia produzir, pode ser enquadrado na conduta descrita pelo inciso VI, do art. 17.

Ou seja, impugnar o valor da causa apenas para retardar o prosseguimento do feito, sabendo-se que não há valor a ser corrigido, caracteriza a litigância de má-fé pela subsunção do dispositivo normativo em apreço.

“Tal incidente deve ser indeferido pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte, tão logo se revele infundado (art. 130 do CPC)”.²⁷

O indeferimento pelo juiz não afasta a possibilidade de se sancionar por litigância de má-fé quem provocou o incidente infundado, posto que a conduta indeferida já provocou lesão, ou seja, retardou o natural andamento do feito.

A norma em estudo possui relação com outras do Código de Processo Civil, é o caso dos artigos 22; 31; e 557, § 2º.²⁸

Caso similar, porém mais específico, é o do art. 740, parágrafo único do Código de Processo Civil. Esta norma impõe multa não superior a 20% sobre o valor executado para aquele que propõe embargos à execução manifestamente protelatório. Trata-se de situação onde a parte propõe incidente infundado, ou seja, situação em que poderia aplicar o art. 17, VI. Diante desta situação, criada com o advento da Lei nº 11.382/2006, indaga-se, cabe a aplicação cumulada das duas normas?

Todos os dispositivos normativos citados sancionam condutas que representam a provocação de incidentes infundados, entretanto, quando a conduta de má-fé poder se subsumir a norma específica diversa das elencadas no artigo 17, cabe ao magistrado fazê-lo, por conta da maior especificidade de uma em relação a outra.

É o que entende Anne Joyce:

nesses e em diversos outros casos, o Código de Processo Civil prevê condutas dos litigantes que podem ser enquadradas nas hipóteses de litigância de má-fé do art. 17, mas preferiu o legislador prescrever sanções específicas.

Os incisos do art. 17 somente devem ser utilizados para fundamentar a litigância de má-fé para os casos não expressamente previstos em dispositivos esparsos, eis que havendo previsão de condutas específicas pode não haver a necessidade de uma avaliação interpretativa de conceito vago pelo juiz.

Faz-se valer assim o princípio da especialidade, que determina a aplicação de norma mais específica em detrimento da mais genérica, ou seja, só se aplica as disposições normativas contidas no artigo 17, quando não houver outra mais específica.

2.2.7 Interposição de recurso com intuito manifestamente protelatório

Esta é a última disposição do art. 17. Possui nítida correlação com a norma anteriormente comentada e com o inciso IV do artigo 14 do Código de Processo Civil.

“Atualmente essa é, sem dúvida, a hipótese de litigância de má-fé em que mais se encontra condenações na jurisprudência”.²⁹

Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery ensinam que o recurso é infundado quando o

[...] recorrente tiver a intenção deliberada de retardar o trânsito em julgado da decisão, por espírito procrastinatório. É também manifestamente infundado quando destituído de fundamentação razoável ou apresentado sem as imprescindíveis razões do inconformismo. O recurso é, ainda, manifestamente infundado quando interposto sob fundamento contrário a texto expresse de lei ou a princípio sedimentado da doutrina e jurisprudência.

Vale informar que para que seja caracterizada a interposição de recurso protelatório deve-se verificar o dolo por parte de quem o intentou. A imperícia do patrono que interpôs o recurso não enseja a subsunção da norma em análise.

Antes da alteração dada pela Lei nº 9.668/98 a interposição de recurso manifestamente infundado recaía sobre o inciso VI do artigo 17, por se considerar o recurso como sendo, *lato sensu*, um incidente infundado.

Existem muitas áreas de superposição entre as hipóteses descritas nos diversos incisos do art. 17 do Código de Processo Civil, sendo difícil identificar casos que se acomodem apenas em uma delas. Entre todas há em comum a finalidade de evitar e punir a deslealdade engendrada mediante dolo, colusões ou expedientes destinados a distorcer o conhecimento do juiz ou prejudicar a tempestividade da tutela jurisdicional.³⁰

Assim como na maioria das condutas previstas no art. 17 do Código de Processo Civil esta também possui certa vagueza quanto a sua interpretação.

“O sentido de *manifestamente protelatório* não é uníssono. Deparamo-nos aqui, mais uma vez, com um conceito vago, que será determinado no caso concreto segundo a prudente interpretação do juiz”.³¹

Sem dúvida alguma, a análise da ocorrência ou não do abuso é difícil e passível de subjetividade. Mas a jurisprudência, principalmente dos Tribunais Superiores, deverá contribuir de forma decisiva para a fixação de critérios e formas de apuração. Um dos critérios, por exemplo, poderá ser a ausência de fundamentação idônea.³²

Entretanto, fica evidente que somente em cada caso concreto poderá se afirmar sobre a ocorrência ou não do abuso do direito de recorrer, pois devido a subjetividade da conduta fica difícil se fixar critérios objetivos. A tentativa, dos Tribunais, de se verificar a existência de critérios e formas de apuração da ocorrência do abuso do direito de recorrer não é sinônimo da existência de critérios objetivos e aplicáveis irrestritamente.

Assim deve o magistrado, em cada caso concreto, verificar a subsunção ou não da norma em estudo.

3. Sanções pela litigância de má-fé

O acesso ao Poder Judiciário, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa são direitos constitucionalmente previstos em nosso país.

ENTRE ASPAS

A função jurisdicional, exercida com exclusividade pelo Estado, possui gigantesca importância em qualquer sociedade, pois possui como um dos principais escopos a tutela da paz social.

Para a consecução da tutela jurisdicional, o Estado outorga ao magistrado poderes para a sua efetivação.

O magistrado possui dois tipos de poder, vale dizer, *poderes de polícia* e *poderes jurisdicionais*.

Por *poderes jurisdicionais* entendem-se os exercidos pelo juiz na sua função jurisdicional, como sujeito da relação processual, dentre os quais destacamos os *poderes ordinatórios* ou *instrumentais*, relacionados com o desenvolvimento do processo.³³

O conceito de poder de polícia, mais utilizado no âmbito do Direito Administrativo, é a atribuição “[...] a que dispõe a Administração Pública para condicionar o uso, o gozo e a disposição da propriedade e restringir o exercício da liberdade dos administrados no interesse público ou social”.³⁴

Trazendo este conceito para a esfera do Direito Processual, poder-se-ia dizer que o poder de polícia conferido ao magistrado seria o de fiscalizar e garantir a efetividade dos trabalhos desenvolvidos pelo Poder Judiciário, com o objetivo de assegurar a efetivação da tutela jurisdicional.

Neste sentido Anne Joyce Angher aduz que:

já os *poderes de polícia* são exercidos pelo juiz não como sujeito da relação processual, mas como autoridade judiciária, com a finalidade de assegurar a ordem dos trabalhos forenses, evitando-se atos que comprometam a ordem e o decoro necessários ao regular andamento do processo.³⁵

O poder de polícia exercido pelos magistrados encontra lastro legal, por exemplo, no art. 125 do Código de Processo Civil, que informa as competências para se dirigir o processo, dentre elas a de velar pela rápida solução do litígio e de prevenir ou reprimir atos que atentem contra a dignidade da justiça.

Como o objetivo maior é assegurar a consecução do interesse público, mais precisamente a prestação da tutela jurisdicional como o objetivo de promover a paz social, diz-se que não se trata, meramente, de um poder, mas de um poder-dever, já que não pode o agente público (magistrado) dispor de direitos que não são seus, que pertencem à coletividade.

“Assim, a condenação por litigância de má-fé não é uma faculdade conferida ao juiz, mas um *poder-dever* de coibir os atos que infringem os deveres processuais e constituem abuso de direito de ação ou defesa”.³⁶

Desta feita entende-se que além do poder-dever conferido ao magistrado de assegurar a correta prestação da tutela jurisdicional, pode a parte exigir providências neste sentido.

3.1. Da multa e da indenização

Para toda ação há uma reação. Esta frase indica bem a ideia da sanção pela litigância de má-fé. Aquele que litiga maliciosamente deve ser sancionado para que não volte a agir de forma contrária à lei.

Além do caráter sancionador, a multa e a indenização previstas no artigo 18 do Código de Processo Civil possuem o condão de compensar a parte lesada pela conduta que a prejudicou.

A demora na prestação da tutela jurisdicional causada pela má-fé de um dos litigantes pode ensejar danos de ordem material (lucros cessantes, danos emergentes) e de ordem moral, pois maculou o direito, da parte prejudicada, de se ter um processo célere e pautado pela probidade e lealdade.

Nisso concorda Ana Lúcia Lucker Meirelles de Oliveira:

[...] se o juiz afere a conduta ímproba e a parte prejudicada não alega prejuízos materiais, a indenização só é devida pelos danos morais, pois o litigante foi atingido no seu direito de ter um processo pautado pela probidade, e ainda, a indenização tem caráter nitidamente sancionador [...].³⁷

A Lei n.º 9.668/98 alterou o artigo 18 do Código de Processo Civil, limitando, *a priori*, a indenização pela litigância de má-fé em 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, mais multa não excedente em 1% (um por cento), também sobre o mesmo valor.

A indenização deve ser fixada de pronto pelo magistrado, salvo hipótese em que o litigante prejudicado demonstre ter sofrido prejuízos superiores ao patamar de 20% (vinte por cento) em relação ao valor atribuído à causa, hipótese em que a indenização será aferida em liquidação por arbitramento.

Sobre esta questão Sérgio Bermudes ensina que:

na redação primitiva, o § 2º já consentia que o juiz fixasse o valor da indenização. Na atual, o parágrafo limita a competência do juiz para estipular, de imediato, o montante da indenização, a 20% do valor da causa, que deve ser monetariamente atualizado. Se entender que a indenização deve exceder desse limite, ainda que pudesse quantificá-la, o juiz remeterá a estipulação à liquidação por arbitramento, como também procederá desse modo, se lhe faltarem elementos de identificação do valor.³⁸

O legislador pretendeu dar maior objetividade à sanção por litigância de má-fé, tendo em vista que o magistrado pode aplicar, desde logo, o percentual de até 20% previsto no § 2º do art. 18, sem a necessidade de informar o porquê, cabendo a parte interessada alegar que sofreu prejuízos que superem tal percentual e requerer a correspondente indenização, que será apurada via liquidação.

É o que explica Celso Hiroshi Iocohama:

tais noções e numa interpretação especialmente da aplicação do princípio do dispositivo para o caso em tela, é possível concluir que a sistemática legal inovou com a adoção da regra geral pela provocação da parte interessada para a determinação da indenização, possibilitando ainda a fixação de ofício pelo magistrado, desde que não excedendo o percentual de 20%.³⁹

No tocante a liquidação por arbitramento, a sua positivação foi alterada pela Lei nº 11.232/2005, que revogou os artigos 603 a 611 do Código de Processo Civil e inseriu, entre outros, os artigos 475-A a 475-H.

ENTRE ASPAS

O artigo 475-C trata dos casos em que se fará a liquidação por arbitramento, repetindo o revogado texto do artigo 606, do Código de Processo Civil.

Os artigos 475-E, 475-F e 475-G tratam da liquidação por artigos, não havendo qualquer alteração na sistemática outrora prevista nos artigos 608 a 610, revogados pela Lei nº 11.232, de 2005.⁴⁰

Desta feita as alterações promovidas pela mencionada Lei não tiveram tanto efeito no que tange o instituto do arbitramento, precipuamente no que fala o § 2º do artigo 18 do Código de Processo Civil.

Neste diapasão ensina Anne Joyce Angher:

De fato, havendo necessidade de produção de provas tem cabimento a liquidação por artigos, conforme art. 608 do CPC. Não admitir essa forma de liquidação das perdas e danos significa cercear o direito da parte prejudicada de ser integralmente ressarcida.⁴¹

Vale lembrar que o artigo 608 citado acima foi revogado, possuindo como equivalente o art. 475-E.

A ponderação feita pela citada autora é pertinente. Se o legislador conferiu ao magistrado a possibilidade de, verificando a pertinência, deixar de arbitrar indenização em 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, por ser inferior ao dano sofrido pela parte vítima da litigância de má-fé, cabe a esta provar, caso entenda diferente, em sede de liquidação, o *quantum* do seu prejuízo.

É com o que concorda Fábio Milman:

sendo insuficiente a reparação no teto máximo legal e sendo também impossível a pronta demonstração da origem dos danos e/ou de seu valor, apurar-se-á o montante final indenizatório em sede de liquidação de sentença que poderá ocorrer não somente pela via do arbitramento, forme expressa na parte final do § 2º do art. 18, como também, eventualmente, por artigos, quando fatos outros tiverem que ser provados.⁴²

Daí o porquê de não se restringir a liquidação à modalidade arbitramento, sendo aceitável, também, por artigos.

Grande crítica que é feita ao art. 18 do Código de Processo Civil diz respeito à base de cálculo para se chegar ao valor da indenização e à multa, ou seja, o valor da causa.

Muitas causas tem seu valor atribuído apenas *pro-forma*, pois não possuem conteúdo econômico, quer seja ele mediato ou imediato, é o exemplo de algumas ações de Direito de Família.

Assim a sanção pela litigância de má-fé perde o seu potencial punitivo e reparador. Nestes casos cabe à parte lesada requerer indenização em montante superior ao de 20% (vinte por cento) justificando seu pedido com base no art. 16 do CPC, que estabelece que responde por perdas e danos aquele que litiga com má-fé. Desta feita, cabe, após analisar o pedido, que deverá ser fundamentado, indicar o procedimento da liquidação por arbitramento ou por artigos, a depender do caso concreto, para que se apure o valor indenizatório condizente com o dano sofrido.

Nada obsta, também, que a parte lesada faça uso de ação autônoma para pleitear a reparação das perdas e danos sofridos no decorrer do processo por quem foi vítima de litigância de má-fé.

“Na realidade, pelo art. 18 deve ser indenizado todo o prejuízo efetivamente sofrido pela parte, entendido este em sentido amplo, ou seja, compreendendo as perdas e danos referidas no art. 16 do CPC”.⁴³

José Carlos Barbosa Moreira lembra que:

o dano pode ter sido sofrido por algum litisconsorte do infrator, ou por assistente (v.g., na hipótese de conluio entre as partes principais, que usam do processo “com o intuito de conseguir objetivo ilegal”, nos termos do art. 17, IV). “O litigante de má-fé indenizará à parte prejudicada..”, eis como se deve ler o art. 18, caput; e o mesmo vale, *mutatis mutandis*, com referência à cláusula final do respectivo § 1º (‘... para lesar a parte contrária’).⁴⁴

Esta temática é controversa na doutrina. A amplitude do que vem a ser a expressão “perdas e danos” constante no art. 16 e a palavra “prejuízo” no caput do art. 17, ambos do Código de Processo Civil, gera divergências.

Rui Stoco, por exemplo, entende não ser possível a reparação por dano moral, no caso em estudo, só aceitando a reparação por dano material. Explica o citado autor:

impõe-se também obtemperar que o abuso de direito que se converte, genericamente, em ilícito e, no campo do Direito Processual, em má-fé processual, prevista nos artigos 14, 16 a 18 do CPC, só comporta reparação por dano material.

Essa limitação resta clara e evidente quando o art. 16 menciona “perdas e danos” e o art. 18 fala em “prejuízos que esta sofreu”.⁴⁵

Respeitando a opinião do ilustre doutrinador citado, não podemos concordar com tal afirmativa, pois seria o mesmo que retirar o caráter sancionador da indenização. Explica-se. A litigância de má-fé deve ser reprimida pelo Poder Judiciário, pois atrapalha sua atuação como fomentador da paz social e lesa a parte que busca o judiciário para ver seu direito garantido, desta maneira, independente de haver danos de ordem material ou não, cabe ao magistrado, de ofício ou a requerimento, sancionar o litigante de má-fé, pois, como fora dito, trata-se de um poder-dever do magistrado e de um direito subjetivo da parte lesada.

Neste sentido explica Fábio Milman:

em que consiste a condenação e quais os seus exatos parâmetros? De que ordem os prejuízos indenizáveis? Sem dúvida, aqueles de ordem material e moral que, diante da redação do § 2º do art. 18 em tela, ou são fixados pelo juiz, ou deverão resultar demonstrados no próprio processo de conhecimento ou apurados, especificamente, em posterior ação de liquidação.

Uma palavra quanto ao dano moral e a litigância de má-fé: o dano moral é sempre presumido para aquele que, à sua frente, encontrar adversário a

ENTRE ASPAS

litigar de má-fé. Estar em juízo é estar sob impacto emocional, diante de incertezas, temores alargada insatisfação, no tempo, de direito que entenda ser credor (tanto para ver consagrado o pedido, ou a tese de defesa)⁴⁶

Destarte, não resta dúvidas quanto ao fato de que a indenização prevista no § 2º do art. 18 também pode ser decorrente de dano moral processual pela vítima do *improbo litigator*.

Ademais, além de responder pelas perdas e danos, o litigante de má-fé responde também pela multa prevista no *caput* do art. 18, mais honorários advocatícios e todas as despesas efetuadas pelo litigante de boa-fé.

Tendo em vista que o art. 18 do Código de Processo Civil visa reparar o dano sofrido e sancionar quem o cometeu, devem ser aplicadas, concomitantemente, a multa de 1% (um por cento) e a indenização de 20% (vinte por cento).

Tivesse a previsão caráter meramente punitivo, a responsabilização do agente de má-fé ficaria limitada à multa de 1% (um por cento); tivesse a previsão caráter meramente reparatório, então a ausência de danos indenizáveis tornaria inócua a aplicação da regra do art. 18, mesmo no que dissesse respeito à multa. Assim, admitindo o caráter misto da disciplina legal, sempre haverá de recair sobre o faltoso, cumulativamente, a multa de 1% e mais a reparação que, na falta de prova de sua efetiva ocorrência material, obedecerá ao limite genérico trazido no § 2º do art. 18, quanto mais não seja para a indenização dos danos morais.⁴⁷

Estas sanções independem do fato de o litigante de má-fé ser vitorioso ou não.⁴⁸

Caso o litigante de má-fé seja sucumbente, responderá duplamente pelos honorários advocatícios, é o que ensina Rui Stoco:

[...] impõe-se esclarecer, responderá por dupla verba honorária e despesas. As primeiras decorrentes da perda da ação (princípio da sucumbência) e as segundas pela indigna atuação em juízo (princípio da reparabilidade e punibilidade), de modo que apenas a honorária e despesas acrescidas ou aumentadas em razão do retardamento ou da maior dificuldade em se conduzir a causa, independente do seu resultado, é que serão devidas e quantificadas.⁴⁹

Assim não há *bis in idem* no pagamento duplo dos honorários advocatícios, pois a razão de existir de cada um é independente.

Caso haja mais de um litigante de má-fé (p.ex. litisconsortes) estes serão condenados na proporção de sua atuação malévola, como bem explica o § 1º do artigo 18 do Código de Processo Civil, sobre o qual não pairam dúvidas, tendo em vista sua redação clara e precisa. No que concorda Anne Joyce Angher:

havendo condenação solidária entre os litigantes de má-fé a parte prejudicada pode exigir de um dos devedores o conteúdo integral da indenização (arts. 275 e 942, 2ª parte do CC). O devedor que satisfizer a dívida, por sua vez terá o direito de exigir dos demais sua cota parte, nos mesmo autos.⁵⁰

A responsabilidade dos litigantes de má-fé é solidária, ou seja, havendo mais de um litigante de má-fé num mesmo processo, cada um será condenando na medida de sua participação, mas a parte lesada poderá exigir de qualquer deles, cabendo a quem pagar regredir contra os demais para que respondam por suas parcelas de responsabilidade.

A solidariedade independe do fato de os litigantes de má-fé terem agido coligados ou individualmente. Qualquer deles pode responder pelo valor integral da sanção, ficando, como mencionado, reservado o direito de regresso nos próprios autos da ação onde foram condenados.

Outro ponto importante é o da aplicação das sanções. Esta, conforme art. 18 do Código de Processo Civil, pode ser requerida pela parte prejudicada ou imposta *ex officio* pelo magistrado.

É pacífica a ideia de que a parte lesada pode pleitear a condenação do *improbis litigator* nos mesmos autos em que se deu o fato processual lesivo, posto que o § 2º do artigo 18 afirma que a indenização será *desde logo fixada pelo juiz*.

Neste sentido corroboram Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Vislumbrando a prática de ato caracterizador da litigância de má-fé, deverá o juiz dar a oportunidade ao litigante inocente para que se manifeste a respeito, ao mesmo tempo em que deverá ser ouvido o *improbis litigator* para que se defenda (CF 5.º LV) A condenação independe de pedido da parte e deve ser imposta pelo juiz, depois de colhidos os elementos de fato e de direito fornecidos pelas partes (prejuízos sofridos, extensão do dano, etc).⁵¹

Entretanto, nada obsta que seja pleiteada as perdas e danos decorrentes da litigância de má-fé em ação autônoma, desde que não tenha sido apreciado a questão na ação em que se deu o fato doloso.⁵²

O juízo competente para se ajuizar a ação autônoma é o mesmo onde ocorreu o dano processual, tendo em vista a proximidade deste com a ação em que se deu o ato de má-fé ensejador do dano.⁵³ Outra razão é o fato de o art. 108 do Código de Processo Civil prevê, no art. 108, que a ação acessória é processada no mesmo juízo competente para julgar a ação principal.

Importante fixar que na ação autônoma se pode pleitear a indenização por perdas e danos, conforme art. 16 do CPC, não podendo se aplicar o artigo 18 do mesmo diploma legal.

Fica evidente que em ação autônoma não poderia, por exemplo, o magistrado aplicar, conforme parágrafo 2º do artigo 18, a sanção pela má-fé processual de ofício.

Na realidade, não há vedação à busca do pleno ressarcimento dos prejuízos decorrentes de má-fé processual por ação autônoma. Mas, para tanto, a litigância de má-fé não pode ter sido objeto de discussão e decisão no processo em que foi efetivada, ou seja, não pode haver coisa julgada material a respeito.⁵⁴

Situação que também enseja alguma dúvida, diz respeito ao momento da aplicação da sanção ao *improbis litigator*, posto que não há previsão legal quanto a isso.

Desta feita não estaria incorreta a aplicação da sanção assim que o ato malicioso ocorresse, via decisão interlocutória, como também em decisão terminativa do processo.

Neste sentido ensina Arruda Alvim:

[...] sanções impostas às partes deverão ser objeto de uma decisão interlocutória, que as imponha, ou poderão constar da sentença, porquanto a lei se refere a má-fé e o comportamento da parte há de ter sido havido, por decisão, como sendo de má-fé. A circunstância de ser a sentença, normalmente, a sede da definição do litigante, como estando de má-fé, não impede que, v.g., numa interlocutória o juiz assim defina o litigante, nesse incidente.⁵⁵

Independente do expediente processual utilizado pelo magistrado para se fazer a condenação pela má-fé processual, este deve apresentar suas razões de forma esmiuçada.

A condenação por litigância de má-fé não está isenta da obediência ao preceituado no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, no sentido de que todas as decisões do Poder Judiciário devem ser fundamentadas.⁵⁶

Tais razões poderão servir de lastro para se fazer uso do juízo de 2ª instância, através da via recursal, seja ela o agravo ou a apelação.

Por se tratar de uma modalidade do poder de polícia conferido ao magistrado, o que justifica sua condenação *ex officio*, a litigância de má-fé não prescinde de ser dado direito de defesa, sendo necessário apenas o seu convencimento de que a parte não age em conformidade com o dever de lealdade e a fundamentação de sua decisão.

Isso não quer dizer que está se podando o princípio da ampla defesa e do contraditório, posto que a via recursal supre a necessidade de se atender aos citados recursos.

Trata-se de uma atribuição de natureza administrativa onde o magistrado preza, também, pela boa prestação da tutela jurisdicional pelo Estado. Destarte tal qual a revogação de um alvará (de funcionamento de estabelecimento comercial, p.ex.) pela administração pública, a bem do interesse público, não prescinde de prévia oportunidade de defesa.

Em suma o litigante de má-fé pode ser condenado de ofício pelo juízo independente de ter-lhe sido concedido o direito de defesa. Entretanto, caso a condenação tenha sido requerida pela parte lesada entendemos que deve ser concedido o momento para a defesa, anterior à condenação, caso ocorra.

3.2. Da execução das sanções

Em regra a execução das sanções por litigância da má-fé são feitas, quando proferidas durante a fase de conhecimento do processo, obedecendo as normas que disciplinam a execução de títulos judiciais.

Entretanto, como se deve proceder a execução das sanções decorrentes de litigância ímproba ocorrida em processo (título extrajudicial) ou fase de execução (título judicial)? O art. 35⁵⁷ do CPC não se mostrava suficiente para apresentar resposta segura à indagação anteriormente apresentada.

A resposta veio na recente alteração implementada no Código de Processo Civil, mais precisamente através do advento da Lei n.º 11.382/2006. Foi introduzido o art. 739-B que trata

especificamente da execução das sanções por litigância de má-fé quando esta ocorrer durante o processo ou fase de execução.

Esta execução se dará por meio de uma ação de execução incidente, autuada em apenso à execução principal, onde se deu a litigância ímproba.

“Apurado o valor da obrigação do infrator, a parte credora poderá promover a sua execução nos autos do processo executivo em curso, segundo as normas da execução dos títulos judiciais”⁵⁸.

No conceito trazido pelo professor Costa Machado, o art. 739-B

[...] prevê a cobrança de multas e indenizações por meio de ação de execução incidente, em apenso aos autos do processo executivo, com base em título executivo também diferenciado representado pelo reconhecimento incidental, pelo juiz da execução, de que houve prática de alguns casos de litigância de má-fé previstos pelo art. 17 (geradores de multa e indenização, conforme o art. 18), de ato atentatório à dignidade da justiça, previstos pelo art. 600 (geradores de multa conforme o art. 601) ou da prática de embargos protelatórios prevista nos arts. 739, III, e 740, parágrafo único.⁵⁹

Do exposto acima, vê-se, desde logo, que o âmbito de aplicação do art. 739-B é mais amplo do que se pode perceber através de uma rápida leitura de seu texto.

Deve-se, para um melhor entendimento da norma em estudo, fazer uma interpretação sistemática e teleológica, sob pena de restringir a sua aplicação, conferindo-lhe errônea análise.

Praticamente toda a recente reforma processual (para não dizer toda) teve como princípio norteador o art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal. Ou seja, o princípio da celeridade deve incidir sobre a atuação do art. 739-B⁶⁰.

Desta forma devemos entender a expressão “multa”, contida na norma em estudo, como suficientemente ampla ao ponto de abarcar todas as multas previstas no Código de Processo Civil.

Depois de firmarmos nossa posição acerca da abrangência ampla do art. 739-B, finalizamos nosso comentário sobre o dispositivo com a análise do âmbito da expressão “multa”. Se não há embaraços em relação à localização da indenização por má-fé, pois o próprio 739-B faz referência aos arts 17 e 18 do CPC, no que tange às demais multas judiciais, espalhadas ao longo da legislação processual, na nossa visão, todas estão alcançadas pelo art. 739-B, citando-se por exemplo, no Código de Processo Civil, as hipóteses dos arts. 30, 161, 196, 233, 461 e 740 parágrafo único.⁶¹

Para que seja exercido o direito contido na presente norma, é necessária apenas a existência de requerimento da parte interessada. A partir daí se dará o início do processo incidental. Não sendo o pedido líquido será desde logo iniciada a liquidação, seja por artigos ou por arbitramento como visto acima, com o que concorda Cassio Scarpinella Bueno:

o pedido, que a lei, dará ensejo à formação de novos autos, que ficarão “em apenso” aos autos da execução. Um tal pedido deverá apresentar o *quantum* perseguido pelo interessado ou, se for o caso, ensinar a intimação da parte contrária para o início da liquidação por arbitramento (arts. 475-

ENTRE ASPAS

C e 475-D) ou por artigos (arts. 475-E e 475-F), consoante se façam presentes os pressupostos de uma e de outra.⁶²

Outro ponto de grande relevância em torno desta inovação processual gira em torno da possibilidade de ocorrer eventual compensação entre os créditos presentes na execução ordinária e os créditos de eventual sanção sofrida pelo exequente.

Não se deve pensar que a novidade venha a ter menor aplicação prática porque, em geral, é o executado quem é apenado como litigante de má-fé ou por ter praticado ato atentatório à dignidade da justiça. É que, por qualquer razão, podem existir débitos do exequente em favor do executado, o que é bastante para a aplicação da regra, com vistas a uma maior celeridade na prestação jurisdicional derivada deste verdadeiro “acerto de contas”, o que tipifica, como tal, a compensação (CC, art. 368). É imaginar a situação do executado que, sancionado na execução, venha a ter seus embargos julgados procedentes, com a condenação do exequente em custas e honorários advocatícios. Não há porque recusar que, com relação a estes valores possa haver a compensação autorizada pelo dispositivo previsto no art. 739-B.⁶³

Ainda no tocante à compensação e a execução referida no artigo *in comento* (segunda parte) Cassio Scarpinella Bueno⁶⁴ ensina que, ela pode se operar quando a sanção se der também no processo de conhecimento, processo cautelar, processo monitório. A razão é a mesma exposta no início do presente tópico, buscar a celeridade processual, além da economia, evitando que seja necessária a interposição de nova ação para se cobrar esses créditos.

Por fim, registre-se que a norma do art. 739-B possui grande relevância dentro da sistemática proposta pela reforma processual, que visa, importante ressaltar, conceder ao processo civil maior celeridade, efetividade e economia, obedecendo ao disposto no art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal.

9. Conclusão

O presente trabalho objetivou estudar os aspectos relacionados às sanções do instituto da litigância de má-fé, previstos nos arts. 16 a 18 do CPC, com o intuito de dirimir dúvidas decorrentes de sua complexidade e, por vezes, confusa regulamentação legislativa.

A aplicação das sanções pertinentes tem o condão de inibir o mau uso dos direitos processuais e da máquina judiciária.

Trata-se de uma maneira de proteger dois bens jurídicos distintos: a boa prestação da tutela jurisdicional pelo Estado e o direito das partes, a um processo célere e justo. Daí o porquê de poder o magistrado aplicar suas sanções de ofício.

É de grande importância que ocorra a aproximação entre a teoria (sistema normativo da litigância de má-fé) e a prática (aplicação das normas pelos magistrados e respeito, pelas partes, aos deveres contidos no art. 14).

Diante de todo o exposto resta demonstrada a importância do instituto da litigância de má-fé, explicando, assim, a razão pelo estudo e pesquisa acerca do mesmo.

Referências

ANGHER, Anne Joyce. Litigância de má-fé no processo civil. São Paulo: Rideel, 2005.

AQUAVIVA, Marcus Cláudio. Dicionário jurídico brasileiro Aquaviva. 9. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1998.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. MARCATO. Código de processo civil interpretado. Antonio Carlos (coord.). São Paulo: Atlas, 2004.

BOTELHO, Marcos César. Comentários às alterações da Lei n.º 11.232/2005. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 923, 12 jan. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7828>>. Acesso em: 26 set. 2006.

BUENO, Cássio Scarpinela. A nova etapa da reforma do código de processo civil. Comentários sistemáticos à Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006. V. 3. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARPENA, Márcio Louzada. Da (Des) lealdade no processo civil. In: AMARAL, Guilherme Rizzo (coord.). Visões críticas do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 6. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

OLIVEIRA, Ana Lúcia Lucker Meirelles de. Litigância da má-fé. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Direito Processual Civil: Tutela jurisdicional individual e coletiva. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2005.

DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico. vol. 1 a 3. 2. ed. rev. atual. aum. - São Paulo: Saraiva, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. v.2. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Cândido Rangel. Intervenção de terceiros. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FELKER, Reginald. Litigância de má-fé e conduta processual inconveniente. São Paulo, LTr, 2007.

FERREIRA JORDÃO, Eduardo. Repensando a Teoria do Abuso de Direito. Salvador: JusPODIVM, 2006.

FRANÇA, Fernando Luís. A antecipação de tutela ex-officio. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. Dicionário Compacto Jurídico. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2007.

HOUAISS, A (Ed). Dicionário Eletrônico Houaiss de Língua Portuguesa 1.0. S/L: Objetiva, 2001.

IOCOHAMA, Celso Hiroshi. Litigância de má-fé e lealdade processual. Curitiba: Juruá, 2006.

ENTRE ASPAS

MACHADO, Costa. Código de processo civil interpretado. Barueri-SP: Manole 2007

MARCATO, Antonio Carlos (coord.).Código de processo civil interpretado. São Paulo: Atlas, 2004.

MARTINS COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Diretrizes teóricas do novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002.

MILMAN, Fabio. Improbidade processual: comportamento das partes e de seus procuradores no processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 7. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. 9. ed. rev.ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção, et al. Reforma do CPC 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. São Paulo: Saraiva, 2001.

STOCO, Rui. Abuso do Direito e Má-Fé Processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Boa-fé e processo. Princípios éticos na repressão à litigância de má-fé. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). Estudos de direito processual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.

_____. A reforma da execução do título extrajudicial. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VINCENZI, Brunela Vieira de. A boa-fé no processo civil. São Paulo: Atlas, 2003.

Notas

i. CARPENA, Márcio Louzada. Da (Des) lealdade no processo civil. AMARAL, Guilherme Rizzo (coord.). Visões críticas do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 37.

1. DINIZ, op. cit., p. 168.

2. ANGHER, op. cit.. p. 43.

3. Art. 16. Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente.

4. STOCO, op. cit., p. 92.

5. NERY JUNIOR; NERY, op. cit. p. 302.

6. ANGHER, op. cit., p. 203.

7. ANGHER, op. cit., p. 118.

8. O artigo 17 do Código de Processo Civil, ao definir os contornos da litigância da má-fé que justificam a aplicação da multa pressupõe o dolo da parte no entravamento do trâmite processual, manifestado por conduta intencionalmente maliciosa e temerária, inobservando o dever de proceder lealdade (STJ – 6ª T. – REsp. 269.409 – Rel. Vicente Leal – J. 17.10.2000).

9. Não caracteriza a má-fé a litigância só porque a parte emprestou a determinado dispositivo de lei ou a certo

julgado a interpretação diversa da que neles efetivamente contida ou desafeiçoada ao entendimento que dá o juízo (STJ, 1ª T., REsp. nº 21.185 – 6/SP, Rel. Min. César Rocha, v.u.).

10. OLIVEIRA, op. cit. p.125.

11. MILMAN, op. cit. p.137.

12. ANGHER, op. cit., p. 126.

13. IOCOHAMA, op. cit. p.182.

14. BEDAQUE, op. cit., p.93

15. IOCOHAMA op. cit. p.184.

16. MILMAN, op. cit. P. 142.

17. Caracteriza litigância de má-fé aquele que ingressa com embargos de terceiro à vespera da praça com a intenção de frustrar a execução ou retardar o andamento de execução (2º TACSP – 6.ª C. – Ap. 289.111 – Rel. Norival Oliva – j. 24.04.1991).

Litigância de má-fé. Oposição de embargos à execução com caráter infrigente do julgado. Incidente manifestamente infundado. Indenização que pode ser imposta de ofício. Artigos 17, VI, e 18 do Código de Processo Civil. Recurso não provido. “Caracteriza a má-fé processual a utilização da via dos embargos a execução com caráter infrigente do julgado, para rediscutir a causa decidida em trânsito em julgado. Com a edição da Lei nº 8.952/94, que deu nova redação ao Código de Processo Civil, a imposição da indenização não depende de promoção da parte contrária prejudicada com essa conduta” (TJSP – 9ª C. Dir. Privado – Ap. 19.303-4 – Rel. Ruiter Oliva – j. 01.04.1997).

18. Neste sentido o legislador infraconstitucional inovou recentemente, com o advento da Lei nº 11.382/2006, que alterou, entre outros, o art. 740, parágrafo único do CPC. Trata-se de situação específica em que o magistrado pode condenar o embargante ao pagamento de multa no percentual de 20% (vinte por cento) sobre o valor executado, por opor resistência injustificada ao andamento do processo de execução.

19. MIRANDA apud ANGHER, op. cit., p. 136 e 137.

20. DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. v.2. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. P. 263.

21. Execução. Litigância de má-fé imputada à exequente. Preenchimento unilateral de claros existentes no contrato celebrado. Irrelevância. “Sem a prova do comportamento maldoso da parte e, ainda, da existência efetiva do dano não se configura a litigância de má-fé. Inexistência de contrariedade ao art. 17, incisos II e III, do CPC. Recurso Especial não reconhecido” (STJ – 4.ª T. – Resp. 220.162. – Rel. Barros Monteiro – j. 06.02.2001).

22. CARNELUTTI apud OLIVEIRA, op. cit., p. 60.

23. “O art. 17, do Código de Processo Civil, ao definir os contornos da litigância de má-fé que justificam a aplicação da multa pressupõe o dolo da parte no entravamento do trâmite processual, manifestado por conduta intencionalmente maliciosa e temerária, inobservado o dever de proceder com lealdade” (STJ – 6.ª T. – Resp. 269.409. – Rel. Vicente Leal – j. 17.10.2000)

24. BEDAQUE, op. cit., p. 91.

25. ANGHER, op. cit., p. 137.

26. Se em execução contra a Fazenda Pública, esta se afasta dos termos claros e precisos do acórdão exequendo, modificando-os e criando incidentes infundados, responde como litigante de má-fé (RT 514/17 e RJTJSP 42/143).

27. ANGHER, op. cit., p. 140.

28. Art. 22. O réu que, por não arguir na sua resposta fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, dilatar o julgamento da lide, será condenado nas custas a partir do saneamento do processo e perderá, ainda que vencedor na causa, o direito a haver do vencido honorários advocatícios.

Art. 31. As despesas dos atos manifestamente protelatórios, impertinentes ou supérfluos serão pagas pela parte que os tiver promovido ou praticado, quando impugnados pela outra.

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado

ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 2º Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor.

29. ANGHER, op. cit., p. 146.

30. DINAMARCO, op. cit. p. 264.

31. ANGHER, op. cit., p.147.

32. THEODORO JUNIOR, Humberto. Boa-fé e processo – Princípios éticos na repressão à litigância de má-fé. MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). Estudos de direito processual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 652.

33. ANGHER, op. cit., p. 153.

34. GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 9ª ed., ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p.123.

35. ANGHER, op. cit., p. 153.

36. ANGHER, op. cit., p. 155.

37. OLIVEIRA, op. cit. p. 80.

38. BERMUDEZ Apud ANGHER, op. cit., p. 162.

39. IOCOHAMA, op. cit., p. 228.

40. BOTELHO, Marcos César. Comentários às alterações da Lei nº 11.232/2005. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 923, 12 jan. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7828>>. Acesso em: 26 set. 2006.

41. ANGHER, op. cit., p. 163.

42. MILMAN, op. cit., p. 228.

43. ANGHER, op. cit., p. 166.

44. MOREIRA Apud ANGHER, op. cit., p.164.

45. STOCO, op. cit., p. 149.

46. MILMAN, op. cit., p. 223.

47. Idem, ibidem. p. 224 e 225.

48. O vencedor de má-fé também pode ser condenado em honorários advocatícios, por aplicação do art. 18. (JTARS 83/239 in THEOTONIO NEGRÃO, CPC e legislação processual em vigor, 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 116, nota 2 ao art. 18).

49. STOCO, op. cit., p. 98.

50. ANGHER, op. cit., p. 173.

51. NERY JUNIOR, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 9ª ed., rev., amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 187.

52. A condenação do litigante de má-fé deve ser imposta no mesmo processo de acordo com o CPC 18 (RTJ 110/ 1127). Todavia, o litigante inocente prejudicado poderá ajuizar ação para pleitear indenização do litigante de má-fé (RJTSP 92/142; RT 544/76). In NERY JUNIOR; NERY. op. cit. p. 188.

53. No caso de o litigante inocente pretender ajuizar ação autônoma para pleitear perdas e danos ocorridas no processo por ato do litigante de má-fé, o juízo competente para julgar a ação indenizatória é o mesmo onde ocorreu o dano processual (CPC 108) (RT 603/52). No mesmo sentido: ATARJ 24/168. in NERY JUNIOR; NERY. op. cit. p. 188.

54. ANGHER, op. cit., p. 176.

55. ALVIM Apud ANGHER, op. cit., p.

56. FELKER, Reginald. Litigância de má-fé e conduta processual inconveniente. São Paulo, LTr, 2007. p. 76.

57. Art. 35 – As sanções impostas às partes em consequência de má-fé serão contadas como custas e reverterão em benefício da parte contrária; as impostas aos serventuários pertencerão ao Estado.

58. THEODORO JÚNIOR, Humberto. A reforma da execução do título extrajudicial. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 198.
59. MACHADO, Costa. Código de processo civil interpretado. Barueri-S: Manole 2007. p. 1066.
60. Este é o entendimento de Cássio Scarpinella Bueno ao dizer que: “Pela nova regra, novidade trazida pela Lei nº 11.382/2006, no seu intuito de racionalizar a prática dos mais variados atos processuais, em perfeita aplicação do comando do art. 5º, LXXVIII, da CF [...]”. in BUENO, Cássio Scarpinella. A nova etapa da reforma do código de processo civil. Comentários sistemáticos à Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006. V. 3. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 284.
61. NEVES, Daniel Amorim Assumpção, et al. Reforma do CPC 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 549 e 550.
62. BUENO, op. cit. p. 285.
63. Idem, ibdem. p. 285 e 286.
64. Idem, ibdem. p. 286.

A NATUREZA JURÍDICA DO PEDÁGIO

Gustavo Teixeira Moris

Advogado. Procurador do Município de Dias D'Avila. Pós-graduado em Direito Tributário pela PUC-SP. Especialista em Licitações e Contratos.

Resumo: Natureza jurídica do pedágio. Investigação acerca do papel do pedágio no direito positivo brasileiro, sua finalidade, seu regime jurídico e seus critérios definidores. Conceitos de taxa, preço público, serviço público e tarifa. Estudo da legislação infraconstitucional e constitucional acerca da taxa pela efetiva utilização do serviço público. Investigação histórica do pedágio no direito alienígena e no direito brasileiro. O pedágio no atual sistema constitucional. Limitações ao poder de tributar. As taxas sobre a ótica do concessionário do serviço público. Relação entre o concessionário do serviço público e o poder concedente. Relação entre o poder concedente e o usuário do serviço público. Relação entre o concessionário do serviço e seu usuário.

Palavras-Chave: Pedágio. Tributo. Taxa. Preço Público. Tarifa. Constituição. Limitações ao poder de tributar. Natureza jurídica.

1. Introdução

Para tratar do tema, inicialmente se faz necessário uma consulta a dois diplomas normativos que tratam panoramicamente da matéria, ao juízo do autor. O primeiro, a Constituição Federal, e o segundo o Código Tributário Nacional.

A Constituição Federal¹ deu tratamento específico as taxas, no que recepcionou os dispositivos do Código Tributário Nacional² que por sua vez tratou das taxas nos seguintes artigos:

Art. 5º Os tributos são impostos, taxas e contribuições de melhoria.

Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Art. 79. Os serviços públicos a que se refere o artigo 77 consideram-se:
I – utilizados pelo contribuinte:

- a) efetivamente, quando por ele usufruídos a qualquer título;
- b) potencialmente, quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à

sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento;
II – específicos, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de unidade, ou de necessidades públicas;
III – divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários.

No presente trabalho nos ocuparemos de decompor de forma analítica as principais características das taxas de serviço, quando esses são efetivamente utilizados pelo contribuinte, impondo assim, um corte na matéria, que além de farta é particularmente polêmica.

O objetivo deste estudo é demonstrar as principais diferenças entre as taxas e os preços públicos, entre as taxas e as tarifas, e concluir que os pedágios também são espécies de taxa cobrada pela efetiva utilização do serviço público, conceituando-o, classificando-o e atribuindo-lhe uma natureza jurídica.

Para atingir o objetivo proposto, será preciso conceituar taxa, preço público, tarifa e serviço público. Bem como analisar as relações travadas nas concessões de serviços públicos entre poder concedente, concessionária e usuário do serviço. Necessário também será um breve esboço histórico do pedágio, no direito alienígena e no direito brasileiro.

2. As taxas

Para o Jurista Bernardo Ribeiro de Moraes a taxa seria:

Uma espécie de tributo, que se distingue das demais pela existência, de duas causas jurídicas: em função do exercício regular do poder de polícia; e pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição (o destino da arrecadação da taxa não é mais elemento caracterizador deste tributo). (MORAES, 2007, p. 32).

(...) como espécie tributária, a taxa é devida em razão da soberania financeira do Estado, independentemente da vontade do contribuinte ou qualquer condição (a não ser quando estabelecida na própria lei). (MORAES, 2007, p.41).

Nesse particular é complementado por Ramon Valdes Costa: “as taxas como todos os tributos são sempre obrigatórias, em virtude da decisão unilateral do Estado.” (COSTA, 1970, p.313).

Assim, podemos concluir que as taxas são compulsórias, pois são criadas (seu critério material, critério espacial, sujeito ativo, sujeito passivo, base de cálculo e alíquota ou ainda cobrada com valor fixo) pela vontade unilateral do Estado, e podem ser instituídas sempre pelo Estado e por ele cobrada ou por quem lhe faça as vezes, sempre que houver um serviço público de sua titularidade,³ específico e divisível efetivamente utilizado pelo contribuinte.⁴

Nesse aspecto vale ressaltar que o contribuinte poderá, a depender do caso, utilizar ou não o serviço. Se optar em não utilizar, não haverá a existência do fato gerador da obrigação tributária e como consequência a cobrança da taxa não existirá. Mas, se de forma contrária, optar em utilizar o serviço, será sujeito passivo da obrigação tributária, tal qual e na forma em que tiver sido estabelecida em lei.⁵

3. Os preços públicos

Diferentemente da taxa, o preço público demanda a manifestação de vontade do particular para a estipulação do *quantum* a ser pago ao Estado ou pelo Estado. Sem essa necessária manifestação, não se poderá chegar a um valor. No preço público a vontade do particular concorre de forma decisiva no estabelecimento do quanto pagar, ou ainda do quanto receber (característica inexistente na taxa, que vista sob a ótica do particular, será sempre o *quantum* a pagar).

Os preços públicos não nascem da lei, e sim do acordo de vontade entre as partes. Eles existem nas obras públicas, na compras públicas, na contratação de empresas privadas para a prestação de serviços gerais, nas alienações onerosas feitas pelo poder público ao particular, e em outras circunstâncias que dependam de um ajuste entre administração e particular para o surgimento do preço.

Na obra pública, a administração contrata particular para a sua execução, mediante ajuste de preço a ser feito através de processo licitatório, geralmente adjudicando o objeto a empresa que oferecer o menor preço. O mesmo ocorre na contratação de empresa para prestação de serviços gerais. Já nas alienações onerosas feitas pelo poder público ao particular os objetos são adjudicados ao particular que oferecer o maior preço para a obtenção dos bens.

Em todos os casos mencionados acima, a manifestação de vontade na formação do contrato (o preço é um dos elementos informadores do contrato) é imprescindível para a existência deste tipo de obrigação.

Em última análise, não pode existir preço público sem a necessária manifestação de vontade do particular, pois o mesmo tem natureza contratual, ou seja, não são compulsórios, pois sua existência está condicionada ao necessário acordo de vontade das partes, o que o distingue definitivamente da taxa, que como já vimos são instituídas independentemente desta manifestação.

Pode-se afirmar que a expressão – preço público – é quase uma contradição em termos eis que preço é instituto relacionado à contratação privada. Então, nessa esteira, qual a significação de preço público? Seria todo valor fixado por um acordo de vontade entre no mínimo duas partes, e que uma delas seja o Poder Público.

Assim têm-se como exemplo de preços públicos: os preços fixados para construção de uma obra onde o contratante é o Poder Público e o contratado é um particular; os preços fixados em um contrato de locação, onde o locador é o Poder Público e o locatário é um particular; os preços fixados para a entrega de um dado bem, onde o comprador é o Poder Público e o vendedor é o particular, entre outros exemplos que veremos adiante.

4. Serviços públicos

O Ministro Moreira Alves, no X Simpósio de Direito Tributário, lançando sistemático olhar sobre os serviços procurou identificar três espécies:

Os serviços propriamente estatais, prestados mediante soberania estatal e remunerados mediante o estabelecimento de taxa. Esta categoria abrangeria os serviços judiciários e de emissão de passaporte.

Os serviços essenciais ao interesse público, cuja prestação estaria relacionada a um interesse da coletividade. Ocorreria nos casos de fornecimento de água e coleta de lixo. A sua remuneração também dar-se-ia por meio da taxa, tendo em vista o vínculo existente entre o serviço e o interesse supraindividual.

Por fim, haveria os serviços não essenciais, cuja fruição ficaria a critério do usuário. Esses serviços poderiam ser delegados e seriam remunerados por preço público. Exemplos destes serviços seriam os telefônicos e de energia elétrica.

A par da brilhante sistematização ter jogado forte luz sobre o tema, a sistematização incorre em alguns problemas que são: 1) de ordem prática ao distinguir serviços de fornecimento de água e serviço de energia elétrica, ambos essenciais ao mundo atual e ambos possíveis de delegação; 2) quanto de ordem jurídica: eleger a compulsoriedade da utilização do serviço como critério para caracterizá-lo.

Nesse sentido nos leciona o professor Marçal:

O problema fundamental não reside na espontaneidade (ou não) do consumo do serviço, mas na sua submissão ao regime de direito público. Serviços públicos podem, respeitados os parâmetros constitucionais, ser objeto de disciplina legal impondo sua compulsoriedade. Mas isso não é inerente ao conceito de serviço público. Há serviços que não são compulsórios nem por isso deixam de ser públicos. Enfim, a compulsoriedade da fruição somente é admissível nas hipóteses de regime de direito público, mas não é da essência do conceito de serviço público.(JUSTEN FILHO, 2003, p. 344).

O professor Geraldo Ataliba reconhecia que a Constituição Federal impunha a taxa como instrumento adequado a promover a remuneração de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados, apontando que sua delegação não importaria na alteração da natureza do seu regime jurídico. (ATALIBA, 1999, p. 140).

Assim, juridicamente, poderíamos compreender os serviços públicos como todos os serviços de titularidade do Estado, cuja prestação é passível de concessões ou permissão, sempre através de licitação.

CF. Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.⁶

A necessidade de licitação dá a essência pública ao serviço, pois é por ser serviço público que o processo licitatório se impõe, pois, a *contrario sensu*, se o serviço não fosse público, não necessitaria de licitação para sua exploração, eis que estaria a disposição do mercado para sua livre exploração, imperaria o princípio da livre concorrência. Em outras palavras, a Administração Pública não pode fazer concessão de serviços que não sejam públicos, os serviços privados estão fora deste controle estatal.

É possível indagar-se agora, quais então seriam os serviços públicos? A pergunta deve seguir a dinâmica imposta pela evolução das instituições, das necessidades humanas, e da legislação. Juridicamente, e de forma estática, poderíamos dizer que todos os serviços que possam ser extraídos das competências e atribuições estabelecidas nos artigos 21 e 23 da CF poderiam em tese ser considerados serviços públicos, nem todos específicos e divisíveis. Exemplos indiscutíveis são os serviços de emissão de moeda, serviços de telecomunicação e radiodifusão, serviços de correios, serviços de instalação de energia elétrica, serviços de organização e manutenção do poder judiciário, dentre outros.

Por fim, registre-se que se o serviço é público, seja ele qual for, o fato de ser concedido para exploração privada, não lhe retira tal natureza nem modifica seu regime jurídico. Nesses casos não se modifica a titularidade do serviço, a titularidade do serviço continua a pertencer ao Estado, o que se concede ou se permite é a prestação de tais serviços. Assim, indaga-se: Se a Administração Pública ao prestar dado serviço público específico e divisível pode instituir determinada taxa, sujeita ao regime jurídico tributário, limitada pelas garantias constitucionais em favor do contribuinte, como poderia fazer a concessão do referido serviço ao particular, outorgando-lhe a sua prestação⁷ e conferindo-lhe ainda a prerrogativa de ser (o particular) remunerado por outro instrumento/meio que não seja uma taxa? Ao outorgar a prestação do serviço público, é necessário também que seja transferido ao particular o seu regime jurídico na sua totalidade, que, por conseguinte, determinará a sua remuneração mediante o estabelecimento de taxa.

Por fim, para que não reste dúvida sobre a tese exposta, vale repisar que a compulsoriedade da utilização do serviço em nada tem a ver com a vinculação da taxa na sua cobrança. Não é porque a utilização é compulsória que a remuneração se deve dar por taxa, e sim porque o serviço é público, que deve ter satisfeita sua remuneração por taxa; e essa sim, ao ser estabelecida, será compulsória como todo tributo.

5. A tarifa

A CF⁸ ao tratar das tarifas as aborda nas seguintes passagens:

Art. 43. § 2º – Os incentivos regionais compreenderão, além de outros, na forma da lei: I – igualdade de tarifas, fretes, seguros e outros itens de custos e preços de responsabilidade do Poder Público;

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

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

Art. 175. Parágrafo único. A lei disporá sobre: III - política tarifária;

Atente-se para a regra de imunidade prevista no art.150, VI, "a" da CF, que proíbe a instituição de impostos sobre o patrimônio, a renda ou serviços uns dos outros. Segundo o professor Paulo de Barros Carvalho, a norma imunizante colabora com a norma de competência tributária, sendo destinada ao legislador ordinário para determinar a atribuição dos entes da federação. Dessa forma, do mesmo modo que a Constituição atribui a um ente a competência para instituição de determinado produto, explicita determinadas hipóteses de não incidência. (CARVALHO, 2003, p.168-169).

Se é assim, a norma constante do § 3º, do artigo 150 da CF também conformaria o plexo

de competência tributária dos referidos entes federados, e logo, ao dizer que “as vedações previstas no inciso VI, “a” do parágrafo anterior” não se estenderiam a serviços relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, o legislador constitucional indicou que: caso determinado serviço seja prestado pelo Poder Público, mas possua características relacionadas com exploração de atividade econômica e sejam regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou⁹ haja contraprestação ou pagamento de preço, a imunidade do serviço prestado não subsistirá, a imunidade da renda obtida com a prestação do serviço também não subsistirá, e a imunidade do patrimônio de alguma forma afetado à prestação do serviço, também não subsistirá.

Nesses casos estar-se-ia diante de um serviço prestado pelo Poder Público, mas que não seria serviço público. A imunidade só abrange os serviços uns dos outros (públicos por natureza). A prestação de outros serviços (regidos pelas regras de direito privado) seria passível de tributação nos termos no § 3º. É caso típico de serviço privado prestado pelo Poder Público.

O fato do Poder Público prestar tal serviço não os transmuta de privados para públicos, nesse caso se tem o inverso das concessões de serviços públicos, aqui os serviços privados são prestados pelo Poder Público, continuando a serem privados.

Mas o parágrafo 3º foi mais além, adicionou à hipótese acima com a conjunção OU, trazendo também a possibilidade de tributação quando haja a cobrança de tarifa pelo Poder Público ao usuário do serviço. Aqui estar-se-ia diante de serviços públicos prestados pelo Poder Público e exigindo-se tarifa como contraprestação pelo usuário do serviço.

O caso é diferente da primeira hipótese antiimunizante. Na primeira hipótese, o serviço é privado (regido pela regras aplicáveis aos empreendimentos privados) prestado pelo Poder Público com a exigência de preço ou contraprestação do consumidor do serviço. Na segunda hipótese, o serviço é público, prestado por terceiro, mediante concessão ou permissão, onde se exige tarifa do usuário do serviço público.¹⁰

Em última análise, as hipóteses antiimunizantes possuem natureza jurídica distintas, buscam atingir situações jurídicas distintas. A primeira, visa atingir os serviços privados prestados pelo Poder Público e a segunda, os serviços públicos prestados por terceiros, em que haja cobrança de tarifa do usuário do serviço público.

Caso o serviço público seja prestado pelo Poder Público, a imunidade subsistirá, não sendo possível a instituição de impostos pelo serviço público prestado, nem no patrimônio afetado à tal prestação.

Os tomadores de ambos os serviços possuem natureza jurídica diferenciada, justamente pelos serviços serem diferenciados. O tomador do serviço privado é conhecido como consumidor e o tomador do serviço público é conhecido como usuário. Consumidor e usuário são categorias distintas sujeitas a regimes jurídicos distintos.

A própria Constituição Federal¹¹ ao referir-se ao usuário do serviço público foi enfática em seus artigos 175 e 37. A Carta Constitucional tratou dos direitos dos usuários acertadamente, no artigo 175, quando prescreveu sobre os serviços públicos.

Já no tocante ao tomador do serviço sujeito as regras dos empreendimentos privados, a Constituição guardou-lhes outras garantias. Tratando dos direitos dos consumidores, quando prescreveu sobre a ordem econômica, fundada na livre iniciativa, serviços privados, portanto.¹²

Fixadas essas premissas, é possível afirmar que o serviço público efetivamente prestado ao usuário pode ser remunerado por taxa conforme prevê a Constituição e o Código Tributário Nacional; Por consequência, a exação cobrada pelo poder público ao usuário do serviço

deverá ser uma taxa, que poderá ser fixada de forma uniforme com base de cálculo fixa, e sendo assim, deverá constar de uma tabela tarifada, cujo nome dado será tarifa.

Nessa linha, a tarifa só pode ser exigida do usuário do serviço público, pois o consumidor do serviço privado sujeita-se ao pagamento de preço, e a fixação da tarifa deve seguir as regras para a fixação de sua classe tributária que é a taxa.

Assim, poder-se-ia dizer que as tarifas são cobradas todas as vezes que se está diante de um serviço público concedido.

6. Pedágio

6.1. Um breve histórico sobre a evolução do pedágio no mundo

Uma estratégia milenar de fazer fortuna. (SAVARIS, 2008, p.1678-2933). A cobrança pela passagem ou utilização de vias públicas ou privadas, terrestres ou fluviais, gravando o exercício da liberdade de circulação, direito irrenunciável do ser humano, (artigo 150, inciso V da Constituição de 1988), foi desde cedo percebida como uma fonte inesgotável de recursos.

