

REVISTA DE DIREITO

UNIVERSIDADE FEDERAL DE VIÇOSA

Vol. 1
Nº 5
2011

Universidade Federal de Viçosa
Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes
Departamento de Direito

ISSN: 1806-8790

REVISTA DE DIREITO

Volume I - Número 5 - outubro/2011

VIÇOSA - MINAS GERAIS
2011

Universidade Federal de Viçosa
Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes
Departamento de Direito

Revista de Direito

Volume 1 - Número 5 - outubro/2011

Viçosa - Minas Gerais

2011

CONSELHO EDITORIAL

Alexandre Pimenta Batista Pereira, Bernardo Pimentel Souza, Edson Ferreira de Carvalho, Fernando Laércio Alves da Silva, Gabriel Pires, Gláucio Inácio da Silveira, Guilherme Nacif de Faria, Iacyr de Aguiar Vieira, José Geraldo Campos Gouveia, Karina Romualdo Conegundes, Luciene Rinaldi Colli, Patrícia Aurélia Del Nero, Regel Antônio Ferrazza, Ricardo Lemos Maia Leite de Carvalho, Roberta Freitas Guerra, Roberto de Almeida Luquini e Sylvia Maria Machado Vendramini.

CONSELHO EXECUTIVO

Executora chefe: Marina Oliveira Guimarães

Comissão Executiva: Nayara de Souza Gonçalves, Priscila Tudeschini de Barros

Editoração Eletrônica
Marcos Antonio Jacob (Marquinhos)

Ficha catalográfica programada pela Seção de Catalogação e
Classificação da Biblioteca Central da UFV

REVISTA DE DIREITO/Universidade Federal de Viçosa.
Departamento de Direito,- Vol. 1, nº 5 (2011), -,-
Viçosa : UFV ; DPD, 2011. ^{1*}
v. ; 23cm.
68p, : il. ; 22cm .

Semestral.
ISSN: 1806- 8790

Texto em português, espanhol, inglês e francês.

1. Direito - Periódicos. 1. Universidade Federal de Viçosa. Departamento de Direito.

CDD 20.ed. 340.05

Sumário

Execução Contra a Fazenda Pública: A Sistemática dos Precatórios e a Emenda Constitucional 62/2009.....	11
Ângelo Emílio de Carvalho Fonseca Gláucio Maciel-Gonçalves	
Inventário e Partilha: Observações à Luz das Leis 11.441, de 2007, 11.965, de 2009, e 12.195, DE 2010.....	71
Bernardo Pimentel Souza	
A Previdência Complementar no Serviço Público e o Velho Problema dos Fundos de RJU.....	101
Fernando Laércio Alves da Silva	
A Lei de Introdução no Reverso da (nova) Codificação: Contributo Para Uma Revisão Filosófico-Metodológica.....	123
Hermundes Souza Flores de Mendonça	
A Efetivação Processual do Direito das Obrigações a Tutela dos Direitos Obrigacionais Sobre a Ótica da Técnica Processual.....	147
Renato Montans de Sá	
Princípios da Administração Pública e Administração Sem Princípios: Improbidade Administrativa.....	213
Ricardo Rodrigues de Lima	
Em Busca do Outro - Um Novo Caminho In Search Of The Other - A New Way.....	233
Wagner Inácio Freitas Dias	

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA OS AUTORES DA
REVISTA DO CURSO DE DIREITO DA UFV

1. Os trabalhos para publicação editados pela Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Viçosa (UFV) deverão ser, preferencialmente, inéditos.
2. Os trabalhos deverão conter entre 15 e 30 laudas no formato A4 digitado em *Times New Roman*, Corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,5 cm e as laterais 3,0 cm.
3. Os trabalhos deverão ser enviados para o e-mail revistadir@ufv.br para seleção de publicação. Os textos deverão ser precedidos de uma folha contendo o título do trabalho, o nome do autor (ou autores), endereço, telefone, fax e *e-mail*, situação acadêmica, títulos e a principal atividade exercida na Instituição.
4. As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a NBR 14724/2011 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT).
5. Não serão devidos direitos autorais ou qualquer remuneração pela publicação dos trabalhos na Revista. O(s) autor(es) receberá(ão) gratuitamente um exemplar da Revista em cujo número seu trabalho tenha sido publicado.
6. A seleção dos trabalhos para publicação é de competência do Conselho Diretivo da Revista.

**EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA:
A SISTEMÁTICA DOS PRECATÓRIOS E A
EMENDA CONSTITUCIONAL 62/2009**

Ângelo Emílio de Carvalho Fonseca¹
Gláucio Maciel-Gonçalves²

Resumo: O objetivo primordial deste trabalho é analisar a sistemática dos precatórios, instituto jurídico brasileiro, bem como o impacto causado pela promulgação da Emenda Constitucional nº 62, que trata do assunto. No primeiro capítulo, tece-se considerações sobre a evolução recente da prestação jurisdicional oferecida aos cidadãos brasileiros e também como se dá esta prestação quando figura em um dos pólos da lide a Fazenda Pública. No capítulo seguinte, trata-se especificamente dos precatórios, com a apresentação de seu conceito, evolução de seu tratamento nas Constituições Brasileiras e apresentação dos dispositivos normativos a eles atinentes. Também, são apresentados neste capítulo dados que apontam o comportamento da dívida pública constituída em precatórios dos entes brasileiros, por esfera federativa, entre os anos de 2005 e 2009. No terceiro capítulo, aborda-se minuciosamente as inovações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 62/2009, apontando suas evoluções e retrocessos, bem como eventuais inconstitucionalidades cometidas pelo legislador pátrio. Finalmente, apresenta-se a conclusão do trabalho, com votos de que os aspectos positivos da EC nº 62 sejam mantidos quando de sua apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, bem como que seja internalizada pelo poder público brasileiro a necessidade de se tratar a questão com a seriedade devida.

Palavras-chave: Dívida pública. Precatório. Constitucionalidade. Estado Democrático de Direito. Fazenda Pública. Execução.

¹ Bacharel em Direito pela UFMG.

² Mestre e Doutor em Direito pela UFMG. Professor Adjunto de Processo Civil da UFMG. Juiz Federal em Belo Horizonte.

1 - O ATENDIMENTO JURISDICIONAL BRASILEIRO:

1.1 - A evolução recente do atendimento jurisdicional brasileiro:

Para DELFINO (2007), há muito, a finalidade conceitual do Direito deixou de se basear na idéia de manutenção da paz social. Para o autor, qualquer sistema jurídico atual dever-se-ia orbitar em torno de preceitos constitucionais fundamentais e o Direito passa a ser, senão, o meio pelo qual se atinge objetivos sociais finalísticos, alterando-se a realidade social.

Para além de um mero papel de ordenação, o Direito passa a assumir função de transformação da realidade social. Essa noção de Estado se acopla, pois, ao conteúdo material da Constituição, através dos valores substantivos que apontam para uma mudança do status quo da sociedade, servindo-se a lei de instrumento voltado à ação estatal na busca do desiderato apontado pelo texto constitucional, entendido no seu todo dirigente-valorativo-principiológico. (DELFINO, 2007, p. 3)

Neste sentido, o processo assume um papel importante como instrumento de transformação da realidade social. Não se pode admitir evoluções nos sistemas constitucionais desacompanhadas de avanços na sistemática processual, sob pena de se obter baixa eficácia nos imperativos constitucionais. Tal sistemática também deve estar em consonância com os ditames constitucionais.

Denota-se que é o processo, quando os princípios basilares deste estão inseridos em um paradigma democrático e constitucional, que garante que todos os cidadãos terão, ainda que potencialmente, o mesmo tratamento por parte do aparato do Estado, revelando que somente a partir de uma inter-relação entre Processo e Constituição é que a integridade, coerência e validade do próprio ordenamento jurídico, como um todo principiológico considerado, será concretizada. (PRATES, 2003, p. 3)

Há tempos, a sociedade brasileira reclama por melhoria nas ações do Poder Judiciário, tendo em vista infundáveis demonstrações práticas de morosidade, lentidão e baixa eficácia dos comandos proferidos pelos julgadores pátrios.

Em resposta, tem-se visto evoluções na sistemática processual, seja civil ou penal, ao longo das últimas décadas, e até mesmo na orga-

nização do Poder Judiciário. Com a promulgação da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, incluiu-se normas dispositivas sobre o funcionamento dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Estadual Comum.

Em tempo, esclarece-se que os Juizados Especiais - JESP não foram criados pela citada Lei, considerando o fato de a Constituição da República já fazer referência a tais órgãos, desde 1988, conforme o seguinte:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: X - criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas;

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; (BRASIL, 2011-a, p. 21 e 43)

A lei 9.099/95 buscou disciplinar competência, legitimidade ativa e passiva, bem como atos e procedimentos processuais, entre outros no âmbito dos JESP. Com isto, procurou-se dar maior celeridade às ações judiciais propostas nos Juizados Especiais; incentivar os acordos entre as partes, mediante o fortalecimento da importância da Audiência de Conciliação; reduzir as instâncias recursais cabíveis; e afastar a necessidade de a parte ser representada por um advogado em determinadas situações.

Após a institucionalização desses Juizados, houve um aumento expressivo nas proposituras de ações judiciais, embasadas, principalmente, nas relações de consumo.

Se, por um lado, a criação dos JESP representou uma evolução no trâmite das ações judiciais de menor valor de causa, tal fato não afastou as críticas à forma como tais juizados foram concebidos. Há quem critique o fato de a competência ter sido estabelecida em função do valor da causa e não em função da complexidade da lide. Há também quem critique o fato de a conciliação nos Juizados Especiais ter-se desvirtuado do seu escopo original, configurando-se apenas como o cumprimento de um requisito burocrático e não como incentivo a uma solução amigável para a controvérsia.

E há, também, quem aponte evoluções no atendimento jurisdicional, porém, simultaneamente, acompanhadas de redução na segurança jurídica oferecida pelo arcabouço constitucional-normativo, tendo em vista a redução do número de recursos, por exemplo.

Afastadas tais críticas, fato é que a Lei 9.099/95 permitiu e incentivou uma gama enorme de pessoas a transportarem seus conflitos cotidianos a fim de serem dirimidos por juízes togados e amparados pela legitimidade e poderio estatal. **Caso contrário**, tais pessoas ou buscariam outros e indesejados meios de resolução de seus conflitos, ou então se ressentiriam com o suposto prejuízo que lhes fora imputado.

Aproximadamente seis anos após a promulgação da Lei do JESP, foi promulgada a Lei 10.259, de 12 de julho de 2001, que institui normas acerca do funcionamento dos Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal. Tal Lei representa um avanço em relação à anterior, tendo em vista, por óbvio, permitir figurar no pólo passivo a União, bem como empresas públicas, fundações e autarquias federais.

Tal evolução tardou para chegar aos Juizados Especiais das Justiças Estaduais, o que só aconteceu com a promulgação da Lei 12.153, de 22 de dezembro de 2009, que *dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios*. (BRASIL, 2011-b, p. 1.567)

Antes da implantação dos Juizados Especiais, evidenciava-se no País a falta de assistência jurídica à população e a descrença desta na Justiça, inacessível, por força dos custos e da morosidade do processo tradicional, a grande parte dos cidadãos atingidos por problemas jurídicos de pequeno valor e complexidade.

A implantação dos Juizados Especiais objetivou e, tenho certeza, começou a reverter tal quadro desolador, uma vez que ampliou o acesso ao Poder Judiciário, não para os pobres, como se tem propalado, mas para os cidadãos, pessoas de todas as classes sociais que invoquem a prestação jurisdicional.

Trata-se da democratização da justiça e de uma lição de civismo e cidadania oferecida pelo Poder Judiciário à população. (ANDRIGHI, 2000, p. 9)

Há de se ressaltar também as contribuições da tecnologia para o aperfeiçoamento do atendimento jurisdicional, com a promulgação da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que *dispõe sobre a informatiza-*

ção do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. (BRASIL, 2011-c, p. 1.551)

A partir da vigência da citada Lei, permitiu-se a citação por meio eletrônico, a transferência de arquivos entre comarcas e Tribunais por meio digital, interposição, apresentação e propositura de peças processuais em arquivo digital, expedição de mandados e cartas precatórias ou rogatórias instantaneamente, assinatura digital de advogados, magistrados e membros do Ministério Público mediante certificação criptografada, o que culminou em redução de custos processuais e no tempo de curso das ações judiciais.

DUARTE (2009), conclusivamente, aponta outros benefícios da adoção do processo eletrônico no Brasil e preconiza o fim da morosidade na Justiça pátria, *in verbis*:

O processo assim automatizado, além de proporcionar vários fatores positivos de relevante interesse à administração da justiça, tem ainda a virtude de fornecer importante subsídio ao serviço de estatística e de controle da produtividade, pois, poderá, o operador do Direito, peticionar eletronicamente, analisar os autos via Internet, apor assinaturas digitais, enfim, acompanhar processos em qualquer lugar que se depre-

Outro benefício, que esta lei trás, é a redução significativa de custos para os tribunais, uma vez que haverá uma economia no uso de papel e não mais haverá a deterioração ao meio ambiente, haverá também redução dos custos dos equipamentos e programas de informática, e entre outros benefícios que com o decurso do tempo vislumbraremos melhor.

Contudo, é válido externar que a lei que aqui se analisou é boa e tende a ser uma ótima idéia para os dias vindouros, haja vista que acabará com o instituto da morosidade, a antítese da justiça. (DUARTE, 2009, p. 208-209)

Indispensável, também, citar a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, que criou o Conselho Nacional de Justiça, a partir de quando se passou a adotar medidas de monitoramento e aperfeiçoamento da produtividade dos julgadores, reafirmou a razoável duração do processo como diretriz norteadora da atividade jurisdicional estatal, primou pela institucionalização de mecanismos que permitam melhorias na celeridade da tramitação proces-

sual e instituiu novas regras cujo objetivo foi o de desafogar instâncias judiciais sobrecarregadas, como o Supremo Tribunal Federal, a partir da adoção do instituto da "Repercussão Geral" como requisito indispensável ao conhecimento dos Recursos Extraordinários interpostos, como exemplo.

O oferecimento de uma justiça eficiente e eficaz não é só um direito constitucional do cidadão, mas, também, um dever do Estado. A situação da prestação jurisdicional no Brasil causou preocupação até mesmo na Organização das Nações Unidas - ONU, que editou várias recomendações ao país, no sentido de se garantir uma justiça mais célere e mais confiável. Portanto, são louváveis as medidas adotadas no Brasil a fim de melhorar o atendimento jurisdicional ao longo das últimas duas décadas.

1.2 - A evolução recente na atividade de satisfação do direito do litigante:

No item anterior, foram apresentadas medidas adotadas no Brasil para tornar o atendimento jurisdicional mais eficiente e eficaz. Por atendimento mais eficiente, se entende a utilização apropriada dos recursos disponíveis, entre os quais tempo, dinheiro, pessoal, a fim de se dirimir a lide apresentada, no caso dos procedimentos contenciosos, ou a requisição feita na exordial, nos casos dos procedimentos voluntários.

Por atendimento mais eficaz, diz-se daquele atendimento que culmina com a solução acertada do litígio, nos casos dos procedimentos contenciosos, ou no controle jurisdicional adequado do procedimento voluntário, evitando-se decisões que não conduzem à satisfação do ânimo da parte, ou então evitando-se erros *in procedendo*, que culminam na anulação do processo, em todo ou em parte.

Neste item, tratar-se-á, especificamente, da evolução dos procedimentos de satisfação do direito do litigante, o que pressupõe a existência de uma decisão judicial definitiva ou provisória, ou então a existência de situação fática ou de direito já líquida, certa e exigível por determinação legal.

Tradicionalmente, divide-se a sistemática processual civil brasileira em três grandes grupos, quais sejam: processo de conhecimento ou cognição, processo de execução ou satisfação e, finalmente, o grupo formado pelos procedimentos de urgência ou cautela.

O Prof. Humberto Theodoro Júnior, assim, diferencia tais grupos:

Para solucionar os litígios, o Estado põe à disposição das partes três espécies de tutela jurisdicional: a

cognição, a execução e a cautela. O que as distingue são os diferentes provimentos judiciais com que o juízo responde ao exercício do direito de ação.

Se a lide é de pretensão contestada e há necessidade de definir a vontade concreta da lei para solucioná-la, o processo aplicável é o de conhecimento ou cognição, que deve culminar por uma sentença de mérito que contenha a resposta definitiva ao pedido formulado pelo autor. No acerto contido na sentença consiste o provimento do processo de conhecimento.

Se a lide é pretensão apenas insatisfeita (por já estar o direito do autor previamente definido pela própria lei, como líquido, certo e exigível), sua solução será encontrada através do processo de execução, que é o meio de realizar de forma prática a prestação a que corresponde o direito da parte. A efetiva satisfação do direito do credor é o provimento nesta modalidade de processo.

A tutela cautelar incide quando, antes da solução definitiva da lide, seja no processo de cognição, seja no de execução, haja, em razão da duração do processo, o risco de alteração no equilíbrio das partes diante da lide. Sua função é, pois, apenas conservar o estado de fato e de direito, em caráter provisório e preventivo, para que a prestação jurisdicional não venha a se tornar inútil quando prestada em caráter definitivo. Os provimentos do processo cautelar são, pois, medidas práticas para afastar o perigo de dano, antes da solução do processo principal. (THEODORO JÚNIOR, 2009-a, p. 323)

No âmbito do processo de execução, importantes alterações foram implantadas com vistas a tornar mais eficiente e eficaz a satisfação do direito do postulante. Entre tais alterações, destacam-se, nas obrigações de fazer, não fazer, ou entregar coisa, a possibilidade da fixação de astreintes, que são multas pecuniárias a fim de constranger o devedor a cumprir o comando judicial, a possibilidade de expedição de mandado de busca e apreensão, desfazimento de obras, remoção de pessoas, entre outros, instituídos pela Lei 10.444, de 07 de maio de 2002.

Porém, talvez a mais importante alteração no procedimento de satisfação do direito do credor, no caso de obrigações de pagar quantia certa em decorrência de sentença judicial definitiva ou provisória, tenha sido a substituição do processo autônomo de execução, no qual se

exigia nova citação e previa a possibilidade de rediscussão de vários quesitos já julgados, pela fase de cumprimento de sentença nos termos dos artigos 475-I e seguintes, incluídos pela Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005.

Neste novo procedimento, o devedor, condenado a pagar quantia certa, será intimado para, no prazo de quinze dias, depositar o valor devido, sob pena de acrescer-se a este valor multa de dez por cento, bem como autorizar o início dos procedimentos de sub-rogação. Para MORESCHI (2006):

Os dispositivos da Lei 11.232/05 fortalecem, claramente, a posição do credor que possui título judicial a ser cumprido, pois além deste não mais necessitar de um novo processo para ver satisfeita uma pretensão já reconhecida, há vários mecanismos para inibir a procrastinação, como a aplicação de multa, a desnecessidade de nova citação, a intimação na pessoa do advogado, a possibilidade de oferecer caução para dar seqüência a uma execução suspensa, etc. Assim, o cumprimento da sentença tende a ser mais célere e atender aos anseios da sociedade. (MORESCHI, 2006, p. 10)

Porque não citar, também, a adoção da penhora online, mediante utilização do sistema BacenJud, instituída pela Lei 11.382, que agregou ao Código de Processo Civil o artigo 655-A, conforme o seguinte:

655-A. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução. (BRASIL, 2011-d, p. 463)

Para ALCÂNTARA (2004):

(...) a penhora online, embora em determinadas situações excepcionais possa vulnerar direitos do executado, o seu escopo é positivo no sentido de que, em regra geral, consegue conferir efetividade e celeridade ao processo executivo, com a conseqüente satisfação do direito material assegurado ao exequente.

Dessa forma, espera-se que esse novo instituto se aperfeiçoe de tal forma que seja inserido no nosso

ordenamento jurídico, mais precisamente na lei processual civil, e que o seu uso pelos magistrados de toda a jurisdição brasileira seja rotineira, fazendo com que a execução não seja algo tão demorado para quem tem direito ao crédito e que busca o seu albergue no judiciário. (ALCÂNTARA, 2004, p. 148)

1.3 - A Fazenda Pública em juízo:

É imprescindível, inicialmente, apresentar o conceito de Fazenda Pública, bem explicado pelo brilhante jurista José Carlos Barbosa Moreira e complementado por Maurício Santos Gusmão Júnior, nesses termos:

A Fazenda Pública (...) compreende aquelas entidades que se submetem ao regime jurídico de direito público, cujos bens não são suscetíveis de apreensão e expropriação. (MOREIRA apud GUSMÃO JÚNIOR, 2002, p. 18)

(...) a expressão Fazenda Pública compreende a União, os Estados Federados, o Distrito Federal, os Municípios, as autarquias e as fundações públicas, lembrando-se que, em-bora inexistia Território na atual conjuntura brasileira, a possibilidade de sua criação tem assento constitucional e, sendo criados, também estarão alcançados no conceito de Fazenda Pública. (GUSMÃO JÚNIOR, 2002, p. 22)

A Fazenda Pública goza de diversas prerrogativas quando em juízo. Entre tais prerrogativas, destaca-se o prazo em quádruplo para contestar e o prazo em dobro para recorrer, nos termos do artigo 188 do Código de Processo Civil Brasileiro.

Cita-se, também, a prerrogativa da remessa *ex officio*, nos termos do § 1º do artigo 475 do CPC. Trata-se do envio dos autos ao Tribunal competente, tendo em vista ter sido proferida sentença que culminou em uma das situações previstas nos artigos 267 e 269 do CPC, independentemente da interposição de Recurso de Apelação por qualquer das partes. É o exercício obrigatório do duplo grau de jurisdição, mais conhecido como remessa obrigatória ou necessária.

Outra prerrogativa se refere ao fato de inexistir a revelia nas ações propostas em face da Fazenda Pública, nos termos do artigo 320, II, do CPC, considerando como direitos indisponíveis todos aqueles de que é titular a Fazenda Pública, conforme o seguinte: Art. 320. A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente: II - se o litígio versar sobre direitos indisponíveis. (BRASIL, 2011-e, p. 431)

Ressalte-se, também, a impenhorabilidade dos bens públicos, tendo em vista processar-se a execução contra a Fazenda Pública nos termos dos artigos 730 e 731 CPC, e a inexigência de depósito da reserva pecuniária de cinco por cento sobre o valor da causa, conforme preceitua o parágrafo único do artigo 488 do mesmo diploma legal.

Tais prerrogativas de que dispõe a Fazenda Pública em juízo, naturalmente, induzem a um contraponto com o princípio da isonomia, consubstanciado no *caput* do artigo 5º da Constituição da República, *in verbis*: 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. (BRASIL, 2011-a, p. 9)

Para GUSMÃO JÚNIOR (2002), tais prerrogativas não se chocam com o citado princípio, mas, diferentemente, com ele se harmonizam, conforme o seguinte:

Justifica-se o tratamento diferenciado, porque a Fazenda Pública, como corporificação da Administração em juízo, nada mais é do que o conjunto formado pela soma de interesses de todas as pessoas, da coletividade. A res publica a todos pertence e disso resulta a indisponibilidade dos seus interesses. A Fazenda, ao ser demandada em juízo, deverá perseguir o interesse público. Por isso, as normas processuais que a outorgam prazos dilatados e outras prerrogativas compatibilizam-se com os preceitos constitucionais. A Carta Magna, a começar pela exigência do precatório para pagamento de dívidas pecuniárias, deixou expresso a premência em tutelar o interesse público discutido no âmbito processual. O resultado da lide, a negligência daqueles que representam a Fazenda em juízo afetam a todos. É prejuízo de toda a sociedade.

Não bastasse o respaldo do tratamento desigual na supremacia do interesse público sobre o particular, impende salientar que a Fazenda Pública responde a uma quantidade cada vez maior de ações, acrescentando-se a isso os entraves burocráticos que dificultam muito a atuação expedita, principalmente no que tange à prestação de informações por órgãos da estrutura administrativa, para subsidiar a defesa do Poder Público em juízo. (GUSMÃO JÚNIOR, 2002, p. 24)

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou quanto aos prazos dilatados de que dispõe a Fazenda Pública e o

Parquet (art. 188 CPC) em juízo, quando da edição da súmula 116, *in verbis*: a Fazenda Pública e o Ministério Público têm prazo em dobro para interpor agravo regimental no Superior Tribunal de Justiça. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2011, p. 1.605)

Se a doutrina majoritária, bem como julgados de Tribunais Superiores, reconhecem a constitucionalidade das prerrogativas da Fazenda Pública em juízo, fato é que tais prerrogativas tornam o curso das ações em que figura no pólo passivo ou ativo a Fazenda Pública muito mais demorado, burocrático e custoso.

LEITE (2003) entende de modo diferente da doutrina majoritária. Ao dissertar sobre os prazos dilatados da Fazenda Pública em juízo, o autor demonstra que o poder público não se configura como a parte hipossuficiente, mas, pelo contrário, figura como força mais ativa na relação processual, evidenciando-se anacrônico e despropositado o oferecimento de prazos processuais maiores a ele, conforme o seguinte:

Razões não mais subsistem hoje que possam justificar a manutenção dos benefícios instrumentais deferidos à Fazenda Pública, como se procurará demonstrar.

À época da promulgação do CPC de 1973, quando se levantavam os argumentos vistos anteriormente, visantes à proteção judicial da Administração Pública, estes argumentos tomavam grande relevo em face do mau aparelhamento dos órgãos encarregados da defesa judicial dos interesses do Poder Público, quiçá constituindo fundamentos racionais para a discriminação legal deste na relação processual.

No momento presente, tal não mais ocorre, tendo em vista vários fatores.

Primeiramente, a Constituição Federal de 1988 desfez o bifrontismo que sempre existiu no Ministério Público Federal, cujos membros exerciam cumulativamente as funções de Ministério Público e de defesa judicial da União. Agora, esta última atribuição foi outorgada a uma nova instituição, a Advocacia Geral da União (art. 131), ao passo que, na execução da dívida ativa de natureza tributária, cabe a representação da União à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (§ 3º, art. 131), isso no âmbito da Justiça Federal.

Os Estados e Municípios, e suas respectivas autarquias, por sua vez, há mais tempo estruturaram Procuradorias para a defesa judicial de seus inte-

resses, as quais compreendem também várias outras Procuradorias, que se especializam em razão da matéria (Procuradoria Judicial; Procuradoria Fiscal; Procuradoria Administrativa; Procuradoria de Patrimônio, etc.), sempre visando à melhoria dos serviços.

A maior parte destes órgãos possui sistemas de informática, com seus recursos fabulosos que já permitem a transferência e recepção instantânea de informações e de dados, por um simples pressionar de teclas, de qualquer lugar do território nacional ou até mesmo do planeta. Os computadores, invulgares na década de 70, quando da concepção do CPC em vigor, atualmente são comuns nas repartições públicas e facilitam sobremaneira o trabalho dos defensores da Fazenda Pública, nas demandas em que, não raro, se repetem com o mesmo fundamento jurídico.

Os profissionais que atualmente se incumbem da representação judicial da Fazenda Pública são extremamente qualificados, louve-se a exigência do concurso público pela Constitucional Federal de 1988, constituindo boa parte deles os melhores advogados da praça e alguns são até mesmo grandes mestres da doutrina nacional.

Não há mais prejuízo para a defesa do Estado réu quanto ao excessivo número de autores em um mesmo processo, desde a evolução do entendimento jurisprudencial que admitia a limitação do litisconsórcio ativo, hoje já positivado pela Lei 8.952/94, que acrescentou o parágrafo único ao art. 46 do CPC.

Vejamos, então, quem é que enfrenta o poderoso Estado, no pólo oposto da relação processual: o cidadão.

Sabe-se muito bem que a enorme maioria da população brasileira é pobre e não tem condições sequer de arcar com as despesas processuais, muito menos de contratar bons profissionais da advocacia para fazer valer seus direitos, constantemente **hostilizados pelo Estado**. O patrocínio gratuito, previsto na Constituição, é extremamente e reconhecidamente deficitário, em face da inexistência da Defensoria Pública, no âmbito federal, e falta de defensores e mau aparelhamento, a nível estadual.

(...)

O Estado ainda leva grande vantagem em relação ao particular, por ser o maior litigante judicial que existe, estando freqüentemente em juízo, enquanto que este último eventualmente comparece ao Poder Judiciário.

(...)

Assim, o Estado está indiscutivelmente em uma posição de primazia em relação ao cidadão comum e, portanto, em melhores condições de vencer qualquer batalha judicial.

Essa posição se agrava com os privilégios processuais fazendários existentes na legislação, os quais mostram-se contrários ao princípio constitucional da igualdade, pela inexistência de correlação lógica entre os fatores de desigualdade expostos e aqueles benefícios. (LEITE, 2003, p. 179-182)

Portanto, mesmo que a doutrina majoritária reconheça a constitucionalidade das prerrogativas de que dispõe a Fazenda Pública em juízo, suficientemente embasada, **conforme** citação supra, está a posição minoritária a fim de **provocar uma** rediscussão atual, pelo menos no que tange aos prazos **processuais** dilatados.

Em tempo, esclarece-se que, se a Fazenda Pública figura como parte hipossuficiente na relação processual, tal característica tem um caráter provisório enquanto perdurar a implantação das ações corretivas necessárias, de modo que, mais cedo ou mais tarde, deverão tais prerrogativas ser extintas, tendo em vista estar, futuramente, a Fazenda Pública em condições de litigar em igualdade com o particular.

Vê-se, pois, que os malsinados privilégios fazendários estão na contramão da moderna máxima da efetividade processual, porquanto o processo não pode prejudicar o cidadão que tem razão, nem este pode sempre suportar unicamente os nefastos efeitos do tempo do processo. (LEITE, 2003, p. 184)

2 - EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA: a sistemática dos precatórios:

Se houve grande evolução nas normas de organização do Poder Judiciário Brasileiro e de direito processual a fim de conferir maior

agilidade ao curso das ações judiciais no país, o mesmo não se pode dizer das ações em que figura em um dos pólos a Fazenda Pública, principalmente no que tange à satisfação do direito do credor, reconhecido em sentença condenatória por quantia certa.

A Execução por quantia certa contra a Fazenda Pública se dá nos termos dos artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil Brasileiro, *in verbis*:

Art. 730. Na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, citar-se-á a devedora para opor embargos em 10 (dez) dias; se esta não os opuser, no prazo legal, observar-se-ão as seguintes regras:

I - o juiz requisitará o pagamento por intermédio do presidente do tribunal competente;

II - far-se-á o pagamento na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito.

Art. 731. Se o credor for preterido no seu direito de preferência, o presidente do tribunal, que expediu a ordem, poderá, depois de ouvido o chefe do Ministério Público, ordenar o seqüestro da quantia necessária para satisfazer o débito. (BRASIL, 2011-e, p. 470)

Para THEODORO JÚNIOR (2009-b):

Os bens públicos, isto é, os bens pertencentes à União, Estado e Município, são legalmente impenhoráveis. Daí a impossibilidade de execução contra a Fazenda nos moldes comuns, ou seja, mediante penhora e expropriação.

Prevê o Código de Processo Civil, por isso, um procedimento especial para as execuções por quantia certa contra a Fazenda Pública, o qual não tem a natureza própria de execução forçada, visto que se faz sem penhora e arrematação, vale dizer, sem expropriação ou transferência forçada de bens.

Realiza-se por meio de simples requisição de pagamento, feita entre o Poder Judiciário e Poder Executivo, conforme dispõem os arts. 730 e 731 do Código de Processo Civil. (THEODORO JÚNIOR, 2009-b, p. 371)

Pela descrição do artigo 730, que não foi revogado, extrai-se a primeira informação importante na expressão "citar-se-á a devedora para opor embargos em 10 (dez) dias". (BRASIL, 2011-e, p. 470) Como se observa, ainda subsiste a independência entre o Processo de Execução e o Processo de Conhecimento nas ações contra a Fazenda Pública, havendo a necessidade de proceder com uma nova citação, a partir de quando se inicia o prazo de dez dias para a autoridade competente embargar a execução.

Pelo exposto, verifica-se que a fase de cumprimento de sentença, arts. 475-I e seguintes, não abrange as condenações por quantia certa contra a Fazenda Pública, que ainda se dá nos moldes tradicionais, exigindo-se ação autônoma de execução.

Pode parecer óbvia e incontroversa tal informação, mas não é, tendo em vista uma possível e hipotética revogação tácita dos citados arts. 730 e 731.

Cita-se, por exemplo, o fato de que a inclusão dos artigos 475-I e seguintes no CPC não tenha abrangido expressamente as ações trabalhistas, surgindo dúvida sobre a aplicabilidade da multa prevista no art. 475-J no âmbito da Justiça do Trabalho, que já adotava o sincretismo do processo de conhecimento com o processo de execução.

Sobre o assunto, ensina REIS (2007), *in verbis*:

A multa prevista no art. 475-J do CPC é perfeitamente aplicável ao processo do trabalho, inclusive no cumprimento provisório da sentença. O art. 769 da CLT deve receber interpretação favorável ao trabalhador. Ao contrário de outrora, a legislação processual comum vem convergindo para a busca da efetividade do processo, enquanto que o processo trabalhista, nessa onda de desvalorização do trabalho humano, em alguns pontos, permanece anacrônico. Na atividade interpretativa, o Juiz do Trabalho, preocupado com a realização da justiça social, deve sempre importar as disposições normativas que confirmam maior satisfação dos créditos alimentares. Nessa empreitada, o art. 769 da CLT deve ser um aliado e não uma "cláusula de barreira". (REIS, 2007, p. 178)

Entretanto, conforme ressalta GRECO (2006):

A Lei 11.232/05 não revogou as execuções especiais de títulos judiciais reguladas no próprio Código, a saber, a execução contra a Fazenda Pública (arts. 730 e 731) e a execução de pensão alimentícia (arts. 732 a 735), embora, quanto a esta, em face das novas regras sobre

a execução de sentença, a remissão feita nos arts. 732 e 735 ao Capítulo IV do Título II do CPC, que passou a regular apenas a execução de título extrajudicial, tenha apenas caráter subsidiário, nos termos do novo art. 475-R, submetendo-se essas execuções ao novo regime.

Quanto à execução pecuniária contra a Fazenda Pública, parece-me incabível o procedimento da nova lei, pela inexistência de penhora, de modo que continuam em vigor os arts. 730 e 731 e os artigos 741 a 743, que passaram a referir-se apenas a essa execução especial, com alterações meramente redacionais. (GRECO, 2006, p. 13)

Sobre a exigência do trânsito em julgado da sentença condenatória, esclarece THEODORO JÚNIOR (2009-b), que:

Embora não esteja a Fazenda Pública imune à execução provisória (CPC, arts. 587 e 588), quando se tratar de sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folhas de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, a execução somente será possível após o trânsito em julgado, ou seja, somente se admitirá, na espécie, a execução definitiva (Lei nº 9.494/97, art. 2º-B, com a redação da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.2001).

Com a Emenda Constitucional nº 30, de 13.09.2000, que deu nova redação ao § 1º do art. 100 da CF/88, ficou claro que, no caso de obrigação por quantia certa, a execução contra a Fazenda Pública, nos moldes do art. 730 do CPC, somente será possível com base em sentença transitada em julgado, restando, pois, afastada, na espécie, a execução provisória.

O Superior Tribunal de Justiça, todavia, tem interpretado a vedação constitucional de maneira mais branda, ou seja, a EC nº 30 não teria eliminado totalmente a execução provisória, a qual poderia ser processada até a fase dos embargos, "ficando suspensa, daí em diante, até o trânsito em julgado do título executivo, se os embargos não forem opostos, ou forem rejeitados". (THEODORO JÚNIOR, 2009-b, p. 375-376)

Retomando os citados arts. 730 e 731, tem-se que o disposto no inciso I do art. 730 indica a quem se dirige a requisição de pagamento

dos créditos decorrentes da condenação: ao Presidente do Tribunal competente.

Em verdade, para THEODORO JÚNIOR (2009-b), não é o juiz que requisita o pagamento, mas o Presidente do Tribunal que faz tal requisição à autoridade pública competente. O juiz apenas comunica o Presidente que deve ser realizada a requisição de pagamento, nomeada de precatório.

Já o inciso II faz menção à existência de uma ordem cronológica de observância obrigatória para a realização dos pagamentos dos precatórios, conforme a data de apresentação de tais documentos.

Caso esta ordem de apresentação seja frustrada, nos termos do art. 731, está o juiz autorizado a promover seqüestro de bens suficientes a satisfazer o direito do credor preterido.

Para THEODORO JÚNIOR (2009-b), partindo do pressuposto da impenhorabilidade dos bens públicos, aduz-se também sua inseqüestrabilidade. Razão pela qual, defende o autor, deva recair o seqüestro sobre a importância indevidamente recebida pelo credor que frustrou a ordem de apresentação e pagamento dos precatórios.

Porém, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 82.456-RJ, em 07 de junho de 1979, por decisão do pleno, entendeu pela possibilidade de seqüestro dos bens da própria Administração Pública a fim de satisfazer o credor preterido, cuja ementa se dá nos seguintes termos:

RE 82456 / RJ - RIO DE JANEIRO
RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator(a): Min. SOARES MUNOZ
Julgamento: 07/06/1979 Órgão Julgador:
TRIBUNAL PLENO
Publicação
DJ 10-08-1979 PP-05845 EMENT VOL-01139-
02 PP-00483

Ementa

EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. PAGAMENTO COM PRETERIÇÃO DA ORDEM CRONOLOGICA DOS PRECATORIOS. - APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 117, PARAGRAFO 2., DA CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA E 731 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. - SEQUESTRO SOBRE AS RENDAS DA FAZENDA PÚBLICA INFRATO-

RA, EM QUANTIA NECESSARIA PARA SATISFAZER O DÉBITO PRETERIDO. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1979, p. 5.845)

2.1 - Precatórios: conceito, disciplina legal e aspectos históricos:

Para FRANCIULLI NETTO (2000), a palavra precatório é de etimologia obscura; derivada do latim *precorarius*. Sua origem, ao que parece, relaciona-se ou promana do latim *precatio*, onis = súplica, petição, rogo; *precatius*, a, um, adj. part. adj. = que rogou; rogado.