Escritos antigos como a obra Arthashastra, elaborada na Índia por Kautilya (321. a.c), já registravam sua prática. Também se relata a cobrança pela utilização de vias que ligavam a Síria à Babilônia, há mais de 4 mil anos. (MACHADO, 2002, p.79).

A expansão do Império Romano leva a necessidade de construção de milhares de quilômetros de estradas; é bem verdade que a custa de muita mão de obra escrava, no entanto o financiamento constituía uma sensível questão, que inicialmente era viabilizada pelos proprietários das terras por onde as estradas passavam, mas devido a enorme extensão das estradas, eram reclamados mais recursos para sua construção.¹³

Na idade média, duques, marqueses e independentes, detinham o *comitatus*, isto é, um conjunto das prerrogativas que seus antepassados tinham exercido em nome do rei. Esses Poderes eram de origem judicial, militar e econômica, exercido em nome dos condes, dentre os poderes econômicos encontrava-se a cobrança, em proveito do conde, do pedágio. (FOURQUINI, 1987, p.47-48).

Já no século XI, quando já se fortalecia o poder real, os pedágios eram cobrados por alcaides que mantinham poderes policiais sobre um território determinado.

Desta forma os pedágios se multiplicam, a partir de 1050.

A título ilustrativo verifique-se a declaração de um Castelão do século XI:

Reconheço ter prendido a mercadores de Langres que passavam pelo meu domínio. Arrebatei-lhes as mercadorias e guardei-as até o dia em o Bispo de Lagres e o abade de Cluni virem procurar-me para exigir reparações. Guardei para mim uma parte do que eu tomara e restitui o resto. Esses mercadores, a fim de obterem (a totalidade do que lhes tinha sido roubado) e de poderem para o futuro atravessar minhas terras sem inquietação, consentiram em pagar-me uma quantia certa a guisa de tributo... Resolvi então impor a todos os que atravessavam o meu território, por negócio ou peregrinação, um imposto chamado pedágio” (FOURQUINI. 1987, P. 92).

A partir do Século XV o pedágio deixa progressivamente de ser cobrado sem causa, sem

contrapartida, para ter sua legalidade controlada pelo poder real, fiscalizando os valores das tarifas em cumprimento da obrigação da manutenção da obra.

Em 1464, Luis XI inicia a *policie des péages*, e com a criação dos correios e pelo édito de 1964, impõe-se a manutenção das vias pela cidade, por senhores e ordens religiosas, que arrecadam o pedágio em nome do rei. (SAVARIS, 2008, p.207).

Em 1724, por determinação do rei Luis XV uma comissão é criada com a função de pesquisar a cobrança de pedágio na França. Na época foram identificados mais de 5.688 pedágios de todas as ordens.

Em 1789, e posteriormente, em 1790, são suprimidos todos os direitos de pedágio sem indenização.

Assim, perto de um século após a abolição dos privilégios feudais, num momento da noite de 04 de agosto de 1789, o pedágio desaparece, de direito e de fato, como método de cobertura de custos de manutenção das estradas e dos canais.

Por razões distintas, mas seguramente dentre elas o desenvolvimento das ferrovias, a cobrança de pedágio cessa em todo o ocidente a partir da primeira metade do século XIX. (SAVARIS, 2008, p.210).

O desenvolvimento do setor automobilístico na segunda metade do século XIX, volta a acenar pela construção de rodovias mediante a cobrança de pedágios. (SAVARIS, 2008, p.210).

Segundo Aliomar Baleeiro, pouco antes da segunda Guerra Mundial, o pedágio estava fadado à reabilitação. E de fato com a construção da estrada Milano-Laghi, a Itália viu-se dotada de várias rodovias financiadas sob o regime de concessão, mediante cobrança de pedágio. (BALEEIRO, 1991, p. 333).

No início dos anos 50, a França empreendeu um amplo programa ambiental de construção de auto-estradas para recuperar seu atraso em relação a Alemanha e aos Países do Norte. Em 1952, é encaminhado um projeto de lei das autoestradas, que dispõe que sua utilização era em princípio gratuita, mas que, em casos excepcionais, sua construção e sua exploração, poderiam ser concedidas para a coletividade pública. (DERYCKE, Apud. SAVARIS, 2008, p.210).

Foi a Lei nº 55.435/1995 que autorizou a cobrança de pedágio em rodovias, com o que se iniciou sua arrecadação nas modernas *autoroutes*. (MEIRELLES, 1971, p.35).

O escorço histórico acima delimitado permite entender o pedágio como uma restrição (legítima) a livre circulação de pessoas e bens, traduzida na exigência de pagamento pela passagem ou utilização de determinada via.

6.2. O pedágio no direito positivo brasileiro

A primeira via de rodagem do Brasil, a estrada “União e Indústria”, foi concedida por força do decreto do governo imperial de nº 1.301/1852. (VASQUEZ, 1997, p.23).

Ainda em 1848, a Lei nº 451 da província de Minas Gerais, já havia autorizado a contratação de investidor privado para a construção e exploração da ponte sobre o rio São Francisco. O artigo 4º da lei em questão definia a importância que poderia ser exigida dos usuários, valendo a sua transcrição:

Art. 4º. Aos emprezarios fica concedido o privilegio de arrecadar na sobredita ponte pelo espaço de 40 anos as taxas seguintes: &1 – de cada pessoa a pé, vinte réis; & 2 – de cada pessoa a cavalo, ou por cada animal carregado, cento

ENTRE ASPAS

e sessenta réis; & 3 – de cada animal *vacum*, cavallar ou muar, tocados, cento e vinte réis; & 4 – de cada um carro, compreendendo os animais que o tirarem até o numero de dez, oitocentos réis.(MACHADO, 2002, p.80).

Observa-se aí, que a cobrança do pedágio necessitava de autorização legislativa inclusive quanto a definição da sua regra matriz, tendo como sujeito ativo os empregatarios, o sujeito passivo as pessoas a pé, ou acompanhada de cavalo, animal carregado, animal a *vacum*, ou de carro; como critério material, a passagem pela ponte nos termos em que indicado e a base de cálculo tarifada segundo indicado, 20 réis, 160 réis, 800 réis.

Em 1946, a Constituição contempla a possibilidade de cobrança de pedágio, dispondo em seu artigo 27 que:

Art. 27. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal aos Municípios estabelecer limitações ao tráfego de pessoas de qualquer natureza por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de taxas, inclusive pedágio, destinadas exclusivamente à indenização das despesas de construção, conservação e melhoramento das estradas.¹⁴

No estado de São Paulo, a Lei nº 13 de 1947(SAVARIS, 2008, p.15) instituiu em seu artigo 25 a taxa de rodágio, destinada exclusivamente a indenização das despesas de construção, conservação e melhoramento das estradas da rede rodoviária estadual e ainda estabeleceu em seu artigo 26 que a lei ordinária fixará as estradas em que incidirá a taxa e fixará seu valor. O regulamento de Lei nº 43 fixou que nenhum veículo poderia transitar na via Anchieta, nos trechos 30 e 50, sem o pagamento da taxa de pedágio.

Em 1950, a Lei nº 784 criou a taxa de pedágio e autorizou sua cobrança dos usuários de estradas pavimentadas. Na sequência a Lei 2.481/53 dispôs que a taxa de pedágio criada pela Lei nº 784 seria cobrada em todas as estradas pavimentadas a concreto, asfalto ou paralelepípedos.(SAVARIS, 2008, p. 15).

Por meio da Lei nº 1.260/51 (SAVARIS, 2008, p. 16), o Poder Executivo paulista foi autorizado a cobrar taxa de pedágio dos usuários da Via Anhanguera, nos trechos São Paulo-Jundiaí e Jundiaí-Campinas. Um detalhe importantíssimo, o pedágio seria cobrado nos termos da tabela anexa a referida lei (art.1º) e os valores seriam arrecadados pelo DER (Departamento de Estradas e Rodagens).

Até o final de 1960, o pedágio já era cobrado em outros Estados como Bahia (estrada Itabuna-Ilhéus) e Rio Grande do Sul (estrada Porto Alegre-São Leopoldo).

Em 1967, a Constituição continuou a prever a cobrança de pedágio nos seguintes termos:

Art. 20. É vedado a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: II – estabelecer limitação ao tráfego, no território nacional, de pessoas ou mercadorias por meio de tributos interestaduais e intermunicipais, exceto ao pedágio para atender ao custo de vias de transporte.¹⁵

Segundo publicação do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BIRD):

Os pedágios rodoviários no Brasil tiveram três fases distintas. Antes da Constituição de 1988, eram exigidos desde 1969, nas rodovias federais de

pista dupla, inclusive na ponte Rio-Niterói e, desde 1947, nas auto-estradas de São Paulo. Nesta fase, estes pedágios eram operados pelos próprios governos e a maioria era deficitária. A segunda fase se refere à desativação dos pedágios federais, logo após a promulgação da Constituição de 1988, com a instituição do selo pedágio na área federal, na tentativa frustrada de generalizar a cobrança de pedágio. O selo pedágio foi extinto em 1990 e a antiga forma de cobrança de pedágio não foi restabelecida. A terceira e atual fase é caracterizada pela intensificação do pedágio, com adoção do regime de concessões à iniciativa privada, a partir de 1996, por meio da Lei nº 9.277, que permitiu a delegação de rodovias federais a Estados e Municípios, mediante convênio com a União e implantação de novos pedágios por concessões privadas. (FIRMINO, in. SAVARIS, 2008, p.215).

A Constituição Federal de 1988 volta a contemplar expressamente a possibilidade de cobrança do pedágio nas vias conservadas pelo Poder Público (art. 150, V).

Numa simples comparação do texto constitucional de 1988 com os textos constitucionais anteriores, é possível identificar que a incidência do pedágio, em 1988, não se prende a fundamentação jurídica específica de 1946, onde o produto da sua arrecadação se destinava exclusivamente a indenização das despesas de construção, conservação e melhoramento de estradas. Em 1967, o pedágio foi criado para atender ao custo de vias de transporte, e agora em 1988, não há no texto constitucional qualquer norma que determine a destinação da receita, nem tampouco o fundamento (jurídico) pelo qual pode ser exigido, o que há é um pressuposto fático para instituição do pedágio (prévia manutenção de via pública pelo Poder Público).

Pode-se até afirmar que a cobrança de pedágio nos termos da Constituição Federal de 1988 serve para realizar outros valores que não especificamente o desenvolvimento das vias rodoviárias. Como o pedágio constitui limitação à liberdade de circulação, direito constitucional fundamental, sua instituição, pela lei restritiva deverá buscar a promoção de outros valores de dignidade constitucional, como a promoção da erradicação da pobreza, a busca por um ambiente ecologicamente equilibrado e até mesmo propiciar o uso racional do meio de transporte. Contudo por não ser objeto do presente estudo os breves apontamentos ficam consignados para reflexão do leitor.

6.3. Conclusões acerca da natureza jurídica do pedágio

O conceito de pedágio está invariavelmente ligado a obrigação de pagamento pela passagem por determinado caminho.

Reconhecendo no direito de passagem a essência do pedágio, Bernardo Ribeiro de Moraes registra que, na Idade Média “bastava a simples passagem pelos caminhos ou áreas predeterminadas, seja a pé (pedágio), a cavalo, através de barco (barcagem) ou de veículo (rodágio), para ser devido o pedágio. (MORAES,1995,p.337).

Etimologicamente, pedágio, do latim pés, pedis significa “o direito de pôr o pé” (DERYCK,1997.p.10), ou “onde se põe o pé” (MEIRELLES, 1971, p.34), daí a preferência de Aliomar Baleeiro pelo termo rodágio, para traduzir a imposição pela circulação em vias públicas mediante veículos.(BALEIRO, 1991, p.333).

ENTRE ASPAS

Sacha Calmon refere que o pedágio, historicamente, é pago pelo uso de estradas, o preço que se paga para passar. (COELHO, 2002, p.427).

Para Hector Villegas, pedágio significa a prestação pecuniária que se exige por circular por uma via de comunicação terrestre ou hidrográfica (caminho, ponte, autopista, túnel). (VILLEGAS, 2002, p.200).

No conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello, inclui-se mesmo, a finalidade do pedágio, que compreende, a seu ver:

A designação atribuída a uma cobrança passível de ser exigida dos usuários de via pública, a fim de acobertar despesas na construção, remunerar o trabalho aí implicados ou relativos a sua permanente conservação, bem como serviços complementares disponibilizados a quem deles se utilize. (MELLO, 2002, p.11).

Já para Pinto Ferreira: “O pedágio é a importância em dinheiro que a União, o Estado, ou o Município cobram dos particulares pela utilização de estradas públicas, para atender exclusivamente a indenizações de despesas com a sua construção e melhoramento. (FERREIRA, 1992, p.321).

Se considerarmos que a construção, manutenção e conservação das vias públicas, estradas, vias de acesso, rodovias e ruas são de competência do Poder Público respectivo, União para as estradas federais, Estados para as estradas estaduais e Municípios para as ruas municipais podemos concluir que esta atividade constitui típico serviço público.

E como serviço público pode ser objeto de imposição de taxa, se for específico, divisível e efetivamente gozado pelo contribuinte.

No caso da utilização das estradas, dúvidas não restam acerca da divisibilidade e especificidade do serviço. É típico serviço que é passível de ser destacado em unidades autônomas de prestação (manutenção de determinada rodovia, trecho ou parte de determinada via) e serviço passível de ser utilizado de forma divisível (quantidades de vezes de sua utilização, dias de utilização, semanas de utilização¹⁶, quilômetros rodados¹⁷). “A divisibilidade do serviço constitui-se em um desdobramento da especificidade do serviço, se o serviço é específico também se poderá identificar os sujeitos passivos do serviço.” (PEREIRA FILHO, 2007, p.66).

E por fim a efetiva utilização é auferida no momento que o usuário ingressa na rodovia ou dela pretende sair.

Assim sendo estamos diante de um serviço público, específico e divisível, que quando efetivamente fruído pelo contribuinte, pode¹⁸ ensejar a cobrança de taxa. A taxa especificamente designada para esse tipo de serviço público foi denominada pedágio.¹⁹

Não resta dúvida que a cobrança deve se dar mediante a instituição de uma taxa. Todas as características de serviço público estão presentes, são serviços de titularidade do Estado, que podem ser específicos e divisíveis e fruídos pelo usuário, de modo que não existe outra forma do Poder Público exigir tal exação no sistema constitucional vigente que não seja mediante a imposição de um tributo, cuja a espécie é taxa, e cujo o nome é pedágio.

Não foi sem razão que a Constituição Federal de 1988 reservou no artigo 150, V, a possibilidade de se estabelecer a limitação ao tráfego de pessoas ou bens mediante a cobrança de pedágio. A primeira parte do inciso proíbe a União, Estados, Distrito Federal e Municípios de instituir qualquer tributo tendente a restringir a circulação de pessoas e bens, exceto o pedágio.

Prova contundente de que o pedágio é tributo é sua expressa exclusão do rol das limitações ao poder de tributar. Se fosse preço público como querem alguns autores a ressalva seria desneces-

sária, já que como preço público pertenceria a outra classe, distinta, portanto, dos tributos.

Para alguns autores, a ressalva à cobrança do pedágio no âmbito das limitações ao poder de tributar não se fazia necessária, uma vez que pedágio era preço público, e não taxa.

Não foi a tese que prevaleceu, tendo a Constituição Federal de 1988 excluído expressamente das limitações ao poder de tributar a possibilidade de instituição do pedágio, o que é mais um elemento a indicar que se está diante de um tributo.

A evolução histórica no direito comparado e no Brasil também não deixa dúvida de que o pedágio era uma taxa exigida pelo poder soberano do Estado, ou em nome do poder soberano deste, e tinha sua imposição condicionada a aprovação de uma lei.

Foi assim em Roma com a criação do administrador de estradas (*curatores viarum*), que tinha a atribuição de impor contribuição, denominada pedágio. Foi assim também na idade média com os duques, marqueses e condes, vassalos diretos do rei, que detendo o *comitatus* (espécie de privilégio real) cobravam em nome do rei o pedágio, passando pelos alcaides reais no século XI, que detinham o poder policial sobre o reino, fazendo a cobrança do pedágio; Chegando ao século XV na França com a *Police des péages* no governo de Luis XI, impondo o pedágio através do édito de 19.06.1964, até o século XVII na Inglaterra, com a instituição do pedágio por meio do Highways Act 1663.(SAVARIS, 2008, p. 9).

Na França, a imposição do pedágio se deu também através da Lei nº 55.435/1995, que autorizou a cobrança de pedágios nas rodovias.(SAVARIS, 2008, p. 12).

Na província de Minas Gerais com a Lei nº 451/1848²⁰ (SAVARIS, 2008, p. 14) fora autorizada a exploração de vias mediante a imposição de pedágio e os valores a serem cobrados a título de pedágio foram fixados pela própria lei.

No Brasil, a primeira via pedagiada, a estrada *União e Indústria* fora concedida a Mariano Procopio Ferreira Lage, que autorizava a sua exploração e fixava as tarifas que poderiam ser cobradas. No Estado de São Paulo, em 1947, a Lei nº 13 instituiu a cobrança de pedágio e em seu artigo 26 estabeleceu que a lei ordinária determinasse as estradas que incidiriam a taxa de pedágio e fixaria o valor desta, no que foi seguido pela Lei nº 784/1950 e pela Lei nº 1.260/1951 (SAVARIS, 2008, p. 15), sendo, no plano federal, regulamentada a cobrança de pedágio pela edição do decreto-lei nº 791(SAVARIS, 2008, p.16), que autorizava o Governo Federal a cobrar o pedágio dos usuários de vias públicas em 1969.

Como se pode ver, tanto do ponto de vista histórico, consultando o direito comparado, quanto a evolução do pedágio do direito positivo Brasileiro, o pedágio sempre foi visto como uma prerrogativa inerente ao *jus imperium* do Estado. Não sendo diferente na Constituição Federal de 1988, que ao ressaltar o pedágio das limitações ao poder de tributar, reafirmou possuir o pedágio a natureza jurídica de taxa, pertencente a classe dos tributos.

7. A questão das concessões de explorações dos serviços públicos à concessionários

O artigo 175 da Constituição Federal de 1988 estabelece que incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Os serviços públicos ali referidos são indiscutivelmente os mesmos serviços referidos no artigo 145, II da Constituição; que, por sua vez, constituem o suporte fático (prestação de serviço específico e divisível, efetivamente prestados ao contribuinte) para a instituição da taxa.

Assim, primeiro vale consignar que a norma tratada no artigo 175 da Constituição

Federal é norma de eficácia limitada, ou seja, para que os serviços públicos possam ser concedidos a terceiros, é necessária a existência de lei autorizando a concessão e regulamentando sua forma. A norma tem sua plena eficácia condicionada a existência de lei infraconstitucional, regulamentando a forma e condições da concessão do serviço público.

Segundo, impende afirmar que a concessão do serviço público, feita a terceiro pelo Poder Público, não pode alterar o regime jurídico de tal instituto. O que se concede é a prestação do serviço a terceiro, jamais a titularidade do serviço, que mantém incólume sua titularidade, que permanece com o Poder Público.

Por sua vez, a concessão da prestação do serviço público implica na transferência ao terceiro (concessionário), do regime jurídico público do serviço, inclusive a forma de cobrança do usuário do serviço. Assim, se a administração prestar o serviço de forma direta, poderá cobrar taxa, ao transferir a prestação do serviço público a terceiro (concessionário), este também só poderá cobrar do usuário do serviço a mesma exação, qual seja a taxa.

Isso porque não pode o Poder Público transferir, na concessão, prerrogativa que não detém. Se o Poder Público quiser se remunerar ao prestar o serviço público deverá instituir uma espécie tributária chamada taxa, caso contrário deverá prestá-lo de forma gratuita.²¹ Do mesmo modo, se, na forma da lei, opta em conceder o serviço público a concessionário deve respeitar os direitos e as garantias constitucionais em favor do contribuinte.

O serviço público objetiva a satisfação de uma utilidade pública.

A eventual contraprestação pecuniária que o usuário do serviço for obrigado a desembolsar não pode ter natureza de preço, pois esta é figura nitidamente decorrente de relações de disponibilidade e liberdade estipulativa, o que não ocorre no serviço público que é por determinação constitucional, uma das entidades fora do mercado. (GRECO, 1982, p.54).

Permitir que o concessionário exija do usuário um preço público, implica em conceder ao concessionário um poder que nem mesmo a Administração Pública possui!

Na concessão, caso a administração pretenda transferir ao concessionário a capacidade tributária ativa que possui, deverá, preservando a sua competência tributária, que é imprescritível e irrenunciável, fazê-lo mediante a prévia existência de lei, que fixe o *quantum*, a título de taxa, que poderá ser cobrado pelo concessionário.

O concessionário, ao exercer a capacidade tributária ativa, poderá ou não ficar com o produto da sua arrecadação. Mas sempre deverá fazer em nome do poder concedente e a título de tributo.

A concessão não pode ser vista como forma de burlar os direitos e garantias constitucionais assegurados ao contribuinte, usuário do serviço público.

Nesse sentido, vale a transcrição abaixo:

O sujeito passivo deverá pagar a taxa porque o ente competente para tributar previu, em lei, que deverá ser exigido o tributo daquele que tiver o serviço público, específico e divisível colocado a sua disposição, ou daquele que o tiver utilizado, independentemente de quem tiver prestado, se a Administração Pública, ou o terceiro. (PEREIRA FILHO, 2007, p.66).

A relação jurídica entre a concessionária e o usuário do serviço público deverá ter a

seguinte natureza: terá por objeto o pagamento de uma tarifa, tipo de taxa, pertencente a classe dos tributos, que deverá necessariamente ter a sua regra matriz disposta em lei, cujo o sujeito ativo da exação será a concessionária.

7.1. As relações existentes entre poder concedente e concessionária e entre eles e o usuário do serviço público nas concessões

As Leis nº 8.987/1995 e nº 9.074/1995 trataram de regulamentar as concessões dos serviços públicos no ordenamento jurídico brasileiro. A primeira dispõe sobre o regime das concessões e permissões da prestação de serviços públicos previstos no artigo 175 da Constituição Federal e a segunda trata das normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos.

Antes de tratar de alguns importantes dispositivos das leis acima mencionadas é preciso registrar que em toda concessão de serviço público três figuras surgem: O poder concedente – titular do serviço público, o concessionário – prestador do serviço público e o usuário – tomador do serviço público.

A concessão por expressa disposição constitucional deve se dar sempre por meio de licitação, e nesse quesito, a Lei nº 8.987/95, em seu artigo 15, estabelece sete critérios a serem considerados no julgamento da licitação, sendo os mais importantes: I – O menor valor da tarifa do serviço público; II – a maior oferta, no caso de pagamento pelo concessionário ao poder concedente e III – a melhor proposta técnica, com preço fixado no edital.²²

Fixados estes critérios, podemos ter as seguintes relações entre poder concedente e a concessionária do serviço público:

- a) O poder exige da concessionária um preço pela concessão do serviço público.
- b) O poder concedente paga a concessionária um preço para que ela preste um serviço público, que o Estado, por alguma razão, não pode prestar diretamente ou julga mais conveniente que a concessionária o faça.
- c) O poder concedente transfere a prestação do serviço público à concessionária com base na menor tarifa do serviço a ser prestado.

7.1.1. O poder concedente exige da concessionária um preço pela concessão do serviço público

Para isso o poder concedente irá manejar o critério estabelecido no item II, adjudicando o serviço público à concessionária que lhe oferecer a melhor oferta para ter o direito de prestar o serviço público em nome do poder concedente. Nesse caso a relação jurídica estabelecida entre poder concedente e concessionária do serviço público terá por objeto o pagamento de um preço público da concessionária ao poder concedente. Observe que o vínculo travado entre poder concedente e concessionária tem nítida natureza contratual, daí que o preço pago ao poder concedente pela concessionária tem natureza de preço público. O preço público é formado pela junção de vontades entre duas partes, de um lado, o poder concedente, e do outro a concessionária do serviço público. A manifestação de vontade da concessionária é indispensável para a formação do preço, aliás é ela que oferece, segundo seus critérios e segundo regras fixadas pelo poder concedente no edital, a oferta que julgar apropriada a seus interesses.

7.1.2. O poder concedente paga a concessionária um preço para que ela preste um serviço público, que o Estado, por alguma razão, não pode prestar diretamente ou julga mais conveniente que a concessionária o faça

Para isso o poder concedente irá manejar o critério estabelecido no item III, adjudicando o serviço público a concessionária que apresentar a melhor proposta técnica para prestar o serviço público em nome do poder concedente, recebendo, em contrapartida pela prestação do serviço, um preço público pago diretamente pelo poder concedente, cujo valor já fora previamente fixado no edital de licitação. Nesse caso, a relação jurídica estabelecida entre poder concedente e concessionária do serviço público terá por objeto o pagamento de um preço público pelo poder concedente a concessionária do serviço público. O exemplo é exatamente o inverso do anterior. Observe que o vínculo travado entre poder concedente e concessionária tem de novo nítida natureza contratual, daí que o preço pago pelo poder concedente a concessionária é preço público. O preço público novamente é formado pela junção de vontades entre duas partes; de um lado o poder concedente, e do outro, a concessionária do serviço público. A manifestação de vontade da concessionária é indispensável para a formação contrato, aderindo com sua proposta técnica a oferta feita pelo poder concedente segundo seus critérios e segundo regras fixadas pelo poder concedente no edital. Poderá, inclusive, não participar da licitação se julgar que o preço fixado no edital pelo poder concedente encontra-se em descompasso com os valores que julgar adequado.

Nos dois casos acima a problemática das concessões se desenrola da seguinte forma, com relação ao usuário do serviço:

No primeiro caso, o poder concedente deverá estabelecer critérios para que o concessionário se remunere pela efetiva prestação do serviço público, assim, deverá previamente a confecção do edital de licitação, sancionar uma lei (poderá ser a mesma que autorize a concessão de dado serviço) que preveja a instituição de uma taxa a ser paga pelo usuário do serviço (contribuinte), estabelecendo no seu critério pessoal o sujeito ativo da taxa como sendo o concessionário do serviço público. O valor desta taxa deverá ser fixada, ou tarifado em um anexo ao edital, e servirá juntamente com o prazo da concessão do serviço público e demais critérios estabelecidos no edital, para que a concessionária possa apresentar sua maior oferta.

A relação travada entre a concessionária e o usuário do serviço público assume natureza tributária. A concessionária ao adquirir a concessão de dado serviço público passa a participar da regra matriz tributária da exação na condição de sujeito ativo, que por sua vez tem no usuário do serviço público o seu sujeito passivo. É típico caso de parafiscalidade.

No segundo caso, surgem duas alternativas ao poder concedente, ou faz a concessão, oferecendo um preço à concessionária do serviço sem nada exigir do usuário, caso em que o serviço é prestado pela concessionária sem ônus algum para o usuário, tem-se aí os serviços públicos gratuitos. Ou, de outro modo, para fazer contrapartida ao preço pago pelo poder concedente à concessionária, o Estado institui taxa para se abastecer pela prestação de dado serviço público concedido.

Nesse caso, a relação jurídica tributária pode se dar diretamente entre poder concedente e usuário; a regra matriz preverá o poder concedente como sujeito ativo e o usuário como sujeito passivo, muito embora o serviço seja prestado por concessionária. O recolhimento da taxa dar-se-á diretamente pelo poder concedente e eventuais déficits entre o preço pago à concessionária e o montante arrecadado do usuário (contribuinte) pela utilização do serviço serão arcados pelo poder concedente como uma espécie de subsídio ao serviço, podendo ainda o poder concedente

indicar a concessionária como sujeito ativo da regra matriz da taxa, incumbindo o dever de repassar aos cofres públicos do poder concedente o montante arrecadado do usuário.

7.1.3. O poder concedente transfere a prestação do serviço público a concessionária com base na menor tarifa do serviço a ser prestado

Nesse caso, o poder concedente deverá utilizar-se do critério estabelecido no item I deste capítulo, combinado com o artigo 9º da Lei nº 8.987/95. Nesse momento, a aproximação da questão deve se dar pelo cientista do direito com certa cautela, pois uma leitura apressada poderia conduzir ao entendimento de que o valor da tarifa seria fixado pelo concessionário em sua proposta, um erro.

O professor Marçal nos ensina que:

Em primeiro lugar, deve ter-se em vista que a competência para a fixação da tarifa é do Estado, sendo inviável sua delegação a particular. Portanto o artigo 9º não prevê que a tarifa seja fixada pelo particular, por meio da proposta vencedora. Dispõe, isto sim, que será ela estabelecida tendo em vista o valor constante da proposta vencedora. (JUSTEN FILHO, 2003, 366).

Nesse caso a relação travada entre o poder concedente e a concessionária do serviço público poderá não ter o preço público como um dos elementos do contrato que os unirá, que somente estabelecerá obrigações para ambos os lados.

O edital sim, deverá previamente fixar um valor de tarifa, cuja sua regra matriz deverá previamente ser fixada por lei, estabelecendo todos os critérios que a compõe.

Nesse caso a concessionária poderá apresentar um valor menor do que o estabelecido no edital, nunca maior, atendendo a outros critérios como prazo de exploração do serviço público e demais fontes de receitas acessórias, alternativas e complementares.

Essas receitas acessórias não constituem tributos e são na verdade provenientes do desempenho de atividade extrinsecamente privada que pode ser, a depender de previsão do edital, contempladas para que o concessionário possa desempenhar de forma acoplada ao desempenho do serviço público. Têm-se como exemplo o direito do concessionário de transporte público oferecer venda de revistas aos usuários do serviço.

No caso sob exame não se tem qualquer relação de preço público entre poder o concedente e a concessionária, existindo somente uma relação tributária entre poder concedente, através da concessionária e o usuário do serviço.

A lei que permitir a concessão é que deverá previamente fixar a regra matriz da taxa a ser cobrada do usuário, sendo denominada na concessão de tarifa, pois previamente fixada em tabela anexa ao edital da concessão.²³

8. Conclusões

Após a fixação das premissas acima expostas, após a investigação constitucional do sistema tributário e suas limitações, bem como aprofundado estudo da legislação infraconstitucional e

escorço histórico é possível concluir que:

As taxas podem ser cobradas pelos serviços públicos específicos e divisíveis fruídos efetivamente pelo usuário.

A manutenção das rodovias são atribuições primordiais do Poder Público e como tal podem ser caracterizadas como prestações públicas direcionadas ao administrado, sendo, portanto, serviços públicos.

Tais serviços são divisíveis e específicos, cuja utilização individualizada do usuário pode materialmente ser mensurada.

Que tais serviços podem, portanto, ensejar a instituição de um tributo denominado taxa.

Que a concessão do serviço público não transmuda sua natureza, continuando a ser público, todavia prestado por terceiro e que, portanto, a transferência da prestação do serviço não tem a finalidade de alterar ou modificar a natureza jurídica de tais serviços.

Que a relação existente entre prestador do serviço público e usuário deve respeitar os direitos e garantias constitucionais assegurados ao usuário do serviço público e ao contribuinte.

Sendo possível indicar ser a tarifa o nome de uma exação cobrada do usuário do serviço público pertencente à espécie das taxas, que por sua vez está contida na classe dos tributos. Sendo certo portanto, em última análise, correto afirmar que as tarifas cobradas pelos concessionários de serviços públicos possuem natureza jurídica de tributos sujeitando-se a todas as prerrogativas e limitações impostas pela Constituição Federal.

Referências

ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária. 5ªed. 1999. Malheiros.

BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 10ªed. 1991. Forense.

BRASIL. Código Tributário Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

BRASIL Constituição Federal de 1946. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>.

BRASIL Constituição Federal de 1976. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. São Paulo. Saraiva. 2003.

CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário, linguagem e método. 3ªed. São Paulo. Noeses. 2009

COELHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro. 6ªed. 2002.Forense.

COSTA, Ramon Valdes. Curso de Derecho Tributário. Montevideu. Ed. Impressora Uruguaya Colombino. 1 ed. Tomo I. 1970.

FERREIRA, Pinto. Comentários à Constituição Brasileira. São Paulo. Saraiva. 1992.V 5.

FOURQUINI, Gui. Senhorio e Feudalidade na Idade Média.Lisboa. 70 ed. 1987.

GRECO, Marco Aurélio e SOUZA, Hamilton Dias de. Natureza Jurídica das Custas Judiciais.1982.

JUSTEN FILHO, Marçal.Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. 1ªed. 2003. Dialética.

MACHADO, Kal. Concessões de Rodovias. Mito e realidade, São Paulo. Premio 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. Pedágio: Condições para sua cobrança. Revista dos Tribunais. 1971. V 430.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Pedágio. Decisões e Pareceres Jurídicos sobre pedágio. São Paulo.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. Doutrina e Prática das Taxas. Ed. Quartier Latin. 2ª edição. 2007.

PEREIRA FILHO, Luiz Alberto. As Taxas e os Preços no Ordenamento Jurídico Brasileiro. In Curso de Especialização em Direito Tributário: Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho.Coord. Eurico Marco Diniz de Santi. 1ª Ed.2007.SAVARIS, José Antônio. Artigo Pedágio: Conceitos e Trajetória Histórica. Caderno da Escola de Direito e Relações Internacionais. Numero 9. 2008.VASQUEZ, Pedro Karp. Album da estrada da União e Indústria. 1997. Quadram. VILLEGAS, Hector Belisário. Curso de Finanzas, Derecho Financeiro y Tributário. 8ª ed. Buenos Aires. Astrea.

Notas

1. Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: II – taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição; § 2º – As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos. Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: III – cobrar tributos: V – estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público;
2. BRASIL. Código Tributário Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>.
3. Lembremos que podem haver serviços prestados por particulares, mas tal particularidade não retira do Estado a titularidade do serviço. Nesses casos a prestação do serviço é que é concedida a terceiros, permanecendo o Estado com a titularidade do serviço.
4. Não devemos confundir a compulsoriedade da exação com a compulsoriedade da utilização do serviço. A compulsoriedade do tributo é atributo que pertine a sua criação, independe de manifestação de vontade do contribuinte, para que exista a hipótese de incidência.
5. Os serviços postos a disposição embora possam ensejar a cobrança de taxa não serão tratados neste artigo.

6. BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.
7. Na concessão ou permissão o que se concede é a prestação do serviço público ao particular, a titularidade do serviço público permanece incólume em poder da Administração Pública.
8. BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.
9. A conjunção ou na oração indicaria alternativa – ou o serviço privado é prestado ou ainda é prestado com exigência de contraprestação ou pagamento de preço.
10. Ousamos em dizer que o tomador de dado serviço privado, ainda quando prestado pelo Poder Público deve ser considerado o consumidor do serviço. Já, quando o serviço prestado é público ainda que prestado por terceiro o tomador deve ser considerado como usuário do serviço.
11. Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II – os direitos dos usuários; III – política tarifária; IV – a obrigação de manter serviço adequado.
- Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I – as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;
12. Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: V – defesa do consumidor;
13. É criado a figura do administrador de estradas que tinha atribuição de impor contribuições destinadas a construção e manutenção de novas estradas.
14. BRASIL Constituição Federal de 1946. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>.
15. BRASIL Constituição Federal de 1976. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>.
16. Sistema Slovênio.
17. Sistema Italiano.
18. Lembre-se que a imposição do pedágio é uma faculdade do legislador, ficando ao seu critério, obedecendo ideologia política predominante em dado período histórico.
19. Os escorços históricos dão sentido ao nome utilizado pelo legislador constituinte de 1988. Exação sempre relacionada ao direito de passagem.
20. Art. 4º. Aos emprezarios fica concedido o privilegio de arrecadar na sobredita ponte pelo espaço de 40 anos as taxas seguintes: & 1 – de cada pessoa a pé, vinte réis; & 2 – de cada pessoa a cavalo, ou por cada animal carregado, cento e sessenta réis; & 3 – de cada animal vacum, cavallar ou muar, tocados, cento e vinte réis; & 4 – de cada um carro, compreendendo os animais que o tirarem até o numero de dez, oitocentos réis.
21. Um exemplo clássico de serviço público gratuito é a educação básica dos 04 aos 17 anos por expressa imposição constitucional, Artigo 208, inciso I.
22. Os demais critérios constituem combinações entre dois ou mais critérios listados no presente artigo.
23. Nesse sentido vale transcrever o artigo 2º da Lei nº 9.074/95: Art. 2º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios executarem obras e serviços públicos por meio de concessão e permissão

A REVISTA DA UNICORP

de serviço público, sem lei que lhes autorize e fixe os termos, dispensada a lei autorizativa nos casos de saneamento básico e limpeza urbana e nos já referidos na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e Municípios, observado, em qualquer caso, os termos da Lei nº 8.987, de 1995.

MOROSIDADE NO PODER JUDICIÁRIO: CAUSAS E SOLUÇÕES

Jeversson Luiz Quinteiro

Juiz de Direito. Professor da Fundação Getúlio Vargas, FGV – Direito Rio.

Resumo: Este artigo tem por escopo indicar quais as reais e principais causas da morosidade no Poder Judiciário, bem como apontar as soluções.

Palavras-Chave: Morosidade. Causas. Soluções. Gestão. Desenho estrutural. Organização. Gestões centralizadoras. Metas. Planejamentos tático e operacional. Padrão. Controle. CNJ.

Sumário: 1. Introdução. 2. Onde há maior morosidade? 3. Causas da morosidade. 4. Soluções. 5. Conclusões.

1. Introdução

O Poder Judiciário tem a pecha de moroso e é necessário que busquemos uma solução definitiva para tal mal. É inconcebível que um processo demore cinco, dez ou até vinte anos para que tenha uma solução!

Algumas medidas estão sendo adotadas, a exemplo do que vemos com a “PEC dos Recursos”, apresentada pelo Ministro Cezar Peluso, a qual propõe alteração na Constituição Federal com vistas a antecipar o momento do trânsito em julgado da decisão, de modo que, logo após o pronunciamento dos Tribunais de Segunda Instância (Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais), a decisão possa ser submetida à execução.

Malgrado a “PEC dos Recursos” apresente-se como uma solução, tal medida não representa a solução definitiva e total do problema da morosidade no Poder Judiciário, como veremos no seguimento.

Penso que o ponto de partida para a solução do problema em comento reside na definição do local onde há maior morosidade no Judiciário. Em que instância a morosidade é maior?

2. Onde há maior morosidade?

É evidente que a maior morosidade na prestação jurisdicional se encontra na primeira instância, pois é onde está a maior concentração de processos judiciais; de atribuições e de complexidades procedimentais. Como na primeira instância existe a fase instrutória, onde a dilação probatória permite a produção de provas periciais, testemunhais, etc., logo, por óbvio, a duração do processo tende a ser obrigatoriamente maior que nas instâncias superiores, onde

tal fase não existe. Além disso, nas entrâncias superiores o volume de trabalho é bem menor, tendo em linha de estima que nem todos os processos sentenciados em primeira instância são objeto de recurso.

Basta uma simples conta para se concluir que o grande “gargalo” está na primeira instância. Imaginemos uma Vara Cível de feitos gerais com 5.000 (cinco mil) processos em que o magistrado impulse 1.000 (um mil) processos todos os meses e o cartório lhe alimente, todos os meses, com mais 1.000 (um mil) processos, **sem que nenhum processo se repita no mesmo mês**. Ora, nessa situação hipotética e utópica, o magistrado conseguiria impulsar todos os processos dessa Vara a cada cinco meses. Se considerarmos que um processo judicial cível de rito ordinário, em que o Escrivão impulse o feito por certidão (atos ordinatórios), tem quatro fases¹ e se, hipotética e utopicamente, considerarmos que todas as fases acontecem em no máximo trinta dias, logo chegaremos à conclusão que um processo distribuído hoje gastará no mínimo **20 (vinte) meses para ser sentenciado**, ou seja, **quase dois anos**.

Ora, se em condições utópicas o processo já levaria quase dois anos para ser sentenciado, imaginem em condições reais. É importante salientar que, seguindo o raciocínio acima, podemos seguramente asseverar que quanto maior o número de processos a cargo de um juiz, mais lenta será a prestação jurisdicional.

Com efeito, por todos estes assentes motivos, forçoso é ilacionar que o “gargalo” do Poder Judiciário se encontra na primeira instância.

3. Causas da morosidade

As causas são inúmeras. Muitos doutrinadores têm apontado causas e soluções interessantes. No entanto, vejo que eles têm se olvidado da maior causa, a saber: a falta de *know how* em gestão. Por falta de conhecimento e preparo na ciência da administração acabamos tendo no Judiciário gestões centralizadoras; autocráticas; com má alocação de recursos e direção²; definição de metas ineficazes, ausência de controle, desenho estrutural inapropriado, etc., o que gera improdutividade e desmotivação, dentre outras coisas. Desmotivamos nossa equipe, sendo crescente a insatisfação tanto de magistrados, quanto de servidores, os quais são obrigados a dar vazão a uma gama incomensurável de tarefas sem que sejam alocados os recursos humanos, estruturais, etc., necessários a execução da hercúlea missão.

Não fazemos acompanhamento do crescimento das Varas Judiciais com vistas a adotarmos ações corretivas, antes que esta Vara fique inviabilizada pela quantidade excessiva de processos judiciais. É inconcebível que o maior setor produtivo do Judiciário seja o menos favorecido em termos de recursos humanos, estruturais, etc.! Não existe um sistema de premiação ou outros mecanismos motivacionais capazes de fazer com que todos trabalhem com entusiasmo e qualidade, com vistas a satisfazer nossos clientes externos e internos. Somente agora os Tribunais começaram a realizar planejamento estratégico, porém não produziram ainda os planejamentos tático e operacional, sem os quais o planejamento estratégico não é eficaz.

Não existe padrão no Poder Judiciário. Não temos padrão nos documentos, nas rotinas, etc. Nos falta, ainda, controle sobre os produtos (entrega, custo e qualidade) e sobre as pessoas (moral e segurança). Sem controle e sem padrão não há gestão.

Por serem, de regra, os magistrados e servidores amadores na área de gestão, acabamos sofrendo todas as mazelas que a morosidade impõe.

4. Soluções

Em primeiro lugar devemos com urgência mudar o desenho estrutural dos Tribunais, migrando de funcional para divisional. Tal mudança tornaria a administração mais célere e descentralizada.

A estrutura funcional diz respeito à reunião de tarefas de conformidade com a função organizacional, como, por exemplo, operações, recursos humanos, etc. Representa um agrupamento que tem por supedâneo a similitude das tarefas, habilidades, uso de recursos e conhecimento necessários ao desempenho de cada uma das funções.

Essa forma de estrutura gera uma visão muito focada nos objetivos de cada área funcional e não nos objetivos gerais da organização; torna difícil a coordenação e a comunicação entre departamentos funcionais e, ainda, torna lenta a resposta às mudanças externas em decorrência da centralização da tomada de decisão.

É comum nos Tribunais essa forma de estrutura organizacional e, em decorrência disto, a atuação das áreas funcionais dos Tribunais muito focada em seus próprios objetivos e, ainda, sem coordenação entre elas torna ineficiente, lenta e mais dispendiosa a máquina administrativa dos Tribunais. Penso que esse tipo de estrutura não é a melhor forma e o Judiciário deve migrar seu desenho estrutural para a forma divisional, pois está é focada no resultado.

A estrutura divisional é organizada em função dos resultados, diferentemente da estrutura funcional que é organizada de acordo com os recursos necessários para que a organização produza bens ou serviços.

Na estrutura divisional todos os recursos necessários para produzir um produto ou servir um cliente, tais como: produção, logística, etc., encontram-se em cada divisão. Essa forma de estrutura dá autonomia às divisões, sem retirar dos administradores de topo o planejamento, coordenação e controle da organização como um todo. As divisões são controladas e avaliadas centralmente com base no seu desempenho.

No modelo estrutural atual as decisões administrativas e os recursos financeiros, materiais, etc., estão todos centralizados nos Tribunais e não há autonomia alguma para as Comarcas, logo, por corolário, o maior setor produtivo do Poder Judiciário fica desprovido dos recursos e da autonomia decisória necessárias para que sejam dadas respostas rápidas e eficientes aos problemas.

É imperioso destacar nesse permeio que a estrutura deve se ajustar, dentre outros, ao tamanho da organização. O Judiciário cresceu, no entanto, malgrado isto, não promoveu a adequação de sua estrutura, permanecendo na forma mais simples de estrutura organizacional (estrutura funcional). “Na medida em que uma organização cresce, ela pode passar de uma estrutura simples para uma estrutura mais complexa, do tipo divisional, por exemplo. O resultado mais óbvio do aumento do tamanho é a maior delegação e descentralização, visto que é impossível controlar grandes organizações a partir do topo”³.

Como asseverado alhures, acredito que essa forma estrutural seja a melhor para o Judiciário, porque a sociedade cobra de nós melhor desempenho e resultados.

Outra solução que proponho é o aumento do tempo da administração dos Tribunais, pois é impossível conseguir algum resultado positivo administrando um Tribunal com prazo tão exíguo, a saber: dois anos.

A definição de metas pelo CNJ representou um avanço, no entanto, *data venia*, quer me parecer que as metas definidas pelo CNJ são ineficazes, tendo em linha de estima que para que

a meta seja eficaz é necessário que, dentre outras, ela seja desafiadora, específica, realista (possível) e consensada.

As metas do Judiciário são genéricas e não foram consensadas com os destinatários delas. Alguém poderia pensar, mas como o CNJ poderia consensar metas com todos os juizes do país? Bastaria que o CNJ definisse consensualmente as metas para os Tribunais e não para os magistrados e, então, cada Tribunal definiria com cada magistrado a sua meta e o que seria necessário (recursos humanos, materiais, etc.) para o atingimento individual da mesma.

A meta definida pelo CNJ, em muitos casos, é impossível de ser atingida, haja vista que existem Varas que variam de 5.000 a 140.000 processos, sendo, portanto, humanamente impossível cumprir as metas impostas.

Não bastasse isto, ainda não existe controle no Poder Judiciário. Existem controles sobre produtos e sobre pessoas. Sobre produtos o controle se divide em: entrega; custo e qualidade. Sobre as pessoas o controle se divide em: segurança e moral.

No Judiciário não exercemos controle sobre o que é entregue (quantidade e tempo); sobre a qualidade do que é entregue ou produzido, nem tampouco sobre o custo de produção. Em relação às pessoas não controlamos a segurança das pessoas, nem dos clientes internos, nem tampouco dos clientes externos. Não controlamos também a moral da equipe.

Note-se que quando menciono ausência de controle de **entrega**, não me refiro ao controle estatístico da quantidade que é produzida, mas ao controle no sentido de garantir que as metas definidas sejam atingidas. De nada adianta o CNJ definir metas se não houver uma checagem periódica com vistas a assegurar que a meta seja alcançada, com adoção de ações corretivas que garantam o resultado almejado.

É oportuno destacar a ausência de controle sobre o moral da equipe. Como no Judiciário, de regra, não há controle sobre o moral da equipe, encontramos muitos juizes e servidores desmotivados. Isso gera tremendo prejuízo na produção e também financeiro, pois gera absenteísmo e *turn over* (rotatividade). A solução neste caso é criar **itens de controle** para todos os produtos e pessoas e incorporar no Judiciário a cultura da checagem, com vistas à adoção de ações corretivas, conforme estabelece o método de controle chamado PDCA. Sugiro como uma das muitas formas de motivar que seja criado no Judiciário um Plano de Cargos, Carreiras e Salários atrelado ao atingimento e superação de metas de produtividade com qualidade.

Outra solução para nosso problema de gestão seria capacitar juizes e contratar servidores com *know how* em gestão para exercer a função de **direção**, com vistas a uma melhor coordenação dos setores e atividades.

Por derradeiro, necessitamos urgentemente de padronização no Poder Judiciário. Padronização em todos os sentidos, de documentos a rotinas.

5. Conclusões

O Poder Judiciário necessita de uma urgente e completa mudança de paradigma. Vejo o CNJ como a mola propulsora dessas tão almejadas mudanças. Não podemos esperar mais! A mudança deve ser rápida e pontual.

Como visto somente uma radical mudança do modelo de gestão que utilizamos poderá gerar a satisfação e celeridade que todos esperamos desse Poder que representa o equilíbrio e sustentáculo do Estado Democrático de Direito

O Judiciário tem que ser melhor e, acredito, será o melhor.

Notas

1. 1. Recebimento inicial. 2. Designação de audiência preliminar. 3. Audiência preliminar e saneador. 4. Audiência de instrução e julgamento. 5. Sentença.
2. Liderança
3. SOBRAL, Filipe; PECI, Alketa. Administração: teoria e prática no contexto brasileiro. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2008, p. 193.

VISÃO CRÍTICA SOBRE O TRIBUNAL DO JÚRI, NUMA ABORDAGEM SOBRE ASPECTOS HISTÓRICOS, CULTURAIS, CONSTITUCIONAIS, PROCEDIMENTAIS E RECURSAIS

Luciano Ribeiro Guimarães Filho

Juiz de Direito do Estado da Bahia. Especialista em Grandes Transformações do Processo pela UNAMA/LFG. Especialista em Direito Processual Civil e Penal pela UNIDERP/LFG.

Resumo: o Tribunal do Júri, no ordenamento pátrio, possui previsão constitucional, relacionando-se ao Direito Processual Penal. Todavia, apesar da defesa de doutrinadores e trabalhadores do direito, tal instituição apresenta, tanto no tocante ao procedimento, como na fase recursal, impropriedades técnicas, que exigem modificações visando o respeito aos princípios processuais da economia e celeridade, na medida em que necessária, por exemplo, a extinção de procedimentos e recursos absolutamente desnecessários e sem relevância. Cabe ressaltar, ainda, que os julgados emanados pelos jurados apresentam impropriedades técnicas, atingindo, não raras vezes, conclusões e veredictos injustos, sobretudo por não possuírem obrigatoriedade de fundamentação das decisões, diferentemente dos magistrados togados. Nos moldes atuais do Tribunal do Júri, resta comprometida a realização da justiça, além da contribuição para a tão combatida morosidade do Poder Judiciário. Neste contexto, será utilizado nesta obra o método dedutivo de pesquisa, partindo-se de conceitos gerais sobre a matéria para, posteriormente, concluir-se sobre a problemática objeto da análise do estudo, objetivando-se a produção de respostas convincentes para o problema apresentado, partindo-se da reflexão feita no estudo, com a análise de aspectos pontuais, como a eliminação de parte desnecessária, repetitiva ou pouco produtiva do rito procedimental e, ainda, a eliminação de alguns recursos ligados à matéria e, até mesmo, a possibilidade de extinção do Tribunal do Júri, com a adoção de um procedimento mais célere e técnico. Ao final, analisados argumentos doutrinários e artigos científicos favoráveis e contrários à instituição, apresenta-se uma conclusão sobre a manutenção ou extinção do Tribunal do Júri.

Palavras-Chave: Tribunal. Júri. Argumentos. Contrários. Favoráveis.

1. Introdução

O Tribunal do Júri, Instituto ligado ao Direito Processual Penal e com previsão em sede constitucional, em que pese seja defendido por inúmeros doutrinadores e trabalhadores do direito, comporta em sua estrutura, seja procedimental ou recursal, imperfeições e pontos

questionáveis no que diz respeito à técnica dos julgados, ao moroso procedimento que atualmente é seguido e, ainda, alguns recursos absolutamente desnecessários e que, de certa forma, contribuem para injustiças e para que os processos submetidos ao Tribunal do Júri nos passem a impressão de que jamais chegarão ao seu término, fato que promove a sensação de impunidade.

O trabalho será norteado pela análise de questões controvertidas sobre o mencionado Instituto, analisando-se seus reflexos no veredicto final, bem como no andamento dos feitos que são submetidos a julgamento popular, com seus reflexos no sentimento de efetividade da justiça e, principalmente, o respeito à técnica processual, à celeridade e economia processuais, questões estas que se insurgem contra a combatida morosidade do Poder Judiciário, destacando-se, todavia, que possíveis modificações analisadas e propostas não podem, em hipótese alguma, abandonar a deferência ao devido processo legal e à ampla defesa, conciliando, desta forma, eficácia com garantismo.

Objetiva-se com o presente estudo, portanto, a explicitação e o alcance de possíveis soluções para os principais pontos controvertidos sobre o Tribunal do Júri, visando a solução dos problemas brevemente expostos e que serão delineados com maior ênfase no desenvolvimento deste trabalho.

2. O Tribunal do Júri

2.1. Breve histórico do Tribunal do Júri – seu surgimento no plano internacional e nacional

Não possui a presente obra a pretensão de se fazer uma narração detalhada sobre o histórico e a evolução do Júri no mundo e, em particular, no Brasil. Entretanto, apenas para que o leitor melhor se situe nesse contexto evolutivo, far-se-á, de forma bastante resumida, um esboço sobre o Júri no mundo e em nossa legislação.

Tem-se notícia da utilização e nomeação de jurados desde a Roma Antiga (*judices jurati*)¹, bem como é narrada a existência, na Grécia antiga, da Instituição dos *diskatas*². Porém, nos moldes modernos, o Júri tem seu surgimento no ano de 1215, na Inglaterra, espalhando-se na Europa após a revolução francesa, como forma de reação ao absolutismo monárquico³, estampando, desta forma, o caráter político do Tribunal Popular quando do seu surgimento.

No Brasil, estudos apontam que coube ao Senado do Rio de Janeiro, em 04 de fevereiro de 1822, a iniciativa da criação do Tribunal do Júri, quando foi sugerida a implantação ao Príncipe regente D. Pedro que, ao aceitá-la, criou os “Juizes de Fato”, que teriam competência, inicialmente, para julgar crimes de imprensa. Com a promulgação da Constituição do Império (25 de março de 1824), o Tribunal do Júri adquire *status* constitucional, possuindo competência para o julgamento de todas as infrações penais e, ainda, de fatos cíveis⁴.

Com a evolução legislativa, o Júri, em constituições anteriores à de 1988, apesar de sua supressão na Constituição de 1937, teve paulatinamente sua competência diminuída, amoldando-se àquela atualmente prevista. Porém, desde as Constituições de 1946, 1967 e 1969 que o Júri tem sua soberania intocada⁵, culminando com a promulgação da Constituição Federal de 1988, com previsão art. 5º, inciso XXXVIII, no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, possuindo, ainda, a garantia de ser cláusula pétrea (art. 60 § 4º da CF/88).

Não é demais a transcrição do *caput* do mencionado artigo 5º, bem como o seu inciso XXXVIII, ambos da Constituição Federal de 1988⁶:

“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

....

XXXVIII – é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;”.

2.2. A controvérsia existente em relação à conveniência da manutenção do Tribunal do Júri no ordenamento jurídico pátrio

Observada a competência estampada na Carta Política, competirá ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, quais sejam, o homicídio, o infanticídio, o aborto em suas diversas formas e a instigação ao suicídio. Destaque-se que tais crimes serão julgados pelo Tribunal do Júri tanto em sua forma consumada quanto na tentada. Desta forma, deparamo-nos com uma categoria de crimes que fogem à regra geral de julgamento por parte de juízes de direito ou juízes federais.

Nestes julgamentos, o bem jurídico tutelado é a vida, único bem, nas palavras de Aramis Nassif⁷, *“irrecuperável e irreparável, seja por qualquer das visões que se permita ter a humanidade: religiosa, filosófica, antropológica, etc.”*.

Extraí-se daí o conceito de que, na visão do legislador, somente a sociedade, através dos seus cidadãos comuns, pode julgar os delitos que ela, por seus indivíduos, pode cometer, de acordo com o entendimento de que crimes contra a vida podem ser praticados por qualquer pessoa e, desta forma, os cidadãos, com suas diferentes personalidades, ao formarem o Conselho de Sentença, podem avaliar as circunstâncias através dos fatos, formando, assim, uma média social da visão do povo sobre o comportamento e conduta do acusado que inspiraram a violência do ato.

Por tais fatos, retira-se dos juízes togados a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida.

Percebe-se, portanto, de forma cristalina, a opção do legislador em dar tratamento diverso e especial a esses crimes, fazendo com que pessoas acusadas do cometimento de tais delitos, em que pese suas gravidades, sejam julgadas por seus semelhantes, produzindo em alguns casos, conforme veremos, defesas apelativas, alicerçadas basicamente em cunho emocional, desprovidas de maiores apegos à melhor técnica jurídica. E exatamente pela existência de problemas técnicos, subsiste atualmente grande celeuma em relação à necessidade de reforma e, até mesmo, da conveniência da manutenção do Tribunal do Júri no ordenamento jurídico pátrio.

É notória a necessidade de reforma processual penal, fato acompanhado com expecta-

tiva não somente por juristas, mas, seguramente, por toda a sociedade que, atenta e vigilante, acompanha o desenrolar dos fatos, pois, à evidência, o rito procedimental e recursal do Tribunal do Júri deve ser adequado, conforme veremos, a imperativos constitucionais e processuais, tais como a necessidade de fundamentação nos julgados, com previsão no art. 93, IX da CF, bem como a economia e a celeridade, que são princípios processuais. Ademais, prova maior da necessidade de mudanças relativas ao Tribunal do Júri, é o grande número de Projetos de Lei, em trâmite no Congresso Nacional, sugerindo as mais variadas modificações em relação ao Tribunal Popular.

A controvérsia existente é tão acentuada que alguns acreditam até mesmo, e de uma forma mais rígida, que a melhor solução seria a extinção do Tribunal do Júri.

Porém, de acordo com o artigo 60, §4º, IV da Constituição Federal, "*não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais*"⁸. Percebe-se, como já dito, que o Júri se encontra elencado dentre tais direitos e, portanto, somente através de nova constituinte seria possível a retirada do Júri do nosso ordenamento jurídico, fato que, convenhamos, dentro do nosso cenário político e legislativo, se não apresenta uma hipótese de fácil ocorrência. O legislador constituinte originário, ao limitar o poder de reforma do constituinte derivado, entendeu que ao Tribunal do Júri deveria ser dada uma posição que lhe garantisse a limitação da possibilidade de sua extinção ao arbítrio do poder reformador e, assim sendo, a princípio, estaria, enquanto vigente o atual texto, inviabilizada a possibilidade de eliminação do Tribunal do Júri do nosso sistema jurídico.

E certamente por tais motivos, não se observa, nos diversos Projetos de Lei em trâmite no Congresso Nacional, que algum deles proponha a extinção do Tribunal do Júri, muito pelo contrário, a maioria das proposições versam tão somente sobre modificações no rito existente.

2.3. Argumentos favoráveis ao tribunal do júri

Serão analisados e criticados neste subtítulo, em seus aspectos sociais, políticos, culturais e jurídicos, os argumentos doutrinários daqueles que se posicionam favoravelmente à Instituição do Tribunal do Júri.

2.3.1. Feição política e garantia individual do cidadão (liberdade e soberania dos povos)

Conforme destacado, analisando-se a polêmica sobre os pontos favoráveis, contrapondo-se aos pontos frágeis do Tribunal do Júri, vale o destaque, para os defensores da Instituição que, além de ente jurídico na essência, importa que se reconheça a sua feição política, além do evidente destaque como direito e garantia individual do cidadão.

Para Rui Barbosa, grande defensor do Júri, este possui forte teor de independência de um povo, ligando-se, portanto, à noção de liberdade e, até mesmo, de soberania dos povos, acrescentando que: "*Razão tinha, portanto, o barão Beyts em dizer, há sessenta e seis anos, na constituinte belga: 'Todos os povos, mal lhes cabe a fortuna de reconquistarem a liberdade, apressam-se em assegurar a posse do julgamento por jurados.'*"⁹. Para mais adiante acrescentar: "*Essa instituição, acrescentava Siéyès 'é a verdadeira garantia da liberdade individual, em todos os países do mundo que aspiram a ser livres.'*"¹⁰.

Finalizando, para que dúvidas não restem acerca do posicionamento do citado jurista baiano em relação ao Júri, destaca-se a passagem em que cita MANDUCA, para afirmar: *“o júri é de origem moderna: nasce com a verdadeira liberdade. Sua aparição foi consequência natural da volta dos povos à vida livre. É uma instituição, que surge e morre com a liberdade.”*¹¹

Como podemos perceber, de acordo com o pensamento de Rui Barbosa e dos autores por ele citados, a instituição do Tribunal do Júri estaria umbilicalmente ligada à noção de liberdade e de soberania dos povos. Segundo sua lição, a importância do Júri seria tamanha que a sua retirada de um ordenamento jurídico representaria, por consequência, e notadamente em caso extremo, a morte da própria liberdade de um povo. Para ele, o Tribunal do Júri representaria muito mais que uma instituição jurídica, mas uma criação política de suprema importância no governo constitucional.

2.3.2. Ampliação da competência

Existem proposições, tanto doutrinárias como legislativas, de ampliação da competência do Tribunal do Júri, como, por exemplo, se observa no PL 02192/91¹², manifestando igual posicionamento o magistrado baiano Marcos Bandeira¹³, quando assevera:

“Desta forma, entendemos nessa apertada síntese, que a instituição do Tribunal do Júri deve ser não apenas preservada, mas aprimorada à luz dos princípios constitucionais, no sentido de se adequar às exigências atuais, podendo, inclusive, ampliar à sua competência para julgar outros delitos além daqueles contra a vida, a fim de que continue a exercer soberanamente o seu excelso desiderato de realização da justiça humana, no âmbito de um Estado Democrático de Direito.”

Como se vê, não somente existem propostas legislativas, como também juristas se posicionam de maneira favorável à ampliação da competência do Tribunal do Júri. Entretanto, neste particular, ousa-se de logo discordar do magistrado baiano, haja vista que não seria admissível nem tolerável a ampliação da competência para julgar uma Instituição tão combatida e que gera tanta controvérsia. Efetivamente, neste tocante, não se vislumbra onde estaria o ganho para o mundo jurídico e para a sociedade como um todo, com a ampliação da competência do Júri.

Ademais, em que pese sua possibilidade através de Lei Ordinária, uma vez que a CF apenas fixa a competência mínima do Júri, apresentar-se-ia tal hipótese absolutamente absurda em um momento em que a própria existência do Júri é questionada por muitos. Ampliar a competência de um Tribunal que tem a possibilidade de julgar sem o apego a normas técnicas e sem a necessidade de fundamentar suas decisões é retirar cada vez mais do Poder Judiciário, composto de membros preparados, a competência para a arte de julgar, adicionando-se ao fato de que a ampliação da competência do Júri, invariavelmente causará insegurança jurídica.

2.3.3. Julgamentos através do bom senso

Acrescem, ainda, os ardorosos defensores e adeptos do Júri, a severidade do juiz togado, que, acostumado aos julgamentos diários, torna-se insensível à medida que o tempo passa, apegan-

do-se ao formalismo legal, sem a preocupação de interpretar a lei de maneira mais humana, mas tão somente jurídica, como mero técnico do Direito. O Conselho de Sentença, por outro lado, sendo soberano em suas decisões, não fica aprisionado aos critérios rígidos. Segundo os defensores, esse desconhecimento da técnica por parte dos jurados induz a uma apreciação do caso meramente pelo bom senso, que muitas vezes se dilui em meio ao rigor teórico e legalista do magistrado.

Argumentam os defensores, ainda, apesar da crítica ao fato das decisões do Júri não serem motivadas, que o simples fato de não fundamentar a decisão, muitas vezes, é um fator positivo, na medida em que os jurados, sem o apego teórico e técnico, valoram mais os fatos e, por consequência, fazem efetivamente justiça, objetivo que muitas decisões técnicas dos juízes togados não conseguem alcançar.

Além disso, aduz a corrente defensiva que a decisão proferida por várias pessoas está menos sujeita a erros do que aquela prolatada por um só Juiz.

Neste contexto, de acordo com os defensores do Júri, a participação popular e a efetiva intervenção da sociedade, fazem com que o sistema penal, muitas vezes insensível à dinâmica social e aos seus reclames, se aproxime do momento social a que deva corresponder, possibilitando assim que os julgamentos não somente externem a vontade da lei, mas, sobretudo, que promovam o sentimento de justiça na sociedade.

Vale o destaque do entendimento manifestado por Aramis Nassif¹⁴, quando aduz:

“Nesse momento, não há que se falar em especialidade técnica, cuja ausência na cultura dos jurados abriga, injustificadamente, tantas críticas à instituição. Ao contrário, dispensa-se qualquer conhecimento da ciência jurídica ao jurado. Importa que seja idôneo e escolhido entre os membros da comunidade. Revela que, distante do conhecimento técnico-jurídico, possa ele ser o auferidor das emoções ou qualquer razão subjetiva que impulsionou o homicida para, distante do conceito homem-ação, fato-tipo, justificar ou censurar a conduta ofensiva à vida.”

Concluem, portanto, aqueles que defendem o Júri, que os defeitos desta Instituição não podem ser tomados como justificativa plausível para sua extinção, uma vez que seus benefícios seriam mais numerosos, impondo, em verdade, a busca pelo seu aperfeiçoamento, adequando-se à realidade de nossa sociedade.

2.4. Argumentos contrários ao Tribunal do Júri

Como já vimos no transcorrer do presente artigo, existe a corrente defensiva do Tribunal do Júri, onde acima foram dispostos alguns dos seus argumentos. A partir de agora, passa-se à análise crítica de argumentos contrários à Instituição, também em seus variados aspectos.

2.4.1. Falta de técnica e preparo por parte dos jurados

Inicialmente, vale o comentário sobre aquela que, talvez, seja a mais recorrente crítica ao Tribunal do Júri, qual seja, a falta de técnica, de fundamentação das decisões e o despreparo dos jurados para o exercício do seu mister.

De acordo com tal posicionamento, não mais subsiste razão para a manutenção do Tribunal do Júri, ante a inexistência dos motivos que o originaram e, assim sendo, contando a sociedade com um Poder Judiciário provido de inúmeras garantias, posicionando-se, portanto, de forma independente e autônoma no resguardo da interferência dos outros Poderes, não resta explicação para a manutenção da figura do jurado, na medida em que o julgamento por pessoas despreparadas acarreta o desgaste de garantias que o julgamento técnico, proferido pelo magistrado, acautela.

Obviamente não se trata de idolatria à figura do juiz togado, porém é preciso que se compreenda tal questão a partir de um mínimo de seriedade científica, fundamental para o desempenho do ato de julgar. De uma forma evidente, o problema fica facilmente detectável quando se verifica que a liberdade de convencimento imotivado do jurado é tão ampla que permite o julgamento a partir de elementos que não estão no processo, o que, juridicamente, é um absurdo. Cria-se, portanto, a insegurança e o descrédito de decisões estapafúrdias, fruto da falta de motivação e de veredictos incoerentes.

Observa-se razão em tal crítica, na medida em que, à evidência, carece o Conselho de Sentença de conhecimento legal e teórico mínimo para a realização das diversas análises de aspectos materiais e processuais aplicáveis ao caso concreto, adicionando-se à exigência de razoável poder de valoração da prova. Com prévia e adequada preparação para julgar, além do conhecimento geral que se presume possua, tem o magistrado, de forma extrema de dúvidas, maior aptidão para produzir julgados mais próximos do conceito de justiça.

Reivindica-se do juiz, atualmente, especialização, conhecimento e domínio da matéria e, nesse tocante, confiar a lei os julgamentos de crimes graves e de grande repercussão a pessoas que não possuem conhecimentos técnicos suficientes é, no mínimo, um contrassenso. Verifica-se, ainda, ante a complexidade do procedimento do Tribunal do Júri, que a existência de um julgador leigo, na prática, culmina com um maior índice de decisões injustas, principalmente porque, conforme já mencionado, desprovidas de motivação e, não raras vezes, de fundamento.

O julgamento eminentemente técnico evitaria a falta de motivação das decisões, resultando em maior índice de acertos e, por consequência, em um número menor de interposição de recursos, haja vista que, como não é nenhuma novidade, em razão da sobrecarga de trabalho, nossos Tribunais não são capazes de dar cabo, em prazos razoáveis, aos processos que lhe são apresentados, protelando ainda mais a angústia experimentada pelas partes envolvidas no processo, uma vez que este não consegue chegar ao seu final.

Acerca, ainda, da falta de fundamentação dos julgados e do desapego dos jurados à prova constante dos autos, vale a citação de LUIZA NAGIB ELUF, quando discorre a mencionada autora sobre um crime onde a prova dos autos, de forma bastante convincente, apontava para o cometimento do crime de homicídio qualificado. Porém, de forma totalmente diversa, os jurados, demonstrando falta de técnica, e amparados na soberania dos seus veredictos, vieram a absolver a acusada por duas vezes. Observemos o trecho da sua obra¹⁵:

“Assim, tudo conspirou a favor de Zulmira e ela pôde voltar para casa, embora, talvez, a versão correta fosse a de homicídio qualificado. O Júri, algumas vezes, não se abala com a argumentação jurídica e absolve simplesmente porque quer”.

Ora, não se pode tolerar que julgamentos de crimes tão graves, com grande repercussão social na maioria dos casos, sejam decididos simplesmente por uma questão de vontade dos jurados. Onde restaria caracterizada a justiça de tais julgados? E o respeito à vítima e aos seus

familiares? E a tão importante preservação da pacificação social? São estes questionamentos que a corrente defensiva do Tribunal do Júri não consegue responder.

Ainda sobre o aspecto do preparo para julgar, não se pode negar que o juiz togado possui uma série de garantias constitucionais (art. 95 da CF/88), que o colocam, ao menos no plano teórico, livre de pressões e ingerências, diferentemente do leigo. Não se pode duvidar que tanto vítimas, acusados e suas respectivas famílias podem exercer forte influência na decisão dos jurados.

2.4.2. Poder da sedução nos discursos

Outro aspecto muito censurado pelos críticos do Júri é o poder da sedução no discurso, facilmente verificado em quase todas as Sessões deste Tribunal. Alguns chegam ao ponto de comparar a Sessão de julgamento com um grande teatro, onde as melhores atuações convencerão os jurados que, nesse caso, funcionam quase que completamente como verdadeiros espectadores de uma encenação.

De forma notória, o Plenário do Júri dá vazão a atuações teatrais, que, se por um lado não possuem guarida em julgamentos técnicos proferidos por juízes togados, por outro, de maneira diametralmente oposta, encontram perfeito acondicionamento no Tribunal do Júri, onde, em sua Sessão, tanto a acusação como a defesa dividem a técnica com as atuações cênicas, conduzindo, por consequência, os jurados à emoção, à paixão, à simulação, ao sentimentalismo e, porque não dizer, culminando com o risco iminente de veredictos injustos e incongruentes com as provas constantes dos autos (verdade dos jurados, não dos autos), passando a justiça, portanto, a ser refém do talento individual dos profissionais, e estes, da maneira que melhor lhes convier, aproveitar-se-ão do fato de não ser o Direito uma ciência exata.

Neste sentido, vale a transcrição do entendimento de Gabriel Chalita¹⁶, quando leciona:

“Nenhuma dúvida parece perdurar a respeito do papel decisivo e fundamental que exerce a exploração da sedução nos debates de um tribunal do júri, tanto por parte da defesa quanto por parte da acusação. Nenhuma dúvida parece perdurar, também, acerca do fato de os advogados utilizarem conscientemente essa ferramenta, às vezes, o que é de lamentar, com intenção declarada ou subjacente de conduzir para o lado incorreto a decisão do júri.”

Para mais adiante concluir¹⁷:

“Não adianta, em suma, o conhecimento afunilado das técnicas e dos jargões jurídicos. De nada vale a cultura puramente jurídica ou o amplo conhecimento do Direito Penal e Processual Penal, ou ainda o domínio sobre as legislações extravagantes. É preciso mais: o poder da palavra, o toque imponderável e intangível da sedução.”

De fato, verifica-se na maioria das Sessões, ante a perplexidade em que se vê envolto o jurado pela complexidade das questões, que os argumentos valem menos por sua robustez jurídica do que pela forma teatral com que são expostos. As partes se valem de linguagem rebuscada numa clara intenção de impressionar os jurados. Prepondera a atuação. Prevalece a experiência do profissional e a impressão que este passa aos julgadores.

2.4.3. Influência da imprensa no ânimo dos jurados

Outro aspecto que muito se critica em relação ao Tribunal do Júri é a influência exercida pela mídia e imprensa em geral no ânimo dos jurados.

Em determinadas ocasiões, acompanhamos verdadeiras execrações e prejulgamentos realizados pela imprensa, o que, além de extremamente perigoso, de forma invariável pode conduzir a grandes erros judiciários, eis que, com tais condutas, extirpa-se a possibilidade de busca pela verdade, com reflexo direto nos veredictos dos jurados que, ao acompanharem os noticiários, chegam à Sessão do Tribunal do Júri com suas convicções já firmadas, não se atendo às exposições de partes técnicas, bem como à prova constante nos autos.

É inegável que alguns componentes no Tribunal do Júri são muito típicos desta Instituição, tais como o excesso de emotividade e os fatos narrados de forma teatral, que, em diversas ocasiões passam ao largo das provas colacionadas aos autos, aliados à pressão da opinião pública, afetando, portanto, sobremaneira, a atuação do jurado na Sessão de julgamento, a tal ponto que, sobretudo nos casos de grande repercussão, seu veredicto já se encontra elaborado antes mesmo do sorteio de seu nome para compor o Conselho de Sentença, a despeito do que ele possa ouvir ou ver durante a sessão.

Diferentemente do magistrado, o jurado, que é um leigo, repentinamente se vê lançado a um ofício que desconhece e para o qual não foi preparado, é imerso em um universo estranho, cuja linguagem não lhe é familiar, sendo conduzido, muitas vezes, a julgar pelo que anteriormente conhecia do caso através dos meios de comunicação.

Desta forma, pode a mídia, de forma antecipada, absolver ou condenar um réu, ante a sua demonstrada capacidade de convencer e formar a opinião pública e, reflexamente, a dos jurados.

É bem verdade, todavia, e não há como negar, que o magistrado, como ser social que é e deve ser, também é alcançado pelas informações da imprensa, porém, é pessoa esclarecida e tecnicamente preparada para ater-se somente à prova dos autos, da qual sabe não poder fugir, ao contrário dos jurados.

Assim mesmo, é preciso admitir que o livre convencimento do juiz também pode sofrer influências externas ao processo em relação a um determinado evento criminoso, pois a repercussão, as versões e opiniões que lhe são apresentadas exteriormente podem, efetivamente, influenciar as suas decisões, uma vez não haver como isolar os juízes da vida em sociedade para garantir sua isenção. Porém, é inegável que, em que pese a verdade de que as sentenças prolatadas por juízes togados estão suscetíveis a erros e, também, a injustiças, o preparo técnico do magistrado faz com que tais erros ocorram em menor escala que no Tribunal do Júri, onde o despreparo técnico e o desapego à prova dos autos, aliado à desnecessidade de fundamentação das decisões, contribuem para o acentuado grau de equívocos e, com toda certeza, para o cometimento de injustiças.

2.4.4. Morosidade no rito procedimental

Para finalizar alguns pontos criticáveis da instituição do Tribunal do Júri, não há como deixar de falar da acentuada morosidade que se observa no rito bifásico adotado no Júri.

Traço sobressalente do rito adotado no Júri brasileiro é a divisão dos poderes conferidos ao magistrado e aos jurados. Após a quase sempre demorada fase de instrução processual, com a pronúncia do acusado e sua submissão ao Tribunal do Júri, cabe aos jurados, privativamente, decidir sobre materialidade e autoria, bem assim sobre causas excludentes de ilicitude,

de culpabilidade e de aumento ou diminuição de pena. Ao juiz togado caberá somente ajustar o soberano veredicto dos jurados aos termos da lei e fixar, se for o caso, a pena do condenado.

A toda evidência, este é um procedimento, sem dúvidas, extremamente moroso, sem contar com a possibilidade de interposição de recursos no decorrer do procedimento, antes que se chegue ao julgamento pelo Conselho de Sentença.

Verifica-se, portanto, ante todos os motivos aqui expostos nas críticas sobre o Tribunal do Júri, porque muitos países já o eliminaram dos seus ordenamentos jurídicos, uma vez que discrepa da exigência social de celeridade nos procedimentos judiciais, onde se deve ter em vista a entrega à sociedade de uma rápida e segura resposta aos seus reclamos de justiça.

2.5. Importantes modificações legislativas e outras aqui sugeridas

Com toda a celeuma apresentada acerca da instituição do Tribunal do Júri, não faltam atualmente propostas doutrinárias e legislativas para modificações do Júri e, até mesmo, a análise de uma forma de sua retirada do nosso ordenamento jurídico, cabendo o destaque da falta de pretensão do presente estudo para analisar pormenorizadamente os Projetos de Lei apresentados, mas, sim, apenas as mais importantes modificações, bem como as propostas que são doutrinariamente discutidas e as necessidades observadas na prática jurídica.

2.5.1. Diminuição das atribuições dos jurados

Se é certo que o Júri Popular é uma forma democrática de julgamento, igualmente correta é a assertiva de que as dificuldades que apresenta são numerosas, além de seu custo ser muito mais alto do que o do julgamento de um processo por um juiz de carreira. Por exemplo, seria muito mais fácil que os jurados apenas decidissem se o réu é culpado ou inocente, ficando as demais questões jurídicas a cargo do magistrado. A parte técnica da sentença não pode e não deve ser avaliada por leigos. Desta forma, os quesitos formulados aos jurados ficariam reduzidos à questão da autoria delitiva, ficando sob a atribuição do juiz togado a análise das demais circunstâncias do crime, bem como as características pessoais do seu autor e outros fatores essencialmente técnicos.

2.5.2. Extinção do Tribunal do Júri

Falando-se em propostas legislativas acerca do Tribunal do Júri, cabe um especial destaque, apenas como fato curioso, de que, no ano de 1965, o então deputado do PTB, Eurico de Oliveira, apresentou o PL n° 2830/1965 visando extinguir o Júri Popular¹⁸, sendo posteriormente arquivado.

Doutrinariamente ainda se observam algumas ideias para supressão do Júri, até mesmo sem a necessidade de nova constituinte, conforme sugere Marcelo Colombelli Mezzomo¹⁹, quando vislumbra a possibilidade de extinção do Tribunal do Júri através do poder constituinte derivado, sob o argumento de que a soberania popular, estampada no parágrafo único do art. 1° da CF/88, possui tal faculdade. Assim sendo, argumenta o mencionado autor que, se a soberania popular pode o mais, que seria renegar toda uma ordem constitucional, como foi feito com a promulgação da Constituição Federal de 1988, pode o menos, ou seja, alterar um dispositivo

através de plebiscito para suprimir um direito fundamental, sobrepondo-se à limitação estampada no art. 60, § 4º da CF/88, se fosse essa uma decisão oriunda da vontade da maioria.

Exposto o ponto de vista supra, em que pese o seu valor, ao menos pelo caráter resolutivo a que se propõe, não se pode admitir, mesmo que através de plebiscito, onde previamente a população viesse a aprovar a supressão do Júri, que uma cláusula pétrea, um direito fundamental do cidadão, seja extirpado da vigente Constituição Federal, eis que, sob o manto de legalidade, correríamos o risco de que, aberto o caminho, outros direitos e garantias fundamentais fossem suprimidos dos cidadãos brasileiros, o que, à evidência, discrepa dos princípios insculpidos em nossa Carta Magna.

2.5.3. Possibilidade de realização da Sessão sem a presença do acusado

Com a edição da Lei nº 11.689/2008, faz-se desnecessário o adiamento da Sessão do Júri ante a ausência do réu solto que, em liberdade, poderá exercer a faculdade do não comparecimento à Sessão, como decorrência lógica do direito ao silêncio que constitucionalmente lhe é assegurado.

Parece-nos absolutamente acertada a referida modificação. Se, de acordo com a Constituição Federal de 1988, todo acusado possui direito ao silêncio, se pode ele comparecer ao Júri e permanecer em silêncio, não haveria razão de ser para a exigência do seu comparecimento, fato que, ademais, pode trazer maior celeridade ao procedimento, uma vez que, nestes casos, a ausência do acusado não ensejará adiamento da Sessão.

2.5.4. Supressão do Protesto por Novo Júri

A supressão do recurso denominado Protesto por Novo Júri havia se transformado em ponto de consenso na comunidade Jurídica e, nesse sentido, andou bem a Lei nº 11.689/2008 que, em seu art. 4º, revogou o Capítulo IV do Título II do Livro III, que contém os artigos 607 e 608 do CPC, que tratavam exatamente do citado recurso processual penal.

Tal hipótese recursal, de fato, não mais se justificava e gerava consequências negativas e indesejáveis, como, por exemplo, a prática reiterada de magistrados em dosar a pena em patamar inferior a 20 anos para não dar ensejo a tal possibilidade recursal.

Ademais, a morosidade e lentidão da justiça brasileira, de tão evidentes, passaram a ser características quase que indissociáveis dos processos em trâmite. Ora, se o Poder Judiciário não apresenta capacidade de julgar os feitos de forma satisfatória em relação ao tempo, o que dizer de um processo que, sem motivo justificável, tem que ser julgado por duas vezes com a adoção de um rito lento em sua essência?

Sem dúvidas, a retirada do Protesto por Novo Júri da legislação processual é medida digna de aplausos.

2.5.5. Eliminação do Recurso em Sentido Estrito e da Pronúncia

O fim do Recurso em Sentido Estrito nas hipóteses de impronúncia foi outra importante modificação trazida pela Lei nº 11.689/2008, que, embora discreta, certamente vai ofertar maior celeridade e simplificação na parte recursal.

Por outro lado, poderia o supramencionado Projeto avançar ainda mais, com a eliminação

definitiva da pronúncia, sugerindo-se que em seu lugar o magistrado apenas proferisse mero despacho saneador. Desta forma, além de maior simplicidade, poderia ser eliminada a possibilidade de que a pronúncia pudesse influir no ânimo dos jurados, como muitas vezes ocorre na prática, pelas referências a ela feitas em plenário tanto pela defesa e, principalmente, pelo Ministério Público.

2.5.6. Eliminação do Libelo-Crime Acusatório

Todavia, modificação muito mais importante apresentada pela Lei nº 11.689/2008 foi a eliminação do libelo-crime acusatório, reivindicação mais antiga e de quase absoluto consenso, onde os autos, após o trânsito em julgado da decisão de pronúncia, devem, de logo, ser remetidos ao Tribunal do Júri, ganhando o feito, com esta modificação, celeridade e eficiência.

Com esta eliminação, o juiz presidente do Tribunal do Júri, após recebimento do processo para julgamento, intimará as partes para que, no prazo de cinco dias, apresentem, caso queiram, rol de testemunhas e, se necessário, requerimento de diligências que entendam pertinentes.

Ademais, a oportunidade para produção de provas continua garantida, conforme acima mencionado, na fase de preparação do processo para julgamento em plenário.

Vislumbra-se, ainda, o fato de que o prazo que dispunha o Ministério Público para oferecimento do libelo, por ser, *in casu*, impróprio, aumentava ainda mais o lapso para a realização da Sessão de julgamento do réu, apresentando-se como mais uma contribuição para a excessiva morosidade do procedimento.

2.5.7. Eliminação do Recurso de Ofício em caso de absolvição sumária

Outra questão a ser analisada é a possibilidade de eliminação do recurso de ofício em caso de absolvição sumária, passando-se apenas à possibilidade de interposição do recurso de apelação em tal caso.

No que pertine à modificação ora sugerida, a extinção do citado recurso vislumbra a desnecessidade de sua interposição pelo próprio magistrado prolator da sentença, uma vez que, à evidência, cabe às partes o controle e o inconformismo com o teor da decisão, afinal de contas, não se concebe que, tendo em vista a existência de preparados membros do Ministério Público ou, até mesmo, de eventual assistente de acusação, que uma errônea ou contestável decisão de absolvição sumária passe despercebida aos seus atentos olhos.

Não há dúvida, portanto, que, extirpado, nesse caso, o recurso de ofício na legislação processual penal, o processo atingirá seu termo e resolução em lapso temporal muito menor, acrescendo-se, ainda, o fato da sensível redução de recursos que desnecessariamente chegam à instância superior, fator que em muito contribui para a tão combatida morosidade do Poder Judiciário e, assim sendo, recursos realmente importantes e necessários podem ser analisados com maior celeridade pelos Tribunais.

2.5.8. Opção por parte do acusado

Por fim, cabe o destaque de uma proposta doutrinária segundo a qual caberia ao acusado a possibilidade de optar entre ser julgado por seus pares, através do Tribunal do Júri ou, se

assim desejar, ser julgado por um juiz togado. Essa seria uma espécie de solução híbrida, onde o Júri não seria extirpado, porém, como afirmado, teria o réu a possibilidade de escolha em ser julgado por um magistrado. Tal argumento foi analisado por Miguel Bruno²⁰, quando redigiu:

“Nesse altiplano argumentativo, cabe destacar um artigo publicado recentemente na revista Consulex, onde um Promotor de Justiça de Brasília, Diaulas Costa Ribeiro, escreve a respeito, e dentre alguns comentários, pudemos observar uma idéia interessante, vez que mantém sob os auspícios da própria sociedade o julgamento de seus pares, entretanto amparando-se no fato de que o Tribunal do Júri é um direito e uma garantia. Seria então possível conceder ao réu o direito de escolher entre ser julgado por um Conselho de Sentença, ou então, para que não se constitua uma obrigação, optar por ter o seu futuro decidido por um juiz togado.”

Não há dúvida de que tal argumento possui o seu valor, mas se apresenta de difícil aplicabilidade, pois ainda assim a proposta esbarraria no impedimento constitucional da cláusula pétrea, sem contar com o fato de que poderia causar grande imbróglgio à administração da justiça, ante a separação de ritos para o julgamento de crimes da mesma espécie.

3. Conclusão

Vimos no presente estudo, através da metodologia e objetivos já mencionados, que o Tribunal do Júri é hoje uma instituição político-jurídica que gera grande controvérsia sobre a sua importância e, principalmente, sobre a sua própria existência. Diversos argumentos favoráveis e contrários à manutenção do Júri no nosso ordenamento foram aqui analisados.

Tendo em vista os fatos explanados no estudo, percebe-se que o Júri, quando do seu surgimento, era realmente uma Instituição matriz de justiça, o que justificava sua criação e razão de ser, na medida em que impedia julgamentos repletos de irregularidades, haja vista a carga política das decisões que, à época, eram tomadas.

Hoje, diante da evolução processual que acompanhamos, bem como pela afirmação dos direitos individuais no âmbito processual, particularmente no que toca ao modelo de julgamento pelo magistrado, não mais se justifica o Júri Popular, pois se analisarmos o Instituto de uma forma acurada, hoje passou a dar margem e espaço exatamente àquilo que atacava quando do seu nascimento.

Os feitos, sejam eles mais ou menos complexos, que “deságuam” no Poder Judiciário, resultado direto da atual estrutura da sociedade, combinado com a natural evolução jurídica, exigem fundamentação e motivação nos julgados e decisões, acarretando ao Júri, por consequência, uma imagem de Instituição obsoleta e desnecessária, apta à reprodução de nulidades e grandes injustiças.

O Júri não mais possui justificativa de existência. Pelo contrário, é moroso e contraproducente e, sob esse aspecto, atinge e viola dispositivos constitucionais e princípios processuais, como a fundamentação dos julgados (art. 93, IX da Constituição Federal de 1988) e a celeridade e economia processuais.

Ademais, no tocante à economia e celeridade processuais, vale o destaque de que a extinção do Tribunal do Júri teria como consequência lógica a eliminação do sistema bifásico

para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, contribuindo sobremaneira para o regular andamento dos feitos, atendendo aos reclames sociais de agilidade na prestação jurisdicional, aliada à economia relativa aos custos, em um momento em que os gastos públicos precisam e devem ser reduzidos.

Porém, resguardado pelo *status* de cláusula pétrea, não há como falar em extinção do Tribunal do Júri sem que se entenda pela necessidade de nova ordem constituinte, de instituição de poder constituinte originário. Para uma maior garantia da ordem jurídica é imperativo que esforços sejam olvidados para que a extinção do Júri se verifique em total respeito à ordem constitucional, pois, como já visto, seria grande o perigo não somente à ciência jurídica, mas, sobretudo, aos direitos e garantias fundamentais, que a supressão de um destes direitos se desse de forma diversa.

Por outro lado, se é certo que se não vislumbra, em curto ou médio prazo, a instalação de nova constituinte e, ainda, considerando que esta não deve surgir apenas para que o Júri seja extinto, o que, convenhamos, seria absurdo, não podemos perder a oportunidade para, com o surgimento de uma nova ordem constituinte, com poderes originários, incluir a extinção do Tribunal do Júri como absoluta necessidade.

Referências

BANDEIRA, Marcos Antonio Santos. O Tribunal do Júri numa Perspectiva Constitucional. Diário do Poder Judiciário do Estado da Bahia. 10 e 11 de setembro de 2005. p. 3.

BARBOSA, Rui. Obras Completas de Rui Barbosa, Vol. XXIII, 1896, Tomo III – O Júri e a Independência da Magistratura. Edição Ministério da Educação e Cultura. Fundação Casa de Rui Barbosa. Rio de Janeiro, 1976.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. Senado, 1988.

BRASIL. Projeto de Lei nº 02192/91, de 07 de novembro de 1991. Disponível em: http://senado.gov.br/sf/atividade/Materia/detalhes.asp?p_cod_mate=20742. Acesso em 14/02/2010.

BRUNO, Miguel. O tribunal do júri: uma necessidade para a sociedade. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1069>. Acesso em 14/02/2010.

CARVALHO, Fernanda Moura de. As mudanças no tribunal do júri: algumas considerações sobre o Projeto de Lei nº 4.203/01. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1401, 3 maio 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9837>. Acesso em 14/02/2010.

CHALITA, Gabriel. A Sedução no Discurso – O Poder da Linguagem nos Tribunais de Júri. 4ª Edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007.

ELUF, Luiza Nagib. A Paixão no Banco dos Réus: casos passionais célebres: de Pontes Visgheiro a Pimenta Neves. 2ª Edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. Novo procedimento do júri. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1366, 29 mar. 2007.

MARREY, Adriano et al. Teoria e Prática do Júri. 7ª Edição. Ed. RT. 2000.

MEZZOMO, Marcelo Colombelli. Tribunal do Júri: vamos acabar com essa idéia!. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3690>. Acesso em 14/02/2010.

NASSIF, Aramis. Reforma do Tribunal do Júri, Revista Consulex, Ano III, n. 33, Setembro/1999, páginas 46/49.

RAMALHO TERCEIRO, Cecílio da Fonseca Vieira. Escorço histórico do Tribunal do Júri e suas perspectivas para o futuro frente à reforma do Código de Processo Penal. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 65, maio 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4040>. Acesso em 14/02/2010.

REZENDE, Reinaldo Oscar de Freitas Mundim Lobo. Da evolução da instituição do júri no tempo, sua atual estrutura e novas propostas de mudanças. Projeto de Lei nº 4.203/2001. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 706, 11 de junho de 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6865>. Acesso em 14/02/2010.

Notas

1. CHALITA, Gabriel. A Sedução no Discurso – O Poder da Linguagem nos Tribunais de Júri. 4ª Edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, p. 151.
2. RAMALHO TERCEIRO, Cecílio da Fonseca Vieira. Escorço histórico do Tribunal do Júri e suas perspectivas para o futuro frente à reforma do Código de Processo Penal. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 65, maio 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4040>. Acesso em 14/02/2010.
3. ELUF, Luiza Nagib. A Paixão no Banco dos Réus: casos passionais célebres: de Pontes Visgueiro a Pimenta Neves. 2ª Edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003, p. 120.
4. ELUF, Luiza Nagib. A Paixão no Banco dos Réus: casos passionais célebres: de Pontes Visgueiro a Pimenta Neves. 2ª Edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003, p. 120, 121.
5. ELUF, Luiza Nagib. A Paixão no Banco dos Réus: casos passionais célebres: de Pontes Visgueiro a Pimenta Neves. 2ª Edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003, p. 121.
6. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. Senado, 1988.
7. NASSIF, Aramis. Reforma do Tribunal do Júri. Revista Consulex, Ano III, n. 33, p. 47, Setembro/1999.
8. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. Senado, 1988.
9. BARBOSA, Rui. Obras Completas de Rui Barbosa, Vol. XXIII, 1896, Tomo III – O Júri e a Independência da Magistratura. Edição Ministério da Educação e Cultura. Fundação Casa de Rui Barbosa. Rio de Janeiro, 1976. p. 157.
10. BARBOSA, Rui. Obras Completas de Rui Barbosa, Vol. XXIII, 1896, Tomo III – O Júri e a Independência da Magistratura. Edição Ministério da Educação e Cultura. Fundação Casa de Rui Barbosa. Rio de Janeiro, 1976. p.157.
11. BARBOSA, Rui. Obras Completas de Rui Barbosa, Vol. XXIII, 1896, Tomo III – O Júri e a Independência da Magistratura. Edição Ministério da Educação e Cultura. Fundação Casa de Rui Barbosa. Rio de Janeiro, 1976. p.157.
12. BRASIL. Projeto de Lei no 02192/91, de 07 de novembro de 1991. Disponível em: http://senado.gov.br/sf/atividade/Materia/detalhes.asp?p_cod_mate=20742. Acesso em 14/02/2010.
13. BANDEIRA, Marcos Antonio Santos. O Tribunal do Júri numa Perspectiva Constitucional. Diário do Poder Judiciário do Estado da Bahia, Salvador/BA, p. 3, 10 e 11 de setembro de 2005.
14. NASSIF, Aramis. Reforma do Tribunal do Júri. Revista Consulex, Ano III, n. 33, p. 48, Setembro/1999.
15. ELUF, Luiza Nagib. A Paixão no Banco dos Réus: casos passionais célebres: de Pontes Visgueiro a Pimenta Neves. 2ª Edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003, p. 38. (grifo nosso).

ENTRE ASPAS

16. CHALITA, Gabriel. A Sedução no Discurso – O Poder da Linguagem nos Tribunais de Júri. 4ª Edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, p. 159.
17. CHALITA, Gabriel. A Sedução no Discurso – O Poder da Linguagem nos Tribunais de Júri. 4ª Edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, p. 160.
18. REZENDE, Reinaldo Oscar de Freitas Mundim Lobo. Da evolução da instituição do júri no tempo, sua atual estrutura e novas propostas de mudanças. Projeto de Lei nº 4.203/2001. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 706, 11 de junho de 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6865>. Acesso em 14/02/2010.
19. MEZZOMO, Marcelo Colombelli. Tribunal do Júri: vamos acabar com essa idéia!. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 62, fev. 2003.
20. BRUNO, Miguel. O tribunal do júri: uma necessidade para a sociedade. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000.

SOCIEDADE DO CONSUMO E PUBLICIDADE: O PROCESSO COLETIVO COMO MECANISMO DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES DE CONSUMO PELA INTERNET

Maria Alessandra dos Santos Aquino

Assessora de Juiz. Graduada em Direito pela Faculdade Independente do Nordeste – FAINOR. Graduada em História e Especialista em História Social do Trabalho pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia – UESB. Especialista em Direito Processual pela Universidade Anhanguera-UNIDERP.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo discutir a importância do processo coletivo como mecanismo de defesa dos direitos difusos dos consumidores nas relações de consumo no ambiente virtual, especificamente no que diz respeito à proteção contra a publicidade enganosa e abusiva (inc. IV, do art. 6º. do Código de Defesa do Consumidor).

Palavras-Chave: Sociedade do consumo. Publicidade na internet. Direitos difusos. Processo coletivo.

1. Sociedade do consumo, publicidade e internet

Profundas alterações marcaram o capitalismo, o mercado de consumo, as relações sociais e o Direito ao longo do século XX e nesse início do século XXI. As modificações são numerosas e envolvem relações de trabalho, processos de produção, reconfigurações geográficas e geopolíticas, planejamento do Estado, novos hábitos de consumo, comunicação digital, relações sociais virtuais, comércio eletrônico e o nascimento de novos ramos da ciência jurídica.

Nas últimas décadas do século XX, as questões centrais que envolvem essas alterações são: a globalização econômica e cultural; a reestruturação do processo produtivo do fordismo/taylorismo para a produção flexível toyotista que se apóia em novas formas e novas técnicas de organização da produção, permitindo aceleração do ritmo de produção e inovação do produto, mudando os padrões de consumo e exploração de núcleos específicos de consumo; novas tecnologias, sobretudo as informacionais, a cibernética, a microeletrônica, a robótica; mudança de pólo do capital produtivo para o capital financeiro; esfacelamento e/ou aglutinamento de setores produtivos; surgimento de novos setores de trabalho que até então não eram categorizados como sendo lucrativos e/ou forte concentração de empregos, crescimento do setor de serviços.

Nesse contexto, para Gilles Lipovetsky (2007, p. 12-13) essas mudanças fizeram com

que no capitalismo contemporâneo as estratégias das empresas não mais estejam focalizadas no produto, e sim para o mercado e no consumidor. Segundo esse autor o novo perfil econômico é marcado pela centralidade do consumidor:

Em relação ao primeiro pólo a hora é a da busca sistemática de uma criação de valor muito elevada para os detentores do capital. No que se refere ao segundo, o imperativo é mercantilizar todas as experiências em todo lugar, a toda hora e em qualquer idade, diversificar a oferta adaptando-se às expectativas dos compradores, reduzir os ciclos de vida dos produtos pela rapidez das inovações, segmentar os mercados, favorecer o crédito ao consumo, fidelizar o cliente por práticas comerciais diferenciadas. [...] A nova economia mundo não se define apenas pela soberania da lógica financeira: é também inseparável da expansão de uma ‘economia do comprador’ (LIPOVETSKY, 2007, p. 13-14).

Essa centralidade começou a ser definida a partir da década de 80: o consumidor tornou-se a peça primordial da engrenagem da economia neoliberal, como aquele que tem o poder aquisitivo para proporcionar o crescimento do mercado e, ao mesmo tempo, modelo de sujeito para o consumo, transformando-se, por extensão, em modelo obrigatório para as relações sociais.

Em linhas gerais essas transformações impuseram uma nova forma de reprodução da vida, baseada em uma sociedade de consumidores, não só de produtos e serviços em si, mas também no consumo de símbolos, estilos de vida e experiências. Para Gilles Lipovetsky (2007, p. 14) isso

corresponde a uma profunda revolução do comportamento e do imaginário do consumo [...] de um consumidor sujeito a coerções sociais da posição, passou-se a um hiperconsumidor¹ à espreita de experiências emocionais e de maior bem-estar, de qualidade de vida e de saúde, de marcas e de autenticidade, de imediatismo e de comunicação.

Corroborando este pensamento, para Don Slater (2002) pode-se falar até mesmo na constituição de uma cultura do consumo, que não se estabelece em relação a necessidades e objetos, mas também como foco da vida social. Gilles Lipovetsky (2007, p. 19) defende que formou-se a civilização da “felicidade paradoxal”, que de um lado “exalta os referenciais do maior bem-estar, da harmonia e do equilíbrio; do outro, ela se apresenta como um sistema hipertrófico e incontrolado [...] e que vê coabitar a opulência com a amplificação das desigualdades e do subconsumo”.

Nesse novo modelo de sociedade, para Don Slater (2002, p. 22), “as pessoas não são vistas como classes ou gêneros que consomem, e sim como consumidores que, por acaso, estão organizados em classes e gêneros”.

Esclarecendo essa idéia ele afirma que,

a noção eminentemente moderna de sujeito social enquanto indivíduo que cria e define a si mesmo está intimamente ligada à autocriação por meio do consumo: é em parte através do uso de bens e serviços que nos formulamos enquanto identidades sociais e exibimos essas identidades. O que

torna o consumo o campo privilegiado da autonomia, do significado, da subjetividade, da privacidade e da liberdade. Por outro lado, todos esses significados relacionados à identidade social e ao consumo passaram a ser cruciais para a competição econômica e a organização racional, passaram a ser os objetos da ação estratégica das instituições dominantes. O senso de autonomia e identidade oferecidos pelo consumo são constantemente ameaçados. Por isso a controvérsia constante e constitutiva para determinar se o consumo é uma esfera de manipulação ou de liberdade, se o consumidor é soberano ou súdito, ativo ou passivo, criativo ou determinado, e assim por diante. (SLATER, 2002, p. 39)

Essa reflexão é extremamente importante no contexto atual das relações do consumo, porque nos impulsiona a indagar, até que ponto de fato o consumidor é livre, é autônomo, é soberano nas suas escolhas? É em resposta a essa questão que, por exemplo, se reconhece a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, que na atualidade, se estende também a um novo espaço de consumo, complexo e dinâmico, o ciberespaço².

Assim, pensar o consumo não é apenas pensar em necessidades, produtos e serviços, mas pensar como são classificadas as necessidades, quem as define e como os sujeitos superaram suas necessidades a partir das relações com produtos e serviços. Para Don Slater (2002, p. 102-103) “selecionamos, fabricamos, possuímos e transformamos os objetos de acordo com metas, objetivos, desejos e necessidades postulados pelos sujeitos humanos” e é essa subjetividade que se manifesta na recriação do mundo dos objetos de acordo com as necessidades, que evoluem no tempo, por isso o consumo é um processo usado pelos seres humanos para se reapropriarem de sua cultura e desenvolverem-se enquanto sujeitos sociais.

As mudanças conduzem a uma suposta soberania do indivíduo como consumidor, não mais como sujeito das relações humanas, mas como sujeito que trava suas relações essenciais com produtos e serviços. Com efeito, na prática, essa soberania se traduz apenas à opção dada ao consumidor de julgar a “inadequação, inconsistência ou imperfeição de uma mercadoria mal escolhida” (BAUMAN, 2008, p. 31), insatisfação que se converte em substituição dos produtos e serviços por outros mais adequados ou aperfeiçoados.

Nesse sentido, para compreender o que acontece com a sociedade do consumo é preciso desqualificar o discurso ideológico contemporâneo que, de acordo com Francisco Fonseca (2007, p. 236) “sustenta que o consumidor teria se tornado mais exigente, e que, em razão disso, as empresas, isto é, o capital, foram obrigadas a se adaptarem a tais exigências”. Essa ilusão trata-se, pois, de estratégia para manipular o consumidor a interiorizar formas de consumo que induzem a necessidades sempre insaciáveis e, ao mesmo tempo, para que o indivíduo procure constantemente objetos/mercadorias/produtos que realizem seus desejos e satisfaçam suas necessidades sempre renovadas. Produzir e lançar no mercado de consumo não são suficientes para as organizações comerciais, em síntese, é preciso

criar valor por meio da produção de sentidos presentes nas esferas culturais da sociedade é que garante a eficácia das ações do marketing e os lucros das organizações. O *marketing* contemporâneo se distancia cada vez mais de seu objeto de ação – a mercadoria como valor de uso –, concentrando-se no valor de signo, por meio da manipulação do consumo (SILVA, 2007, p. 155-156).

Sob tal óptica, a sociedade do consumo monta sua base na eterna não satisfação dos indivíduos e, paralelamente, na depreciação e desvalorização dos produtos e serviços de consumo. Isso ajuda a manter a circulação de mercadorias e estimula o consumismo, uma vez que os indivíduos nunca se sentirão plenamente satisfeitos diante do volume de novidades de bens e serviços, sistematicamente colocados no mercado. Gilles Lipovetsky (2007, p. 44) observa que “desejamos as novidades mercantis por si mesmas, em razão dos benefícios subjetivos, funcionais e emocionais que proporcionam”.

Trata-se, como lembra Gilberto Dupas (2001, p. 53), de uma sociedade em que as novas tecnologias geram produtos de consumo novos para que as

ondas de entusiasmo, apoiadas e lançadas por todos os meios de comunicação, propagam-se instantaneamente. O telefone celular e a internet, símbolos da interconectividade, passam a ser condição de felicidade. O homem volta a ser rei exibindo a sua intimidade com a mercadoria ou identificando-se com os novos ícones, os heróis da mídia eletrônica transformados eles mesmos em mercadoria ou identificados com marcas globais. Essa relação atinge momentos de excitação fervorosa, de transe religioso e de submissão, como o observar encantado do brilho intenso e das propriedades mágicas de um celular ou de um herói da TV.

Dessa forma, a publicidade antes era uma comunicação construída em torno do produto e de seus usos, benefícios, qualidades. Na contemporaneidade, ela se fundamenta na transmissão de valores, na exploração do lado sensível e emocional do consumidor, prometendo estilos de vida, visibilidade social, conforto, prazer, saúde, a otimização da felicidade.

Com efeito, segundo Newto De Lucca (2008, p. 53),

a utilização de produtos e serviços passou a decorrer muito mais da influência sedutora dos comerciais de televisão, do *status* conferido pela *grifes*, da publicidade envolvente e irresistível que transporta as pessoas a uma espécie de ‘reino da fantasia’, do que das necessidades fundamentais do indivíduo e de sua família, como deveria ser.

Zygmunt Bauman (2008, p. 22) vai mais longe. De acordo com sua análise, na sociedade do consumo a subjetividade do sujeito está diretamente relacionada à sua capacidade de se tornar uma mercadoria vendável, ou seja, nela os indivíduos tornam-se mercadorias e “tornar-se uma mercadoria desejável e desejada é a matéria de que são feitos os sonhos e os contos de fadas”. O que corresponderia à própria busca da felicidade na contemporaneidade.

O mesmo autor destaca que “a característica mais proeminente da sociedade de consumidores – ainda que cuidadosamente disfarçada e encoberta – é a *transformação dos consumidores em mercadorias*” (BAUMAN, 2008, p. 20) (grifo no original).

Essa análise é bem mais perturbadora que o “encantamento” pelas inovações do mercado em relação aos bens de consumo. Identifica uma excepcional e poderosa estrutura de poder que estimula o supérfluo, o desnecessário, o consumismo, a ilusão da felicidade pelo consumo. A sociedade do consumo tem remodelado os indivíduos para, também, se auto-promoverem como mercadoria, a satisfazerem necessidades fictícias forjadas pelo próprio mercado, sobretudo com a ajuda das tecnologias da informação, especialmente a internet.

O efeito disso tudo, perfeitamente observável no Brasil e muito bem anotado por Newton De Lucca (2008, p. 53-54) é que

enquanto os consumidores de alto poder aquisitivo têm à sua disposição a mais variada gama de opções, das quais evidentemente nem se podem dar conta, havendo inevitável desperdício em razão do excesso, a população carente se vê inconscientemente impelida a consumir bens que estão muito acima de suas reais condições financeiras. Os sentimentos de frustração, de inconformismo e de revolta, oriundos das notórias dificuldades ou mesmo da completa impossibilidade de aquisição desses bens, para uso próprio ou dos membros de sua família, têm gerado a crescente explosão de violência social, principalmente nos grandes centros urbanos, nos quais uma desigualdade gritante e perversa, aliada à superpopulação de tais cidades, atua como poderoso fator estimulante da criminalidade.

Diante disso, pode-se afirmar que há algo mais que precisa ser diagnosticado, antes de se promover a defesa do consumidor em seu amplo sentido, porque de nada vai adiantar criar leis que protegem o consumidor, provocar a interferência dos poderes estatais nas relações de consumo, se não se pensar em reorganizar esse modelo de sociedade que tem como princípio o viver para o consumo, viver para o supérfluo e para a mercantilização do ser. É preciso modificar os padrões de consumo e o que se consome, questionar a quem de fato interessa esse modelo de sociedade.

Deixamos aqui, ainda, mais um enxerto para reflexão:

3ª. do plural

Humberto Gessinger³

Corrida pra vender cigarro
cigarro pra vender remédio
remédio pra curar a tosse
tossir, cuspir, jogar pra fora
corrida pra vender os carros
pneu, cerveja e gasolina
cabeça pra usar boné
e professar a fé de quem patrocina.

Eles querem te vender
eles querem te comprar
querem te matar (de rir)
querem te fazer chorar
quem são eles?
quem eles pensam que são?

Corrida contra o relógio
silicone contra a gravidade
dedo no gatilho, velocidade
quem mente antes diz a verdade

ENTRE ASPAS

satisfação garantida
obsolescência programada
eles ganham a corrida antes mesmo da largada.

Eles querem te vender
eles querem te comprar
querem te matar a sede
eles querem te sedar
quem são eles?
quem eles pensam que são?

Vender...comprar... vedar os olhos
jogar a rede...contra a parede
querem te deixar com sede
não querem te deixar pensar
quem são eles?
quem eles pensam que são?

As idéias desses autores contribuem para nossa análise no sentido de demonstrar a complexidade de se travar um debate em torno dos interesses e direitos dos consumidores diante da estrutura social em evidência, especialmente, no que diz respeito às relações de consumo no espaço virtual.

Hoje, a internet mudou o conceito de espaço e tempo. Como meio de comunicação interliga de forma instantânea e simultânea milhões de usuários no mundo inteiro, permitindo acesso inesgotável de informações. Desponta, então, como responsável pelo nascimento e crescente expansão do mercado virtual, sendo o comércio eletrônico tendência da nova economia mundial, com empresas virtuais, extensões virtuais de empresas reais, que investem pesadamente em publicidade, utilizando-se da rede mundial de computadores como instrumento potencial de produção e circulação de bens e serviços.

Segundo Pierre Lévy (1996, p. 39),

o ciberespaço abre de fato um mercado novo, só que se trata menos de uma onda de consumo por vir que da emergência de um espaço de transação qualitativamente diferente, no qual os papéis respectivos dos consumidores, dos produtores e dos intermediários se transformam profundamente.

Nesse sentido, uma consideração importante que devemos fazer é que não se pode deixar de elogiar as diretrizes que o Código de Defesa do Consumidor traz em seu bojo, que pela via do reconhecimento do direito fundamental do consumidor à proteção nas relações de consumo, – independentemente de diferenças culturais, econômicas, políticas, sociais, – protege o consumidor das astuciosas estratégias de controle, submissão e conformação na sociedade do consumo.

2. O CDC e a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva no ciberespaço

No Brasil, somente com a Constituição democrática de 1988, a defesa do consumidor tornou-se imperativo de ordem pública e de interesse social, e passou a ser direito fundamen-

tal, previsto no art. 5º, inciso XXXII: *o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor*, bem como, tornou-se princípio da ordem econômica, inscrito no art. 170, inciso V: *A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: ... V – defesa do consumidor.*

A Constituinte inserindo a defesa do consumidor como princípio constitucional criou norma vinculante, princípio estruturador da ordem jurídica e todas as regras do ordenamento devem buscar a concretização dessa garantia fundamental. Por ser de ordem pública e preceito constitucional, a proteção jurídica do consumidor deve atender aos fundamentos e objetivos da República brasileira, no sentido de garantir a dignidade da pessoa humana, a cidadania, construir uma sociedade livre, justa e solidária, reduzir as desigualdades sócio-econômicas, sem, no entanto, perder de vista o desenvolvimento econômico e assegurar a livre iniciativa.

Embora seja princípio fundamental da República brasileira a livre iniciativa (art. 1º, inc. IV; art. 170, *caput*) e princípio da ordem econômica a livre concorrência (art. 170, inc. IV), para Pedro Ivo Andrade (2007, p. 21) “o consumidor aos poucos acabou dominado pelos grandes grupos econômicos, de modo que por trás de uma obnubilada relação de igualdade, oculta-se uma nítida desigualdade fática”, e em razão disso não se pode deixar o cidadão ao arbítrio de práticas comerciais abusivas e às estratégias de publicidade, impondo-se ao Estado não só o reconhecimento no plano constitucional da proteção ao consumidor, mas, sobretudo, o dever de garantir a sua concretização.

Nesse sentido, a Constituição impôs a criação de lei especial para regular as relações de consumo, o Código de Defesa do Consumidor – Lei nº. 8078, publicada em 12/09/1990. É nela, que se encontram as disposições sobre a identificação dos sujeitos e os objetos da relação de consumo, os princípios orientadores da relação jurídica estabelecida entre os sujeitos, os direitos e deveres dos consumidores e fornecedores, a política nacional de relação de consumo, os princípios e diretrizes gerais da tutela judicial em relação às práticas comerciais e à proteção contratual. Ela aparece como instrumento para se chegar ao equilíbrio das relações de consumo, sobretudo, diante da vulnerabilidade “fática, técnica, jurídica, informacional e psicológica” (BESSA, 2007, p. 35-42) do consumidor.

O diploma protetivo dos direitos do consumidor, em seu art. 6º, inciso IV, prevê expressamente a “proteção contra publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais [...]”, bem como expressamente proíbe toda publicidade enganosa ou abusiva (*caput*, art. 37).

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 37, conceitua que:

§1º. É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§2º. É abusiva, dentre outros, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite a violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

As formas de publicidade têm se aprimorado cada vez mais. Pode-se presenciar que a tecnologia digital tem possibilitado a ampliação da comunicação, agora Comunicação Digital⁴ que, por sua vez, tem desenvolvido novas formas de aproximação de consumidores a produtos e serviços. Para Roberto Stéfani Correa (2003, p.89/90),

é um fenômeno da multimídia que representa o marketing ou pode ser considerado o novo marketing, mas comunicar digitalmente não basta adaptar os conceitos de marketing aplicados aos formatos da propaganda, necessita-se do conhecimento científico e computacional da multimídia, da psicologia aplicada ao consumidor moderno, da semiótica computacional, da propaganda digital, enfim têm-se que reestruturar a comunicação de uma forma global, pensando na velocidade da informação, na tecnologia, na necessidade de autoatualização e até de uma nova organização social, a ‘*cybercultura*’.

A revolução informacional por meio virtual proporciona a aquisição de produtos e serviços através da rede, mas, além de se pensar a publicidade, impõe reflexão sobre algumas questões nas relações de consumo no ambiente virtual, exemplos: os contratos eletrônicos, a oferta e a publicidade eletrônica, a proteção dos direitos de propriedade na web, o problema de validade do documento eletrônico original e copiado; a transferência eletrônica de dados, a proteção ao consumidor, a insuficiência legislativa sobre o assunto (LISBOA, 2007, p. 208-209).

O estabelecimento do comércio pela internet possibilitou que negócios jurídicos, dos mais diversos pudessem ser realizados e, nesse aspecto, destacamos que nasceram desafios para a ciência jurídica: entender essas novas relações de consumo virtuais e suas implicações no mundo fático; verificar a invalidade dos contratos eletrônicos; como provar os negócios virtuais e a admissibilidade da prova eletrônica no processo judicial, mas, especialmente, levantou questionamentos sobre verossimilhança ou inverossimilhança das informações que chegam ao consumidor pela rede virtual.

No caso específico do estudo aqui proposto, destaca-se que no âmbito do ciberespaço, as inovações nas relações de consumo a partir do uso das tecnologias de informação e comunicação, como a internet, expuseram o consumidor à vulnerabilidade informacional, que está vinculada a euforia publicitária, estimulação dos desejos, exaltação da felicidade consumidora, frenesi provocado pelas estratégias de marketing que submetem os consumidores a informações manipuladas, controladas e, muitas vezes, até desnecessárias, com o intuito de obrigar ao consumo. Esse tipo de exposição leva também à vulnerabilidade psíquica do consumidor, em razão do alto potencial de indução e massificação do consumo pelos meios de comunicação, conforme já analisamos em nossas primeiras incursões sobre o tema.

Segundo José Júlio Chiavenato (2004, p. 66-67),

enquanto está ‘plugado’ nas mensagens que o iludem e induzem às sensações virtuais, é um paciente; ao desligar o computador o voltar para o mundo real das sensações, é um agente. Então passa a consumir e compensar as suas frustrações, que, no processo globalizador, fortalece o sistema. Quanto mais entrar para o mundo virtual, melhor consumidor será no mundo real: é o mundo consumista que o abastece de meios de se transformar em conceito indefinido, em não-humano, e gozar o virtualismo que o compensa da alienação interior.