Humberto Theodoro Júnior, sinteticamente, assim conceitua a requisição de pagamento à Fazenda Pública: o precatório ou requisitório não passa de uma carta de sentença, processada perante o Presidente do tribunal, consoante normas regimentais. (THEODORO JÚNIOR apud FRANCIULLI NETTO, 2000) No mesmo sentido, PLÁCIDO E SILVA apud FRANCIULLI NETTO (2000), *in verbis*:

Tida como perfeita e lúcida por Américo Luís Martins Silva, a definição de Plácido e Silva, em cuja dicção por precatórios "entendem-se as cartas expedidas pelos juizes da execução aos Presidentes dos Tribunais de Justiça, a fim de que, por seu intermédio, se autorizem e se expeçam as respectivas ordens de pagamento às repartições pagadoras". (FRANCIULLI NETTO, 2000, p. 38)

DANTAS (1998) ressalta, em estudo sobre o assunto, o fato de os precatórios serem uma invenção brasileira, sem precedentes em qualquer outra parte do mundo, conforme o seguinte:

O sistema jurídico brasileiro tem características únicas. Embora houvesse nascido do sistema português, com profundas raízes do sistema romano-germânico, também foi influenciado pelo sistema dos países da common law, terminando por adotar-lhe o modelo da unicidade de jurisdição, ao qual lhe emprestou características próprias, únicas mesmo, em razão da amplitude que se lhe atribuiu. Em razão disso, cobra importância apurar-se como e por que surgiu entre nós o instituto do precatório requisitório, que ganhou tal relevo a ponto de ser disciplinado pelo próprio texto constitucional.

O estudo desse instituto, como criação brasileira com características únicas, exige que se aprecie as raízes históricas desse tipo de execução (contra a Fazenda

Pública) e que se estabeleça, previamente, uma definição do que seja dívida passiva da Fazenda Pública ou dívida pública.

(...)

Como dado mais instigante da criação do precatório - que revela mesmo a decisiva contribuição dos juizes do 1º grau em sua formulação - vem descrito por este autor, com base no que havia colhido por Martinho Garcez, que por sua vez cita Moraes Leite Velho, em obra a que já fizera referência, a respeito do registro de um litígio ocorrido na corte brasileira, entre um particular e uma Câmara Municipal, onde se identifica o surgimento do precatório na sua forma mais rudimentar; criado e imaginado por um JUIZ, diante de um problema surgido na execução da sentença:

"Nestas condições, o exequente invocou a intervenção do juiz junto ao governo, pedido que motivou o ofício sujeito por V. Exa à consideração deste ministério, e no qual solicita ao juiz de direito da 2º Vara Comercial, que o governo ordene ao Presidente da Ilmo Câmara que facilite a diligência, lançando o seu cumprimento na precatória de vênias, que não foi devolvida, e consentindo em que os oficiais de justiça cheguem até a tesouraria da Câmara para efetuarem a penhora em questão, penhora contra a qual poderá protestar o tesoureiro como entender, deixando até de assinar o auto respectivo, o qual será assinado por duas testemunhas em seu lugar."

(...)

Como se observa, o sistema de execução contra a Fazenda Pública através do precatório requisitório é criação exclusiva brasileira, que não tem similar em nenhuma parte do mundo. (DANTAS, 1998, p. 61 e 67-68)

VARGAS & ULIANA JUNIOR (2009), em estudo, apontam para o fato de as Constituições Brasileiras de 1824 e 1891 não fazerem menção expressa aos precatórios, tratando, apenas de forma genérica, sobre dívida pública, em que se incluem os débitos provenientes de decisões judiciais.

Somente no texto da Carta Magna de 1934, surge a expressão "precatório", como se observa no apanhado realizado pelos autores sobre o tratamento constitucional que se tem dado a este instituto desde a independência do país, conforme o seguinte:

A Constituição de 1824 já garantia a dívida pública, no art. 179 - 23, no título que tratava das garantias

dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, porém, como escreve José Otavio de Vianna Vaz, a ausência expressa - no texto constitucional - da obrigação de pagar e forma de fazê-lo, não asseguravam aos credores o recebimento dos valores devidos pela Fazenda.

Na Constituição de 1891, no art. 34 - 3º, era atribuída a competência privativa do Congresso Nacional, para legislar sobre a dívida pública e estabelecer os meios para o seu pagamento.

Com o advento da Constituição de 1934, o tema dos pagamentos por precatório foi tratado em nível constitucional, dispondo o art. 182 daquela:

"Os pagamentos devidos pela Fazenda federal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão na ordem de apresentação dos Precatórios à conta dos créditos respectivos, sendo vedada a designação de caso ou pessoas nas verbas legais."

Themistocles Brandão Cavalcanti foi o autor da proposta de constitucionalização do precatório, justificando que sob o sistema anterior, os pagamentos feitos em virtude de sentença judiciária, quando a Fazenda era condenada, processavam-se por intermédio das autoridades administrativas, sem obedecer a nenhum critério de ordem, ou cronológico, motivo pelo qual se verificavam os maiores abusos, que por vezes tomavam até aspectos escandalosos, mormente quando se tratava de créditos vultosos. A finalidade, portanto, foi moralizadora. Praticamente a mesma redação foi mantida no art. 95 da Constituição de 1937.

Já na Constituição de 1946 as novidades trazidas pelo art. 204 e seu parágrafo único, são: a inclusão das Fazendas estadual e municipal; a abertura de dotação orçamentária específica para o pagamento dos precatórios; o recolhimento das importâncias à repartição competente em vez de "ao cofre dos depósitos públicos"; a atribuição de competência ao Presidente do Tribunal Federal de Recursos ou, conforme o caso, ao Presidente do Tribunal de Justiça, para expedição de ordens de pagamento, segundo as possibilidades do depósito; e a ouvida do chefe do Ministério Público, em vez do Procurador-Geral da República, quando da requisição de seqüestro da verba.

Pela Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 01/69, a evolução do instituto é verificada por meio do § 1º do art. 112 daquela e do art. 117 desta, que torna obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento dos seus débitos constantes de precatórios judiciais,

apresentados até primeiro de julho. (VARGAS & ULIANA JUNIOR, 2009, p. 174-175)

Se o Código de Processo Civil Brasileiro trata da execução contra a Fazenda Pública, sem mencionar explicitamente a figura do precatório, é no texto constitucional que se encontra a disciplina específica deste instituto, mais precisamente no art. 100 e arts. 33, 78, 86, 87 e 97 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Segue abaixo, a título de ilustração, transcrição do caput do art. 100 da Constituição da República:

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. (BRASIL, 2011-a, p. 44-45)

O que origina o precatório é o trânsito em julgado de sentença judicial que condena, em ação executória, nos termos dos arts. 730 e 731 do Código de Processo Civil Brasileiro, a Fazenda Pública a pagar certa quantia de dinheiro a alguém.

O requisitório de pagamento feito ao poder público pode adquirir três formas diferentes: a Requisição de Pequeno valor (RPV), os precatórios comuns e os precatórios de natureza alimentar.

O Manual de Procedimentos do Tribunal Regional Federal da 4ª Região assim conceitua a Requisição de Pequeno Valor:

Trata-se de requisição de pagamento de quantia certa a que for condenada a Fazenda Pública, que não se submete à sistemática de pagamento por precatório. Considera-se Requisição de Pequeno Valor (RPV) aquela relativa a crédito cujo valor atualizado, por beneficiário, seja igual ou inferior a: I - sessenta salários-mínimos, se a devedora for a Fazenda Federal (art. 17, § 1o, da Lei no 10.259, de 12 de julho de 2001); II - quarenta salários-mínimos, ou o valor estipulado pela legislação local, se a devedora for a Fazenda Estadual ou a Fazenda Distrital (art. 87 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT); e III - trinta salários-mínimos, ou o valor estipulado pela legislação local, se a devedora for a Fazenda Municipal (art. 87 do ADCT). (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2005, p. 16)

Não é permitido o fracionamento do crédito para expedição de RPV no limite legal e precatório complementar, porém, é facultado ao credor renunciar ao excedente a fim de que seja expedido RPV, conforme ressalta THEODORO JÚNIOR (2009-b).

Sobre a competência normativa de se estabelecer novos parâmetros para a expedição de RPV, esclarece DRESCH (2007) que:

Em razão de delegação expressa inserida no § 5º do art. 100 da Constituição Federal e no caput do art. 87 do ADCT, como visto, fica cristalina a competência legislativa dos Estados membros e Municípios para fixarem valores diferentes daqueles constantes dos incisos I e II do art. 87 referido para efeitos de RPV. A competência legislativa dos Estados e Municípios foi reconhecida pelo plenário do STF na ADI-MC 3.057/RN, julgada em 19.02.2004, relatada pelo Ministro Cezar Peluso.

(...)

a Constituição não delega no § 5º uma liberdade discricionária de maneira que a alteração nos valores das dívidas de pequeno valor deve ser fixada segundo as diferentes capacidades das entidades de direito público, observando o princípio da proporcionalidade, da simetria e o princípio federativo, mas os entes locais se sujeitam à teleologia constitucional, não lhes sendo lícito fixar valores ínfimos que poderiam representar supressão do próprio instituto do Requisitório de Pequeno Valor. (DRESCH, 2007, p. 52 e 54)

Ademais, considerando que o precatório é uma requisição de pagamento que se faz ao Poder Público, não se aparenta correto o que faz a doutrina majoritária ao excluir a RPV da classificação de precatório porque esta categoria de requisição de pagamento se encaixa na conceituação de precatório exposta anteriormente.

SILVA (2005) reconhece a tênue diferença entre o RPV e o precatório, *in verbis*:

A diferença entre o procedimento do precatório e o da requisição de pequeno valor reside, basicamente, no prazo do pagamento, que na RPV é de até 60 dias da data de sua apresentação no tribunal, enquanto o precatório é pago no exercício seguinte ao da apresentação. No mais são iguais: natureza de pagamento voluntário; natureza administrativa do procedimento; origem orçamentária; competência concentrada na presidência do tribunal. (SILVA, 2005, p. 71)

Para SILVA (2001), os créditos previdenciários constituídos em virtude de condenação da Fazenda Pública encontravam disciplina diferenciada quanto ao seu pagamento nos termos da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991:

Art. 128. As demandas judiciais que tiverem por objeto o reajuste ou a concessão de benefícios regulados nesta Lei cujos valores de execução não forem superiores a R\$ 5.180,25 (cinco mil, cento e oitenta reais e vinte e cinco centavos) por autor poderão, por opção de cada um dos exequentes, ser quitadas no prazo de até sessenta dias após a intimação do trânsito em julgado da decisão, sem necessidade de expedição de precatório. (BRASIL, 2011-f, p. 1.346)

Porém, com o advento das RPV no âmbito da Justiça Federal, nos termos do art. 17 da Lei 10.259, de 12 de julho de 2001, houve a revogação tácita do dispositivo citado anteriormente.

Os precatórios de natureza alimentar são, conforme THEODORO JÚNIOR (2009-b), aqueles requisitórios de pagamentos provenientes de litígios versando sobre *salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil.* (THEODORO JÚNIOR, 2009-b, p. 372)

Mas não só isso. Todo litígio, que tem como cerne valores destinados ao sustento de alguma pessoa, tem natureza alimentar, a exemplo dos honorários advocatícios de advogado que representou seu cliente contra a Fazenda Pública. Nestas situações, caso o valor esteja além dos limites à emissão de RPV, será emitido um precatório de natureza alimentar. Sobre o assunto, ensina HARADA (2006):

(...) se a verba de sucumbência pertence ao advogado, nos termos do Estatuto da Advocacia, independentemente, de essa verba representar uma retribuição aleatória e incerta, dependente do êxito da parte para a qual patrocina o advogado, não se pode negar a ela a natureza alimentícia, pois o profissional liberal não percebe salários, nem vencimentos, mas vive exclusivamente de honorários contratuais e sucumbenciais. (HARADA, 2006, p. 6)

Assim entendeu também o Ministro Marco Aurélio Mello, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 470.407-DF, ao reconhe-

cer que o rol elencado no art. 100, § 1º-A, da Constituição da República é meramente exemplificativo, possuindo os honorários sucumbenciais, assim como os convenionados, natureza alimentar, devendo ser, conforme o caso, expedido precatório de natureza alimentar. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2006)

Tal categoria de precatório goza de direito de preferência e deve ser quitada antes dos precatórios comuns, nos termos do § 1º, do art. 100 da Constituição da República.

A conceituação dos precatórios comuns tem caráter residual, isto é, quando não se pode classificar determinado requisitório como RPV ou precatório de natureza alimentar, está-se diante de um precatório comum.

Como exposto, observa-se que o pagamento das requisições de pequeno valor não se relaciona com o processo de pagamento dos precatórios, embora tenham a mesma essência conceitual. Estes se organizam em duas relações separadas e orientadas pela ordem cronológica de pagamento para que sejam quitados, sendo uma relação constituída pelos precatórios comuns e outra pelos precatórios de natureza alimentar.

As requisições de pequeno valor são incluídas para pagamento, como ressalta SILVA (2005), em até sessenta dias da data de sua apresentação ao Presidente do Tribunal competente e os precatórios, comuns ou de natureza alimentar, são incluídos, pelo processo orçamentário na próxima Lei Orçamentária Anual – LOA, a fim de que sejam pagos.

Ou seja, caso o precatório seja emitido até 1º de julho de determinado ano, nos termos do § 1º do art. 100 da Constituição da República, será incluído na LOA que está sendo elaborada e vigorará no ano seguinte, caso seja emitido após 1º de julho, será incluído na Lei Orçamentária Anual que será elaborada no ano posterior.

A Lei Orçamentária Anual se refere a um instrumento de planejamento governamental de curto prazo, cuja vigência é de um ano, iniciada em 1º de janeiro de cada ano e de elaboração obrigatória por todos os entes federativos.

A LOA nada mais é que o Orçamento Público propriamente dito, explicitando as diversas categorias de previsão de despesas a

serem realizadas pelos três poderes estatais e pelo Ministério Público, dependendo do caso³, e a previsão de receita para o exercício, também categorizada.

A elaboração do texto da Lei Orçamentária Anual cabe ao chefe do Poder Executivo, que reunirá as informações orçamentárias dos demais poderes e encaminhará um texto único para apreciação pelo Poder Legislativo competente até 31 de agosto de cada ano, nos termos do art. 35 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Para elaboração da LOA, deve-se observar o que foi disposto na Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO competente. A LDO também é considerada um instrumento de planejamento governamental de curto prazo, que contém as principais diretrizes orientadoras da LOA.

Para VARGAS & ULIANA JUNIOR (2009):

(...) existem duas diretrizes constitucionais a respeito do precatório: a primeira é a obrigatoriedade da inclusão no orçamento, de verba necessária para o pagamento, e a segunda é a possibilidade do depósito de tais verbas. Evidentemente não pode o Estado sacrificar o mínimo vital dos cidadãos, relativamente a segurança, saúde e educação, para atender a um direito individual de crédito; porém a impossibilidade do depósito deve ser plenamente justificada, o que infelizmente não acontece, transformando a obrigatoriedade prevista no citado § 1º em mera discricionariedade ou até mesmo arbitrariedade. (VARGAS & ULIANA JUNIOR, 2009, p. 176)

Como se observa no ensinamento supra, a justificativa para a existência da sistemática dos precatórios baseia-se no fato de o poder público brasileiro deter uma complexa lógica de planejamento governamental que impede a satisfação dos direitos dos credores imediatamente, sem, com isso, comprometer a realização de atividades governamentais indispensáveis à sociedade, como serviços públicos essenciais, por exemplo.

Porém, há que se ressaltar o fato de diversos outros países possuírem uma igualmente rígida lógica de planejamento público, sem, com isso, necessitar de postergar por tanto tempo a satisfação do direito do credor, mediante a inclusão no orçamento público e eventual pagamento pela autoridade competente, o que enfraquece a citada justificativa para a existência dos pagamentos por precatórios no Brasil. Neste sentido, ensina BARROS (2000):

Nos países desenvolvidos, a impenhorabilidade não cria transtornos. Lá, o Estado, uma vez derrotado no pro-

³ Diz-se “dependendo do caso”, pois, em se tratando de Municípios, o Orçamento Público contempla apenas os Poderes Executivo e Legislativo, excluindo-se o Poder Judiciário e o Ministério Público, tendo em vista inexistirem estes nesta esfera governamental.

cesso, apressa-se em cumprir a condenação. Em assim fazendo, dá exemplo de decência e respeito ao Poder Judiciário (que, em verdade, é o próprio Estado). Infelizmente, o Governo brasileiro não se preocupa em dar exemplos, nem em ser decente. Simplesmente desobedece a condenação, deixando-se executar. Como não pode efetuar penhora contra o Estado, o juiz limita-se a dirigir-lhe um pedido para que, no próximo orçamento, destaque verba destinada ao pagamento da condenação. Este pedido é o famigerado precatório. Cada precatório recebe um número, estabelecendo-se uma seqüência que não pode ser invertida. (BARROS, 2000, p. 72)

Além disso, há de se ressaltar que, embora o texto constitucional determine a inclusão da previsão de pagamento do precatório regularmente emitido no próximo orçamento, observando-se os prazos de apresentação, praticamente inexistente sanção a ser imputada em face de um eventual descumprimento deste dispositivo, o que acarreta uma quase eterna postergação dos direitos de grande parte dos credores que litigaram contra a Fazenda Pública.

A única sanção que é apontada pela doutrina em face do descumprimento do disposto no art. 100 da Constituição da República seria a intervenção, nos Estados pelo Governo Federal, e nos municípios pelos Governos Estaduais, nos termos dos artigos 34, 35 e 36 do mesmo diploma legal ora referido. Entretanto, há de se ressaltar que a intervenção é medida extrema, de difícil implantação, e que, em termos práticos, se mostra insuficiente para constranger os titulares do poder público a cumprir o dispositivo constitucional, atinente aos precatórios.

Abaixo, a transcrição de parte dos arts. 34 e 35 da Constituição da República:

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

VI - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial;

Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:

IV - o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial. (BRASIL, 2011-a, p. 25)

MENDES (2003) reconhece a dificuldade em se determinar a intervenção, tendo em vista que:

É evidente a obrigação constitucional quanto aos precatórios relativos a créditos alimentícios, assim como o regime de exceção de tais créditos, conforme a disciplina do art. 78 do ADCT. Mas também é inegável, tal como demonstrado, que o Estado encontra-se sujeito a um quadro de múltiplas obrigações de idêntica hierarquia.

(...)

É duvidosa, de imediato, a adequação da medida de intervenção. O eventual interventor, evidentemente, estará sujeito àquelas mesmas limitações factuais e normativas a que está sujeita a Administração Pública do Estado. Poderá o interventor, em nome do cumprimento do art. 78 do ADCT, ignorar as demais obrigações constitucionais do Estado? Evidente que não. Por outro lado, é inegável que as disponibilidades financeiras do regime de intervenção não serão muito diferentes das condições atuais. (MENDES, 2003, p. 8-9)

Como se verá no Capítulo três deste trabalho, só se encontra sanções satisfatórias para o descumprimento dos dispositivos constitucionais atinentes aos precatórios após a promulgação da Emenda Constitucional nº 62/2009.

2.2 - Os precatórios em números:

Neste tópico, serão apresentados dados relacionados aos estoques de dívidas com precatórios de Municípios, Unidades da Federação, Governo Federal e da União, entendendo-se por União a soma dos dados de todos os entes federativos citados entre os anos de 2005 e 2009.

Tais dados foram obtidos junto ao Sistema de Coleta de Dados Contábeis dos Entes da Federação - SISTN, alimentado pela Caixa Econômica Federal e mantido pela Secretaria do Tesouro Nacional, órgão vinculado ao Ministério da Fazenda.

Os entes federativos informam, por meio de um plano de contas contábeis único, os valores respectivos aferidos para cada ano. Para fins deste trabalho, foram considerados e reunidos os valores informados para as contas: 13 - Precatórios - Passivo Financeiro, 34 - Precatórios anteriores a 05/05/2000 e 35 - Precatórios a partir de 05/05/2000.

A partir da coleta dos dados, foi possível calcular um índice, ora chamado de "Índice de Endividamento - IE", formado pela relação

entre as variáveis "Soma das contas contábeis 13, 34 e 35" (Total da dívida com precatórios) e "População do ente federativo considerado". Dividindo-se a primeira pela segunda, obtém-se o IE.

O índice de endividamento dá a dimensão de quanto cada ente federativo deve a título de precatórios, em reais, para cada habitante de seu território.

Os dados apresentados serão nominais ou reais, sendo os primeiros brutos, sem correção por nenhum índice de preços, e os segundos corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, no período, calculado pela Fundação IBGE, por se tratar do índice oficial de inflação. Tal tratamento é necessário a fim de se expurgar o efeito da inflação sobre os dados. Assim sendo, poder-se-á comparar a evolução das contas entre os anos sem que tal análise seja prejudicada pela diferença no valor interno da moeda nacional.

A Resolução nº 115, de 29 de junho de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, em seu artigo 1º, criou o Sistema de Gestão de Precatórios - SGP, cuja função é permitir o monitoramento pelos Tribunais do pagamento de precatórios, verificando o descumprimento das normas constitucionais, legais e regulamentares por parte das entidades de Direito Público devedoras no pagamento de precatórios e adotando as medidas cabíveis.

Porém, não foi possível a utilização dos dados de tal sistema neste trabalho, embora possivelmente fossem mais precisos, tendo em vista não ter sido até então plenamente implantado e disponibilizado à sociedade para consultas, razão pela qual utilizou-se os dados do SISTN.

Outra consideração importante a fazer se refere aos dados populacionais, obtidos junto à Fundação IBGE. Ocorre que, para os anos de 2005, 2006, 2008 e 2009, os dados foram calculados pelo mecanismo da projeção e, no ano de 2007, houve uma contagem da população. Óbvio o fato de os dados obtidos pela contagem da população serem mais realísticos que os dados obtidos por projeção.

Possivelmente, tal fato explica o ponto de inflexão observado no ano de 2007 para a população brasileira entre 2005 e 2009, conforme demonstra o gráfico seguinte, acompanhado da respectiva tabela:

Tabela 1

População Brasileira, em número de habitantes, entre 2005 e 2009:

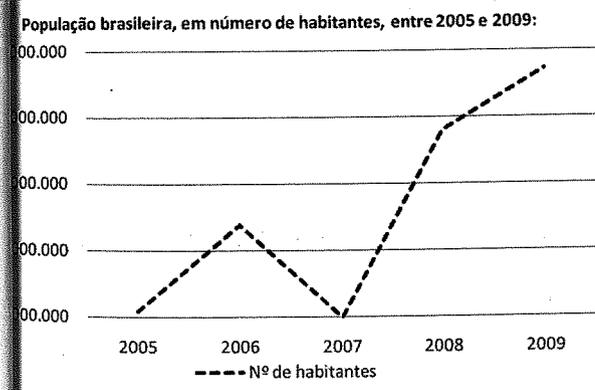
2005	2006	2007	2008	2009
184.184.264	186.770.562	183.987.291	189.612.814	191.446.848

Fonte: FIBGE

Gráfico 1

Fonte: FIBGE

Finalmente, esclarece-se que os dados relativos aos municípios brasileiros foram, para fins de simplificação e praticidade, agregados



para tratar-se de mais 5.000 mu-

brasileiros:

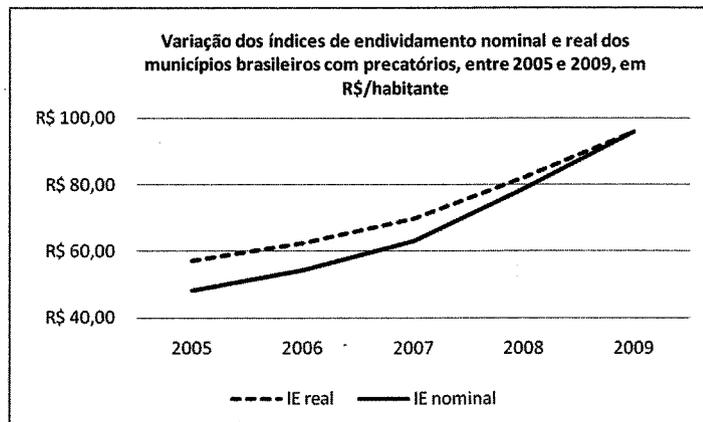
municípios brasileiros deviam, de 2009. O gráfico e a tabela do índice de endividamento antes:

Índices de endividamento real e nominal dos municípios brasileiros com precatórios, entre 2005 e 2009, em R\$/habitante

	2005	2006	2007	2008	2009
IE Real	R\$ 57,27	R\$ 62,58	R\$ 69,66	R\$ 82,12	R\$ 95,73
IE Nominal	R\$ 48,11	R\$ 54,23	R\$ 63,06	R\$ 78,72	R\$ 95,73

Fonte: SISTN

Gráfico 2



Fonte: SISTN

O índice de endividamento real teve um acréscimo, entre 2005 e 2009, de 167,17% e o índice de endividamento nominal teve um aumento de 198,96% no mesmo período.

Os municípios mais endividados, em 2009, foram os do Estado de São Paulo, cujo índice de endividamento médio real foi de R\$ 384,21 por habitante. Já os municípios menos endividados, neste mesmo ano, foram os do Estado do Maranhão, cujo índice de endividamento real foi de R\$ 0,02 por habitante.

Para se ter uma idéia da dimensão do endividamento dos municípios paulistas, cita-se o fato de sua dívida total em 2009 corresponder a 89,38% da dívida total de todos os municípios brasileiros juntos.

Finalmente, esclarece-se que, a partir da análise dos dados, foi possível calcular o desvio padrão da amostra para o ano de 2009 e, conseqüentemente, o seu coeficiente de variação⁴, que foi de 105,87%. Este valor encontrado para o coeficiente de variação da amostra pode ser considerado muito alto, o que significa que os índices de endivida-

⁴ O coeficiente de variação é calculado dividindo-se o desvio-padrão pela média aritmética dos elementos do grupo, vezes 100. O coeficiente de variação permite uma leitura do quanto os elementos do conjunto diferenciam entre si.

mento dos municípios, reunidos em suas respectivas unidades da Federação, diferem muito entre si.

O cálculo do coeficiente de variação, neste caso, é importante, pois, como constatado que os índices de endividamento são muito diferentes entre si, tal fato demanda um tratamento diversificado por parte do legislador que pretende alterar esta realidade. Não é prudente tratar estados, cujos municípios estão muito endividados, em igualdade com os estados, cujos municípios, estão bem menos endividados.

2.2.2 - Os precatórios dos estados brasileiros e do Distrito Federal:

Conforme dados do SISTN, os estados brasileiros e o Distrito Federal deviam, em 2009, R\$ 31.908.674.023,44, a preços de 2009. O gráfico e a tabela abaixo demonstram a variação do índice de endividamento real e nominal entre 2005 e 2009:

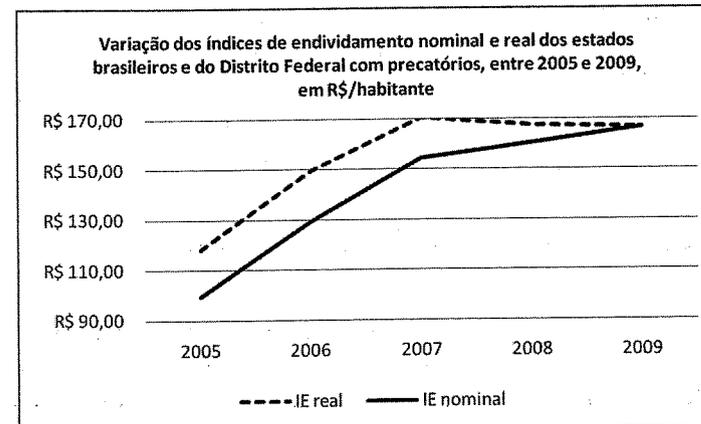
Tabela 3

Índices de endividamento real e nominal dos estados brasileiros e do Distrito Federal com precatórios, entre 2005 e 2009, em R\$/habitante

	2005	2006	2007	2008	2009
IE Real	R\$ 118,20	R\$ 149,33	R\$ 170,59	R\$ 167,30	R\$ 166,64
IE Nominal	R\$ 99,32	R\$ 129,41	R\$ 154,42	R\$ 160,39	R\$ 166,64

Fonte: SISTN

Gráfico 3



Fonte: SISTN

O índice de endividamento real teve um acréscimo, entre 2005 e 2009, de 140,98% e o índice de endividamento nominal teve um aumento de 167,79% no mesmo período.

Porém, há de ressaltar que, diferentemente do comportamento do índice de endividamento real dos municípios, que foi sempre crescente no período considerado, o IE real dos Estados da Federação iniciou um processo de declínio a partir de 2007.

A unidade da Federação mais endividada, em 2009, foi o Estado de São Paulo, cujo índice de endividamento real foi de R\$ 463,92 por habitante. Os estados de Alagoas, Amapá, Amazonas, Ceará, Distrito Federal, Goiás, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Paraíba, Rondônia e Roraima declararam não possuir dívida com precatórios neste ano, o que, por óbvio, acarreta em índices de endividamento iguais a zero.

Tal fato, de certa forma, incute dúvidas sobre a consistência do banco de dados consultado, embora, ressalte-se, seja a única fonte de dados em níveis analítico e consolidado existente até então, haja vista a indisponibilidade do Sistema de Gestão de Precatórios - SGP. Mesmo assim, procedeu-se com os demais cálculos pertinentes, sem antes recomendar à Secretaria do Tesouro Nacional promover verificação das citadas informações.

Para se ter uma idéia da dimensão do endividamento do Estado de São Paulo, cita-se o fato de sua dívida total, em 2009, corresponder a 60,17% da dívida total de todos os estados brasileiros juntos.

Assim como se fez em relação aos dados dos municípios, foi possível calcular, para os estados brasileiros, o desvio padrão da amostra para o ano de 2009 e, conseqüentemente, o seu coeficiente de variação, que foi de 92,91%. Este valor encontrado para o coeficiente de variação da amostra também é muito alto, o que significa que os índices de endividamento dos estados brasileiros diferem muito entre si.

2.2.3 - Os precatórios do Governo Federal brasileiro:

Conforme dados do SISTN, o Governo Federal Brasileiro devia, em 2009, R\$ 10.356.022.374,28, a preços de 2009. O gráfico e a tabela abaixo demonstram a variação do chamado índice de endividamento real e nominal entre 2005 e 2009 do Governo Central:

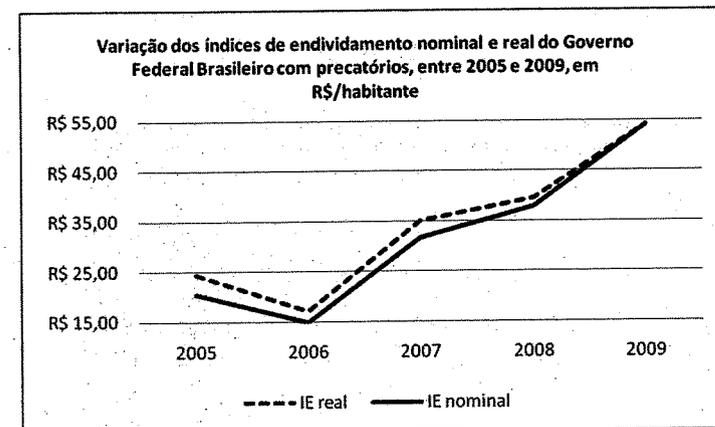
Tabela 4

Índices de endividamento real e nominal dos estados brasileiros e do Distrito Federal com precatórios, entre 2005 e 2009, em R\$/habitante

	2005	2006	2007	2008	2009
IE Real	R\$ 24,43	R\$ 17,07	R\$ 35,01	R\$ 39,54	R\$ 54,09
IE Nominal	R\$ 20,53	R\$ 14,79	R\$ 31,69	R\$ 37,91	R\$ 54,09

Fonte: SISTN

Gráfico 4



Fonte: SISTN

O índice de endividamento real teve um acréscimo, entre 2005 e 2009, de 221,43% e o índice de endividamento nominal teve um aumento de 263,54% no mesmo período.

Em 2006, pode-se observar um ponto de inflexão, em que a trajetória declinante é substituída por uma trajetória ascendente. A dívida do Governo Federal com precatórios, em 2009, corresponde a 53,94% da dívida total do Estado de São Paulo com a mesma rubrica.

Neste caso, não é pertinente o cálculo do coeficiente de variação, tendo em vista ser a amostra composta apenas por dados de um ente federativo, que é o Governo Federal.

2.2.4 - Os precatórios da União dos entes federativos brasileiros:

Conforme dados do SISTN, a União dos entes federativos brasileiros devia, em 2009, R\$ 59.318.508.456,03, a preços de 2009. O gráfi-

co e a tabela abaixo demonstram a variação do chamado índice de endividamento real e nominal entre 2005 e 2009 da União:

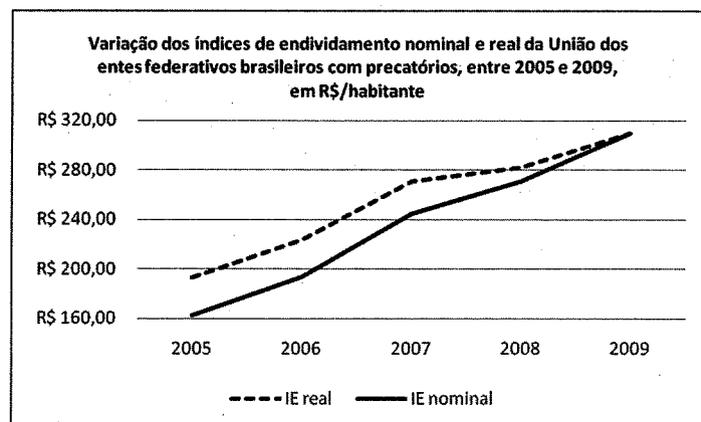
Tabela 5

Índices de endividamento real e nominal dos estados brasileiros e do Distrito Federal com precatórios, entre 2005 e 2009, em R\$/habitante

	2005	2006	2007	2008	2009
IE Real	R\$ 193,16	R\$ 223,69	R\$ 270,42	R\$ 282,27	R\$ 309,84
IE Nominal	R\$ 162,29	R\$ 193,85	R\$ 244,79	R\$ 270,61	R\$ 309,84

Fonte: SISTN

Gráfico 5



Fonte: SISTN

O índice de endividamento real teve um acréscimo, entre 2005 e 2009, de 160,41% e o índice de endividamento nominal teve um aumento de 190,92% no mesmo período.

Em todo o período analisado, a trajetória dos índices de endividamento real e nominal da União dos entes federativos brasileiros foi ascendente, embora tenha apresentado níveis diferentes de crescimento entre os anos, expressos pelos diferentes coeficientes angulares das linhas do gráfico.

Neste caso, também não é pertinente o cálculo do coeficiente de variação, tendo em vista ser a amostra composta por dados de apenas uma categoria.

Uma informação importante que pode ser extraída da fonte de dados consultada se refere à decomposição da dívida total da União

dos entes federativos brasileiros por esfera de Governo, para o ano de 2009, conforme o seguinte gráfico:

Gráfico 6



Fonte: SISTN

Conclusivamente, embora os dados apresentados não se constituam como uma série histórica suficientemente grande a fim de expressar o comportamento amplo da dívida pública com precatórios, evidencia-se preocupante o crescimento enorme desta dívida no período apresentado, de forma que a adoção de medidas a fim de conter o crescimento citado e até mesmo reduzir o montante da dívida mostrasse urgente e necessário.

3 - AS INOVAÇÕES INTRODUZIDAS PELA EMENDA CONSTITUCIONAL 62/2009:

Com vistas a solucionar ou, pelo menos, minimizar a grave questão relacionada ao não pagamento tempestivo dos precatórios regularmente emitidos pelos entes federativos brasileiros, foi promulgada em 09 de dezembro de 2009 a Emenda Constitucional nº 62, que se dispôs a alterar o art. 100 da Constituição da República e incluir o art. 97 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT.

No mesmo sentido, valendo-se de sua prerrogativa de ditar normas de cunho administrativo a serem observadas pelos diversos órgãos integrantes do Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça editou as Resoluções nº 115, de 29 de junho de 2010, e nº 123, de 09 de novembro de 2010, a fim de instituir procedimentação a respeito da gestão de precatórios no âmbito deste Poder.

Inegavelmente, conforme se verá a seguir, houve vários avanços com a edição das citadas normas, sem, contudo, estarem desacompanhadas de retrocessos que, inclusive, ensejaram a propositura de diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

3.1 – Quanto ao Sistema de Gestão de Precatórios - SGP:

Entre os avanços, há que se citar a criação do Sistema de Gestão de Precatórios – SGP, já mencionado neste trabalho, conforme disposto no art. 1º da Resolução CNJ nº 123/2010, que permitirá um maior controle sobre a gestão da dívida pública com precatórios pela sociedade e também pelo Poder Público, em suas diversas expressões institucionais. Em verdade, a criação de tal sistema está coerente com as tendências de se conferir maior transparência ao trato da coisa pública.

Além disso, os dados lá disponibilizados permitirão estudos mais apurados sobre a questão dos precatórios, que, por conseguinte, viabilizarão a adoção de novos procedimentos e normas a fim de aperfeiçoar a satisfação do direito do credor que litigou contra a Fazenda Pública.

3.2 – Quanto à utilização dos precatórios para aquisição de bens imóveis públicos:

Benéfica, também, a norma disposta no § 11º, do art. 100 da CR/88, que permite a entrega de precatórios para serem utilizados na quitação de bens imóveis adquiridos do Poder Público por particulares. Inegável a maior liquidez inerente à propriedade de bem imóvel, se comparado ao direito de crédito em face da Fazenda Pública, substanciado em precatório emitido em desfavor de ente federativo em mora.

Se se diz que uma solução definitiva à questão dos precatórios esbarra necessariamente em um engessado conjunto de normas que direcionam a aplicação da maior dos recursos públicos disponíveis, conforme disposto no art. 212 da CR/88, por exemplo; ao mesmo tempo, é óbvia a má gestão que se faz dos recursos públicos, haja vista a existência de inúmeros bens imóveis públicos desocupados e sem destinação específica, que se deterioram ao longo do tempo, enquanto poderiam ser alienados e utilizados na quitação dos precatórios vencidos.

Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. (BRASIL, 2011-a, p. 76)

3.3 – Quanto às Requisições de Pequeno Valor – RPV:

Quanto às RPV, tem-se que o § 12, do art. 97 do ADCT, estabelece um prazo de 180 dias, a contar a partir da publicação da Emenda Constitucional nº 62, para que Estados e Municípios editem suas normas sobre os limites a serem observados para emissão de Requisições de Pequeno Valor. Tal norma permite um ambiente de maior segurança jurídica, uma vez que inviabiliza modificações futuras e despropostas de forma a dificultar a expedição de RPV, que gozam de um regime de pagamento bem mais rápido.

Ademais, o § 4º, do art. 100 da CR/88, prevê um limite mínimo correspondente ao valor do maior benefício do regime geral de previdência social a ser observado quando da fixação dos critérios de emissão de RPV. Ou seja, se antes da edição desta norma, conforme entendimento doutrinário majoritário e exarado à fl. 26 deste trabalho, o legislador devia tão somente atender ao princípio da proporcionalidade para fixação destes parâmetros, agora o legislador constitucional buscou delimitar objetivamente tal fixação, criando um piso que seja minimamente digno.

Caso o ente federativo não edite norma neste sentido no prazo estabelecido, vigorarão os limites mínimos definidos no ADCT, art. 97, § 12º, quais sejam: quarenta salários mínimos para Estados e Distrito Federal e trinta salários mínimos para Municípios.

3.4 – Quanto à criação de nova categoria privilegiada de precatórios:

Mais uma inovação importante da EC 62/2009, se refere à criação de uma nova categoria de precatórios preferenciais formada pelos titulares de créditos emitidos em desfavor da Fazenda Pública, de natureza alimentar, que tenham, ao tempo da expedição do precatório, idade igual ou superior a sessenta anos de idade, ou sejam portadores de moléstia grave.

Nos termos do art. 13 da Resolução CNJ nº 115/2010, as moléstias graves, sobre as quais ora se tratam, são aquelas exaradas no art. 6º, XIV, da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, cuja redação foi dada pela Lei nº 11.052, conforme o seguinte:

Art. 6º Ficam isentos do imposto de renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas:
 XIV – os proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma. (BRASIL, 1988)

Frequentemente, órgãos da imprensa brasileira noticiam o falecimento de pessoas, sem antes terem recebido seus créditos emitidos em desfavor da Fazenda Pública. Em verdade, é sabido que a satisfação do direito de alguns credores, em função do demorado curso da ação judicial e do ainda mais demorado procedimento de quitação de precatórios, pode levar até mesmo décadas, ficando o crédito para os sucessores do de cujus usufruírem.

Sendo assim, não se aparenta como violação ao princípio da isonomia, exarado no art. 5º da Constituição da República a norma que cria esta nova categoria de precatórios preferenciais, que deverão ser pagos antes de todos os outros, tendo em vista a condição peculiar destas pessoas que não dispõem de muito tempo a aguardar a satisfação de seu direito de crédito, se comparado aos demais credores.

Lembre-se, por oportuno, a máxima de que o princípio da isonomia consubstancia-se no tratamento desigual dos desiguais e do tratamento igual dos iguais.

Além disso, a Emenda Constitucional nº 62/2009 fixa limites a tal direito de preferência, como a instituição do teto para pagamento correspondente a até três vezes o valor estabelecido para a expedição de RPV pelo ente federativo, de forma que o excedente será pago atendendo-se à ordem cronológica de apresentação do título, fugindo, excepcionalmente, à regra do não fracionamento do precatório.

3.5 – Quanto à possibilidade de a União renegociar dívidas constituídas em precatórios:

Nos termos do art. 100, § 16º, da Constituição da República, com redação dada pela EC nº 62/2009, “a seu critério exclusivo e na forma

de lei, a União poderá assumir débitos, oriundos de precatórios, de Estados, Distrito Federal e Municípios, refinanciando-os diretamente”. (BRASIL, 2011-a, p. 45)

Alguns doutrinadores reagiram negativamente em relação a tal dispositivo, como se observa nas seguintes citações:

É muito fácil imaginar os efeitos práticos dessa regra, que institucionaliza o tráfico de influências e garante mais uma fonte para a corrupção. Ao facultar a federalização da dívida, mas apenas em virtude de uma escolha da União, propicia-se toda a espécie de desvios éticos. Surgirão os intermediários especializados na obtenção da facilidade. Os credores serão achacados para concordarem com a intervenção dos “facilitadores”. Os amigos serão premiados e os inimigos serão pressionados a mudarem de posição. (JUSTEN FILHO, 2009) Faculta-se, enfim, a federalização da dívida, apenas em virtude de uma escolha privativa da União [...] atentando contra a própria essência do precatório, que consiste em evitar privilégios ou vantagens indevidas para o pagamento de condenações judiciais, fazendo respeitar a ordem cronológica de inscrição dos respectivos créditos. (CUNHA apud PRATA FILHO, 200?, p. 10)

Porém, com o devido respeito aos brilhantes doutrinadores, possivelmente tais argumentos mereçam análise mais acurada. Tem-se que, conforme apontado no item 2.2 deste trabalho, a situação de alguns entes federativos em relação ao pagamento dos precatórios é muito mais grave se comparada aos demais entes.

Se a Emenda Constitucional nº 62/2009 surge com o propósito de se moralizar de vez a questão dos requisitórios de pagamento à Fazenda Pública, não se espera, para alguns entes federativos, tal grau de sucesso na gestão desta categoria de dívida pública, tendo em vista a realidade dos números ser-lhes bastante desfavorável.

Em fins da década de 90, outro grave problema afligia as finanças públicas brasileiras, que era a indiscriminada emissão de títulos públicos de dívida com altas taxas de capitalização com vistas a propiciar o financiamento do gasto público. Entretanto, tal emissão desenfreada causou um descontrole anormal sobre as finanças públicas de muitos entes federativos. A reação do Governo Central, em resposta às pressões de organismos financeiros internacionais que se mostraram preocupados com tal fato, foi promover um plano de renegociação da dívida pública, focando, principalmente, mas não apenas, nas Unidades da Federação.

Nesta oportunidade, a União assumiu a responsabilidade pelos títulos públicos emitidos e substituiu-os em relação aos emitentes originários por contratos. Além disso, enquanto estivessem quitando o contrato firmado, os entes federativos estavam impossibilitados de emitirem novos títulos, exceto para o pagamento de precatórios. Tal medida permitiu um maior controle por parte da emissão indiscriminada de títulos públicos com vistas a financiar o gasto governamental.

No caso presente, há de se ressaltar que alguns entes federativos provavelmente não conseguirão, por si só, principalmente considerando os dispositivos da Emenda Constitucional nº 62/2009, colocar em dia o pagamento dos precatórios emitidos.

Desta forma, o citado art. 100, § 16, da CR/88 é positivo no sentido de permitir uma intervenção menos traumática e convencional na situação em análise de alguns entes federativos por parte da União, que goza, em tese, de uma situação financeira bem melhor. Não há que se falar em benefício direcionado a alguns porque o citado dispositivo não permite tal tratamento, principalmente se lido sob o prisma do princípio da impessoalidade. É refutável a idéia de que o legislador tenha permitido à União beneficiar, sem justificativa plausível, alguns em detrimento de outros.

Poder-se-ia, eventualmente, suscitar um possível favorecimento de alguns entes federativos em detrimento dos demais, ainda mais se se considerar os subterfúgios politíqueiros de que se valem alguns gestores públicos brasileiros.

Porém, oportunamente, cita-se que a celebração de contratos de refinanciamento de dívidas com precatórios necessariamente impede de autorização legislativa específica, qual seja do Senado Federal nos termos do art. 52, VII, da CR/88, conforme o seguinte:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: VII - dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal. (BRASIL, 2011-a, p. 33)

Assim sendo, espera-se que o Senado Federal, assim como as demais instituições republicanas, cumpram sua função e exerçam um controle efetivo sobre a celebração dos citados contratos de refinanciamento de dívidas oriundas de precatórios. Da mesma forma, espera-se da União atitude proativa no sentido de renegociar a dívida dos entes federativos que estejam em situação mais difícil.

3.6 - Quanto à cessão dos créditos:

Assim dispõe o art. 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, cuja redação foi dada pela Emenda Constitucional nº 30/2000:

Art. 78. Ressalvados os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações e os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos. (BRASIL, 2011-a, p. 96)

Ou seja, o citado dispositivo permite a cessão dos créditos substanciados em precatório de natureza comum, pairando, todavia, dúvidas sobre a forma com que tal cessão deva ser processada, e, inclusive, sobre a eventual necessidade de anuência do ente contra o qual foi expedido o título.

A Emenda Constitucional nº 62/2009 acrescenta ao art. 100 da CR/88 os §§ 13 e 14, conforme o seguinte:

§ 13. O credor poderá ceder, total ou parcialmente, seus créditos em precatórios a terceiros, independentemente da concordância do devedor, não se aplicando ao cessionário o disposto nos §§ 2º e 3º.

§ 14. A cessão de precatórios somente produzirá efeitos após comunicação, por meio de petição protocolizada, ao tribunal de origem e à entidade devedora. (BRASIL, 2011-a, p. 45)

Portanto, a citada emenda inova positivamente ao esclarecer de maneira definitiva a forma como se dará a cessão de precatórios, cabendo ao cedente ou ao cessionário comunicar a realização deste negócio jurídico, mediante petição protocolizada e dirigida ao tribunal de origem e à entidade devedora, a fim de evitar a cessão de segurança jurídica e evitar o pagamento a pessoa da diversa da que de fato possui o direito de crédito.

Além disso, estende a possibilidade de cessão de precatório de natureza alimentar e os precatórios alimentares preferenciais (art. 100,

§ 2º, CR/88), sem, contudo, transmitir ao cessionário as prerrogativas que detêm os cedentes.

A cessão de precatório é um dos instrumentos de que se vale o credor para buscar uma satisfação mais célere de seu direito. Assim sendo, poderá o credor, a sua conveniência, oferecer deságio a outra pessoa, que poderá utilizar o título para quitar dívidas existentes com a Fazenda Pública, ou, até mesmo, adquirir bens imóveis de propriedade do Poder Público. Trata-se de um juízo de conveniência e oportunidade a ser exercido pelo credor do precatório, em face do regime jurídico nefasto que disciplina seu crédito.

Tal dispositivo também beneficia uma solução à sistemática dos precatórios, tendo em vista conferir a tais títulos maior liquidez, melhor utilização dos valores aprisionados nesses títulos pelas várias pessoas que habitam o ambiente econômico. Isto é, permite-se a com maior facilidade o fluxo de titularidade dos precatórios. Nestes casos, o cedente será beneficiado, pois poderá gozar dos benefícios de seu direito em tempo menor, mediante renúncia a parte de seu crédito; e o cessionário poderá fazer negócios mais proveitosos, tendo em vista ter obtido vantagens financeiras em decorrência do deságio.

A ciência econômica entende que as pessoas conseguem transigir entre si, mediante negociações, que aproveitem a ambos os negociantes. Para isso, é fundamental permitir e disciplinar com clareza a forma como tais negociatas se darão em relação aos requisitórios de pagamento em desfavor da Fazenda Pública, como esboçado nos §§ 13 e 14 do art. 100 da CR/88.

Cita-se, por fim, a convalidação de todas as cessões de precatórios realizadas antes da promulgação da EC 62/2009, conforme disposto no art. 5º deste diploma legal, conforme o seguinte: “Art. 5º Ficam convalidadas todas as cessões de precatórios efetuadas antes da promulgação desta Emenda Constitucional, independentemente da concordância da entidade devedora”. (BRASIL, 2011-g, p. 123)

3.7 - Quanto à compensação dos precatórios com débitos junto à Fazenda Pública:

A compensação de débitos junto à Fazenda Pública com precatórios do mesmo ente federativo já possuía previsão desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 30/2000, que incluiu o artigo 78 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, conforme o seguinte:

§ 2º As prestações anuais a que se refere o caput deste artigo terão, se não liquidadas até o final do exercício a que se referem, poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora. (BRASIL, 2011-a, p. 96)

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 62/2009, a matéria passou a ter um tratamento mais incisivo e direto, como se observa na leitura dos §§ 9º e 10º do art. 100 da CR/88:

§ 9º No momento da expedição dos precatórios, independentemente de regulamentação, deles deverá ser abatido, a título de compensação, valor correspondente aos débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra o credor original pela Fazenda Pública devedora, incluídas parcelas vencidas de parcelamentos, ressalvados aqueles cuja execução esteja suspensa em virtude de contestação administrativa ou judicial.

§ 10. Antes da expedição dos precatórios, o Tribunal solicitará à Fazenda Pública devedora, para resposta em até 30 (trinta) dias, sob pena de perda do direito de abatimento, informação sobre os débitos que preenchem as condições estabelecidas no § 9º, para os fins nele previstos. (BRASIL, 2011-a, p. 44)

Ou seja, antes a matéria tinha um tratamento obscuro, pelo qual pairava dúvidas se se tratava de um direito do particular a ser exercido, sob sua faculdade e conveniência, em face da Fazenda Pública. Com a nova redação dada pela EC nº 62/2009, tal hipotético direito facultativo do particular transformou-se em um dever da Administração Pública, que deverá, no prazo de trinta dias a contar da ciência da requisição, informar a existência de débitos em desfavor do credor do precatório, ressalvados os que estejam sob discussão administrativa ou judicial, sob pena de perda do direito de abatimento.

Embora o § 10º citado se refira a certo “direito de abatimento”, não se pode tolerar que a Administração Pública trate o dispositivo como uma faculdade, mas sim como um dever legal, tendo em vista ser esta regida precipuamente pelos princípios da legalidade, impessoalidade e eficiência. Desta forma, caberia, possivelmente, ao gestor que não procedeu neste sentido tempestivamente a imputação de crime de responsabilidade.

Ao mesmo tempo, chama atenção o novo tratamento dado à matéria, principalmente por incluir no rol de débitos/créditos oponíveis parcelas vencidas de parcelamentos, bem como vedar a oposição

da impenhorabilidade pelo credor dos valores consubstanciados em precatórios de natureza alimentar.

A Procuradoria Geral da República, na ocasião da apresentação de seu parecer no autos da ADI nº 4.357, manifestou-se pela constitucionalidade do dispositivo pelas seguintes razões:

49. As matérias relativas à compensação compulsória e ao índice de atualização dos precatórios passam muito longe de qualificar-se como impeditivas de reforma constitucional.

50. No primeiro caso, a providência vem ao encontro do interesse da coletividade. Se os recursos são escassos, como parece revelar o quadro histórico de inadimplência dos precatórios, nada mais justo do que aqueles que têm a receber acertem seus débitos primeiramente junto ao Estado. Materializa-se aqui o princípio da igualdade material. (PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA, 2010, p. 21)

Para MELO FILHO (2011), a impenhorabilidade não é inerente aos precatórios de natureza alimentar, conforme o seguinte:

Os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis serão impenhoráveis, conforme o artigo 649, V, CPC, apenas enquanto forem necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão. A impenhorabilidade não é uma qualidade real, da coisa, mas uma qualidade circunstancial, em razão de condições normativas específicas. Os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios e outros instrumentos não são impenhoráveis por si, mas apenas enquanto utilizados no exercício de qualquer profissão, tornando-se penhoráveis no exato momento em que deixem de ser utilizados no exercício da profissão.

(...)

Irrelevante, portanto, a natureza primária das verbas.

(...)

Observe-se, no ponto, que a regra do CPC determina a impenhorabilidade apenas de verbas salariais, não de precatórios oriundos de processos tributários com causa de pedir relacionada ao recebimento de valores decorrentes de demanda trabalhista. Interpretando-se de forma restrita a norma, que é como ela deve ser interpretada, conclui-se pela penhorabilidade de valores constantes em precatórios decorrentes de processos de restituição de tributos, independentemente da sua fonte primeira.

Todos os argumentos citados convalidam a possibilidade de penhora de valores decorrentes de precatórios, independentemente da característica primitiva de um bem vinculado à causa de pedir do processo. (MELO FILHO, 2011)

Ainda, atenta MELO FILHO (2011) que a compensação e a penhora são institutos jurídicos que não se confundem, cabendo contra esta eventual oposição de impenhorabilidade e não contra aquela.

Por fim, ressalta MELO FILHO (2011) que o dispositivo constitucional em análise goza dos maiores privilégios hierárquicos que se pode conferir a uma norma, cabendo-lhe interpretação ampla e conforme o próprio espírito da Constituição.

Afastadas as discussões sobre a constitucionalidade do dispositivo em tela, fato é que o instituto da compensação pode constituir-se como um importante auxílio na redução da desenfreada dívida com precatórios dos entes federativos brasileiros.

3.8 – Quanto à alteração da correção dos precatórios:

Sobre a atualização monetária dos débitos constituídos em decorrência de condenação da Fazenda Pública, dispunha a Resolução nº 559, do Conselho da Justiça Federal – CJF, de 26 de junho de 2007, que:

Art. 9º Para efeito da atualização monetária de que trata este instrumento, será utilizado o Índice de Preços ao Consumidor Ampliado – Série Especial – IPCA-E, divulgado pelo IBGE, ou aquele que vier a substituí-lo. (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2007, p. 6)

A Resolução CJF nº 055, de 14 de maio de 2009, que revogou a citada Resolução nº 559, não inovou neste sentido, mantendo o IPCA-E como índice de atualização desses débitos.

Quanto à aplicação e alíquota dos juros moratórios, dispunha a Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997, com redação dada pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001, o seguinte:

Art. 10-F. Os juros de mora, nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, não poderão ultrapassar o percentual de seis por cento ao ano. (BRASIL, 1997)

A Lei 11.960, de 29 de junho de 2009, alterou a redação do art. 1º-F da Lei 9.494, conforme o seguinte:

Art. 1o-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança. (BRASIL, 1997)

Portanto, não aparentam inovadores os dispositivos da Emenda Constitucional nº 62/2009 que tratam do assunto, tendo em vista apenas conferir ao já disposto na Lei 11.960 o caráter de norma constitucional, como se observa na seguinte transcrição:

Art. 100 - § 12. A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitórios, após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios.

Art. 97 - ADCT - § 16. A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitórios, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios. (BRASIL, 2011-a, p. 45 e 102)

A celeuma originada pela promulgação da Lei nº 11.960 e da Emenda Constitucional nº 62 cinge-se em uma eventual ofensa ao instituto da coisa julgada, tendo em vista serem os juros de mora fixados em sentença judicial. O parecer da Procuradoria-Geral da República nos autos da ADI nº 4.357 reconhece tal ofensa, sem antes relativizá-lo e, depois, concluir pela constitucionalidade dos dispositivos, pelo seguinte:

51. (...) a EC 62/2009 trouxe para o texto constitucional a previsão que já constava no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, segundo o qual "nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência

uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança". Agora, os débitos da Fazenda Pública relativos a precatórios são atualizados no percentual de 6% ao ano, a exemplo do que se dá na desapropriação e nos demais títulos da dívida pública. Portanto, não há qualquer discriminação entre credores da Fazenda Pública.

52. É verdade, por outro lado, que a emenda constitucional em questão atingiu, ainda que perifericamente, a garantia constitucional da coisa julgada, por incidir sobre precatórios expedidos em cumprimento a decisões judiciais que transitaram em julgado antes da sua promulgação.

53. Todavia, conforme sustentado acima, não é toda restrição a direito fundamental que importa em ofensa aos limites materiais impostos ao poder constituinte derivado, mas apenas aquelas que atinjam grave e profundamente estes direitos, abolindo-os ou atacando o seu núcleo essencial. É o que decorre da própria redação do art. 60, § 4º, da Lei Maior, que veda tão-somente as propostas de deliberação "tendentes a abolir" qualquer das cláusulas pétreas.

54. A coisa julgada representa garantia essencial à segurança jurídica, um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

55. Sem embargo, não parece razoável situar o critério de correção de precatórios atrasados no núcleo essencial da coisa julgada. Trata-se, com efeito, de aspecto absolutamente periférico da decisão judicial, que não concerne à substância da relação jurídica subjacente à lide.

56. De resto, a alteração em questão, além de periférica, preservou o direito do credor do precatório à sua atualização monetária. Não há, aqui, a exclusão da correção dos precatórios, situação que representaria, aí sim, verdadeiro estímulo à mora e até ao "calote" estatais, mas simples escolha de um critério razoável, dentre tantos outros que seriam igualmente possíveis.

57. Assim, muito embora a EC nº 62 tenha, de fato, restringido esta garantia fundamental, ela não chegou a atingir o seu núcleo essencial. (PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA, 2010, p. 21-22)

Fato é que tal mudança torna os precatórios menos atrativos e cuja cessão, a fim de antecipar o recebimento à custa de um acordado deságio, será também mais difícil. Por outro lado, a mudança nos índices de atualização e capitalização em decorrência da mora tende a im-

por ao estoque dos precatórios um ritmo de crescimento bem menor que o que era observado.

Há de se ressaltar também que a imposição de tais padrões de correção e capitalização não é de todo desarrazoada, tendo em vista ser a mesma taxa de retorno obtida por quem investe nos fundos de poupança, tida como um dos mais seguros investimentos do mercado e, em algumas circunstâncias, até mesmo um dos mais rentáveis investimentos, analisando-se os riscos e retorno inerentes à operação.

3.9 - Quanto ao regime especial de pagamento dos precatórios em mora:

Possivelmente, a inovação mais polêmica introduzida no ordenamento pátrio pela Emenda Constitucional nº 62/2009 se refira à criação do regime especial de pagamentos dos precatórios em mora.

Este regime especial de pagamento se aplica aos entes federativos que detenham precatórios não pagos no prazo previsto pelo art. 100 da Constituição da República, excetuando-se o Governo Federal.

Pelo regime especial de pagamento, criam-se duas possibilidades de amortização da dívida. A primeira se refere ao depósito anual de valor relativo ao estoque da dívida, acrescido das correções monetárias e juros moratórios nos termos legais e dos precatórios emitidos no curso de vigência do regime, deduzidas as amortizações já realizadas, dividido pelo número de anos restantes em relação ao prazo de 15 anos dado para pagamento de toda a dívida.

A segunda se refere ao depósito mensal de percentual sobre a receita corrente líquida, do qual até 50% será destinado ao pagamento da dívida pelo procedimento do leilão ou do acordo, em que se privilegiará os credores que oferecerem o maior deságio, e no mínimo 50% do depósito para pagamento da dívida dos demais precatórios escalonados em fila pela ordem cronológica e de preferência.

Obviamente, aqueles entes federativos que não conseguirem extinguir sua dívida depositando-se o percentual definido sobre a RCL tenderão a escolher este procedimento, haja vista o outro procedimento ser-lhes mais oneroso.

O percentual da Receita Corrente Líquida aplicável a cada ente federativo está sintetizado na tabela seguinte:

Tabela 6

Crêterios de definição do percentual aplicável da Receita Corrente Líquida para pagamento de precatórios pelo regime especial:

ESTADOS	
Crêterio:	Percentual:
Estados das regiões Norte, Nordeste, e Centro-Oeste e demais Unidades da Federação cuja dívida total com precatórios corresponda a até 35% da RCL	1,50%
Estados das regiões Sul e Sudeste cuja dívida total com precatórios ultrapasse o percentual de 35% da RCL	2,00%
MUNICÍPIOS	
Crêterio:	Percentual:
Municípios das regiões Norte, Nordeste, e Centro-Oeste e municípios das demais Unidades da Federação cuja dívida total com precatórios corresponda a até 35% da RCL	1,00%
Municípios das regiões Sul e Sudeste cuja dívida total com precatórios ultrapasse o percentual de 35% da RCL	1,50%

Fonte: Emenda Constitucional nº 62/2009

Este dispositivo é polêmico por três motivos: o primeiro se baseia no fato de se criar um novo e longo prazo para regularização das dívidas com precatórios pelos entes federativos brasileiros, tendo em vista tal procedimento já ter sido adotado em outras oportunidades, como quando da promulgação da Emenda Constitucional nº 30, por exemplo, que concedeu um prazo de dez anos para regularização da situação, não tendo surtido o efeito almejado.

O segundo se baseia no fato de o dispositivo não dispor claramente sobre como será resolvida a situação dos entes federativos que não conseguirão pagar o estoque da dívida adotando o regime especial de pagamento. Uma possível solução seria a renegociação dessas dívidas pelo Governo Federal, sem, porém, conter um comando imperativo neste sentido na EC 62/2009.

O terceiro, e talvez mais grave, se refere ao fato de um dispositivo constitucional constranger os credores de precatórios a celebrarem acordos, nos quais deverão oferecer algum deságio sobre um crédito líquido, certo e constituído por sentença, em virtude de uma ação judicial já morosa.

Diz-se constranger, pois, caso não celebre o acordo ou efetue a negociação por leilão, o credor dificilmente receberá seu crédito em tempo razoável. Some-se a isto o fato de muitos desses credores se encontrarem em situação financeira desconfortável, na qual seu próprio sustento minimamente digno está comprometido.

É inaceitável que o poder público se utilize de seu poderio econômico, político, jurídico e institucional para constranger seus credores a celebrarem acordos que lhes são desfavoráveis.

Não se trata de uma negociação de preços em livre mercado, em que os contratantes só celebram os negócios que lhes convêm, mas

de uma coação a celebrar acordos desvantajosos, em virtude da supremacia do Estado em face da sociedade.

Quando o poder público se vale de suas prerrogativas para intencionalmente lesar o particular, corrobora, ao mesmo tempo, para a ruína de seus pilares de legitimação. Esquece-se que o Estado existe em função da sociedade e não o contrário. O espectro de atuação estatal deve estar coerente com o seu "ato de fundação", qual seja a Constituição da República, outorgada democraticamente pela população.

Não é crível imaginar que uma Constituição tida como cidadã, como é a brasileira, tenha outorgado poderes ao poder público para atuar no universo da antijuridicidade, razão pela qual há subsídios suficientes para se concluir pela inconstitucionalidade deste dispositivo.

Da mesma forma, concluiu a Procuradoria-Geral da República, quando se manifestou nos autos da ADI nº 4.357, *in verbis*:

67. Voltando ao art. 97 do ADCT, a sua inconstitucionalidade central está na ofensa ao próprio Estado de Direito – ideia-força que subjaz a todo sistema de direitos fundamentais, e que, portanto, também goza de proteção diante do poder constituinte derivado.

(...)

74. Lembra [Marçal Justen Filho], ainda, que a jurisdição envolve não só a fase de conhecimento, mas também a de execução. Significa dizer que o Estado que não cumpre as decisões contra si proferidas não pode qualificar-se como de Direito.

75. O quadro de inadimplência por parte das Fazendas Públicas estaduais, municipais e distritais acima detalhado, somado à falta de utilização dos mecanismos constitucionais previstos para forçá-las ao pagamento, já é, em si, dado suficientemente comprometedor do Estado de Direito.

76. E este mais se agrava com a solução apresentada pelo art. 97 do ADCT: os precatórios, com pagamentos já alongados no tempo em 8 anos e, depois, mais 10, têm agora o prazo elastecido para mais 15 anos ou para quando o permitirem as receitas líquidas dos Estados, Municípios e Distrito Federal. Ao fim e ao cabo, dívidas cujo pagamento se estende para a eternidade.

77. Tal situação é de absoluta irresponsabilidade dos entes federativos pelos atos que praticaram e negação do Estado de Direito. (PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA, 2010, p. 26 e 28-29)

Com vistas a conferir ao particular um mínimo de proteção e dignidade, em face do dispositivo ora tratado, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução nº 123, de 09 de novembro de 2010, limitou o deságio dos leilões e acordos a cinquenta por cento e, concomitantemente, permitiu que se suscitasse dúvidas quanto à constitucionalidade e eficácia desta norma, tendo em vista aparentar ter extrapolado o seu limite de competência normativa.

Na hipótese de não se efetuar o depósito dos recursos previstos pelos entes federativos que estejam abrangidos pelo regime especial de pagamento de precatórios no prazo previsto, está o Presidente do Tribunal de Justiça competente autorizado a efetuar o seqüestro da quantia não depositada, nos termos do art. 97, § 10º, I, do ADCT.

Alternativamente, será constituído o direito líquido e certo ao Presidente do Tribunal de efetuar a compensação em favor do credor do precatório por débitos junto à Fazenda Pública e também pelos tributos devidos pelo credor, cujo fato gerador seja superveniente, nos termos do art. 97, § 10º, II, do ADCT.

Ao mesmo tempo, responderá o chefe do Poder Executivo na forma da legislação de responsabilidade fiscal e improbidade administrativa, o que é uma inovação importante introduzida pela EC nº 62/2009, considerando que nenhuma punição era prevista para a autoridade que se furtasse a cumprir as normas atinentes aos precatórios.

Como se não bastasse a EC 62/2009 permitir o seqüestro dos valores que não foram tempestivamente depositados, a fim de aumentar ainda mais a eficácia da norma, permite-se, nos termos do art. 97, § 10º, V, do ADCT, à União reter os valores que deveriam ser repassados ao ente federativo a título de Fundo de Participação dos Estados ou Fundo de Participação dos Municípios, conforme o caso, devendo tais valores ser revertidos em favor do pagamento de precatórios.

E, ainda, nos termos do art. 97, § 10º, IV, do ADCT, fica o ente inadimplente proibido de celebrar operações de crédito internas ou externas, bem como receber recursos a título de transferências voluntárias, como convênios e acordos de cooperação, por exemplo.

Para facilitar o acompanhamento das entidades descumpridas do disposto na legislação pertinente, a Resolução nº 115 do Conselho Nacional de Justiça, no art. 3º, prevê a criação do Cadastro de Entidades Devedoras Inadimplentes – CEDIN.

3.10 – Quanto à ampliação das possibilidades de seqüestro:

Até a promulgação da Emenda Constitucional nº 62, a única hipótese prevista de seqüestro de recursos para pagamento de precatórios

tórios se dava quando a ordem cronológica de apresentação e, conseqüentemente, de pagamento era frustrada.

Atualmente, permite-se tanto o seqüestro dos recursos devidos de entes que estejam abrangidos pelo regime especial de pagamento, como também, nos termos do art. 100, § 6º, da Constituição da República, dos entes que não estejam em mora com o pagamento de precatórios, mas passem a não cumprir o disposto no citado art. 100.

Tal inovação é uma evolução muito grande e importante, tendo em vista que os comandos imperativos contidos no art. 100 da CR/88, até a promulgação da EC 62, estavam completamente desacompanhados de qualquer medida que coagisse o chefe do Poder Executivo a cumprir o disposto.

Eventualmente, cogitou-se a possibilidade de intervenção dos entes federativos em mora, que, por se tratar de medida deveras extrema, nunca, nos termos do parecer da Procuradoria-Geral da República nos autos da ADI nº 4.357, chegou a ser implementada.

Como se observa, a Emenda Constitucional nº 62 tem um propósito muito sério que não reside apenas em uma nova postergação do problema, como já fora feito quando da promulgação da Emenda Constitucional nº 30, mas sim o de disciplinar e moralizar definitivamente o trato dos governantes com esta expressiva categoria da dívida pública. Tal fato, porém, não qualifica o legislador brasileiro a instituir medidas inconstitucionais para solução do problema.

3.11 - Quanto ao novo papel dos Tribunais de Justiça em face da EC nº 62/2009:

Assim preceitua o art. 98, § 4º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: “§ 4º As contas especiais de que tratam os §§ 1º e 2º serão administradas pelo Tribunal de Justiça local, para pagamento de precatórios expedidos pelos tribunais”. (BRASIL, 2011-a, p. 100)

Ou seja, ficará a cargo do Tribunal de Justiça local a administração dos recursos depositados a título de cumprimento das disposições atinentes ao Regime Especial de pagamento de precatórios. Mesmo que a decisão tenha sido proferida por juízo submetido à hierarquia de outro Tribunal, como algum Tribunal Regional do Trabalho, por exemplo, o pagamento dos precatórios por ele expedidos será feito pelo Tribunal de Justiça do respectivo Estado.

Tal dispositivo impõe uma importante procedimentação de natureza administrativa, facilitando a aplicação correta e conforme o texto constitucional para todos os credores, independentemente de qual Tribunal tenha proferido a decisão.

Além disso, desta forma, fica mais fácil incutir responsabilização à autoridade que frustrar o cumprimento adequado das normas concernentes aos precatórios. Nos termos do art. 100, § 7º, da CR/88:

§ 7º O Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatórios incorrerá em crime de responsabilidade e responderá, também, perante o Conselho Nacional de Justiça. (BRASIL, 2011-a, p. 44)

Até a promulgação da Emenda Constitucional nº 62, o Presidente do Tribunal só poderia ser responsabilizado se frustrasse a ordem cronológica de pagamento. Com a nova disposição, espera-se uma postura mais proativa e vigilante por parte de tais autoridades a fim de acompanhar o depósito regular dos recursos devidos e, na hipótese do descumprimento, aplicar as medidas sancionadoras cabíveis a fim de dar efetividade ao imperativo constitucional.

4 - CONCLUSÃO:

A sociedade brasileira tem manifestado sua insatisfação com a morosidade do atendimento jurisdicional e com a baixa eficácia das decisões proferidas pelos Tribunais pátrios.

Em resposta, o poder público tem envidado esforços no sentido de aperfeiçoar este atendimento jurisdicional, seja pela adoção de procedimentos processuais mais simplificados, seja pela alteração da própria organização dos órgãos jurisdicionais a fim de aproximar o império da Lei e o cidadão.

Entretanto, não se tem visto o mesmo empenho em relação às ações judiciais que envolvem a Fazenda Pública. Salvo raras exceções, como a criação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública pela Lei 12.153, por exemplo, as normas atinentes ao curso das ações judiciais em que figura em um dos pólos a Fazenda Pública continuam zelando pela morosidade.

A expressão máxima desta morosidade consubstancia-se na sistemática dos precatórios, que nada mais é que uma forma institucionalizada de postergar a satisfação do direito do credor que litigou em face do poder público.

Como exposto no capítulo 2 deste trabalho, a evolução das contas contábeis relacionadas ao estoque de precatórios dos entes federativos brasileiros tem evidenciado, de maneira geral, um crescimento constante e, ao mesmo tempo, preocupante.

Em resposta a tal situação, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 62/2009 com o objetivo de conferir uma solução definitiva para a moralização da dívida pública constituída em precatórios.

Foram apontadas neste trabalho diversas inovações, ora positivas, ora negativas, introduzidas no ordenamento pátrio pela citada emenda. Suscitou-se, por vezes, a constitucionalidade de alguns dispositivos.

Espera-se, pois, que, pelo controle concentrado de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal outorgue à Emenda Constitucional nº 62/2009 legitimação e moralidade a fim de preservar os avanços e corrigir os abusos.

Ao mesmo tempo, espera-se uma postura colaborativa de todo o poder público, em suas diversas expressões institucionais, com vistas a tratar a questão com a seriedade devida e reaproximar o Estado Brasileiro das acepções peculiares a um Estado Democrático de Direito, que reconhece os seus cidadãos como sujeitos de Direito e merecedores de respeito e dignidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALCÂNTARA, Renata Siqueira. **Penhora on line como instrumento de efetividade no processo de execução**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, João Pessoa, v. 12, n. 9, p. 138-149, 2004. Disponível em: <http://www.trt13.jus.br/ejud/images/revistas digitais/revista12_trt13.pdf>. Acessado em: 21 de abril de 2011.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. **Estrutura e organização do sistema jurídico brasileiro**. Palestra proferida em 19.06.2000 na Universidad de Salamanca. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/653/1/Estrutura_e_Organiza%C3%A7ao_do_Sistema.pdf> Acessado em: 21 de abril de 2011.

BARROS, Humberto Gomes de. **Delenda Precatoria: (abaixo os precatórios!)**. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, v.2, n. 18, p. 71-73, jun. 2000.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. In: Vade Mecum compacto/obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. – 5. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2011-a.

BRASIL. **Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009**. Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. In: Vade Mecum compacto/obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. – 5. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2011-b.

BRASIL. **Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006**. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. In: Vade Mecum compacto/obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. – 5. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2011-c.

BRASIL. **Lei nº 11.382, de 06 de dezembro de 2006**. Altera dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativos ao processo de execução e a outros assuntos. In: Vade Mecum compacto/obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. – 5. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2011-d.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. In: Vade Mecum compacto/obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. – 5. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2011-e.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. In: Vade Mecum compacto/obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. – 5. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2011-f.

BRASIL. **Lei 7.713, de 22 de dezembro de 1988**. Altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L7713.htm>> Acessado em: 04 de maio de 2011.

BRASIL. **Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997.** Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9494.htm> Acessado em: 06 de maio de 2011.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 62, de 09 de dezembro de 2009.** Altera o art. 100 da Constituição Federal e acrescenta o art. 97 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, instituindo regime especial de pagamento de precatórios pelos Estados, Distrito Federal e Municípios. In: *Vade Mecum compacto/obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes.* – 5. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2011-g.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Precatórios e requisições de pequeno valor – RPV.** Conselho da Justiça Federal; Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva, coord. 2. ed. rev. e atual. – Brasília: Cjf, 2005.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Resolução do Conselho da Justiça Federal nº 559, de 26 de junho de 2007.** Regulamenta, no âmbito da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, os procedimentos relativos à expedição de requisições, ao cumprimento da ordem cronológica dos pagamentos, ao saque e levantamento dos depósitos. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/jspui/bitstream/handle/1234/3738/Res%20559-2007.pdf?sequence=1>> Acessado em: 06 de maio de 2011.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **O sistema do precatório.** Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, n. 22, p. 61-102, ago./nov. 1998.

DELFINO, Lúcio. **O projeto estatal, a paz social e o papel transformador do Direito.** Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1328, 19 fev. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9513>>. Acessado em: 27 de abril de 2011.

DRESCH, RENATO Luís. **Requisitório de pequeno valor: direito intertemporal, inconstitucionalidade na inobservância ao princípio da proporcionalidade.** Jurisprudência Mineira, n. 180, p. 49-60, jan./mar. 2007.

DUARTE, Francisca Nayana Dantas. **Processo eletrônico: uma análise da Lei 11.419/06.** Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Re-

gião, João Pessoa, v. 16, n. 1, 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/35533>>. Acesso em: 20 abr. 2011.