No ambiente virtual, as possibilidades de ferramentas para desenvolvimento do marketing das empresas vem se ampliando. As publicidades mais usuais são: “páginas *web*, *e-mail*-marketing segmentados para todo o Brasil; banners publicitários; janelas pop-up; pesquisas de opinião pública; cadastramento em mecanismos de busca; *wallpaper* personalizados com a marca de sua empresa; *newsletter*” (CHIAVENATO, 2004, p. 93).

Nessa perspectiva, nas relações de consumo virtuais o consumidor não está afastado de publicidades enganosas e abusivas já tão comuns no mercado tradicional não virtual. Esse novo espaço exigiu também essas novas estratégias e formas de publicidade, que por si só, algumas delas, já constituem práticas enganosas e abusivas, trazendo danos materiais e morais aos consumidores.

Para Jean Carlos Dias (2004, p. 131) essas novas formas de publicidade são “capazes de manter o consumidor em erro quanto aos elementos essenciais dos produtos ou serviços” e através da informação falsa e qualquer outro meio poderão configurar a publicidade enganosa e/ou abusiva.

Nesse sentido, tomando como referência Letícia Canut (2007, p. 168-169), destacamos algumas dessas novas formas de publicidade que desafiam a tutela protetiva ao consumidor: os *banners*, os *spams*, os *pops ups*, os *metatags*, o *cybersquatting*. São ferramentas que promovem produtos e serviços através de variados tipos de mensagens, constituindo-se em estratégias abusivas em decorrência das consequências que trazem ao consumidor porque chegam a ele de forma não solicitada, principalmente por redirecionamento involuntário.

Mesmo considerando que a internet possibilita ao consumidor maior acesso a informações sobre produtos e fornecedores, lhe dando mais chances de acertos em suas escolhas e negócios, é preciso levar em consideração que “a tendência atual da rede se orienta no sentido da criação dos grandes grupos que estabelecem aliança que acabam por guiar o ‘navegante’ por caminhos sinalizados segundo conveniências pré-determinadas” (DE LUCCA, 2008, p. 447).

Além disso, Pierre Lévy aponta que no espaço virtual, “o consumidor não apenas se torna coprodutor da informação que consome, mas é também produtor cooperativo dos ‘mundos virtuais’ nos quais evolui, bem como agente de visibilidade do mercado para os que exploram os vestígios de seus atos no ciberespaço” (1996, p. 40).

Seguindo esse raciocínio, Érica Lourenço de Lima Ferreira aponta que “os internautas não se localizam principalmente por seus nomes, posição social, localização geográfica, senão a partir de centros ou sites de interesses mútuos, uma comunicação recíproca, interativa e ininterrupta” (2007, p. 148).

A ampliação, tanto no sentido da virtualização do mercado como dos mecanismos tecnológicos desenvolvidos e apropriados pelo mercado para publicidade, nos leva a acreditar que o consumidor está cada vez mais sujeito a estratégias criativas de interatividade, comunicação e publicidade que aumentam a possibilidade de riscos e lesões pelo alcance mais ampliado em relação aos consumidores.

3. Processo coletivo: mecanismos de proteção ao consumidor no ciberespaço

Na atualidade, a análise de conflitos de interesse social mais amplo tem chegado ao judiciário e exigido atividade jurisdicional bem mais atenta à realidade social vigente, é o caso dos conflitos de massa envolvendo a publicidade enganosa e abusiva pela internet. Mudanças que implicam, inclusive, tratamento diferenciado da técnica processual, com a máxima aproxima-

ENTRE ASPAS

ção do direito processual aos mecanismos de tutela dos direitos coletivos em sentido amplo.

Nesse sentido, sobrelevam as críticas à técnica processual individualista e conforme destaca Ada Pellegrini Grinover (s/d),

a interpretação rigorosa da técnica processual, no processo individual, tem dado margem a que um número demasiado de processos não atinja a sentença de mérito, em virtude de questões processuais [...] As normas que regem o processo coletivo, ao contrário, devem ser sempre interpretadas de forma aberta e flexível – há disposição expressa nesse sentido no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos – e o juiz encontrará nelas sustentáculo para uma postura menos rígida e formalista.

No mesmo sentido, Cândido Rangel Dinamarco (1996, apud MAGGIO, 2007, p. 128) esclarece que,

presencia-se ao que sugestivamente Kazuo Watanabe denominou molecularização da tutela jurisdicional. Ao tradicional trato dos conflitos isoladamente, como átomos de uma realidade muito mais ampla, acosta-se agora o exercício da jurisdição em face das moléculas em que os átomos se aglutinam. O estilo de vida contemporâneo, solidário por excelência e por imposição das necessidades e aspirações comuns na sociedade de massa deste fim de século, impõe o trato coletivo de interesses que somam e se confundem, quase que destacando-se dos indivíduos a que tradicionalmente se reportavam com exclusividade. É o direito de massa, resultante dessa nova realidade social, e que por sua vez impõe rumos ao processo civil, o qual também se vai então modelando como um processo civil de massa.

Destaca-se aqui, ainda corroborando com a crítica da técnica processual, as palavras de Marcelo Paulo Maggio (2007, p. 130):

idéias ligadas à tradição processual não servem para a correta proteção e interpretação de questões ligadas aos interesses difusos, devendo os operadores do direito, nesses casos, enxergarem de forma maleável, flexível, os mecanismos processuais existentes, somente negando a apreciação às pretensões e defesas afirmadas, nas hipóteses retratadas na lei; [...]. As peculiaridades afetas às espécies de interesses coletivos em sentido amplo fazem com que um tratamento especial seja preciso, sempre buscando releituras necessárias ao avanço dos institutos processuais, vez que, da eficaz tutela de tais interesses, torna-se possível propiciar que o desenvolvimento ocorra de forma sustentada, assegurando a todos uma sadia qualidade de vida, tanto para os presentes, como para as gerações vindouras.

A excursão pelas idéias desses autores foi necessária, porque observados os desafios impostos pelo comércio eletrônico e a ampla exposição do consumidor no mercado virtual,

principalmente em relação à publicidade enganosa e abusiva, e, levando-se em consideração a velocidade das mudanças no *ciberespaço*, reforça-se a necessidade de adequação e flexibilização dos mecanismos de defesa em prol da parte mais frágil na relação de consumo, o consumidor.

No Brasil, outras críticas reportam à ausência de legislação específica sobre as relações de consumo no *ciberespaço*. Diante disso, a legislação consumerista, com suas normas inovadoras, especialmente no diz respeito ao processo coletivo, tem sido aplicada para solucionar os litígios oriundos das relações de consumo no espaço virtual. Para Newton De Lucca (2008, p. 454-456) as regras do CDC podem ser plenamente aplicadas às relações de consumo virtuais, embora não sejam suficientes, haja vista que no espaço virtual ocorrem situações totalmente novas para o Direito do Consumidor.

No caso dos direitos coletivos dos consumidores, conforme dispõe o CDC, no art. 81, parágrafo único, incisos I, II, e III, ela poderá ser exercida em juízo individualmente ou a título coletivo quando se tratar de:

- I – **interesses ou direitos difusos**, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indetermináveis e ligadas por circunstâncias de fato;
- II – **interesses ou direitos coletivos**, assim entendidos, para efeitos deste Código, 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;
- III – **interesses ou direitos individuais homogêneos**, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

É bom que se lembre que no Brasil a tutela coletiva não começa a partir do CDC. Conforme enfatiza Geisa de Assis Rodrigues (2006, p. 78), no que diz respeito à tutela coletiva,

antes mesmo de termos a legislação do consumo sistematizada, tenha havido a regulamentação da tutela coletiva desses direitos com a edição da Lei 7.347/85. Muito embora tenha a lei natureza eminentemente processual, a mesma ensejou a tutela coletiva dos direitos dos consumidores que já estavam consolidados na legislação naquela oportunidade. Portanto, a nova disciplina do Direito do Consumidor no Brasil já nasceu sob o signo do coletivo, sob o reconhecimento de que uma tutela eminentemente individual não será nunca suficiente e efetiva.

Para Gregório Assagra de Almeida (2003, p. 582),

com o advento do CDC, passou a existir em nosso Ordenamento Jurídico, um microssistema integrado, decorrente da completa interação entre o CDC (art. 90) e a LACP (art. 21), diplomas esses fundamentais para a tutela jurisdicional coletiva comum. Assim, como regra interpretativa, o operador do direito deve valer-se desses dois sistemas (CDC+LACP) para resolver qualquer problema pertinente à aplicabilidade do direito processual coletivo comum.

ENTRE ASPAS

Não só isso. O CDC e a Lei de Ação Civil Pública, juntos, formam e potencializam o denominado microssistema processual coletivo. É o nascimento de um novo ramo do direito, o direito processual coletivo, consubstanciado na aplicação prática das normas sobre processos coletivos e na evolução doutrinária sobre o tema, que levaram à idéia e elaboração de Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos⁵.

Assim, têm-se que na tutela jurisdicional dos direitos coletivos em sentido amplo aparecem como marcos: o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), a Lei de Ação Civil Pública (7.347/85), a Lei de Ação Popular (4.717/65), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), a Lei de Abuso do Poder Econômico (8.884/94), entre outros, constituindo a idéia de microssistema, como esclarece Rodrigo Mazzei (2009, *apud* DONIZETTI, 2010, p. 29):

[...] o *microssistema coletivo* tem sua formação marcada pela *reunião intercomunicante de vários diplomas*, diferenciando-se da maioria dos microssistemas que, em regra, tem formação enraizada em apenas uma norma especial, recebendo, por tal situação, razoável influência de normas gerais. [...] a concepção do *microssistema jurídico coletivo* deve ser ampla, a fim de que o mesmo seja composto não apenas do Código de Defesa do Consumidor e da Lei de Ação Civil Pública, mas de todos os corpos legislativos inerentes ao direito coletivo, razão pela qual diploma que compõe o *microssistema* é apto a nutrir carência regulativa das demais normas, pois, unidas, formam sistema especialíssimo. (grifos do original)

Em mais de uma oportunidade já mencionamos que o contexto atual dos mercados globais e das práticas publicitárias cada vez mais arrojadas, traz repercussões perante os interesses dos consumidores em sentido amplo, posto que, conforme a análise de Leonardo Roscoe Bessa (2007, p. 30-31), na sociedade do consumo,

surgem, diariamente, novas técnicas e procedimentos abusivos de venda de produtos e serviços. As publicidades, a cada dia, informam menos e, em proporção inversa, se utilizam de métodos sofisticados de *marketing*, o que resulta em alto potencial de indução a erro do destinatário da mensagem e, até mesmo, na criação da necessidade de compra de bens e serviços absolutamente supérfluos. [...] O avanço da tecnologia conduz ao oferecimento de serviços e bens cada vez mais complexos, gerando um déficit informacional e, conseqüentemente, dificuldade de uma escolha madura e consciente do consumidor. Na área da informática, o rápido progresso da tecnologia permite um absoluto controle dos dados pessoais do consumidor, possibilitando, em ofensa ao valor privacidade, traças a rotina, hábitos e gostos do cliente.

O quadro colocado por esse autor é substancialmente correto, demonstra alguns pontos negativos do mercado de consumo “clássico” e os aspectos intimamente ligados à vulnerabilidade do consumidor, também são encontrados no ciberespaço, o que justifica que as normas de proteção e defesa do consumidor sejam de ordem pública e interesse social (art. 1º do CDC).

Ademais, é preciso levar em consideração outros problemas que envolvem as relações de consumo virtuais:

embora as contratações via internet tenham se tornado uma constante na vida em sociedade, não se pode afirmar que todas as transações efetivadas dentro do ciberespaço são consideradas seguras e confiáveis, pois nas relações entre as pessoas, não raras vezes ocorrem conflitos no que tange às discussões que giram em torno dos contratos, mais especificamente sobre as cláusulas neles embutidas, capacidades dos agentes, valor probatório do documento eletrônico, foro de competência para as discussões e legislação aplicável (BOIAGO JÚNIOR, 2009, p. 79).

São questões desafiadoras para o Direito do presente e do futuro face à inconfundível exposição do consumidor. Já se falando, inclusive, em um novo ramo do direito, o Direito Digital⁶. Daí a urgência em se pensar a proteção do consumidor sob a ótica da defesa dos direitos coletivos, especialmente, dos interesses metaindividuais e se discutir a tutela desses direitos a partir do mecanismo do processo coletivo, pois a publicidade na internet é rápida e o alcance mais amplo em relação a qualquer outra mídia.

Patrícia Peck Pinheiro (2010, p. 319), traz reflexão interessante sobre o caráter da publicidade virtual:

[...] o objetivo da publicidade – e seu limite – não é apenas a sedução do comprador: uma vez e imediatamente após o momento em que for seduzido, pode ele adquirir o produto com simples toques no mouse.
[...] Esse têmue limite entre o momento em que termina o anúncio e aquele em que começa a transação comercial tira o sono dos publicitários e traz uma questão jurídica: **de quem serão as responsabilidades no caso de propaganda enganosa?** (grifo nosso)

Além disso, como já nos referimos anteriormente, a publicidade na internet é muito mais invasiva, os meios utilizados desde os *banners*, *links*, *e-mails*, *newsletter*, as páginas *web* podem causar prejuízos aos consumidores, que além de em sua maioria, possuírem limitações em conhecer e dominar o uso das ferramentas tecnológicas, ainda ficam expostos às estratégias e ferramentas publicitárias virtuais.

Nesse sentido, segundo Gregório Assagra de Almeida (2003, p. 138), o direito processual coletivo confere

em várias oportunidades, dignidade constitucional aos direitos e interesses coletivos em sentido amplo, ao mesmo tempo em que assegura o acesso incondicionado e ilimitado à justiça, de sorte que a garantia constitucional não mais se restringe à tutela dos direitos individuais (art. 5º., XXXV, da CF).

Assim, entendendo como apropriado ao estudo em análise, a tutela voltada para defesa dos interesses metaindividuais, extraímos das lições de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2007, p. 74) que

ENTRE ASPAS

reputam-se direitos difusos (art. 81, par. ún., I do CDC) aqueles transindividuais (metaindividuais, supraindividuais, pertencentes a uma coletividade), de natureza indivisível (só podem ser considerados como um todo), e cujos titulares sejam pessoas indeterminadas (ou seja, indeterminabilidade dos sujeitos, não havendo individuação) ligadas por circunstâncias de fato, não existindo um vínculo comum de natureza jurídica.

Pela conjugação dos critérios apontados por esses autores, os interesses difusos caracterizam-se por:

1 – possui abrangente conflituosidade; 2 – ostenta como sujeito toda a coletividade; 3 – neles há ausência de vínculo associativo; 4 – pelo alcance da cadeia abstrata de pessoas; são inominados; 5 – são metaindividuais; recaem sobre bens materiais, corpóreos etc. A tutela jurisdicional dos interesses difusos visa assegurar que todos os membros do grupo social gozem dos bens essenciais para a boa qualidade de vida da população (FERANNES, 2005, p. 139).

A diferença entre os direitos difusos em relação aos direitos coletivos e individuais é justamente pensar que a principal característica dos direitos difusos é seu alcance mais amplo. Assim, se percebe que a precária garantia de direitos sociais e econômicos é um dos elementos que faz com que as pessoas recorram ao judiciário, como alternativa para alcançarem seus direitos. Busca-se a efetivação do acesso a justiça e no plano constitucional a garantia dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, o judiciário exerce uma função de extrema relevância na sociedade do consumo e sua atividade deve ser pensada de forma a se tornar o mais próximo possível de seus jurisdicionados e que possa, efetivamente, contribuir para resolver o problema da falta de democratização dos direitos de terceira geração, especialmente, os direitos dos consumidores. Por outro lado, nota-se que o judiciário não tem dado conta da demanda protetiva reivindicada, quer seja pela deficiência de estruturas físicas e a precariedade do sistema humano, quer seja pelas opiniões divergentes de seus julgadores, quer seja pelos embates de interesses políticos e econômicos que flagrantemente são expostos a conhecimento público.

Nesse sentido, Elpídio Donizetti (2010, p. 8) defende que

a eficaz tutela dos direitos coletivos importa, inevitavelmente, na redução da quantidade de ações ajuizadas individualmente e, por consequência, do número de processos nos tribunais com a mesma matéria a ser decidida. Economizam-se gastos inerentes à prestação jurisdicional, evitam-se julgamentos ‘contraditórios’ (notadamente mais comuns no caso de múltiplas ações individuais) e contribui-se, assim, para o melhor funcionamento e para a harmonia do sistema jurídico.

Mesmo considerando que apenas uma pequena parcela de consumidores procura o judiciário para reivindicar a tutela protetiva, ainda assim o resultado é pouco efetivo para estes, bem como pouca repercussão há para aqueles consumidores que não buscam seus direitos

(não exercem ou não tem conhecimento de seus direitos) ou mesmo para aqueles que são excluídos do mercado de consumo clássico e virtual. Também é observável que em sentido amplo não há eficácia em relação aos fornecedores, que continuam abusando do poder econômico, submetendo os consumidores a cláusulas abusivas, a produtos que põem em risco a saúde e segurança, a insuficiência de informações sobre serviços e produtos colocados no mercado, à publicidade enganosa e abusiva entre outros.

Recorremos, mais uma vez, à cognição de Gregório Assagra de Almeida (2003, p. 144):

somente haverá a transformação da realidade social com a real implementação do Estado Democrático de Direito, quando for possível a proteção e a efetivação dos direitos primaciais da sociedade, como os relacionados ao meio ambiente, ao patrimônio público, ao consumidor, etc. Para tanto, o *direito processual coletivo* é fundamental, até porque é por seu intermédio que poderá ocorrer a *proteção objetiva* desses direitos e garantias constitucionais fundamentais e a *efetivação*, no plano concreto, dos direitos coletivos violados com a transformação da realidade social. (grifos do autor)

Nesse sentido, a tutela coletiva poderá estabelecer nova dimensão à proteção dos interesses dos consumidores. O momento atual revela a necessidade de se pensar uma sociedade mais equilibrada, com a efetiva proteção dos interesses e direitos metaindividuais. Nesse sentido, interessante abordagem é feita por Francesco Galgano (203, p. XIV) ao apontar que,

algo de novo está surgindo no debate sobre a proteção do consumidor: alguma coisa que eleve a um ponto mais alto os termos do debate. O terreno originário da discussão era aquele da defesa negativa do consumidor: ‘não produzir’ (produtos nocivos), ‘como’ e, no interesse do consumidor, ‘não produzir’ (produtos defeituosos ou que põem em perigo o consumidor) ou ‘não distribuir’ (propaganda enganosa, mensagens publicitárias lesivas da liberdade ou da dignidade do consumidor, cláusulas abusivas das condições gerais dos contratos) e assim por diante. Ora, começa-se a discutir em termos de defesa positiva do consumidor: **a ele, consumidor, se reivindica legitimação para ser interlocutor sobre ‘que coisa produzir’, sobre quais necessidades satisfazer, sobre como satisfazê-las, sobre as prioridades na sua satisfação** (grifo nosso).

Assim, tornar a relação de consumo harmônica e garantir os interesses e direitos metaindividuais dos consumidores no espaço virtual não se trata de um projeto simples e rápido. No entanto, não se pode mais adiar a promoção de mecanismos mais eficazes para alcançar esses objetivos no Brasil haja vista que o ciberespaço é uma realidade dinâmica e adota estratégias de publicidade cada vez mais eficazes no processo de submissão e sedução do consumidor, conforme demonstramos no início.

A par de todas essas circunstâncias e dos conceitos jurídicos abordados, é preciso levar em consideração que a relação jurídica de consumo reside em um contexto social que se afigura numa sociedade complexa. Diante disso, não basta inscrever uma legislação que proteja o consumidor no mercado de consumo ou condicioná-los à resposta do judiciário, é preciso

estimular os indivíduos a repensarem seus padrões de consumo, é preciso incentivar comportamentos que busquem o respeito, a cooperação e a responsabilidade na proteção de interesses coletivos e à vivência da cidadania.

4. Considerações finais

Sendo a proteção ao consumidor uma política do Estado Democrático de Direito estabelecida em favor deste, toda e qualquer relação de consumo encontra-se sob a égide da proteção constitucional. No entanto, é bastante comum ver os interesses e direitos dos consumidores desrespeitados, principalmente, diante das novas estratégias de consumo promovidas no ciberespaço.

Assim, procurou-se, ao longo do texto, discutir a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo virtual, especialmente, no que diz respeito às estratégias dos fornecedores que expõem os consumidores à propaganda abusiva e enganosa. Nesse sentido, tornou-se imperioso lançar críticas ao capitalismo globalizado e à sociedade do consumo, cujas bases se constituíram a partir de um modelo pautado no jogo de interesses do capital.

Não obstante a legislação brasileira dispor de rígidas regras para proteção das relações ao consumo apontou-se que isso não reprime atos desconformes de fornecedores, e que o consumidor tem dificuldade de conseguir a tutela estatal adequada de seus interesses, pela dificuldade de organização de políticas do Estado e pela dificuldade de acesso à justiça.

Dessa forma, acredita-se que a contribuição deste trabalho é no sentido de trazer essa reflexão para o debate jurídico e apontar o processo coletivo como possibilidade de garantir maior eficácia na proteção dos direitos difusos dos consumidores, chegando, assim, a alcançar o próprio espírito da Constituição Federal.

Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ANDRADE, Pedro Ivo. *Crimes Contra as Relações de Consumo*. Curitiba: Juruá, 2007.

ANTAS JR., Ricardo Mendes (Org.). *Desafios do Consumo*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

APPIO, Eduardo. *A Ação Civil Pública no Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2005.

ASHLEY, Patrícia Almeida. (Coord.). *Ética e Responsabilidade Social nos Negócios*. São Paulo: Saraiva, 2003.

BAUDRILLARD, Jean. *A Sociedade do Consumo*. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BESSA, Leonardo Roscoe. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2007.

- BOIAGO JÚNIOR, José Wilson. Contratação Eletrônica: aspectos jurídicos. Curitiba: Juruá Editora, 2009.
- BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 17 jun. 2011.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 17 jun. 2011.
- CANUT, Letícia. Proteção do Consumidor no Comércio Eletrônico: uma questão de inteligência coletiva que ultrapassa o direito tradicional. Curitiba: Juruá, 2007.
- CARVALHO NETO, Inácio. Manual de Processo Coletivo. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.
- CHIAVENATTO, Júlio José. Ética Globalizada e Sociedade de Consumo. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004.
- CORREA, Roberto Stéfani. Propaganda digital: em busca da audiência através de sites multimídia na web. Curitiba: Juruá, 2003.
- DE LUCCA, Newton. Direito do Consumidor: teoria geral da relação jurídica de consumo. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- DIAS, Jean Carlos. Direito Contratual no Ambiente Virtual. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2004
- DIDIER JUNIOR, Fredie e ZANETI JUNIOR, Hermes. Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo. 2. ed. Salvador, Podivm, 2007. v. 4.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma do Código de Processo Civil. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 30, apud, MAGGIO, Marcelo Paulo. Condições da Ação: com ênfase à Ação Civil Pública para a tutela dos interesses difusos. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.
- DONIZETTI, Elpídio, CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. Curso de Processo Coletivo. São Paulo: Atlas, 2010.
- DUPAS, Gilberto. Ética e Poder na Sociedade da Informação. 2. ed. São Paulo: Editora da UNESP, 2001.
- FERNANDES, Daniela Bacellar. Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor: em face das mensagens subliminares. Curitiba: Juruá, 2005.
- FERREIRA, Érica Lourenço de Lima. Internet: macrocriminalidade e jurisdição internacional. Curitiba: Juruá, 2007.
- FONSECA, Francisco. Falsas soberanias no capitalismo contemporâneo: da soberania do consumidor ao poder das sociedades locais. In: ANTAS JR., Ricardo Mendes (Org.). Desafios do Consumo. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.
- FONTENELLE, Isleide Arruda. Consumo, fetichismo e cultura descartável. In: ANTAS JR., Ricardo Mendes (Org.). Desafios do Consumo. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

ENTRE ASPAS

- GALINDO, Bruno. Direitos Fundamentais: análise de sua concretização constitucional. Curitiba: Juruá, 2003.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito Processual Coletivo. Disponível em: http://www.ufrnet.br/~tl/otherauthorsworks/grinover_direito_processual_coletivo_principios.pdf. Acesso em: 18 abr. 2010
- HARVEY, David. Condição Pós-moderna. 9. ed. São Paulo: Loyola, 2000.
- HENTZ, André Soares. Ética nas Relações Contratuais à Luz do Código Civil de 2002. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.
- LÉVY, Pierre. O que é o virtual. São Paulo: Editora 34, 1996, (8ª. Reimpressão, 2007).
- _____. Cibercultura. São Paulo: Editora 34, 1999.
- LIPOVETSKY, Gilles. A Felicidade Paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- LISBOA, Roberto Senise. O consumidor na sociedade da informação. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 16, nº. 61, 203-229, jan.-mar. 2007.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). Tutela Coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2006.
- MAGGIO, Marcelo Paulo. Condições da Ação: com ênfase à Ação Civil Pública para a tutela dos interesses difusos. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.
- PERIN JÚNIOR, Ecio. A Globalização e o Direito do Consumidor: aspectos relevantes sobre a harmonização legislativa dentro dos mercados regionais. Barueri, SP: Manole, 2003.
- PINHEIRO, Patrícia Peck. Direito Digital. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- REICH, Robert B. Supercapitalismo: como o capitalismo tem transformado os negócios, a democracia e ao cotidiano. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- RODRIGUES, Geisa de Assis. A proteção ao consumidor como um direito fundamental. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 15, nº. 58, 75-97, abril-junho 2006.
- SILVA, Hélio. Marketing e o consumerismo. In: ANTAS JR., Ricardo Mendes (Org.). Desafios do Consumo. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.
- SKINNER, Burrhus Frederic. Ciência e Comportamento Humano. Brasília: UNB, 1970.
- SLATER, Don. Cultura do Consumo & Modernidade. São Paulo: Nobel, 2002.
- TARTUCE, Flávio. Função Social dos Contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil. São Paulo: Método, 2005.

Notas

1. Segundo Gilles Lipovetsky o hiperconsumidor é aquele que busca o bem estar material como forma de realização do ser, como forma de alcançar a felicidade.
2. Utilizamos aqui o conceito de ciberespaço de Pierre Lévy (1999, p. 92), ou seja, “como o espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial dos computadores e das memórias dos computadores”. Para saber mais, remetemos o leitor à obra consultada.
3. Humberto Gessinger é vocalista, baixista e guitarrista brasileiro, integrante da banda Engenheiros do Hawaii.
4. Para Rodrigo Stéfani Correa, Comunicação Digital “é antes de tudo, a possibilidade da conexão do indivíduo com um universo infinito de oportunidades e de informações, uma espécie de democracia do conhecimento e da informação, detentora de um atributo irrepreensível ‘tempo real’, ou ‘tudo ao mesmo tempo agora’ (CORREA, 2003, p. 88).
5. Sobre o tema remetemos o leitor às obras consultadas de Gregório Assagra de Almeida, Paulo Henrique dos Santos Lucon, Elpídio Donizetti, Inácio Carvalho Neto, Ada Pellegrini Grinover.
6. Para Patrícia Peck Pinheiro (2010, p. 76) o Direito Digital “tem por base o princípio de que toda relação de protocolo hipertexto-multimídia, por ação humana ou por máquina, gera direitos, deveres, obrigações e responsabilidades. Logo, seja aplicando as leis atuais, seja recorrendo ao mecanismo da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, o Direito Digital tem o dever de regulamentar essas relações e intermediar os conflitos gerados por elas”.

O NOVO CÓDIGO CIVIL E OS PRAZOS DE PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA EM CASO DE RESPONSABILIDADE DO ESTADO E DE APOSSAMENTO ADMINISTRATIVO – UM ESTUDO A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO STF E DO STJ

Mário Soares Caymmi Gomes

Juiz de Direito do Estado da Bahia. Pós-Graduado em Direito Tributário pela PUC-SP (2005). Pós-Graduado em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Estácio de Sá-RJ (2003). Mestre em Linguística pela Universidade Federal da Bahia (2009).

Resumo: O presente artigo visa analisar dois aspectos polêmicos a respeito da responsabilidade do Estado. O primeiro deles diz respeito à alteração da jurisprudência do STJ, que vem considerando que se aplica aos casos de ações de reparação por danos civis dos particulares contra o Estado o prazo de três anos, introduzido pelo atual Código Civil de 2003, em seu artigo 206, §3º, inciso V, e não mais o Decreto nº 20.910/32. De igual maneira, discutiremos aqui a polêmica a respeito da influência do novo Código Civil nas questões relativas ao período necessário para que se dê o apossamento administrativo, com discussão da jurisprudência do STF sobre o assunto.

Palavras-Chave: responsabilidade do estado, apossamento administrativo, prescrição, prazo.

Abstract: The present article aims to analyse two polemical aspects in the field of the responsibility of the State. The first of them has to do with the change in the jurisprudence of the STJ (Superior Court of Justice of Brazil) that now considers that the time of prescription of the legal suits on liability of the State is of three years, according to the new Civil Code of 2003, article 206, §3º, V, not being of validity anymore on this matter the Federal Decree 20.910/32. We shall also discuss, secondly, about the influence of the new Civil Code on the matters of the timing in which operates the expropriation in favour of the State, in the cases that are not anticipated by prior indemnification, with discussion about the jurisprudence of the Supreme Court of Brazil.

Key words: liability of the State, prescription, time, expropriation.

Sumário: 1. Introdução – 2. A prescrição no direito administrativo – 3. Situando o primeiro problema: a responsabilidade do Estado e o prazo do particular para demandar a reparação antes do Código Civil de 2003 – 4. A jurisprudência do STJ e o artigo 206, §3º, V do CC/2003 – 5. Crítica à nova jurisprudência do STJ – 6. O prazo de prescrição nas ações de apossamento administrativo – 7. Ressalva de direito intertemporal – 8. Conclusões.

1. Introdução

O presente artigo visará a discussão de temas palpitantes a respeito do gênero prescrição em direito administrativo, especificamente no que pertine à reparação de ato ilícito atribuído ao Estado e, também, nos casos de apossamento administrativo.

O primeiro tema é polêmico tendo em vista que o STJ, em decisões muito recentes, vem considerando que deve ser aplicada nessas ações reparatórias o prazo de 3 anos, previsto no artigo 206, §3º, inciso V do atual Código Civil, e não mais o Decreto nº 20.910/32 que, em seu artigo 1º, previa o lapso de cinco anos, e nem o artigo 1º-C da Lei nº 9.494/97.

De igual modo, existe uma polêmica, ainda não resolvida, a respeito da influência do novo Código Civil no que tange ao tempo da prescrição no caso de apossamento administrativo.

Tendo tudo isso em vista, analisaremos os argumentos doutrinários e jurisprudência do STF e STJ, promovendo uma crítica sempre baseada em parâmetros dogmáticos da hermenêutica que privilegia os princípios constitucionais, também chamada por alguns de neoconstitucionalismo¹.

2. A prescrição no direito administrativo

A prescrição é um instituto que se dissemina em todos os ramos do direito e diz respeito a um de seus fundamentos últimos, que visa garantir a paz social, por meio do estabelecimento de um limite temporal para que o detentor de um direito violado possa exercer o devido direito de ação contra quem o transgride.

Não é outra a posição de Sílvio Rodrigues (1993, p. 254), ao sustentar que é “mister que as relações jurídicas se consolidem no tempo. Há um interesse social em que situações de fato que o tempo consagrou adquiram juridicidade, para que sobre a comunidade não paire, indefinidamente, a ameaça de desequilíbrio representada pela demanda”.

Antonio Winter de Carvalho (2010), após analisar o instituto nos ramos do direito civil, administrativo e constitucional chega à conclusão de que ele está presente em todos eles e que, por isso, seria peculiar à própria noção de direito, que prevê como regra a prescritibilidade – e a imprescritibilidade como exceção –, exatamente por causa da necessidade de estabilizarem as relações jurídicas, punindo-se o titular de situação jurídica que não lhe deu efetividade em certa baliza temporal razoável, fixada por lei.

Consideramos que o fundamento jurídico último da prescrição encontra guarida no capítulo constitucional dos direitos fundamentais, especificamente no artigo 5º, inciso XXXVI que determina a garantia do ato jurídico perfeito e do direito adquirido.

Esse assento constitucional do instituto da prescrição também é destacado por Marçal Justen Filho (2009, p. 1097) que o vincula à idéia mesmo do Estado de Direito e o seu correlato princípio da segurança, como elementos cruciais para que se conclua pela consolidação das situações de fato no tempo.

A existência do Estado envolve a eliminação da insegurança e da incerteza. O Estado é instrumento coletivo para assegurar a realização de projetos futuros, individuais e coletivos. A ordem jurídica proporciona a segurança jurídica, no sentido de assegurar que as decisões fundamentais sejam previsíveis. [...] O Estado de Direito obedece às normas jurídicas

e isso significa a eliminação de soluções não conformes ou não previstas pelo direito. Logo, os particulares podem organizar a vida presente e futura, tendo consciência de que o Estado não adotará condutas vedadas ou não previstas pelo ordenamento jurídico.

No RE 226.855 o voto do Min. Sepúlveda Pertence deixa claro que a discussão sobre o ato jurídico perfeito e, por tabela, da prescrição que gera essa consolidação, é norma de assento constitucional, que não se regula meramente pela Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42) mas que “é uma garantia constitucional voltada primacialmente – quando não exclusivamente como sustentam muitos – contra o legislador ordinário”.

Assim sendo, o instituto da prescrição surge como uma solução típica da esfera jurídica que tem o intuito de limitar o poder subjetivo processual das pessoas jurídicas ou naturais detentoras de certo direito violado.

3. Situando o primeiro problema: a responsabilidade do Estado e o prazo do particular para demandar a reparação antes do Código Civil de 2003

A atual Carta Política Brasileira consagrou, em seu artigo 37, §6º, a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, garantindo aos particulares o direito de exigir reparação de atos ilícitos praticados pela Administração Direta e Indireta, além das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

A doutrina de direito administrativo se inclinava, após a edição do texto constitucional, a considerar vigente o Decreto nº 20.910/32, que fora recepcionado com o *status* de lei ordinária e que, atendendo à exigência posta pelo texto, estabelecia o prazo prescricional quinquenal para as demandas contra o Estado pela prática de ato ilícito. O artigo 1º da norma fora assim redigido:

as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

A MP 2.180-35/01 alterou o artigo 1º-C da Lei nº 9.494/97 para declarar que “prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos” o que, na prática, não trouxe alteração substancial ao tema em questão.

Com base nesse suporte legal, a doutrina abalizada de Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 1041), por exemplo, advertia que a jurisprudência unânime dos tribunais pátrios consideravam ser de 5 anos o prazo de prescrição do particular contra o Poder Público, contado este a partir do conhecimento, pelo administrado, do resultado lesivo à sua esfera patrimonial ou moral.

Essa lição, segundo adverte o autor, seria válida para as ações de cunho pessoal, sendo outro o prazo no caso das ações reais – que, no advento do antigo Código Civil de 1916 era o de 20 anos, do usucapião extraordinário, solução essa que, inclusive, foi consolidada pela edição da súmula de jurisprudência do STJ de número 119, que rezava: “a ação de desapropriação indireta prescreve em 20 anos”.

Com o advento do novo Código Civil de 2003 começou a haver discussões acerca do prazo aplicável à indenização do particular lesado por ação ou omissão atribuída ao Estado, em especial levando-se em conta o artigo 206, §3º, inciso V, que estabeleceu o lapso de 3 anos de prescrição para “a pretensão de reparação civil”.

Haveria ele revogado tacitamente o Decreto nº 20.910/32 e o disposto no artigo 1º-C da Lei nº 9.494/97? E em relação às ações que visam indenização de apossamento administrativo? Estariam elas sujeitas a quais prazos?

É sobre esses problemas que passaremos a tecer algumas considerações.

4. A jurisprudência do STJ e o artigo 206, §3º, V do CC/2003

O STJ, até muito pouco tempo, era unânime em afirmar a aplicação do Decreto nº 20.910/32 e do prazo quinquenal nas ações de reparação por responsabilidade do Estado.

Veja-se, a título de exemplo, Acórdão da lavra do Min. Herman Benjamin, publicado no DJe de 02/03/2011, no Agravo Regimental do Recurso Especial 1197876:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE DE DETENTO EM PRESÍDIO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. IRMÃ DA VÍTIMA. LEGITIMIDADE ATIVA. PRAZO PRESCRICIONAL. ART. 1º DO DECRETO 20.910/1932.

1. Irmãos são partes legítimas ad causam para pleitear indenização por danos morais em razão do falecimento de outro irmão. Precedentes do STJ.
2. *O prazo prescricional de Ação de Indenização contra a Fazenda Pública é de cinco anos, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/1932, norma que regula a prescrição de "todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza".* (grifo nosso)

Essa unanimidade se modificou entre as Turmas da Corte Especial quando algumas Turmas da Corte Superior passaram a entender que o prazo do Decreto 20.910/32 teria sido revogado pelo Novo Código Civil, que estabelece o lapso de 3 anos para que se ajuízem demandas de reparação civil (artigo 206, §3º, V). Veja-se, a seguir, um exemplo desse novo entendimento, adotado pelo mesmo Ministro Herman Benjamin, relator do Acórdão paradigma anterior, no Recurso Especial 1217933, publicado no DJe de 25/04/2011:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRESCRIÇÃO. DECRETO 20.910/1932. ADVENTO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. REDUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL PARA TRÊS ANOS.

1. O legislador estatuiu a prescrição quinquenal em benefício do Fisco e, com manifesto objetivo de favorecer ainda mais os entes públicos, estipulou que, no caso de eventual existência de prazo prescricional menor a incidir em situações específicas, o de cinco anos seria afastado nesse particular. Inteligência do art. 10 do Decreto 20.910/1932.

ENTRE ASPAS

2. O prazo prescricional de três anos relativo à pretensão de reparação civil - art. 206, § 3º, V, do Código Civil de 2002 - prevalece sobre o quinquênio previsto no art. 1º do Decreto 20.910/32. (grifo nosso)

O relator desse aresto invocou a doutrina para inovar o entendimento da corte. Para tanto, referiu-se a obra de Leonardo José Carneiro da Cunha (2008, p. 85), que assim se posiciona:

Significa que a prescrição das pretensões formuladas contra a Fazenda Pública é quinquenal, ressalvados os casos em que a lei estabeleça prazos menores. Na verdade, os prazos prescricionais inferiores a 5 (cinco) anos beneficiam a Fazenda Pública.

[...]

O que se percebe, em verdade, é um nítido objetivo de beneficiar a Fazenda Pública. A legislação especial conferiu-lhe um prazo diferenciado de prescrição em seu favor. Enquanto a legislação geral (Código Civil de 1916) estabelecia um prazo de prescrição de 20 (vinte) anos, a legislação específica (Decreto nº 20.910/32) previa um prazo de prescrição próprio de 5 (cinco) anos para as pretensões contra a Fazenda Pública. Nesse intuito de beneficiá-la, o próprio Decreto nº 20.910/32, em seu art. 10, dispõe que os prazos menores devem favorecê-la.

A legislação geral atual (Código Civil de 2002) passou a prever um prazo de prescrição de 3 (três) anos para as pretensões de reparação civil. Ora, se a finalidade das normas contidas no ordenamento jurídico é conferir um prazo menor à Fazenda Pública, não há razão para o prazo geral - aplicável a todos, indistintamente - ser inferior àquele outorgado às pessoas jurídicas de direito público. A estas deve ser aplicado, ao menos, o mesmo prazo, e não um superior, até mesmo em observância ao disposto no art. 10 do Decreto nº 20.910/32.

Também foi mencionado no julgamento a posição de José dos Santos Carvalho Filho (2007, p. 498-499), também a seguir transcrito, na parte essencial à compreensão do tema:

Cumpra nessa matéria recorrer à interpretação normativo-sistemática. Se a ordem jurídica sempre privilegiou a Fazenda Pública, estabelecendo prazo menor de prescrição da pretensão de terceiros contra ela, prazo esse fixado em cinco anos pelo Decreto 20.910/32, raia ao absurdo admitir a manutenção desse mesmo prazo quando a lei civil, que outrora apontava prazo bem superior àquele, reduz significativamente o período prescricional, no caso para três anos (pretensão à reparação civil). Desse modo, se é verdade, de um lado, que não se pode admitir prazo inferior a três anos para a prescrição da pretensão à reparação civil contra a Fazenda, em virtude de inexistência de lei especial em tal direção, não é menos verdadeiro, de outro, que tal prazo não pode ser superior, pena de total inversão do sistema lógico-normativo; no mínimo, é de aplicar-se o novo prazo fixado agora pelo Código Civil. Interpretação lógica não admite a aplicação, na hipótese, das regras de direito intertemporal sobre lei espe-

cial e lei geral, em que aquela prevalece a despeito do advento desta. A prescrição da citada pretensão de terceiros contra as pessoas públicas e as de direito privado prestadoras de serviços públicos passou de quinquenal para trienal.

Outro que junta-se a essas vozes é Flávio Araújo Willeman (2005, p. 6263) para quem é necessário fazer-se uma interpretação histórica do ordenamento jurídico e, tendo isso em vista, considera que o fato dos artigos 177, 178, §10, VI do CC de 1916 e do Decreto 20.910/32 terem estabelecido um prazo mais curto para a prescrição das demandas reparatórias contra o Estado é prova cabal de que “quando os dispositivos legais acima mencionados foram promulgados, apresentavam a nítida missão de trazer um tratamento diferenciado para a Fazenda Pública em relação à regra prevista no artigo 177 do CC de 1916 [...]”.

5. Crítica à nova jurisprudência do STJ e às doutrinas que a fundamentam

Antes de mais nada, consideramos importante que se destaque que a interpretação da legislação infraconstitucional tem de ser feita sempre com vistas à Carta Maior, que, segundo J.J. Gomes Canotilho (1996) é a norma fundante do ordenamento, não conhecendo estatuto superior e disso derivando as suas atribuições de autoprímazia e fonte primária de produção jurídica.

Barroso (1998), por sua vez, destaca o princípio da supremacia da Constituição como elemento que não apenas funda o controle de constitucionalidade das leis mas que, ao mesmo tempo, exige do intérprete que esteja sempre atento aos mandamentos constitucionais como baliza ou limite do ato exegético geral.

Como último argumento a essa discussão, devemos salientar a importância de tratar a interpretação das leis com base na análise dos princípios constitucionais, levada a cabo como imperativo do neoconstitucionalismo, que impõe ao intérprete a tese da supremacia da Constituição e dos valores constitucionais no ato de cognição, como operação necessária para a sua eficácia (MENDES e BRANCO, 2011).

É por isso que antes de tratarmos o tema da prescrição tratamos de encontrar-lhe o fundamento constitucional que o respalda e, de igual maneira, ao analisar a jurisprudência acima destacada e a doutrina que lhe fundamenta procuramos, de igual sorte, verificar se os ensinamentos ali colhidos encontram ressonância no pilar maior do ordenamento brasileiro.

E lamentamos considerar que isso não ocorre.

Em primeiro lugar, e recorrendo à mesma pesquisa histórica, invocada por todos os doutrinadores citados como elemento hermenêutico decisivo para a construção de sua conclusão normativa, que dá pela revogação do dispositivo legal que prevê a prescrição quinquenal do Estado, gostaríamos de fazer uma crítica à expressão “responsabilidade civil do Estado”, que tem curso frequente em livros sobre a matéria e, ainda, na jurisprudência pátria.

Isso porque nos parece passar despercebido que “responsabilidade civil” é uma coisa muito diferente de “responsabilidade do Estado” e, se num estágio anterior do pensamento jurídico, essas noções podem ter se misturado, hoje com a independência clara dos ramos do direito privado e do direito administrativo, essa confusão não mais se justifica.

O direito civil é o ramo mais representativo das conquistas burguesas em detrimento do regime monárquico. Foi em torno dele que se gestou o primeiro código sistemático da história, em cujas linhas tratou-se de assegurar a regulação das relações de direito privado, então

concebidas, com o ideário da Revolução Francesa, como expressão mais viva e soberana da liberdade dos cidadãos.

Também foi em torno desse movimento histórico que se desenvolveu a idéia do constitucionalismo, ou seja, do limite ao poder monárquico que, mais tarde, gerou a teoria da tripartição do poder estatal, iniciada por Locke e reelaborada por Montesquieu.

Assim sendo, consideramos que o direito civil, por tradição histórica, acabou sendo vinculado às conquistas burguesas contra a monarquia e, com isso, passou a ser referido genericamente como referência-síntese que demonstrava, por meio dela, a luta da burguesia contra o poder despótico do monarca, bem como o estabelecimento de um núcleo de garantias individuais que importavam, até então, num *non facere*.

Nessa época histórica, prevalecia a tese da irresponsabilidade do Estado, mais conhecida pela assertiva de que *o rei não pode errar (the king can do no wrong)*. Foi a jurisprudência do Conselho de Estado Francês e a doutrina que modificaram este quadro, lançando as bases de uma teoria geral de responsabilidade do Estado, que se valeu, em linhas gerais, da teoria da responsabilidade civil do Código Napoleônico.

Foi assim que nasceu a expressão responsabilidade *civil* do Estado que, originariamente, buscava destacar o fato de que o Estado, antes irresponsável, agora devia prestar contas de sua atuação, reparando os danos causados pela *faute du service*, ou seja, a falha do serviço público prestado.

O termo “civil”, na expressão “responsabilidade civil do Estado”, portanto, expressa o fato de que o Estado passa a ser responsável pelos atos que causem lesões aos particulares, assim como no campo do direito privado o particular é obrigado a reparar os excessos que a ação fundada na garantia legal de sua autonomia privada venha causar a terceiros.

A responsabilidade do Estado hoje tem foros de autonomia do direito privado, e a expressão só pode incluir o elemento “civil” se for vista sob a perspectiva histórica à qual nos referimos anteriormente. Se tratarmos o assunto no momento presente, falar de “responsabilidade civil do Estado” é tão equivocado quanto tratar de uma “responsabilidade civil do direito do consumidor” ou de uma “responsabilidade civil do direito ambiental” e assim por diante. Cada ramo do direito reformulou a teoria da responsabilidade civil e agregou-lhe peculiaridades próprias, tornando-as independentes do direito privado, de modo que é errado dizer que os textos que regulam o direito privado regulariam todas as formas de responsabilidade existentes em todos os ramos do direito.

Tanto isso é verdade que no estado atual do direito administrativo não faltam autores que buscam uma nova denominação para a teoria da responsabilidade estatal, como Celso Antônio Bandeira de Mello (2009), cunhou a expressão *responsabilidade extrapatrimonial do Estado por comportamentos administrativos*.

Por essa razão é que não consideramos que o direito civil possa ser invocado como fundamento de responsabilidade estatal a não ser em casos especiais, em que haja omissão legislativa e sempre que houver compatibilidade entre ele e o direito administrativo, que possui contornos próprios.

Essas lições históricas parece que foram olvidadas no tratamento do tema, assim como não verificamos nos fundamentos dos Acórdãos a necessária aferição da importância do primado dos princípios constitucionais.

Ora, devemos frisar que na decisão do RESP 1217933, Relator o Ministro Herman Benjamin o argumento-chave para deslindar a questão diz respeito a “[...] um nítido objetivo de beneficiar a Fazenda Pública. [...] Ora, se a finalidade das normas contidas no ordenamento

jurídico é conferir um prazo menor à Fazenda Pública, não há razão para o prazo geral – aplicável a todos, indistintamente – ser inferior àquele outorgado às pessoas jurídicas de direito público”. Carvalho Filho (2007, p. 499), por seu turno, ressalva que “se a ordem jurídica sempre privilegiou a Fazenda Pública, estabelecendo prazo menor de prescrição da pretensão de terceiros contra ela [...]”.

Ora, promover o ato interpretativo com base em alegação de tradição, em detrimento dos pilares principiológicos, nos parece um argumento por demais desprovido de convencimento, já que não consegue promover uma atitude voltada para a legitimação dos parâmetros maiores da Constituição Federal.

O tema da prescrição é importantíssimo no ramo do direito administrativo, já que é através dele que se garante um dos valores fundamentais da própria existência do direito, que é a segurança jurídica, como já destacamos linhas atrás.

Por isso não é cabível que, à míngua de veiculação de um diploma legislativo específico, que altere o lapso precricional no âmbito administrativo, e com base em alegações que tentam justificar uma suposta reiteração legislativa, que reduza o prazo precricional em benefício do Estado, isso seja suficiente para manipular-se o ato interpretativo para privilegiar o interesse estatal, aqui confundido com o interesse meramente pecuniário visto que, limitando-se o direito de ação do cidadão estar-se-ia, a um só tempo, também evitando-se uma possível futura condenação do Estado.

Também não nos convencem argumentos como o de PADARATZ (2011), que o fundam numa suposta “supremacia do interesse público”, um termo que, despidido de qualquer esclarecimento semântico que esclareça qual o seu sentido, parece funcionar como um verdadeiro “curinga” em obras de direito administrativo que não observam a ótica neoconstitucional, como se a supremacia do público, em relação à prescrição de direito administrativo, quisesse expressar o mesmo que “o prazo de prescrição administrativa TEM QUE SER maior do que o do direito privado”, o que, com todo respeito, não encontra eco em nenhuma evidência legal ou principiológica da Constituição.

Consideramos que uma suposta sujeição dos prazos de direito administrativo em matéria de prescrição das ações de reparação de ilícito ao Código Civil acaba por negar a independência entre esses ramos do direito e é por isso que não vislumbramos nenhuma perplexidade ou incoerência no sistema jurídico pátrio se este estabelece um prazo maior de prescrição para o campo do direito público em relação ao direito privado.

A *contrario sensu* estar-se-ia a manejar o instituto da analogia de maneira indevida, promovendo uma interferência indevida na seara administrativa com base em uma alegação insustentável de isonomia, que implicaria em ofensa ao princípio da legalidade, que exige lei específica a reger as relações entre a Administração e os particulares.

É por essa razão que o uso de alguns expedientes hermenêuticos, como a analogia, devem ser manejados *cum grano salis* sob pena de ofenderem premissas principiológicas constitucionais. Por isso mesmo é que o STF já editou a Súmula 339 que, em casos de interpretação de legislação remuneratória, destaca que “não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia”. De igual modo, diríamos, a falta de uma lei específica, alterando a disciplina da prescrição administrativa em relação à responsabilidade do Estado impede que se avenge, por mera isonomia, o novo prazo previsto no Código Civil, sob pena de restar fulminado o princípio da legalidade.

Por outro lado, não podemos deixar de observar que, tratando-se tanto do Código Civil como o Decreto nº 20.910/32 de leis ordinárias, esses textos, de acordo com a teoria dos princípios de Dworking (1991), não podem ter vigência simultânea sobre o mesmo assunto já que

para esse tipo de colisão normativa só pode ser resolvido pela regra do “tudo ou nada” (*all or nothing*) onde a lei mais nova derogaria, total ou parcialmente, a mais antiga.

Assim, deve-se meditar a interpretação dos sentidos e dos campos de aplicação dessas leis para que se conclua, ou não, pelo conflito de leis no tempo.

No caso concreto, consideramos que esse conflito normativo não é real, mas apenas aparente, se aplicarmos o princípio hermenêutico da especialidade. Ora, se existem duas leis, uma versando especificamente sobre as relações de direito civil e outra especificamente sobre a tutela do particular contra o Poder Público, então é comezinha regra de interpretação que não há conflito algum já que essas leis visam a produção de efeitos em campos distintos da realidade.

Foi esse, alias, o elemento crucial da argumentação que levou o Min. Hamilton Carvalhido a negar, nos Embargos de Divergência 1081855, a tese da revogação do Decreto nº 20.910/32, ao assentar no seu voto, publicado no DJe de 01/02/2011:

Não obstante, é de se preservar o entendimento desta Corte Superior de Justiça consolidado pela prescrição quinquenal ainda na vigência do Código Civil de 1916, eis que o Código Civil disciplina o prazo prescricional para a pretensão de reparação civil, tratando-se, contudo, de diploma legislativo destinado a regular as relações entre particulares, não tendo invocação nas relações do Estado com o particular.

Demais disso, é de se ter em conta que historicamente previu-se o prazo prescricional quinquenal para as pretensões deduzidas contra a Fazenda Pública.

Essa tese também é defendida por Marçal Justen Filho (2009, p. 1114) para quem

O dispositivo [do artigo 206, §3º, V do Código Civil] não se aplica no âmbito das relações entre Administração Pública e particulares porque, tal como acima apontado, o prazo para a prescrição das ações de titularidade da Fazenda Pública deve ser idêntico àquele estabelecido para as ações em face da própria Administração. [...] Logo e como se reconhece que a prescrição das ações do particular prescrevem em cinco anos [...], idêntico tratamento deve ser reservado às ações de titularidade da Administração Pública.

Exceção deve ser feita aos integrantes da administração indireta que desempenhem atividade econômica que não esteja configurada como serviço público pois nesse caso eles são regulados pelas leis da ordem civil, mandamento esse extraído do próprio texto constitucional, que lhes proíbe tratamento diferenciado em relação às demais empresas privadas (vide artigo 173, §1º, inciso II da CF/88) de modo que aí, por previsão expressa na Carta Política, caberia a aplicação da prescrição civil.

6. O prazo de prescrição nas ações de apossamento administrativo

Como destacamos no início do artigo, existe uma diferença entre o prazo de prescrição das ações pessoais contra o Estado, onde seria aplicável o Decreto nº 20.910/32, e aquele das

ações reais, dentre as quais se incluem as ações da chamada “desapropriação indireta” o que, aliás, é um equívoco terminológico. É que se o termo desapropriação implica, de acordo com a CF/88, artigo 5º, inciso XXIV, a “justa e prévia indenização em dinheiro”, então falar-se de “desapropriação indireta”, onde o Estado invade propriedade alheia sem justo título e sem promover nenhuma reparação, é algo absolutamente impróprio. É por essa razão que preferimos nos referir a essa hipótese como apossamento administrativo.

Pois bem. De acordo com a jurisprudência pacífica do STF, antes da entrada em vigor do novo Código Civil, às ações reais não se aplica a prescrição quinquenal (vide Recursos Extraordinários nºs 47.584, 56.705, 57.966, 64.809 e 73.683, entre outros). Isso porquê, caso contrário, estar-se-ia prevendo uma espécie de usucapião em favor do Estado de tempo brevíssimo, o que tornaria tal instituto em conflito com os princípios constitucionais do direito à propriedade e da razoabilidade.

O STF teve oportunidade de reafirmar esse entendimento quando o Governo Federal editou a MP 2.027-40/2000, que previu a redução do prazo da prescrição aquisitiva em favor do Estado para apenas 5 anos. Na ocasião do deferimento de liminar na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 2260 o Relator, Min. Moreira Alves, deixou assentado no Acórdão que:

De há muito, a jurisprudência desta Corte afirmou que a ação de desapropriação indireta tem caráter real e não pessoal, traduzindo-se numa verdadeira expropriação às avessas, tendo o direito à indenização que daí nasce o mesmo fundamento da garantia constitucional da justa indenização nos casos de desapropriação regular. - Não tendo o dispositivo ora impugnado sequer criado uma modalidade de usucapião por ato ilícito com o prazo de cinco anos para, através dele, transcorrido esse prazo, atribuir o direito de propriedade ao Poder Público sobre a coisa de que ele se apossou administrativamente, é relevante o fundamento jurídico da presente arguição de inconstitucionalidade no sentido de que a prescrição extintiva, ora criada, da ação de indenização por desapropriação indireta fere a garantia constitucional da justa e prévia indenização, a qual se aplica tanto à desapropriação direta como à indireta. (publicado no DJ 02/08/2002, p. 56)

Aqui, ao contrário do prazo de reparação por ilícito, estamos frente a uma verdadeira e autêntica lacuna legislativa que não deixa outra solução ao intérprete a não ser usar do expediente analógico para verificar no sistema se existe disciplina similar em alguma lei, que possa ser de fonte de normas administrativas.

E consideramos não haver dúvida de que a disciplina a respeito na lei civil é a única que poderia ser aproveitada para esse fim.

O prazo para que se dê o apossamento administrativo foi deliberado pelo Superior Tribunal de Justiça, que resolveu a questão, nos mesmos passos da Corte Suprema, com a edição da Súmula 119 que reza: “a ação de desapropriação indireta prescreve em 20 (vinte) anos”. Esse era o prazo do antigo artigo 550 do Código Civil de 1916, que o previa para o usucapião extraordinário, em que a parte, para fazer-lhe jus, não dispunha de justo título e nem de boa-fé.

O atual Código, por sua vez, reduziu esse prazo para 15 anos no artigo 1.238, e da mesma forma que o anterior não exige nem prova documental e nem boa-fé. No parágrafo único o prazo

é reduzido a 10 anos “se o possuidor houve estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo”.

Consideramos que a súmula 119 do STJ está derogada pelo advento do novo Código, já que a mesma se baseava, para fixar o prazo de prescrição em 20 anos, diretamente na legislação civil, alterados os prazos de prescrição aquisitiva, já não mais vigora o verbete referido.

Respeitada a lógica interpretativa que inspirou a súmula antes referida, é de se prever que o prazo de apossamento administrativo passará a ser de 15 anos, nos casos em que o Estado tome para si propriedade alheia sem, no entanto, agregar-lhe obra pública ou benfeitoria. Exemplo disso podemos verificar, por exemplo, no caso das terras incluídas em parques nacionais ou, ainda, em terras inseridas em projeto de construção de lago artificial para fins de produção de energia onde o Estado, ao apossar-se delas, não o faz com o fito de edificar ou promover-lhes transformação.