FRANCIULLI NETTO, Domingos. **Notas sobre o precatório na execução contra a Fazenda Pública.** Informativo jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, Brasília, v. 12, n. 1, p. 27-53, jan./jun. 2000.

GRECO, Leonardo. **Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da lei 11.232/05.** Revista eletrônica da Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, RJ, v. 1, n. 1, nov. 2006. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Revista/Artigo.aspxArtigoID=5>>. Acessado em: 25 de abril de 2011.

GUSMÃO JÚNIOR, Maurício Santos. **Aspectos relevantes da Fazenda Pública em Juízo.** Revista do Tribunal Federal da 1ª Região, Brasília, v. 14, n. 7, p. 18-30, jul. 2002. Disponível em: <<http://www.trf1.gov.br>>. Acessado em: 22 de abril de 2011.

HARADA, Kiyoshi. **Honorários advocatícios e sua natureza jurídica.** Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1066, 2 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8460>>. Acessado em: 27 de abril de 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Emenda dos precatórios: calote, corrupção e outros defeitos.** Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba nº 34, dez/2009. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo.php?informativo=34&artigo=26&l=pt>>. Acessado em: 05 de maio de 2011.

LEITE, Ezequias da Silva. **O cidadão e a Fazenda Pública.** Themis: Revista da ESMEC, Fortaleza, v. 3, n. 2, p. 163-191, 2003. Disponível em: <<http://www.tj.ce.gov.br/esmec/pdf/THEMIS-V4-N1.pdf>>. Acessado em: 09 de setembro de 2008.

MELO FILHO, João Aurino de. **Aplicação da compensação tributária constitucional (art. 100, § 9º) aos precatórios impenhoráveis (incluindo os relativos a honorários advocatícios) ou oriundos de processos que tiveram objeto relacionado com valores inicialmente impenhoráveis.** Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2767, 28 jan. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18360>>. Acesso em: 06 de maio de 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Intervenção Federal e Princípio da Proporcionalidade: o caso dos Precatórios.** Brasília-DF: Instituto Brasili-

ense de Direito Público, Caderno Virtual, vol. 1, nº 3, 2003. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/caderno_virtual/article/download/45/22>. Acessado em 29 de abril de 2011.

MORESCHI, Giani Maria. **Cumprimento da Sentença**. Cascavel-PR: Escola Da Magistratura do Paraná, 2006. Disponível em: <http://www.emap1.com.br/formacao_continuada/paper/cascavel/GIANIMARIAMORESCHI.pdf> Acessado em: 22 de abril de 2011.

PRATA FILHO, Ricardo Barreto. **O novo regime de precatórios instituído pela Emenda Constitucional nº 62/2009**. 200?. Disponível em: <<http://www.juspodivm.com.br/i/a/novRegPreInstEmenConst.pdf>> Acessado em: 05 de maio de 2011.

PRATES, Francisco de Castilho. **Por uma perspectiva constitucionalmente adequada da Jurisdição e do Processo Constitucional em um paradigma democrático de Direito**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 128, 11 nov. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4320>>. Acessado em: 27 de abril de 2011.

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. **Parecer nº 3030/PGR - RG**. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira (Vice-Procuradora-Geral da República). Brasília - DF: Ministério Público Federal, 30 de setembro de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpup/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3813700>>. Acessado em: 06 de maio de 2011.

REIS, Sérgio Cabral dos. **O cumprimento da sentença trabalhista e a aplicabilidade da multa prevista no artigo 475-J do CPC**. Rev. TST, Brasília, vol. 73, nº 1, jan/mar 2007. Disponível em: <http://www.tst.gov.br/Ssedoc/PaginadaBiblioteca/revistadotst/Rev_73/rev_73n1/dosreissergiocabraldos.pdf> Acessado em: 25 de abril de 2011.

SILVA, Américo Luís Martins da. **Do precatório - requisitório na execução contra a Fazenda Pública**. 3ª Ed. Atual. e ampliada - Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. **Redefinição de papéis da execução de quantia certa contra a Fazenda Pública**. Revista CEJ (Brasília), Brasília-DF, v. 31, p. 68-74, 2005.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula STJ nº 116**. In: Vade Mecum compacto/obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a

colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. - 5. ed. atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 82.456/RJ**. Relator: Min. Soares Munoz. Julgamento em: 08/08/1979, publicado no DJ de 10-08-1979 p. 05845. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2882456%2EENUME%2E+OU+82456%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acessado em: 23 de abril de 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 470.407/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento em: 09/05/2006, publicado no DJ de 13-10-2006 PP-00051 EMENT VOL-02251-04 PP-00704 LEXSTF v. 28, n. 336, 2006, p. 253-264 RB v. 18, n. 517, 2006, p. 19-22. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpup/paginador.jsp?docTP=AC&docID=368534>>. Acessado em: 31 de maio de 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009-a.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume II. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009-b.

VARGAS, Jorge de Oliveira; ULIANA JUNIOR, Laércio Cruz. **Precatório: moeda ou mero pedaço de papel?** Revista Fórum de Direito Tributário - RFDT, Belo Horizonte, ano 7, n. 41, p. 173-182, set./out. 2009.

**INVENTÁRIO E PARTILHA: OBSERVAÇÕES
À LUZ DAS LEIS 11.441, DE 2007, 11.965, DE 2009, E
12.195, DE 2010.**

Bernardo Pimentel Souza¹

1. CONCEITO DE INVENTÁRIO E PARTILHA

O conceito de inventário e partilha pode ser sintetizado nos seguintes termos: é a descrição dos bens transferidos em razão do falecimento de pessoa natural, cumulada com a posterior divisão dos mesmos (bens) em prol dos sucessores do falecido, em juízo ou em tabelionato de notas, nos termos do Código Civil, do Código de Processo Civil e da Lei n. 11.441, de 2007.

Com efeito, em virtude do advento da Lei n. 11.441, de 2007, coexistem no direito brasileiro tanto o inventário e partilha em juízo, mediante processo judicial sob procedimento especial, quanto o inventário e partilha extrajudicial, por escritura pública lavrada em tabelionato de notas, como bem revela o *caput* do artigo 982 do Código de Processo Civil: "Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial; se todos forem capazes e concordes, poderá fazer-se o inventário e a partilha por escritura pública, a qual constituirá título hábil para o registro imobiliário".

¹ Professor do Departamento de Direito da Universidade Federal de Viçosa. Advogado militante inscrito na OAB/MG e na OAB/DF.

2. INVENTÁRIO JUDICIAL: GENERALIDADES E ESPÉCIES

No que tange ao inventário e partilha mediante processo judicial, sempre necessário quando o autor da herança deixou testamento, há três diferentes procedimentos especiais previstos no Código de Processo Civil, à vista da capacidade civil dos sucessores, da forma consensual ou litigiosa da partilha dos bens consubstanciados na herança e do valor dos bens da herança.

O procedimento especial padrão de inventário e partilha judicial é o que consta dos artigos 982 a 1.030 do Código de Processo Civil: é o procedimento adequado quando há sucessores incapazes ou em litígio acerca da partilha dos bens deixados pelo falecido, quando o valor da herança supera duas mil Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional².

Na verdade, o procedimento padrão incide não só nas hipóteses acima indicadas, mas também é aplicável de forma supletiva aos outros tipos de inventário e partilha em juízo, tendo em vista a incidência subsidiária determinada pelo artigo 1.038 do Código de Processo Civil.

No que tange à exposição de cada um dos atos processuais que integram o procedimento padrão do inventário judicial, a mesma consta do posterior tópico 3.

Já o segundo procedimento de inventário e partilha judicial reside no artigo 1.036 do Código de Processo Civil: trata-se do denominado "arrolamento comum", "arrolamento simples" ou "arrolamento de alçada", aplicável quando os bens da herança têm valor igual ou inferior a duas mil Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional³. Com efeito, o procedimento de arrolamento simples é aplicável quando o valor dos bens da herança não ultrapassa o teto de alçada, ainda que os sucessores sejam incapazes ou litigantes entre si.

Por fim, o terceiro - e último - procedimento de inventário e partilha judicial reside nos artigos 1.031 a 1.035 do Código de Processo Civil: trata-se do "arrolamento sumário", o qual tem lugar quando os sucessores são todos capazes e é amigável a partilha dos bens da herança.

3. PROCEDIMENTO PADRÃO DO INVENTÁRIO JUDICIAL

² Vale dizer, R\$ 25.532,40.

³ Vale dizer, R\$ 25.532,40.

Como já anotado no tópico anterior, o procedimento padrão é o adequado quando o valor da herança supera duas mil Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional⁴ e há sucessores incapazes ou em litígio acerca da partilha dos bens do acervo hereditário.

3.1. PRAZO PARA O AJUIZAMENTO

O inventário deve ser aforado dentro do prazo de sessenta dias da abertura da sucessão, isto é, do falecimento do autor da herança.

Embora o artigo 1.796 do Código Civil de 2002 estabeleça o prazo de trinta dias para a instauração do processo de inventário, o prazo foi majorado para sessenta dias, por força da Lei n. 11.441, de 2007, a qual deu nova redação ao artigo 983 do Código de Processo Civil: "Art. 983. O processo de inventário e partilha deve ser aberto dentro de 60 (sessenta) dias a contar da abertura da sucessão, ultimando-se nos 12 (doze) meses subseqüentes, podendo o juiz prorrogar tais prazos, de ofício ou a requerimento de parte".

À vista do princípio consagrado no § 1º do artigo 3º da Lei de Introdução ao Código Civil, prevalece o prazo de sessenta dias fixado pela Lei n. 11.441, de 2007.

3.2. AJUIZAMENTO TARDIO E MULTA

3.2.1. FUNDAMENTO DO ENUNCIADO N. 542 DA SÚMULA DO S.T.F.

O artigo 467 do antigo Código de Processo Civil de 1939 fixava o prazo de um mês para a abertura do inventário. Na esteira do artigo 467 do diploma de 1939, houve a aprovação de leis estaduais acerca do Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e Doação, com a previsão de multa para a eventualidade de inventário tardio. Questionadas perante o Poder Judiciário, as leis estaduais foram julgadas constitucionais pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, com a posterior aprovação do enunciado n. 542, em 1969: "Não é inconstitucional a multa instituída pelo estado-membro, como sanção pelo retardamento do início ou da ultimação do inventário".

3.2.2. SUBSISTÊNCIA DO ENUNCIADO N. 542 DA SÚMULA DO S.T.F.

Com o advento da Lei n. 11.441, de 2007, entretanto, houve a majoração do prazo de abertura do inventário para sessenta dias. Feita

⁴ Vale dizer, R\$ 25.532,40.

a adaptação quanto ao prazo, subsiste a orientação jurisprudencial substanciada no enunciado n. 542 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, como já assentou o Conselho Nacional de Justiça por meio da Resolução n. 35, de 2007, cujo artigo 31⁵

3.2.3. LEGISLAÇÃO ESTADUAL MINEIRA

Na esteira de outros tantos Estados-membros, o Estado de Minas Gerais também aprovou leis específicas acerca do Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e Doação, com a previsão de multa para a eventualidade de inventário aforado além do prazo legal. A última foi a Lei estadual n. 14.941, de 2003, cujo artigo 27 fixava multas de dez por cento e de vinte por cento para inventários tardios⁷.

Não obstante, o artigo 27 da Lei mineira n. 14.941 foi revogado pelo artigo 5^o, *in fine*, da posterior Lei estadual n. 17.272, de dezembro de 2007. Por conseguinte, no que tange ao Estado de Minas Gerais, o aforamento tardio do inventário não ocasiona a incidência de multa, em virtude da revogação do artigo 27 da Lei estadual n. 14.941, de 2003, pelo artigo 5^o da Lei estadual n. 17.272, de 2007⁹.

Quanto aos demais Estados-membros e ao Distrito Federal, entretanto, subsiste o enunciado n. 542 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, salvo superveniente dispensa da multa por meio da respectiva legislação local.

⁵ "Art. 31. A escritura pública de inventário e partilha pode ser lavrada a qualquer tempo, cabendo ao tabelião fiscalizar o recolhimento de eventual multa, conforme previsão em legislação tributária estadual e distrital específicas." (não há o grifo no original).

⁶ Assim, na doutrina: "Por fim, cabe ainda aduzir que, a fim de inibir a abertura dos feitos sucessórios fora do prazo legal de 60 dias (artigo 983 do CPC), o legislador estadual poderá fixar penalidade pecuniária como forma de inibir tal fato, que, no Estado do Rio de Janeiro, foi estabelecida em 10% do imposto incidente (artigo 20, IV, da Lei Estadual 1.427/89)." (BLANCA OLIVEIRA DE FARIAS e MILTON DELGADO SOARES. Direito Processual Civil. Volume I. 2009, p. 281).

⁷ "Art. 27 - Na transmissão causa mortis em que o inventário ou o arrolamento não for requerido no prazo de noventa dias contados da abertura da sucessão, será cobrada multa de 10% (dez por cento) sobre o valor do imposto devido, sem prejuízo de outras penalidades cabíveis. Parágrafo único - Se o inventário ou o arrolamento a que se refere o caput deste artigo não for requerido no prazo de cento e vinte dias contados da abertura da sucessão, a multa será de 20% (vinte por cento) sobre o valor do imposto devido, sem prejuízo de outras penalidades cabíveis".

⁸ "Art. 5^o Ficam revogados os incisos I, II, IV e V do § 2^o e o § 3^o do art. 4^o e o art. 27 da Lei n^o 14.941, de 2003".

⁹ Em abono, vale conferir o voto-condutor proferido pela Desembargadora Teresa Cristina da Cunha Peixoto na qualidade de Relatora da Apelação n. 1.0313.07.228372-1/002: "Nesse diap

3.3. LUGAR DA ABERTURA DA SUCESSÃO E FORO COMPETENTE

À vista do artigo 1.785 do Código Civil, abre-se a sucessão no lugar do último domicílio do falecido. Domicílio é o lugar em que a pessoa natural estabelece a sua residência com ânimo definitivo¹⁰. O lugar do último domicílio prevalece, portanto, em relação ao local do falecimento, bem como em relação ao lugar da situação dos bens do autor da herança.

Em harmonia com o artigo 1.785 do Código Civil, o artigo 96 do Código de Processo Civil estabelece que o último domicílio do falecido também revela o foro competente para o inventário judicial¹¹ – e também para o cumprimento de disposições de última vontade do autor da herança, em razão de testamento. Trata-se, todavia, de competência territorial, de natureza relativa¹², como bem revela o enunciado n. 58 da Súmula do antigo Tribunal Federal de Recursos: "Não é absoluta a competência definida no art. 96, do Código de Processo Civil, relativamente à abertura de inventário, ainda que existente interesse de menor, podendo a ação ser ajuizada em foro diverso do domicílio do inventariado"¹³.

são, o artigo 38 do Código Tributário Nacional determina que 'a base de cálculo do imposto é o valor venal dos bens ou direitos transmitidos', determinando os artigos 13, inciso I, e 17 da Lei Estadual n^o 14.941/03, que dispõe sobre o ITCD, que 'o imposto será pago na transmissão causa mortis, no prazo de cento e oitenta dias contados da data da abertura da sucessão' e que 'o contribuinte apresentará declaração de bens com discriminação dos respectivos valores em repartição pública fazendária e efetuará o pagamento do ITCD no prazo estabelecido no art. 13'. Estipula, por sua vez, o artigo 27 da legislação estadual, que serviu de amparo para a aplicação da multa impugnada, e que foi revogado pelo artigo 5^o da Lei n^o 17.272, de 28 de dezembro de 2007, verbis: 'Art. 27. Na transmissão causa mortis em que o inventário ou o arrolamento não for requerido no prazo de noventa dias contados da abertura da sucessão, será cobrada multa de 10% (dez por cento) sobre o valor do imposto devido, sem prejuízo de outras penalidades cabíveis. Parágrafo único - Se o inventário ou o arrolamento a que se refere o caput deste artigo não for requerido no prazo de cento e vinte dias contados da abertura da sucessão, a multa será de 20% (vinte por cento) sobre o valor do imposto devido, sem prejuízo de outras penalidades cabíveis.'" (sem o destaque substanciado no grifo no original).

¹⁰ Cf. artigo 70 do Código Civil.

¹¹ Assim, na jurisprudência: CC n. 40.717/RS, 2^a Seção do STJ, Diário da Justiça de 31 de maio de 2004, p. 170; e CC n. 19.334/MG, 2^a Seção do STJ, Diário da Justiça de 25 de fevereiro de 2002, p. 195.

¹² No mesmo sentido, na jurisprudência: CC n. 52.781/PR, 1^a Seção do STJ, Diário da Justiça de 12 de dezembro de 2005, p. 255; e CC n. 18.032/MG, 2^a Seção do STJ, Diário da Justiça de 17 de março de 1997, p. 7.425.

Com efeito, além da regra estampada no *caput* do artigo 96 do Código de Processo Civil, os incisos indicam foros subsidiários: se incerto o último domicílio do falecido, é competente o foro da situação dos bens¹⁴

3.4. UNIVERSALIDADE DO FORO DO INVENTÁRIO

À vista do artigo 96 do Código de Processo Civil, o foro do inventário é universal, razão pela qual absorve as eventuais demandas movidas contra o espólio. Trata-se de universalidade de foro, vale dizer, comarca, e não de juízo, razão pela qual as demandas cíveis alheias ao direito sucessório devem ser ajuizadas no foro do inventário, mas com livre distribuição, e não por dependência ao processo de inventário e partilha. Em suma, a universalidade é do foro, e não do juízo do inventário¹⁷.

3.5. INSTAURAÇÃO DO INVENTÁRIO JUDICIAL

3.5.1. PETIÇÃO INICIAL: REGRA

O processo judicial de inventário e partilha tem início com a distribuição da petição inicial, ressalvada a hipótese excepcional de inventário instaurado de ofício, tudo nos termos dos artigos 987, 988 e 989, todos do Código de Processo Civil.

A petição inicial do inventário judicial deve ser elaborada à vista dos artigos 39, inciso I, 258, 282, 283 e 987, parágrafo único, todos do Código de Processo Civil. Com efeito, a inicial do inventário deve ser instruída com a procuração outorgada ao advogado, com a certidão de

óbito do autor da herança, além de outros documentos relevantes para a sucessão, como, por exemplo, o eventual testamento do falecido. Na falta de algum documento indispensável, incide o artigo 284 do Código de Processo Civil, com a concessão de prazo de dez dias para a juntada do documento ausente.

Como toda petição inicial, a de inventário e partilha também deve conter o valor da causa, em cumprimento ao disposto nos artigos 258 e 282, inciso V, ambos do Código de Processo Civil. No que tange ao valor da causa, deve guardar correspondência com o monte-mor¹⁸.

Como já anotado no tópico anterior, a petição inicial do inventário deve ser distribuída no foro competente, qual seja, o do último domicílio do falecido, à vista dos artigos 1.785 e 1.796 do Código Civil, e do artigo 96 do Código de Processo Civil¹⁹.

Por fim, embora a regra seja a realização do inventário e da partilha dos bens de uma pessoa natural falecida, os artigos 1.043, 1.044 e 1.045 do Código de Processo Civil autorizam a cumulação de inventários e partilhas de duas pessoas falecidas, desde que os herdeiros sejam os mesmos²⁰. Daí a possibilidade da cumulação de dois inventá-

sucessório deverão ser ajuizadas segundo as regras de competência comum." (Agravado de Instrumento n. 1.0105.07.219065-2/002, 9ª Câmara Cível do TJMG, Diário da Justiça de 24 de maio de 2010). "EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. ART. 96 DO CPC. JUÍZO UNIVERSAL DO INVENTÁRIO. CAUSA CORRELATA. RELATIVIZAÇÃO. - O art. 96 do CPC não institui um juízo universal do inventário, de forma a atrair todas as causas correlatas, limitando-se a definir a competência puramente territorial para os inventários e processos correlatos, que, como se sabe, não se confunde com a competência de juízo, esta definida pela lei de organização judiciária. Seria até mesmo inviável que todas as causas correlatas fossem reunidas no juízo do inventário. Assim, causas de natureza puramente cíveis, tal como a ação proposta com vistas à extinção de relação condominial, devem ser distribuídas livremente às varas cíveis, e não às varas especializadas de sucessões." (Agravado de Instrumento n. 508.460-8, 14ª Câmara Cível do TJMG, Diário da Justiça de 12 de agosto de 2005).

¹⁸ De acordo, na jurisprudência: "Processual civil. Recurso especial. Inventário. Valor da causa. - No processo de inventário, o valor da causa corresponde ao do monte-mor." (REsp n. 459.852/SP, 3ª Turma do STJ, Diário da Justiça de 29 de setembro de 2003, p. 243).

¹⁹ De acordo, na jurisprudência: "INVENTÁRIO. DOMICÍLIO. COMPETÊNCIA. I - O último domicílio do de cujus foi na colônia agrícola Lamarão, pertencente à região administrativa do Paranoá/DF, e não de Planaltina/DF; portanto, a competência para processar e julgar a ação é do juízo da segunda vara de família, órfãos e sucessões da circunscrição judiciária do Paranoá. II - Agravo provido." (AGI n. 2008.00.2.0027829, 1ª Turma Cível do TJDF, acórdão registrado sob o n. 303.632, Diário da Justiça de 5 de maio de 2008, p. 52).

¹³ De acordo, na jurisprudência: CC n. 11.629/MG, 2ª Seção do STJ, Diário da Justiça de 20 de fevereiro de 1995, p. 3.100.14

¹⁴ Cf. artigo 96, inciso I, do Código de Processo Civil.

¹⁵ Cf. artigo 96, inciso II, do Código de Processo Civil.

¹⁶ Daí o acerto da parte final do enunciado n. 58 do antigo Tribunal Federal de Recursos: "Não é absoluta a competência definida no art. 96, do Código de Processo Civil, relativamente à abertura de inventário, ainda que existente interesse de menor, podendo a ação ser ajuizada em foro diverso do domicílio do inventariado".

¹⁷ De acordo, na jurisprudência: "PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. AÇÃO DE INVENTÁRIO. NATUREZAS JURÍDICAS DIVERSAS. COMPETÊNCIAS DIFERENCIADAS. INEXISTÊNCIA DE JUÍZO UNIVERSAL DO INVENTÁRIO. O art. 96 do CPC não institui um juízo universal do inventário, de forma a atrair todas as causas correlatas, limitando-se a definir a competência puramente territorial para os inventários e processos correlatos. Vale dizer que o juízo do inventário é universal apenas para resolver questões de fato, devidamente documentadas, e de direito, que sejam relativas ao direito sucessório. As demais ações em que se discutem questões de natureza jurídica diversa do direito

rios em uma só petição inicial, com a instauração de apenas um processo.

3.5.2. INSTAURAÇÃO OFICIAL: EXCEÇÃO

Decorrido o prazo legal sem que nenhum dos legitimados ativos tenha dado início ao inventário do falecido, compete ao juiz, de ofício, determinar a instauração do inventário, tão logo tome conhecimento do falecimento do autor da herança, tudo nos termos do artigo 989 do Código de Processo Civil. Trata-se, à evidência, de exceção à regra consagrada no artigo 2º do Código de Processo Civil, segundo a qual o juiz não age de ofício.

3.6. INVENTARIANTE

Após a instauração do inventário, de ofício ou a requerimento de algum dos legitimados, o juiz nomeia o inventariante.

O inventariante é o representante legal do espólio²¹ e o administrador definitivo da herança, até a partilha dos bens deixados pelo falecido.

Há controvérsia doutrinária acerca da natureza jurídica da inventariança. Não obstante, a combinação dos artigos 148, 919, 985, 986 e 991, todos do Código de Processo Civil, permite concluir que o inventariante é verdadeiro administrador e, como tal, atua como auxiliar do juízo.

O juiz deve nomear o inventariante à vista o disposto no artigo 990 do Código de Processo Civil: I - o cônjuge ou o companheiro sobrevivente, conforme o caso; - o herdeiro que exerce a posse e a administração da herança; - qualquer herdeiro; - o testamentário; - o inventariante judicial; - terceira pessoa que seja idônea. Vale reforçar que o companheiro sobrevivente também pode ser nomeado inventariante no processo de inventário e partilha, com preferência em relação aos demais, tal como o cônjuge supérstite, em virtude da superveniência da Lei n. 12.195, de 2010.

²⁰ De acordo, na jurisprudência: "Inventário. Art. 1.043 do Código de Processo Civil. Dissídio. 1. O art. 1.043 do Código de Processo Civil prescreve que 'as duas heranças serão cumulativamente inventariadas e partilhadas, se os herdeiros de ambos forem os mesmos' sendo este, portanto, o único requisito legal para a reunião dos inventários, não repercutindo para esse efeito a existência de bens diversos." (REsp n. 311.506/AL, 3ª Turma do STJ, Diário da Justiça de 9 de setembro de 2002, p. 224).

²¹ Cf. artigos 12, inciso V, e 991, inciso I, ambos do Código de Processo Civil.

Por fim, o rol inserto no artigo 990 deve ser observado pelo juiz, ressalvada a ocorrência de situação excepcional que justifique a nomeação do inventariante fora da ordem legal, mediante decisão fundamentada²². Daí a conclusão: embora deva ser observado como regra, o rol o artigo 990 do Código de Processo de Civil não é absoluto²³.

3.7. ADMINISTRAÇÃO PROVISÓRIA DA HERANÇA

À vista do artigo 1.797, inciso I, do Código Civil, combinado com os artigos 985 e 986, ambos do Código de Processo Civil, até o compromisso do inventariante, a administração provisória da herança cabe ao cônjuge ou companheiro, se convivia com o autor da herança no momento do falecimento.

Na ausência de cônjuge e de companheiro sobrevivente, a administração provisória da herança cabe ao herdeiro que está na posse e administração dos bens do falecido. Se mais de um estiver na posse e na administração dos bens, prestigia-se o mais idoso, nos termos do artigo 1.797, inciso II, do Código Civil.

Na falta de herdeiro, o inciso III do artigo 1.797 revela que a administração provisória da herança cabe ao testamentário.

Se nenhuma das pessoas previstas em lei estiver em condições de exercer a administração provisória da herança, cabe ao juiz nomear o administrador provisório, à vista do artigo 1.797, inciso IV, do Código

²² Por exemplo, vale conferir o seguinte precedente jurisprudencial: "CIVIL E PROCESSO CIVIL. SUCESSÃO. INVENTÁRIO. NOMEAÇÃO DE INVENTARIANTE. VIÚVA QUE NÃO MAIS VIVIA COM O DE CUJUS. AUSÊNCIA DE INTERESSE. LEGITIMIDADE DA COMPANHEIRA. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. COBRANÇA SUSPENSÃO. 1. Consoante o artigo 990, inciso I, do Código de Processo Civil, pode ser inventariante o cônjuge sobrevivente casado sob o regime de comunhão, desde que estivesse convivendo com o outro ao tempo da morte deste. 2. No caso vertente, restou demonstrado que o de cujus, separado da esposa, vivia com a companheira há mais de quinze anos, com essa constituindo união estável. Restou comprovado, ainda, que, juntos, envidaram esforços de constituição de família e patrimônio. Patente, pois, o interesse da companheira, e não da viúva, em ser nomeada inventariante bem como em ter direito à meação." (Apelação n. 2001.01.1.0997570, 1ª Turma Cível do TJDF, acórdão registrado sob o n. 317.129, Diário da Justiça de 18 de agosto de 2008, p. 41).

²³ Assim, na jurisprudência: " - A ordem prevista no art. 990 do CPC não é absoluta, podendo ser alterada em situação de fato excepcional." (REsp n. 402.891/RJ, 4ª Turma do STJ, Diário da Justiça de 2 de maio de 2005, p. 353). No mesmo sentido, ainda na jurisprudência: REsp n. 283.994/SP, 4ª Turma do STJ, Diário da Justiça de 7 de maio de 2001, p. 150; e REsp n. 88.296/SP, 3ª Turma do STJ, Revista do STJ, volume 118, p. 230.

go Civil, combinado com os artigos 148 a 150, todos do Código de Processo Civil.

Em todas as hipóteses, o administrador provisório permanece na posse dos bens do falecido e representa ativa e passivamente o espólio até que o inventariante nomeado pelo juiz preste o compromisso legal, nos termos dos artigos 985, 986 e 990, parágrafo único, todos do Código de Processo Civil.

Por oportuno, é possível – e até provável – que a nomeação do inventariante recaia sobre o administrador provisório, tendo em vista o disposto no artigo 1.797 do Código Civil e no artigo 990 do Código de Processo Civil.

3.8. PRESTAÇÃO DO COMPROMISSO PELO INVENTARIANTE

Após a nomeação pelo juiz, o inventariante deve ser intimado pessoalmente, para prestar o compromisso em juízo, no prazo de cinco dias, nos termos do artigo 990, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Se o inventariante nomeado não prestar o compromisso legal ou deixar de cumprir alguma das obrigações arroladas nos artigos 992 e 993 do Código de Processo Civil, o juiz pode, a requerimento do Ministério Público, de algum interessado ou até mesmo de ofício, após resolver o incidente, remover o inventariante original e nomear outro, à vista dos artigos 996 e 997 do Código de Processo Civil. Em reforço, vale conferir o preciso enunciado n. 97 da Súmula do Tribunal de Justiça de Pernambuco: “A paralisação do inventário ou do arrolamento de bens por inércia do inventariante não justifica a extinção do processo e, sim, sua remoção com nomeação de outrem ou de inventariante dativo”²⁴.

3.9. PRESTAÇÃO DAS PRIMEIRAS DECLARAÇÕES

Subscrito o compromisso pelo inventariante, o mesmo deve prestar as primeiras declarações no prazo de vinte dias, à vista do artigo 993 do Código de Processo Civil. O preceito também revela que as primeiras declarações devem ser reduzidas a termo, a ser assinado pelo juiz, pelo escrivão e pelo inventariante.

Na eventualidade de o legitimado que requereu a instauração do inventário e a respectiva nomeação como inventariante já ter prestado as primeiras declarações no bojo da petição inicial, basta o mesmo

subscrever o termo de primeiras declarações, nos autos do processo, tal como o juiz e o escrivão do juízo.

3.10. CITAÇÕES E IMPUGNAÇÕES

Prestadas as primeiras declarações e subscrito o respectivo termo²⁵, o juiz deve mandar citar o cônjuge ou o companheiro sobrevivente, os herdeiros, os eventuais legatários, o Estado ou o Distrito Federal, o Ministério Público, se houver herdeiro incapaz ou ausente, e o testamenteiro, se o finado deixou testamento, para que possam apresentar impugnação, no prazo comum de dez dias, tudo nos termos dos artigos 999 e 1.000, ambos do Código de Processo Civil.

3.11. IMPUGNAÇÃO E SUSCITAÇÃO DE QUESTÃO DE ALTA INDAGAÇÃO

À vista dos artigos 984 e 1.000, inciso III e parágrafo único, *in fine*, do Código de Processo Civil, suscitadas questões de fato nas impugnações, com necessidade de dilação probatória, para a produção de provas testemunhal e pericial, devem ser resolvidas em processos específicos.

Sem dúvida, diante da natureza documental do processo de inventário e partilha, as questões de fato cujo desate depende de instrução probatória devem ser submetidas aos juízos próprios, em processos independentes, perante o juízo cível, o juízo de família ou outro juízo competente, conforme o caso²⁶.

Por conseguinte, suscitada questão fática cuja solução depende de instrução probatória, tendo em vista a necessidade da colheita de prova testemunhal ou de prova pericial, o juiz deve proferir decisão interlocutória no processo de inventário e partilha, a fim de que a questão de alta indagação seja proposta e julgada em processo específico sob rito ordinário. Daí a impossibilidade do julgamento de investigação da

²⁵ Cf. artigo 993 do Código de Processo Civil.

²⁶ De acordo, na jurisprudência: “PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. AÇÃO DE INVENTÁRIO. NATUREZAS JURÍDICAS DIVERSAS. COMPETÊNCIAS DIFERENCIADAS. INEXISTÊNCIA DE JUÍZO UNIVERSAL DO INVENTÁRIO. O art. 96 do CPC não institui um juízo universal do inventário, de forma a atrair todas as causas correlatas, limitando-se a definir a competência puramente territorial para os inventários e processos correlatos. Vale dizer que o juízo do inventário é universal apenas para resolver questões de fato, devidamente documentadas, e de direito, que sejam relativas ao direito sucessório. As demais ações em que se discutem questões de natureza jurídica diversa do direito sucessório deverão ser ajuizadas seguindo as regras de competência comum.” (Agravo de Instr

²⁴ Enunciado aprovado pela Seção Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, em 2 de outubro de 2009.

paternidade, de união estável²⁷, de deserção²⁸, de indignidade, por exemplo, no bojo do processo de inventário e partilha.

Em contraposição, as questões de fato e de direito sucessório passíveis de resolução à luz de mera prova documental devem ser julgadas desde logo, no próprio processo de inventário e partilha, em virtude da regra consagrada no proêmio do artigo 984 do Código de Processo Civil²⁹.

3.12. PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES SOBRE OS DADOS DO CADASTRO IMOBILIÁRIO DA FAZENDA PÚBLICA

Decorrido o decêndio previsto no artigo 1.000 do Código de Processo Civil, os Estados-membros e o Distrito Federal têm vinte dias para informarem ao juízo o valor dos bens de raiz arrolados nas primeiras declarações³⁰.

mento n. 1.0105.07.219065-2/002, 9ª Câmara Cível do TJMG, Diário da Justiça de 24 de maio de 2010). "EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. ART. 96 DO CPC. JUÍZO UNIVERSAL DO

INVENTÁRIO. CAUSA CORRELATA. RELATIVIZAÇÃO. - O art. 96 do CPC não institui um juízo universal do inventário, de forma a atrair todas as causas correlatas, limitando-se a definir a competência puramente territorial para os inventários e processos correlatos, que, como se sabe, não se confunde com a competência de juízo, esta definida pela lei de organização judiciária. Seria até mesmo inviável que todas as causas correlatas fossem reunidas no juízo do inventário. Assim, causas de natureza puramente cíveis, tal como a ação proposta com vistas à extinção de relação condominial, devem ser distribuídas livremente às varas cíveis, e não às varas especializadas de sucessões." (Agravo de Instrumento n. 508.460-8, 14ª Câmara Cível do TJMG, Diário da Justiça de 12 de agosto de 2005).

²⁷ Cf. "DIREITO CIVIL - PROCESSUAL CIVIL - INVENTÁRIO - RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL - REMESSA AS VIAS ORDINÁRIAS - QUESTÃO DE ALTA INDAGAÇÃO E NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - DECISÃO MANTIDA. 1. O pedido de reconhecimento de união estável formulado nos próprios autos do inventário, feito pela ex-cônjuge do de cujus, é questão de alta indagação e, diante da ausência de prova pré-constituída, a necessidade de dilação probatória é latente, por conseguinte, deverá a interessada buscar as vias ordinárias visando reconhecer sua pretensão, consoante inteligência do art. 984 do CPC." (Agravo de Instrumento n. 2008.00.2.017734-6, 3ª Turma Cível do TJDF, acórdão registrado sob o n. 350.546, Diário da Justiça de 14 de abril de 2009, p. 70).

²⁸ Cf. "DIREITO CIVIL. TESTAMENTO. DESERDAÇÃO. No juízo de sucessões, o juiz exerce cognição superficial (isto é, observa as formalidades da lei no exercício da jurisdição administrativa - não contenciosa, ou voluntária ou 'graciosa') para autorizar que se inicie a execução da vontade última do testador. Nada mais. Eventual debate a respeito da legalidade da deserção dos filhos do de cujus deve ser remetido às vias ordinárias." (Apelação n. 2007.01.1.1254288, 2ª Turma Cível do TJDF, acórdão registrado sob o n. 331.698, Diário da Justiça de 24 de novembro de 2008, p. 97).

3.13. NOMEAÇÃO DE PERITO AVALIADOR

À vista do artigo 1.003 do Código de Processo Civil, o juiz deve nomear perito logo após o decurso do prazo previsto no artigo 1.000 para as impugnações dos citados, para avaliar os bens do espólio.

Entregue o laudo de avaliação pelo perito, o juiz intima as partes para apresentarem as respectivas manifestações, no prazo comum de dez dias³¹.

3.14. ÚLTIMAS DECLARAÇÕES

Aceito o laudo de avaliação ou resolvidas as impugnações suscitadas, o inventariante presta as últimas declarações e subscreve o respectivo termo, à vista do artigo 1.011 do Código de Processo Civil.

Após, as partes são intimadas para apresentarem as respectivas manifestações acerca das últimas declarações, no prazo comum de dez dias, consoante o disposto no artigo 1.012 do Código de Processo Civil.

3.15. CÁLCULO DO IMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS

Decorrido o prazo de dez dias previsto no artigo 1.012 do Código de Processo Civil, há o cálculo do Imposto de Transmissão *Causa*

²⁹ De acordo, na jurisprudência: "CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INVENTÁRIO. JUÍZO UNIVERSAL. ART. 984, CPC. AJUIZAMENTO DE AÇÃO DE COBRANÇA DE ALUGUEL POR UM HERDEIRO CONTRA OUTRO. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. INVENTÁRIO EM TRAMITAÇÃO. RECURSO DESACOLHIDO. I - As questões de fato e de direito atinentes à herança devem ser resolvidas pelo juízo do inventário, salvo as exceções previstas em lei, como as matérias de 'alta indagação' referidas no art. 984, CPC, e as ações reais imobiliárias ou as em que o espólio for autor. Com essas ressalvas, o foro sucessório assume caráter universal, tal como o juízo falimentar, devendo nele ser solucionadas as pendências entre os herdeiros. II - O ajuizamento de ação de rito ordinário, por um herdeiro contra o outro, cobrando o aluguel pelo tempo de ocupação de um dos bens deixados em testamento pelo falecido, contraria o princípio da universalidade do juízo do inventário, afirmada no art. 984 do Código de Processo Civil, uma vez não se tratar de questão a demandar 'alta indagação' ou a depender de 'outras provas', mas de matéria típica do inventário, que, como cediço, é o procedimento apropriado para proceder-se à relação, descrição e avaliação dos bens deixados pelo falecido." (REsp n. 190.436/SP, 4ª Turma do STJ, Diário da Justiça de 10 de setembro de 2001, p. 392). "Inventário. Pedido de fixação de aluguel para o imóvel ocupado por um dos herdeiros. Remessa para as vias ordinárias. Desnecessidade. Juízo universal. Recurso a que se dá provimento." (Agravo de Instrumento n. 1.0470.06.025987-1/001, 2ª Câmara Cível do TJMG, Diário da Justiça de 3 de dezembro de 2008).

³⁰ Cf. artigo 1.002 do Código de Processo Civil.

³¹ Cf. artigo 1.009 do Código de Processo Civil.

Mortis, à vista da legislação estadual ou distrital, conforme o ente beneficiário do tributo.

Apresentado o cálculo em juízo, as partes são ouvidas no prazo comum de cinco dias, com a posterior abertura de vista ao Estado-membro ou Distrito Federal, conforme o caso. Em seguida, o juiz profere decisão interlocutória acerca do cálculo do imposto devido, tudo nos termos do artigo 1.013 do Código de Processo Civil.

3.16. INGRESSO DE CREDORES DO FALECIDO

Durante todo o processamento do inventário e partilha em juízo, os eventuais credores do falecido podem requerer o pagamento das dívidas vencidas e exigíveis, com fundamento no artigo 1.017 do Código de Processo Civil, porquanto os débitos deixados pelo autor da herança devem ser quitados com os bens que integram o acervo hereditário.

Separados os bens, tantos quantos forem necessários para o pagamento dos credores habilitados, o juiz mandará aliená-los em praça ou leilão, conforme o caso³².

3.17. PEDIDOS DE QUINHÃO HEREDITÁRIO

Em seguida, o juiz intima os sucessores para que formulem os respectivos pedidos de quinhão hereditário, no prazo comum de dez dias³³. Após, o juiz profere o "despacho" de deliberação da partilha, quando resolve os pedidos dos sucessores e designa os bens que devem constituir quinhão hereditário de cada herdeiro e legatário, conforme o caso.

Ao contrário do que pode parecer à primeira vista, o denominado "despacho" do artigo 1.022 do Código de Processo Civil é verdadeira decisão interlocutória³⁴, porquanto há efetiva deliberação acerca da partilha, com a solução dos pedidos dos sucessores e a indicação dos bens de cada herdeiro e legatário³⁵. Aliás, o posterior artigo 1.023 é explícito acerca da natureza do pronunciamento de deliberação da partilha: "decisão".

Diante da verdadeira natureza do pronunciamento previsto no artigo 1.022 do Código de Processo Civil, não há dúvida de que cabe recurso de agravo de instrumento. Com efeito, à vista dos artigos 162, § 2º, e 522, ambos do mesmo diploma, a decisão de deliberação da

³² Cf. artigo 1.017 do Código de Processo Civil.

³³ Cf. artigo 1.022 do Código de Processo Civil.

partilha desafia agravo de instrumento³⁶. Em reforço, vale conferir o preciso enunciado n. 26 da Súmula do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: "É recorrível o despacho de deliberação da partilha no inventário"^{37,38}.

3.18. SENTENÇA DE PARTILHA

À vista da decisão de deliberação acerca da partilha, o partidor organiza o esboço de partilha, na ordem prevista no artigo 1.023 do Código de Processo Civil.

Feito o esboço da partilha, os sucessores são intimados e têm o prazo comum de cinco dias para apresentarem as respectivas manifestações. As eventuais reclamações dos sucessores são resolvidas pelo juiz, mediante decisão interlocutória, a qual também é recorrível mediante agravo de instrumento, em dez dias.

Após, o juiz determina o lançamento da partilha nos autos do processo, tudo nos termos dos artigos 1.024 e 1.025 do Código de Processo Civil.

³⁴ De acordo, na doutrina: MONIZ DE ARAGÃO. Comentários ao Código de Processo Civil. Volume II, 8ª ed., 1995, p. 36 e 37; e PONTES DE MIRANDA. Tratado da ação rescisória. 5ª ed., 1976, p. 346, in verbis: "No prazo de dez dias, após as manifestações das partes, o juiz proferirá a decisão de deliberação de partilha, resolvendo quanto aos pedidos das partes e designando os bens que devem constituir quinhão de cada herdeiro ou legatário (Código de Processo Civil, art. 1.022)." (não há o grifo no original).

³⁵ De acordo, na doutrina: ANTONIO CARLOS MARCATO. Código de Processo Civil interpretado. 2004, p. 2.514, in verbis: "Em seguida, também no prazo de dez dias, o juiz proferirá o 'despacho' (rectius: decisão - agravável, portanto) de deliberação da partilha, resolvendo os pedidos das partes e designando os bens que devam constituir o quinhão de cada herdeiro e legatário e a meação do cônjuge (ou companheiro) sobrevivente, levando em conta, para tanto, o regime de bens." (não há o grifo no original).

³⁶ Assim, na doutrina: VICENTE GRECO FILHO. Direito processual civil brasileiro. Volume III, 19ª ed., 2008, p. 261: "Pagos os credores ou reservados os bens, os herdeiros terão o prazo comum de dez dias para formular seus pedidos de quinhão. Em seguida o juiz proferirá despacho de deliberação sobre a partilha, resolvendo os pedidos das partes e designando os bens que devam constituir o quinhão de cada um (art. 1.022). Dessa decisão cabe agravo de instrumento." (sem o grifo no original). Também de acordo, ainda na doutrina: MARCUS VINICIUS RIOS GONÇALVES. Novo curso de direito processual civil. Volume II, 4ª ed., 2008, p. 378: "O procedimento é o estabelecido nos arts. 1.022 e s. do CPC. Os herdeiros formularão seus pedidos de quinhão, no prazo de dez dias. O juiz proferirá, no mesmo prazo, decisão sobre a partilha. Embora o art. 1.022 fale em despacho, e haja decisões considerando a deliberação irrecorrível, parece-nos que esse ato judicial tem conteúdo decisório, desafiando agravo de instrumento. Tanto que, no artigo seguinte, fala-se em 'partilha de acordo com a decisão'." (não há os grifos no original).

Em seguida, o imposto de transmissão *causa mortis* deve ser pago, com a posterior juntada da guia de recolhimento. À vista da certidão negativa de débito fiscal, o juiz profere a sentença de partilha, com fundamento no artigo 1.026 do Código de Processo Civil.

Como as sentenças em geral, a sentença de partilha judicial é impugnável mediante apelação, tendo em vista a regra do artigo 513 do Código de Processo Civil.

Por fim, passada em julgado a sentença de partilha, os herdeiros e os legatários recebem os respectivos bens, acompanhados do formal de partilha, com as fotocópias das peças do processo arroladas no artigo 1.027 do Código de Processo Civil. O formal de partilha é o documento oficial a ser levado nos cartórios imobiliários e nos departamentos de trânsito, para a formalização das transferências dos eventuais imóveis e automóveis partilhados.

3.19. EMENDA DE PARTILHA JULGADA POR SENTENÇA

À vista dos artigos 463, inciso I, e 1.028, ambos do Código de Processo Civil, a partilha contaminada por inexatidões materiais pode ser objeto de correção de ofício pelo juiz ou a requerimento de alguma

³⁷ Uniformização de jurisprudência n. 1, de 1991, no Agravo de instrumento n. 785/90, julgamento em 29 de abril de 1991, Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, III, de 24 de julho de 1991.

³⁸ Em sentido contrário ao raciocínio defendido no presente parágrafo, às lições doutrinárias evocadas nas notas anteriores e ao enunciado n. 26 da Súmula do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, entretanto, há respeitável doutrina: ERNANE FIDÉLIS. Dos procedimentos especiais. 3ª ed., 1999, p. 326: "As partes não são intimadas do despacho de deliberação da partilha. O processo caminha do juiz para o partidor. Logo, nenhum recurso é ainda cabível". Também em sentido contrário, mas com ressalva: HUMBERTO THEODORO JÚNIOR. Curso de Direito Processual Civil. Volume III, 21ª ed., 1999, p. 287 e nota 54: "Prepara-se, assim, a partilha judicial, colhendo-se inicialmente as pretensões dos sucessores a respeito da forma de dividir os bens comuns. De posse desses dados, ou mesmo na falta deles, caberá ao juiz proferir, em 10 dias, o despacho de deliberação da partilha, no qual resolverá os pedidos das partes e designará os bens que constituirão os quinhões de cada herdeiro e legatário (art. 1.022). Esse ato judicial é de mero impulso processual, já que apenas prepara a partilha e poderá ser modificado a qualquer momento, enquanto não atingida a meta final, que é a homologação do ato de divisão dos bens comuns. Por isso, não se tem admitido recurso algum contra a deliberação da partilha". "Quando, porém, o juiz decide questões de direito junto com a deliberação de formação dos quinhões, o ato deixa de ser simples despacho ordinário para adquirir a natureza de decisão interlocutória. Então cabível será o agravo de instrumento".

das partes, nos mesmos autos do processo de inventário, ainda que a sentença de partilha já tenha transitado em julgado.

Na verdade, até mesmo o erro na descrição dos bens partilhados pode ser objeto de correção pelo juiz, nos mesmos autos do processo de inventário e partilha, desde que todas as partes estejam de acordo com a sanação do erro de fato³⁹.

3.20. AÇÃO RESCISÓRIA DA SENTENÇA DE PARTILHA JUDICIAL

Ao contrário do que pode parecer à primeira vista, a ação rescisória do artigo 1.030 do Código de Processo Civil não se confunde com a demanda - anulatória - do artigo 1.029 do mesmo diploma e no artigo 2.027 do Código Civil.

Sem dúvida, o artigo 1.030 dispõe sobre a ação rescisória, admissível contra a sentença de partilha judicial, enquanto os artigos 1.029 e 2.027 versam sobre a ação anulatória, adequada para impugnar a sentença homologatória de partilha amigável⁴⁰.

A importância da distinção pode ser aferida sob dois prismas: a ação rescisória de partilha judicial é da competência originária de tribunal e está sujeita a prazo decadencial de dois anos; a ação anulatória de partilha amigável é da competência de juiz de primeiro grau e está sujeita a prazo decadencial de um ano.

A ação rescisória de partilha judicial é admissível nos casos arrolados no artigo 1.030 do Código de Processo Civil, cujo inciso I faz remissão aos três incisos do artigo 1.029 do Código de Processo Civil. Bem examinadas as hipóteses legais, entretanto, constata-se que as mesmas estão inseridas nos amplos incisos V e VIII do artigo 485 do mesmo diploma. Daí a conclusão: a maior finalidade do artigo 1.030 é didática, a fim de evitar confusão com a ação anulatória prevista no artigo 1.029, porquanto a ação rescisória de sentença de partilha judicial pode ser acionada à vista dos vários incisos do artigo 485, os quais, ainda que indiretamente, englobam as hipóteses arroladas no artigo 1.030, especialmente nos incisos V e VIII (do artigo 485).

³⁹ Cf. artigo 1.028 do Código de Processo Civil.

⁴⁰ Em sentido conforme, na doutrina: "O Código foi claro e obedeceu a bom sistema, ao reservar a ação anulatória (art. 1.029) para as partilhas amigáveis viciadas por dolo, coação, erro essencial ou intervenção de incapaz e ao dizer que é rescindível a partilha julgada por sentença nos casos que menciona neste art. 1.030". "A sentença de partilha pode ser objeto de ação rescisória, se nasceu com qualquer um dos vícios taxativamente enumerados no art. 485. Além desses casos, há

Por fim, é preciso examinar o inciso III do artigo 1.030 do Código de Processo Civil, a fim de afastar uma hipótese não inserta no preceito: a do herdeiro terceiro ao processo judicial de inventário e partilha. Na verdade, a rescisória não é adequada para a impugnação da partilha que não contemplou herdeiro alheio ao inventário⁴¹. Na verdade, o herdeiro que não participou do processo de inventário e partilha tem demanda própria: petição de herança⁴². Com efeito, a *petitio hereditatis* é a demanda adequada em prol de herdeiro que busca o reconhecimento do respectivo direito sucessório e a restituição da herança ou do respectivo quinhão hereditário contra o atual possuidor da mesma, com fundamento no artigo 1.824 do Código Civil. Em suma, a ação rescisória só pode ser ajuizada por herdeiro ou legatário que participou do processo de inventário e partilha, mas foi preterido ou prejudicado no respectivo processo⁴³.

3.21. AÇÃO ANULATÓRIA DA SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DE PARTILHA AMIGÁVEL

Como já anotado, o artigo 1.029 do Código de Processo Civil e o artigo 2.027 do Código Civil versam sobre a ação anulatória de sen-

os motivos deste art. 1030." (HAMILTON DE MORAES E BARROS. Comentários ao Código de Processo Civil. Volume IX, 1974, p. 262 e 263). De acordo, ainda na doutrina: "Destarte, se a partilha for amigável (CC, art. 1.773), não se há de cogitar de rescisória, mas sim de ação anulatória, a ser ajuizada no prazo de um ano (CPC, art. 1.0129)." (SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA. A ação rescisória no Superior Tribunal de Justiça. Recursos no Superior Tribunal de Justiça. 1991, p. 273, nota 38, com referência ao Código Civil de 1916). No mesmo sentido, também na doutrina: ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS. Dos procedimentos especiais do Código de Processo Civil, 3ª ed., 1999, p. 334: "O Código de 1973, coerente com sua posição de se ter o inventário e partilha como de jurisdição contenciosa, estabeleceu apenas uma distinção. A partilha será amigável ou julgada por sentença. Se amigável, poderá ser simplesmente anulada por ação ordinária, na conformidade do art. 486. Se julgada por sentença, poderá ser rescindida (art. 1.030)". Ainda em sentido conforme, na doutrina: "O Código de Processo Civil é mais minucioso no tocante à invalidade da partilha, distinguindo a partilha amigável, homologada pelo juiz, que pode ser objeto de ação anulatória (art. 1.029) no prazo decadencial de um ano, da partilha judicial, decidida por sentença, que é passível de ação rescisória (art. 1.030) no prazo decadencial de dois anos, contados do trânsito em julgado da decisão (art. 495)".

⁴¹ No mesmo sentido, na jurisprudência: RE n. 93.700/GO, 1ª Turma do STF, Diário da Justiça de 22 de outubro de 1982, p. 10.740, com ampla fundamentação doutrinária no voto condutor do Ministro-Relator RAFAEL MAYER, o qual foi acompanhado pelo Ministro ALFREDO BUZUID, autor do projeto que deu origem ao Código de Processo Civil de 1973.

tença homologatória de partilha amigável, admissível no prazo decadencial de um ano⁴⁴, com fundamento em qualquer um dos vícios arrolados naqueles preceitos.

Em contraposição, a ação anulatória não é admissível contra sentença em inventário com partilha judicial, porquanto a mesma não se confunde com a simples partilha amigável prevista no artigo 1.029 do Código de Processo Civil⁴⁵.

Em suma, a ação anulatória só pode ter em mira sentença homologatória de partilha amigável. Já a sentença proveniente de partilha judicial é impugnável mediante ação rescisória⁴⁶.

4. ARROLAMENTO COMUM, SIMPLES OU DE ALÇADA

O arrolamento comum, simples ou de alçada é o procedimento de inventário e partilha judicial previsto no artigo 1.036 do Código de Processo Civil, cabível quando os bens da herança têm valor igual ou inferior a duas mil Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional⁴⁷. Como é perceptível *primo ictu oculi*, o que importa para o cabimento do arrolamento de alçada é o valor dos bens, e não a capacidade dos sucessores. Sem dúvida, o arrolamento comum é cabível até mesmo quando há incapazes entre os sucessores⁴⁸.

⁴³ De acordo, na doutrina: "Em se tratando de partilha judicial julgada por sentença, se a sentença proferida se enquadrar em um dos nove incisos do art. 485 do Código de Processo Civil, qualquer dos herdeiros, dos legatários ou o cônjuge supérstite, se devidamente representados, ou seja, se foram partes nos autos do inventário, têm legitimidade para propor ação rescisória da sentença dentro do prazo de dois anos, contados do trânsito em julgado da decisão." (ANTÔNIO JOSÉ TIBÚRCIO DE OLIVEIRA. Direito das sucessões. 2005, p. 483, sem o grifo no original).

⁴⁴ De acordo, na doutrina: "A ação para anular sentenças homologatórias de partilha ou de divisões, em que não houve contestação, é a anulatória, ou ação de anulação, e não a ação rescisória propriamente dita. A competência para as ações de anulação de partilha amigável é do juiz de primeira instância." (HAMILTON DE MORAES E BARROS. Comentários ao Código de Processo Civil. Volume IX, 1974, p. 262). "Destarte, se a partilha for amigável (CC, art. 1.773), não se há de cogitar de rescisória, mas sim de ação anulatória, a ser ajuizada no prazo de um ano (CPC, art. 1.0129)." (SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA. A ação rescisória no Superior Tribunal de Justiça. Recursos no Superior Tribunal de Justiça. 1991, p. 273, nota 38, com referência ao Código Civil de 1916).

⁴⁵ Assim, na jurisprudência: REsp n. 586.312/SC, 3ª Turma do STJ, Diário da Justiça de 16 de agosto de 2004, p. 260: "Inventário. Partilha judicial. Herdeiro menor. Ação rescisória. Comportabilidade. Tratando-se de partilha judicial, face à existência no inventário de interesse de menor, o meio impugnativo cabível da sentença proferida é o da ação rescisória e não o da ação de anulação". No mesmo sentido, ainda na jurisprudência: REsp n. 32.306/RS, 3ª Turma do STJ, Diário da Justiça de 7 de novembro de 1994, p. 30.019.

O inventário sob o procedimento de arrolamento simples segue o disposto no artigo 1.036 e respectivos parágrafos, com a incidência subsidiária das regras gerais do procedimento padrão, por força do artigo 1.038 do Código de Processo Civil.

O inventário sob rito de arrolamento simples deve ser proposto no prazo do artigo 983 do Código de Processo Civil, por qualquer um dos legitimados dos artigos 987, 988 e 989 do mesmo diploma.

A petição inicial deve ser elaborada à vista dos artigos 39, inciso I, 258, 282, 283 e 987, parágrafo único, todos do Código de Processo Civil, e deve ser instruída com a certidão de óbito do autor da herança.

Em seguida, o juiz nomeia o inventariante, o qual assume o encargo independentemente da assinatura de termo de compromisso. Após a nomeação, o inventariante presta as declarações, com a indicação do valor dos bens da herança e o plano de partilha⁴⁹.

Os sucessores não representados devem ser citados e podem impugnar as declarações do inventariante em relação aos bens, à estimativa do valor e ao plano de partilha⁵⁰.

Na eventualidade de sucessores incapazes, o Ministério Público deve ser intimado para intervir, quando também pode impugnar as declarações, a estimativa e o plano de partilha⁵¹.

Veiculada alguma impugnação, quer das partes, quer do Ministério Público, o juiz deve nomear perito-avaliador, para apresentar

laudo em dez dias. Após, o juiz deve decidir as impugnações à vista do laudo do perito-avaliador⁵².

Em seguida, o inventariante deve comprovar a quitação dos tributos mediante certidão negativa de débitos fiscais. Por fim, o juiz julga a partilha mediante sentença⁵³.

5. ARROLAMENTO SUMÁRIO

O arrolamento sumário é o procedimento de inventário e partilha judicial previsto nos artigos 1.031 e seguintes do Código de Processo Civil, cabível quando os sucessores são todos capazes e é amigável a partilha dos bens da herança.

Ao contrário do que ocorre no arrolamento simples ou de alçada, não é o valor da herança que tem relevância; o que importa no arrolamento sumário é a plena capacidade civil dos sucessores e a concordância de todos acerca da partilha⁵⁴.

Por fim, o inventário sob o procedimento de arrolamento sumário segue o disposto nos artigos 1.031 e seguintes do Código de Processo Civil, com a incidência subsidiária das regras gerais do procedimento padrão, por força do artigo 1.038 do Código de Processo Civil.

6. ALVARÁ JUDICIAL

Além dos três procedimentos de inventário judicial, também há o procedimento de alvará judicial, o qual consta do artigo 1.037 do Código de Processo Civil, com a redação conferida pela Lei n. 7.019, de 1982.

O alvará judicial é o procedimento de jurisdição voluntária por meio do qual os sucessores do falecido podem requerer em juízo o levantamento de verbas previstas na Lei n. 6.858, de 1980⁵⁵.

Com efeito, os valores devidos pelos empregadores aos empregados, os montantes das contas individuais do Fundo de Garantia

⁴⁹ Cf. artigo 1.036, caput, in fine, do Código de Processo Civil.

⁵⁰ Cf. artigo 1.036, § 1º, do Código de Processo Civil.

⁵¹ Cf. artigo 1.036, § 1º, do Código de Processo Civil.

⁵² Cf. artigo 1.036, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil.

⁵³ Cf. artigo 1.036, § 5º, do Código de Processo Civil.

⁵⁴ De acordo, na doutrina: "É uma forma simplificada de inventário, que pressupõe a inexistência de litígio entre herdeiros, todos maiores e capazes. É preciso que não haja nenhuma divergência quanto aos bens e à forma pela qual a partilha se fará. É irrelevante o valor dos bens ou o número de herdeiros." (MARCUS VINÍCIUS RIOS GONÇALVES. Novo curso de direito processual civil. Vol. II, 4ª ed., 2008, p. 384).

⁴⁶ Em sentido conforme, na doutrina: "O Código foi claro e obedeceu a bom sistema, ao reservar a ação anulatória (art. 1.029) para as partilhas amigáveis viciadas por dolo, coação, erro essencial ou intervenção de incapaz e ao dizer que é rescindível a partilha julgada por sentença nos casos que menciona neste art. 1.030." (HAMILTON DE MORAES E BARROS. Comentários ao Código de Processo Civil. Volume IX, 1974, p. 262). Ainda no mesmo sentido, também na doutrina: ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS. Dos procedimentos especiais do Código de Processo Civil, 3ª ed., 1999, p. 334: "O Código de 1973, coerente com sua posição de se ter o inventário e partilha como de jurisdição contenciosa, estabeleceu apenas uma distinção. A partilha será amigável ou julgada por sentença. Se amigável, poderá ser simplesmente anulada por ação ordinária, na conformidade do art. 486. Se julgada por sentença, poderá ser rescindida (art. 1.030)".

⁷⁴⁷ Vale dizer, R\$ 25.532,40.

⁴⁸ Assim, na jurisprudência: "AGRAVO DE INSTRUMENTO. O CHAMADO ARROLAMENTO COMUM, REGULADO NO ARTIGO 1.036 É ADMISSÍVEL SEJAM OU NÃO CAPAZES OS HERDEIROS, QUANDO O VALOR DOS BENS DA HERANÇA FOR IGUAL OU INFERIOR, NA DICÇÃO DA LEI, A 2000 OTN'S. PROVIMENTO DO RECURSO." (Agravo de instrumento n. 2002.002.15691, 8ª Câmara Cível do TJRJ, Diário da Justiça de 30 de maio de 2003, p. 63 a 65). Também de acordo, ainda na jurisprudência: Agravo de instrumento n. 2005.002.20211, 6ª Câmara Cível do TJRJ, Diário da Justiça de 19 de dezembro de 2005, p. 52 a 57).

do Tempo de Serviço e do Fundo de Participação PIS-PASEP, as restituições relativas ao Imposto de Renda e outros tributos, recolhidos por pessoa física, os saldos bancários e de contas de cadernetas de poupança e de fundos de investimento com valor de até quinhentas Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional⁵⁶, todos podem ser levantados pelos sucessores do falecido mediante simples alvará judicial, independentemente de processo de inventário⁵⁷, tudo nos termos dos artigos 1º e 2º da Lei n. 6.858, de 1980⁵⁸, combinados com o artigo 1.037 do Código de Processo Civil.

Por fim, a petição inicial deve ser endereçada ao juízo estadual⁵⁹ do foro do último domicílio do falecido, até mesmo quando as verbas objeto do alvará judicial estejam depositadas em empresas públicas federais, como a Caixa Econômica Federal, tendo em vista a natureza voluntária da jurisdição prestada, sem partes em litígio, razão pela qual não incide o artigo 109, inciso I, da Constituição Federal, como bem revela o enunciado n. 161 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: “É da competência da Justiça estadual autorizar o levantamento dos valores relativos a PIS/PASEP e FGTS, em decorrência do falecimento do titular da conta”⁶⁰.

7. INVENTÁRIO NEGATIVO

O denominado “inventário negativo” surgiu da construção da doutrina e da jurisprudência diante da ausência de bem a ser inventariado e partilhado. Com efeito, tanto o Código Civil quanto o Código de

Processo Civil são omissos, porquanto não contêm dispositivo algum destinado à hipótese do falecimento de pessoa que não deixa bem algum a ser inventariado e partilhado.

Não obstante, tanto o cônjuge sobrevivente quanto os herdeiros podem ter interesse jurídico na declaração da inexistência de bens, tendo em vista as repercussões matrimoniais e patrimoniais previstas nos artigos 836, 1.523, inciso I, 1.641, inciso I, 1.792 e 1.997, todos do Código Civil, e nos artigos 568, inciso II, e 597, ambos do Código de Processo Civil. Daí a admissibilidade da propositura demanda com pedido declaratório da inexistência de bens a serem inventariados e partilhados. É o procedimento de jurisdição voluntária denominado “inventário negativo”⁶¹.

Na verdade, além da via judicial, também é admissível a realização de inventário negativo extrajudicial, em virtude da autorização

⁵⁸ “Art. 1º - Os valores devidos pelos empregadores aos empregados e os montantes das contas individuais do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e do Fundo de Participação PIS-PASEP, não recebidos em vida pelos respectivos titulares, serão pagos, em quotas iguais, aos dependentes habilitados perante a Previdência Social ou na forma da legislação específica dos servidores civis e militares, e, na sua falta, aos sucessores previstos na lei civil, indicados em alvará judicial, independentemente de inventário ou arrolamento.

§ 1º - As quotas atribuídas a menores ficarão depositadas em caderneta de poupança, rendendo juros e correção monetária, e só serão disponíveis após o menor completar 18 (dezoito) anos, salvo autorização do juiz para aquisição de imóvel destinado à residência do menor e de sua família ou para dispêndio necessário à subsistência e educação do menor.

§ 2º - Inexistindo dependentes ou sucessores, os valores de que trata este artigo reverterão em favor, respectivamente, do Fundo de Previdência e Assistência Social, do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço ou do Fundo de Participação PIS-PASEP, conforme se tratar de quantias devidas pelo empregador ou de contas de FGTS e do Fundo PIS PASEP.

Art. 2º - O disposto nesta Lei se aplica às restituições relativas ao Imposto de Renda e outros tributos, recolhidos por pessoa física, e, não existindo outros bens sujeitos a inventário, aos saldos bancários e de contas de cadernetas de poupança e fundos de investimento de valor até 500 (quinhentas) Obrigações do Tesouro Nacional.

Parágrafo único. Na hipótese de inexistirem dependentes ou sucessores do titular, os valores referidos neste artigo reverterão em favor do Fundo de Previdência e Assistência Social.

Art. 3º - Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º - Revogam-se as disposições em contrário.”

⁹ Não obstante, se o último domicílio do falecido foi no Distrito Federal, a competência é do juízo da respectiva Circunscrição Judiciária da Justiça do Distrito Federal.

⁶⁰ De acordo, na jurisprudência: “CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA COMUM E JUIZADO ESPECIAL. ALVARÁ LIBERATÓRIO. LEVANTAMENTO DE VALORES DEPOSITADOS NO PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL - PIS. PEDIDO FUNDADO NA LEI 6.858/80. MORTE DO TITULAR DA CONTA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 161/STJ. COMPETENTE A JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. 1. Em se tratando de pedido de expedição de alvará judicial requerido nos termos da Lei 6.858/80, ou seja, em decorrência do falecimento do titular da conta, inexistente lide a ser solucionada. Cuida-se, na

⁵⁵ De acordo, na jurisprudência: “1. Em se tratando de pedido de expedição de alvará judicial requerido nos termos da Lei 6.858/80, ou seja, em decorrência do falecimento do titular da conta, inexistente lide a ser solucionada. Cuida-se, na verdade, de medida de jurisdição voluntária com vistas à mera autorização judicial para o levantamento, pelos sucessores do de cujus, de valores inconteste depositados em conta de titularidade de pessoa falecida ‘independente de inventário ou arrolamento.’” (CC n. 102.854/SP, 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, Diário da Justiça eletrônico de 23 de março de 2009, sem o grifo no original).

⁵⁶ Vale dizer, R\$ 6.383,10 (seis mil trezentos e oitenta e três reais e dez centavos). Assim, na jurisprudência: “Significar dizer que, considerando a atualização do índice já extinto, 500 Obrigações do Tesouro Nacional jamais ultrapassariam a quantia de R\$ 6.383,10 (seis mil trezentos e oitenta e três reais e trinta e hum centavos).” (Apelação n. 1.0433.06.193266-4/001, 6ª Câmara Cível do TJMG, Diário da Justiça de 8 de outubro de 2010).

⁵⁷ Assim, na jurisprudência: “A lei federal nº 6858/80 dispensa a instauração de inventário para o levantamento de saldos bancários e de cadernetas de poupança em hipóteses específicas, mas não se aplica quando as quantias a serem retiradas superam o teto estabelecido pela própria legislação.” (Apelação n. 1.0433.06.193266-4/001, 6ª Câmara Cível do TJMG, Diário da Justiça de 8 de outubro de 2010).

estampada no artigo 28 da Resolução n. 35, do Conselho Nacional de Justiça: “Art. 28. É admissível inventário negativo por escritura pública”.

8. INVENTÁRIO E PARTILHA EXTRAJUDICIAL

Com o advento da Lei n. 11.441, de 2007, a qual conferiu nova redação ao artigo 982 do Código de Processo Civil, passou a ser possível a realização do inventário e da partilha independentemente de processo judicial, desde que todos os herdeiros sejam capazes, estejam concordes acerca da partilha e que o falecido não tenha deixado testamento, quando há lugar para o inventário e partilha extrajudicial, por meio de escritura pública, lavrada em tabelionato de notas, na presença do advogado dos herdeiros⁶².

Ao contrário do que pode parecer à primeira vista, a Lei n. 11.441 não impôs a utilização da via extrajudicial. Na verdade, diante

verdade, de medida de jurisdição voluntária com vistas à mera autorização judicial para o levantamento, pelos sucessores do de cujus, de valores incontestes depositados em conta de titularidade de pessoa falecida ‘independente de inventário ou arrolamento

’. 2. Desse modo, a Caixa Econômica Federal não é parte integrante da relação processual, mas mera destinatária do alvará judicial, razão por que deve ser afastada a competência da Justiça federal. 3. Incide, à espécie, o enunciado 161 da súmula do STJ, segundo o qual: ‘É da competência da Justiça estadual autorizar o levantamento dos valores relativos ao PIS/Pasep e FGTS, em decorrência do falecimento do titular da conta.’” (CC n. 102.854/SP, 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, Diário da Justiça eletrônico de 23 de março de 2009). Assim, também na jurisprudência: “1. A expedição de alvará para levantamento de quantia do FGTS traduz atividade de jurisdição voluntária, razão pela qual é competente a Justiça Estadual (Lei 6.858/80), não obstante a CEF seja a destinatária da ordem (Súmula 161, do STJ).” (RMS n. 20.683/SP, 1ª Turma do STJ, Diário da Justiça de 21 de fevereiro de 2008, p. 34). Ainda na jurisprudência: “3. A expedição de alvará nos termos da Lei 6.858/80, ou seja, em decorrência do falecimento do titular da conta, traduz atividade de jurisdição graciosa, na qual inexistente conflito nem se instaura relação processual. Incidência da Súmula 161/STJ que preconiza: ‘É da competência da Justiça Estadual autorizar o levantamento dos valores relativos ao PIS/PASEP e FGTS, em decorrência do falecimento do titular da conta.’” (RMS n. 21.160/SP, 1ª Turma do STJ, Diário da Justiça de 26 de outubro de 2006, p. 219).

¹ De acordo, na jurisprudência: “APELAÇÃO. INVENTÁRIO NEGATIVO. PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. POSSIBILIDADE. INTERESSE DA VIÚVA E DA HERDEIRA. SENTENÇA QUE JULGOU O FEITO EXTINTO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, NA FORMA DO ART. 267, VI, DO CPC. ANULAÇÃO DA SENTENÇA PARA PROSSEGUIMENTO DO FEITO. A discussão estabelecida refere-se à existência de interesse processual dos herdeiros no processamento de inventário negativo do de cujus. Arnaldo Rizzardo ensina que: ‘Após algumas providências, o juiz proferirá uma decisão, na qual declarará a inexistência de bens, ou a negatividade do inventário. Constitui uma decisão declara

de falecimento *ab intestato*, os herdeiros capazes e concordes têm a opção entre o aforamento do inventário e partilha em juízo ou a lavratura de escritura pública de inventário e partilha extrajudicial, conforme revela o *caput* do artigo 982 do Código de Processo Civil vigente, especialmente o seguinte trecho daquele preceito: “se todos forem capazes e concordes, poderá fazer-se o inventário e a partilha por escritura pública”. Em reforço, vale conferir o proêmio do artigo 2º da Resolução n. 35 do Conselho Nacional de Justiça: “Art. 2º É facultada aos interessados a opção pela via judicial ou extrajudicial;”⁶³.

A eventual pendência de processo judicial de inventário e partilha também não impede a realização da partilha extrajudicial, com a suspensão daquele processo⁶⁴ ou até mesmo a imediata extinção, por desistência dos herdeiros⁶⁵. Em abono, merece ser prestigiado o artigo 2º da Resolução n. 35 do Conselho Nacional de Justiça: “Art. 2º É facultada aos interessados a opção pela via judicial ou extrajudicial; podendo ser solicitada, a qualquer momento, a suspensão, pelo prazo de 30

tiva quanto ao seu objeto. O aparecimento de bens não ofende a coisa julgada material. Admite-se a abertura de inventário, então positivo’. No caso em tela, não há óbice ao prosseguimento do feito e à consequente declaração de negatividade do inventário, principalmente porque as recorrentes possuem interesse na declaração de inexistência de bens, considerando que o de cujus foi réu em ação civil pública por ato de improbidade administrativa e Lei nº 8.429/1992 prevê, em seu art. 8º, a responsabilidade patrimonial dos herdeiros daquele que for acusado de causar danos ao erário. Recurso a que se dá provimento.” (Apelação n. 2009.001.04444, 9ª Câmara Cível do TJRJ, Ementário n. 9, de 2 de dezembro de 2009). “SUCESSÕES. INVENTÁRIO NEGATIVO. OBJETIVO. INTERESSE DE AGIR. Embora o Código de Processo Civil não trate da matéria, o inventário negativo tem sido aceito por grande maioria dos doutrinadores como forma de os interessados provarem a inexistência de bens do de cujus a partilhar. Embora falte previsão legal, o instituto tem sido utilizado como forma de provar a inexistência de bens no patrimônio dos falecidos e, assim, proteger o patrimônio pessoal dos sucessores. Recurso provido.” (Apelação n. 2007.01.1.051401-8, 1ª Turma Cível do TJDF, acórdão registrado sob o n. 307.375, Diário da Justiça de 2 de junho de 2008, p. 54). “1. Embora sem previsão legal, o inventário negativo consiste em prática consagrada no meio forense. Pode ser manejado, na hipótese em que o viúvo ou a viúva deseje contrair novas núpcias, nos moldes do artigo 1.523, inciso I, do Código Civil, ou, ainda, de herdeiro ou herdeira que receie responsabilidade além das forças da herança, com espeque no Código Civil, no artigo 1.792.” (Apelação n. 2007.03.1.020326-2, 1ª Turma Cível do TJDF, acórdão registrado sob o n. 293.651, Diário da Justiça de 7 de fevereiro de 2008, p. 1.993).

⁶³ Cf. artigo 982, parágrafo único, do Código de Processo Civil, com o reforço do artigo 8º da Resolução n. 35 do Conselho Nacional de Justiça, in verbis: “Art. 8º É necessária a presença do advogado, dispensada a procuração, ou do defensor público, na lavratura das escrituras decorrentes da Lei 11.441/07, nelas constando seu nome e registro na OAB”.

dias, ou a desistência da via judicial, para promoção da via extrajudicial”.

No que tange ao tabelionato de notas, a escritura pública de inventário e partilha extrajudicial pode ser lavrada no tabelionato de preferência dos herdeiros, porquanto a regra do artigo 96 do Código de Processo Civil incide apenas em relação ao processo judicial de inventário e partilha, como bem revela o artigo 1º da Resolução n. 35, do Conselho Nacional de Justiça: “Art. 1º Para a lavratura dos atos notariais de que trata a Lei n. 11.441/07, é livre a escolha do tabelião de notas, não se aplicando as regras de competência do Código de Processo Civil”⁶⁶.

Antes da lavratura da escritura pública, entretanto, os herdeiros devem providenciar o recolhimento do Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e Doação junto à Secretaria da Fazenda do Estado ou do Distrito Federal, conforme o caso, tendo em vista o disposto no artigo 15 da Resolução n. 35 do Conselho Nacional de Justiça: “Art. 15. O

recolhimento dos tributos incidentes deve anteceder a lavratura da escritura”. Com efeito, a lavratura da escritura pública de partilha extrajudicial depende do prévio recolhimento do imposto devido, cuja guia deve ser apresentada ao tabelião de notas, para conferência do recolhimento e anotação na escritura pública de partilha.

Em virtude do advento da Lei n. 11.965, de 2009, entretanto, a escritura pública e os demais atos notariais realizados no tabelionato de notas são gratuitos para as pessoas que evocam o benefício do § 2º do artigo 982 do Código de Processo Civil: “§ 2º A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei”.

Por fim, à vista da escritura pública de inventário e partilha extrajudicial, a qual não depende de homologação judicial, os herdeiros já têm título hábil para o posterior registro imobiliário no tabelionato de imóveis e para a transferência de outros bens e valores, tudo nos termos do artigo 982 do Código de Processo Civil vigente e do artigo 3º da Resolução n. 35, do Conselho Nacional de Justiça⁶⁷.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça por meio da Resolução n. 35, de 2007, cujo artigo 31 dispõe sobre a subsistência da multa por inventário tardio, desde que prevista nas leis específicas de cada Estado-membro e do Distrito Federal, conforme o caso.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça RMS n. 21.160/SP, 1ª Turma do STJ, Diário da Justiça de 26 de outubro de 2006, p. 219.