Já nos casos em que o apossamento resulte em realização de obra de qualquer natureza, consideramos que, nesse caso preciso, o prazo de prescrição aquisitiva será o do parágrafo único do artigo 1.238 do CC/2003, visto que essa se caracteriza como “obras ou serviços de caráter produtivo”, que a lei civil entende como justificadores da mitigação do prazo. Essa também é a conclusão a que chega Marçal Justen Filho (2009, p. 1.117) ao aduzir que “em princípio, o apossamento administrativo de um bem imóvel privado por parte do Estado poderá ser reconduzido à disciplina do artigo 1.238, parág. único, do Código Civil, sempre que o imóvel houver sido efetivamente aplicado à satisfação de necessidades coletivas”.

Assim sendo, apesar de ainda não ter havido manifestação conclusiva do STJ a respeito do tema, consideramos inegável que o texto da súmula 119 deve ser reformulado, para incluir como prazos de prescrição, no caso de apossamento administrativo, os lapsos de 15 e 10 anos, a depender de se o Estado elaborou, ou não, obras no local referido, com relevância para a satisfação de necessidades coletivas.

7. Ressalva de direito intertemporal

É importante salientar, no entanto, que os prazos antes indicados sofrem alteração, com acréscimo de dois anos, tendo em vista o disposto no artigo 2.029 do atual Código Civil, que expressamente ressalva: “Até dois anos após a entrada em vigor deste Código, os prazos estabelecidos no parágrafo único do art. 1.238 e no parágrafo único do art. 1.242 serão acrescidos de dois anos, qualquer que seja o tempo transcorrido na vigência do anterior”.

Assim, se o apossamento administrativo ocorreu entre os anos de 2003 e 2004, o lapso prescricional para a aquisição pelo Estado será de 17 e 12 anos, respectivamente, em relação à usucapião extraordinária ou ordinária.

Outra regra de direito intertemporal que não pode ser olvidada na aplicação da Lei Civil no campo do apossamento administrativo diz respeito ao disposto no artigo 2.028: “serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada”.

Sendo assim, uma vez que houve a redução dos prazos relativos ao usucapião no novo diploma, os prazos continuarão sendo do Código Civil antigo caso tenham fluído em porção maior que a metade dos lapsos anteriormente fixado. Caso contrário, serão os da lei nova que valerão.

8. Conclusões

O objetivo deste artigo foi chamar a atenção da comunidade jurídica para a importância de se meditar a influência do novo Código Civil de 2002 em relação aos prazos de prescrição administrativa, especificamente no que tange à responsabilidade do Estado e, ainda, ao apossamento administrativo.

O artigo buscou destacar no tratamento da matéria uma ótica neoconstitucional, invocando em suas passagens os princípios albergados na Carta Maior como elementos fundantes de uma hermenêutica voltada à primazia da Constituição Federal.

Em seguida verificamos a recente mudança que vem sendo produzida, no ano em curso, na jurisprudência do STJ no que diz respeito ao prazo prescricional das ações de reparação contra o Estado, que teria deixado de ser de 5 anos, segundo o art. 1º do Decreto 20.910/32, posto que revogado pelo novo Código Civil, artigo 206, § 5º.

Verificamos que vários argumentos levam à contradição dessa tese: o fato de que não existe uma responsabilidade “civil” do Estado, e que esse termo, hoje, não revela a independência dos ramos do direito administrativo em relação ao direito privado. Vimos, ainda, que o pensamento de uma responsabilidade “civil” do Estado está atrelado à tradição histórica que vincula o direito civil à Revolução Francesa que, por sua vez, trouxe consigo a limitação do poder monárquico e lançou as bases para uma futura teoria da responsabilização do Estado. Por fim, concluímos que, se é assim, não existe superposição entre a lei civil e o Decreto nº 20.910/32 de modo que, de fato, o conflito normativo se dirimiria pela invocação da lei da especialidade.

No que diz respeito ao apossamento administrativo, concluímos que nessa seara existe, de fato, uma lacuna legislativa que autoriza, de fato, a aplicação analógica do estatuto civil e, ainda, observamos que a Súmula 119 do STJ foi revogada pelos novos prazos introduzidos por esse novo diploma.

Por fim, findamos por verificar que, mantidos os mesmos critérios que levaram a Corte Superior de Justiça à edição do referido verbete, os novos prazos para que se dê o apossamento administrativo são de 15 anos e de 10 anos, esse último no caso do Poder Público haver feito modificações e benfeitorias no local que estejam conforme o interesse público. Advertência deve ser feita a respeito do cálculo desses, caso o ato tenha sido praticado na fase de transição entre a vigência do Código antigo e do novo, para que estejam adequados às normas de direito intertemporal previstas nos artigos 2.028 e 2.029 do CC/2002.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

CANOTILHO, J.J. GOMES. Direito Constitucional. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2006.

CARVALHO, Antônio Roberto Winter de. Reflexões acerca da prescritibilidade nas ações de ressarcimento ao erário previstas no art. 37, §5º da Constituição. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 253, p. 31-47, jan./abr. 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 17ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ENTRE ASPAS

CUNHA, José Carneiro da. A Fazenda Pública em Juízo. 6ª ed. São Paulo: Dialética, 2008.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico – as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy, 2006.

DWORKING, Ronald. Taking rights seriously. London: Duckworth, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

PADARATZ, Cláudia. Repensando a prescrição quinquenal contra a Fazenda Pública sob a ótica do interesse público. Disponível em: <http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/pgm/usu_doc/repensandofazenda.doc> . Acesso em 24 jun. 2011.

RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil. V. I – Parte Geral. 23ª ed., São Paulo: Saraiva, 1993.

Notas _____

1. Sobre o tema, vide como referência a obra de Duarte e Pozzolo (2006).

LIMITES DA TRANSMISSIBILIDADE DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR NO NOVO DIREITO DAS FAMÍLIAS

Maurício Albagli Oliveira

Juiz de Direito do Estado da Bahia. Pós-graduado em Direito Civil pela Escola de Magistrados da Bahia – EMAB e pelo Curso JusPodivm.

Resumo: O estudo da transmissibilidade da obrigação alimentar se afigura intrincado e complexo ante a escassez de coerência e inteligibilidade dos sucessivos diplomas legais que regulamentaram a questão. A obrigação alimentar compreende tudo o que é necessário à manutenção do beneficiário, a exemplo de alimentação, educação, habitação, vestuário e saúde. Revela diversas características peculiares que a destacam como prestação *sui generis*, com forte caráter publicístico, e entre estas especificidades se inclui sua transmissibilidade *causa mortis* em sistema distinto das obrigações em geral. No regime do Código Civil de 1916, era assente o entendimento de que a obrigação alimentar não poderia ser transmitida aos sucessores do alimentando, ante a clareza da norma inserta naquele diploma. Dispositivo confuso da Lei do Divórcio, de 1977, modificou este panorama, fazendo surgir diversas correntes que se antagonizaram na interpretação de novo regramento norteador da transmissibilidade da obrigação de prestar alimentos. No Código Civil em vigor, estabeleceu-se a transmissibilidade da obrigação alimentícia como regra no processo sucessório, observando-se, contudo, a regra geral que impede a transmissão das dívidas além das forças da herança e o antecedente estabelecimento da obrigação em relação à abertura da sucessão.

Palavras-Chave: Alimentos. Obrigação alimentar. Transmissibilidade.

1. Introdução

Objetiva-se neste trabalho a análise do alcance da transmissibilidade *causa mortis* da obrigação alimentar na perspectiva do Direito das Famílias contemporâneo, apresentando-se, antes disto, características peculiares do instituto e a disciplina da matéria nas sistemáticas delineadas pelo Código Civil de 1916 e a Lei do Divórcio.

São expostos, para melhor compreensão da matéria, o conceito, a abrangência e especificidades da prestação alimentícia. Em seguida, é analisada a (in)transmissibilidade da obrigação sob a égide do Código Civil/1916, da Lei Divorcista e da nova codificação, trazendo-se à colação diversos pronunciamentos doutrinários e judiciais, nem sempre coesos, que denotam a complexidade da matéria e a dificuldade de sua elucidação.

2. Características da obrigação alimentar

Apoiado na lição de Clóvis Beviláqua, Caio Mário da Silva Pereira (2006, p. 495) anotava que, compreendido em sentido amplo, o direito a alimentos abrange, além da acepção fisiológica, “a tudo mais necessário à manutenção individual: sustento, habitação, vestuário, tratamento”.

Trata-se do instrumento que serve a consagrar o mais visível e expressivo direito do ser humano, que é o direito de sobreviver, o direito à vida, tanto assim que os antigos assemelhavam a recusa de alimentos ao homicídio: *necare videtur qui alimonia denegat* (Ibidem, p. 495).

Em Roma, eram tidos como *officium pietatis*, expressão que indica caridade (RODRIGUES, 1999, p. 367), consubstanciando o dever de socorro, *devoir de secour* no Direito Francês.

Nas ordenações Filipinas (Livro I, Título LXXXVIII, § 15º) preceituava-se que:

Se alguns órfãos forem filhos de tais pessoas, que não devam ser dadas por soldadas, o Juiz lhe ordenará o que lhes necessário for para seu mantimento, vestido e calçado, e tudo mais em cada um ano. E mandará ensinar a ler e escrever aqueles, que forem para isso, até a idade de doze anos.

Integra a prestação alimentícia – consoante a preleção de Maria Helena Diniz (2006, p. 549) – tudo aquilo que é imprescindível à vida da pessoa como alimentação, vestuário, habitação, tratamento médico, transporte, diversões, e, se a pessoa alimentada for menor de idade, ainda verbas para sua instrução e educação, consoante a norma do art. 1.701, do Código Civil, *in fine*.

Lembra ainda a ilustre civilista a norma do art. 872, do estatuto civil, que impõe às pessoas obrigadas à pensão alimentícia o pagamento das despesas do funeral do alimentário.

Yussef Cahali (1998, p. 15-16) reporta-se à expressão de Pontes de Miranda, para quem os alimentos representavam o necessário “à subsistência animal”, e assinala que os alimentos abrangem “tudo aquilo que é necessário à conservação do ser humano com vida.” Soma a esta definição a “idéia de obrigação que é imposta a alguém, em função de uma causa jurídica, de prestá-los a quem deles necessite”.

Adiante, agora já ancorado nos ensinamentos de Estevam de Almeida, salienta o jurista que os alimentos são “as prestações devidas, feitas para que quem as recebe possa subsistir, isto é, manter sua existência, realizar o direito à vida, tanto física (sustento do corpo) como intelectual e moral (cultivo e educação do espírito, do ser racional)”. (Ibidem, p. 35-37).

Daí que o termo alimentos tem conotação sobremodo mais ampla do que seu significado na linguagem coloquial, englobando não só a alimentação, mas também o vestuário, a habitação, o tratamento médico, bem como o *quantum* destinado à educação.

Há quem se sirva da norma do art. 1.920, do Código Civil, que disciplina o legado de alimentos, para encontrar a amplitude da prestação alimentícia decorrente do Direito de Família. Consoante a reportada regra, o legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, além da educação do beneficiário, se ele for menor (BOECKEL, 2007, p. 30-31).

Modernamente, a obrigação alimentar reveste-se de caráter publicístico, não se fundando exclusivamente sobre um interesse egoístico-patrimonial próprio do alimentando, mas sobre um interesse de natureza superior – *veramente interest rei publicae* – razão por que o seu inadimplemento enseja a severa medida de prisão do devedor (CAHALY, 1998, p. 35-37).

Trata-se de um direito patrimonial *sui generis*, uma vez que configurada uma relação de débito-crédito (FACHIN, 2005, p. 36), mas com contornos acentuadamente publicísticos, dos mais relevantes na órbita do Direito Privado.

Os alimentos caracterizam-se como direito personalíssimo, inalienável, impenhorável e não transacionável, sendo sua pretensão imprescritível. Têm ainda como características a atualidade (cristalizada na máxima *in preterito non vivitur*), a incompensabilidade, irrepetibilidade e a inexistência de solidariedade, com temperamentos dados pelo Direito de Família moderno.

É pertinente acentuar, para melhor compreensão das questões ventiladas neste trabalho, que, conformando-se como direito personalíssimo, o direito aos alimentos não pode ser transferido aos herdeiros do alimentando, ou a qualquer outra pessoa, em decorrência de negócio ou fato jurídico.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná tomou em relevo esta qualidade da obrigação alimentar, ao decidir que: “Alimentos – Filho alimentando que se aproxima da maioridade e independência econômica – Mãe que pretende sejam os alimentos revertidos a si – Caráter personalíssimo dos alimentos – Improcedência do pedido”.¹

Neste mesmo sentido posicionou-se o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Alimentos. Exoneração. Filha maior e casada. Transferência do direito para a genitora. (...) Sendo a alimentanda casada e maior, não necessitam dos alimentos, imperiosa a exoneração. Descabe transmitir os alimentos para sua mãe, mesmo sendo ela idosa, enferma e carente de recursos, pois o direito à percepção dos alimentos é intransmissível e ninguém pode pleitear, em nome próprio, direito alheio (art. 6º, CPC).²

Assim, ante as características peculiares do instituto, marcadas pelo interesse público, a titularidade do direito a alimentos – que toca àquele posto em estado de miserabilidade - não é suscetível de transferência ou transação por qualquer fato ou negócio jurídico, como a cessão, permanecendo estável a fixação de sua titularidade independentemente da vontade dos sujeitos da relação obrigacional.

Os alimentos, no âmbito do direito de família, podem ser exigidos: pelos ascendentes e descendentes (pais, filhos, avós, bisavós, etc.); b) pelos irmãos; c) pelos cônjuges e conviventes.

2.1. Dever e obrigação alimentar

Na lição de Nelson Rosendal (2004, p. 14) “o dever jurídico importa na necessidade de observância de determinado comportamento, em virtude de imposição do ordenamento jurídico”. Recai sobre toda a coletividade, indistintamente, como, por exemplo, o dever jurídico de não cometer homicídio.

Já a obrigação *stricto sensu* “é um dever jurídico específico e individualizado, incidindo sobre pessoas determinadas ou determináveis que estipulam relações jurídicas consubstanciadas em prestações de dar, fazer ou não fazer” (Ibidem, p. 14).

O dever de sustento atrela-se ao poder familiar, nova nomenclatura do pátrio poder, elevado a cânone constitucional (CF, art. 229), tornando-se o dever de amparo nas relações familiares, deste modo, dogma de expressão constitucional.

Maria Helena Diniz (2006, p. 552-553) explica que a obrigação alimentar é recíproca, dependendo da possibilidade do devedor, e só é exigível se o credor potencial estiver necessitado, ao passo que os deveres familiares são unilaterais, não tendo caráter de reciprocidade.

Aponta ainda a insigne civilista os seguintes traços distintivos entre os dois institutos:

(a) a obrigação alimentar pode perdurar por toda a vida e até ser transmitida *causa mortis* (Código Civil, art. 1.700), e o dever de sustento cessa, em regra, *ipso iure*, com a maioridade dos filhos; (b) a obrigação alimentícia subordina-se à necessidade do alimentando e à capacidade econômica do alimentante, enquanto o dever alimentar prescinde da necessidade do filho menor não emancipado, medindo-se na proporção dos haveres do pai e da mãe.

Yussef Said Cahali (1998, p. 684-685) apresenta as seguintes distinções entre os dois institutos: (a) o dever de sustento diz respeito ao filho menor, e vincula-se ao poder familiar; (b) o dever de sustento é unilateral e se exaure na relação paterno-filial, de modo que, na constância da sociedade conjugal, consubstancia, mais propriamente, uma obrigação de fazer do que uma obrigação de dar; (c) como dever inarredável dos genitores, o direito natural dos filhos de serem pelos mesmos sustentados prescinde dos pressupostos do art. 1.694, do Código Civil (art. 399, do Código revogado); e (d) a obrigação alimentar entre os parentes não se vincula ao poder familiar, não encontrando limitação temporal, sujeitando-se, entretanto, às balizas do art. 1.694, do Código Civil.

A nova codificação civil estabelece que para a manutenção dos filhos, os cônjuges separados judicialmente contribuirão na proporção de seus recursos (art. 1.703), norma que também consubstancia o dever do sustento que toca aos pais com relação aos filhos, projetado para o fim do relacionamento marital, inexistindo reciprocidade na espécie, de modo que os ex-cônjuges ou companheiros são responsáveis, em conjunto e na proporção de suas condições financeiras, pelo sustento dos filhos comuns, independentemente da apuração, que era possível se fazer, do culpado pelo fim da sociedade conjugal.

Assim, o dever de sustento não se torna insubsistente em virtude da precariedade da condição econômica do genitor. Ademais, na vigência do poder familiar, é presumida a necessidade do alimentando, tratando-se, contudo de presunção relativa (*juris tantum*), que pode, portanto, ser elidida, se comprovado pelo alimentante que o filho tem condições de assegurar o próprio sustento, como na hipótese do alimentando possuir bens herdados ou adquiridos por doação.

3. (In)Transmissibilidade da obrigação alimentícia no Código Civil de 1916 e na Lei do Divórcio

3.1. A transmissibilidade da obrigação alimentar sob a égide Código Civil de 1916

Na vigência do Código Civil de 1916, reinava absoluto o entendimento segundo o qual a obrigação alimentícia, derivada do Direito de Família, era intransmissível por sucessão *mortis causa*, ativa e passivamente, consequência de seu caráter personalíssimo. Outro quadro não seria viável ante a clareza do dispositivo veiculado no art. 402 daquele diploma: “A obrigação de prestar alimentos não se transmite aos herdeiros do devedor”.

Assim, não era dado ao credor da pensão alimentícia acionar os herdeiros do alimentante objetivando a continuidade do pensionamento. Todavia, as prestações vencidas até a dada do falecimento do alimentante integravam normalmente o passivo do espólio do alimentante, como crédito constituídos, sendo deste modo transmitidas aos herdeiros, até as forças da herança, tudo em conformidade com a norma do artigo 1.587, daquele diploma.³

De outra parte, falecido o credor da pensão alimentícia, não era possível aos herdeiros deste postular do devedor o prosseguimento do pensionamento, cabendo-lhe tão somente agir invocando direito próprio, não se tratando, portanto, de direito sucessório.

Nesta linha, não havia transmissão da obrigação alimentar, mas tão só das parcelas vencidas ainda em vida do alimentante e não adimplidas, que constituíam naturalmente o passivo do espólio.

3.2. A conturbadora norma do art. 23, da Lei do Divórcio

A Lei do Divórcio (Lei nº 6.515, de 26/12/1977) inovou a sistemática da intransmissibilidade da obrigação alimentar regrada no Código de 1916, ao estabelecer, no seu art. 23, que “A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.796 do Código Civil.”⁴

Adveio no cenário jurídico, assim, um regramento legal de obscuro alcance, daqueles que mais problemas trazem no cenário jurídico do que soluções, tendo ensejado tormentosas discussões doutrinárias que, muito embora encetadas há décadas, não foram aplacadas.

Formaram-se quatro correntes na interpretação da referida norma.

A primeira delas, na qual se incluía Caio Mário da Silva Pereira, negava o conteúdo inovador do preceito, de modo que a transmissibilidade da obrigação alimentícia somente se referia às prestações do pensionamento vencidas até o dia da morte do alimentante (apud CAHALI, 1999, p. 74-76).

Filiou-se a esta linha de pensamento o Superior Tribunal de Justiça, quando assentou que:

Alimentos. Ação julgada procedente. Morte do alimentante.

I – A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, respondendo a herança pelo pagamento das dívidas do falecido. Lei nº 6. 515, de 1977, art. 23, e Código Civil, art. 1796. Aplicação.

II – A condição de alimentante é personalíssima e não se transmite aos herdeiros; todavia, isso não afasta a responsabilidade dos herdeiros pelo pagamento dos débitos alimentares verificados até a data do óbito.

III – Falecido o alimentante após a sentença que o condenou a pagar prestação alimentar, deve o recurso de apelação ter prosseguimento, apreciando-se o *meritum causae*.

IV – Recurso especial conhecido e provido.⁵

A dificuldade de assimilação deste entendimento residia na circunstância de que sua adoção implicava o esvaziamento total do comando do art. 20, da Lei do Divórcio, ficando tal dispositivo sem qualquer serventia na órbita do direito positivo, visto que a transmissão das prestações vencidas até a data do falecimento do *de cuius* já era prevista na regra geral do art. 1.796, do Código Civil/1916.

Em sentido oposto figurava a corrente capitaneada por Sérgio Gischkow Pereira, que preconizava que o postulado da transmissibilidade da obrigação alimentar não tinha campo de incidência restrito aos casos de fim da sociedade conjugal, muito embora inserida a norma na Lei do Divórcio, mas sim a quaisquer alimentos decorrentes do direito de família. Enfatizava o insigne jurista, de forma contundente, que:

(...) em face do sistema do art. 402 do CC, não se apreendia o que há de justo e simples na assertiva de não se poder sobrepor, ao direito de

alimentos, o direito sucessório. As situações iníquas daí resultantes não eram sequer ponderadas. Mas os fatos sociais pressionavam o legislador. Quis este coibir quadros de flagrante injustiça, um exemplo: 'A' vem pensionando 'B', sendo 'B' pessoa idosa e inválida que, para sua sobrevivência, depende da pensão de 'A'. Resultado: 'B' fica na absoluta miséria, em que pese a monumental quantidade de bens distribuídos entre os herdeiros de 'A', que talvez deles não necessitassem. Dir-se-ia: mas o parentesco de 'B' com os herdeiros de 'A' não possibilitaria viesse a exigir alimentos destes? A resposta pode ser negativa, bastando fossem 'A' e 'B' irmãos; nessa hipótese, os filhos de 'A' seriam sobrinhos de 'B', ou seja, parentes colaterais em 3º grau de 'B', grau de parentesco que já não faculta a postulação alimentícia. A solução veio com o art. 23 da Lei nº 6.515/77. Foi revogado o art. 402 do CC. A regra passou a ser a intransmissibilidade. (apud CAHALI, 1998, p. 72).

Seguindo esta linha de raciocínio, traz-se à colação o seguinte julgado:

Conquanto o art. 50 da Lei nº 6.515/77 não tenha revogado expressamente o art. 402 do CC, parece que o comando do art. 23 da Lei do Divórcio é incompatível com a regra insculpida no art. 402, incidindo, pois, o princípio geral do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao CC. A inovação do art. 23 não pode ser simplesmente desprezada e, tampouco, aplicada apenas aos casos de alimentos entre ex-cônjuges, porquanto o capítulo IV da Lei do Divórcio introduziu normas atinentes também aos alimentos de qualquer natureza, como se infere dos arts. 20 e 22.⁶

Uma terceira corrente acenou no sentido de que a regra do art. 23 da Lei do Divórcio somente se aplicava aos casos de pensão alimentícia fixada com base no art. 19, do mesmo estatuto⁷, vale dizer, quando a prestação era estabelecida em procedimento litigioso em que se reconhecia a culpa do cônjuge alimentante pelo fim do casamento, quando então a verba alimentar assumiria características de indenização.

Alinhou-se a este ponto de vista Mário Moacyr Porto, que teve azo de assinalar:

Se a prestação alimentar não resultar da omissão reprovável do dever de mútua assistência que a lei impõe aos cônjuges (art. 231, III, CC), a dívida é mesmo de natureza alimentar (separação judicial por mútuo consentimento; divórcio concedido de acordo com as hipóteses previstas nos §§ 1º e 2º, do art. 5º, c/c art. 26, da Lei 6.515); se, ao contrário, a pensão foi fixada para ressarcir prejuízo que um dos cônjuges sofreu em consequência da dissolução prematura e culposa da sociedade conjugal ou do próprio casamento (separação judicial litigiosa; divórcio-sanção, art. 5º, *caput*); o crédito é o ressarcimento de um dano. A dívida de natureza alimentar não se transmite (art. 402, CC). O débito que representa uma indenização, a ser cumprida sob a forma de uma pensão alimentar, se transmite como dívida da sucessão (art. 23). O art. 402 está certo e continua intocado. O art. 23 também não está errado (apud CAHALI, 1998, p. 79) .

Noutro enfoque, Orlando Gomes (1994, p. 424) pregava que “em se tratando de lei especial (art. 23 da Lei do Divórcio), que, na parte dos alimentos, regula um dos efeitos da separação judicial, a estes se limita, continuando em vigor o art. 402 do CC [...]”.

Seguindo a mesma trilha do insigne jurista baiano, Sílvio Rodrigues (1999, p. 367) pontuou que, como o legislador de 1977 inseriu o preceito em tela no capítulo sobre a extinção da sociedade conjugal, tal dispositivo somente se aplicava “ao caso de alimentos fixados no desquite, e se limita aos alimentos devidos por um cônjuge a outro.”

Isto porque – salientava Maria Berenice Dias (2005, p. 453) – “diante da existência de dever alimentar autônomo entre os parentes consanguíneos, a transmissão do encargo geraria desequilíbrio na divisão da herança”, visto que o alimentando receberia seu quinhão em valor superior ao dos co-herdeiros, já que beneficiado pela prestação alimentícia.

Este entendimento predominou nos Tribunais, que se estribaram no argumento de que o legislador divorcista se inspirou no direito francês, que somente prevê a transmissão dos alimentos devidos entre os cônjuges (PEREIRA, S., 2006, p. 262).

Contudo, óbice à aceitação deste entendimento era visualizado tendo em conta que outros regramentos da Lei do Divórcio, como os dos arts. 20, 21 e 22, aplicavam-se não só aos cônjuges separandos ou divorciandos como também aos filhos do casal.⁸

Portanto, parte dos estudiosos admitia a coexistência entre o art. 402, do Código Civil/1916, e o art. 23, da Lei do Divórcio (GAMA, 2005, p. 341).⁹ Ampliando este cipoal de manifestação doutrinária, a referida corrente subdividia-se entre aqueles que aceitavam a transmissibilidade da obrigação alimentar apenas em relação ao ex-cônjuge, e outro grupo de juristas que reconhecia a incidência do instituto também no que concerne ao direito a alimentos aos filhos do casal.

Yussef Cahali (1998, p. 84-85) reportava-se, ainda, à manifestação doutrinária e jurisprudencial no sentido de que a transmissibilidade da obrigação alimentar somente se opera nos casos em que o beneficiário da pensão não é herdeiro do alimentante.

4. A regulamentação da matéria no novo Código Civil

O novel diploma civil mudou o panorama verificado sob a vigência da Lei do Divórcio, visto que previu, no seu art. 1.700, a transmissibilidade da obrigação para todos os casos de alimentos em sede do Direito de Família, não mais a restringindo, portanto, aos casos de prestação alimentícia entre ex-cônjuges e filhos.

Preceitua a citada norma: “A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694.”

A interpretação acerca do alcance de tal regramento é ainda mais intrigante e dificultosa do que aquele inserido no art. 23, da Lei do Divórcio, pelo que ensejará ainda outros longos debates e posições antagônicas na Doutrina.¹⁰

A norma abranda, assim, o caráter personalíssimo da obrigação alimentar, que agora se torna genericamente transmissível aos *herdeiros* do devedor, sejam eles legítimos ou beneficiários por ato de última vontade.

O pagamento da prestação alimentícia poderá ser concretizado pelos herdeiros do devedor utilizando-se, por exemplo, de rendas dos bens partilhados ou de aplicações financeiras, sendo certo que, se forem aqueles alienados para tal fim, o patrimônio poderá ser dissipado, inviabilizando o pensionamento.

Abordando a questão da transmissibilidade da obrigação alimentar já na vigência do novo estatuto civil, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul assim se pronunciou:

ALIMENTOS. RESPONSABILIDADE DO ESPÓLIO. TRANSMISSIBILIDADE DA OBRIGAÇÃO. Configurados os pressupostos necessidade-possibilidade, cabível a estipulação dos alimentos. Isso nos remete ao tema da transmissibilidade da obrigação alimentar, agora tornada inquestionável pelo artigo 1.700 do Código Civil. E não se diga que a transmissão se restringe apenas às parcelas eventualmente vencidas, deixando de abranger as vincendas. É que, em primeiro lugar, esse dispositivo legal refere-se a “obrigação” e não a “dívidas”, o que, por si só, deve bastar. Há mais, porém. É que interpretá-lo como abrangendo apenas eventuais parcelas inadimplidas até o ensejo da morte do devedor de alimentos é tornar a regra inteiramente vazia, pelo simples fato de que o artigo 1.997 do CC já torna o Espólio responsável pelo pagamento das dívidas do falecido, não havendo, portanto, necessidade de que a mesma disposição constasse em local diverso. Por isso, e não podendo entender-se que a lei contém palavras inúteis, é evidente que o art. 1.700 determina a transmissão da obrigação, abrangendo parcelas que se vençam inclusive após o óbito do devedor, como no caso. LIMITE DA OBRIGAÇÃO. É certo que o apelante, como filho que é do autor da herança, é também seu herdeiro, em igualdade de condições com os demais descendentes. Logo, mais cedo ou mais tarde lhe serão atribuídos bens na partilha que se realizará no inventário recém-iniciado. Nesse contexto, os alimentos subsistirão apenas enquanto não se consumir a partilha, pois, a partir desse momento desaparecerá, sem dúvida, a necessidade do alimentado. PROVERAM. UNÂNIME.¹¹

Numa interpretação literal da norma ter-se-ia que a transmissibilidade somente se aplica em relação aos herdeiros, excetuando-se, portanto, os legatários (Código Civil, art. 1.912 e seguintes).

Constata-se, todavia, que se tem no caso mais um deslize dos responsáveis pela redação do Código (GOMES, R., 2006, p. 217), que se omitiram em inserir na regra as figuras do espólio e dos legatários, sendo certo que não poderiam os herdeiros suceder o *de cujus* antes que o espólio o fizesse, nos termos da regra do art. 43, e 982-945, do Código de Processo Civil.

Em outro julgado no qual o tema foi enfocado, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que:

DIREITO CIVIL. OBRIGAÇÃO. PRESTAÇÃO. ALIMENTOS. TRANSMISSÃO. HERDEIROS. ART. 1.700 DO NOVO CÓDIGO CIVIL.

1 – O espólio tem a obrigação de prestar alimentos àquele a quem o *de cujus* devia, mesmo vencidos após a sua morte. Enquanto não encerrado o inventário e pagas as quotas devidas aos sucessores, o autor da ação de alimentos e presumível herdeiro não pode ficar sem condições de subsistência no decorrer do processo. Exegese do art. 1.700 do novo Código Civil.

2 – Recurso especial conhecido mas improvido.¹²

Sérgio Gischkow Pereira (2006, p. 267) traça uma resenha das opiniões acerca da matéria, para então concluir que a nova regra, assim como o comando do art. 23 da Lei do Divórcio, aplica-se a todos os casos de alimentos no direito de família.

Yussef Said Cahali aceita que, em face do atual Código Civil, outra não pode ser a solução. Belmiro Pedro Welter, Silvio de Salvo Venosa, Maria Helena Diniz, têm igual compreensão. Forçoso, contudo, admitir que a resistência continua existindo: a) Regina Beatriz Tavares da Silva diz que a transmissão deve ser restrita ao companheiro e ao cônjuge, dependendo, quanto ao último, de seu direito à herança; b) Zeno Veloso quer que a doutrina e os tribunais restrinjam a exegese do art. 1.700 e tem por inadmissível que os filhos do falecido sejam obrigados a pensionar um tio; c) Nelcy Pereira Lesa informa que o IBDFAM quer nova redação para o art. 1.700, a fim de que só abranja alimentos decorrentes do casamento ou da união estável; d) Washington Epaminondas Medeiros Barra defende uma interpretação o mais restritiva possível ao art. 1.700, pois vê nele violação de elementares princípios gerais de direito, estando maculado pela eiva de inconstitucionalidade.

Conclui-se, assim, que longe de aclarar a questão atinente à transmissibilidade da obrigação alimentar, sepultando de vez a discussão gerada pela norma do art. 23 da Lei do Divórcio, o Código Civil de 2002 reavivou a polêmica, novamente a ensejar árduo trabalho da Doutrina e dos Tribunais no desiderato de elucidação da questão, cuja pacificação, a toda evidência, não se revela de fácil concretização.

4.1. A remissão à norma do art. 1.694 do NCC e seu alcance

Não bastasse a celeuma relativa ao alcance do preceito acerca da transmissibilidade da obrigação alimentar, o art. 1.700 do Novo Código Civil alimenta ainda outras incertezas ao reportar-se à norma do art. 1.694 daquele diploma, que tem os seguintes contornos:

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.
§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.
§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

Comentando este regramento, Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2005, p. 344) articula a seguinte solução para o caso de variação dos elementos do binômio necessidade-possibilidade, posteriormente ao falecimento do alimentante:

Assim, ao remeter a transmissão da obrigação de prestar alimentos ao art. 1.694, do próprio texto codificado, o art. 1.700 permite que sejam revistos os

alimentos notadamente no que toca ao binômio necessidade possibilidade, já que o credor dos alimentos pode ser também um sucessor do falecido e, desse modo, receber bens do acervo hereditário que lhe permita receber rendimentos que atendam às suas necessidades inclusive com observância da sua condição social. Assim, a remissão ao art. 1.694, do novo Código Civil, deve ser interpretada no sentido da viabilidade de se rever o *quantum* da prestação alimentar para fins de redução ou exoneração dos alimentos, caso o credor de alimentos receba, por testamento ou *ex vi legis*, algum benefício sucessório, na condição de herdeiro (legítimo ou testamentário) ou legatário.

Analizando a questão sob outro ângulo, Rui Ribeiro de Magalhães (apud OLIVEIRA, 2005, p. 284). entende que, como a norma à qual faz remissão o art. 1.700 do NCC enumera “os parentes, os cônjuges ou companheiros”, somente em benefício destes pode ser transmitida a obrigação alimentar. E conclui seu raciocínio, solucionando da seguinte forma o caso de um devedor de alimentos casado em segundas núpcias ou mantendo união estável:

O credor de alimentos somente poderia reclamar do herdeiro o valor das prestações vencidas por ocasião da morte do credor, até as forças da herança, pois não há como obrigar o herdeiro a alimentar uma pessoa que não guarda com ele qualquer vínculo de consangüinidade. O art. 1.694 do Código Civil estabelece a obrigação alimentar entre parentes, os cônjuges e os conviventes, e nestas hipóteses não se enquadra o herdeiro do devedor.

Acompanhando este entendimento, Euclides de Oliveira (2005, p. 284) cita algumas situações, as quais tacha de absurdas, em que, ampliando-se o alcance do art. 1.700, do *Codex*, o herdeiro do devedor de alimentos passaria a pensionar um estranho ou um parente com o qual não estava originariamente obrigado: o irmão do falecido, que passaria a receber pensão do seu sobrinho; o cônjuge sobrevivente sendo pensionado pelos enteados; a viúva do alimentário pagando pensão à ex-esposa deste.

Examinando a legislação anterior ao Código Civil/2002, Bertoldo Mateus de Oliveira Filho (1999, p. 33) apontava interessante caso em que o posterior casamento do devedor implica a obrigação de prestar alimentos pelo novo cônjuge àquele do anterior matrimônio, “se cabível a transferência do encargo e inexistentes herdeiros na linha descendente ou ascendente (art. 1.611, *caput*, CC) reportando-se ao Código Civil de 1.916, hipótese extensiva aos colaterais até o quarto grau, ao Município, ao Distrito Federal e à União”.

Ainda em consonância com o regramento do art. 1.694, do Código Civil, transmitida a obrigação alimentar, deve ser averiguada, após a partilha, a situação financeira dos herdeiros sucessores da obrigação, sem perder de vista as forças da herança, como também as novas condições do alimentando, sobretudo se houver participado da divisão do acervo hereditário.

4.2. Limites à transmissão da obrigação

Ao contrário do que dispunha a Lei do Divórcio (art. 23), o Código Civil em vigor não fez menção que a transmissibilidade da obrigação alimentar estaria restrita às forças da herança.

O preceito do estatuto divorcista continha uma remissão ao art. 1.796, do Código Civil/1916, que estabelecia que “A herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido; mas, feita a partilha, só respondem os herdeiros, cada qual em proporção da parte, que na herança lhe coube.”¹³

Contudo, o correspondente deste dispositivo no novel estatuto (art. 1.997)¹⁴ não foi reportado no art. 1.700, do diploma, o que permitiria a interpretação segundo a qual a obrigação alimentar é transmitida ao herdeiro sem limites no quinhão hereditário angariado.

Todavia, mesmo ante a tal omissão há de se concluir que, no caso da transmissão da obrigação alimentar, não pode ser excepcionado o postulado conforme o qual a obrigação somente se transmite ao herdeiro até os limites do crédito sucessório, visto que a interpretação em sentido contrário resultaria em vulneração a um dos mais elementares princípios do Direito das Sucessões, como também ao princípio constitucional que proíbe o confisco da propriedade alheia.¹⁵

4.3. Transmissão somente da obrigação ou também do dever alimentar?

Yussef Said Cahali (1998, p. 103) sustenta que a norma do art. 1.700, do Código Civil, somente se aplica nos casos em que os alimentos já tenham sido estabelecidos, por decisão judicial ou acordo, por ocasião da morte do alimentário, ou quando muito se a ação de alimentos já existia no momento do óbito, de maneira que não ocorre a transmissão do “dever legal” a alimentos, na sua potencialidade, e não na sua atualidade.

Assentindo com tal opinião, sem não antes ressaltar a “forte amplitude” que empresta à norma do art. 1.700, do CC, Sérgio Gischkow Pereira (2006, p. 271) assevera que o que se transmite é a obrigação e não o dever jurídico, de modo que deve existir a obrigação alimentícia pré-constituída mediante sentença, condenatória ou homologatória de transação, ou pelo menos por meio de acordo extrajudicial, inclusive não escrito, evidenciado pelo costumeiro e regular pagamento de alimentos. Acrescenta o jurista que a propositura de ação de alimentos contra o espólio ou os herdeiros parece uma demasia, um excesso não confortado pelo sistema legal.

Euclides de Oliveira (2005, p. 288) posiciona-se em sentido diverso, argumentando que:

Temos que a obrigação pode subsistir independentemente de decisão judicial, porque decorrente do dever legal de assistência previsto no art. 1.694, do Código Civil, entre parentes, cônjuges e companheiros. Pode dar-se que a pessoa obrigada já venha cumprindo a prestação alimentar por vontade própria, como no caso de assistência regular entre cônjuges. Sobrevindo a morte do devedor, por certo que a obrigação antes assumida transmite-se por igual aos herdeiros, desde que haja suficiente patrimônio e rendas da herança. Com maior razão haverá de admitir-se a transmissão da obrigação que, por algum motivo, não estivesse sendo cumprida anteriormente, desde que fosse exigível.

A razão parece estar com os dois primeiros juristas citados, visto que, se assim não fosse, a quase totalidade dos herdeiros menores poderiam receber seu quinhão hereditário e, cumulativamente, acionar o espólio ou os demais sucessores deles exigindo pensão alimentícia, baseando-se no dever de sustento que tocava ao de *cujus* (Código Civil, art. 1.566, III).

Numa outra hipótese, seria possível a uma viúva, anos depois de encerrado o inventário, exigir alimentos dos sucessores de seu falecido marido, invocando o dever de assistência mútua inerente ao casamento.

O Superior Tribunal de Justiça também se posicionou no sentido da transmissão exclusivamente da obrigação alimentar, e não de genérico dever de sustento. Confira-se:

CIVIL. ALIMENTOS. ESPÓLIO. A transmissibilidade da obrigação de prestar alimentos, prevista no art. 23 da Lei nº.515, de 1977, é restrita às pensões devidas em razão da separação ou divórcio judicial, cujo direito já estava constituído à data do óbito do alimentante; não autoriza ação nova, em face do espólio, fora desse contexto. Recurso Especial não conhecido.¹⁶

Mais recentemente a Corte ratificou este entendimento, assentando que “Inexistindo condenação prévia do autor da herança, não há por que falar em transmissão do dever jurídico de prestar alimentos, em razão do seu caráter personalíssimo e, portanto, intransmissível”.¹⁷

Assim, há de prevalecer o entendimento segundo o qual a obrigação alimentar somente se transmite aos herdeiros do devedor se constituída, por acordo ou decisório judicial, até a data do falecimento do alimentante.

Inexistindo tal obrigação por ocasião do falecimento do autor da herança, e sendo o pretensão alimentando viúvo ou viúva do *de cujus*, toca ao mesmo os direitos à meação e à sucessão, conforme o caso (CC, art. 1829), e, ainda, o direito real de habitação (CC, art. 1.831).

4.4. Direito intertemporal

O art.1.787 do Novo Código Civil, repetição do art. 1.577, do diploma revogado, prescreve que: “Regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela.”

Frente à dicção deste regramento legal, são aplicáveis as normas do direito sucessório vigentes na data da abertura da sucessão.

Nos casos de abertura da sucessão anteriores ao Novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10/01/2002), que entrou em vigor um ano após sua publicação, ocorrida em 11/01/2002, a solução deve ser buscada – orienta Youssef Said Cahali (1998, p. 104) – “através do confronto do art. 402 do atual Código Civil e art. 23 da Lei 6.515/77, com todas as suas dificuldades.”

5. Conclusões

Ante todo o exposto extraem-se sinteticamente as conclusões a seguir enumeradas.

1) No âmbito do Direito de Família, a prestação alimentícia configura um direito patrimonial *sui generis*, com características marcadamente publicísticas, compreendendo tudo aquilo que é necessário à realização do direito à vida digna, nos aspectos moral e material, como alimentação, vestuário, habitação e educação.

2) O dever de alimentos atrela-se ao poder familiar, caracteriza-se pela unilateralidade e inexistência de reciprocidade, e cessa, em regra, com a maioridade do alimentando. Já a obrigação alimentar subordina-se às balizas do binômio necessidade-possibilidade, podendo perdurar por toda a vida e ser transmitida *causa mortis*.

3) A obrigação alimentar somente se transmite aos herdeiros do devedor se constituída, por acordo ou decisório judicial, até a data do falecimento do alimentante. Inexistindo tal obrigação por ocasião do falecimento do autor da herança, e sendo o pretense alimentando herdeiro ou viúvo do *de cujus*, toca-lhe, conforme os casos, os direitos à sucessão, meação ou o direito real de habitação, mas não à prestação alimentícia.

Referências

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. Alimentos no novo Código Civil: três aspectos polêmicos. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. Grandes temas da atualidade, v. 5: alimentos no novo Código Civil: aspectos polêmicos. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 171-192.

BOECKEL, Fabrício Dani de. Tutela jurisdicional do direito a alimentos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CAHALI, Yussef Said. Dos Alimentos. 3. ed. rev. ampl. e atual.. São Paulo: RT, 1998.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DINIZ, Maria Helena. Direito civil brasileiro. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. 5. v. 682 p.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. Dever alimentar para um novo direito de família. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da et al. Comentários ao Código Civil brasileiro. Coord. Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GOMES, Orlando. Direito de Família. 7a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

GOMES, Renata Raupp. A intransmissibilidade da obrigação alimentar (?). In: LEITE, Eduardo de Oliveira, Grandes temas da atualidade, v. 5: alimentos no novo Código Civil: aspectos polêmicos. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 171-192.

OLIVEIRA, Euclides de. Alimentos: transmissão da obrigação aos herdeiros. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Alimentos no Código Civil: aspectos civil, constitucional, processual e penal. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 277-293.

OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. Alimentos e investigação de paternidade. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. Instituições de Direito de Civil: Direito de Família. 16. ed. rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. V.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. A transmissibilidade da obrigação alimentar. In: LEITE, Eduardo de Oliveira, Grandes temas da atualidade, v. 5: alimentos no novo Código Civil: aspectos polêmicos. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 259-272.

RODRIGUES, Silvio. Direito civil: direito de família. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 6. 416 p.

ROSENVALD, Nelson. Direito das obrigações. 3. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. 324 p.

Notas

1. Acórdão 836/86, da 2ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Negi Calixto, j. 10/12/1986. In: CAHALI, 1999, p. 54-55.
2. Apelação Cível nº 599229291, da 7ª Câmara Cível.
3. Art. 1.587. O herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança; incumbe-lhe, porém, a prova do excesso, salvo se houver inventário que a escuse, demonstrando o valor dos bens herdados.” Norma de idêntico teor é encontrada no art. 1792 do Código Civil/2002.
4. O art. 1796 reportado, por sua vez, dispunha: “Art. 1796. A herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido; mas, feita a partilha, só respondem os herdeiros, cada qual em proporção da parte, que na herança lhes coube.”
5. Recurso Especial nº 64.112/SC, 3ª Turma, Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Brasília, DF, 16 de maio de 2002, votação unânime, DJU 17/06/2002, p. 254. Seguindo esta Trilha, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais decidiu que: “Alimentos. Intransmissibilidade. Ilegitimidade passiva do espólio. Recurso desprovido. Devido ao caráter personalíssimo dos alimentos, a sua obrigação não é transmitida aos herdeiros do devedor. Art. 402 do Código Civil. Sentença confirmada (Acórdão nº 000.255.888-0-0/00, da 8ª Câmara Cível, Relator: Desembargador Sérgio Braga. Brasília, DF, 05 de agosto de 2002, DJMG 17/09/2002).
6. BRASIL. 2º Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo, Relator: Paulo Hungria, j. 10/04/1996, in RT 729/233.
7. O dispositivo estava assim redigido: “Art. 19. O cônjuge responsável pela separação judicial prestará ao outro, se dela necessitar, a pensão que o juiz fixar.”
8. Eis o teor dos dispositivos: “Art. 20. Para manutenção dos filhos, os cônjuges, separados judicialmente, contribuirão na proporção de seus recursos.
- § 1º. Se o cônjuge credor preferir, o juiz poderá determinar que a pensão consista no usufruto de determinados bens do cônjuge devedor.
- § 2º. Aplica-se, também, o disposto no parágrafo anterior, se o cônjuge credor justificar a possibilidade do não recebimento regular da pensão.
- Art. 22. Salvo decisão judicial, as prestações alimentícias, de qualquer natureza, serão corrigidas monetariamente na forma dos índices, de atualização das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN.”
9. Renata Raupp Gomes (2006, p. 213) assinala que “Raros eram os juristas que faziam a defesa da revogação do art. 402 pelo art. 23, aplicando-se a transmissibilidade de toda e qualquer obrigação alimentar aos sucessores do devedor falecido”.
10. O Anteprojeto do Código Civil, de 1972, repetia a norma do Código de 1916. A redação do dispositivo foi modificada no Senado Federal, pela Emenda 322 (Cf. OLIVEIRA, 2005, p. 280).
11. Apelação Cível nº 70007905524, da 7ª Câmara Cível, Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, RS, 19 de fevereiro de 2004.
12. REsp nº 219.199/PB (1999/0052547-7), da 4ª Turma, 2ª Seção, Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ 10/12/2003.
13. O art. 1.587, do Código revogado, por sua vez estatuiu que “O herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança”.

14. “Art. 1.997. A herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido; mas, feita a partilha, só respondem os herdeiros, cada qual em proporção da parte que na herança lhe coube.” O Código prescreve ainda que “O herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança; incube-lhe, porém, a prova do excesso, salvo se houve inventário que a escuse, demonstrando o valor dos bens herdados” (art. 1.792).
15. Comungam deste entendimento Francisco José Cahali, Sílvio de Salvo Venosa, Maria Helena Diniz e Yussef Said Cahali (Cf. OLIVEIRA, 2005, p. 284-289). A reboque desta conclusão tem-se que, se o sucessor do alimentante renunciar à herança, não é possível que a obrigação alimentar ao mesmo se transmita.
16. 3ª Turma, Recurso Especial nº 232901/RJ, Relator: Ministro Ari Pargendler, j. 07/12/1999, DJ 01/08/2000, p. 269. No sentido contrário, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul assinalou que “não se pode negar à co-herdeira o direito de buscar os alimentos contra o espólio, até porque impedida de usufruir os bens que lhe tocarão na herança”, e que a obrigação alimentar “poderá vir a ser constituída mesmo após o óbito, em ação contra o espólio” (Apelação Cível nº 70005297676, 6ª Câmara Cível, Relator Des. Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves, j. 12/03/2002. In AZAMBUJA, 2006, p. 184).
17. 3ª Turma, AgRg no REsp 981180/RS, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. 07/12/20010, DJe 15/12/2010, RIOBDF, vol. 64, p. 145.

GESTÃO PÚBLICA PARTICIPATIVA: DESAFIOS E PERSPECTIVAS PARA UM DESENVOLVIMENTO LOCAL SUSTENTADO

Monaliza Ferreira de Oliveira

Técnica Judiciária TJBA. Graduada em Ciências Econômicas – UEFS.

Pós-Graduada em Gestão Pública – FTC.

Resumo: O presente artigo busca perceber a interferência da gestão pública participativa, no desafio de um desenvolvimento local sustentado. Para tal primeiramente foi analisado como esta nova forma de gestão e de desenvolvimento, procura dar destaque ao social e as pessoas, com o intuito de perceber suas necessidades de forma mais completa, gerando uma maior satisfação dos diversos setores sociais e econômicos. Segundo Chiavenato, 2006 a defesa da coisa pública vem sendo realizada nas democracias modernas em dois níveis distintos: o nível político e o administrativo. No nível político, temos as instituições fundamentais da democracia, através das quais se defendem não apenas os direitos individuais e sociais dos cidadãos, mas também os direitos públicos a participação igualitária na coisa pública. Neste sentido se vê a importância deste estudo, que tem como objetivo verificar a dependência que a sociedade tem, de cada cidadão, na busca de um desenvolvimento igualitário. O artigo está subdividido em introdução, desenvolvimento, composto por quatro itens, o primeiro: Evolução da Gestão Pública, o segundo: Gestão Pública Participativa, o terceiro: Poder Local e o quarto: Desenvolvimento Local sustentado e as considerações finais.

Palavras-Chave: Gestão Pública, Poder Local e Desenvolvimento.

1. Introdução

A gestão pública participativa vem sendo abordada como uma via, para o desafio de um desenvolvimento local sustentado. Desta forma faz-se necessário neste primeiro momento, uma análise conceitual no tocante a estes dois temas, gestão pública e desenvolvimento. O desenvolvimento sustentável é um desenvolvimento que leva em consideração não somente o valor PIB e sim uma série de fatores, como educação, saúde, emprego, renda, um desenvolvimento que não seja cíclico, com altos e baixos, que sustente ao longo do tempo, gerando equidade na repartição da riqueza.

A gestão pública participativa surge com o modelo gerencial de administração pública. Segundo Chiavenato, 2006, a gestão pública gerencial emerge na segunda metade do século XX, como resposta, de um lado, à expansão das funções econômicas e sociais do Estado, e, de outro, ao desenvolvimento tecnológico e a globalização da economia mundial. Percebe-se claramente, que os modelos anteriores ao gerencial, o patrimonialista e o burocrata, deixaram

lacunas que deveriam ser preenchidas por uma nova forma de administrar a coisa pública, de forma descentralizada e permeável a maior participação dos agentes privados e da sociedade civil organizada.

Nota-se que o processo de desenvolvimento nos países periféricos possui bases frágeis, ou seja, crescimento do produto e, ao mesmo tempo, concentração da renda, o que acarretava na miséria das populações rurais e do seu efeito depressor sobre a base dos salários urbanos. Neste sentido seria necessário que o desenvolvimento alcançasse a maior parte das esferas da sociedade. Desta forma a gestão pública participativa busca democratizar, de forma concreta, os recursos públicos, para que assim consiga impulsionar este processo, no qual ele é peça fundamental.

Destarte a abordagem teórica, terá fundamento na administração pública e na economia do desenvolvimento. A metodologia utilizada será o procedimento histórico e o indutivo. A pesquisa será descritiva e Bibliográfica.

2. Evolução da Gestão Pública

Chiavenato 2006 traz em sua obra um ordenamento teórico de como se deu a evolução da gestão pública, a primeira a ser comentada pelo autor, foi à administração pública patrimonialista, em que o aparelho do estado funciona como uma extensão do poder soberano, e seus auxiliares, os servidores, possuem o status de nobreza real. Os cargos são considerados prebendas. A res pública não é diferenciada da res principis. Em consequência, a corrupção e o nepotismo são inerentes a este tipo de administração. Quando o capitalismo e a democracia se tornam dominantes, o mercado e a sociedade civil passam a se distinguir do Estado. Neste novo momento histórico, a administração patrimonialista torna-se uma excrescência inaceitável.

Fica claro que este sistema não se adequaria a uma sociedade que agora, neste novo contexto histórico, pode emergir socialmente, não aceitaria uma forma de gerir em que apenas a aristocracia teria acesso ao poder e aos benefícios públicos. Tal forma de gerir, como sita o autor deixa brechas para falhas na aplicação dos recursos beneficiando uma minoria.

Assim na segunda metade do século XIX, na época do Estado Liberal, surge o modelo de administração pública burocrática, como forma de combater a corrupção, e o nepotismo patrimonialista. Constituem princípios orientadores deste modelo, a profissionalização, a idéia de carreira, a hierarquia funcional, a impessoalidade, o formalismo, em síntese, o poder racional-legal. (Chiavenato 2006).

Contudo este modelo não foi capaz de suprir de forma eficiente todas as demandas, pois ao ficar preso na legalidade e no controle dos abusos acabou por se tornar um peso na administração pública, que perde, de certa forma, seu fundamento de servir ao público.

A administração pública burocrática clássica foi adotada porque era uma alternativa muito superior à administração patrimonialista do Estado. Entretanto o pressuposto de eficiência em que se baseava não se revelou real. No momento em que o pequeno Estado liberal do século XIX deu definitivamente lugar ao grande Estado social e econômico do século XX, verificou-se que não garantia nem rapidez, nem boa qualidade nem custo baixo para os serviços prestados ao público. Na verdade, a administração burocrática é lenta, cara, auto-referida, pouco ou nada, orientada para o atendimento das demandas dos cidadãos. (Bresser Pereira, 1996).

Como pode ser visto a administração pública burocrática não se adequou ao dinamismo das relações sociais e econômicas que hora se apresentaram. O que gerou a necessidade

latente de uma nova forma de gerir mais rápida, barata e eficiente. A burocracia ao invés de controlar os vícios da administração pública estava retardando o seu andamento, gerando um efeito perverso, pois qualquer atividade do ente público dependia, de papeis e processos longos e trabalhosos, que só oneravam mais o Estado.

Segundo Chiavenato 2006 a reforma do aparelho do Estado tornou-se imperativa nos anos 1990 por uma segunda razão. Não apenas ela se constituiu em uma resposta a crise generalizada do Estado, mas também esta sendo caracterizada como uma forma de defender o Estado enquanto res pública, coisa pública, patrimônio que sendo público, é de todos e para todos. A defesa da coisa pública vem sendo realizada nas democracias modernas em dois níveis distintos: o nível político e o administrativo. No nível político, temos as instituições fundamentais da democracia, através das quais se defendem não apenas os direitos individuais e sociais dos cidadãos, mas também os direitos públicos a participação igualitária na coisa pública. A gestão pública gerencial emerge na segunda metade do século XX, como resposta, de um lado, à expansão das funções econômicas e sociais do Estado, e, de outro, ao desenvolvimento tecnológico e a globalização da economia mundial.

Percebe-se claramente, que os modelos anteriores ao gerencial, o patrimonialista e o burocrata, deixaram lacunas que deveriam ser preenchidas por uma nova forma de administrar a coisa pública, de forma descentralizada e permeável a maior participação dos agentes privados e a sociedade civil organizada. Contudo não se pode deixar notar que todas estas formas de gestão, foram importantes na construção do modelo de gestão pública que temos hoje. A administração gerencial carrega traços burocráticos, como por exemplo, concurso público, então se verifica que a cada reforma, a nova gestão formada não parte de uma tabula rasa, aproveitam-se as coisas boas e aperfeiçoam-se as coisas ruins.

Embora as políticas públicas sejam de competência do Estado, não são decisões impositivas e injunções do governo para a sociedade, mas envolvem relações de reciprocidade e antagonismo entre essas duas esferas. Portanto, mesmo considerando-se a primazia do Estado pela condução das políticas públicas, a participação ativa da sociedade civil nos processos de definição e controle da sua execução é fundamental para a consolidação da sua dimensão efetivamente pública. (Wanderley, Raichelis, 1999, pág. 01)

O modelo gerencial é mais dinâmico e participativo, ele percebe que o ente público não pode realizar tudo sozinho, que pode com a ajuda dos seus colaboradores formarem uma rede capaz de gerenciar a administração pública de maneira mais eficaz. Este modelo percebe que a primazia do poder público, em gerir os recursos públicos, deve dar lugar a um espaço de discussão e diálogo entre os agentes participantes desse processo.

3. Gestão Pública Participativa

A gestão pública participativa destaca a necessidade de todos participarem da gestão dos recursos que são de todos. A coisa pública não é vista mais como se não tivesse dono,

existe assim busca de uma democracia inclusiva. Os cidadãos passam a se reconhecer como parte do processo de escolha e satisfação de demandas.

A distinção entre sociedade de iguais ou de desiguais não é menos clássica do que a distinção entre a esfera privada e esfera pública. (Bobbio, 2004, pág. 16).

Segundo Dowbor (2008), o Estado centralizado que temos constitui, portanto, uma sobrevivência de outra época, quando no nível local não existia a capacidade de ação organizada. A realidade mudou. Com poucas exceções, os municípios mais distantes têm hoje acesso a internet, estão conectados e fazem, portanto, parte de um tecido interativo de gestão integrada em construção. Administradores, engenheiros, economistas, assistentes sociais encontram-se em praticamente todas as regiões. O absurdo de querer administrar tudo “de cima” torna-se cada vez mais patente. As instâncias superiores podem e precisam de ajuda, mas a iniciativa e o ordenamento das ações têm de ser eminentemente locais.