⁶³ De acordo, na jurisprudência: “INVENTÁRIO E PARTILHA. LEI 11.441/2007. POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO PELA VIA ADMINISTRATIVA. DIREITO DE ESCOLHA DAS PARTES. 1. Pela nova redação do art. 982 do CPC, primeira parte, a regra permanece sendo a realização do inventário pela via judicial, tendo a lei apenas facultado às partes a opção pela via administrativa. 2. Embora a realização do inventário pela via administrativa possa dar maior celeridade ao procedimento de partilha de bens, a opção pela via judicial pode ser mais conveniente para os interessados, conferindo-lhes também maior segurança. Recurso provido.” (Apelação n. 70019033596, 7ª Câmara Cível do TJRS, Diário da Justiça de 3 de maio de 2007). “APELAÇÃO CÍVEL. ARROLAMENTO. LEI 11.441/2007. POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO PELA VIA ADMINISTRATIVA. DIREITO DE ESCOLHA DAS PARTES. Mesmo com a nova redação dada ao art. 982, pela Lei nº 11.441 de 4 de janeiro de 2007, a regra geral permanece sendo a realização do inventário pela via judicial. A lei apenas assegura às partes a mera opção pela via administrativa, não se podendo dar à norma interpretação restritiva, quando a lei não restringe. RECURSO PROVIDO.” (Apelação n. 70023858707, 8ª Câmara Cível do TJRS, Diário da Justiça de 26 de maio de 2008). Com outra opinião, na doutrina: “A realização extrajudicial do inventário e partilha não é, como pode parecer a quem faça interpretação literal da lei, uma faculdade. Presentes os requisitos (capacidade civil de todos os herdeiros e total acordo entre eles quanto ao modo de partilhar a herança), não será possível realizar em juízo o inventário e a partilha do monte. É que, nesse caso, faltará a necessidade de ir a juízo, elemento formador do interesse de agir (o qual, como sabido, é um dos requisitos essenciais para que o Estado possa emitir um provimento de mérito). Assim, a instauração do processo judicial no caso em que cabível a realização extrajudicial do inventário e partilha deverá levar a uma sentença de extinção do processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC, por falta de interesse de agir.” (ALEXANDRE FREITAS CÂMARA. Lições de direito processual civil. Volume III, 15ª ed., 2009, p. 418).

⁶⁴ Cf. artigo 265, inciso II, do Código de Processo Civil.

⁶⁵ Cf. artigo 267, inciso VIII, do Código de Processo Civil.

⁶⁶ Em sentido contrário, entretanto, há doutrina muito respeitável: “- A liberdade de escolha do Tabelionato de Notas pelos interessados, a meu ver, terá de ficar circunscrita aos cartórios situados dentro dos limites territoriais, para as escrituras de inventário e partilha, onde o autor da herança tinha seu último domicílio, ou do foro de situação dos bens se este não possuía domicílio certo, ou ainda, do lugar onde se deu o óbito, se o autor da herança, além de não possuir domicílio certo, possuir bens em lugares diferentes (art. 96 do CPC)” (ANTONIO CARLOS MATTEIS DE ARRUDA. O inventário e a partilha, a separação e o divórcio consensuais por escritura pública - Lei 11.441/2007. Direito civil e processo: estudos em homenagem aos Professor Arruda Alvim. 2007, p. 800).

⁶⁷ “Art. 3º. As escrituras públicas de inventário e partilha, separação e divórcio consensuais não dependem de homologação judicial e são títulos hábeis para o registro civil e o registro imobiliário, para a transferência de bens e direitos, bem como para promoção de todos os atos necessários à materialização das transferências de bens e levantamento de valores (DETRAN, Junta Comercial, Registro Civil de Pessoas Jurídicas, instituições financeiras, companhias telefônicas, etc.)”.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça RMS n. 20.683/SP, 1ª Turma do STJ, Diário da Justiça de 21 de fevereiro de 2008, p. 34

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Processual civil. Recurso especial. Inventário. Valor da causa. – No processo de inventário, o valor da causa corresponde ao do monte-mor.” (REsp n. 459.852/SP, 3ª Turma do STJ, Diário da Justiça de 29 de setembro de 2003, p. 243

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça REsp n. 311.506/AL, 3ª Turma do STJ, Diário da Justiça de 9 de setembro de 2002, p. 224).

BRASIL, Superior Tribunal Federal. RE n. 93.700/GO, 1ª Turma do STF, Diário da Justiça de 22 de outubro de 1982, p. 10.740.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça artigo 3º da Resolução n. 35.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 402.891/RJ, 4ª Turma do STJ, Diário da Justiça de 2 de maio de 2005, p. 353). No mesmo sentido, ainda na jurisprudência: REsp n. 283.994/SP, 4ª Turma do STJ, Diário da Justiça de 7 de maio de 2001, p. 150; e REsp n. 88.296/SP, 3ª Turma do STJ, Revista do STJ, volume 118, p. 230

BRASIL, Código de Processo Civil. lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973. 14º Ed.2008. Editora Saraiva.

DISTRITO FEDERAL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal. AGI n. 2008.00.2.0027829, 1ª Turma Cível do TJDF, acórdão registrado sob o n. 303.632, Diário da Justiça de 5 de maio de 2008, p. 52)

DISTRITO FEDERAL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação n. 2001.01.1.0997570, 1ª Turma Cível do TJDF, acórdão registrado sob o n. 317.129, Diário da Justiça de 18 de agosto de 2008, p. 41).

DISTRITO FEDERAL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Agravo de Instrumento n. 2008.00.2.017734-6, 3ª Turma Cível do TJDF, acórdão registrado sob o n. 350.546, Diário da Justiça de 14 de abril de 2009, p. 70).

DISTRITO FEDERAL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação n. 2007.01.1.1254288, 2ª Turma Cível do TJDF, acórdão registrado sob o n. 331.698, Diário da Justiça de 24 de novembro de 2008, p. 97).

DISTRITO FEDERAL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação n. 2007.03.1.020326-2, 1ª Turma Cível do TJDF, acórdão registrado sob o n. 293.651, Diário da Justiça de 7 de fevereiro de 2008, p. 1.993

DISTRITO FEDERAL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação n. 2007.01.1.051401-8, 1ª Turma Cível do TJDF, acórdão registrado sob o n. 307.375, Diário da Justiça de 2 de junho de 2008, p. 54

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento n. 1.0105.07.219065-2/002, 9ª Câmara Cível do TJMG, Diário da Justiça de 24 de maio de 2010

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento n. 508.460-8, 14ª Câmara Cível do TJMG, Diário da Justiça de 12 de agosto de 2005).

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento n. 1.0470.06.025987-1/001, 2ª Câmara Cível do TJMG, Diário da Justiça de 3 de dezembro de 2008

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Agravo de Instrumento n. 1.0105.07.219065-2/002, 9ª Câmara Cível do TJMG, Diário da Justiça de 24 de maio de 2010). “EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. ART. 96 DO CPC. JUÍZO UNIVERSAL DO INVENTARIO. CAUSA CORRELATA. RELATIVIZAÇÃO

RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de instrumento n. 785/90, julgamento em 29 de abril de 1991, Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, III, de 24 de julho de 1991

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação n. 70023858707, 8ª Câmara Cível do TJRS, Diário da Justiça de 26 de maio de 2008

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação n. 70019033596, 7ª Câmara Cível do TJRS, Diário da Justiça de 3 de maio de 2007

ARAGÃO, Moniz de. Comentários ao Código de Processo Civil. Volume II, 8ª ed., 1995, p. 36 e 37;

ARRUDA, Antonio Carlos Matteis. O inventário e a partilha, a separação e o divórcio consensuais por escritura pública - Lei 11.441/2007. Direito civil e processo: estudos em homenagem aos Professor Arruda Alvim. 2007, p. 800

BARROS, Hamilton de Moraes. Comentários ao Código de Processo Civil. Volume IX, 1974, p. 262 e 263

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. Volume III, 15ª ed., 2009, p. 418

FARIAS, Bianca Oliveira; SOARES, Milton Delgado. Direito Processual Civil. Volume I. 2009, p. 281

FIDÉLIS, Ernane. Dos procedimentos especiais. 3ª ed., 1999, p. 326

FILHO, Vicente Greco. Direito processual civil brasileiro. Volume III, 19ª ed., 2008, p. 261

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Novo curso de direito processual civil. Vol. II, 4ª ed., 2008, p. 384

JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil. Volume III, 21ª ed., 1999, p. 287

MARCATO, Antonio Carlos. Código de Processo Civil interpretado. 2004, p. 2.514

MIRANDA, Pontes de. Tratado da ação rescisória. 5ª ed., 1976, p. 346

SANTOS, Ernane Fidélis. Dos procedimentos especiais do Código de Processo Civil, 3ª ed., 1999, p. 334

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A ação rescisória no Superior Tribunal de Justiça. Recursos no Superior Tribunal de Justiça. 1991, p. 273

A PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR NO SERVIÇO PÚBLICO E O VELHO PROBLEMA DOS FUNDOS DE RJU

*Fernando Laércio Alves da Silva**

RESUMO: A Lei nº 8.112/90, criada para atendimento do art. 39 da CF/88, instituiu o Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Federais e, com ele, um regime próprio de previdência social para a categoria. O problema é que o surgimento da norma resultou em uma crise de legalidade para os planos de previdência complementar operados em favor de servidores estatutários, crise essa que até o momento sem resposta pelos órgãos públicos competentes. Tomando por pano de fundo o impacto do Poder Constituinte Originário sobre o ato jurídico perfeito, o presente ensaio busca analisar os pontos-chave do imbróglio criado e, a partir daí, propor uma solução jurídica que objetive a preservação das entidades fechadas de previdência complementar e o melhor interesse de servidores públicos que integram seu grupo de participantes.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Previdenciário; Previdência Complementar; Regimes Próprios de Previdência Social; Previdência Complementar dos Servidores Públicos Federais; Poder Constituinte Originário

SUMÁRIO: 1. Breve apresentação do objeto de estudo - 2. Dos estudos técnicos realizados pelo Ministério da Previdência Social para a solução do problema - 3. Das conclusões alcançadas na Nota Técnica

* Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Campus, do Centro Universitário Fluminense, Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Viçosa, Professor Voluntário do Departamento de Direito da Universidade Federal de Viçosa e Assessor Jurídico do AGROS Instituto UFV de Seguridade Social.

nº 099/SPC/DELEG face ao impacto da CF/88 sobre os atos jurídicos perfeitamente praticados sob a égide constitucional anterior – 4. Das conclusões alcançadas pelo Grupo de Trabalho constituído pela Portaria MTPS nº 3.371/91 e as limitações trazidas pelo Projeto de Lei nº 1.992/2007 – 5. Em busca de uma solução que respeite o direito adquirido e a efetiva liberdade de opção de regime previdenciário.

1. Breve apresentação do objeto de estudo

O sistema previdenciário brasileiro é dividido, nos termos da Constituição Federal de 1988, em dois blocos elementares, o bloco dos regimes básicos ou oficiais de previdência, de filiação obrigatória, e o bloco dos regimes privados ou complementares de previdência, de filiação facultativa.

Esses blocos, por sua vez, se subdividem em outros, conforme se trate de previdência, oficial ou complementar, destinada a servidores públicos ou trabalhadores da iniciativa privada.

Nesse sentido, verifica-se o ensinamento de Fábio Zambitte IBRAHIM:

“O sistema previdenciário brasileiro é dotado de dois Regimes Básicos (Regime Geral de Previdência Social e Regimes Próprios de Previdência dos Servidores Públicos e Militares) e dois Regimes Complementares de Previdência (privado aberto ou fechado no RGPS e público fechado nos RPPS)”¹.

A classificação acima adotada se deve à postura adotada pelo legislador constitucional originário, em 1988, e derivado, ao longo das reformas implementadas pelas Emendas Constitucionais nº 03/1993, 18/1998, 19/1998, 20/1998, 41/2003 e 47/2005. Antes, porém, a classificação era bem distinta.

A título de exemplo, exemplo esse que servirá de norte para o presente trabalho, até o advento da Constituição Federal de 1988 não se falava em regime laboral ou mesmo previdenciário diferenciado entre os funcionários civis do Estado e os trabalhadores da iniciativa privada.

Longe disso, foi somente por determinação da Carta Constitucional de 1988 que se instituíram os chamados Regimes Jurídicos próprios ou específicos dos servidores civis da União, Estados, Distrito

Federal e Municípios, a partir de quando se verificou a cisão do sistema de previdência oficial dos trabalhadores civis em Regimes Próprios de Previdência Social dos Servidores Públicos e o já existente Regime Geral de Previdência Social.

Nesse mesmo contexto, o Regime de Previdência Complementar Fechado brasileiro nasce de forma una, aplicando-se às mesmas regras e institutos para todas as entidades fechadas de previdência complementar (EFPC), então chamadas *fundos de pensão*.

Aliás, a primeira EFPC brasileira é anterior até mesmo à criação do Regime Geral de Previdência Social². E, mesmo antes dela, institutos, por assim dizer, pré-históricos da previdência complementar brasileira já haviam sido criados no Brasil, como o Montepio dos Oficiais da Marinha da Corte, criado em 1795 e Montepio Geral de Economia dos Servidores do Estado – MONGERAL, criado em 1835³.

Durante longos anos o sistema da previdência complementar aberto e fechado funcionou sem uma regulamentação específica, período em que se lhe aplicavam as regras criadas para os seguros privados e o Código Civil de 1916, problema que somente se solucionou em 1977, com a aprovação da Lei nº 6.435/77, especificamente criada para a regulação do setor.

Sob a égide dessa Lei, o sistema de previdência complementar, em especial o fechado, experimentou um *boom*, a partir de quando foi criada a maioria das entidades fechadas de previdência complementar que atualmente operam no Brasil.

Dentre todas as EFPCs criadas sob a égide da Lei nº 6.435/77, chama a atenção a situação de seis entidades, quais sejam a FIPECq – Fundação de Previdência Complementar dos Empregados e Servidores da FINEP, do IPEA, do CNPQ, do INPE e do INPA e a SIAS – Sociedade Ibgeana de Assistência e Seguridade, criadas em 1979, o AGROS – Instituto UFV de Seguridade Social, criado em 1980, a URANUS Fundação de Seguridade Social, criada em 1981, o FIOPREV – Instituto Oswaldo Cruz de Seguridade Social e a CAPESESP – Caixa de Previdência e Assistência dos Servidores da Fundação Nacional de Saú-

²A PREVI, Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil, foi criada no ano de 1904, à época como Caixa Montepio dos Funcionários do Banco da República do Brasil, antes, portanto, da própria Lei Eloy Chaves (Decreto nº 4.682/23).

³WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. *Previdência Privada – Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: QuartierLatin, 2005, p. 66

¹IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 9.ed. Niterói: Impetus, 2007, p. 27.

de⁴, criados em 1985, todas elas patrocinadas por entes públicos federais⁵.

Embora tenham sido criadas de forma perfeitamente regular, com plena obediência à Lei nº 6.435/77, a partir do ano de 1990 essas seis entidades restaram colocadas em um limbo jurídico aparentemente sem solução.

Foi nesse ano de 1990 que surgiu no ordenamento jurídico pátrio a Lei nº 8.112/90, a qual instituiu o Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União, e com ele o chamado Regime Próprio de Previdência Social desses servidores, além de dar as diretrizes para a criação dos regimes jurídicos únicos nas esferas estaduais e municipais.

Diante do novo regime de previdência oficial, passou-se a questionar a viabilidade e legalidade de manutenção das seis entidades acima mencionadas, uma vez que, sendo patrocinadas por entes cujo corpo funcional restou em sua quase totalidade abarcado pelo RJU e este prevendo a integralidade do benefício de aposentadoria por tempo de serviço, o benefício de previdência complementar por excelência não mais seria pago.

Desde então, as entidades em questão vem operando planos de benefícios de previdência complementar sem a devida aprovação pelo ente público competente, que se nega a aprova-los sob o argumento de que não haveria previsão legal para tanto.

E o imbróglio se agravou ainda mais após o advento das Emendas Constitucionais nº 20/98 e nº 41/2003, que determinaram a criação, por meio de lei ordinária, de um Fundo de Previdência Complementar de natureza pública para o gerenciamento de benefícios de previdência complementar em favor dos servidores estatutários⁶.

Desde então, verificam-se duas situações específicas no corpo dessas entidades: os planos de benefício definido operados em favor de seus participantes não atingidos pelo Regime Jurídico Único conta-

ram com a aprovação da então Secretaria de Previdência Complementar, atualmente substituída pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar - PREVIC⁷, e, além disso, algumas dessas entidades passaram também a operar planos instituídos de contribuição definida; outrossim, os planos de benefício definido operados em favor de participantes abarcados pelo RJU de nenhuma das entidades foi aprovado, estando, até a presente data, funcionando à margem da norma jurídica. Tal fato tem obrigado as EFPCs em questão a trabalhar nos limites do rol de benefícios instituídos antes do advento do RJU, decotados, obviamente, aqueles que passaram a ser concedidos pelo Regime Oficial.

A título de exemplo, se as entidades, antes do RJU, concediam, em planos de benefício definido, os benefícios de suplementação de aposentadoria por idade, tempo de serviço/contribuição e invalidez, como a previdência oficial estatutária passou a conceder aposentadoria por tempo de serviço com proventos integrais, não mais se pode falar em suplementação desse benefício pelos planos de previdência complementar privados, mas apenas em suplementação de dos benefícios oficiais de aposentadoria por idade e por invalidez.

Não bastasse isso convivem essas entidades com a falta de aporte da contribuição patronal por parte dos entes públicos que formalmente ainda figuram como patrocinadores.

É bem verdade que o grupo se limita a seis entidades, que juntas operam ativos na casa de R\$1.904.650.000,00, para um total de em conjunto 171.900 pessoas, incluídos participantes ativos, assistidos e dependentes. Tais números se mostram pouco expressivos quando comparados ao total do mercado, que, segundo dados da Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar - ABRAPP, se compõe por 260 EFPCs em operação no país a ela filiadas, com o total de ativos na casa de R\$494.565.770.000,00, em favor de 5.974.038 pessoas entre participantes ativos, assistidos e dependentes⁸.

A despeito disso, o problema jurídico está posto e carece de enfrentamento, pois coloca em xeque direitos e expectativas de direito

⁴ Embora tenha sido criada no ano de 1958 como uma Caixa de Pecúlios, no ano de 1985 a CAPESESP converteu-se em entidade fechada de previdência complementar.

⁵ Como se percebe do próprio nome social das entidades, a FIPECq é patrocinada pela FINEP, IPEA, CNPQ, INPE e INPA, a SIAS pelo IBGE, o AGROS pela Fundação Universidade Federal de Viçosa, a URANUS pelo CNEN, o FIOPREV pela Fundação Oswaldo Cruz de Seguridade Social e a CAPESESP pela Fundação Nacional de Saúde.

⁶ Atualmente se encontra em tramitação nas Casas Legislativas da União o Projeto de Lei nº 1.992/2007, de autoria do Poder Executivo, que trata da estrutura da Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal - FUNPRESF

⁷ A Superintendência Nacional de Previdência Complementar - PREVIC, autarquia pública federal, foi criada em 23 de dezembro de 2009 pela Lei nº 12.154/2009, em substituição à antiga Secretaria de Previdência Complementar - SPC, convertida em Secretaria de Políticas de Previdência Complementar - SPPC.

⁸ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. *Fundos de Pensão: Revista da ABRAPP - ICSS - SINDAP*. Ano XXIX. N. 367. Agosto de 2010, p.69.

de cerca de 171.900 indivíduos, além de representar por si só um risco de instabilidade para as entidades referidas e toda a cadeia econômica a elas relacionadas.

2. Dos estudos técnicos realizados pelo Ministério da Previdência Social para a solução do problema

Tão logo a Lei nº 8.112/90 entrou em vigor, o então Ministério do Trabalho e Previdência Social⁹, por meio da Portaria Ministerial nº 3.371/91 instituiu um grupo de trabalho heterogêneo, formado por representantes do próprio MTPS e das EFPCs patrocinadas por entes públicos a fim de estudar o impacto da nova lei no cotidiano dessas entidades, bem como as alternativas a serem adotadas para solução do problema.

O relatório final elaborado pelo grupo instituído concluiu, de um lado, que o RJU por si só não justificaria a extinção das entidades patrocinadas por entes públicos, uma vez que os benefícios de previdência complementar por elas oferecidos poderiam, em sua maioria, conviver com os benefícios previdenciários oficiais criados pela Lei nº 8.112/90, e, por outro lado, concluiu ainda ser necessário que essas entidades promovessem a adaptação dos regulamentos de seus planos de benefícios operados em favor dos novos servidores estatutários e que, além disso, passassem a atuar em outros setores da seguridade, como, por exemplo, na oferta de planos de assistência à saúde.

Diante dessa conclusão, aprovada pela Diretoria de Previdência Complementar do MTPS, as seis entidades apresentaram suas propostas de regulamentos de planos de benefícios para os participantes vinculados ao RJU, os quais não foram aprovados pelo órgão competente.

Anos depois, a Secretaria de Previdência Complementar, que substituiu a antiga Diretoria de Previdência Complementar – DPC, por meio da Assessoria Jurídica de sua Diretoria de Legislação e Normas – DELEG, apresentou novo estudo técnico sobre a questão, o qual se materializou no texto da Nota Técnica nº 099/2006/SPC/DELEG e cujas conclusões se deram em sentido diametralmente oposto às alcançadas pelo Grupo de Trabalho instituído pela Portaria nº 3.371/91.

⁹ À época um único Ministério congregava as atividades atualmente segregadas nas pastas do Ministério do Trabalho e Emprego e Ministério da Previdência Social. Nesse ministério, a atividade exercida atualmente pela PREVIC, uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Previdência Social, era desempenhada pela Diretoria de Previdência Complementar do Ministério do Trabalho e Previdência Social

Nesse novo estudo, a conclusão alcançada foi a de que, após o advento do RJU não mais poderiam persistir os planos de benefícios de previdência complementar operados por EFPCs com patrocínio de entes públicos e em favor de seus servidores estatutários, devendo tais planos ser encerrados, devolvendo-se à União as contribuições por ela vertidas na pessoa dos patrocinadores e aos participantes as reservas por eles recolhidas em favor dos planos.

A despeito das conclusões, até o presente momento o órgão de fiscalização do setor, originalmente a DPC, vinculada ao MTPS, em um segundo momento a SPC, ligada ao Ministério da Previdência Social, e atualmente a PREVIC, não tomou qualquer medida destinada à solução do problema, seja no sentido da aprovação dos regulamentos de planos de benefícios criados em favor dos participantes estatutários, como sugeriu o primeiro estudo, seja pela extinção dos mesmos, como sugere o estudo de 2006, fazendo persistir no tempo a já comentada insegurança jurídica às entidades, seus gestores e participantes.

Tendo em vista esse cenário, os próximos tópicos deste ensaio destinam-se à análise das conclusões alcançadas nos dois estudos técnicos, com final verificação da possibilidade ou não de solução do problema dos *Fundos de RJU*.

3. Das conclusões alcançadas na Nota Técnica nº 099/SPC/DELEG face ao impacto da CF/88 sobre os atos jurídicos perfeitamente praticados sob a égide constitucional anterior

Como mencionado superficialmente, a Assessoria Jurídica da Diretoria de Legislação e Normas da extinta SPC, ao longo do ano de 2006, realizou estudo sobre a situação das EFPCs patrocinadas por entes públicos federais, tendo apresentado como análise conclusiva o entendimento de que, após o advento do RJU os planos de benefícios de previdência complementar operados em favor de servidores estatutários se tornaram ilegais por representarem tratamento diferenciado a um grupo específico de servidores.

“Portanto, são ilegais tanto a criação de Entidades Fechadas de Previdência Complementar como a operação de planos de benefícios em desconformidade com o que foi acima exposto. E decorrente desta ilegalidade, todos os aportes financeiros feitos pela União, suas autarquias e fundações a estes regimes de previdência complementar irregulares, passaram a ser indevidos e, portanto, todos os valores devem ser revertidos aos cofres públicos”¹⁰.

Em outro ponto da Nota Técnica nº 099/2006/SPC/DELEG, de forma igualmente incisiva manifestou-se a Assessoria Jurídica da DELEG:

“Dessa forma, a partir da CF/88, qualquer diferenciação na concessão de vantagens salariais entre as diversas categorias de servidores públicos ofendia o comando constitucional, que por ser fruto do poder constituinte originário, sequer podia ser questionado quanto à sua retroatividade, para atingir o direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada”¹⁰.

De fato, o tratamento dispensado aos servidores públicos federais pela CF/88 prima pela eliminação de qualquer diferenciação de benefícios, em especial os chamados benefícios salariais. Neste ponto, a fala do signatário da Nota Técnica nº 99/2006/SPC/DELEG, *a priori*, estaria correta.

Outrossim, a conclusão alcançada por ele em relação aos impactos dessa vedação de diferenciação em relação aos aportes efetuados pela União, na pessoa dos entes patrocinadores aos cofres das EFPCs patrocinadas para planos de previdência complementar em favor de seus outrora empregados e agora servidores estatutários se mostra equivocada.

Referida Nota Técnica se baseia na tese de que a regra instituída pela CF/88 poderia gerar efeitos retroativos, inclusive atingindo direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, a partir do que seriam necessários tanto a devolução dos aportes feitos pela União sob a égide constitucional anterior e da Lei nº 6.435/77, como o consequente e inevitável encerramento dos planos de benefícios operados em favor de participantes estatutários.

Contudo, uma coisa é a capacidade do Poder Constituinte Originário de se impor sobre o ato jurídico perfeito preteritamente praticado de modo a impedir que, na nova ordem constitucional, continue a gerar efeitos. Outra coisa completamente diferente seria o poder de, retroativamente, tornar o referido ato sem efeito e determinar o desfazimento de todas as suas consequências.

E quando se fala em retroatividade do Poder Constituinte Originário, apenas se tem em mente a primeira das situações ventiladas no parágrafo anterior.

Não se pode discutir, e nem se pretende aqui fazê-lo, que a Constituição Federal de 1988, ao determinar a criação de um regime jurídico único para os servidores públicos federais, bem como de um regime próprio de previdência social impediu que, a partir de sua vigência, persistissem os atos e compromissos anteriores que nela não guardassem respaldo jurídico. Dessa forma, retroagem-se os efeitos da norma constitucional em relação a atos anteriores a ela a fim de fazer cessarem, ex nunc, os seus efeitos. Lado outro, imperioso é esclarecer que, em momento algum, determinou o legislador constituinte, e nem o poderia, a geração de tais efeitos no sentido de levar ao completo desfazimento dos atos praticados no passado.

Tal entendimento se mostra claro à luz do disposto nos artigos 17 e 18 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias que, tratando dos efeitos da CF/88 sobre temas de Direito Administrativo, determina apenas a cessação *ex nunc*, e não *ex tunc*, dos efeitos de atos então considerados válidos pela Constituição anterior¹¹.

Nesse sentido se manifestou o STF quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 467590. Na ocasião, tratando de outro tema, qual seja, o direito sucessório de filho adotado equiparado a filho natural pela CF/88, assim se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

“À evidência, o dispositivo constitucional em exame não pode abalar o ato jurídico perfeito e acabado - doação - celebrado antes da entrada em vigor. (art. 6º, §§ 1º e 2º, da Lei de Introdução ao Có-

¹⁰ Nesse sentido dispõem os citados artigos 17 e 18 das ADCT:

“Art. 17. Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título.

§ 1º - É assegurado o exercício cumulativo de dois cargos ou empregos privativos de médico que estejam sendo exercidos por médico militar na administração pública direta ou indireta.

§ 2º - É assegurado o exercício cumulativo de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde que estejam sendo exercidos na administração pública direta ou indireta.

Art. 18. Ficam extintos os efeitos jurídicos de qualquer ato legislativo ou administrativo, lavrado a partir da instalação da Assembléia Nacional Constituinte, que tenha por objeto a concessão de estabilidade a servidor admitido sem concurso público, da administração direta ou indireta, inclusive das fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público”.

¹⁰ Nota Técnica nº 099/2006/SPC/DELEG, de autoria da Assessoria Jurídica da DELEG, de 23 de junho de 2006.

¹¹ Nota Técnica nº 099/2006/SPC/DELEG, de autoria da Assessoria Jurídica da DELEG, de 23 de junho de 2006.

digo Civil) c.c. o art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal). Se isso fosse possível, não haveria mais segurança, pois celebrado o ato jurídico, com o advento da lei nova alterando os requisitos ou condições, para sua prática, seria passível de nulidade ou de anulação. A instabilidade seria a tônica das relações jurídicas, o que a própria Constituição Federal não admite, ao prever, expressamente, o respeito ao ato jurídico perfeito e acabado, ao direito adquirido e à coisa julgada. (art. 5º., XXVI). Há, aqui, de se estabelecer a distinção entre eficácia imediata da norma constitucional e efeito retroativo (o sistema constitucional brasileiro consagrou o princípio da irretroatividade das leis). A eficácia imediata resguarda os efeitos que antecederam à lei, atingindo somente os posteriores, com o que evita a retroação. E, o efeito imediato, é certo, não pode contrariar a Constituição Federal quando esta protege o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Destarte, todos os adotados, inclusive os adotados antes da entrada em vigor, da nova Constituição, foram equiparados aos demais filhos. Mas, não lhes foi conferido o direito de modificar situações pré-existentes, como, por exemplo, anular doações, feitas, anteriormente, pelos pais adotivos aos filhos legítimos, se atendidos os requisitos da legislação em vigor, (eficácia imediata do dispositivo constitucional - art. 227, § 6º, com relação às adoções anteriores). Por esse critério, a adotada, ora apelada, adquiriu o direito à sucessão da adotante e sobre os bens existentes, a partir da vigência da nova Carta Magna, 05/10/88. (irretroatividade da norma constitucional, com relação aos atos praticados antes da sua vigência, como as doações feitas pela mãe adotiva aos filhos naturais, após a adoção)¹³.

Aliás, tal entendimento remete às bases jusnaturalistas do Direito, como ensinam Ricardo Cunha CHIMENTI e outros:

“Para os jusnaturalistas, mesmo o Poder Constituinte Originário enfrenta limites no direito natural,

ou seja, no conjunto de direitos fundamentais e regras éticas da natureza humana, direitos que somente poderiam ser suprimidos por uma força tirânica”¹⁴.

No mesmo sentido se manifesta José Afonso da SILVA:

“Cumpro fazer uma observação final a respeito da relação direito adquirido e direito público. Não é rara a afirmativa de que não há direito adquirido em face da lei de ordem pública ou de direito público. A generalização não é correta nesses termos. O que se diz com boa razão é que não corre direito adquirido contra o interesse coletivo, porque aquele é manifestação de interesse particular que não pode prevalecer sobre o interesse geral. A Constituição não faz distinção”¹⁵.

Dentro desse contexto, necessário reconhecer que, de fato, o advento da Constituição Federal de 1988 e do RJU, definindo um Regime Próprio de Previdência Social em favor dos servidores públicos federais resultou na absorção pelo ente estatal de parcela razoável dos benefícios então de responsabilidade das entidades fechadas de previdência complementar em questão. Com isso, fez cessar, daí em diante, os benefícios de previdência complementar incorporados pelo Regime Oficial em relação aos participantes ainda ativos. Outrossim, não tem o novel ordenamento constitucional a força de desfazer integralmente as consequências do ato jurídico já operadas no passado, quais sejam, as contribuições já aportadas pela União antes do advento da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, de forma contundente assim já se manifestou o STF:

“Agravos regimental. - A prescrição se situa no âmbito do direito material e não do direito processual. O que prescreve não é o direito subjetivo público de ação, mas a pretensão que decorre da viola-

¹³ RE nº 467590/SP. 1ª Turma. Relator o Ministro Dias TOFFOLLI. Julg. 09.07.2010. Publ. DJE nº 146, de 06.08.2010.

¹⁴ CHIMENTI, Ricardo Cunha *et al.* *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: SARAIVA, 2005. Pág. 14.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Pág. 435.

ção do direito subjetivo. - Se a prescrição se consumou anteriormente a entrada em vigor da nova Constituição, e ela regida pela lei do tempo em que ocorreu, pois, como salientado no despacho agravado, "não há que se confundir eficácia imediata da Constituição a efeitos futuros de fatos passados com a aplicação dela a fato passado". A Constituição só alcança os fatos consumados no passado quando expressamente o declara, o que não ocorre com referência à prescrição. Agravo a que se nega provimento"¹⁶.

Mesmo porque, a própria Constituição Federal de 1988, regulamentada pelas Leis Complementares nº 108/2001 e 109/2001 reconheceu a autonomia do Regime de Previdência Complementar em relação aos regimes oficiais de previdência social, sejam eles o Regime Geral de Previdência Social ou mesmo os Regimes Próprios de Previdência Social.

Por conta disso, tem-se por equivocado qualquer entendimento de que o servidor público não possa se manter vinculado a plano de benefícios de previdência complementar que não o operado pela entidade de que trata o art. 40, § 15, da CF/88.

Isso porque, referido texto normativo faz menção expressa ao parágrafo anterior do mesmo artigo, que exige a fixação de regime de previdência complementar patrocinado por entes públicos como requisito indispensável à limitação de benefícios previdenciários oficiais ao teto do RGPS. Em momento algum trata de outras questões atinentes à Previdência Complementar e, menos ainda, dispõe sobre o tratamento a ser dispensado aos planos de previdência complementar patrocinados pela União na égide constitucional anterior.

Tranquilamente se conclui, portanto, que a União, desde então, não mais pode figurar como patrocinadora de plano de benefícios de previdência complementar que não aquele de que trata o art. 40 §§ 14 e 15 da CF/88. Lado outro, os planos anteriormente criados, bem como as entidades por ele responsáveis, guardam o legítimo direito de persistirem, desde que se adaptem à nova realidade constitucional.

4. Das conclusões alcançadas pelo Grupo de Trabalho constituído pela Portaria MTPS nº 3.371/91 e as limitações trazidas pelo Projeto de Lei nº 1.992/2007

Partindo-se, a partir de agora, do entendimento de que o advento da CF/88 e da Lei nº 8.112/90 por si só não justificam o encerramento das atividades dos planos de previdência complementar operados em favor de servidores públicos estatutários e conseqüentemente, à devolução dos aportes à União e aos próprios participantes, cumpre verificar o conteúdo das conclusões alcançadas pelo Grupo de Trabalho constituído pela Portaria MTPS nº 3.371/91 em seu Relatório Final, em especial por conta do longo decurso de tempo de sua apresentação e das alterações constitucionais e legislativas ocorridas desde então.

Como já mencionado, o citado Grupo de Trabalho apresentou, quando da elaboração de seu relatório final, conclusão diametralmente oposta à verificada no estudo técnico que lhe sucedeu - feito pela Assessoria Jurídica da DELEG - entendendo-se pela possibilidade de manutenção das EFPCs e a necessária definição de novas atividades às mesmas.

"28. As reservas matemáticas de benefícios a conceder poderão ser utilizadas em novos Planos Previdenciários e Assistenciais, desde que os mesmos sejam (*sic*) aprovados pelos órgãos competentes. Tratamento diferenciado será dado àqueles que receberam a Reserva de Poupança, aos novos entrados e àqueles que interromperam suas contribuições.

(...)

30. Em síntese, será permitida a utilização das reservas não comprometidas para Planos Previdenciários e Assistenciais.

Isto porque:

- 1º) Dar-se-á utilização social, dentro dos objetivos previdenciários, a recursos não comprometidos, em benefício dos que contribuíram para sua formação: participantes e patrocinadoras;
- 2º) É obrigação legal do Poder Público a assistência à saúde do servidor e de sua família;
- 3º) A maioria das EFPPs já atua na área de saúde, prestando-se também à essa finalidade"¹⁷.

De fato, essa conclusão se mostra apta a solucionar o primeiro problema enfrentado pelos *Fundos de RJU*, eis evitaria o encerramento

² AI 139004 Agr/MG. 1ª Turma. Relator o Ministro Moreira Alves. Julg. 04.08.1995. Publ. DJ nº 02.02.1996.

de suas atividades, ou de pelo menos dos maiores planos de benefícios por eles operados.

Não consegue, porém, solucionar um outro problema: se, a partir do advento do RJU a União não mais pode realizar aporte de capital para o patrocínio de planos de benefícios em favor de seus servidores estatutários, salvo aqueles planos que vierem a ser criados nos termos do art. 40, §§ 14 e 15, da CF/88, como seria possível o funcionamento dos planos de benefícios já criados? Seria suficiente a contribuição dos próprios participantes, complementada pelos aportes realizados pelos entes públicos patrocinadores antes do RJU?

Na verdade, o problema é um pouco mais complexo do que parece. Os planos de benefícios originalmente criados tanto para os participantes vinculados ao RJU como para os não vinculados nessas seis EFPCs, obedecendo a tendência nas décadas de 70, 80 e 90, foram moldados sob a forma de planos de benefício definido¹⁸.

Ocorre que planos de previdência complementar de benefício definido necessitam da figura do *patrocinador*, em regra o empregador, que juntamente com o participante, realiza aportes de capitais ao plano e legalmente se responsabiliza pelo equilíbrio financeiro do plano, podendo ser chamado, em caso de déficit, a promover aportes adicionais.

Isso porque, uma vez definido o valor dos benefícios de renda vitalícia e alcançando o participante a condição de elegibilidade para o mesmo, o seu pagamento se torna certo, devendo o mesmo ser arcado pelas reservas matemáticas dos planos e, em caso de incapacidade desta, pelo conjunto de participantes e patrocinadores, como se verifica pela regra do art. 21 da Lei Complementar nº 109/2001. Dessa forma, a estruturação de um plano de benefício definido sem a figura do patrocinador restaria temerária.

Lado outro, havendo o impedimento legal a que a União figure como patrocinadora de planos de benefícios instituídos em favor de seus servidores na modalidade de benefício definido, as EFPCs ora

analisadas jamais teriam seus planos de benefícios estruturados sob essa modalidade aprovados pela PREVIC.

A parcial solução para o problema pode ser alcançada caso o Projeto de Lei nº 1.992/2007 venha a ser aprovado com o texto acrescido da modificação proposta pelo Deputado Nelson Pellegrino¹⁹. Isso porque, nos termos da proposta legislativa, os órgãos e entidades públicas já patrocinadores de EFPCs poderiam optar, uma vez criado o FUNPRESP, por continuar a patrocinar seus próprios planos de previdência complementar, ao invés de aderir ao fundo único.

Contudo, como se trata de um projeto de lei, que pode ou não vir a ser aprovado, e que já tramita no Congresso Nacional há mais de três anos, por hora o vácuo legislativo ainda persiste e as entidades permanecem descobertas.

E, ainda que o projeto de lei venha a ser aprovado, ele soluciona apenas parcialmente o problema dos *Fundos de RJU*.

Como se verifica pelo texto proposto no art. 24 do projeto de lei, adaptado à emenda de autoria do Dep. Nelson Pellegrino, os entes federais que já patrocinam EFPCs poderiam optar pela manutenção dessas entidades como operadoras de planos de benefícios criados nos termos do art. 40 §§ 14 e 15 da CF/88.

Art. 24. Os órgãos e entidades integrantes da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, patrocinadores de entidades fechadas de previdência complementar, ou aqueles que reunirem ou vierem a reunir as condições mínimas necessárias para se tornarem patrocinadores de entidades fechadas de previdência complementar, observadas as disposições das Leis Complementares 108 e 109, poderão optar por patrocinar seus próprios planos de previdência complementar a serem constituídos e administrados pelas respectivas entidades patrocinadas.

Parágrafo único - As entidades fechadas de previdência complementar já instaladas e as que vierem a se estabelecer a partir da vigência desta Lei de-

¹ Relatório Final do Grupo de Trabalho constituído pela Portaria Ministerial nº MTPS 3.371/91, do Ministério do Trabalho e Previdência Social.¹

"No plano de benefício definido já se sabem de antemão os valores dos futuros benefícios de aposentadoria. São estabelecidos valores de contribuição de participantes e de patrocinadoras que serão capitalizados, em taxas pré-definidas" (WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. *Previdência Privada - Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: QuartierLatin, 2005, p. 98).

¹⁹ Emenda Modificativa EMC nº 01/2007, apresentada à Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público da Câmara dos Deputados pelo Deputado Nelson Pellegrino em 02 de outubro de 2007.

verão se adequar às normas de constituição, funcionamento e custeio definidas para a FUNPRESP”.

Em outras palavras, se a aprovação do PL nº 1.992/2007 teria o condão de legalizar a situação dos *Fundos de RJU*, criaria dois outros empecilhos.

Primeiramente, ante a necessidade de adaptação à estrutura do FUNPRESP, os planos de benefícios por essas entidades operados em favor de servidores estatutários, originalmente planos de benefício definido, deveriam se converter em planos de contribuição definida.

Não bastasse isso, como o PL nº 1.992/2007 objetiva dar cumprimento aos §§ 14 e 15 do art. 40, da CF/88, os participantes vinculados a esses planos restariam vinculados às regras de aposentadoria definidas no citado artigo da CF/88, tendo o valor de seu benefício pago pelo regime oficial de previdência limitado ao teto do INSS.

Entendamos melhor a questão: nos termos do §14 do art. 40 da CF/88, após instituir o regime de previdência complementar em favor de seus servidores estatutários, a União poderia fixar o teto dos benefícios pagos pelo regime de previdência oficial (RPPS) nos mesmos limites já praticados pelo RGPS. Qualquer valor superior a esse limite passaria a ser de responsabilidade do FUNPRESP, ou nos termos do art. 24 do PL nº 1.882/2007 com as modificações propostas pela EMC nº 01/2007, pelo plano operado pela EFPC conveniada do ente ao qual se vincula o servidor.

E, tratando-se de plano de benefícios de previdência complementar instituído na modalidade de contribuição definida, o valor do benefício pago não necessariamente representaria a diferença entre a remuneração percebida pelo servidor ativo e o benefício de previdência pago pelo regime oficial, podendo, de acordo com os aportes realizados por ele próprio e pelo ente público patrocinador e o desempenho da carteira de investimentos do plano, ser fixado abaixo ou mesmo acima desse valor.

Em relação aos servidores que ingressarem no serviço público após a criação do FUNPRESP, dúvidas não existem em relação à obrigatoriedade das regras acima comentadas. Por outro lado, a aplicação dessas normas, limitando o benefício oficial ao teto do RGPS, com pagamento de parcelas suplementares por conta do regime de previdência complementar, em relação aos servidores que já se encontrem em atividade à época da aprovação do FUNPRESP, depende de prévia e expressa opção do próprio servidor²⁰.

Diante disso, a tentativa de solução do problema dos *Fundos de RJU* por meio da redação proposta pela EMC nº 01/2007 para o texto

do art. 24 do PL nº 1.992/2007 configuraria um ato de ostensiva inconstitucionalidade, eis que os servidores públicos já vinculados às EFPCs patrocinadas por entes públicos atualmente existentes, poderiam se ver compelidos a optar pelo novo regime – provavelmente mais prejudicial, uma vez que elimina de vez a chamada aposentadoria com proventos integrais – como única forma de por fim a um problema que cujos criadores não foram eles.

5. Em busca de uma solução que respeite o direito adquirido e a efetiva liberdade de opção de regime previdenciário

Como bem se pode perceber, o problema em torno da situação jurídica dos *Fundos de RJU* e seus participantes vinculados ao regime previdenciário oficial instituído pela Lei nº 8.112/90, ao ser analisado de forma aprofundada, se mostra mais complexo do que uma rápida leitura permitiria perceber.

De um lado, entendemos estarem plenamente amparados de legalidade os aportes realizados pelos entes públicos patrocinadores dos planos operados por essas entidades até do advento do RJU, valores esses que foram aportados com o objetivo de se garantir, juntamente com as contribuições dos participantes, a formação da reserva matemática necessária ao pagamento de benefícios de previdência complementar. Tais valores, portanto, não podem ser reintegrados aos cofres públicos, salvo em caso de extinção dos planos de benefícios. Tal medida só seria possível nos casos definidos pelas Leis Complementares nº 108/2001 e 109/2001, nos quais, pensamos, não se encaixa o problema em tela.

Por outro lado, a instituição do RJU, e em especial, das emendas constitucionais que alteraram a redação do art. 40 da CF/88 impedem a manutenção do patrocínio dos planos pela União, até que seja aprovado o FUNPRESP e, ainda assim, criar-se-ia injusto prejuízo aos participantes estatutários atualmente já vinculados aos planos, ao obrigá-los a optar por um regime de previdência oficial mais prejudicial.

Pois bem. Partindo-se do pressuposto de que a solução para o problema não poderia dar causa a outro maior ainda, ela não passa

²⁰ Nesse sentido, dispõe o §16 do art. 40 da CF/88 que “§16. Somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos §§14 e 15 poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar”.

pela estratégia de se aguardar a aprovação do Projeto de Lei nº 1.992/2007²¹. Até porque, não se pode prever a data que ele será aprovado, ou mesmo se o será.

Longe disso, deve ela partir de um processo construído de forma conjunta, envolvendo as seis entidades, suas patrocinadoras, entidades classistas que congreguem as massas de participantes e, obviamente, a PREVIC, processo esse que deve ser conduzido livre de qualquer influência da ideia do FUNPRESP ou mesmo às disposições do art. 40 da CF/88.

Mas como isso seria possível?

Uma vez compreendido que as reservas matemáticas dos planos de benefícios são de titularidade dos participantes, embora gravadas para o pagamento futuro de benefícios de previdência complementar²², pode-se pensar, com base na LC nº 109/2001, quais caminhos trilhar para a solução do problema dos *Fundos de RJU*. Isso porque, ainda que ocorra a retirada do patrocínio ou a própria extinção dos planos de benefícios e até mesmo das EFPCs, os participantes guardam o direito de migrarem suas reservas para outro plano por meio do benefício da portabilidade.

Norteados, porém, pelo interesse na preservação não apenas dos direitos dos participantes, mas também das próprias EFPCs patrocinadas por entes públicos²³, pode-se se ter no instituto da portabilidade o instrumento de solução do problema.

Para tanto, o primeiro passo seria a verificação, no âmbito das entidades fechadas ora analisadas, de entes que, nos termos da legislação, possam assumir, ao menos parcialmente, o papel hoje exercido

pelos entes públicos patrocinadores como responsáveis e interessados na criação/manutenção de planos de benefícios de previdência complementar.

Nesse momento, recorre-se ao texto do art. 31 da LC nº 109/2001, o qual disciplina a existência de dois grupos de planos de benefícios, o dos planos patrocinados e o dos planos instituídos, o primeiro criado em favor dos empregados de uma empresa ou grupo de empresas e aos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, entes denominados patrocinadores, e o segundo dos associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, denominadas instituidores.

Com base nesse permissivo, caberia se verificar em relação a cada uma dessas entidades fechadas de previdência complementar e suas respectivas patrocinadoras a existência de entidades classistas que congreguem a massa de participantes estatutários e se interessem em figurar como instituidoras de planos de previdência complementar, chamados *planos instituídos* e estruturados sempre na modalidade de contribuição definida.

O passo seguinte seria o de efetivamente criar os respectivos planos de benefícios instituídos, chamados também de *Planos de Instituidor*, atendo-se aos requisitos normativos exigidos pelo Conselho Nacional da Previdência Complementar²⁴, figurando com instituidores as entidades classistas representativas das massas de participantes das entidades. Nesse sentido, inclusive, nada obsta que, havendo classes distintas de participantes dentro de uma mesma entidade, mais de uma entidade classista figure como instituidora do plano de benefícios.

Note-se que, até então, se está apenas preparando o terreno para a solução do problema, já que a esses planos de Instituidor a serem criados podem aderir novos participantes que originalmente não estejam vinculados aos problemáticos planos dos estatutários.

²¹ Não que, aprovado o projeto de lei com o texto sugerido na EMC nº 01/2007, os entes públicos federais patrocinadores das EFPCs discutidas nesse trabalho não possam optar por patrocinar diretamente seus planos de benefícios de previdência complementar a serem por elas operados em favor dos servidores que vierem, a partir de então, a integrar o seu quadro funcional. Essa, porém, seria uma outra discussão.

²² As reservas matemáticas de um participante de plano de benefícios de previdência complementar operado por entidade fechada, em especial os de benefícios definidos, se subdivide em duas partes, uma que contabiliza as contribuições efetuadas pela patrocinadora e respectivos ganhos financeiros, e outra, chamada reserva de poupança, que contabiliza as contribuições efetuadas pelos próprios participantes. Nos termos da legislação da previdência complementar, a parte da reserva matemática equivalente à reserva de poupança pode ser retirada pelo participante em caso de desligamento do plano, medida conhecida pelo nome de resgate, prevista no art. 14, III da LC nº 109/2001. Por outro lado, não poderá resgatar, em caso de desligamento do plano, a parcela equivalente às contribuições vertidas pela patrocinadora, as quais restaram perdidas em favor do plano, salvo se, ao invés do resgate, o participante optar pelos instituídos da reserva matemática para outro plano ou do benefício proporcional diferido, também previstos no art. 14 da LC nº 109/2001.

²³ Pensamos que o encerramento das atividades das EFPCs patrocinadas por entes públicos pode trazer danosas consequências econômicas. Isso porque, tal medida levaria, imediatamente, à extinção dos postos de trabalho de todos os seus funcionários e, mediamente, impactaria no mercado financeiro, já que parcela considerável dos investimentos dessas entidades se dá em renda fixa e renda variável, e na economia local, levando à rescisão de inúmeros contratos de prestação de serviço firmados pelas entidades nas áreas de sua atuação.

²⁴ Atualmente a normatização para criação de Planos de Instituidor se encontra na Resolução CGPC nº 12, de 17 de setembro de 2002.

Em um terceiro momento, já criados e autorizados a funcionar os novos planos de Instituidor, passar-se-ia à mais delicada das medidas, qual seja, a formalização da retirada de patrocínio por parte dos entes públicos em relação aos planos operados em favor de seus servidores estatutários.

Apesar de não mais realizarem aportes financeiros aos planos operados em favor de seus servidores desde o advento do RJU, os entes públicos a que se vinculam AGROS, CAPESESP, FIPECq, FIOPREV, SIAS e URANUS ainda se mantêm formalmente na condição de patrocinadores. Afinal de contas, até o presente momento nenhum deles pleiteou a cessação de tal condição junto à PREVIC ou suas antecessoras. E como ainda figuram como patrocinadores, a despeito do não aporte de recursos, são considerados responsáveis pela solvência dos planos de benefícios operados pelas EFPCs patrocinadas, podendo ser chamados em caso de riscos financeiros.

Tal responsabilidade somente se encerra após a aprovação, pela PREVIC, do processo de retirada de patrocínio, previsto no art. 25 da Lei Complementar nº 109/2001.

Uma vez cumprida essa fase, caberia às EFPCs orientar a cada um de seus participantes estatutários quando às possibilidades que lhes restaram, quais sejam, resgatar suas reservas de poupança ou, desde que membros de algum dos novos Instituidores, realizar a portabilidade de sua reserva matemática para o plano de contribuições definidas recém-criado. Note-se que às EFPCs cabe orientar de forma clara os participantes quanto às vantagens e desvantagens de cada um dos caminhos, tanto no que diz respeito aos benefícios que deixarão de existir pela mudança do tipo de plano como em relação ao que pode e o que não pode ser resgatado pelo participante. Não lhes é dado, contudo, realizar a portabilidade de modo coercitivo ou obrigatória dos participantes.

Nesse mesmo período, devem as EFPCs proceder a portabilidade dos participantes que optarem pela medida, transferindo suas respectivas reservas matemáticas ao plano instituído, e o cancelamento da inscrição dos participantes que assim preferirem, devolvendo suas reservas de poupança pelo instituto do Resgate.

Por fim, concluído o processo de portabilidade e cancelamento de inscrições, as EFPCs promoveriam a formalização do pedido de extinção dos planos de benefício definido dos participantes estatutários junto à PREVIC, pondo fim, assim, ao desgaste que se arrasta por duas décadas.

É bem verdade que esse é um processo delicado, no qual alguma perda financeira, presente ou futura, poderá ocorrer a algum participante. Não obstante isso, dentro dos limites fixados constitucionalmente e pelas Leis Complementares nº 108 e 109 de 2001, pensamos ser o único capaz de solucionar de forma efetiva o problema dos *Fundos de RJU* no que tange aos planos de benefícios operados em favor de participantes estatutários.

Não tomado esse caminho, dentro da conjuntura jurídica atual, o que restaria é a continuidade do velho dilema e da insegurança de operarem planos de benefícios não aprovados pelo órgão público competente e sem a expectativa de uma solução próxima para o problema, ou o que seria pior, o risco de seus participantes se virem prejudicados pelas consequências da aprovação do PL nº 1.992/2001.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. Fundos de Pensão: Revista da ABRAP - ICSS - SINDAP. Ano XXIX. N. 367. Agosto de 2010.

BALERA, Wagner. coordenador. Comentários à Lei de Previdência Privada. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BARRA, Juliano Sarmento. Fundos de Pensão Instituídos na Previdência Privada Brasileira. São Paulo: LTr, 2008.

CHIMENTI, Ricardo Cunha et al. Curso de Direito Constitucional. 2 ed. São Paulo: SARAIVA, 2005.

GOÉS, Wagner de. coordenador. Gestão de Fundos de Pensão - Aspectos Jurídicos. São Paulo: ABRAPP, 2006.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 9.ed. Niterói: Impetus, 2007.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. Previdência Privada - Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: QuartierLatin, 2005.

**A LEI DE INTRODUÇÃO NO REVERSO DA (NOVA)
CODIFICAÇÃO: CONTRIBUTO PARA UMA REVISÃO
FILOSÓFICO-METODOLÓGICA¹.**

*Hermundes Souza Flores de Mendonça**

RESUMO: Quando se estuda o Novo Código Civil confrontando-o com o Código de Beviláqua o que se deve pressupor é a superação do paradigma filosófico-metodológico normativista-legalista por um outro, já culturalista-jurisprudencialista. A adequada compreensão de institutos *velhos* ainda vivos deve ter em conta a referida sucessão paradigmática, que transcende à dogmática civilista-legalista. Neste trabalho, alumia-se a filosofia que subjaz aos códigos civis de Beviláqua e Reale com o intuito de metodologicamente se confrontar a vigente Lei de Introdução com os projetos de lei em tramitação no Congresso que pretendem revogá-la. Este confronto filosófico permite-nos construir inferências que auxiliarão na compreensão de todo o sistema.

PALAVRAS-CHAVE: Filosofia, metodologia, hermenêutica, codificação, direito civil.

Sumário: 1) Intróito; 2) Acerca do paradigma filosófico-metodológico do CC/1916; 3) O modelo metódico pressuposto pelo

* Docente nos cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito na Faculdade Pitágoras-MG. Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Viçosa. Mestre em Ciências Jurídico-Filosóficas pela Universidade de Coimbra.

¹ Este trabalho é fruto das investigações realizadas pelo autor para a elaboração da Dissertação de Mestrado defendida perante a Universidade de Coimbra, em Dezembro de 2010, intitulada "A prescrição legislativa de cânones metodológicos: uma reflexão acerca do artigo 4º do Decreto-Lei 4.657 de 4 de setembro de 1942 Lei de introdução ao Código Civil Brasileiro de 1916", sob orientação de Fernando José Couto Pinto Bronze.

Novo Código Civil; 4) A Nova Lei de Introdução ao Código Civil no reverso da codificação; 5) Últimas palavras:

“O direito postula uma ordem justa da sociedade e não tão-só uma organização viável ou eficaz da mesma sociedade, tem a ver com o universo espiritual e de sentido, com o dever-ser de uma axiológica validade e com correlativos fundamentos normativos, não apenas com o mundo empírico da factualidade, da eficácia e dos efeitos. O direito é uma categoria ética, não uma categoria científica – a sua racionalidade é prática-axiológica, não tão-só técnico-intelectual.”

A. Castanheira Neves

1) Intróito

A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro de 1916 (Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1916) traz em seu Art. 4º a seguinte redação: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Esta norma suscita uma importante reflexão filosófico-metodológica, a qual em regra, tem passado despercebida pela doutrina brasileira, ou, ao menos, não tem sido enfrentada com a profundidade que a questão exige. Neste passo, a reflexão que propomos emerge de algumas perguntas fundamentais, em que a busca pelas respectivas respostas motiva este pequeno trabalho. Embora usemos algumas “soluções” para os problemas propostos não é a formulação daquelas o principal objetivo, teremos cumprido o nosso propósito se ao menos o (adequado) debate em torno das perguntas for estimulado. Ei-las: Qual o porquê da ocorrência de tal norma na legislação brasileira? Que filosofia lhe subjaz? Que modelo metodológico pressupõe? Qual o seu valor no contexto jurídico-cultural em que fora inserida no ordenamento jurídico brasileiro? Depois de respondidas estas indagações uma derradeira e fundamental pergunta se apresenta ao pensamento jurídico brasileiro, que é a seguinte: no momento metodológico atual, consagrado notadamente pela aprovação do Código Civil de 2002, qual o valor do Art. 4º da LICC?

É crucial uma abordagem problematizante dos cânones metodológicos prescritos na legislação brasileira, o que se fará com especial referência aos Artigos 4º da Lei de Introdução ao Código Civil de 1916, 7º §2º do Projeto de Lei do Senado nº 243 de 2002 e 3º do Projeto de Lei do Senado nº 269 de 2004, estes últimos que, alternativamente, pretendem substituir aquela primeira, ainda em vigor. O que se propõe, destarte, é um olhar para o Art. 4º da LICC² que o erija a problema e suscite uma reflexão acerca do modelo metódico (e da filosofia que lhe subjaz) predominante na experiência

de direito brasileira, com vistas à pensar acerca do valor e da pertinência (metodológicos) do referidos dispositivo de lei.

A questão enfrentada é de latente atualidade, trata-se de um problema relevantíssimo com o qual se depara o pensamento jurídico brasileiro. Por um lado, é incontestável a necessidade de em questões dogmáticas o legislador intervir prescritivamente no sentido de harmonizar o sistema jurídico, no tempo e no espaço, tanto internamente quanto em relação com ordenamentos jurídicos estrangeiros. Desta forma, a Lei de Introdução ao Código Civil é de importância capital no que tange à regulamentação de matérias que têm a ver, por exemplo, com direito internacional privado e estatuto pessoal. Não há dúvida quanto à necessidade de uma clara regulamentação destas matérias, que envolvem questões afetas ao comércio internacional, e com as relações sociais e familiares decorrentes dos intensos processos migratórios etc., temas com os quais o Poder Judiciário a todo tempo se depara em um contexto de mundialização econômica, cultural e social etc. Todavia, no que tange a problemas metodológicos as coisas não podem ser postas da mesma forma.

Em um momento em que dois projetos de Lei de Introdução tramitam perante o Congresso nacional, ambos reproduzindo o cânone metodológico que hoje figura na LICC, urge refletir acerca da pertinência (metodológica) de uma tal prática. Ademais, nos deparamos com a questão de saber qual o papel do legislador e qual a missão do pensamento jurídico. Se não há dúvidas de que o legislador deve intervir prescritivamente em questões dogmáticas, nos parece, por seu turno, indubitável que cumpre ao pensamento que pensa o direito (responsavelmente), ao jurista enquanto tal, intervir em questões problemáticas, nas quais o direito é encarado como problema. Neste aspecto, olhar para a questão dos cânones metodológicos, vale dizer, das regras que orientam o juiz no ato de julgar, é eminentemente olhar para o direito-problema. Tem a ver com um pensamento, portanto.

O momento, insistimos, cobra um posicionamento responsável do jurista, principalmente enquanto os supracitados projetos ainda não

² A eleição desta norma como foco problemático tem razões históricas relacionadas com o próprio desenvolvimento científico do direito privado, principalmente do direito civil, aquando ocorreram as grandes codificações, que por sua vez decorreram em comunhão com o normativismo positivista-legalista de oitocentos. É cediço que o pensamento sistemático desenvolvido no normativismo deu valorosas contribuições ao Direito Civil e, por outro lado, foram nos diplomas civis que deixou com maior força as marcas decorrentes das concepções de direito por aquele defendidas.

foram consagrados em Lei. Conforme se verá no decorrer dos desenvolvimentos seguintes, uma tal prática (a prescrição pelo legislador de cânones metodológicos) tem a ver com uma concepção filosófico-metodológica muito específica (que se espera superada). Neste ensejo, deve aquele que pensa o direito se posicionar de forma *consciente* sobre os Projetos de Nova Lei de Introdução, não é admissível a omissão!

A abordagem destas questões será feita em dois momentos, primeiramente se dedicará algumas palavras acerca do contexto no qual o cânone do Art. 4º da LICC emergiu no ordenamento jurídico brasileiro, no sentido de compreender o que motivou tal expediente por parte do legislador. Em seguida faremos um esforço para compreender qual o atual contexto (metodológico), especialmente após a aprovação do CC/2002. Só então estaremos em condição de (tentar) responder as indagações a que nos propusemos.

Antes de iniciarmos, contudo, cabe ainda uma última nota. Com o presente trabalho pretende-se incitar uma reflexão responsável sobre a prescrição legislativa de cânones metodológicos. Entendemos que cumpre ao pensamento jurídico enfrentar as questões no âmbito das quais o direito é perspectivado como problema, com isso não se quer defender o casuismo em que cada qual age segundo suas convicções pessoais. Pelo contrário, o que se almeja é um empenho com vistas a reflexivamente construir um modelo metódico para a concreta realização judicativo-decisória orientada por uma axiologia historicamente situada que, no limite, se norteie por padrões de justiça – referentes estes elaborados no seio da convivência (co-existência) humana. Coerente com o posicionamento por nós defendido, vale dizer, consideramos inadmissível a omissão da doutrina diante da importante questão com que se depara o pensamento jurídico brasileiro, as linhas que se seguem pretendem transmitir uma humilde tentativa de debate consciente do tema.

2) Acerca do paradigma filosófico-metodológico do CC/1916

A inserção pelo legislador no ordenamento jurídico brasileiro do cânone constante no Art. 4º da LICC, como ventilado acima, está intimamente ligada ao processo de codificação iniciado ainda no século XIX. Para bem se caracterizar o paradigma metodológico que orientou o CC/1916, cumpre indagar, primeiro, acerca das razões histórico-filosóficas que levaram o legislador a adotar o referido expediente. Tal mister será cumprido não de forma meramente descritiva, por outro lado, tentar-se-á problematizar a questão, ainda que sucintamente, atra-

vés da mobilização de debates doutrinários desenvolvidos no decorrer do movimento codificador. Ademais, se perquirirá sobre as principais correntes doutrinárias europeias que influenciaram o pensamento jurídico brasileiro desde os primeiros anos de Independência.

Vale notar que se dedicará especial atenção às vozes que no processo histórico da codificação do direito brasileiro direta ou indiretamente se manifestaram acerca da pertinência ou impertinência de se enxertar no direito positivado normas de conteúdo metodológico. Neste passo, embora se dê maior realce às regras contidas no Art. 4º da LICC, o que justifica o desenvolvimento do trabalho em torno das discussões doutrinárias que ele atija, é importante desde já aclarar o fato de que o debate que aquela norma incita diz respeito à filosofia que a elaborou, ou, porque não dizer, à ideologia que lhe subjaz. Desta sorte, as reflexões que tomaram o citado dispositivo como ponto de provocação valem, *mutatis mutandis*, para quaisquer outros dispositivos legais cuja natureza se assemelha à daquele³.

O Código Civil Brasileiro, introduzido no sistema jurídico pátrio pelo Decreto-lei 3.071 de janeiro de 1916, cujo projeto fora de autoria de CLOVIS BEVILAQUA, sistematizou um ordenamento jurídico até então marcado pela dispersão das Ordenações Filipinas, às quais se acresciam um sem número de Alvarás e Avisos, além de leis extravagantes. A instituição do CC/1916, para além da influência natural do movimento codificador que marcou o século XIX nos ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica, resulta de um processo cujos primórdios já se verificam logo que o Brasil se emancipou de Portugal. Em seguida à proclamação da independência em 1822, foi instituída a Lei de 20 de outubro de 1823, que outorgou vigência provisória às Ordenações, leis e decretos portugueses cuja promulgação acontecera até 25 de abril de 1821, *enquanto não se organizasse um novo Código*⁴. Outrossim, a Constituição do Império, de 1824, no art. 178 n.º XVIII, prescreveu que se organizasse “o quanto antes” um Código Civil⁵. Depois, nota-se um grande esforço da comunidade jurídica brasileira no sentido de se construir um diploma legal que regulasse a vida civil como um todo dos cidadãos.

³ Na legislação brasileira há outras ocorrências de normas muito semelhantes (de natureza metodológica) àquela que elegemos como centro das atenções deste trabalho. Trazemos à colação os exemplos de que temos conhecimento nas normas em vigor, para além daqueles mencionados no corpo do texto. A saber: 1) Código Tributário Nacional.

Não obstante as modificações introduzidas no processo de revisão, muitas delas sob a resistência do autor do projeto, as quais, segundo o próprio BEVILAQUA⁶, retiravam-lhe “alguma coisa da sua feição originária”⁷ a divisão geral, de inspiração germânica, foi mantida. Já neste momento nota-se a intenção do autor em posicionar antes mesmo da parte geral uma Introdução ao Código⁸. No processo de codificação brasileiro percebe-se um certo consenso para a inclusão de um título de natureza introdutória ao Código, nos projetos mais importantes, seja pela cultura jurídica de seus autores e colaboradores, seja pelo respaldo que receberam do pensamento jurídico, a saber, o *Esboço* de TEIXEIRA DE FREITAS e o Projeto de COELHO RODRIGUES de 1893, não por acaso aqueles dos quais com maior ênfase BEVILAQUA tomou subsídios para elaborar o que viria ser o Código Civil brasileiro⁹, previam um título preliminar. Aliás, a técnica de junto ao Código prescrever um conjunto de normas gerais com vistas à sua “aplicação” (na forma de lei anexa ou compondo o próprio Código¹⁰) também era adotada nos diplomas Civis alemão, que dispunha de uma lei de introdução conquanto posicionada no final do BGB¹¹, e italiano de 1865, no qual havia um título preliminar.

O projeto de BEVILAQUA, no que tange ao seu intróito, aproxima-se da técnica tedesca, o autor do CC/1916 entendia que a introdução não fazia parte do Código, tendo inclusive numeração autônoma, haja

⁴ BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clovis Bevilacqua*. 3. tir. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p. 11.

⁵ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. (...). XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade. (Presidência da República. Disponível em: <www.presidencia.gov.br/legislacao>. Acesso em: 30 ago. 2008).

⁶ “Um Código não pôde ser obra pessoal, como um poema, um romance ou um compendio. É, necessariamente, uma obra nacional.” (BEVILAQUA, Clovis. *Linhas e perfis jurídicos*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1930, p. 176).

⁷ BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos... cit.*, p. 28.

⁸ “(...) a “Lei de Introdução”, cuja aderência ao Código, deveu-se ao rumo traçado por BEVILAQUA no seu Projeto Primitivo, com a vantagem lógica, em relação ao modelo tedesco, de anteceder ao diploma básico, dado seu caráter introdutório, e não de se colocar no final como ocorre com o alemão.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. In: BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos... cit.*, p. XIII.).

⁹ “Podendo dispor dessas materias acumuladas, esforçando-me por achar nellas os élos de uma evolução do pensamento jurídico em nosso paiz, meditando sobre os estudos e as criticas feitas na Imprensa e no Congresso, parece-me que a tarefa se havia aligeirado, podendo ser

vista que previa normas gerais de interpretação e aplicação das leis como um todo¹², tanto de direito público quanto privado, além de matérias de direito internacional. Contudo, defendeu sua publicação em forma de lei anexa ao Código, pois continha normas que “facilitavam” sua “aplicação”¹³. Com esta Introdução foi o projeto aprovado em 1916, posteriormente o Decreto-Lei 4.657, de 1942, revogou a Introdução originária e introduziu no ordenamento brasileiro a conhecida Lei de Introdução ao Código Civil, ainda em vigor.

levada a termo por pulso menos forte do que o de meus antecessores. Principalmente o *Esboço* de TEIXEIRA DE FREITAS e o *Projecto* do Dr. COELHO RODRIGUES, mais seguidamente este que aquelle, forneceram-me copiosos elementos para a construcção que me havia sido confiada.” (BEVILAQUA, Clovis. *Em defeza do projecto de código civil brasileiro*. Rio de Janeiro-Belo Horizonte: Livraria Francisco Alves, 1906, p. 26). O autor do Código de 1916 sempre faz questão de mencionar a influência de seus antecessores na elaboração do projeto afinal consagrado pelo legislador: “Sem remontar á collaboração indirecta de juriconsultos mais distanciados de nós, como TEIXEIRA DE FREITAS, NABUCO e FELÍCIO DOS SANTOS, seria insensato negar que, para o Código Civil, cooperaram individualidades das mais significativas do nosso mundo jurídico, e mais insensato, ainda, obscurecer o valor dessa cooperação.” (BEVILAQUA, Clovis. *Linhas e perfis... cit.*, p. 177).

¹⁰ Os Códigos Civis italiano, chileno, argentino, austríaco e também no Código de SEABRA (Portugal) há no corpo dos diplomas regras de interpretação e aplicação das leis. Neste ponto, interessante notar adoção de técnica semelhante em codificações de orientação claramente diversas: como se sabe, o Código Civil italiano, de 1865, tem sua gênese vinculada no modelo francês do Código Napoleão, este como verdadeira coroação dos anseios dos idealizadores da Revolução Francesa, ao balizar em uma lei de perfeição formal princípios de liberdade de iniciativa, e de contrato, por um lado, e de certeza e segurança nos atos da vida civil, de outro; o Código Alemão, de 1900, por sua vez, é fruto de um contexto jurídico filosófico muito específico: os pandectistas, inspirados na idéia de que o direito se oferece como corpo de regras, cujo sistema era oferecido pelo direito romano, empenharam-se no estudo do direito comum germânico, de origem romana, mas integrado aos costumes locais e modificado pelo direito canônico, tudo isso sob forte influência da Escola Histórica, assim, a orientação normativista da tarefa de sistematizar dogmaticamente o direito era permeada por um historicismo que se mostra como nota diferenciadora da codificação alemã (REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 406 ss).

¹¹ No BGB, todavia, não há normas de interpretação. A introdução ao BGB contempla normas de direito internacional privado, outras para a regulamentação da relação entre o direito vigente no Império anteriormente à vigência do Código, normas para estabelecer as relações com as leis dos Estados, além de disposições transitórias. No que tange ao conteúdo, a LICC aproxima-se do Título Preliminar que acompanhava o Código Civil italiano de 1865, o qual estabelecia regras de interpretação de caráter geral, ultrapassando inclusive as raías do direito civil, atingindo o direito privado como um todo e até o direito público (ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. 3. ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 5, 8).

¹² Com fulcro neste mesmo argumento sustenta a doutrina brasileira, de forma unânime, a vigência da Lei de Introdução ao Código Civil de 1916 (Decreto Lei 4657, de 1942), mesmo

Este movimento de codificação, conforme referimos alhures, era fortemente motivado pela pretensão de, num corpo sistemático, regular toda a vida civil do sujeito de direito. Acerca desta pretensão de “completude” lógica convém dizer mais algumas palavras. Completude, segundo BOBBIO, é “a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso”¹⁴. Ou seja, completo é um ordenamento sob os auspícios do qual não se verifica nem um caso cuja permissão ou proibição não se possa dele *deduzir*. É um ordenamento sem lacunas. Esta idéia de completude marcou, de uma forma geral, todos os grandes códigos concebidos no século XIX, e naturalmente exerceu influência no processo de codificação brasileiro¹⁵ (malgrado jamais tenha atingido a ortodoxia, por exemplo, das Escolas da Exegese ou Pandectista), a qual estava associada à idéia de auto-integração, segundo o que em caso de falhas o próprio sistema propiciaria as correções.

A semente desta idéia de auto-integração, por sua vez, fora plantada já pelos Comentadores¹⁶, mas assumida em termos radicais pelo normativismo-legalista e acabou por marcar profundamente todo o processo de codificação no direito ocidental de tradição romano-germânica. Trata-se, portanto, de uma nota importante, e que será retomada em seguida, não sem antes crescer uma outra não menos fun-

depois da revogação do Código de 1916 em 2002, neste sentido, ESPINOLA elogia publicação do Decreto-Lei 4657, o qual, segundo ele, deu maior autonomia à Lei de Introdução que na verdade não se consubstancia em introdução ao código, mas sim, trata-se de um diploma de aplicação, no tempo e no espaço, de toda a legislação brasileira. No ensejo, vale registrar a proposta de Haroldo VALLADÃO de um projeto de “Código de Aplicação das Normas Jurídicas”, apresentado em 1970. Já, por exemplo, nos Códigos Civis austríaco, argentino, italiano, uruguaio, chileno, colombiano (todos do século XIX), apresentam normas de caráter geral no corpo, inclusive em numeração contínua, na maioria das vezes em forma de um título preliminar (ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução...* cit. p. 5, 6, 9).

¹³ ESPINOLA, Eduardo. *Breves anotações ao Código Civil Brasileiro*. Bahia: Joaquim Ribeiro e Co., 1918, p.1, 4-5.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Editora UNB, 1999, p. 115.

¹⁵ Em que pese a visão crítica de BEVILAQUA acerca de uma lei indiferente à realidade social bem como a importância que ele dava aos costumes na formação do direito. Estas características, dão à codificação brasileira notas diferenciadoras. Mesmo num período em que a idéia da completude soava robusta, no pensamento jurídico-filosófico brasileiro notava-se relâmpagos de resistência no sentido da preservação da tradicional incompletude do sistema jurídico pátrio (legado das Ordenações do Reino).

damental, a saber, a associação da idéia de plenitude do ordenamento jurídico à da autoridade estatal na produção do direito.

No século XIX, destarte, esta idéia de completude se associou a uma outra muito característica do pensamento europeu pós-revolucionário, notadamente depois da Revolução Francesa, a saber, a de que é o Estado o detentor do monopólio da constituição do direito¹⁷ (idéia que remete a HEGEL). Os princípios da segurança e certeza jurídicas, da liberdade de iniciativa e de contratar, tão caros à ascendente burguesia, tinham sua expressão máxima no Código. Deste modo, admitir outras fontes de juridicidade era aceitar a existência de concorrência com o direito que resguardava máximas liberais, donde a necessidade da afirmação do monopólio estatal na produção do direito. Assim, na medida em que o estado ficava mais forte, maior era a afirmação de completude, e maior a identificação de juridicidade com legalidade¹⁸. É neste contexto que surge o cânone segundo o que é vedado ao juiz não decidir sobre alegação de omissão da lei, consagrado no Art. 4º do Código Civil Francês¹⁹, que no direito brasileiro foi introduzido pelo Art. 5º da Introdução publicada contemporaneamente ao CC/1916²⁰.

ESPINOLA, com fulcro em DONATO DONATI, ao comentar a norma do Art. 5º, leciona que o pressuposto de que a ordem jurídica oferece uma solução para cada caso que se lhe apresenta é a condição funda-

¹⁶ A concepção de completude não é uma “invenção” do positivismo, remonta à tradição românica medieval, período em que lentamente se foi construindo a idéia de que no direito enunciado pelo *Corpus Iuris* o intérprete poderia encontrar a resposta para todos os problemas. Ao direito romano, considerado Direito por excelência, nada havia de se acrescentar nem de retirar, ao jurista competia o esforço de encontrar, mesmo que por meio da *extensio*, o que no *Corpus* já estava previsto. A Escola dos Comentadores em muito contribuiu para a evolução de tal concepção constituindo seu trabalho em um desenvolvimento interno do direito romano, em um raciocínio de auto-integração, portanto (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: UNB, 1999, p. 119-120).

¹⁷ Esta uma nota diferenciadora do modelo de pensamento que permeia o Código Napoleão em relação aos códigos modernos e moderno-iluministas não revolucionários (por exemplo: Código Geral da Prússia de 1794, os códigos bávaros e o Código Civil da Áustria, de 1811), estes, conquanto se orientassem pelo paradigma jusnaturalista, não pretendiam um total rompimento com a história, admitiam-se com lacunas e no seu próprio corpo apontavam para fontes subsidiárias de integração, com grande relevo aos princípios de direito natural (CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Digesta, Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Vol. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 182).