O crescimento notório da população mundial, e principalmente a urbanização das cidades, fez com que esta nova realidade fosse conhecida e contemplada, pelos seus participantes, ou seja, os cidadãos estão interferindo e cobrando mais participação na gestão pública. Neste sentido é de suma importância que exista por parte do cidadão uma reflexão da sua realidade, para que assim ele possa dirimir suas necessidades como também saber lutar por elas, o que é fundamental.

A participação da comunidade implica uma transformação da cultura administrativa e um processo sistemático e trabalhoso. Em outros termos, a capacidade de descentralização se desenvolve progressivamente, e as existências devem corresponder à capacidade real da execução. (Dowbor, 2008).

Neste sentido ocorre que diversas iniciativas precisam ser tomadas para viabilizar a participação da comunidade. No Brasil, por exemplo, existe uma série de características que prejudicam este processo, primeiro por uma questão notória, que o desenvolvimento fragmentado, que possui regiões riquíssimas e outras dentro do fosso econômico e social. Outro fator é a política de moradia, como no Brasil o déficit habitacional é imenso, os bairros e cidades não enraízam moradores, que devido à falta de moradia fixa, estão sempre mudando, o que acarreta na falta de compromisso com aquele bairro ou cidade, como não se trata de algo permanente, os moradores preferem se mudar a mudar a realidade local. Esta realidade forma um círculo vicioso que precisa ser rompido com uma política seria de habitação.

Segundo Dowbor (2008), um instrumento chave dessa participação é o planejamento descentralizado: propostas ordenadas e submetidas à comunidade significam a possibilidade de os indivíduos se pronunciarem antes das decisões serem tomadas, em vez de se limitarem a protestar diante de fatos consumados.

Fica claro que o planejamento é fundamental na organização da participação popular, na gestão dos recursos públicos. É preciso que o Estado, como poder maior viabilize essa integração, organizando quanto à forma e execução deste processo, buscando apoio à sociedade organizada nesta fundamentação. Com o planejamento fica mais visível quais as ações necessárias com esta nova forma de gerir, quantificar os custos e implantar medidas que dêem sustentação ao processo, tais como: estudos locais, incentivo as entidades comunitárias, formando uma rede local forte e capaz de decidir com coerência.

A forma de gestão participativa mais difundida no Brasil é o orçamento participativo,

diversos municípios estão adotando esta medida como uma forma de tornar a população mais próxima da administração pública. Geralmente são feitas reuniões bairro a bairro, na busca de, através da maioria, escolher quais as demandas primordiais naquele momento, já que o princípio básico da economia deixa claro que as demandas são ilimitadas, entretanto os recursos limitados. Neste sentido se faz necessária escolha das prioridades, e quando este processo é feito de maneira negociada, por mais que acarrete mais tempo, acaba por ser mais eficaz e mais eficiente, pois, irá beneficiar o maior número de cidadãos.

4. Poder Local

A questão do Poder Local segundo Dowbor (2008) está rapidamente emergindo para se tornar uma das questões fundamentais da nossa organização como sociedade, o poder local está no centro do conjunto de transformações que envolvem a descentralização, a desburocratização e a participação.

Estamos acostumados a que a intervenção do cidadão sobre a transformação social se dê por meio de dois eixos fundamentais: o eixo político partidário e, em menor escala, o eixo sindical trabalhista. (Dowbor, 2008, pág. 28)

A participação fundamental da sociedade como um todo, nas escolhas de como será gerido, de que forma será aplicado o recurso público se dá através do voto, ou seja, a manifestação indireta da democracia. Os sindicatos também de certa forma atuam como força, na luta por melhorias de suas classes, mas isso de forma restrita. Assim o poder local surge como uma força que emana de todos, que não age indiretamente e sim de forma direta e concreta, com intuito de beneficiar a maioria.

Desta forma verifica-se que é a partir do poder local que as demandas podem ser supridas. Uma sociedade organizada é capaz de buscar novas realidades, de maneira mais eficiente, pois, conhece o que de fato é necessário na conquista de um desenvolvimento igualitário, em que todos participem do processo, e que traga uma continuidade no processo, passando de geração para geração.

Friedmann (1996), afirma a compreensão de que além da regulação empresarial e da regulação governamental, existe um processo de regulação crescente na base da sociedade, a partir do local onde as pessoas vivem na linha do que chamou de “*participatory governance*”. Um desenvolvimento alternativo é centrado nas pessoas e no seu ambiente, mais do que na produção e nos lucros. Da mesma forma que o paradigma dominante aborda a questão do crescimento econômico na perspectiva da empresa, que é o fundamento da economia neoclássica. Um desenvolvimento alternativo, baseado como deve ser, no espaço de vida da sociedade civil, aborda a questão da melhoria das condições de vida e das vivências na perspectiva do domicílio.

A perspectiva do local domiciliar faz com que os cidadãos se tornem parte do poder, e não vejam este como algo estanque, distante da sua realidade. Destarte com evolução deste processo se forma uma sociedade livre capaz de decidir por si só, não dependendo diretamente de políticos e nem de politicagem, o que se pode chamar de democracia plena.

Estes objetivos chegam ao conceito de articulação da regulação local com o poder do Estado. Apesar de apontar para uma política localmente enraizada, um desenvolvimento alter-

nativo requer um Estado forte para implementar as suas políticas. Um Estado forte, no entanto, não precisa ser pesado no topo, com uma burocracia arrogante e enrijecedora. Será bem mais benéfico um Estado ágil e que responde e presta conta aos seus cidadãos. É um Estado que se apóia amplamente numa democracia inclusiva na qual, os poderes para administrar os problemas serão idealmente manejados localmente, restituídos às unidades locais de governança e ao próprio povo, organizado nas suas próprias comunidades. Friedmann (1996)

O Poder Local, como sistema organizado de consensos da sociedade civil num espaço limitado, implica, portanto, alterações nos sistema de organização da informação, reforço da capacidade administrativa e um amplo trabalho de formação tanto na comunidade como na própria máquina administrativa. Trata-se, portanto, de um esforço do município em si mesmo. (Dowbor, 2008, pág. 79)

A organização da sociedade, como foi analisada até agora, é o ponto de partida para a conquista do desenvolvimento local. Esta deve ser um instrumento na conquista das demandas de maneira concreta. Fazendo valer a força que tem a organização comunitária, à ação no bairro, município, no espaço local, espaço em que vivemos.

5. Desenvolvimento Local sustentado

As constantes discussões a cerca do que seria desenvolvimento sustentado, leva a entender a relevância deste tema. No passado não muito distante, o desenvolvimento se confundia com o crescimento do PIB de um país, Estado ou Cidade. Contudo o que se percebia era que o aumento da riqueza, não significava mudança na realidade social da maioria. Ou seja, apesar do grande volume financeiro, o crescimento não significava melhora e ou diminuição dos indicadores sociais negativos, os benefícios do crescimento só eram percebidos por uma minoria.

Furtado 2000, afirma que, a Teoria do desenvolvimento busca explicar, usando a macroeconomia, as causas e os mecanismos do aumento contínuos da produtividade do fator trabalho e suas repercussões na organização da produção e na forma como se distribui e utiliza o produto social. Segundo o autor o primeiro passo ao se estudar tal teoria é fazer uma análise empírica do espaço, do processo de crescimento propriamente dito, modelos ou esquemas simplificados dos sistemas econômicos existentes, baseados em relações estáveis entre variáveis quantificáveis e consideradas relevantes. O segundo ponto, para Furtado (2000), se trata da análise histórica, que abrange um estudo crítico, em confronto com a realidade dada, das categorias básicas definidas pela análise abstrata.

Pode-se inferir desta forma que é de suma importância à verificação da eficácia explicativa desse modelo em confronto com uma realidade histórica. A partir desta verificação é que se poderão indicar as limitações decorrentes do nível de abstração em que foi elaborado o modelo e sugerir as modificações a ser introduzidas para validar tal preceito. O desenvolvimento local nada mais é do que a autonomia de um município que através de políticas públicas consigam reorganizar e maximizar as potencialidades econômicas, além de fomentar o crescimento e a redução das endemias sociais, que são a verdadeiro entrave para que o desenvolvimento econômico ocorra de fato.

Segundo Amaro (1993) o Desenvolvimento Local é um processo de transformação,

mudança que recusa a conservação de antigas práticas, que fazem com que a riqueza produzida seja concentrada na mão de poucos. Para o autor o Desenvolvimento Local se foca na comunidade, ou seja, parte da referência de onde se quer desenvolver. O local enquanto resultado de uma construção de identidades — um conjunto de interesses que se identifica e assume onde são possíveis ações de solidariedade concretas. O local, para Roque Amaro, se constrói com o projeto e planejamento. Parte da existência de necessidades não satisfeitas a que se procura responder a partir das capacidades locais, buscando apoio e amparo externamente também, é claro.

Como se pode notar o desenvolvimento local, é um processo que focaliza ações locais, com o intuito de melhorar o coletivo, através da participação de todos. Neste sentido alcançar uma fonte de riqueza que seja autossustentada. A comunidade se torna autossuficiente não precisando de intermediários para sua sustentação, ou seja, cria-se mecanismo para que a sociedade se organize a ponto de criar oportunidades de dinamismo tanto econômico quanto social.

O que ocorria, muitas vezes, e ainda ocorre é que estas comunidades ficam dependentes, em sua maioria de órgãos públicos federais que passam os recursos a municípios falidos e/ou Estado, que garantem a maioria dos empregos, ou seja, a renda do município depende de repasses, o que leva ao empobrecimento da cidade como um todo, pois não há geração de emprego e renda. Existe uma falta de dinamismo econômico, que acarreta numa falta de criação de empregos, desta forma as pessoas tornam-se dependentes do município para sua sobrevivência. O município não tem condição de se sustentar sozinho, os repasses possibilitam a sobrevivência da população; por outro lado, a perpetuação deste sistema, pela própria estrutura institucional desenvolvida, perpetua a situação. Isto é claro se pensarmos no básico, emprego e renda, entretanto o desenvolvimento de fato se vale de diversos outros itens para garantir um desenvolvimento concreto, como: saúde, educação, cultura.

MILANDO (2005) acentua o Desenvolvimento Local como um processo e não um fim em si mesmo. Trata-se de um sistema contínuo por parte dos residentes organizados de uma localidade no sentido de identificar problemas e aspirações, criar e formular estratégias para abordá-los, implementar esses planos e avaliar os resultados, numa lógica de participação, onde a mudança e a renovação são o âmag, o êxito dessa comunidade.

Conclui-se que a localidade seria capaz de sempre estar produzindo benefícios à comunidade. Uma sociedade organizada é capaz de gerir seus recursos e fortalecer sua integridade sócioeconômica. Tornando-o desenvolvimento autossustentado e não formado por picos e declínios, e principalmente com diversos vetores de crescimento que sempre se renovam. Tal desenvolvimento seria percebido inclusive pelas gerações futuras, gerando um ciclo virtuoso, capaz de fomentar e fortalecer, tanto a parte econômica quanto a parte social da comunidade.

6. Considerações finais

A gestão pública participativa é sem dúvida um desafio, no momento em que se percebe que a maioria do país está longe de alcançar os objetivos da administração pública gerencial, que prima pela descentralização do poder. Em nível de Brasil ainda existe, como é noticiado diariamente, grande influência do sistema patrimonialista, que faz com que o privado se aproprie do público, em que aquele que tenha um cargo público, seja efetivo ou temporário, muitas vezes, não saiba diferenciar o seu papel naquela função pública, confundindo-a com sua vida

privada. Assim ocorrem os desvios, as fraudes, o nepotismo, e os constantes escândalos de corrupção que vemos e não nos deixam esquecer que temos um longo caminho a percorrer nesta conquista.

Não se pode esquecer também que houve avanços. Em nível Federal a Administração Pública está à frente na busca pela forma da gestão gerencial. Neste sentido, apesar dos desvios, o país está tentando encontrar a descentralização do poder, tomando a gestão participativa como uma perspectiva de mudança na busca do desenvolvimento. Grandes projetos habitacionais estão em prática, o que resolveria a lacuna da falta de identidade cidadão e espaço.

Tomando como análise o que se foi discutido até agora se vê que a gestão pública participativa é capaz de transformar a realidade de um bairro, distrito ou município, tornando-se uma ponte indispensável nesta busca. Contudo para tal se faz necessário construir uma infraestrutura sólida, que faça este instrumento permanecer e realmente fazer a diferença. Investimentos em educação comunitária e integração popular serão uma das diretrizes primordiais neste processo; outro ponto é a fidelização do homem no seu espaço, que fará com que as pessoas se preocupem em mudar a realidade de onde vivem, não só por si mesmas como também por toda a sociedade e suas gerações futuras, que com certeza dependerão de um espaço participativo, em que todos tenham voz e conquistem um local melhor de viver.

Referências

AMARO, R. "As Novas Oportunidades de Desenvolvimento Local" ,in A Rede para o Desenvolvimento Local, n.º 8 Faro:IN LOCO 1993.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos, Revista do Serviço Público, Luiz Carlos Bresser Pereira, Brasília 1996.

BOBBIO, Norberto. 1987. Estado, governo, sociedade – para uma teoria geral da Política. Rio de Janeiro, Paz e Terra.

CHIAVENATO, Idalberto. Administração Geral e Pública Serie concursos, ed. Campos, São Paulo, 2006.

DOWBOR, Ladislau. O que é Poder Local. Ed. Brasiliense. SP 2008.

FURTADO, Celso. Teoria e Política do Desenvolvimento Econômico. Ed. Paz e Terra, São Paulo, 2000.

FURTADO, Celso 1920, Pequena introdução ao desenvolvimento, Enfoque interdisciplinar, Celso Furtado, SP- Editora nacional 1981;

FRIEDMANN, J. Empowerment — Uma Política de Desenvolvimento Alternativo. Oeiras: Celta Editora 1996.

MILANDO, J. Cooperação sem Desenvolvimento. Coleção Estudos e Investigação, ed. 39. Lisboa: ICS 2005.

SACHIS, Ignacy 1923, Espaços, Tempos e Estratégias do Desenvolvimento - Ignacy Sachis: Tradução: [de Luiz Leite de Vasconcelos e Eneida Araujo]. São Paulo : Vétice, 1986.

WANDERLEY, RAICHELIS, Luiz Eduardo W. Wanderley e Raquel Raichelis. Desafios de uma gestão pública democrática na integração regional, 1999.

A ARTE DE JULGAR – O DESAFIO DE RECUPERAR O FUNDAMENTO ÉTICO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Patrícia Cerqueira de Oliveira

Juíza de Direito do Estado da Bahia. Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade Estácio de Sá. Especialista em Direito, Justiça e Sociedade pela FABAC. Mestranda em Poder Judiciário – Fundação Getúlio Vargas, FGV – Direito Rio.

Resumo: O objetivo precípua do trabalho é a análise do ato de julgar, a partir de sistemas éticos, mais especificamente os dois sistemas básicos de ética, quais sejam a ética do dever, tendo Kant como precursor, e a ética utilitarista de Jeremy Bentham. Compreender as razões que levam os magistrados a tomar determinadas decisões consiste em finalidade curial desta reflexão, porquanto o processo decisório vai além da aplicação exegética da lei, sobretudo quando são submetidas ao Judiciário questões afetas aos direitos humanos. Nessa esteira, buscar-se-á analisar os padrões éticos que norteiam a atividade magistral, haja vista o clamor social em torno das decisões judiciais e seus fundamentos. Destarte, para embasar a discussão o estudo propõe debates em torno da ética, moral e da justiça, numa tentativa de penetrar no íntimo da conduta do julgador.

Palavras-Chave: Decisão judicial. Fundamentos. Ética.

1. Introdução

Identificar ou explicar o fundamento da decisão judicial é algo que tem sido muito estudado pela doutrina, numa tentativa de compreender as razões que levam esse ou aquele Juiz a tomarem determinadas decisões, em determinados casos, ora, inclusive, divergindo do posicionamento adotado pelo mesmo julgador em precedentes semelhantes.

Essa reflexão não se restringe ao aspecto da curiosidade quanto à conduta judicial, mas a uma pretensão legítima de penetrar no universo mais íntimo do julgador, tentando encontrar alguma explicação científica para a decisão, sobretudo quando esta não reflete, exclusivamente, a aplicação da letra da lei, até porque, em ocasiões não raras, o caso concreto não foi contemplado pelo ordenamento positivado, ou ambos os litigantes encontram argumentos legais para sustentarem suas pretensões em conflito.

Então, se vários aspectos do modelo legal podem dar suporte a ambos os lados das disputas que vêm à Corte, a qualidade dessas decisões não pode ser confiável *a priori*.

A concepção do Juiz como “boca da lei” restou ultrapassada, porque o positivismo não foi eficiente para acompanhar o dinamismo das mudanças sociais, políticas e econômicas.

Assim, muitas vezes, a lei existente não contém previsão específica para determinados fatos, embora isso não autorize o julgador a deixar de julgar por ausência de norma legal; ou a lei existente parece insuficiente, ou injusta, diante de um determinado caso concreto.

Daí, surgem várias indagações direcionadas ao ato de julgar, no sentido de ação voltada para fazer justiça, cujo conceito *per se* comporta várias colocações e supera os domínios do amparo legal, sobretudo em tempos em que o Poder Judiciário está sendo constantemente provocado a decidir questões complexas, afetas a políticas públicas, a direitos humanos, bioética, crises financeiras, ou mesmo a apreciar atos legislativos pela via do controle de constitucionalidade, o que exige do julgador algo além do conhecimento da letra fria da lei.

Chame-se a isso de judicialização da política, ou de ativismo judicial, pois várias são as alcunhas doutrinárias ao movimento do Poder Judiciário em tempos que tais, é importante fazer uma breve análise do desafio lançado para o Magistrado, com novas bases para o ato de julgar, reservando, então, para o julgador a responsabilidade de recuperar os fundamentos éticos do Direito, como norte para todas as suas decisões.

Nesse diapasão, o objetivo desse ensaio é fazer uma reflexão sobre o ato de julgar, com atenção especial para a fundamentação das decisões judiciais, a partir do problema de que o positivismo não foi suficiente para atender a essa necessidade de fundamentá-las.

Procurar-se-á, então, no seio de sistemas básicos de ética, a saber a ética do dever, de Kant, e a ética utilitarista, de Jeremy Bentham, refletir sobre a relevância da ética como nova base para fundamentação de decisões judiciais.

2. Do ato de julgar

Conceituar justiça é uma tarefa difícil. Uma análise lógica da noção de justiça parece constituir um verdadeiro desafio.

Perelman (1990) pondera que cada um defenderá uma concepção de justiça que lhe dê razão e coloque o seu adversário numa má posição, o que revela a natureza flexível do ideal de justiça. Afirma que

O bom juiz é o que se serve do arsenal jurídico para fazer reinar a justiça. E é na medida em que os juízes tiverem sido bem sucedidos nesta tarefa que os Tribunais superiores e comuns serão respeitados. O juiz não pode contentar-se com aplicar a lei conforme a vontade do legislador: deve servir-se da lei para fundamentar as suas decisões, mas estas devem ser, antes de tudo equitativas. O juiz não está a serviço do poder que o nomeou, **está a serviço da justiça**. O Supremo Tribunal de Justiça não é o polícia do legislativo, é a consciência jurídica que deve velar por que o direito seja justo. Nesta concepção, o juiz não se limita a aplicar a lei, mas serve-se dela para escorar o seu sentimento de equidade, que escutará antes de tudo quando a lei é obscura ou incompleta. Mas esse sentimento que deveria guiá-lo no exercício das suas funções judiciais, de onde vem ele, como precisá-lo, como conceber em função desse sentimento de equidade o que é uma regra justa? (PERELMAN, 1990, p.73) – Grifei.

Note-se que a concepção contraria o positivismo, porque incomoda o juiz a não sucumbir à aplicação exclusiva da lei. Antes, deverá ouvir seu senso de justiça para escutar quando a lei é incompleta ou obscura, a fim de rejeitar aquilo que não pareça justo. O desafio da modernidade é identificar, a partir de padrões éticos, de onde vem esse sentimento que deverá guiar o Juiz no exercício de suas funções, na busca do justo em suas decisões. Então sugere o autor que se abandone a concepção jurídica de justiça, em troca de outra que se imponha ao direito e possa regê-lo.

Atienza (2001) indaga o que pode a teoria, ou melhor, a filosofia, fazer para contribuir com a prática judicial e responde que pode fazer é contribuir para aclarar as coisas, os conceitos, e a sugerir também cursos para a ação.

Nesse diapasão, prossegue desenvolvendo dez teses, ou teorias, para a prática judicial, em que o ponto de partida é estabelecer a diferença entre tomar uma decisão e decisionismo:

Minha primeira tese – é bem simples – é que julgar implica sempre decidir, mas é necessário distinguir entre tomar uma decisão e fazê-lo de forma decisionista. O Juiz é um julgador, mas não deve ser um decisionista. (ATIENZA, 2001, p.10 – traduzi).¹

O que Atienza chama de decisionismo é a decisão fulcrada em um ato de vontade sem limites racionais do julgador. Noutras palavras seria dizer que é aquele ato em que o Juiz decide sem julgar, que, por sua vez, também não é determinismo, ou seja, aquela hipótese em que o Juiz julga sem decidir, quando mais se aproxima do juiz positivista.

Para Atienza (2001), julgar é decidir com base em três parâmetros fundamentais:

a – O poder do juiz é limitado por alternativas de ação previamente definidas;

b – A escolha das alternativas segue regras previamente estabelecidas;

c – A decisão precisa ser motivada, como forma de controle público e legitimação.

É pertinente aqui abrir um rápido parêntese para lembrar que fundamentar a decisão não se restringe a explicá-la, que seria a segunda teoria do referido autor, entre as dez teorias sugeridas por ele. Decidir não é mero silogismo, porque o silogismo serve apenas para explicar a decisão, então o que se reclama hoje é a justificação das decisões, ou seja, que se demonstre as causas, ou razões, pelas quais aquela decisão pode ser considerada como algo aceitável (ATIENZA, 2001, p.12).²

Haverá sempre necessidade de fundamentação da escolha feita pelo Magistrado, a fim de motivar a decisão e combater o arbítrio, podendo o julgador recorrer aos princípios, à equidade, mas, e antes de tudo, à ética.

Atienza (2001) prossegue construindo dez teorias sobre a decisão judicial, cujo conhecimento é fundamental a todo operador do Direito nos tempos modernos, mas não é objetivo desse trabalho dissecá-las, embora venham a ser referidas ao longo do texto.

3. Dos fundamentos da decisão judicial

Já não se discute que o positivismo não é suficiente para responder, ou fundamentar, todos os casos expostos à apreciação judicial, devido à impossibilidade do legislador, cujo exercício antecede ao do Juiz, antever todas as condutas possíveis.

Otrossim, resta sedimentado que é preciso fundamentar, ou mostrar as razões porque

a decisão deve ser considerada aceitável. Então, o que sugerem os autores que serviram de base para esse ensaio é que o julgador deve buscar esses fundamentos na ética, ou na moral.

Dworkin (2010) refere-se a hipóteses em que os Juízes podem ter o dever moral de ignorar a lei quando esta for muito injusta ou, talvez, quando for muito insensata, e de usar seu poder político para impedir a injustiça ou uma grande ineficiência.

Sugere, assim, que nesse estágio da análise jurídica, as autoridades judiciais estão diante de uma questão política e, conseqüentemente, uma questão moral, que não implica necessariamente em uma questão sobre o modo como a moral figura na identificação do direito, mas sim de uma questão sobre quando, se é que alguma vez, a moral exige que os Juízes atuem de modo independente da lei, ou mesmo que a contrariem.

Adentra-se, aqui, numa seara em que a fundamentação da decisão judicial buscará em outras fontes o teor de sua motivação, para o que exsurge a ética como alternativa por excelência.

Segundo Boff (2009), a ética é parte da filosofia. Considera concepções de fundo acerca da vida, do universo, do ser humano e de seu destino, estatui princípios e valores que orientam pessoas e sociedades, enquanto moral seria parte da vida concreta.

Para Russ (1999), ética é mais teórica do que a moral. A ética se esforça por desconstruir as regras de conduta que formam a moral, os juízos de bem e de mal que se reúnem no seio da moral.

Note-se que os conceitos são bastante abstratos, mas não são vagos. A ética transcende a moral, tem uma dimensão mais teórica, por sua vontade de retornar à fonte. Agora, dentro do contexto de fundamentação da decisão judicial, falar-se-á em ética aplicada, na qual se irá buscar a razão maior do julgamento, combatendo o que Russ (1999) chamou de vazio ético.

Nesse ensaio serão considerados dois sistemas básicos para fundamentar a decisão judicial, além da perspectiva positivista, suprimindo o vazio ético verificado outrora: a ética do dever – de Immanuel Kant, e a ética utilitarista, de Jeremy Bentham, que teve em Singer (2002) a consagração do utilitarismo até as últimas conseqüências.

3.1. A ética do dever – Immanuel Kant

Para Immanuel Kant, toda ação deve ser praticada em conformidade com aquela máxima pela qual seja possível pretender que, ao mesmo tempo, ela se torne uma lei universal, ou seja, o ser humano deve agir como se a sua ação pudesse se tornar um conteúdo universal.

Daí são extraídos alguns aspectos da ética kantiana:

a – Universalidade da conduta ética – porque todo e qualquer ser humano racional deve agir como se fosse uma lei natural, inquestionável, válida para todos em todo tempo e lugar;

b – Dignidade dos seres humanos como pessoa – logo, os seres humanos devem ser tratados como fim da ação e jamais como meio ou como instrumento para nossos interesses. A dignidade não é negociável. Não se podem fazer concessões quando se trata da dignidade das pessoas;

c – Vontade legisladora livre ou autônoma – a vontade que age por dever institui um reino humano de seres morais porque racionais, separa o reino natural das causas do reino humano dos fins. Aqui, a concepção de que só é livre quem age com a razão e não quem age por desejo, porque a razão liberta e o desejo aprisiona;

d – O imperativo categórico diz para sermos éticos cumprindo o dever de agir ética e moralmente, em qualquer situação.

Singer (2002) consignou que, apesar de ser um cristão dos mais devotos, Kant zombava de tudo que lhe cheirasse a obediência ao código moral por seus próprios méritos, ou seja, ele não pactuava da compreensão tradicional de que a religião oferecia uma razão para fazer o que é certo, no sentido de que, quem fizesse o que a religião rotulava de certo receberia uma eternidade de bem-aventurança, enquanto os demais queimariam no fogo reservado aos pecadores.

Singer (2002) apresenta crítica ao pensamento kantiano:

Contudo, o próprio Kant percebeu que, sem uma justificação racional, essa concepção comum da ética seria uma “mera ilusão do cérebro”. (...) Tomada como uma concepção da ética em seu conjunto, essa noção kantiana da ética deve ser rejeitada. Isso não significa, porém, que nunca devemos fazer o que nos parece certo simplesmente porque nos parece certo, sem outras razões que justifiquem os nossos atos. A esta altura, precisamos apelar para a distinção estabelecida por Hare entre pensamento intuitivo e pensamento crítico. Quando me distancio de minhas decisões éticas cotidianas e pergunto por que devo agir eticamente, meu dever seria procurar razões no sentido mais amplo e não permitir que preconceitos kantianos me impeçam de examinar as razões de interesse pessoal para levar uma vida pautada pela ética. (...) Nas situações cotidianas, assumirei, simplesmente, que fazer o que é certo faz parte dos meus interesses e, assim que tiver decidido o que é certo, vou seguir em frente e fazer o que acho que deve ser feito, sem perguntar por novas razões que me levem a fazê-lo. Deliberar sobre as razões fundamentais para fazer o que é certo, em cada caso, complicaria a minha vida de uma maneira impossível: seria, também, desaconselhável, pois em situações específicas eu poderia ser por demais influenciado por desejos e inclinações muito fortes, mas temporários, e com isso poderia tomar decisões das quais viria mais tarde a me arrepender. (SINGER, 2002, p.343)

Ora, a natureza humana é tão diversa que causa estranheza qualquer idéia de generalização de condutas, caráter, convicções que possam ser aplicadas a todos os seres humanos, sem aqui adentrar nos chamados psicopatas, ou outros seres que apresentem tipos psiquiátricos especiais, argumento que por si só seria bastante para contrariar a afirmação de que benevolência, solidariedade, sentimentos de culpa, ou noções do que seja certo, ético e moral por seus próprios méritos estejam presentes em todos e sejam iguais em todos os seres humanos.

3.2. O utilitarismo de Bentham

O utilitarismo de Jeremy Bentham, assim como o teleologismo de Rudolf von Ihering, a experiência prática de Oliver Wendell Holmes, a livre investigação científica de François Geny, ao lado da jurisprudência de interesses e da jurisprudência sociológica dos Estados Unidos

surgiram em oposição às idéias gerais sustentadas pelo legalismo exegético, quando se percebeu que nunca, em hipótese alguma, a lei seria suficiente para prever todos os fatos da vida, conforme o avesso da máxima de Recaséns Siches: uma lei indeformável somente existe em uma sociedade imóvel (SICHES apud DINIZ, 1992, p.52). Se considerar-se que a sociedade humana guarda consigo o dinamismo cada vez mais galopante, extenuado pelas conquistas extraordinárias da técnica, sem querer, aqui, reduzir tudo à globalização e à velocidade de socialização das informações através da rede mundial, a frase de Siches virá confirmar que não existiria lei indeformável, o que demanda postura ativa e atenta do julgador, quando confrontado com as mais diversas situações e conflitos cotidianos.

Jeremy Bentham vem criticar o uso do método dedutivo na aplicação e interpretação jurídicas, justamente por causa daquela percebida falta de legitimação *a priori*, ou seja, porque não admitia que, a partir de princípios abstratos e previsões legais concebidas aprioristicamente, fosse possível extrair ilimitadamente, por meio da dedução, ou de inferências lógicas, certas conseqüências. A impressão é que essa postura minimizaria o fato, o ato e a atuação do julgador, reduzindo-os a mero silogismo que nem sempre teria o condão de alcançar todas as nuances do caso concreto, sobretudo em situações complexas, mas não só nelas.

Bentham propunha interpretar a norma sob o ponto de vista dos efeitos reais por ela produzidos quando aplicadas, e o critério por ele sugerido para qualificar aqueles efeitos era o critério objetivo da *utilidade*.

O pensamento de Bentham seguia a lógica de que bom é o que causa prazer, e mau é o que causa dor. Nessa linha, sob o prisma social, bom e justo é o que tende a aumentar a felicidade de todos ou do maior número de pessoas possíveis.

Em outras palavras, o utilitarismo defendia o lema da maior felicidade (ou maior prazer) para o maior número de pessoas, em combate à dor e ao sofrimento. Em outras palavras, o princípio da utilidade elaborado por Bentham pode ser traduzido como o princípio segundo o qual toda **ação**, qualquer que seja, deve ser aprovada ou rejeitada em função de sua tendência de **aumentar** ou **reduzir** o **bem-estar** das partes por ela afetadas, logo esse princípio está voltado para o bem-estar geral.

O utilitarismo pressupõe um fundamento reto: ação moral voltada para a felicidade geral. Um sacrifício menor pode conter uma compensação maior (ex.: matar uma pessoa para preservar a vida de 100 pessoas ou sacrificar em parte uma vida, para, com isso, garantir a sobrevivência de outra); tudo com base na felicidade ou bem-estar geral pode-se sacrificar muita coisa.

4. Sob a inspiração de Peter Singer – a ética na ribalta

Singer (2002) confessou-se adepto do utilitarismo, mas fez retoques ao que chamou de utilitarismo clássico, e, a partir de sua postura utilitarista, examinou, dentre outros, temas como tirar a vida de seres humanos, de animais, de embriões e do feto, cujas idéias fundamentam decisões judiciais e opiniões de conceituadas comissões de éticas que se organizaram para discutir temas dessa natureza, servindo de inspiração para muitos debates.

Transitou entre discussões que despertam os mais íntimos sentimentos no homem. Uma rápida leitura de suas idéias permite observar que antes da autoridade da lei, ou da legitimidade daquele que a aplica, está o fundamento ético dos argumentos para essa ou aquela concepção.

Singer, como tantos outros que criticaram Kant, defende que se não houvesse uma justificação racional, aquela concepção comum de ética seria uma “mera ilusão do cérebro” (SINGER, 2002, p.343).

Na visão de Kant, a consciência moral do indivíduo só encontra valor moral quando o dever for praticado por seus próprios méritos; aquilo que se considera certo, honroso, correto, digno o é porque é, pelo mérito da honra, da dignidade, da verdade etc, independentemente de que haja uma justificação racional para a conduta.

A seguir o respeito ao que é certo, porque se concebe universalmente como certo, o indivíduo poderia ter que respeitar algo, ainda que ele, pessoalmente, não considere certo. Daí que Singer (2002) indaga se teremos alguma obrigação moral de obedecer a lei quando ela protege e sanciona coisas que consideramos profundamente erradas?

Nessa esteira de raciocínio, indagar-se-ia se a consciência do cidadão deve sucumbir à consciência do legislador. Se assim fosse, para que todo ser humano seria dotado de raciocínio? Esse raciocínio permite que cada ser humano dotado de razão possa avaliar o que é certo e o que é errado, sejam máximas universais ou não, podendo até mesmo contextualizá-las.

Henry Thoreau e Robert Paul Wolff, citados por Singer (2002), resolvem esse conflito entre o cidadão e a sociedade, a favor do cidadão, uma vez que, dotado de razão, deverá agir conforme sua consciência e não conforme o que a lei determina. Ocorre que não é tão simples como parece, porque os autores não teriam a intenção de estimular o descumprimento da lei. O que há que ser exaltado é a forma como o cidadão age.

Singer (2002) propõe uma reflexão prévia sobre o conteúdo da lei, a fim de que, pela razão, seja possível observar se o que a lei prevê é certo, ou se seria possível contrariá-la. Noutras palavras, afirma que é preciso refletir sobre o que a lei proíbe, para saber se seria possível, ou não, justificadamente de forma racional, desobedecê-la, quando afirma:

A lei e a ética são coisas distintas. Por outro lado, isso não significa que a lei não tenha um peso moral. Não significa que qualquer ação que teria sido certa, se fosse legal, deva ser certa ainda que seja, de fato, ilegal. O fato de uma ação ser ilegal *pode* ter importância ética, bem como legal. Se ela é realmente importante do ponto de vista ético, já é uma outra questão. (SINGER, 2002, p.311 – grifo no original).

O conhecimento das idéias de Singer (2002) pode socorrer o Magistrado diante de assuntos polêmicos que são submetidos ao Poder Judiciário, mormente quando inexistente norma jurídica sobre o assunto, ou aquela prevista já não se mostre suficiente para enquadramento da questão no mundo contemporâneo.

Singer (2002) sugere um utilitarismo extremado, quando ele mesmo pondera que sua forma de pensar é uma forma de utilitarismo, mas dele difere:

Difere do utilitarismo clássico pelo fato de “melhores consequências” ser compreendido como o significado de algo que, examinadas todas as alternativas, favorece os interesses dos que são afetados, e não como algo que simplesmente aumenta o prazer e diminui o sofrimento. (SINGER, 2002, p.22)

É o próprio autor quem esclarece na obra mencionada que suas idéias não mostram que o utilitarismo pode ser inferido do aspecto universal da ética, pois existem outros ideais éticos

como os direitos individuais, o caráter sagrado da vida, a justiça e a pureza que são universais no devido sentido e, pelo menos em algumas versões, incompatíveis com o utilitarismo. Antes suas idéias mostram que é possível chegar com rapidez a uma postura inicialmente utilitária tão logo se aplique o aspecto universal da ética a uma tomada de decisões simples e pré-ética.

No seio dessas reflexões, ponderou, por exemplo, que uma série de argumentos contra o aborto, na verdade são argumentos contra as leis que proíbem o aborto, e sinaliza que a decisão quanto à realização do aborto deve ser antes ética do que legal. Para ilustrar, exemplifica que uma mulher pode defender a legalização do aborto porque entende que o fato de ser criminalizado leva à realização de abortos clandestinamente, em clínicas de condições precárias, que expõem a risco as vidas das mulheres, mas ela mesma não praticaria aborto. O exemplo demonstraria que a decisão é antes ética do que legal.

Afirma, com sabedoria, que os que se apóiam no crescimento dos chamados abortos de fundo de quintal, para defender a descriminalização da conduta, podem ser confrontados com alternativas para exigir o cumprimento da lei pelas clínicas clandestinas, bem como sugerir medidas que tornem mais fácil aceitar a gravidez que chegou de forma indesejada, tendo em vista que são respostas perfeitamente racionais, mas não resistem ao juízo ético inicial sobre o aborto.

Noutro sentido, uma mulher pode engravidar em decorrência de estupro, e optar por não interromper a gestação, embora estivesse amparada pela autorização legal nesse caso. A hipótese reforça que a discussão é ética e não meramente legal.

Ser contra as leis que proíbem o aborto não é o mesmo que ser contra o ponto de vista que entende o aborto como um erro. Assim, não é um argumento sobre a ética do aborto, e não conseguir preencher o debate ético sobre o aborto.

Para os utilitaristas, o aborto seria autorizado, ou encontraria respaldo ético, desde que não causasse dor ou sofrimento ao feto, seja a gravidez decorrente de estupro ou não, seja o feto anencéfalo, inviável ou não. Ainda nessas hipóteses, em que uma corrente de doutrinadores tem defendido a liberação da prática do aborto, alguns têm-se esquecido de que, na possibilidade de qualquer sofrimento àquele feto, não seria eticamente tolerado. Evitar o sofrimento da mãe, não autoriza provocar sofrimento ao organismo intrauterino, compreenda-se que há vida ou não.

Note-se que, nessa senda, a discussão sobre a existência de vida, ou a viabilidade do feto restam reduzidas. Já não é interessante para o debate saber a partir de quando há vida após a fecundação, o que concede mais autoridade aos argumentos.

Singer (2002) sentencia que

Parece estranho admitir que não podemos matar o bebê prematuro, mas que podemos matar o feto mais desenvolvido. A localização de um ser – dentro ou fora do útero – não deveria configurar tanta diferença quanto ao erro que consiste em matá-lo. (SINGER, 2002, p.149)

Ele também evidencia como o argumento que remete à viabilidade é falho. Parte do episódio em que a Corte Suprema dos Estados Unidos sustentou que as leis que proíbem o aborto com base na viabilidade não são inconstitucionais, porque os juízes que subscreveram a decisão não indicaram por que a capacidade de existir fora do útero deve fazer tanta diferença para o interesse do Estado em proteger a vida humana – faltou o fundamento da argumentação que extrapola os limites jurídicos, sobretudo se considerarmos que o que era inviável há vinte anos atrás, poderá não ser inviável vinte anos à frente.

Ademais, há a questão do contexto, porque hoje, um feto de seis meses, logo prematuro de três meses, pode sobreviver fora do útero graças aos avanços da medicina. Então seria o diagnóstico da “inviabilidade” falho?

E se acrescentar-se a esse debate a possibilidade de uma situação de “inviabilidade” por falta de suporte técnico em Nova Guiné caracterizar um feto viável em Nova York? Logo, se aquela gestante tiver condições de ir até Nova York, o mesmo feto restará viável e o argumento (para os que assim concebem) da aceitação do aborto do inviável cairia por terra.

Essa é apenas uma síntese apertada (e, aqui, cabe a redundância para enfatizar a redução que foi feita de toda uma obra cuja leitura deveria ser obrigatória não só no campo jurídico) do que Singer (2002) declinou na obra multicitada, não com a pretensão de encerrar o debate sobre a ética das decisões judiciais, mas para iniciá-lo.

5. Conclusão

Revedo o que foi escrito até aqui, relendo o material que serviu de fundamentação teórica para essas reflexões, e lembrando os debates em torno da ética, da moral e da justiça, é possível perceber que, dos temas ditos mais simples, aos mais polêmicos, a sociedade moderna está a carecer de uma justificação maior para muitas decisões.

Tendo em vista que é a sociedade que constrói o direito e faz surgir a norma jurídica, essa fundamentação ética deveria anteceder a norma e refletir-se nela. Todavia, se assim não o for, competirá ao julgador esse mister.

Parece que o quanto consignado até aqui traz argumentos suficientes para, ao menos, causar alguma inquietação quanto ao cabimento ou não de uma prática como o aborto, mas, guardadas as devidas proporções também lançaria um novo olhar sobre a eutanásia, a utilização de (exércitos) de embriões que estão congelados nos laboratórios, a diversidade, que numa tradução simples significaria a aceitação dos casais homoafetivo e os efeitos deles decorrentes, fora do ambiente exclusivamente técnico-jurídico, no qual a sensação é de carência de fundamentos sólidos para tantas indagações.

Se é certo que restou enfraquecida a escola positivista e que a lei não seria suficiente por si mesma nos dias atuais para socorrer o julgador, diante da velocidade com que as mudanças sociais acontecem e se diversificam os fatos que precisam ser disciplinados, também é certo que em momento algum o contra-ponto ao positivismo poderia sugerir o juridicismo exacerbado de outrora, imbuído das percepções pessoais do julgador e de suas convicções, religião ou grupo social, e desaguar no chamado decisionismo referido por Atienza, e também não desejado.

O Poder Judiciário tem um grande poder concentrado no ato de julgar, de decidir conflitos, de dizer sobre patrimônio, liberdade e vida humana, e seu protagonismo precisa ser exercido com autoridade, que só se justifica pela isenção, pela imparcialidade, mas, sobretudo, pelo que se chamou de juízo ético, que preenche aquele vazio mencionado por Russ (1999) e dá um novo contorno ao direito e sua aplicação nos tempos atuais.

Dentro da proposta de reflexão contida nesse trabalho, à guisa de conclusões, é válido lembrar do que Dworkin (2010) chamou de pragmatismo jurídico, segundo o qual, para decidir os casos que se lhe apresentam, os Juízes devem recorrer a um estilo consequencialista e voltado para o futuro e sentencia o autor:

Eles devem tomar qualquer decisão que seja melhor para o futuro da comu-

nidade sem levar em consideração as práticas do passado enquanto tais. (...) Ela pode ser uma concepção do utilitarismo dos atos, que sustenta que cada decisão política individual deve pretender maximizar a expectativa de bem-estar médio de uma população específica no contexto de alguma concepção específica de bem-estar: por exemplo, a felicidade ou a satisfação dos desejos. Ou pode ser uma concepção desvinculada de bem-estar, que defina as melhores conseqüências em termos de eficiência econômica ou maximização da riqueza, por exemplo. (DWORKIN, 2010, p.32)

Imbuídos desse sentimento, parece evidente que muitas vezes, em busca das melhores conseqüências futuras, o simples argumento dedutivo não será bastante para o ato de julgar e o Juiz terá que recorrer a argumentos jurídicos mais complexos e sofisticados, ou até mesmo aos fins de direito, alcançando até o senso moral, como prescreve a oitava tese de Atienza (2001). A partir daqui, e certos do recurso ao fundamento ético (*rectius:moral*), o que se tem é que encontrar qual o tipo de moral cabe encontrar nas decisões judiciais, ao que ele responde que é uma moral objetivista, interna ao Direito.

Por derradeiro, como disse Atienza (2001) em sua décima teoria, nem sempre é possível dar satisfação a todas as exigências que são enunciadas, porque ser racionalista em Direito é reconhecer os limites da razão. Logo, nem sempre será possível encontrar uma solução eticamente aceitável com base no Direito positivo e nas regras formais de justiça. Problemas jurídicos desse tipo remetem para situações-limite que podem ser chamadas de casos trágicos – estão sempre abertos para juízos de equidade.

E diga-se mais, confessando completa suspeição por adesão ao refinamento das idéias de Atienza (2001), é preciso reconhecer que na aplicação do Direito não se tem necessidade apenas de razão, de leis, ou de ética, porque na aplicação do Direito há também espaço para os sentimentos e as paixões, além de uma dose de generosidade e compaixão que pode ser esperada do julgador em casos que lidam com emoções e vidas humanas.

Referências

ATIENZA, Manuel. Cuestiones judiciales. 1ª Ed. México: Distribuciones Fontamara, 2001.

BOFF, Leonardo. Ética e moral: A busca dos fundamentos. 5.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

DINIZ, Maria Helena. Compêndio de Introdução à ciência do Direito. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

DWORKIN, Ronald. A justiça da toga. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. Rev. De tradução: Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

PERELMAN, Chaïm. Ética e direito.Tradução: João C. S. Duarte. Lisboa: Instituto Piaget. Coleção Direito e Direitos do Homem, 1990.

RUSS, Jacqueline. Pensamento ético contemporâneo. Tradução de Constança Marcondes Cesar. São Paulo: Paulus, 1999 – Coleção filosofia em questão.

SINGER, Peter. Ética prática. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Coleção biblioteca universal.

Notas

1. O texto na língua original é: Mi primera tesis – y bien simple – es que juzgar implica siempre decidir, pero es necesario distinguir entre tomar una decisión y hacerlo en una forma decisionista. El juez es un decisor, pero no debe ser un decisionista. (ATIENZA, 2001, p.10). O autor deixa clara a diferença entre decisão e decisionismo, e demonstra que o poder do juiz, em especial no Estado de Direito, é um poder limitado e controlado. O decisionismo se caracteriza por uma tendência a ignorar os limites ou pensar que são fictícios. O juiz decisionista, para o autor, é aquele que crê que julgar é uma questão de vontade e não de razão.

2. Na língua original, tem-se: Explicar una decisión significa mostrar las causas, las razones, que permiten ver una decisión como un efecto de esas causas. Justificar una decisión, por el contrario, significa mostrar las razones que permiten considerar la decisión como algo aceptable. Em los dos casos se trata de dar razones, pero la naturaleza de las mismas es bien distinta: por ejemplo, cabe perfectamente que podamos explicar una decisión que, sin embargo, nos parece injustificable; y los jueces – los jueces Del Estado de Derecho – tienen, em general, la obligación de justificar – pero no de explicar – sus decisiones. A justificação da decisão coincide com sua fundamentação; é uma ferramenta para legitimação e controle das decisões judiciais.

A PERDA DE UMA CHANCE CIVILMENTE REPARÁVEL

Silvio Maia da Silva

Assessor. Graduado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco.

Pós-graduado em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Escola de

Magistrados da Bahia – EMAB.

Resumo: A responsabilidade civil é um tema em permanente evolução e a perda de uma chance é uma nova vertente do pensamento jurídico. O presente artigo busca a compreensão do que vem a ser a Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance, na sua concepção clássica, a partir da observação do pensamento doutrinário e jurisprudencial, fazendo-se uma abordagem, ao final, da questão da quantificação do dano. O referido tema, apesar de bem explorado em excelentes trabalhos doutrinários, se apresenta em desenvolvimento, sobretudo no campo de atuação do Poder Judiciário. A responsabilidade civil pela perda de uma chance objetiva reparar o dano provocado pelo desaparecimento da probabilidade de um evento favorável.

Palavras-Chave: Responsabilidade civil. Teoria da perda de uma chance.

1. Introdução

A Responsabilidade Civil é um tema instigante e de interesse geral. As regras de conduta estão presentes em todos os aspectos sociais desde o convívio entre vizinhos, no ambiente de trabalho, nas relações comerciais e de consumo. Uma pessoa que assuma a direção de uma companhia industrial, por exemplo, pode, no primeiro momento, não perceber as inúmeras possibilidades de responder civilmente, perante a própria companhia, seus acionistas, consumidores e a sociedade de um modo geral, inclusive pelos danos decorrentes do risco da atividade econômica. Na administração pública não é diferente, diante das inúmeras possibilidades de responsabilização do gestor público.

Todos os que exercem alguma atividade, mesmo os que têm um histórico de vida cuidadoso, diante de um descuido momentâneo, podem, em uma fração de segundos, praticar um ato ilícito e danoso a outrem.

Assim, a responsabilidade civil é um tema que está relacionado à vida em sociedade, ao cuidado que se deve ter quanto aos deveres e obrigações perante outrem. Ela pode estar relacionada ao exercício da liberdade ou atribuição que o indivíduo tem para a prática de determinados atos, dos mais simples aos mais complexos, como prestar um serviço, defender uma causa, dirigir um veículo ou comandar uma aeronave. Quaisquer dessas atividades, se não exercidas adequadamente, podem ter consequências negativas e causar dano.

Esses atos podem, também, acarretar uma espécie de dano que, muitas vezes, pode até

passar despercebido pelo seu causador no momento do evento e que consiste em um obstáculo a uma oportunidade de se obter um lucro ou em se afastar um prejuízo previsível, conhecido como Perda de uma Chance.

2. Origem da Dogmática

A teoria da perda de uma chance surgiu na França. Atribui-se o seu nascimento a uma decisão do ano de 1889, ocasião em que a Corte de Cassação Francesa, decidiu pela condenação de um funcionário ministerial que impossibilitou o êxito de demanda proposta por um cidadão (GONDIM, 2010, p. 48).

Savi (2009, p. 7, grifo do autor) menciona que em 1940 a responsabilidade civil por perda de uma chance foi objeto de estudo na Itália pelo professor Giovanni Pacchioni, autor de clássica obra intitulada *Diritto Civile Italiano*, na qual discorre sobre a possibilidade de reparação decorrente de perda de chance em casos como o de um jôquei que, tendo sido contratado pelo proprietário de um cavalo de corrida, não chegou a tempo de participar da competição; dos Correios que não entregaram a tempo um quadro que deveria participar de uma exposição, além do caso do advogado que deixou transcorrer o prazo sem a interposição do recurso de apelação, privando o seu cliente da possibilidade de obter a reforma de uma decisão desfavorável.

Apesar da origem francesa, foi na Itália que ocorreu uma profunda discussão sobre o tema, o que por certo contribuiu para o avanço e difusão da teoria entre nós. No Brasil, a Responsabilidade Civil pela perda de uma chance é um tema que tem despertado a atenção de autores. Os mais tradicionais, nos Livros sobre Responsabilidade Civil, têm se referido ao assunto sem dar maior destaque, tratando-no quando abordam a responsabilidade civil do advogado. No entanto, Sérgio Cavalieri Filho, no Programa de Responsabilidade Civil (Atlas, 2010, p. 77) e Fernando de Noronha, em Direito das Obrigações (Saraiva, 2010), discorrem sobre a matéria de modo mais abrangente.

A literatura nacional, embora não vasta, dispõe de obras específicas, nas quais o tema é estudado em profundidade. Coube a Sérgio Novais Dias, o pioneirismo na abordagem da Perda de uma Chance, sob a ótica da responsabilidade civil do advogado (Responsabilidade Civil do Advogado: Perda de uma Chance. LTr, 1999).

Deve-se, no entanto, a Rafael Peteffi da Silva (Responsabilidade Civil pela Perda de Uma Chance. Atlas, 2009), Sérgio Savi (Responsabilidade Civil por Perda de Uma Chance, Atlas, 2009) e Glenda Gonçalves Gondim, esta última em dissertação apresentada no ano de 2010 ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal do Paraná (A Reparação Civil na Teoria da Perda de Uma Chance) uma análise aprofundada sobre o tema. A jurisprudência tem também contribuído para a compreensão da responsabilidade civil por perda de uma chance, sobretudo a partir dos julgamentos proferidos na última década.

Antes da adoção da teoria em estudo predominava a ideia do “tudo ou nada” na apreciação de situações de dano decorrente de perda de chance, isto é, ou se admitia o nexo causal entre a conduta culposa e o dano como resultado final para ensejar a reparação ou nada seria reparado (GONDIM, 2010, p. 50), fazendo com que a aplicação do direito muitas vezes se distanciasse de um conceito adequado de justiça.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, em julgado do ano de 1936, decidiu que a simples possibilidade de ser reformada uma decisão mediante interposição de recurso, não preparado no

prazo pelo advogado, não autoriza a ação de reparação de dano contra o profissional. Ao comentar o referido acórdão, Aguiar Dias discordou da decisão, uma vez que, para ele, o ato culposo do advogado era evidente, bem como o prejuízo causado ao cliente. No entanto, concluiu o autor que, como a prova do prejuízo seria praticamente impossível de ser demonstrada, não seria possível estabelecer uma condenação (AGUIAR DIAS, 1995, p. 296 apud SAVI, 2009, p. 39).

No sentido oposto, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, deu provimento à Apelação Cível nº 2002.001.05527 para julgar procedente uma ação indenizatória promovida contra quatro advogados, pelo mesmo motivo do caso mencionado no parágrafo anterior (falta de interposição de recurso de apelação) e condenou os apelados a ressarcir à apelante pelos valores que esta despendeu nos processos em que atuaram, condenando-os ainda à devolução do que receberam a título de honorários advocatícios.

Essa decisão foi posteriormente confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça, em acórdão proferido no Recurso Especial nº 596.613-RJ, publicado em 02.08.2004, cuja ementa é reproduzida por Venosa e na qual se afirma que “a omissão, sem o consentimento prévio do constituinte, quanto à interposição de qualquer recurso ordinário que se impunha necessário para a defesa dos interesses do patrocinado, configura-se desídia de todos os outorgados” (VENOSA, 2008, p. 261).

Por sua vez, a 4ª Turma Cível, do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, em decisão proferida em 18.04.2006, no Processo nº 2005.013760-1, negou provimento a recurso interposto por dois advogados que haviam sido contratados pelas apeladas para, em nome destas, ajuizar ação de cobrança contra o referido Estado, visando o recebimento de encargos financeiros decorrentes do atraso no pagamento de salários.

A ação, ajuizada no ano de 1994, foi extinta sem exame do mérito porque não foi atendido um despacho que determinou a emenda da petição inicial. Extinto o processo, os referidos advogados providenciaram o ajuizamento de novo processo, que também foi extinto, mas, desta vez, por ter sido declarado prescrito o direito de ação. Em ação promovida contra os advogados, foram estes condenados a indenizar as ex-clientes em valores idênticos aos que estas aufeririam nas demandas em que os referidos profissionais atuaram em favor de ambas, caso tivessem sido exitosas.

No primeiro litígio, vê-se que não foi imputada qualquer responsabilidade ao advogado que perdeu o prazo do recurso, enquanto que nos demais casos os advogados foram condenados à reparação integral do dano, isto é, ao valor idêntico ao que às demandantes aufeririam, caso os recursos tivessem sido interpostos e julgados totalmente providos.

Nas decisões condenatórias antes mencionadas não se percebe qualquer análise das possibilidades de sucesso dos recursos que não foram interpostos, de sorte que o êxito total pareceu presumido, mesmo diante de sentenças desfavoráveis aos interesses das vítimas.

3. Desenvolvimento da Dogmática – A Perda da Chance como um Dano Autônomo

Com a evolução da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, que permite a aplicação de estudos e métodos para a aferição de uma probabilidade, em “que é possível predeterminar, com uma aproximação mais que tolerável, o valor de um dano que inicialmente parecia entregue à própria sorte” é possível se chegar a um valor dotado de certa autonomia em relação ao resultado definitivo (SAVI, 2009, p. 3), afastando-se, portanto a dicotomia anteriormente existente do “tudo ou nada”.

Embora, a perda de uma chance, tradução literal da expressão *perte d'une chance*, tenha origem francesa, coube a Adriano De Cupis e a Maurizio Bocchiola a fixação das bases para uma melhor compreensão dessa teoria, ao entendê-la como um dano emergente independente do resultado final e que ocorre no momento em que é perdida uma oportunidade de se obter um lucro ou de se evitar uma perda (SAVI, 2009, p. 10).

Para Cavalieri Filho, a perda da uma chance se caracteriza quando, “em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima, como progredir na carreira artística ou militar, arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela falha do advogado, e assim por diante”. Em uma síntese, “a teoria da perda da uma chance repousa em dois pilares: na certeza da perda de uma oportunidade e na probabilidade frustrada de um resultado favorável à vítima” (PEREIRA, 1992, p. 42, apud CAVALIERI FILHO, 2010, p. 77).

Na teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance o bem juridicamente tutelado é a própria perda de uma chance, isto é, a perda de probabilidade de um resultado final almejado e não o próprio resultado em si, sobre o qual haverá dúvida se seria totalmente alcançado, sendo certo, contudo, que a vítima teria uma possibilidade, uma expectativa benéfica. Por isso, uma das consequências da adoção dessa teoria é a de que a quantificação do dano pela perda da uma chance terá sempre um valor inferior ao resultado final.

A perda de uma chance, apesar de relacionar-se a frustração de um evento futuro, é categoria de dano emergente e não de lucro cessante, como pode aparentar, sendo entendida pela doutrina como um dano específico e autônomo, no qual a perda é o que deve ser reparado, independente do resultado final (GONDIM, 2010, p. 64).

Na aferição da responsabilidade pela perda de uma chance, haverá necessidade da constatação de uma conduta culposa ou inadequada do agente, como o descumprimento de um dever primário, que cria um obstáculo a um processo em curso que resultaria em uma probabilidade séria de êxito da vítima, encarada como um interesse jurídico tutelado. Em resumo, pode-se afirmar que a reparação por perda de uma chance deriva da eliminação injusta de uma real probabilidade de se obter um ganho futuro ou de se evitar um dano.

Existem no esporte dois exemplos recentes de perda da uma chance por atletas brasileiros, um deles bastante citado em artigos científicos, como forma de facilitar a compreensão do conceito de perda da uma chance.

No primeiro caso, a Atleta Fabiana Murer, nas Olimpíadas de 2004, depois de iniciar a competição de forma bem sucedida, perdeu as suas possibilidades de êxito no salto em altura ao não conseguir encontrar o sarrafo que seria utilizado no salto seguinte. A falta desse equipamento indispensável, que não estava ao alcance da saltadora por suposta culpa da organização da prova, fez com que a atleta perdesse a chance de pelo menos auferir um bom resultado na competição, além de desperdiçar todo o investimento realizado na fase de preparação.

O outro caso é o do corredor Vanderlei Cordeiro de Lima, a respeito do qual se fará uma breve abordagem nas considerações finais, assim comentado por Gondim (2010, p. 1):

Nos jogos olímpicos do ano de 2004, na cidade de Atenas, na Grécia, a prova da maratona foi marcada por um acontecimento que surpreendeu aqueles que acompanhavam a sua realização.

Nos últimos quilômetros a serem percorridos, o maratonista brasileiro, Vanderlei Cordeiro de Lima, que liderava a competição, foi segurado por um homem que invadiu a pista. Pessoas que acompanhavam a prova e

policiais auxiliaram a imediata retirada do invasor.

O maratonista que estava em primeiro lugar, com uma diferença de, aproximadamente, trinta segundos para com os outros competidores, ao retornar à prova, demorou alguns segundos para retomar o ritmo de corrida e terminou a competição em terceiro lugar, premiado com medalha de bronze.

As manchetes dos jornais no Brasil divulgaram o ocorrido ora como a obtenção da medalha do bronze e ora como a perda da medalha de ouro. A dúvida que se instaurou era se o competidor teria ganho a medalha de ouro se não tivesse ocorrido o incidente. Não é possível responder com absoluta certeza essa questão, pois a vitória dependia de fatores alheios e, em virtude da conduta do invasor, não ocorreu. Essa indagação apresenta um problema jurídico sobre a existência de responsabilidade civil do invasor e quais seriam as consequências em caso positivo.

Na análise de Gondim (2010, p. 48) no episódio relatado estão presentes pressupostos da responsabilidade civil (conduta culposa, dano e nexo causal entre ambos), no qual “a conduta culposa encontraria fundamentos na invasão da pista, bem como por ter o invasor segurado o maratonista”, mas as maiores indagações aparecem no que diz respeito ao dano, uma vez que o atleta terminou a maratona na terceira colocação e não há como comprovar, efetivamente, se ausente a invasão da pista teria o corredor permanecido em primeiro lugar e ganho a medalha de ouro.

4. A Perda da Chance e o Lucro Cessante

Por estar relacionada a uma ideia de futuro, a perda de chance, na sua acepção clássica, tem relação com o lucro cessante, que é modalidade de dano material definido no art. 402 do Código Civil. Para Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 344), o advérbio razoavelmente contido no dispositivo legal (aquilo que o credor razoavelmente deixou de lucrar) “não significa que se pagará aquilo que for razoável (ideia quantitativa) e sim que se pagará se se puder, razoavelmente, admitir, baseado em provas, que houve lucro cessante (ideia que se prende à existência mesma do prejuízo)”, pois “a indenização não se pautará pelo razoável e sim pelo provado”.

Buscando estabelecer as dessemelhanças entre perda de uma chance e lucro cessante, um critério que pode ser utilizado é o da certeza dos danos, uma vez que “se deve determinar como lucro cessante somente o caso em que se verifica a perda de uma possibilidade favorável, que pertencia a um determinado sujeito com uma probabilidade que representa a certeza; nas hipóteses de perda de uma chance, por outro lado, o acontecimento do resultado útil é, por definição, de demonstração do impossível” (BOCCHIOLA, 1976, p. 74 apud SAVI, 2009, p. 17).

No caso de lucro cessante, a vítima deverá fazer prova não somente do lucro cessante, mas dos pressupostos e requisitos necessários para a verificação deste lucro. Já nas hipóteses de perda de uma chance, estaremos sempre no campo do desconhecido, pois, em tais casos, o dano final é, por definição, de demonstração impossível, mesmo sob o aspecto dos pressupostos de natureza constitutiva (SAVI, 2009, p. 17).

Ao estabelecer a diferença entre uma coisa e outra, Chaves afirma que o lucro cessante é espécie de dano patrimonial que consiste “na perda certa e incontroversa de um bem jurídico que iria se incorporar ao patrimônio do titular”, enquanto que a perda de uma chance é uma

probabilidade suficiente e mínima de obtenção de um benefício, caso não tivesse sido subtraída uma oportunidade” Ainda segundo Chaves, “a perda de uma chance pode estar correlacionada a um dano não aferível patrimonialmente, diversamente dos lucros cessantes, cuja certeza da frustração de uma vantagem patrimonial futura deflui da leitura do comando 403 do Codex” (A Teoria da Perda de uma Chance Aplicada ao Direito de Família, p. 4).

Em uma síntese, na fixação do lucro cessante busca-se um valor igual ao que viria a ser o resultado final evidenciado em provas. Já na perda de uma chance isso não é viável, embora se possa chegar a um valor próximo ao do resultado final, mas inferior a este.

Por isso é que Savi oferece a lição de que é possível estabelecer algumas diferenças entre os dois conceitos. A primeira delas seria quanto à natureza dos interesses violados. A perda de uma chance decorre de uma violação a um mero interesse de fato, enquanto o lucro cessante deriva de uma lesão a um interesse subjetivo (SAVI, 2009, p. 15).

Na lição de Cavalieri Filho (2010, p. 75), lucro cessante “é a consequência futura de um fato já ocorrido” e que consiste “na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima”, como ocorre na cessação dos rendimentos que alguém já vinha obtendo da sua profissão, como também da frustração daquilo que era razoavelmente esperado.

5. A Perda da Chance Como Dano Certo

A doutrina nacional não diverge em admitir que a chance integra o patrimônio da vítima no momento em que é perdida. Savi sustenta que o grande mérito de De Cupis está em reconhecer o valor patrimonial da chance e em enquadrá-la como uma espécie de dano emergente. Para Savi, as lições de De Culpis são um divisor de águas para a admissibilidade da teoria no Direito Italiano, destacando o seguinte trecho da obra do referido autor (DE CUPIS, 1976, p. 264 apud SAVI, 2009, p. 11):

A vitória é absolutamente incerta, mas a possibilidade de vitória, que o credor pretendeu garantir, já existe, talvez em reduzidas proporções, no momento em que se verifica o fato em função do qual ela é excluída: de modo que se está em presença não de um lucro cessante em razão da impedida futura vitória, mas de um dano emergente em razão da atual possibilidade de vitória que restou frustrada.

Assim, mesmo que a oportunidade esteja ligada a uma ordem cronológica de acontecimentos, o dano ocorre no momento em que ela é perdida, tratando-se, consequentemente de um dano autônomo e diferente da vantagem final almejada. Para Bocchiola “nesses casos, não se concede a indenização pela vantagem perdida, mas sim pela perda da possibilidade de conseguir esta vantagem, isto é, faz-se a distinção entre o resultado perdido e a uma chance de consegui-lo.” Segundo o referido autor, “perdida a chance, o dano é, portanto, certo” (BOCCHIOLA, 1976, p. 84, apud SAVI, 2009, p. 18).

Ao abordar essa questão e depois de assegurar a certeza do dano no momento em que ocorre a perda da oportunidade, Gondim (2010, p. 65) afirma que o conteúdo dessa reparação depende de um resultado final e por isso é que não pode ser considerado como um dano totalmente autônomo. Segundo a referida autora:

Exemplificativamente o cavalo que não inicia a corrida hípica porque o seu transportador atrasa o transporte e assim, não chega em tempo. O prêmio perdido é incerto e por isso não será reparável, mas antes do início da corrida já era possível prever quantas chances tinha o animal de provavelmente alcançar uma boa colocação.

Mesmo que o prêmio final seja incerto porque, ante a não entrega em tempo do animal, não será possível saber qual seria o resultado final, existe a chance, avaliada pela probabilidade do cavalo ganhar a corrida ou conseguir boa classificação.

É essa chance que fundamenta a teoria desse estudo e para ser reparável, ela deve apresentar as características e requisitos de um dano, ou seja, resultar da lesão a um interesse jurídico, com existência certa e devidamente comprovada.

O requisito da chance é analisado não através do resultado final que se realizaria, o qual é incerto, mas das chances que o ofendido possuía em obter a vantagem. Deste modo, quando se perde uma chance concreta, existe uma certeza que embasa a sua reparação de que seria provável alcançar o resultado final.

Para Gondim (2010, p. 69/70), a perda de uma chance está ligada à existência de uma ordem lógica de acontecimentos que foi interrompida e caso não o fosse, resultaria em uma vantagem ou evitaria a ocorrência de um dano, a sua reparação pode ser aplicada em diversos campos do direito, desde que adaptada aos referidos pressupostos, através de uma interpretação diferenciada, a propósito do que cita como exemplo a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na Apelação Cível nº 700225179458, cujo voto do relator extraiu o seguinte trecho:

(...) 10. O dever de indenizar com fundamento na perda de uma chance requer que o autor comprove que, caso inexistente a ação ou omissão do réu, teria efetivamente obtido o bem da vida almejado. O que ocorre, efetivamente, é que, para se falar em responsabilização por perda de uma chance, é preciso que esteja em curso uma situação que propicie uma oportunidade de, no futuro, uma pessoa auferir algum benefício, e que tal processo seja interrompido por um determinado fato antijurídico – que inviabiliza a oportunidade. 11. Os elementos que caracterizam a perda de uma chance são (a) a conduta do agente; (b) um resultado que se perdeu, podendo ser caracterizado como o dano; e (c) o nexo causal entre a conduta e a chance que se perdeu (assim, essa teoria não dispensa o nexo de causalidade, mas o analisa sob uma perspectiva diferente). 12. O nexo causal deverá existir entre o fato interruptivo do processo e o suposto dano – e assim será caracterizado se for suficiente para demonstrar a interrupção do processo que estava em curso, por um fato ilícito, e que poderia levar ao resultado pretendido.

Para Rafael Peteffi (2009, P. 232), “além da chance perdida ter todas as condições para ser considerada como um dano quantificável e amplamente provado, também não se encontra dificuldade para demonstrar o nexo de causalidade certo e direto entre a conduta do réu e a perda da chance”.

A reparação pela perda de uma chance situa-se, como já visto, no terreno da probabilidade. Para a sua admissão, a possibilidade perdida há de ser séria e real. No dizer de SAVI (2009, p. 4) “na maioria dos casos, a chance somente será considerada séria e real quando a probabilidade de obtenção da vantagem esperada foi superior a 50%”.

Essa linha de orientação foi adotada em recente decisão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, objeto do Recurso Especial nº 1.184.128-MS (2010/0038999-0), no qual foi estabelecida indenização igual 50% daquela que seria devida a título de dano moral, levando-se em consideração as chances de sobrevivência da vítima.

O caso se referia a uma ocorrência em que um médico de pronto-socorro que recusou a internação de um paciente que apresentava um quadro de saúde grave, que foi encaminhado para tratamento ambulatorial em posto de saúde, de sorte que a não internação no Pronto-Socorro, onde o paciente teria maiores possibilidades de sobrevivência, resultou na frustração da disponibilidade dos melhores cuidados que estavam ao alcance do hospital e que poderiam importar em resultado favorável ao paciente.

O critério de aferição da seriedade da chance a partir da superação do percentual de 50% possui logicismo incontestável, uma vez que a possibilidade entre 50 e 100% estaria em uma zona de maior probabilidade de se consumir e uma possibilidade inferior a 50% estaria em uma faixa de maior probabilidade não acontecer. Esse critério, apesar de defendido por boa parte da doutrina nacional e estrangeira, tem sido evitado por alguns doutrinadores como um divisor de águas entre a chance reparável e a hipotética, em face da dificuldade de estabelecer-se um percentual exato da oportunidade.

Para John Makdisi, a reparação deverá ser quantificada de acordo com a probabilidade de causalidade provada. Se existem 80% de probabilidade de que a conduta do réu tenha causado o dano experimentado pela vítima, o dano será quantificado em 80%, valendo o mesmo raciocínio se o dano for de 40%, por exemplo (MAKDISI, 1989, p.1065, apud Peteffi, 2009, p. 51).

Também divergindo do referido padrão, Peteffi (2009, p. 61) afirma que, se uma falha médica apresenta 30% de chances de ter causado dano, o médico responsável não seria condenado a repará-lo e, por conta disso, não teria razões jurídicas para mudar a sua conduta, retirando da responsabilidade civil a sua função pedagógica, pensamento esse que parece ter sido adotado por Gondim (2010, p. 79), que afirma que o mais importante é comprovar a existência da probabilidade de uma vantagem resultante do procedimento de eventos que se desencadearia até a ocorrência de uma conduta.

6. Críticas à Autonomia da Perda da Chance

A ideia em torno da autonomia do dano da perda de chance encontra argumentos contrários, inclusive de autores que defendem a causalidade parcial (na qual é necessário avaliar o grau de conduta do causador do dano), para os quais as perdas das chances seriam apenas um meio de quantificar o liame causal entre a ação e o dano final. Segundo Peteffi (2009, 51), toda a argumentação dos autores que não consideram as chances perdidas como nova modalidade de dano tem como cerne a indissociabilidade deste com o dano final, de sorte que as chances perdidas não subsistem de forma separada do prejuízo, representado pela perda definitiva da vantagem esperada.

O referido autor fornece o exemplo do cliente que contrata um advogado para realizar

uma sustentação oral em recurso de apelação e que se esquece de comparecer à sessão de julgamento e, mesmo assim, o cliente tem êxito no resultado. Outro exemplo, seria o do médico que não efetua um procedimento recomendado, retirando 40% das chances de vida do paciente, mas este não sofre qualquer seqüela (PETEFFI, 2009, p. 51). Nos dois casos verificou-se a perda da chance, mas o vítima não experimentou qualquer prejuízo por causa desse fato.

Para os defensores da causalidade parcial, “a necessidade da vítima de esperar até o final do processo aleatório – mesmo que a perda das chances já tenha sido constatada em momento anterior – para saber se poderá intentar a ação de reparação macula a autonomia das chances perdidas” (2009, p. 52).

No entanto, as críticas à autonomia do dano só ganham maior relevo na segunda modalidade de perda de chance, isto é, nos casos em que o processo aleatório chega ao seu final e o dano é verificado, como ocorre na seara médica. Em razão disso, para esses casos, Peteffi (2009, p. 246) conclui que a teoria da perda de chance deveria se constituir em uma opção subsidiária, utilizada somente após esgotar as possibilidades da utilização ortodoxa do nexos causal.

7. Classificação Adotada no Brasil

Apesar de o presente voltar-se ao estudo da teoria da perda da chance na sua modalidade clássica, quando um processo que estava em curso é interrompido com a perda de uma vantagem esperada, impõe-se, ainda que superficialmente, uma abordagem sobre a classificação adotada pelos autores brasileiros, a partir da doutrina de Fernando de Noronha (NORONHA, 2010, p. 699).

Diante da possibilidade da aplicação de perda de uma chance de forma variada, Noronha estabeleceu uma classificação que recebeu elogios da doutrina e que, para Peteffi, (2009, p. 107) foi concebida de forma inédita e que, apesar de fundamentada em opiniões de outros autores, não se filia a nenhum deles. A proposta que tem sido adotada pelos autores nacionais, apresenta uma divisão em duas modalidades básicas, a saber: “frustração da chance de obter uma vantagem futura” e “frustração da chance de evitar um dano que aconteceu”, sendo que esta última categoria comporta uma subdivisão em “perda da chance de evitar que outrem sofra um prejuízo” e a “perda de uma chance por falta de informação”.

Para Noronha (2010, p. 700), se os danos em causa fossem exclusivamente patrimoniais, seria possível dizer que na primeira submodalidade (frustração de uma vantagem futura) a perda de chance se traduziria num lucro cessante, enquanto na segunda (frustração de dano futuro) ela se caracterizaria um dano emergente.

A primeira modalidade de responsabilidade civil pela perda de uma chance, como já visto, consiste na ocorrência de um ato ilícito que interrompe o processo aleatório em curso e impede que a vítima alcance uma vantagem futura, sem que se saiba, ao certo, se a vítima conseguiria o resultado final, caso não interrompido os acontecimentos.

A segunda modalidade de perda da chance, que é aquela que diz respeito a um ato que poderia evitar um prejuízo que aconteceu. Um exemplo dessa modalidade verificou-se na demanda objeto da decisão judicial mencionada no capítulo nº 5, proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, objeto de recente julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1.184.128-MS (2010/0038999-0).

No referido episódio, o paciente, que veio a óbito, perdeu a possibilidade de um trata-

mento mais apropriado ao não ser atendido em unidade de pronto-socorro, embora encaminhado para um posto de saúde. O Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul adotou a teoria da perda da uma chance e fixou uma reparação pelas chances perdidas equivalente a 50% da indenização que seria devida a título de dano moral. Da ementa do acórdão se extrai os seguintes itens:

2. Se o paciente procura a emergência do hospital para ser atendido pelo médico plantonista e este lhe presta socorro, não há o que se cogitar se este era ou não assalariado, estando de alguma forma vinculado ao nosocômio, este responderá pelos danos que seu profissional causar.
3. Houve erro do médico plantonista, na modalidade culposa, em virtude da sua negligência por omissão de providências aptas em tese a impedir a produção do dano.
4. Ao encaminhar o paciente para tratamento ambulatorial em um posto de saúde, o médico plantonista ceifou a chance de um diagnóstico mais seguro e um tratamento emergencial mais contundente, residindo aí o nexo de causalidade em aplicação da teoria da perda d'uma chance.
5. Adotando-se a teoria da perda de uma chance, não cabe a indenização por danos materiais, uma vez que não se tem a certeza de que efetivamente o resultado esperado ocorreria.
6. Há de se ressaltar que a indenização fundada na aplicação da perda de d'uma chance deverá situar-se no limite percentual de chances perdidas, o que se pondera caso a caso. Desta forma, a indenização, pelo dano moral há que ser fixada em 200 (duzentos) salários mínimos, os quais, tomando-se por base o valor vigente, equivalem a R\$ 83.000,00, já ponderando a redução do quantum em 50%, em virtude das chances de sobrevivência da vítima.

Nesse caso, sequer foi possível conhecer o mal acometido ao paciente ou a origem da infecção generalizada que o levou à falência múltipla de órgãos e ao consequente óbito, o que significa dizer que não se sabia, ao certo, se a internação no pronto-socorro traria a sobrevivência da vítima.

Todavia sabia-se que, ao ser negada a internação em local mais apropriado para o tipo de situação, dotado de profissionais com variadas especialidades médicas, como são as unidades de pronto-socorro, negou-se ao paciente, de modo irremediável, uma chance de ter o seu quadro clínico avaliado com maior rigor e de receber um tratamento adequado e imediato, o que poderia lhe conferir chance de sobrevivência.

A peculiaridade desse caso é que, ao negar provimento ao Recurso Especial, a corte especial limitou-se a admitir a responsabilidade objetiva, dispensando a “demonstração de culpa do hospital relativamente a atos lesivos decorrentes da culpa de médico integrante do seu corpo clínico”, em face do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, abstendo-se da discussão em torno da aplicação da teoria da perda de uma chance, por exigir o revolvimento do conjunto fático-probatório da causa.

No entanto, ao discorrer sobre a atuação do médico, o Superior Tribunal de Justiça considerou que o acórdão recorrido revela a existência de nexo causal entre a conduta do médico e o dano, concluindo que ocorreu erro do médico plantonista, na modalidade culposa, em virtude de sua negligência por “omissão de providências aptas em tese a impedir a produ-

ção do dano”. Assim, embora tenha negado a aplicação da teoria da perda da chance, essa teoria pareceu subtendida na referida afirmação, que admite que o atendimento médico, caso realizado, poderia ter evitado o dano, bem como quanto a forma de quantificação do dano.

Na hipótese de dano por erro médico, Noronha (2005, p. 43) sustenta a necessidade de ser analisada situação de causalidade, se concorrente ou alternada, utilizando como exemplo a hipótese do paciente que teve o seu estado de saúde agravado, podendo ter contribuído para esse agravamento a deficiência do tratamento e a evolução endógena da doença. Se a piora do quadro clínico ocorreu das duas causas, tem-se a causalidade concorrente e se o agravamento decorreu apenas de uma delas, a causalidade será alternativa. Nesta, os dois fatos aconteceram, mas apenas um deu causa ao agravamento do estado de saúde do paciente, não se sabendo qual delas.

Ainda segundo o autor, sendo possível estabelecer a causa do agravamento dentre as duas possíveis, haverá responsabilidade do médico se for constatado que a causa está relacionada à deficiência do tratamento, não se falando em responsabilidade e, conseqüentemente, em perda da chance, se o contrário ocorrer. Todavia, se não existir prova que permita selecionar um dos dois fatores, sendo ambos possíveis causa do dano, não seria razoável que o lesado ficasse sem reparação alguma. Neste caso, “se a dúvida que fica subsistindo é apenas porque existe uma outra causa possível, terá que ficar a cargo do indigitado responsável o ônus da prova capaz de destruir a presunção de causação que milita contra ele” (NORONHA, 2005, p. 43).

Para Peteffi (2009, p. 109), se existir uma presunção de causalidade contra o réu, a única solução viável é a proposta por Geneviève Viney, ou seja, a reparação integral do dano final. Do contrário, não há como encontrar os fundamentos para a existência de causalidade em relação ao dano final (engendrada por meio de uma presunção ou de causalidade concorrente) e a necessidade de se indenizar um “prejuízo distinto”.

Portanto, para o mencionado autor, se o caso apresenta presunção da causalidade em relação ao dano final, não faz sentido a reparação do dano com base na teoria da perda da chance. Nesse ponto, parece haver uma divergência entre os doutrinadores, uma vez que, para Noronha, o dano teria que ser quantificado de acordo com a probabilidade imputável ao réu enquanto Peteffi caminha na direção à reparação integral.

Essa divergência parece também existir entre as instâncias julgadoras da demanda que resultou no Recurso Especial nº 402.182-RS. O caso dizia respeito a erro cometido por perito (digitação equivocada de casa decimal em cálculo trabalhista), a propósito do qual o advogado do reclamante deixou transcorrer o prazo concedido para a sua manifestação, perdendo a chance de corrigir o erro do perito, que resultou em dano ao reclamante.

Ao reduzir a condenação do advogado para um terço, o órgão de segundo grau considerou que a responsabilidade também decorria da conduta do juiz e do contador, entendimento esse que não foi confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça, que decidiu pela condenação do advogado à reparação integral do dano, reformando o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Por fim, Peteffi (2009, p. 238) sustenta que a causalidade alternada ou a causalidade concorrente “não apresentam os fundamentos mais adequados para respaldar uma tranqüila aplicação sistemática em relação aos casos de responsabilidade pela perda da chance, nos quais o processo aleatório em que se encontrava a vítima foi até o seu final”.

Aduz que a modalidade de causalidade concorrente que se estabelece com o fato do responsável (deficiência no tratamento) e caso fortuito ou de força maior (evolução da própria doença) é reprovada pela doutrina internacional, que considera o caso fortuito e a força maior

como excludentes do vínculo causal e não como dirimentes da causalidade. No entanto, o referido autor menciona a existência de recentes decisões de tribunais pátrios em sentido contrário.

Já a última modalidade de perda de chance decorre da falta ou da inadequada informação. Ela se verifica quando alguém sofre dano por não ter tomado a melhor decisão, que estaria ao seu alcance se outra pessoa tivesse cumprido o dever, que incidia sobre ela, de informar ou aconselhar (NORONHA, 2005, p. 44).

Para o autor (2005, p. 45), a responsabilidade por perda de chance só surge nas hipóteses em que fosse evitável o ato que causou o dano. Segundo ele, o dever de informar surge nas mais diversas situações, em especial no âmbito de relações resultantes de negócios jurídicos, mas também fora delas.

Um exemplo desse dano é fornecido por Dias (1999, p. 36) segundo o qual:

Há um caso de um advogado que aconselhou seu cliente a não comparecer em audiência trabalhista onde deveria apresentar defesa, porque a notificação fora entregue ao porteiro na sede da empresa, pois pensava o advogado que a notificação só seria válida se entregue ao representante legal da empresa... Esse erro grosseiro de informação causou enorme dano ao seu cliente, que foi considerado revel e aplicada a pena de confissão quanto à matéria de fato, sendo condenado em quantia vultosíssima, conquanto existissem inúmeros documentos comprovadores do pagamento de várias parcelas pleiteadas, que deixaram de ser apresentados, além de várias outras parcelas que, segundo aquele empregador, estavam baseados em alegações falsas, as quais ficaram sem contestação.

Nos casos de responsabilidade médica, ensina Gondim (2010, p. 114) que o defeito de informação pode embasar a totalidade de um dano quando o paciente, se bem informado, não se submeteria a determinada intervenção cirúrgica. Isto porque a adequada informação é matéria decorrente da boa-fé e na relação médico-paciente, ela é necessária para fundamentar o consentimento esclarecido, ou seja, para que a escolha do tratamento seja realizada de forma totalmente consciente das possíveis consequências e resultados que poderão advir.

Uma diferença entre a perda da chance decorrente da violação do dever de informar e a perda da chance de evitar um prejuízo é que a primeira está ligada a um fato do próprio lesado, dependendo de uma atitude que este toma com base em uma inadequada ou inexistente informação, enquanto que a última está para além dele (NORONHA, 2005, p. 45).

8. Quantificação do Dano

Um critério que pode ser adotado para a quantificação do dano decorrente da perda de chance é que o valor do dano deverá, em maior ou menor intensidade, se relacionar à vantagem perdida. Peteffi (2009, p. 142) lembra que a responsabilidade pela perda de uma chance somente é utilizada porque a vítima está impossibilitada de provar o nexo causal entre a conduta do agente e a perda definitiva da vantagem esperada e cita o seguinte exemplo:

O empresário não logra provar que o seu negócio não se realizou pela falha de seu contador, assim como o cliente não consegue provar o nexo

causal entre a ação ou a omissão do seu advogado e a improcedência da demanda. Resta para a vítima, portanto, a reparação pela perda de uma chance, já que poderá provar o nexo causal entre a conduta do agente e as chances perdidas.

Daí, o autor apresenta uma regra básica, que consiste na evidência de que a reparação da chance perdida sempre deverá ser inferior ao valor da vantagem esperada e definitivamente não consumada. Ele utiliza como exemplo a decisão da Corte de Cassação francesa que cassou um acórdão da Corte de Apelação de Rennes, que havia ordenado a integral reparação do dano representado pela morte do paciente, mesmo após constatar que se tratava de um caso de perda de chance, tendo em vista a ausência de nexo causal entre a conduta do réu e a morte do paciente (PETEFFI, 2009, p. 143).

Nesse passo, a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul comentada no capítulo anterior seguiu o mesmo critério do autor, uma vez que, diante da certeza de que foi negada ao paciente a oportunidade de tratamento adequado (embora sendo inviável conhecer, com exatidão, as possibilidades de sobrevida e de se estabelecer uma relação direta entre o ato ilícito e o óbito do paciente) optou-se pelo arbitramento de indenização igual a 50% da que seria devida a título de dano moral.

A perda de uma chance, por lidar com uma probabilidade, sempre deixará um grau de incerteza em relação ao alcance do resultado final e, portanto, isto se refletirá na convicção de que a reparação correspondente nunca alcançará o valor do referido resultado.

A circunstância de o processo aleatório não haver chegado ao seu final poderá proporcionar incerteza acerca do valor do próprio resultado final, o que poderá ser esclarecido pelos meios normais de prova. Todavia, uma vez quantificado o valor final e efetuada a estimativa de probabilidade da chance perdida, os principais parâmetros para a fixação da reparação estarão estabelecidos, porque “a quantificação do dano deve refletir a porcentagem das chances perdidas” (PETEFFI, 2009, p. 145).

Assim, outra regra que se pode estabelecer é que quanto maior for a probabilidade de êxito perdido, maior será o valor da reparação. Esse critério decorre da própria lógica da teoria, uma vez que, se a baixa probabilidade do acontecimento futuro é causa da negativa do direito à reparação, uma probabilidade elevada deverá ter uma valoração maior, ideia que melhor se ajusta aos casos em que ocorre a teoria da perda de uma chance na sua concepção clássica.

Na mesma linha de pensamento, Noronha (2005, p. 30) afirma que “o valor da reparação do dano certo da perda da chance ficará dependente do grau de probabilidade que havia de ser alcançada a vantagem que era esperada, ou inversamente, do grau de probabilidade de o prejuízo ser evitado”.

Apesar da aparente simplicidade dos critérios, a fixação do dano causado por perda de chance pode resultar controvertida. Sérgio Novais Dias (2009, p. 15), por exemplo, entende que a aplicação da teoria em relação à atividade do advogado poderá conduzir a um resultado injusto, porque o valor da reparação pode se aproximar do resultado discutido no processo.

Como já visto antes, o valor do dano decorrente de perda de chance é sempre inferior ao do resultado final, de sorte que não se poderia agir de outro modo na quantificação do dano causado pelo exercício da atividade do advogado. Aliás, na estimativa do dano final pela perda de uma oportunidade processual, em que se discuta a existência de um crédito, por exemplo, não basta verificar a viabilidade do direito discutido em Juízo, mas também as reais possibilidades da parte auferir o ganho, uma vez que nem sempre os litigantes conseguem transformar

vitórias processuais em êxito efetivo, em razão de questões relacionadas à solvibilidade do devedor. Assim, além de se saber se a vítima teria chances sérias em relação ao direito de crédito, necessário se faz saber se o recebimento desse crédito seria viável, em razão da capacidade do devedor em solvê-lo.

Ainda no campo da atuação do advogado, Sérgio Novais Dias (1999, p. 52) defende que, mesmo quando um advogado deixa de interpor um recurso de êxito improvável, haveria dano moral se o cliente (a vítima) tivesse o propósito legítimo e não protelatório de ver a sua causa reexaminada. Nesse caso, não haveria dano material por falta do nexo de causalidade entre a ação e o dano, isto é, não sealaria em perda de chance porque a probabilidade do resultado do recurso, caso interposto, estaria mais para o insucesso que para o êxito da pretensão da vítima, de sorte que as suas chances seriam hipotéticas.

Um caso que pode contribuir para o tema ora focado, mencionado por Savi (2009, p. 50), foi objeto de julgamento pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (nos Embargos Infringentes nº 598164077) e que consistiu na perda de chance de participação em concurso público imputável à organização do evento que, em primeira instância, foi condenada à reparação correspondente a 5 vezes o valor do vencimento do cargo público pretendido, condenação essa que foi elevada para o dobro no julgamento da segunda instância.

O estabelecimento da relação entre o valor da reparação da perda da chance e o dano final pode não ser tão simples em situações como essa, porque o vencimento que a vítima deixou de auferir não constitui exatamente um ganho, e sim uma contraprestação de um trabalho que seria executado ao longo de um mês e que se traduz em ônus que a vítima não exerceu. Por outro lado, não se sabe, ao certo, se a mesma vítima, para exercer esse novo trabalho, teria que abrir mão de outra atividade remunerada, de sorte que o dano final poderia ser apenas uma diferença de um e outro salário.

A referida reparação, que pareceu razoável, foi fixada a título de dano moral (porque assim foi deduzido o pedido). No entanto, o critério adotado (relação direta entre a reparação e os valores não aferidos pela vítima) se revela mais compatível com a reparação do dano material causado pela perda da chance, fenômeno que Savi (2009, p. 51) interpreta como sendo a utilização da chance como “agregador do dano moral”.

Outro caso bastante peculiar e que contribui para uma reflexão sobre a fixação do dano em relação à perda da uma chance tramitou em uma das pioneiras varas especializadas em Direito derivado de relação de consumo comarca de Salvador-BA (1ª Vara Especializada de Defesa do Consumidor). Esse caso desempenhou um papel didático importante, posto que tem sido mencionado em diversos trabalhos doutrinários e em decisões de Tribunais, inclusive do próprio Superior Tribunal de Justiça, transformando-se em uma espécie de marco na referida corte especial. Trata-se do caso conhecido como “Show do Milhão”, que ainda pode contribuir para a compreensão da fixação do valor da indenização. A demanda foi julgada pelo Superior Tribunal de Justiça em 8 de novembro de 2005 (Recurso Especial nº 788.459-BA), que teve como relator o ex-ministro Fernando Gonçalves.

O fato consistiu em um concurso em programa de televisão no qual uma pessoa foi admitida a responder perguntas sobre temas gerais e que, ao chegar a penúltima pergunta, já havia acumulado uma premiação no valor de R\$ 500.000,00. Nessa fase do concurso ela passaria a ser desafiada com a pergunta final (a chamada pergunta do milhão) e, segundo as regras do programa, se houvesse erro na resposta, receberia apenas a quantia de R\$ 300,00 e, caso acertasse a última pergunta, receberia o prêmio máximo.

Ocorre que a última questão foi concebida de forma a não permitir uma resposta correta.

A indagação final era precificada de afirmação segundo a qual “a Constituição Federal reconhece direitos dos índios sobre o território brasileiro em um dos seguintes percentuais: 22%, 2%, 4% e 10%. Deveria, então, a candidata efetuar escolha de uma das opções antes mencionadas, só que todas estavam erradas, o que importa dizer que a questão eliminava de forma irremediável qualquer possibilidade de resposta certa e, conseqüentemente, a uma chance de se auferir o prêmio objeto das regras estabelecidas pela direção do programa de televisão.

Na primeira instância, a ação foi julgada procedente e fixada a indenização no valor de R\$ 500.000,00, correspondente ao prêmio máximo, decisão essa que foi confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em acórdão que, por sua vez, foi reformado pela decisão do Superior Tribunal de Justiça antes mencionada, de sorte que as instâncias ordinárias concederam à vítima o resultado final almejado.

Ao proferir o seu voto, o Relator do Recurso Especial transcreveu alguns trechos da decisão de segundo grau que, por sua vez, contém a transcrição de trechos da decisão de primeira instância, dos quais são reproduzidos os seguintes:

A Constituição reconhece direitos aos índios de quanto do território brasileiro?

- Resposta:
- 1 - 22%
 - 2 - 02%
 - 3 - 04%
 - 4 - 10% (resposta correta)

Ora, como bem afirma a ilustre Juíza a quo na sentença recorrida “A pergunta, é óbvio, não deixa a menor dúvida de que refere-se a **um percentual de terras que seria reconhecido pela Constituição Federal como de direito pertencente aos índios**”.

Assim sendo, não tem cabimento a irresignação da recorrente quanto a ter a **a quo** concluído no sentido de ser a pergunta “irrespondível”, afirmando tratar-se de pergunta complexa que demanda raciocínio veloz do candidato, porque na Constituição Federal não há consignação de percentual relativo à percentagem de terras reservadas aos índios [...].

Como bem salienta a Magistrada na decisão: [...] **a pergunta foi mal formulada, deixando a entender que a resposta correta estaria na Constituição Federal, quando em verdade fora retirada da Enciclopédia Barsa**. E isso não se trata de uma “pegadinha”, mas de uma atitude de má-fé, quiçá, para como diz a própria acionada, manter a “emoção do programa onde ninguém até hoje ganhou o prêmio máximo”.

[...]

No que pertine à condenação em perdas e danos, bem analisada a questão na irretocável sentença, com fundamento no art. 1059 do Código Civil, vigente à época do ajuizamento da demanda.

A ementa do acórdão do Superior Tribunal de Justiça tem o seguinte teor:

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE.

ENTRE ASPAS

1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade.
2. Recurso conhecido e, em parte, provido.

No seu voto, argumentou o relator:

Na espécie dos autos, não há, dentro de um juízo de probabilidade, como se afirmar categoricamente – ainda que a recorrida tenha, até o momento em que surpreendida com uma pergunta no dizer do acórdão sem resposta, obtido desempenho brilhante no decorrer do concurso – que, caso fosse o questionamento final do programa formulado dentro de parâmetros regulares, considerando o curso normal dos eventos, seria razoável esperar que ela lograsse responder corretamente à "pergunta do milhão".

Isto porque há uma série de outros fatores em jogo, dentre os quais merecem destaque a dificuldade progressiva do programa (refletida no fato notório que houve diversos participantes os quais erraram a derradeira pergunta ou deixaram de respondê-la) e a enorme carga emocional que inevitavelmente pesa ante as circunstâncias da indagação final (há de se lembrar que, caso o participante optasse por respondê-la, receberia, na hipótese, de erro, apenas R\$ 300,00 (trezentos reais)).

Destarte, não há como concluir, mesmo na esfera da probabilidade, que o normal andamento dos fatos conduziria ao acerto da questão. Falta, assim, pressuposto essencial à condenação da recorrente no pagamento da integralidade do valor que ganharia a recorrida caso obtivesse êxito na pergunta final, qual seja, a certeza – ou a probabilidade objetiva – do acréscimo patrimonial apto a qualificar o lucro cessante.

Não obstante, é de se ter em conta que a recorrida, ao se deparar com questão mal formulada, que não comportava resposta efetivamente correta, justamente no momento em que poderia sagrar-se milionária, foi alvo de conduta ensejadora de evidente dano.

Resta, em consequência, evidente a perda de oportunidade pela recorrida [...]

Quanto ao valor do ressarcimento, a exemplo do que sucede nas indenizações por dano moral, tenho que ao Tribunal é permitido analisar com desenvoltura e liberdade o tema, adequando-o aos parâmetros jurídicos utilizados, para não permitir o enriquecimento sem causa de uma parte ou o dano exagerado de outra.

A quantia sugerida pela recorrente (R\$ 125.000,00 cento e vinte e cinco mil reais) – equivalente a um quarto do valor em comento, por ser uma “probabilidade matemática” de acerto de uma questão de múltipla escolha com quatro itens) reflete as reais possibilidades de êxito da recorrida.

Ante o exposto, conheço do recurso especial e lhe dou parcial provimento para reduzir a indenização a R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais).

Ao discorrer sobre a decisão do Superior Tribunal de Justiça, Savi (2009, p. 80) considerou que a questão foi bem apreciada na instância especial, uma vez que não seria possível afirmar que a autora acertaria uma nova pergunta que viesse a ser formulada, de sorte que não seria possível a condenação do réu ao pagamento da integralidade do valor objeto do concurso.

No sentir do referido autor, decisão da corte especial é quase impecável e, sem dúvida, merecedora de aplausos, pela forma técnica que foi elaborada, de acordo com os critérios, limites e forma de aplicação da teoria defendidos pelo autor.

Todavia, Savi (2009, p. 80) faz um reparo à decisão ora comentada em razão do percentual de probabilidade admitido, uma vez que, para o autor referido, a chance perdida, para ser considerada séria e passível de reparação, necessitaria superar a 50% e no caso concreto as chances admitidas como perdidas acabaram limitadas ao percentual de 25%.

9. Conclusão

O presente trabalho objetiva a compreensão da perda de uma chance na sua concepção clássica, que é aquela que ocorre quando um indivíduo, por ato injurídico de outrem, é frustrado de obter uma vantagem ou resultado favorável provável. Essa teoria se amolda com maior tranquilidade a essa concepção, porque aqui estamos diante de uma possibilidade que poderá ser averiguada com um grau de quase certeza, embora não se saiba ao certo se o resultado desejado seria alcançado, porque o processo aleatório em curso não chegou ao seu final.

Aqui se utilizou algumas vezes a expressão perda de uma oportunidade como sinônima de perda da uma chance, embora deva ser admitido que a última expressão revela-se mais adequada porque a palavra “chance”, apesar ser de uso mais comum, parece se ajustar, com maior precisão, à terminologia jurídica. Chance e oportunidade têm significados parecidos, mas a chance representa algo mais que a oportunidade.

Ao se recorrer ao exemplo de uma corrida de 100 metros rasos, da qual participem recordistas mundiais dessa prova esportiva (como é o caso do corredor jamaicano Usain Bolt, que, nos últimos anos, impressionou a todos com o seu elevado desempenho nessa modalidade de competição) e outros atletas com desempenho inferior, poderá ser verificado que aqueles com chance de vencer a competição, dentro de um cenário de normalidade, serão os atletas com desempenho superior, como é o caso do desportista referido.

Neste exemplo, poderá ser dito que todos os atletas inscritos na prova terão a mesma oportunidade, porque todos estarão submetidos às mesmas regras e condições para a competição, mas não poderá ser dito que todos terão a mesma chance de vencê-la. Assim, o vocábulo chance mais se aproxima da ideia de possibilidade real e se encontra incorporado à linguagem utilizada no meio jurídico.

Aqui também são oferecidas observações sobre dois pontos abordados nos capítulos anteriores, o primeiro deles sobre um aspecto peculiar do episódio que envolveu o maratonista brasileiro Vanderlei Cordeiro de Lima, que resultou na perda da chance pela obtenção da medalha de ouro nos jogos olímpicos do ano de 2004, realizados na cidade de Atenas, na Grécia, mas que criou para o atleta outra oportunidade, que foi a de conquistar a medalhada “Pierre de Coubertin, honraria concedida em raras ocasiões e que, até os dias atuais, não foi conquistada por outro atleta brasileiro, sendo certo, contudo, que esse outro resultado obtido

pelo atleta brasileiro também decorreu da sua reação em continuar na disputa, além de concluí-la com entusiasmo.

O fato verificado com o maratonista, além de um exemplo clássico de perda da uma chance, é, também, um exemplo de como um mesmo fato pode, a um só tempo, proporcionar a perda e o surgimento de uma oportunidade, causando dúvida sobre a possibilidade de reparação do dano pela perda de uma chance, uma vez que as duas oportunidades estão ligadas ao mesmo fato, a um só tempo danoso e auspicioso.

É possível que a aceitação da honraria pelo atleta brasileiro venha a ser encarada como uma espécie de ressarcimento por parte da organização do evento, embora as medalhas perdida e obtida tenham significados diferentes.

No entanto, o entendimento acerca da compensação de chance poderá não ser aceito em casos como o do advogado que, ao deixar de ingressar com uma ação trabalhista, proporciona, em um primeiro momento, o dano da prescrição do direito do reclamante, mas se esse cliente vier posteriormente a ser contratado pela segunda vez pelo ex-empregador, sabendo-se que esse empregador assim não agiria caso tivesse ocorrido o ajuizamento da reclamação, poderá ser dito que, ainda que involuntariamente, a omissão do advogado evitou que fosse criado um obstáculo à reconstrução. Aqui, mesmo se admitindo como mais importante a oportunidade do emprego que o ajuizamento da ação trabalhista, não é razoável vislumbrar possibilidade de compensação das chances.

Tal fenômeno, em outras circunstâncias, poderá ser levado em consideração por ocasião da quantificação do dano. A vida poderá oferecer casos em que essa peculiaridade poderá ocorrer. No campo político, por exemplo, não são poucos os casos em que o mesmo ato que cerceou a carreira de uma pessoa, em um primeiro instante, pode servir como propulsor de uma posterior trajetória de êxito.

A segunda observação diz respeito à quantificação do dano no episódio conhecido como o Show do Milhão, que revelou um rigor exato entre a probabilidade perdida e a quantificação do dano, mas que, no entanto, se afastou do ângulo mais coerente para o estabelecimento da probabilidade que interessa à teoria da responsabilidade pela perda de uma chance.

Essa constatação deriva da circunstância de que o concurso debatido em juízo tinha por base o conhecimento e, ao estabelecer relação direta entre o dano e a quantidade de alternativas, a decisão da corte especial colocou a vítima no mesmo pé de igualdade de uma pessoa sem qualquer conhecimento, com se estivesse diante de um jogo em que apenas o fator sorte fosse determinante do seu resultado.

Pode-se afirmar que o critério adotado na decisão induz ao raciocínio de que, se fossem 10 as possibilidades da vítima, a reparação corresponderia a um décimo do valor final, o que proporcionaria dúvida acerca do requisito da seriedade da possibilidade, de sorte que a argumentação utilizada poderia servir para negar o direito da vítima, uma vez que, se a “pergunta do milhão” tivesse sido formulada corretamente, ela apresentaria uma probabilidade maior para erro (75%), o que, para parte da doutrina, importaria no não reconhecimento do direito a indenização com base na teoria da perda da chance.

Como o concurso consistia em teste de conhecimento, evidente as probabilidades seriam mais adequadamente aferidas se vistas sob essa perspectiva, o que poderia levar a outro resultado, talvez próximo ao que chegou às instâncias ordinárias. Afinal, a vítima já havia obtido êxito nas fases anteriores do concurso e isso poderia resultar em expectativa favorável de alcance do êxito total, apesar de se concordar aqui que a última pergunta viesse a ser a mais difícil.

Por outro lado, ao apreciar o caso, o Superior Tribunal de Justiça considerou que não havia, dentro de um juízo de probabilidade, como se afirmar categoricamente, ainda que a recorrida tivesse um desempenho brilhante, que ela responderia corretamente à "pergunta do milhão", premissa esta que guarda certa incoerência com a teoria da perda de uma chance, porque, para a configuração da responsabilidade civil, nesses casos, não existe a necessidade da certeza do alcance da vantagem final. Ao contrário, o que se espera é constatação de uma probabilidade séria e não hipotética de se auferir um ganho previsível, cuja reparação não será idêntica a do resultado esperado, sendo esta uma das características da teoria clássica da perda de chance.

Além disso, se o desempenho da vítima tivesse sido brilhante, como se admite na argumentação, talvez fosse viável o estabelecimento de juízo de probabilidade, embora isso possa não ter sido possível na estreita via do recurso especial. De qualquer sorte, a decisão tem o mérito de, não sendo viável aferir as chances sob a ótica ora apresentada, haver encontrado outro caminho, quantificando o dano em uma verdade estatística.

Constatou-se no presente artigo que a reparação por perda de chance pode ser extrapatrimonial ou material, o que traz como consequência a possibilidade de acumulação de ambas, quando o ato lesivo se apresentar com essa duplicidade de efeito.

Apesar do tema ainda não ter sido debatido pela maioria dos tribunais, a ponto de se constatar a existência de jurisprudência nacional, é possível afirmar que as decisões judiciais em torno da perda de chance (negando ou efetivando a sua aplicação) têm desempenhado um papel importante para a evolução da teoria no Brasil, já não são tão raras e, se o tema perda de uma chance não estivesse tão relacionado à questão probatória, certamente haveria uma quantidade maior de manifestações do Superior Tribunal de Justiça sobre ele.

Uma das contribuições judiciais foi a admissão da chance em percentual não superior a 50%. Embora se reconheça que seja mais tranquila a aplicação da teoria da perda da chance quando a sua probabilidade é igual ou superior a 50%, esse padrão rígido não tem aceitação doutrinária unânime, de sorte que o posicionamento do Poder Judiciário (pelo menos em uma decisão, mencionada anteriormente) pode ter estabelecido um novo paradigma a ser seguido, acompanhando uma tendência doutrinária de desapego a ao crédito rígido de reconhecimento da seriedade da chance somente quando igual ou superior a 50%.

Por fim, a perda da chance em que um dano ocorreu, porque um processo maléfico não foi interrompido por quem poderia detê-lo ou atenuar as suas consequências, mereceria um aprofundamento maior, sobretudo em relação aos casos verificados na prática da advocacia e da medicina, o que não comporta no presente artigo, que, no entanto, não deixou o tema passar despercebido. Nesses casos, a aplicação da teoria da perda da chance poderá ter que percorrer caminhos tortuosos e nem sempre se apresentará plausível.

Situações em que não é possível determinar o que teria causado dano ao paciente (se o tratamento inadequado ou a evolução da doença, sabendo-se que as duas circunstâncias, isoladamente, poderiam proporcionar o mesmo resultado desfavorável, sem que se soubesse qual delas foi a que determinou o dano) conduzem, em tese, à adoção da causalidade concorrente. Todavia, na prática, tudo dependerá da casuística e a idéia de coexistência ou concorrência de causalidade poderá se apresentar falsa em determinados casos por resultar de uma malsucedida investigação dos fatos. Mesmo admitida como viável essa possibilidade, a mitigação da responsabilidade culposa em face coexistência do caso fortuito é controvertida e um tanto distanciada do tema aqui enfocado.

A aplicação da teoria da perda de chance parece mais ajustar-se nos casos médicos nos

quais é possível conhecer a probabilidade de êxito de um tratamento adequado que deixou de ser ministrado. Sabe-se que em medicina, a conduta adequada nem sempre é garantia de eficácia do tratamento e essa circunstância confere um grau de dificuldade em estabelecer percentuais de êxito de determinados casos. No entanto, isso parece viável na grande maioria das ocorrências de saúde.

Assim, se existe um tratamento que poderia evitar um dano, mas essa conduta, que somente é eficaz em 50% dos casos com a mesma característica, não foi ministrada no momento oportuno, a adoção da perda da chance parece útil para à solução da controvérsia, porque aí ter-se-ia um parâmetro adequado para o estabelecimento da responsabilidade civil e para a quantificação da reparação do dano. Nesse caso, uma possibilidade de cura mesmo que inferior a 50% seria suficientemente para o estabelecimento da responsabilidade civil, de sorte que o parâmetro adotado por parte da doutrina para a configuração da seriedade da chance perdida (igual ou superior a 50%) não parece adequado a esses casos e poderia prestigiar o descaso profissional.

Ao contrário, a teoria da perda de uma chance deve contribuir para a evolução da responsabilidade civil, sobretudo quanto ao nexo de causalidade, afastando a ideia contida na fórmula “tudo ou nada”. Atualmente, já se fala em responsabilidade civil pela mera criação de riscos, que ocorre quando a vítima é exposta a uma situação que resulte em probabilidade de causar dano futuro, cientificamente demonstrada, situação essa que difere dos casos de perda de chance, nos quais uma probabilidade de ganho futuro é frustrada ou uma oportunidade de ser evitar um dano é perdida. Na criação do risco não acontece nem uma coisa nem outra e sim uma situação diferente, que consiste na possibilidade séria e tormentosa que se abate sobre uma pessoa em sofrer um dano quase certo.

Isso ocorre, por exemplo, nos casos de exposição de pessoas a substâncias potencialmente causadoras de doenças letais que, a partir de então passam a conviver com um mal em potencial, tendo que se amoldarem a essa nova realidade, a ponto de terem que modificar hábitos e adotar cuidados especiais, inclusive tratamento médicos que visem minorar os efeitos de uma possível doença grave, como ocorre com os indivíduos excessivamente expostos à radiação.

Não seria plausível aguardar a evolução dos fatos para, somente depois de consumado o dano, viesse a ser estabelecido o nexo de causalidade, de sorte que, uma vez criado o risco (o que na maioria das vezes já acarreta o dano moral por si só) a responsabilidade civil passa a incidir de imediato, sobretudo em relação às chamadas consequências marginais do risco, como as despesas com tratamento médico para minorar ou eliminar o próprio risco.

A adoção da teoria da perda da chance tem caráter pedagógico e preventivo em relação ao dano, sobretudo nas áreas em que incide com maior frequência, como no campo de atuação dos advogados e médicos, contribuindo para uma conduta ética mais cuidadosa dos profissionais dessas áreas, daí repercutindo para as demais atividades humanas.

A perda de uma chance, embora ligada a um acontecimento futuro, constitui atualmente um conceito que tem bases sólidas na doutrina e que se afirma na jurisprudência como uma categoria autônoma de dano e que enseja reparação civil. Ela está em harmonia com o ordenamento jurídico, sobretudo com a cláusula geral contida no art. 927, do Código Civil Brasileiro, e com o princípio da reparação integral do dano adotado no art. 402, do mesmo Código.

Referências

- VENOSA, SÍLVIO DE SALVO. Direito Civil: Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas, 2008, v. 4.
- SAVI, SÉRGIO. Responsabilidade Civil por Perda de Uma Chance. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- SILVA, RAFAEL PETEFFI DA. Responsabilidade Civil pela Perda de Uma Chance. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- GONÇALVES, CARLOS ROBERTO. Direito Civil Brasileiro. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 4.
- CAVALIERI FILHO, SÉRGIO. Programa de Responsabilidade Civil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- GONDIM, GLENDA GONÇALVES. Reparação Civil na Teoria da Perda de Uma Chance. UFPR. Curitiba: 2010. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/handle/1884/23451>>. Acesso em 27 set 2010.
- DIAS, SERGIO NOVAIS. Responsabilidade Civil do Advogado: Perda de uma Chance. 1. ed. São Paulo: LTr, 1999.
- FARIA, CRISTIANO CHAVES DE. A teoria da perda de uma chance aplicada ao Direito de Família: Utilizar com Moderação. Ibdfam. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?congressos&evento=6&anaais>>. Acesso em: 27 set 2010.
- NORONHA, FERNANDO. Direitos das Obrigações. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2010.
- NORONHA, FERNANDO. Responsabilidade por Perdas de Chances. Revista de Direito Privado. São Paulo: RT, 2005, p. 28-46, v. 23.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n.º 788.459. 4ª. Turma. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Publicado em 13 mar 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=788459&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=5>>. Acesso em: 27 set 2010.
- _____. Recurso Especial n.º 1.184.128. 3ª. Turma. Relator: Ministro SIDNEI BENETI. Publicado em 01 de julho de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201000389990&dt_publicacao=01/07/2010>. Acesso em: 27 set 2010.
- _____. Recurso Especial nº 596.613-RJ, publicado em 02.08.2004, 4ª. Turma, Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200301771026&dt_publicacao=02/08/2004>. Acesso em: 27 set 2010.
- _____. Recurso Especial nº 402.182-RS, publicado em 12.06.2006, 3ª. Turma, Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200101989390&dt_publicacao=12/06/2006>. Acesso em: 03 out 2010.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO, Apelação Cível nº 2002.001.05527, 17ª Câmara Cível. Relator Des. Bernardo Moreira Garcez Neto, julgado em 02/05/2002. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=DIGITAL1A&LAB=ONxWEBPGM=WEBPCNU88&PORTAL=1&N=200200105527&protproc=1>>. Acesso em: 27 set 2010.

ENTRE ASPAS

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MATO GROSSO DO SUL, Apelação Cível nº 2005.013760-1 Relator Des. Paschoal Carmello Leandro. Disponível em: <http://www.tjms.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?_&tpClasse=J&cbPesquisa=NUMPROC&dePesquisa=20050137601>. Acesso em: 27 set 2010.

A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA E AS RESTRIÇÕES IMPOSTAS À SUA CONCESSÃO

Tássio Lago Gonçalves

Técnico Judiciário. Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

Pós-Graduando em Direito Processual Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia.

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo analisar a antecipação dos efeitos da tutela em face da Fazenda Pública. Este é um tema que causa grandes desentendimentos entre os estudiosos do direito, principalmente no que tange aos limites e restrições para a sua concessão. Para melhor compreensão do assunto, é necessária uma análise técnica sobre o instituto da tutela antecipada, partindo-se de uma revisão da doutrina sobre a sua conceituação, especificidades, características e pressupostos. Sedimentado o entendimento acerca de tais elementos, será analisada apuradamente a antecipação dos efeitos da tutela em face da Fazenda Pública, buscando realizar uma sistematização das prerrogativas da Fazenda Pública que se impõem como restrição à concessão da tutela antecipada, falando também das leis que disciplinam a matéria em apreço, e das restrições legais impostas à referida concessão. Por fim, se buscará explicar a forma correta de lidar com tal instituto, aplicando-se o princípio da proporcionalidade.

Palavras-Chave: Antecipação dos efeitos da tutela. Fazenda Pública. Restrições à concessão. Princípio da Proporcionalidade.

1. Introdução

O presente trabalho tem por objeto a análise da antecipação dos efeitos da tutela em face da Fazenda Pública. Este é um tema que ainda causa grandes debates entre os estudiosos do direito, principalmente no que tange aos limites e restrições à sua concessão.

O estudo da tutela antecipada, prevista no art. 273 do Código de Processo Civil, se revela de vital importância, na busca de uma prestação jurisdicional célere, possibilitando ao Juiz, desde que presente os pressupostos legais, deferir antecipadamente ao autor os efeitos do provimento de mérito que só seriam deferidos ao final do julgamento.

Necessário se faz sistematizá-la, buscando explicitar suas principais características e pressupostos, para então adentrar no campo da antecipação dos efeitos da tutela em face da Fazenda Pública.

A polêmica, no caso, se instaura quando da tutela antecipada em face do Poder Público, que possui prerrogativas que buscam limitar a sua concessão.

Falar-se-á dos principais óbices à sua concessão contra o Poder Público, principalmente depois do advento da Lei nº 9.494/97, que impôs restrições que são encaradas como absolutas por boa parte dos intérpretes do direito.

Este tema mostra-se como de grande relevância, na medida em que ultrapassa o campo teórico e ganha contornos práticos, buscando não só a compreensão geral do instituto, mas também a sua aplicação no caso concreto.

Ao final, serão expostas as conclusões do presente trabalho.

2. A tutela antecipada

2.1. Noções gerais

A tutela jurisdicional prestada pelo estado-juiz pode ser definitiva ou provisória. A tutela definitiva é aquela obtida através de cognição exauriente, ou seja, através de uma profunda análise do objeto do processo, observando-se o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, podendo produzir resultados imutáveis, consubstanciando a coisa julgada material.

Entretanto, a entrega da tutela definitiva demanda considerável lapso temporal. O decurso do tempo é um fenômeno inexorável. A marcha do tempo é peremptória e nada consegue escapar-lhe. O seu transcurso pode produzir os mais diversos efeitos: pode ter o condão de conferir estabilidade às relações jurídicas, bem como pode influir para que haja o perecimento do direito material objeto da lide. Para abrandar os males do tempo sobre o processo, acelerando os efeitos desse e buscando a efetividade da tutela jurisdicional, foram criadas as tutelas provisórias, que se subdividem em tutela antecipada e tutela cautelar.

A tutela provisória, que tem como espécies a tutela cautelar e a tutela antecipada, é aquela fundada em cognição sumária, perfunctória, em que o juiz da causa faz apenas uma análise superficial sobre o objeto do processo. Ela é uma tutela temporária, tendo sua eficácia limitada no tempo, e precária, pois pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em razão de ser pautada numa cognição perfunctória.

Assim, o instituto da tutela antecipada nasceu da necessidade de uma prestação jurisdicional mais célere do Estado, uma vez que a tutela definitiva, por exigir uma cognição exauriente, necessita de um conjunto de atos que propiciem uma verdade material suficiente para a solução da lide, demandando um lapso temporal considerável.

Sua previsão no sistema processual brasileiro se encontra no art. 273 do Código de Processo Civil, que reverbera:

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

2.2. Conceito

A tutela antecipada é a entrega provisória da prestação jurisdicional, através da certificação ou da efetivação do direito material discutido. Através dela, antecipa-se a eficácia da decisão final, possuindo, portanto, caráter satisfativo.

É, portanto, um provimento provisório que assegura de logo ao demandante da prestação jurisdicional a prestação do direito material objeto da lide, que normalmente só ocorreria depois de apreciada toda controvérsia e proferida a sentença.

Neste sentido, bem assinala Nelson Nery Júnior (1995, p. 53):

(...) tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito é providência que tem natureza jurídica de execução *lato sensu*, com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou seus efeitos. É tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com ação de conhecimento. Com a instituição da tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito no direito brasileiro, de forma ampla, não há mais razão para que seja utilizado o expediente, impropriamente denominada “cautelares satisfativas”, que constitui em si um *contradictio in terminis*, pois as cautelares não satisfazem; se a medida é satisfativa é porque, *ipso facto*, não é cautelar.

Dessa forma, a tutela antecipada tem o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a pretensão deduzida em juízo, antecipando os efeitos da tutela jurisdicional pretendida antes do julgamento final da lide, diminuindo, assim, os efeitos maléficos do tempo no processo. É, portanto, uma tutela satisfativa, pois dá ao requerente o bem da vida almejado, realizando o direito reivindicado.

2.3. Pressupostos para a concessão da tutela antecipatória

2.3.1. Pressupostos genéricos

2.3.1.1. O requerimento da parte

Segundo o art. 273 do CPC, a antecipação da tutela pode ser concedida pelo Juiz, desde que, havendo requerimento da parte, o mesmo se convença da verossimilhança das alegações, através da existência de prova inequívoca, devendo ainda haver a existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou que fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Assim, é necessário para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela o requerimento da parte. Dessa forma, não pode o juiz antecipar a tutela de ofício.

Tal requerimento poderá vir contido na exordial, quando houver fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, podendo também ser requerido no curso do processo, neste caso, havendo qualquer das hipóteses dos incisos I e II do art. 273 do Código de Processo Civil.

2.3.1.2. A existência de prova inequívoca

A prova inequívoca é qualquer meio de prova (e não apenas a prova documental) capaz de influir positivamente no convencimento do órgão julgador. É a prova suficiente para convencer o juiz acerca da verossimilhança do alegado pelo autor.

Dessa forma, considera-se prova inequívoca aquela que, diante dos fatos expostos, seja suficiente para a formação do juízo de probabilidade, sendo capaz de antecipar a medida buscada.

Tal prova inequívoca é aquela prova robusta, suficiente para a formação do juízo de probabilidade pelo magistrado, e não a prova revestida de certeza absoluta, nem a que conduz a melhor verdade possível, pois se assim fosse não se estaria concedendo a tutela pretendida, e sim, julgando antecipadamente o mérito da causa, o que só é possível através de uma cognição exauriente.

A prova inequívoca não é prova irrefutável, pois assim conduziria a uma tutela satisfativa definitiva, fundada em cognição exauriente, e não provisória, que é fundada em cognição sumária. Interpretar a prova inequívoca no sentido de prova capaz de induzir a certeza sobre os fatos alegados esvaziaria por completo o conteúdo das tutelas antecipadas, as quais só poderiam ser deferidas, dessa forma, após toda a instrução processual, fundando-se numa cognição profunda. (DIDIER JR; OLIVEIRA; BRAGA, 2007, p. 538).

Seguindo esta linha de raciocínio, José Roberto Bedaque (1997, p. 236) entende que a prova inequívoca não é aquela suficiente para o acolhimento do pedido, o que autoriza o julgamento antecipado.

Neste sentido, ensinam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2007, p. 540):

trata-se, enfim, de um pressuposto objetivo de concessão da tutela antecipada: o magistrado deverá demonstrar que há nos autos prova produzida, com tais características, que justifique a conclusão pela verossimilhança das alegações. Significa dizer, ainda, que a mera alegação do demandante, não acompanhada de prova, não permite a concessão da medida, por mais verossímil que seja.

2.3.1.3. A verossimilhança das alegações

A verossimilhança é o grau de convicção do órgão julgador acerca das alegações feitas pelas partes. Portanto, é um juízo de probabilidade feito pelo magistrado, que se ampara na prova inequívoca que serviu como fundamento para a convicção quanto à probabilidade das alegações.

Dessa forma, o juízo de verossimilhança é aquele que permite chegar a uma verdade provável sobre os fatos, a um elevado grau de probabilidade da versão apresentada pelo autor (BEDAQUE, 2003, p. 336).

Salienta-se que a verossimilhança não se refere apenas a matéria de fato, referindo-se também a subsunção dos fatos à norma invocada. Ademais, a prova inequívoca não conduz necessariamente a um juízo de verossimilhança e ao acolhimento do pedido. E o juízo de verossimilhança não decorre necessariamente da prova inequívoca, podendo advir, por exemplo, de fatos incontroversos, notórios, ou decorrentes de coisa julgada anterior (DIDIER JR; OLIVEIRA; BRAGA, 2007, p. 541).

2.3.1.4. A reversibilidade dos efeitos do provimento

O §2º do art. 273 do Código de Processo Civil estabeleceu mais um pressuposto a ser

cumprido por quem requeira a antecipação dos efeitos da tutela. Dispõe o referido artigo:

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

[...]

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

Dessa forma, a lei exige que os efeitos da tutela sejam reversíveis, devendo ser demonstrado ao juiz que a medida é possível de reversão, ou seja, que é possível retornar ao *status quo ante* acaso se constate, no curso do processo, que a mesma deva ser alterada ou revogada. (CARNEIRO, 2004, p. 79).

Nesta linha de entendimento, ensina Teori Albino Zavascki (1999, p. 97):

No particular, o dispositivo observa estritamente o princípio da salvaguarda do núcleo essencial: antecipar irreversivelmente seria antecipar a própria vitória definitiva do autor, sem assegurar ao réu o exercício do seu direito fundamental de se defender, exercício esse que, ante a irreversibilidade da situação de fato, tornar-se-ia absolutamente, inútil, como inútil seria, nestes casos, o prosseguimento do próprio processo.

Este também é o magistério de Humberto Theodoro Júnior (1999, p. 345):

Evoluiu-se então, em todo o direito europeu, para o rumo de conceber a tutela provisória tanto para “conservar” como para “regular” a situação jurídica material das partes. Somente não se permitia a liberdade de interferir no relacionamento substancial litigioso, nos casos de emergência, quando a regulação provisória da lide fosse de tal modo a impedir a reversão no julgamento definitivo do mérito, caso se tornasse necessário julgar a causa, afinal, de modo diverso.

Entretanto, em certos casos, tal pressuposto para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela deve ser afastado, sendo permitida a satisfação irreversível da tutela antecipada, sob pena de perecimento do direito. Em hipóteses em que o dano seja irreversível, deve-se aplicar o princípio da proporcionalidade no sentido de dar primazia a efetividade da tutela e conceder-se a medida.

Assim, se o deferimento da tutela antecipada produz efeitos irreversíveis para o requerido, o seu indeferimento também implica consequências irreversíveis para o requerente. Nesses casos, em razão da urgência e da evidência do direito do requerente, é imprescindível a concessão da tutela antecipatória, entregando-lhe, de imediato, o bem da vida almejado, resguardando-se o direito fundamental à efetividade da jurisdição. (DIDIER JR; OLIVEIRA; BRAGA, 2007, p. 543/544).

Portanto, deve-se dar primazia a antecipação da tutela, em prejuízo da segurança jurídica da parte adversária, que deverá suportar a irreversibilidade e contentar-se, quando possível, com uma reparação pelo equivalente em pecúnia. Isso porque cabe ao juiz ponderar os valores

em jogo, com base no princípio da proporcionalidade, dando proteção àquele que tenha maior importância no caso concreto. (DIDIER JR; OLIVEIRA; BRAGA, 2007, p. 544).

2.3.2. Pressupostos específicos

2.3.2.1. Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação

Preenchidos os pressupostos gerais, deve o magistrado verificar a existência de ao menos um dos pressupostos específicos.

O primeiro deles é o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, em decorrência da demora do processo, também chamado de *periculum in mora* ou perigo da demora. Tal pressuposto está previsto no art. 273, I do CPC:

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

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação
(grifos nossos)

Considera-se dano irreparável aquele cujos efeitos são irreversíveis. Já o dano de difícil reparação é aquele que provavelmente não será revertido, seja porque as condições financeiras do réu autorizam supor que não será restabelecido ou compensado, seja porque, por sua própria natureza, é complexa a sua quantificação ou individualização precisa. (DIDIER JR; OLIVEIRA; BRAGA, 2007, p. 546).

O risco de dano irreparável ou de difícil reparação que enseja a antecipação dos efeitos da tutela é o risco concreto, certo, e não o hipotético, decorrente apenas de temor subjetivo da parte, devendo, portanto, ser demonstrado e provado. Além disso, deve ser um risco atual, que se apresenta na iminência de ocorrer, e não um perigo passado, que resultaria na impossibilidade de antecipação. Por último, deve ser um risco grave, com aptidão para fazer perecer ou prejudicar o direito afirmado pela parte.

Dessa forma, o deferimento da tutela antecipada prevista no art. 273, I do CPC somente se justifica quando se torna imprescindível para evitar a ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação em razão da demora do processo.

Insta salientar que não é possível o deferimento da medida em razão de possível vantagem que poderia advir da entrega da prestação jurisdicional, sendo o propósito do referido inciso a necessidade, e não a utilidade que o efeito possa vir a trazer ao autor. Assim, apenas a demora no processo não é motivo justificável para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela.

Por último, cabe afirmar que o receio que justifica a tutela antecipada nem sempre se refere a um dano, podendo também dizer respeito a um ato ilícito, ou seja, contrário ao direito, a depender do tipo de tutela que se quer antecipar. A tutela ressarcitória pressupõe um dano já consumado. Na tutela inibitória, busca-se evitar a ocorrência de um ato contrário ao direito ou impedir sua continuação. Na tutela reintegratória, busca a remoção de um ilícito já praticado, visando impedir sua repetição, restabelecendo o *status quo ante*. A antecipação, nesses casos, é possível com fulcro no art. 461, §3º do CPC e art. 84, §3º do CDC, que tem como requisito o receio de ineficácia do provimento final. (DIDIER JR; OLIVEIRA; BRAGA, 2007, p. 547).

2.3.2.2. Abuso do direito de defesa ou manifesto protelatório do réu

O ato abusivo ou protelatório é aquele que consiste em um empecilho ao andamento do processo, que implicar no comprometimento da lisura e da celeridade do processo. Assim, o ato abusivo que não impede e nem retarda os atos processuais subsequentes não legitima a medida antecipatória. (ZAVASCKI, 1999, p. 78).

O referido instituto está previsto no art. 273, II do Código de Processo Civil, que assim dispõe:

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

[...]

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

Segundo Cândido Dinamarco, Calmon de Passos e Carreira Alvin, a palavra “defesa” na expressão “abuso do direito de defesa” está relacionada à contestação, ou seja, as razões dedutíveis pelo réu contra a pretensão do autor, razões estas que se encontram na peça contestatória.

O abuso do direito de defesa abrange os atos protelatórios praticados dentro do processo, em sede de defesa. Seria a prática de atos indevidos, desnecessários e impertinentes no curso de processo.

Já o manifesto propósito é qualquer outro ato não relacionado à contestação que tenha por objetivo o retardamento do processo.

Assim, protelatório é tudo que retarda, sem razão atendível, o andamento do processo. E esse instituto se torna manifesto quando dele não poderá resultar proveito processual lícito para o interessado em sua prática. (PASSOS, 1995, p. 18).

3. A antecipação dos efeitos da tutela em face da Fazenda Pública

3.1. Considerações iniciais

Após tecer considerações preliminares sobre o instituto da tutela antecipada, falando de suas principais especificidades e características, deve-se agora ingressar no estudo da antecipação dos efeitos da tutela em face da Fazenda Pública.

A expressão Fazenda Pública, no sentido técnico processual, refere-se às pessoas jurídicas de Direito Público quando estão em Juízo, enquanto partes do processo. Nessas pessoas jurídicas de direito público, estão compreendidos a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal, as autarquias e as fundações públicas. Leonardo José Carneiro da Cunha bem define o tema em apreço (2007, p. 32):

A expressão Fazenda Pública identifica-se tradicionalmente como a área da Administração Pública que trata da gestão das finanças, bem como da fixação e implementação de políticas econômicas. Em outras palavras, Fazenda Pública é expressão que se relaciona com as finanças estatais,

estando imbricada com o termo erário, representando o aspecto financeiro do ente público. Não é por acaso a utilização da terminologia Ministério da Fazenda ou Secretaria da Fazenda, para designar, respectivamente, o órgão despersonalizado da União ou do Estado responsável pela política econômica desenvolvida pelo governo.

O uso frequente do termo Fazenda Pública fez com que se passasse a adotá-lo num sentido mais lato, traduzindo a ideia do Estado em juízo; em Direito Processual, a expressão Fazenda Pública contém o significado de Estado em Juízo. Daí porque, quando se alude à Fazenda Pública, a expressão apresenta-se como sinônimo de Estado em juízo, ou, ainda, da pessoa de direito público em juízo.

A atuação dos entes dotados de personalidade jurídica de direito público deve sempre ser pautada no interesse público, aplicando-se, por consequência, o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

Em razão da aplicação do referido princípio, a Fazenda Pública goza de algumas prerrogativas que não são reconhecidas aos particulares. E graças a essas prerrogativas, por muito tempo se discutiu sobre a aplicabilidade ou não da tutela antecipada em face da Fazenda Pública.

Assentadas tais premissas, mister se faz realizar uma sistematização das prerrogativas da Fazenda Pública que se impõem como restrição à concessão da tutela antecipada, falando também das leis que disciplinam a matéria em apreço e das restrições legais impostas à referida concessão.

3.2. Prerrogativas da Fazenda Pública

A Fazenda Pública goza de algumas prerrogativas em razão do princípio da supremacia do interesse público frente ao privado.

Como exemplo dessas prerrogativas no âmbito processual, pode-se citar: o juízo privativo; os prazos mais dilatados em seu favor, conforme arts. 188 e 277 do Código de Processo Civil; o pagamento de despesas judiciais, que segundo o art. 27 do CPC, as despesas dos atos processuais efetuados a requerimento da Fazenda Pública serão pagas ao final pelo vencido; a dispensa do preparo dos recursos, segundo o art. 511 do CPC; o procedimento próprio para a execução de créditos em favor da Fazenda Pública, regulado pela Lei de Execuções Fiscais – Lei nº 6.830/80; a possibilidade de medida liminar na ação de arresto sem justificação prévia, prevista no art. 816, I, do Código de Processo Civil.

Entretanto, existem algumas prerrogativas próprias da Fazenda Pública que são apontadas como óbices à admissão da antecipação dos efeitos da tutela em face da mesma. Essas prerrogativas são o reexame necessário ou o duplo grau obrigatório de sentenças proferidas contra a Fazenda Pública, previsto no art. 475, II, do CPC; o procedimento próprio para execução das condenações da Fazenda Pública em pagamento de quantia certa, com previsão no art. 100 da CF/88 e no art. 730 do CPC, consistente no regime de pagamentos em dinheiro pela via dos precatórios; o advento das Leis nº 8.437/1992 e nº 9.494/1997, que estabeleceu um limite legal à antecipação de tutela em face do Poder Público.

Para um melhor esclarecimento acerca de cada um desses temas, necessário se faz abordar em tópico próprio para um entendimento adequado.

3.3. O óbice do reexame necessário

Um dos obstáculos que se coloca como impeditivo à aceitação da tutela antecipada em face da Fazenda Pública é o que diz respeito à eficácia da decisão, pois a sentença final contra o Poder Público só poderia produzir efeitos depois de confirmada pelo Tribunal através da remessa necessária, em função do disposto no art. 475, inciso II do Código de Processo Civil, que assim dispõe:

Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I – proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II – que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI).

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los. (grifos nossos)

Dessa forma, se a sentença só poderia produzir efeitos depois de confirmada, pois sujeita ao duplo grau de jurisdição, não poderia uma decisão antecipatória, meramente interlocutória, produzir efeitos imediatamente. (DIDIER JR; OLIVEIRA; BRAGA, 2007, p. 580).

Entretanto, tal argumento não pode prevalecer como impedimento a concessão da tutela antecipada, em virtude de o art. 475 se referir expressamente às sentenças, sendo que a tutela antecipada é concedida por meio de decisão interlocutória.

Também não se pode admitir que a possibilidade de submissão ao duplo grau obrigatório impeça a antecipação dos efeitos do provimento jurisdicional, sob o risco de haver o perecimento dos direitos.

Ademais, a tutela antecipada não é novidade no ordenamento jurídico, já havendo previsão da mesma em alguns procedimentos especiais, sempre se admitindo em face da Fazenda Pública em situações como possessórias, mandado de segurança, etc, sem que fosse levantado qualquer óbice a respeito, não havendo também nenhuma restrição prevista no art. 273 do Código de Processo Civil. (DIDIER JR; OLIVEIRA; BRAGA, 2007, p. 584).

Sobre o tema em comento, importante trazer a conclusão feita por Cássio Scarpinella Bueno (2001, p. 194):

o art. 475 não seria óbice, porque o característico da tutela antecipada é, justamente, antecipar a eficácia de alguma decisão jurisdicional que, de outra forma, não surtiria efeito algum. Fosse verdadeiro o argumento do art. 475 e nenhuma sentença sujeita a recurso de apelação com efeito suspensivo – a regra – poderia ter seus efeitos antecipáveis. E, cá entre nós, nunca ninguém duvidou do contrário. Aliás, é justamente porque determinado ato não tem jurisdicional não tem efeito imediato que tem lugar a tutela antecipada. Nunca o contrário.

3.4. A antecipação dos efeitos da tutela e a questão do precatório

Outro obstáculo ao instituto da antecipação dos efeitos da tutela em face da Fazenda

Pública está nas condenações de pagar quantia certa, em virtude de que só poderia ocorrer através dos precatórios requisitórios de pagamentos, previstos no art. 100 da Constituição Federal de 1988, que assim dispõe:

Art. 100: Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

Inicialmente, insta salientar que o problema dos precatórios só diz respeito às demandas condenatórias a uma prestação de pagar quantia. Em relação às demais prestações (entregar coisa, fazer e não fazer), não há qualquer diferença no formalismo processual, e, portanto, não subsiste o óbice dos precatórios nos referidos casos. Ademais, nas demandas meramente declaratórias e nas constitutivas, os efeitos podem ser plenamente antecipados. (DIDIER JR; OLIVEIRA; BRAGA, 2007, p. 583).

Cabe ressaltar também que há dívidas pecuniárias que não se submetem ao regime dos precatórios, como as obrigações definidas em leis como de pequeno valor que a Fazenda Pública deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado, consoante art. 100, §3º da CF/88; os créditos provenientes de sentença de mandado de segurança, relacionados a parcelas vencidas após o ajuizamento da ação; dívidas contratuais ou já previstas no orçamento, como as dívidas salariais.

O precatório é a fórmula por meio da qual o Poder Judiciário solicita ao Poder Executivo que tome precauções orçamentárias a fim de realizar o pagamento de uma execução de ordem judicial. Como o artigo alhures mencionado se refere à sentença judiciária, há quem entenda que é inviável a antecipação de tutela em face da Fazenda Pública nas obrigações de pagar quantia certa, por não haver menção à decisão interlocutória no artigo supracitado.

Parcela da doutrina também defende que não há a sujeição da decisão interlocutória ao regime de precatórios, por não ser mencionada no art. 100 da CF/88.

Entretanto, em que pese a divergência entre os doutrinadores, o melhor entendimento está numa terceira opinião, segundo a qual a antecipação dos efeitos da tutela consistiria justamente na iniciação das delongas para a expedição do precatório, cujo procedimento findaria com o depósito judicial da quantia, que somente poderia ser levantado em caso de procedência definitiva da demanda. (DIDIER JR; OLIVEIRA; BRAGA, 2007, p. 582).

Dessa forma, acatar a decisão que antecipa a tutela como instrumento hábil a instruir o requisitório de precatório concilia adequadamente a ordenação das despesas públicas e a efetividade buscada pelo art. 273 do CPC. Neste sentido, são as lições de Cássio Scarpinella Bueno (1997, p. 70/71):

A antecipação, neste caso, poderia significar o início, desde logo, à quantificação do bem perseguido pelo autor da ação, instrumentando-se a execução provisória, como regra, até a expedição de precatório e seu depósito no exercício seguinte ou no outro, dependendo da época de sua apresentação (CF, art. 100, parágrafo 1º), mantendo aí depositado o valor até julgamento final da ação. Na hipótese de se verificar, *in concreto*,

possibilidade de reversibilidade da concretização do pagamento do valor constante do precatório pelo particular – como, por exemplo, o desconto em folha; como prevê o art. 46 da Lei nº 8.112/91 -, não haveria qualquer óbice à concretização, em definitivo, da antecipação de tutela naquelas ações contra o Poder Público.

Por último, saliente-se ainda que tal entendimento deve ser sopesado no caso concreto, devendo-se aplicar o postulado da proporcionalidade quando a situação o exigir, conforme adiante se mostrará em tópico próprio.

4. As limitações à antecipação dos efeitos da tutela pelas leis infraconstitucionais

4.1. Breve histórico

A tentativa de se limitar a efetividade dos provimentos jurisdicionais proferidos contra a Fazenda Pública não é um fato recente. De forma geral, o instituto da tutela antecipada prevista, no art. 273 do Código de Processo Civil, não faz nenhuma referência em relação à sua restrição em face do Poder Público.

A despeito disso, mostra-se importante, neste ponto, fazer um breve relato histórico sobre o surgimento das normas restritivas em relação aos mecanismos de urgência manejados em face da Fazenda Pública.

Inicialmente, as vedações existentes para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela em face do Poder Público estavam previstas na Lei nº 4.348/1964, que contextualizava sobre as normas processuais relacionadas ao mandado de segurança. A referida lei, em seu art. 5º, vedava a concessão de liminar, nos casos em que previa a reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou a concessão de aumento ou extensão de vantagens. Já o art. 7º atribuía efeito suspensivo ao recurso *ex officio*. Transcreve-se aqui o referido diploma legal:

Art. 5º: Não será concedida a medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens.

Parágrafo único: Os mandados de segurança a que se refere este artigo serão executados depois de transitada em julgado a respectiva sentença.

Art. 7º: O recurso voluntário ou “*ex officio*”, interposto da decisão concessiva de mandado de segurança que importe outorga ou adição de vencimento ou ainda reclassificação funcional terá efeito suspensivo.

Já em 1966, o legislador editou a Lei nº 5.021/1966, vedando a liminar em mandado de segurança para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público. Reverbera o art. 1º, §4º da referida lei:

Art. 1º: O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público esta-

ENTRE ASPAS

dual e municipal, somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.

[...]

§4º: Não se concederá liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias.

Ressalta-se, desde já, que as referidas leis foram revogadas pela Lei nº 12.016/2009 (nova lei do mandado de segurança), entretanto, as proibições da concessão de medidas liminares em mandados de segurança continuam previstas no art. 7º, §2º e 5º da referida lei, que reverbera, *ipsis litteris*:

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

[...]

§ 2º Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

[...]

§ 5º As vedações relacionadas com a concessão de liminares previstas neste artigo se estendem à tutela antecipada a que se referem os arts. 273 e 461 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil.

Portanto, antes mesmo da nova lei do mandado de segurança, já havia restrições à concessão de medida liminar. Dessa forma, com as restrições impostas pela Lei nº 4.348/1964 e pela Lei nº 5.021/1966, os jurisdicionados passaram a se valer das ações cautelares, com pedidos liminares contra a Fazenda Pública.

Em consequência de tal fato, foi editada a Lei nº 8.437/1992, que estendeu a proibição das liminares em mandado de segurança às ações cautelares contra o Poder Público. Dispõe o art. 1º, 3º e 4º da referida lei:

Art. 1º: Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

§ 1º Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal.

§ 2º O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos processos de ação popular e de ação civil pública.

§ 3º Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação.

§ 4º Nos casos em que cabível medida liminar, sem prejuízo da comunicação ao dirigente do órgão ou entidade, o respectivo representante judicial dela será imediatamente intimado.

§ 5º Não será cabível medida liminar que defira compensação de créditos tributários ou previdenciários.

Art. 3º: O recurso voluntário ou *ex officio*, interposto contra sentença em processo cautelar, proferida contra pessoa jurídica de direito público ou seus agentes, que importe em outorga ou adição de vencimentos ou de reclassificação funcional terá efeito suspensivo.

Art. 4º: Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Com a reforma do CPC e a criação do art. 273, que disciplinou a antecipação dos efeitos da tutela, houve grande preocupação acerca do enorme número de tutelas antecipadas em face da Fazenda Pública. Dessa forma, o Poder Executivo editou a Medida Provisória nº 1.570/1997, a qual foi convertida na Lei nº 9.494/1997.

A referida lei estendeu as restrições existentes da concessão de medida liminar à tutela antecipada, conforme se depreende de seu art. 1º:

Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.

O referido artigo foi motivo da Ação Direta de Constitucionalidade nº 4 ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, em razão de estarem sendo deferidas, à época, tutelas antecipadas em desfavor do ente público sem a devida observância do art. 1º da Lei nº 9.494/1997, fazendo que houvesse oneração sobre a Fazenda Pública e provocando repercussões indesejáveis sobre o erário

Em 11 de fevereiro de 1998, o STF deferiu em parte o pedido para suspender, até o final do julgamento da ação, a prolação de qualquer decisão sobre a tutela antecipada contra o Poder Público que verse sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494/1997, suspendendo ainda os efeitos futuros das decisões antecipatórias.

Somente em 01 de outubro de 2008 a decisão final da ADC nº 4 foi proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, julgando procedente a ação declaratória, nos termos do voto do Relator.

4.2. O cabimento da tutela antecipada em face do Poder Público e as restrições impostas à concessão da tutela antecipada pelo art. 1º da Lei nº 9.494/1997

O art. 1º da Lei nº 9.494/97 foi declarado totalmente constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, esclarecendo de vez a ideia de que a tutela antecipada em desfavor da Fazenda

Pública é possível, nos casos em que não se refiram ao artigo supracitado. Isso porque a referida lei apenas restringe a aplicação do instituto da tutela antecipada. Ao determinar hipóteses em que a antecipação dos efeitos da tutela contra o Poder Público não pode ser deferida, acabou por reconhecer, a *contrario sensu*, o cabimento da antecipação de tutela nas hipóteses que não foram previstas no texto legal.

Seguindo este entendimento, traz-se à baila as lições de Cássio Scarpinella Bueno (1997, p. 79):

(...) ao estender ao instituto da tutela antecipada as mesmas restrições constantes do ordenamento jurídico brasileiro a respeito da liminar em mandado de segurança, bem como da tutela cautelar, reconheceu este ato do Executivo, para todos os fins, o cabimento deste novo instituto contra a Fazenda Pública, superando, com tal iniciativa, todos aqueles óbices legais referidos na doutrina quando da edição da Lei nº 8.952/94 (...). Fosse descabida a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, por alguma razão relacionada à sua própria natureza ou em função do sistema processual e, certamente, não haveria preocupação em disciplinar ou restringir sua incidência nas ações movidas em face do Poder Público.

Dessa forma, foi vedada a concessão de tutela antecipada nas hipóteses de reclassificação ou equiparação de servidores públicos, concessão de aumento ou extensão de vantagens pecuniárias, outorgas ou acréscimo de vencimentos, pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público, quando uma providência semelhante não puder ser concedida por meio de mandado de segurança, e quando a medida liminar não esgote no todo ou em parte o objeto da ação, desde que o objeto da mesma diga respeito a qualquer das matérias acima referidas (FERREIRA, 2003, p. 368).

Portanto, verificados os requisitos que autorizam a concessão da tutela antecipada, previstos no art. 273 do Código de Processo Civil, nada impede a concessão em face do poder público, desde que seja respeitado o art. 1º da Lei nº 9.494/97.

A Lei nº 9.494/97 determinou que fossem aplicados ao instituto da tutela antecipada os arts. 5º, parágrafo único, e art. 7º da Lei nº 4.348/64, os arts. 1º e 4º da Lei nº 5.021/66, e os arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437/92.

Conforme dito anteriormente, a Lei nº 4.348/64 e a Lei nº 5.021/66 foram revogadas pela Lei nº 12.016/2009 (nova lei do mandado de segurança), entretanto, as proibições da concessão de medidas liminares (e, por consequência, da tutela antecipada por força do art. 1º da Lei nº 9.494/97) em mandados de segurança continuam previstas no art. 7º, §2º e 5º da referida lei, vedando antecipação dos efeitos da tutela nas hipóteses de reclassificação ou equiparação de servidores públicos e concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

Acrescentou ainda a restrição referente à compensação de créditos tributários e à entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior. Entretanto, tal vedação é apontada pela doutrina como inconstitucional. Neste sentido, é o entendimento de Adriano Custódio Bezerra:

a inconstitucionalidade da vedação é flagrante, tendo em vista que muitas vezes as mercadorias e bens provenientes do exterior são perecíveis, e, por isso, causaria maiores prejuízos ao impetrante, se tivesse que aguar-

dar o provimento final para ver liberado suas mercadorias ou bens.

Considerando ainda que a retenção das mercadorias ocorre em Zonas Alfandegárias Primárias (Portos e Aeroportos), onde as tarifas de armazenagem são elevadíssimas e podem, inclusive, dependendo do tempo de retenção dos bens, acarretar a inviabilidade da importação, pois o importador pode não ter mais condições de resgatar as mercadorias nas Zonas Alfandegárias.

E com isso, percebe-se que a retenção de mercadorias nas Zonas Aduaneiras, como forma de forçar o contribuinte a recolher o tributo afronta até mesmo o princípio do não confisco esculpido no art. 150, inciso IV, da Constituição Federal, pois a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal não poderão usar o tributo como forma de confisco.

Esse entendimento já era disciplinado pelas Súmulas 323 e 547 do Egrégio Supremo Tribunal Federal, determinando que é ilícita a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos, inviabilizando o exercício das atividades profissionais, afrontando, assim, o art. 170, “caput”, da Constituição Federal.

Em relação ao art. 1º da Lei nº 8.437/92, não será cabível medida liminar antecipatória contra atos do Poder Público, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal, aplicando, dessa forma, as restrições à antecipação de tutela do mandado de segurança.

Segundo o §1º do art. 1º da referida lei, não será cabível a tutela antecipada e sua liminar quando a competência for de competência originária do Tribunal. Em relação ao referido tema, leciona Cássio Scarpinella (1997, p. 89):

A regra jurídica só pode encerrar critério de competência funcional, em nada inibindo a concessão de qualquer medida contra a Fazenda Pública, sob pena, pelas mesmas razões expostas ao longo deste trabalho, de não poder prevalecer por violar, em cada caso concreto, o amplo acesso à justiça.

Dessa forma, tal restrição viola frontalmente o amplo acesso à justiça, podendo ser afastada no caso concreto.

De acordo com o §2º do art. 1º da Lei nº 8.437/92, a limitação constante do §1º não se aplica aos processos de Ação Civil Pública e Ação Popular, podendo ser concedida a tutela antecipada nessas ações, observando-se apenas os requisitos inerentes a toda tutela antecipada, em consonância com o art. 273 do Código de Processo Civil.

Em relação ao § 3º do art. 1º da lei em comento, o mesmo estabelece que não será cabível medida liminar que esgote no todo ou em parte o objeto da ação. Entretanto, a tutela antecipada, conforme explanação em tópico anterior, é uma tutela de urgência, provisória, sumária e satisfativa, na qual os efeitos do provimento final são antecipados. Na referida tutela, não há solução do litígio, pois ocorre apenas uma cognição perfunctória. Assim, a tutela antecipada não tem o condão de esgotar o objeto da ação, pois a mesma não diz respeito ao objeto da demanda, antecipando apenas os efeitos de um provável direito para garantir a efetividade da tutela jurisdicional.

Dessa forma, a tutela antecipada, ainda que antecipe todos os efeitos da tutela pretendida, não torna o provimento final descartável, pois somente a sentença irá resolver a lide de forma definitiva, pois pautada em cognição exauriente.

Importante trazer à tona o entendimento de Leonardo José Carneiro da Cunha (2007, p. 227):

a regra aplicável às medidas cautelares, não teria muito sentido quanto às tutelas antecipadas, já que são, em essência, satisfativas. Parece, contudo, que a aplicação de tal vedação à tutela antecipada reforça, apenas, o que já está contido no §2º do art. 273 do CPC, ou seja, não se permite a antecipação dos efeitos da tutela quando houver risco de irreversibilidade.

Neste sentido, traz-se a colação julgado do Superior Tribunal de Justiça:

sob outro enfoque, sobreleva notar, a regra geral é a de que a liminar não esgote o objeto da ação, obstáculo que se supera na valoração dos interesses em jogo devendo preponderarem os direitos fundamentais da pessoa humana e o intransponível direito de acesso à justiça. A idéia de efetividade, autoexecutoriedade e mandamentalidade ínsita aos provimentos de urgência, cuja situação acautelada reclama satisfatividade imediata, conduzem à conclusão da incompatibilidade com os meios que revelem postergação da efetivação da tutela deferida, como sói ser o recebimento de apelação com efeito suspensivo e, a *fortiori*, submissão da execução das mencionadas tutelas ao regime de precatório. (STJ – Resp n. 834.678/PR. Min. Rel. Luiz Fux, julgado em 26/07/2007)

A restrição do art. 3º da Lei nº 8.437/92 diz respeito ao recurso ex officio, já tratado em tópico próprio, no qual se concluiu pela não aplicação do art. 475 do CPC à tutela antecipada, pois o mesmo somente se aplica às sentenças de mérito.

Já o art. 4º da lei em apreço estabelece a possibilidade de suspensão da execução provisória da tutela, se tiver sido proferida contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

5. A mitigação aos limites impostos a antecipação dos efeitos da tutela em face da Fazenda Pública e o princípio da proporcionalidade

5.1. Considerações iniciais

Traçados os principais limites legais à concessão da antecipação dos efeitos da tutela em face da Fazenda Pública, importante agora ressaltar que tais limitações não se revestem de caráter absoluto. Neste ponto, relevante trazer ao tema lição de Luiz Guilherme Marinoni (2002, p. 11):

dizer que não há um direito à tutela antecipatória contra a Fazenda Pública em caso de fundado receio de dano é o mesmo que afirmar que o direito

do cidadão pode ser lesado quando a Fazenda for ré (...). Por outro lado, não admitir antecipatória fundada em abuso de direito contra a Fazenda significa aceitar que ela pode abusar de seu direito de defesa e que o autor da demanda contra a mesma seja obrigado a suportar, além da conta, o tempo de demora do processo.

Assim, a utilização da antecipação dos efeitos da tutela deve ter em vista a garantia de uma prestação jurisdicional célere, justa e segura, visando assegurar o princípio do acesso à justiça e da efetividade da jurisdição.

A despeito da força vinculante derivada do julgamento da ADC nº 4, não se pode descartar a realização de avaliação das circunstâncias concretas para se verificar a possibilidade de afastamento das restrições contidas pela Lei nº 9.494/97.

Neste ponto, é plenamente defensável o entendimento de que o Magistrado pode deixar de aplicar a norma declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, desde que o fundamento não seja o da inconstitucionalidade da norma, como é a situação de sua não aplicação no caso concreto, em vista das peculiaridades inerentes ao mesmo, não se privando, portanto, do comando da norma declarada constitucional.

5.2. A mitigação indireta

A jurisprudência pátria, de uma maneira geral, admite o instituto da tutela antecipada em face da Fazenda Pública, desde que não incorra nas vedações impostas pelo art. 1º da Lei nº 9.494/97. Assim entende o Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ART. 535, II, DO CPC. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. CUSTEIO DE TRATAMENTO MÉDICO. MOLÉSTIA GRAVE. BLOQUEIO DE VALORES EM CONTAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. ART. 461, CAPUT E § 5º DO CPC. (...) **4. Submeter os provimentos deferidos em antecipação dos efeitos da tutela ao regime de precatórios seria o mesmo que negar a possibilidade de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, quando o próprio Pretório Excelso já decidiu que não se proíbe a antecipação de modo** geral, mas apenas para resguardar as exceções do art. 1º da Lei nº 9.494/97. 5. O disposto no caput do artigo 100 da CF/88 não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor, de modo que, ainda que se tratasse de sentença de mérito transitada em julgado, não haveria submissão do pagamento ao regime de precatórios. 6. Em casos como o dos autos, em que a efetivação da tutela concedida está relacionada à preservação da saúde do indivíduo, a ponderação das normas constitucionais deve privilegiar a proteção do bem maior que é a vida. 7. Precedentes de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção. 8. Recurso especial improvido. (STJ – Resp 853880/RS. Rel. Min. Castro Meira, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/09/2006, DJ 28/09/2006) (**grifos nossos**)

ENTRE ASPAS

Apesar deste entendimento, os Tribunais Superiores vem mitigando indiretamente a restrição do art. 1º da referida lei, com consequências financeiras indiretas ao erário público. Dessa forma, não incide diretamente na restrição da Lei nº 9.494/97 e na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, apesar de que, na prática, há um aumento dos gastos do poder público.

Como exemplo de tal fato, cita-se a situação em que o jurisdicionado pleiteou a tutela antecipada para que fosse nomeado em um concurso de professor. O pedido de nomeação não afronta diretamente a decisão do ADC nº 4 proferida pelo STF, sendo admissível a hipótese em apreço. Entretanto, quando o indivíduo for nomeado e começar a exercer suas funções, terá que receber a remuneração pertinente, onerando os cofres públicos, constituindo tal oneração um efeito secundário da decisão. Neste sentido, entende o STF:

SERVIDOR PÚBLICO. Cargo. Concurso público. Candidato aprovado. Nomeação e posse. Antecipação dos efeitos da tutela para esse fim. Admissibilidade. Pagamento consequente de vencimentos. Irrelevância. Efeito secundário da decisão. Inaplicabilidade do acórdão da ADC nº 4. Reclamação indeferida liminarmente. Agravo improvido. Precedentes. Não ofende a autoridade do acórdão proferido na ADC nº 4, a decisão que, a título de antecipação de tutela, assegura a candidatura aprovado em concurso a nomeação e posse em cargo público. (STF – Rcl 5983 AgR, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-025 DIVULG 05-02-2009 PUBLIC 06-02-2009)

O Supremo Tribunal Federal também editou a Súmula nº 729, afirmando que a decisão da ADC nº 4 não se aplica à antecipação de tutela nas ações de natureza previdenciária. Como exemplo, transcreve-se ementa de julgamento neste sentido:

INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Art. 1º da Lei nº 9.494/97. Constitucionalidade reconhecida em medida cautelar. ADC nº 4. Inaplicabilidade. Antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária. Reclamação julgada improcedente. Agravo improvido. Aplicação da súmula 729. A decisão do ADC nº 4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária. (STF – Rcl 2446 AgR, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/02/2005, DJ 05-08-2005)

O fundamento de tal decisão do STF é a de que, qualquer que seja a razão jurídica específica, a correção de proventos de aposentados e pensionistas não se confunde com “reclassificação ou equiparação”, “aumento ou extensão de vantagens”, nem “pagamentos de vencimentos e vantagens pecuniárias”, típicas da condição de servidores públicos. Assim, a decisão que antecipa verbas de natureza previdenciária não tem por pressuposto a invalidez jurídico-constitucional do art. 1º da Lei nº 9.494/97.

Também há uma mitigação indireta e é inaplicável a incidência da restrição constante da decisão da ADC nº 4 nas decisões em que a verba não constitua subsídio, salário nem vantagens pecuniárias. Colaciona-se o seguinte julgado neste sentido:

MAGISTRATURA. Magistrado. Aposentado. Férias não gozadas. Pagamento em pecúnia. Indenização. Tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Verba que não constitui subsídio, vencimento, salário nem vantagem pecuniária. Ofensa à liminar deferida na ADC nº 4. Não ocorrência. Situação não compreendida pelo art. 1º da lei nº 9.494/97. Reclamação julgada improcedente. Agravo improvido. Precedentes. Não ofende a decisão liminar proferida na ADC nº 4, a antecipação de tutela que implica ordem de pagamento de verba de caráter indenizatório. (STF – Rcl 5174 AgR, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 27/11/2008, DJe-025 DIVULG 05-02-2009 PUBLIC 06-02-2009)

O fundamento de tal decisão é que a natureza indenizatória das verbas que não são salariais, nem constituem vantagens, subtrai a hipótese do âmbito de incidência do julgamento da ADC nº 4. Também entendeu o Superior Tribunal de Justiça que a reintegração de servidor público no cargo através de tutela antecipada não ofende o art. 1º da Lei nº 9.494/97, conforme se depreende do seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL. MILITAR. REINTEGRAÇÃO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. POSSIBILIDADE. SITUAÇÃO NÃO INCLUÍDA NO ART. 1º DA LEI N. 9.494/1997. 1. O disposto nos arts. 1º e 2º – B da Lei nº 9.494/1997 deve ser interpretado de forma restritiva, motivo pelo qual é permitida a concessão de tutela antecipatória para reintegração de militar ao serviço ativo e realização de tratamento de saúde, na medida em que não se pretende reclassificação ou equiparação de servidor público, ou concessão de aumento ou extensão de vantagens. Precedentes. (...) (STJ – AgRg no Resp 1120170/RS. Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 03/11/2009)

Dessa forma, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça vêm interpretando restritivamente o art. 1º da Lei nº 9.494/97, permitindo a mitigação indireta do referido artigo mediante a oneração dos cofres públicos nos casos supracitados.

5.3. A incidência do princípio da proporcionalidade das limitações impostas à tutela antecipada contra a Fazenda Pública

O princípio da proporcionalidade surge como um princípio geral do direito. A proporcionalidade permite a solução de conflitos normativos na perspectiva de defesa de direitos fundamentais. Ela complementa o modelo de regras e princípios. Assim como outros princípios instrumentais, a proporcionalidade permite ao hermeneuta resolver um confronto de valores fundamentais com a atividade de ponderação de bens, equilibrando os interesses em jogo. Com isso, ela viabiliza maximizar a concretização de direitos fundamentais e a tutela da dignidade humana.

Segundo Alexy, as teorias dos direitos fundamentais podem ser formuladas, em vez de como teorias dos princípios, como teorias dos valores ou como teorias gerais dos direitos fundamentais.

Portanto, por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes, se verificará qual dos princípios ou interesses terá maior peso no caso concreto. No caso em apreço, de um lado está o instituto da tutela antecipada, previsto no art. 273 do Código de Processo Civil, que garante a entrega da prestação jurisdicional antes do prazo regular. Do outro, está a Fazenda Pública, com muitas prerrogativas, bem revestidos de indisponibilidade e com leis que limitam especificamente a concessão da tutela em determinados casos (art. 1º da Lei nº 9.494/97).

A Fazenda Pública, conforme já foi dito, é o Estado em Juízo, que é protegida com o fim de se garantir o interesse público. Entretanto, do outro lado, está o indivíduo, o jurisdicionado, destinatário das finalidades do Estado, que possui como garantia maior a proteção à dignidade da pessoa humana, de assento constitucional.

Importante, desde já, esclarecer que o sopesamento somente pode ser feito diante das peculiaridades existentes no caso concreto.

Quando há o conflito entre a proteção do interesse público em referência a Fazenda Pública, e a dignidade da pessoa humana, deve-se ter em mente que as ações do Estado não podem ultrapassar os limites da defesa dos bens inerentes à vida.

Dessa forma, havendo o risco de perecimento do direito, e quando este direito estiver ligado intrinsecamente à dignidade da pessoa humana, não podem as prerrogativas da Fazenda Pública e as restrições legais à antecipação de tutela, inclusive o art. 1º da Lei nº 9.494/97, se sobreporem à pessoa humana, no caso concreto.

A proteção aos cidadãos, por força do art. 5º, XXXV da Constituição Federal, deve ser efetivada com presteza, pois decorre do próprio Estado Democrático de Direito. O postulado da proporcionalidade deve orientar as ações dos órgãos estatais por meio dos agentes públicos. Se ocorrer a violação de um direito do cidadão, vinculado à dignidade da pessoa humana, ou que mesmo indiretamente importe em violação, o princípio da proporcionalidade deverá nortear o intérprete para a concessão da tutela.

Assim, o derradeiro escopo do interesse público é que os atos públicos tenham como destinatário principal a proteção da dignidade humana.

Dessa forma, segundo o princípio da proporcionalidade, deve-se ponderar os valores em jogo, e em razão dessa ponderação, conceder a antecipação. Com base em tal princípio, tenta-se empreender rapidez e segurança, visando a proteção de um bem jurídico maior que se encontra ameaçado.

Salienta que não se busca aqui a concessão da tutela apenas afastando-se os óbices legislativos. Preservam-se, no caso, todos os demais requisitos da tutela antecipada elencados no art. 273 do Código de Processo Civil. O que acontece não é a supressão do obstáculo, mas apenas a sua relativização no caso concreto, diante da urgência da situação e obedecidos os requisitos inerentes a toda tutela antecipada, com vistas a evitar o perecimento do direito.

O art. 1º da Lei nº 9.494/97, que veda a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública em determinados casos, não pode ter a abrangência de proibir toda medida antecipatória, em qualquer caso que se encontre, pois, apesar de haver a restrição da lei, o juiz poderá conceder a antecipação, sob pena de frustração do próprio direito, a depender do caso concreto.

Segundo o Superior Tribunal de Justiça, a decisão do STF na ADC nº 4 deve ser interpretada com temperamentos, pois o entendimento da vedação da tutela antecipada em desfavor do Poder Público não deve ter cabimento em situações excepcioníssimas. Para corroborar com o defendido, cita-se o entendimento do Ministro Garcia Vieira do Superior Tribunal de Justiça:

Lei nº 9.494/97 (artigo 1º) deve ser interpretada de forma restritiva, não cabendo sua aplicação em hipótese especialíssima, na qual resta caracterizado o estado de necessidade e a exigência de preservação da vida humana, sendo de se impor a antecipação da tutela, no caso, para garantir ao apelado o tratamento necessário à sua sobrevivência. Decisão consonante com precedentes jurisprudenciais do STJ (STJ - REsp 275.649/SP, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU de 17/09/2001).

Para José Roberto dos Santos Bedaque (2003, p.89), a garantia da tutela jurisdicional é de todo cidadão. Sendo assim, é possível a tutela antecipada contra o Poder Público nas situações em que estiverem presentes os requisitos do art. 273 do Código de Processo Civil, pois a proteção é única, não se justificando as restrições infraconstitucionais, como exemplo da Lei nº 9.494/97.

Por sua vez, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região tem entendido possível a concessão de antecipação dos efeitos da tutela em face da Fazenda Pública, em se tratando de temas de direitos fundamentais e previdenciários:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. REQUISITOS. FAZENDA PÚBLICA. 1) Com relação às alegações de que há vedações legais contra a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, em decisões judiciais que esgotem, no todo ou em parte, o objeto das ações, o art. 2º da Lei nº 8.437/92 refere-se apenas às ações de mandado de segurança coletivo e ação civil pública, não sendo aplicável à presente ação. **Com relação à vedação da concessão da tutela contra a Fazenda Pública, o entendimento do STF e do STJ é no sentido de que está ressalvada da proibição contida na Lei nº 9494/97 as questões de cunho previdenciário e de garantia de direitos fundamentais.** 2) Com relação aos requisitos para antecipação da tutela, os quais, segundo a agravante, não estariam cumpridos, também sem razão. A tutela foi deferida após análise dos documentos juntadas com a petição inicial, onde o magistrado pôde analisar detidamente as provas existentes nos autos, o que já é inviável neste agravo pela carência de elementos trazidos a exame pela agravante. (TRF4, AGRAVO DE INSTRUMENTO, 2005.04.01.046616-0, Terceira Turma, Relator Vânia Hack de Almeida, D.E. 29/08/2007) **(grifos nossos)**

Dessa forma, não convive em harmonia uma interpretação literal da lei em detrimento de uma análise sistemática do conjunto de normas. Em um Estado de Direito, o que se busca é uma harmonia do complexo jurídico visando resguardar os direitos fundamentais. No caso em tela, o interesse público protegido por meio das prerrogativas da Fazenda Pública deve ser mitigado em prol da defesa da dignidade da pessoa humana, mesmo nas hipóteses em que haja restrição legal quanto à possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela, utilizando-se o postulado da proporcionalidade com vistas a sopesar e ponderar ditos valores.

Portanto, na hipótese de colisão entre dispositivos constitucionais, deve prevalecer a interpretação favorável aos direitos fundamentais.

Ademais, é plenamente defensável o entendimento de que o juiz pode deixar de aplicar a norma do art. 1º da Lei nº 9.494/97 declarada constitucional pelo STF, desde que o fundamen-

to não seja o da inconstitucionalidade da norma, como é o caso da sua não aplicação no caso concreto, tendo em vista as peculiaridades inerentes ao mesmo.

Nesse diapasão, as normas que limitam a antecipação dos efeitos da tutela em face da Fazenda Pública, embora sejam consideradas constitucionais, não devem ser aplicadas, necessariamente, em todos os casos. Isso porque, havendo o conflito de valores juridicamente relevantes, como a prestação jurisdicional adequada e efetiva, a segurança jurídica, o interesse público e os direitos fundamentais, essa aferição somente pode ser feita no caso concreto, e não em abstrato, em consonância com as peculiaridades de cada caso submetido à apreciação do Poder Judiciário.

Assim, é possível o afastamento das limitações da lei acima citada, desde que as especificidades do caso concreto autorizem tal afastamento, sobretudo quando houver malferição de direito fundamental ligado à dignidade da pessoa humana.

Por consequência, a observância do postulado da proporcionalidade é imprescindível quando da antecipação dos efeitos da tutela contra a Fazenda Pública, devendo-se observar qual dentre os valores jurídicos colidentes no caso concreto deve ser protegido, não sendo possível aceitar que os direitos fundamentais sejam malferidos pela simples dicção legal em sentido contrário, o que representa um óbice ao livre acesso à ordem jurídica justa.

Vale aqui transcrever as lições de Carlos Augusto de Assis (2001, p. 192):

quanto a elas, e tendo por objetivo não frustrar o direito à adequada tutela jurisdicional (corolário do devido processo legal), duas soluções nos parecem possíveis: reputá-las inconstitucionais, deixando ao magistrado, em cada caso, o poder de aplicar ou não a antecipação de tutela de acordo com o art. 273, tendo em vista o critério da proporcionalidade acima formulado; ou, então, verificar em cada caso concreto se elas importam indevido cerceamento do direito ao devido processo legal, para só depois aplicá-las ou não. Do ponto de vista prático, ambas conduzem ao mesmo resultado, qual seja: o de que a antecipação contra a Fazenda Pública é possível mesmo em situações teoricamente vedadas pela Lei nº 9.494 de 1997, verificadas as peculiaridades de cada caso.

Portanto, apesar de haver restrições à antecipação de tutela em face da Fazenda Pública, todas elas podem ser afastadas de acordo com as peculiaridades do caso concreto, aplicando-se, para tanto, o princípio da proporcionalidade.

6. Conclusão

Diante do exposto no decorrer do presente trabalho, foi possível dirimir algumas dúvidas atinentes à antecipação dos efeitos da tutela em face da Fazenda Pública. Conquanto já se tenha, em cada capítulo do presente estudo, extraído as conclusões que o mesmo trouxe, cumpre abordá-las de forma sistemática, para que se possa atingir o objetivo da pesquisa, atendendo às pretensões deduzidas no seu desenvolvimento.

Na primeira parte do trabalho, tratou-se da tutela antecipada. Falou-se, inicialmente, que a mesma consiste na entrega provisória da prestação jurisdicional, através da certificação ou da efetivação do direito material discutido. Através dela, antecipa-se a eficácia da decisão final, possuindo, portanto, caráter satisfativo.

Apontou-se, em seguida, os pressupostos da mesma, tratando de cada um deles, quais sejam, o requerimento da parte, a existência de prova inequívoca, a verossimilhança das alegações, a reversibilidade do provimento, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou o abuso de direito de defesa ou manifesto protelatório do réu.

Após, passou-se ao estudo propriamente dito da antecipação dos efeitos da tutela em face da Fazenda Pública.

Conforme foi estudado, a Fazenda Pública é o Estado em Juízo. Foi dito também que as prerrogativas que o Estado possui em Juízo é decorrência da supremacia do interesse público sobre o particular.

Falou-se sobre o óbice do reexame necessário, estabelecendo como conclusão que o mesmo não se aplica a situação em tela em virtude de o art. 475 do CPC se referir expressamente a sentenças, não tratando de decisões interlocutórias.

Sobre o obstáculo referente a questão do precatório, chegou-se à conclusão de que a decisão que antecipa os efeitos da tutela daria início às delongas para a expedição do precatório, cujo procedimento findaria com o depósito judicial da quantia, que somente poderia ser levantado em caso de procedência definitiva da demanda.

Em seguida, adentrou-se no estudo das leis que limitaram a antecipação de tutela em face do Poder Público em relação a determinadas matérias.

Falou-se inicialmente das Leis nº 4.384/64 e nº 5.021/66, que foram revogadas pela lei nº 12.016/2009 (nova lei do mandado de segurança), entretanto, as proibições da concessão de medidas liminares em mandados de segurança continuam previstas, e as mesmas se aplicam à tutela antecipada.

Em seguida, tratou-se da Lei nº 8.437/1992, que estendeu a proibição das liminares em mandado de segurança às ações cautelares contra o Poder Público. Posteriormente, foi criada a lei 9.494/97, que estendeu as restrições da concessão de medida liminar em todas as leis ditas anteriormente à tutela antecipada. Tal lei foi objeto da Ação Direta de Constitucionalidade n. 4, que em 2008 foi julgada procedente.

Após, ingressou-se no estudo do art. 1º da Lei nº 9.494/97, que, em síntese, vedou a concessão de tutela antecipada nas hipóteses de reclassificação ou equiparação de servidores públicos, concessão de aumento ou extensão de vantagens pecuniárias, outorgas ou acréscimo de vencimentos, pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público, quando uma providência semelhante não puder ser concedida por meio de mandado de segurança, e quando a medida liminar não esgote no todo ou em parte o objeto da ação, desde que o objeto da mesma diga respeito a quaisquer das matérias acima referidas.

Numa interpretação *contrario sensu*, chegou-se à conclusão de que a tutela antecipada estava autorizada em todos os demais casos não mencionados pela lei.

Ressaltou-se a ocorrência da mitigação indireta do art. 1º da Lei nº 9.494/97, sendo que o STF editou a Súmula nº 729, estabelecendo que não se aplica a restrição do referido artigo às verbas previdenciárias, ocorrendo também outras hipóteses de mitigação indireta.

Por fim, tratou-se do princípio da proporcionalidade, concluindo-se que diante do caso concreto, plenamente possível a incidência do referido princípio para afastar quaisquer restrições à tutela antecipada em face da Fazenda Pública, pois o Magistrado pode deixar de aplicar a norma declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, desde que o fundamento não seja o da inconstitucionalidade da norma, como é a situação de sua não aplicação no caso concreto, em vista das peculiaridades inerentes ao mesmo, devendo-se preservar sempre os direitos fundamentais.

Referências

ASSIS, Carlos Augusto de. A antecipação da tutela. São Paulo: Malheiros Ed., 2001.

ALVIM, Carreira. “A Antecipação de Tutela na Reforma Processual” in: A Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1996.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

BEDAQUE, José Roberto. Antecipação da tutela jurisdicional. In: Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias de Urgência, 3ª ed., 2003.

BENUCCI, Renato Luís. Antecipação da tutela em face da Fazenda Pública. São Paulo: Dialética, 2001.

BEZERRA, Adriano Custódio. Inconstitucionalidades da nova Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/2009). Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2339, 26 nov 2009. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13916>. Acesso em 10 de dezembro de 2010.

BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 de setembro de 2011.

BUENO, Cássio Scarpinella. Tutela antecipada e ações contra o Poder Público – Reflexão quanto a seu cabimento como consequência da necessidade de efetividade do processo. In: Aspectos polêmicos da antecipação de tutela, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Execução Provisória e Antecipação de Tutela: dinâmica do efeito suspensivo da apelação e da execução provisória: conserto para a efetividade do processo. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Tutela Antecipada. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Da antecipação de tutela, 5ª ed., 2004.

CUNHA, Leonardo José da. A fazenda pública em juízo. 5. ed., São Paulo: Dialética, 2007.

DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 7.ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2007.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Samo; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil: Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. Salvador: Editora Jus Podivm, 2007.

FABRICIO, Adroaldo Furtado. “Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares”. Estudos de Direito Processual em Memória de Luiz Machado Guimarães. José Carlos Barbosa Moreira (coord.). Rio de Janeiro, Forense, 1999.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. Realização das Liminares e Antecipação de Tutela contra a Fazenda Pública. 23. v. Brasília: CJP, 2003.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Tutela Antecipada. 3 ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. A Antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do Processo de Conhecimento. A Tutela Jurisdicional através do Processo de Conhecimento. São Paulo: RT, 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson. Atualidades sobre o processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 10. ed. rev., ampl. e atual. Até 1 de outubro de 2007. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PASSOS, José Joaquim Calmon. Da Antecipação de Tutela, Reforma do Código de Processo Civil, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SILVA, Ovídio Batista da. “A ‘Antecipação’ da Tutela na Recente Reforma Processual” in: A Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela antecipada. In: Aspectos polêmicos da antecipação de tutela, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Curso de Direito Processual Civil. Vol. I., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. Curso de Direito Processual Civil. 28a ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela. São Paulo: Saraiva, 1999.



SEAD

Gráfica/DSG - TJ/BA

Av. Luís Viana Filho, s/nº, Paralela
Antigo galpão SESAB - CEP: 41.730-101
Mussurunga - Salvador - Bahia
Site: www.tjba.jus.br