¹⁸ Não é despidendo notar, entretanto, que quando se afirma que o pensamento exegético marcou a doutrina jurídica após a promulgação do Código de Napoleão trata-se de uma generalização que tem o condão pedagógico de identificar uma época, evidenciando o que predominou para a posteridade. Neste ensejo, vale dizer que os primeiros comentadores do Código não viram nele

mental para se obrigar ao juiz a decidir todo caso a ele submetido, sempre com fulcro em uma norma legal²¹. Nesta esteira, no fundo do Art. 5º está a idéia da completude do sistema jurídico legal. Frise-se que o sentido do artigo 4º do Código Civil francês, repetido na legislação brasileira sob estudo, não é aquele que, na linha dos grandes constitucionalistas hodiernos, tem a ver com o direito fundamental à decisão, no âmbito do princípio do acesso à justiça²². É inegável que o princípio segundo o qual é vedado ao juiz recusar-se de decidir sob a alegação de lacuna inserto no Código de Napoleão representa uma contribuição no processo evolutivo cultural que possibilitou, principalmente depois do advento do Estado Democrático de Direito, se conceber com tamanha amplitude o princípio do acesso à justiça²³. Contudo, neste momento, chama-se a atenção para uma outra faceta desta norma, que é a vinculação do juiz especificamente à lei, e não às outras possíveis fontes de direito (costumes, pensamento jurídico, jurisprudência dos tribunais) como fundamento para solução dos litígios a ele submetidos (mesmo naqueles em que aparentemente não houvesse

uma intransponível barreira ao exercício de interpretação nem tampouco o elegeram como o crepúsculo do desenvolvimento da ciência jurídica após o que nada se teria de criar. Destacam-se as vozes de LASSAULX, que, segundo ESPINOLA, não se deixou consumir pelo texto legal, ao qual se acrescenta JOURDAN, para quem a perfeição do Código enquanto obra legislativa não justificava a confusão de sua exegese com a ciência do direito, além de pôr em relevo o direito comparado e a jurisprudência dos tribunais como fontes, contrariando a alegada exclusividade da lei. DURANTON, por seu turno, o primeiro grande comentador do Código civil francês empenhou-se em concertar a observância da lei com a tradição e a equidade, concepção não observada nos comentadores posteriores. (ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução...* cit.).

¹⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do...* cit., p. 120 ss.

²⁰ O vigente Decreto-lei 4657, de 1942, que instituiu a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, em substituição à Introdução ao Código publicada junto com este não repete literalmente o cânone. Todavia está na *ratio* do Art. 4º da LICC o que outrora o antigo Art. 5º da legislação revogada rezava. O legislador, ao indicar o caminho que deve o magistrado percorrer quando se deparar com uma (aparente) lacuna no ordenamento, está dizendo, de forma implícita, que a ocorrência de uma lacuna não justifica a recusa de decidir. Sobre o assunto, eis a lição de ESPINOLA: "(...) a verdade que – seria inqualificável denegação de justiça deixar o juiz de decidir, a pretexto ou por motivo de não haver texto claro de lei, ou de resultar duvida, ambiguidade, incerteza do existente – é de tal modo sentida por todos os que labutam no foro, em qualquer país, que bem se compreende que ao nosso Código civil não faria falta a regra da parte final do art. 5º (introdução), da mesma forma que dela não careceram códigos vigentes noutros Estados, na sua grande maioria (alemão, suíço, italiano, austríaco, montenegrino, português, japonês, chinês, chileno, venezuelano, colombiano, mexicano)" (ESPINOLA, Eduardo. *Breves anotações ao...* cit., p. 15).

²¹ *Id.*, p. 23-31.

²² Cf. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

previsão expressa da lei). O juiz está obrigado não apenas a decidir, a cumprir com a prestação jurisdicional, mas cumpri-la conforme manda o direito emanado da autoridade (política) estatal, que, por sua vez, o faz através da lei²⁴.

Malgrado, as grandes modificações nas relações sociais decorrentes da Revolução Industrial e o grande desenvolvimento das ciências sociais ocorridos principalmente na segunda metade do século XIX, fez notar a existência de uma vida social no seio da qual inúmeras instituições surgiam não por iniciativa estatal (novas relações de trabalho, associações de classe, etc.) que impôs reconhecer que o direito não era uma exclusiva criação do Estado mas um fenômeno social. Nestes termos, leciona BOBBIO: "Se o Direito era um fenômeno social, um produto da sociedade (nas suas múltiplas formas), e não somente do Estado, o juiz e o jurista tinham que tirar as regras jurídicas, adaptadas às novas necessidades, do estudo da sociedade, e dos interesses que estas representavam, e não das regras mortas e cristalizadas dos códigos"²⁵. A constatação fática da insuficiência do direito estatal diante da complexidade da vida aliada ao amadurecimento da consciência intelectual provinda do desenvolvimento das ciências sociais contribuiu para se recusar o monopólio estatal enquanto fonte de juridicidade²⁶, de modo que a radicalidade alcançada pela Exegese nas primeiras décadas de oitocentos já era revista na segunda metade daquele século.

No pensamento jurídico brasileiro, por seu turno, a idéia da completude do direito estatal jamais foi defendida com a ortodoxia da Escola da Exegese. Conforme leciona REALE²⁷, da "grande linha que de Teixeira de Freitas vem a Clóvis Bevilacqua assinala a convergência de múltiplas solicitações e influências, sem resultarem afetadas as raízes lusíadas e os ensinamentos romanísticos. Mais apegados aos textos

²³ Ensina GOMES CANOTILHO que o direito ao acesso à justiça é amplo, no seio do qual se encontram o direito de ação, o direito ao processo, o direito à decisão e o direito à execução das causas, para cuja efetivação devem concorrer outros como o direito ao acompanhamento de advogado, a eliminação de barreiras econômicas etc. (CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa*. Vol. 1. 1. ed. Brasileira – 4. ed. portuguesa. Coimbra - São Paulo: Coimbra Editora - Revista dos Tribunais, 2007, pp. 406-419).

²⁴ Segundo DONATI, *apud* ESPINOLA, é justamente a pressuposição de que o ordenamento jurídico legal para cada possível problema prevê uma norma que o solucione possibilita ao juiz cumprir o seu dever de resolver todo e qualquer caso que se lhe apresente, sempre com fulcro em uma norma legal. Ou seja, é o próprio direito à prestação jurisdicional que depende da completude do sistema de normas legais. (DONATI, Donato. *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*. Milano, 1910, p. 175-176 *apud* ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução...* cit. p. 88).

²⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria do...* cit., p. 125.

legais uns, mais preocupados outros com as circunstâncias histórico-sociais, não se pode negar aos nossos melhores juristas um vivo senso de concreção e de equidade, mal interpretado pelos medíocres como preferência pelo casuísmo, que é a arteriosclerose da Ciência Jurídica".

Pretender, portanto, encontrar um rótulo que se encaixe perfeitamente a BEVILAQUA, e com ele ao pensamento dos grandes juristas que interferiram na concepção do Código Civil brasileiro, é tarefa árdua, não é o que se pretende. O importante é evidenciar que tomando contato com as mais importantes doutrinas jurídico-filosóficas de seu tempo, sem dispensar a elaboração filosófica que o antecedeu, é marcante no autor do CC/1916, bem como no pensamento jurídico brasileiro que permeou todo o processo de codificação, um cariz empirista, uma certa relevância à realidade social bem como uma reflexão acerca do direito comprometida com a realidade histórica. Esta característica, somada ao fato da codificação tardia, no Brasil não chegou, de modo predominante, a se pensar o direito com a ortodoxia positivista dos primeiros comentadores do Código Napoleão. Estas condições explicam a relevância que é dada tanto aos costumes como fonte subsidiária do direito e a admissão, em todo o processo de codificação, de fontes não-legais de integração²⁸.

Não obstante, a inserção no ordenamento de uma "cláusula geral inclusiva"²⁹, como a do Art. 4º da LICC, no contexto positivista do século XIX, representava uma tentativa de auto-integração do sistema o qual, conquanto reconhecesse a sua prática impossibilidade de a tudo prever de forma específica, se inspirava em uma pretensão de completude. Ou seja, não sendo exequível a específica previsão de todos os casos particulares suscitados pela complexidade da vida social era preciso que se estabelecessem critérios para o jurista decidir no caso de omissões legais. Esta resposta era o próprio sistema que fornecia, ainda para os casos omissos a resposta estava no sistema de onde se deduziria a solução. Idéia para a qual a própria concepção de como o direito se realiza intervém de forma capital. Ao comentar as prescrições metodológicas consagradas na LICC/1916 ESPINOLA, com apoio em FERRARA, HELWIG e CHIOVENDA, revela o *modus* como a doutrina brasileira, pelo menos até o terceiro quartel do século passado, predomi-

²⁶ ID., p. 126.

²⁷ REALE, Miguel. *Filosofia do... cit.*

²⁸ Vide o nosso: *Breve estudo das fontes do direito: reflexões em torno de um falso consenso*. Diké: Revista Eletrônica de Direito, Filosofia e Política do Curso de Direito da Unipac Itabirito. Disponível em: <http://www.ensinosuperior.org.br/revistaeletronica.php?r=dike-2_2010>

²⁹ A expressão é de BOBBIO.

nantemente entendia a atividade do juiz. Não obstante admitirem a intervenção pensante do juiz, o que afasta um comportamento automático, reduz sua intervenção a três estágios: 1) investigar acerca da existência do direito pleiteado pelas partes; 2) uma vez encontrado este direito em uma norma legal, delimitar o seu sentido; 3) decidir sobre a aplicabilidade desta norma ao caso apresentado³⁰. Nesta concepção a contribuição crítica do magistrado, vale dizer, a interpretação, ocorre principalmente no segundo momento, oportunidade em que o sentido da norma é determinado. Há visivelmente um raciocínio (dedutivo) partindo-se do sistema (geral e abstrato, premissa maior) para o caso (particular e concreto, premissa menor) tendo a sentença como consequência, no qual o exercício de interpretação é feito em termos abstratos. Neste ensejo, quando no processo de procura pela norma existente, para um problema que bate às portas do judiciário, o juiz não encontra uma norma que expressamente prevê a solução, o legislador "dita"³¹ o caminho a percorrer, que é aquele estampado no Art. 4º da LICC. Assim, a interpretação é concebida em dois níveis: se a norma é clara, cumpre-lhe (à interpretação) apenas *declarar* seu conteúdo e sentido; por outro lado, se a norma é obscura, existe mas se omite em relação ao caso apresentado, ou se não há norma para o problema em questão, a interpretação é vista em um nível mais amplo, e que passa pelo problema das *fontes* formais e não formais³², com vista à integração do direito positivo³³.

Com essas palavras esperamos que esteja minimamente caracterizado o contexto (histórico-filosófico-metodológico) no qual o cânone sob comento foi inserido no ordenamento jurídico, de tal sorte que se tenha compreendido o porquê de tal expediente. Neste momento, cumpre enfrentar uma outra indagação proposta já na seção inaugural, a saber, qual o paradigma filosófico-metodológico que o CC/2002 pressupõe? Em busca da resposta para esta pergunta se dedica a seção seguinte, após o que esperamos estar prontos para uma reflexão adequada acerca da pertinência da manutenção de tal dispositivo nos projetos que pretendem "atualizar" a vetusta LICC.

3) O modelo metódico pressuposto pelo Novo Código

³⁰ ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução... cit.*, p. 89.

³¹ Grandes civilistas brasileiros que comentaram a LICC, em sua maioria, defendem inclusive que deve o juiz estar adstrito à ordem de preferência estabelecida no Art. 4º, nesta trincheira, por exemplo: RODRIGUES, Silvío. *Direito Civil: parte geral*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 25. Sobre o problema das fontes formais e materiais cf. CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Digesta, Escritos acerca do... cit.*, p. 7 ss.

As grandes mudanças políticas, econômicas e sociais pelas quais passou o Brasil desde a promulgação do CC/1916 estimularam o desejo pela elaboração de um código que superasse o individualismo e o formalismo que orientaram o Código de BEVILAQUA. Os primeiros passos deste esforço remontam ao anteprojeto de Código das Obrigações de OROZIMBO NONATO, FILADELFO AZEVEDO e HAHNEMANN GUIMARÃES de 1941, passando pela proposta de Código Civil de 1963 de ORLANDO GOMES e do Código das Obrigações de CAIO MÁRIO, de 1965³⁴. Este movimento teve seu ponto culminante com a aprovação do vigente código civil.

Contudo, nos momentos últimos que precederam a sanção presidencial do Código de MIGUEL REALE muitas vezes se levantaram no sentido de criticar o que alguns julgavam ser “graves omissões”, principalmente aquelas relacionadas a temas *do momento* corolários das novas descobertas científicas nos campos da tecnologia da informação, biotecnologia, etc. Todavia, não apontar soluções diretas para problemas ainda não estabilizados, em relação aos quais decorrem debates de conteúdo ético, em que a doutrina ainda é contraditória, condiz perfeitamente com o espírito do Código, o qual procurou regular as soluções já estabilizadas no pensamento jurídico e deixar para a legislação especial os temas ainda em franca discussão, nada obstante, traçando o norte principiológico para estas últimas.

Nestes termos, a concepção de *direito como experiência* na doutrina de MIGUEL REALE marca a incompletude do Código, o qual, se reconhecendo *aberto*, aponta os caminhos a serem percorridos no processo de *realização*. Enquanto o individualismo burguês e a rigidez dos

³² Embora no pensamento jurídico contemporâneo se vislumbre uma forte tendência para a superação desta concepção de racionalidade jurídica, para a qual contribuíram, por exemplo, RONALD DWORKIN, ALEXY, MIGUEL REALE, CASTANHEIRA NEVES, BRONZE, LINHARES, KAUFMANN, FIKENTSCHER, apenas para citar alguns exemplos, o positivismo ao qual subjaz a racionalidade lógico-dedutiva-substantiva acompanhada da plenitude lógica do sistema jurídico, ainda se mostra vivo. Veja por exemplo a doutrina de ZENO VELOSO (VELOSO, Zeno. *Comentários à lei de introdução ao código civil*. 2. ed. Belém: Unama, 2005, p. 93), segundo o qual “para utilizar a analogia deve haver identidade de razão, semelhança de motivo”, e acrescenta: “trata-se de um método de aplicação do direito, de processo lógico para descobrir que teria pensando o legislador se tivesse regulado, diretamente, o caso concreto”; mas também para WASHINGTON DE BARROS, segundo o qual a lei possui a faculdade de auto-integrar-se, de completar-se a si mesma, o que se alcança através de processos lógicos por ela mesma fornecidos, tais como a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (MONTEIRO, Washington de Barros Monteiro. *Curso de direito civil: Parte geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1971, p. 41).

³³ ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução... cit.*, p. 90.

³⁴ REALE, Miguel. *O projeto de Novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 48.

dispositivos (referidos na segurança patrimonial) e a sobrevalorização da perfeição formal caracterizam os códigos do século XIX dos quais o CC/1916 é tributário, o CC/2002, voltado para a *pessoa*³⁵, se mostra arejado por forte conteúdo ético fruto da própria experiência humana em *comunidade*. Tudo a justificar a afirmação de MARTINS-COSTA, para quem, mais do que alterações dogmáticas, a grande novidade do CC/2002 em relação ao seu antecessor é de ordem filosófico-metodológica.

Enquanto a pretensão de plenitude lógica de um sistema fechado que tenciona oferecer soluções para todas as situações da vida – o que impinge a adoção de mecanismos (legais) que permitam a superação das omissões (vistas como defeitos) no âmbito do próprio sistema – é caracterizadora do Código de BEVILAQUA, o CC/2002 segue orientação muito diversa. A visão que REALE tem do Direito – e que caracteriza o código civil em vigor no Brasil não obstante as muitas modificações sofridas em seu projeto no decorrer de quase trinta anos de tramitação legislativa – pretende superar o modelo positivista do século XIX. Para REALE, o Direito é uma ordenação racional e processual da experiência humana, “segundo certas necessidades, ditadas pelas efetivas relações sociais, e de acordo com determinados valores” (MARTINS-COSTA, 2002, p. 615). Neste modelo se concebe uma racionalidade substantiva (e não apenas formal), orientada por valores, que ultrapassa o dualismo sujeito-objeto³⁶, mas que se situa, nas palavras de REALE, “na *circunstancialidade em que o conhecimento se processa*”, ou seja, “na experiência não apenas vivida, mas tomada como fonte de extração de sentidos” e que vê o homem como um projeto “voltado a concreção de virtudes”. A racionalidade do CC/2002 é *processual*, ou seja, não é axiomática, não se fecha em si, é “aberta ao devir e à interação das instâncias culturais”³⁷ e por isso mesmo conduz a um método jurídico com características correspondentes³⁸.

³⁵ “(...) o culturalismo não constitui uma escola filosófica, mas representa antes um movimento que se distingue por situar a *cultura* no foco central de apreciação das ciências humanas, tendo a ideia de *pessoa* como *valor-fonte* de todos os valores existenciais”, e não mais o sujeito (abstrato) de direito consagrado no CC/1916 (REALE. Prefácio in MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. *Diretrizes teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002). Neste mesmo sentido FRANCISCO AMARAL (AMARAL, Francisco. «O novo código civil brasileiro», *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 44). Em que pese opiniões contrárias a este respeito, entre as quais, pelo relevo de seu cultor, cite-se FACHIN (FACHIN, Luiz Edson. «Sobre o projeto do código civil brasileiro: crítica à racionalidade patrimonialista e conceitualista», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Vol. LXXVI. Coimbra Editora, 2000).

Nesta linha, o modelo metódico adotado no CC/2002, herança do culturalismo de REALE, pressupõe a idéia de que a experiência jurídica vai se constituindo num *continuum*, “em acordo com os dados culturais prevalentes”. Nestes termos, o CC/2002, “atento à processualidade da experiência, instaura uma ‘razão comunicativa’ [em comunicação com as demais instâncias culturais] ao situar permanente, mas coordenada, *intertextualidade* entre o seu *corpus* e outras fontes, jurídicas e extra-jurídicas, produtoras de normatividade social, conformando, pois, o modelo da complementariedade *intertextual*”³⁹. O Novo Código está estruturado segundo uma concepção do Direito que se vai construindo com sua própria realização, que conforma um sistema jurídico aberto, um projeto de Direito não acabado, que se assenta na concepção de ciência por ele defendida. Assim, como enfatiza FRANCISCO AMARAL, para além das alterações dogmáticas, tais como as inovações no direito de família, sucessões, os novos tipos contratuais, etc., o Novo Código representa uma mudança de paradigma, em que a interpretação tende a ser pensada como problema metodológico da realização do direito⁴⁰, e não vista isoladamente da aplicação como no modelo anterior⁴¹.

Para REALE pensar acerca do direito afasta a antinomia entre conhecimento sistemático e conhecimento problemático, para ele há uma unidade entre ambos, tendo em vista ser o direito uma experiência axiológica e cultural⁴² a qual, diferentemente de outras ciências, dedica-se ao estudo de um “objeto” dinâmico. O jurista enquanto tal dedica-se à solução de problemas juridicamente relevantes mediante a mobilização de um ordenamento que, malgrado em contínua (posto que lenta) mutação, se apresenta como um sistema. Isso porque sua

³⁶ REALE, Miguel. *Paradigmas da cultura contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 1996 apud MARTINS-COSTA, Judith. «Culturalismo e experiência no novo código civil brasileiro», *Boletim da Faculdade de Direito*. Nº 78. Coimbra: Coimbra Editora. 2002, p. 618.

³⁷ Neste pensamento, a concepção de história intervém decisivamente. Nele a história não é vista como fatos passados a serem observados como objetos de estudo pelo sujeito homem (sobre este aspecto faz referência a HEGEL no que toca à sua contribuição para o relevo da historicidade na construção do conhecimento humano), REALE atribui à história um caráter eminentemente prospectivo, em que o homem, situado no presente e componente cultural deste se volta para o futuro (MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. *Diretrizes teóricas... cit.*, p. 4, 10).

³⁸ MARTINS-COSTA, Judith. «Culturalismo e experiência no... cit.», p. 618.

³⁹ “Essa comunicação intertextual está fundada em bem determinados princípios – o da sociabilidade, da eticidade e da operabilidade –, e é possibilitada pela conexão entre a estrutura (fundada numa Parte Geral que inicia com a invocação não-taxativa dos Direitos da Pessoa, seguida de uma Parte Especial constituída por cinco Livros, todos eles correlacionados à Parte Geral) e uma *linguagem aberta*” MARTINS-COSTA, Judith. «Culturalismo e experiência no... cit.», p. 619, grifos da autora).

evolução, que lhe permite ser constantemente enriquecido com novos princípios constitutivos e, por outro lado, a superação de outros não mais condizentes com o momento histórico-cultural em que o caso se apresenta, é gradual (tanto para as modificações oriundas da evolução jurisprudência dos tribunais quanto para as alterações legislativas), de tal sorte que quando um novo princípio se acrescenta a identidade do sistema vigente não é negada, os valores e critérios destes decorrentes já adquiridos e não contraditórios com o *novo* sobrevivem. Assim, a cada momento em que o sistema se enriquece o ordenamento não é negado em seu todo, apenas modifica-se conservando-se a unidade já construída⁴³. Ou seja, fica afastada a idéia de que um sistema aberto seja uma contradição em si ou que a abertura provocada tanto pela dinamicidade do pensamento jurídico quanto pela própria realização histórica do direito sejam prejudiciais à manutenção da unidade sistemática. Nestes termos o direito é concebido enquanto “unidade de sentido duradouramente modificável”⁴⁴.

Sobre estas idéias se assenta o CC/2002, como se percebe, a conclamar um novo modelo metodológico para a realização do direito no caso concreto com o qual a técnica estampada no Art. 4º da LICC parece despropositada. Acerca deste tema de dedicará a seção a seguir.

4) A Nova Lei de Introdução ao Código Civil no reverso da codificação

A estabilidade alcançada pela LICC que provocou uma certa inércia de boa parte da doutrina pátria no sentido de admitir, quase que aporofaticamente, a sua não revogação pelo CC/2002, se, por um lado, escora-se em fundamentos adequados no que diz respeito às questões dogmáticas tratadas naquela Lei, não pode, por outro lado, justificar a indiferença no que diz respeito a questões problemáticas

⁴⁰ AMARAL, Francisco. «O código civil brasileiro e o problema metodológico de sua realização. Do paradigma da aplicação ao paradigma judicativo-decisório», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Studia Juridica 90 Ad Honorem* – 3. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 35.

⁴¹ Cf. CASTANHEIRA NEVES, António. «A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia – tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação». *Boletim da Faculdade de Direito. Studia Juridica 72*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.

⁴² MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. *Diretrizes teóricas... cit.*, p. 19.

⁴³ CANARIS, Claus Wilhem. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. António Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 108-109.

(metodológicas) também "reguladas" por ela. O momento é crucial, há projetos em tramitação no Congresso Nacional que versam sobre uma Nova Lei de Introdução ao Código Civil, e que pretendem "adaptar" a vetusta LICC aos novos tempos. Neste processo de "adaptação" as questões de metodologia não admitem indiferença.

Conforme aludido, o Código Civil em vigor carrega em si o propósito de não ser global, mas sim de ser lei básica do direito privado. Idealizado sob bases culturalistas, no seio de uma sociedade pluralista, cujo dinamismo já não comporta a exclusividade do Estado como fonte de juridicidade, reclama para si uma forte carga principiológica. Nestes termos, à idolatria da lei se opõe a importância da jurisprudência dos tribunais, dos costumes locais e dos contratos na formação do direito, em um universo cuja velocidade é ditada pelas novas tecnologias da informação, ao mesmo tempo em que o sujeito de direito (abstrato) do século XIX cede lugar ao homem historicamente situado, ao qual se atribui dignidade (autonomia e responsabilidade), como elemento essencial à qualidade de *pessoa*. A dignidade da pessoa humana, sob a tutela da constituição que lhe conferiu *status* de princípio fundamental, ganha prioridade em relação aos direitos patrimoniais consagrados pelo Código o qual deve ser *interpretado* e *realizado* à luz dos princípios que orientam a experiência de direito como um todo⁴⁵, no limite, centrado na pessoa.

O CC/2002, destarte, ao resgatar o pensamento problemático, pressupõe um sistema jurídico historicamente situado, cujo específico sentido da normatividade exigido pelo caso concreto é construído em sua própria realização, abandonando a idéia moderna do direito como sistema legal pronto e acabado ao qual o jurista se dirige como objeto a ser conhecido e aplicado (dedutivamente). O Novo Código não admite interpretação abstrata (leia-se, *a priori* à aplicação), por outro lado, pressupõe-na como elemento integrante do momento metodológico de realização do próprio Código. Esta realização, por sua vez, deve levar em conta não somente a lei codificada, mas o ordenamento jurídico como um todo, sempre em referências aos princípios consagrados expressa ou implicitamente no Código, mas também aqueles outros tutelados na Constituição, e ainda a axiologia que orienta a experiência de direito em si.

Para lograr um Diploma Civil com tais características o codificador recorreu de forma abundante a princípios bem como a cláusulas gerais, os quais, conforme ensina FRANCISCO AMARAL "fazem com que o Código Civil de 2002 se apresente como um sistema aberto, no sentido

de uma ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais, o que lhe permite superar o formalismo do sistema de 1916 e promover significativa mudança no modelo metodológico de interpretação jurídica, uma verdadeira "principialização" do modelo interpretativo", de tal sorte que se requer ao jurista não mais um trabalho de exegese, mas de construção normativa⁴⁶. Assim, a *concretude* que caracteriza o Código requer do intérprete não a procura por soluções prontas para o problema apresentado, mas sim, partindo do caso, que mobilize as proposições jurídicas prescritas no código para construir uma solução normativa que atenda à especificidade problemática do caso. O CC/2002, nestes termos, reclama um novo paradigma hermenêutico, em superação ao dedutivo-substantivo.

Em lado oposto, cunhado sob o (superado) método lógico-dedutivo-substantivo de aplicação do direito, o Art. 4º da LICC reflete uma clara pretensão de regulamentar metodologicamente a realização judicativa-decisória do direito, técnica flagrantemente incompatível com o modelo do CC/2002. Contudo, como se sabe, a LICC ainda está em vigor. Ciente do contexto em que tal cânone fora concebido e do pensamento o dispositivo pressupõe, cumpre-nos fazer uma pergunta fundamental, que é esta: *neste momento, sob a égide do Código de MIGUEL REALE, qual o valor que se deve dar ao Art. 4º da LICC?*

Para responder à nossa pergunta fundamental, uma outra, anterior e condicionante, se impõe, que é esta: *é pertinente falar de lacunas no modelo do CC/2002?* Por tudo que já se refletiu até então, uma resposta que se pretende minimamente adequada não pode ser senão negativa. Ora, o modelo do Novo Código é-nos apresentado de forma límpida, pressupõe-se aberto. O Código de MIGUEL REALE é um projeto de futuro, a ser preenchido com sua própria realização, metodologicamente não há nem sequer que se falar em lacunas como falhas a serem corrigidas, pois nele as omissões não são defeitos, mas compõem o seu próprio modelo metodológico de realização. *O que dizer, portanto, de um cânone metodológico que objetiva a solução de lacunas?*

Primeiramente, o Art. 4º da LICC, ao nosso ver, encerra um equívoco essencial atinente a qualquer tentativa legislativa de aprisionar algo que é por sua natureza livre (como bem ensina o Catedrático de Coimbra CASTANHEIRA NEVES, o pensamento não se decreta!), de tal sorte que já se mostrava inconveniente mesmo no modelo do CC/1916. Para além disso, em relação ao CC/2002, ele está em completo

⁴⁴ Id, p. 110-111.

⁴⁵ AMARAL, Francisco. «O código civil brasileiro... cit., p. 46.

⁴⁶ Id, p. 47-48.

descompasso, é metodologicamente inconciliável com o modelo do Novo Código. Já estamos em condições de afirmar, portanto, a sua completa impertinência em termos metodológicos. Mas se a mencionada Introdução está em vigor, se o referido cânone compõem o ordenamento jurídico pátrio, cumpre retomar à indagação inicial para saber que valor que a ele se deve atribuir? BRONZE, enfrentando questão semelhante no Direito Português, relativamente aos Artigos 8º, 9º, 10º e 11º do Código Civil lusitano chega a admitir uma intervenção meramente declarativa do legislador, mas em sede constitucional, considerando razoável a sua participação *argumentativa* na constituição do pensamento jurídico. Mas assevera, tal intervenção, para além de ser tão-somente declarativa, até por respeito aos princípios do Estado Democrático de Direito, que pressupõe o juiz vinculado ao direito e aos valores de justiça, e não subjugado ao Poder Legislativo ou Administrativo, deve ser *aberta*. Trata-se de uma concessão, é importante que se frise, coerente, na medida em que admite-a como intervenção *argumentativa*, e não *prescritiva*⁴⁷ (BRONZE, 2006, p. 84-85).

Contudo, o cânone que figura no Art. 4º da LICC foi concebido com intenção prescritiva e limitadora. Outra não pode ser a sua caracterização quando se conhece a ideologia que o formulou, e portanto, entendemos que metodologicamente o seu valor deve ser nulo.

Não obstante o posicionamento acertado e coerente do legislador de 2002 ao não prever no Código o supracitado cânone metodológico enquanto técnica para superação de lacunas (tidas como defeitos), corre-se o risco de se repetir o equívoco, em termos ainda mais graves dada a sistemática do CC/2002, em procedimento semelhante àquele das primeiras décadas da centúria anterior. Referimo-nos ao Projeto de Lei do Senado n.º 243, de 2002, intitulado "Lei de Introdução ao Código Civil", que pretende substituir a ainda vigente LICC, o qual repete em termos muito semelhantes o que atualmente consta do artigo 4º da lei em vigor. Eis o que propõe o referido projeto: "Art. 7º No julgamento dos feitos, cabe ao juiz aplicar as normas legais. §2º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá de acordo com a analogia, a equidade, os costumes e os princípios gerais de direito". Não bastasse, há um segundo projeto, também proposto pelo Senado, o Projeto de Lei 269 de 2004, o qual, no artigo 3º, epigrafiado "Dever de decidir", assim dispõe: "O Juiz não se eximirá de julgar alegando inexistência, lacuna ou obscuridade da lei. Nessa hipótese, em não cabendo a analogia,

⁴⁷ BRONZE, Fernando José. «*Quae sunt Caesaris, Caesari: et quae sunt iurisprudentiae, iurisprudentiae*», *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 84-85.

aplicará os costumes, a jurisprudência, a doutrina e os princípios gerais de direito".

Já tivemos oportunidade de manifestar favoravelmente à atualização da Lei de Introdução no que tange às matérias de conteúdo dogmático. Neste aspecto talvez fosse conveniente o legislador hodierno não perder a oportunidade de corrigir o equívoco de seu antecessor quanto ao título da lei. É mais do que pacífico na doutrina e jurisprudência o caráter geral das normas contidas na ainda em vigor Lei de Introdução, o que faz do seu título impreciso, já que suas normas não se dirigem exclusivamente ao Código Civil. O legislador atual, ignorando toda a construção doutrinária e jurisprudencial de todo o século XX e início do XXI, ao tratar de normas de natureza geral, que se dirigem ao direito positivo como um todo, insiste em intitular o projeto 243 de "Lei de Introdução ao Código Civil". Já no projeto 269 este equívoco não é cometido, mas sim outro não menos importante. Pois embora regule diversas questões dogmáticas relevantes, justamente na parte em que se equivoca, ao tentar regulamentar metodologicamente a realização do direito, é que busca inspiração para o título, assim redigido: "Dispõe sobre a aplicação das normas jurídicas".

Como aludido, embora se discorde na inserção do cânone do Art. 4º da vigente LICC, é possível encontrar causas históricas para tal. Embora aprovado em 1916, a concepção do Código anterior é moderna, a doutrina jurídica no Brasil das primeiras décadas do século XX ainda sofria forte influência das concepções oitocentistas e desenvolvia suas reflexões em torno de um direito positivado sob tais padrões. Contudo, no momento atual a realidade é outra! A aprovação do Código de MIGUEL REALE e sua celebração por grande parte das mais importantes vozes do pensamento jurídico brasileiro anuncia um outro momento metodológico. O CC/2002 se pressupõe aberto, um projeto de futuro a ser preenchido com sua própria realização respeitando os caminhos que o próprio Diploma traça por meio de cláusulas gerais e princípios, ambos de natureza normativa, em comunicação com as demais instâncias principiológicas que informam todo o direito. Neste contexto, não há que se falar em técnicas para correção de "lacunas", porquanto as "lacunas" do Novo Código não são concebidas como defeitos, prescindem portanto de qualquer correção.

5) Últimas palavras

Tudo isso nos remete à uma derradeira pergunta: *qual a pertinência de uma nova lei de introdução?* Se em termos dogmáticos é importante uma "atualização", nos termos metodológicos a que os mencionados projetos se propõem ela é completamente impertinente. Neste momento de revisão o legislador tem a oportunidade de corrigir erros

na legislação anterior sobre os quais a doutrina e a jurisprudência dos tribunais refletiram por aproximadamente um século, e o primeiro deles e mais importante diz respeito à tentativa de "decretar" em termos metodológicos a judicativo-decisória realização do direito.

Portanto, ousamos sugerir a modificação dos projetos 243 e 269 para que deles sejam retirados, respectivamente, o §2º do Art. 7º e a segunda parte do Art. 3º. Quanto ao 243, sugerimos ainda a alteração do seu título para que deixe de ser epigrafado "Lei de Introdução ao Código Civil". Este último, embora menos importante, é de alguma utilidade pois corrige a incoerência na nomenclatura, para além de poder representar a intenção de superação do paradigma hermenêutico do modelo anterior, mais uma vez em respeito à sistemática do Código atual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Amaral, Francisco. O novo código civil brasileiro. In: Cordeiro, António Menezes; Leitão, Luís Menezes; Gomes, Januário da Costa. (Org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*. Vol. IV. Coimbra: Almedina, 2003. p. 11-19.

_____. O código civil brasileiro e o problema metodológico de sua realização. Do paradigma da aplicação ao paradigma judicativo-decisório. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Studia Juridica* 90 Ad Honorem 3. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, p. 33-55, 2008.

Bevilaqua, Clovis. *Em defesa do projecto de código civil brasileiro*. Rio de Janeiro-Belo Horizonte: Livraria Francisco Alves, 1906.

_____. *Theoria geral do direito civil*. 2. ed. Belo Horizonte - Rio de Janeiro - São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1929.

_____. *Linhas e perfis jurídicos*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1930.

_____. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clovis Bevilaqua*. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

Bobbio, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: UNB, 1999.

Branco, Gerson. O culturalismo de Miguel Reale e sua expressão no novo código civil. In: Martins-Costa, Judith; Branco, Gerson. *Diretrizes teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 1-85.

Bronze, Fernando José. Quae sunt Caesaris, Caesari: et quae sunt iurisprudentiae, iurisprudentiae. In: Monteiro, António Pinto; Canaris, Claus-Wilhelm; Amaral, Francisco et al. *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 77-87.

CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta, Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

_____. O actual problema metodológico da interpretação jurídica. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

Canotilho, José Joaquim Gomes; Moreira, Vital. 1. ed. brasileira. 4. ed. Portuguesa. Coimbra-São Paulo: Coimbra Editora; Revista dos Tribunais, 2007.

Canaris, Claus Wilhem. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. António Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

Cappelletti, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

Espinola, Eduardo. *Breves anotações ao Código Civil Brasileiro*. Bahia: Joaquim Ribeiro e Co, 1918.

Espinola, Eduardo; Espinola Filho, Eduardo. *Tratado de direito civil brasileiro*. Vol. III. Rio de Janeiro-São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1940

_____; _____. *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. 3. ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

Fachin, Luiz Edson. Sobre o projeto do código civil brasileiro: crítica à racionalidade patrimonialista e conceitualista. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Vol. LXXVI. Coimbra: Coimbra Editora. p. 129-151, 2000.

Lima, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*. 7. ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

Martins-Costa, Judith. Culturalismo e experiência no novo código civil brasileiro. *Boletim da Faculdade de Direito*. Vol. LXXVIII. Coimbra: Coimbra Editora. p 603-627, 2002.

Monteiro, Washington de Barros Monteiro. *Curso de direito civil: Parte geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1971.

Pereira, Caio Mário da Silva. Prefácio. In: Bevilacqua, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clovis Bevilacqua*. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

Reale, Miguel. *O direito como experiência (introdução à Epistemologia Jurídica)*. São Paulo: Saraiva, 1968.

_____. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1978.

_____. *O projeto de Novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999

_____. *Teoria tridimensional do direito; Teoria da Justiça; Fontes e Modelos do Direito*. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 2003.

Rodrigues, Silvio. *Direito Civil: parte geral*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 1994

Veloso, Zeno. *Comentários à lei de introdução ao código civil*. 2. ed. Belém: Unama, 2005.

Sítio eletrônico

Presidência da República. Disponível em: <www.presidenciadarepublica.gov.br/legislacao>. Acesso em: 11 jan. 2011.

A EFETIVAÇÃO PROCESSUAL DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES A TUTELA DOS DIREITOS OBRIGACIONAIS SOBRE A ÓTICA DA TÉCNICA PROCESSUAL

Renato Montans de Sá*

Sumário: 1. pensando no processo civil de resultados - 2 direito das obrigações - 2.1 introdução - 2.2 classificação das obrigações: dar, fazer e não-fazer - 2.2.1 obrigação de dar - 2.2.1.1 obrigação de dar a coisa certa - 2.2.1.2 obrigação de dar a coisa incerta - 2.2.2 obrigação de fazer - 2.2.3 obrigação de não-fazer - 3 classificação das tutelas e tentativa de sistematização - 3.1 nota introdutória - 3.2 tutela declaratória - 3.2.1 a nova sentença de reconhecimento da existência da obrigação (art. 475, N, I) é declaratória? (art. 4º §único, CPC) - 3.3 tutela constitutiva - 3.4 tutela condenatória - 3.5 tutela mandamental - 3.6 tutela executiva - 3.7 como harmonizar os conceitos de tutela condenatória, executiva e mandamental - 3.7.1 uma primeira análise: tutelas executiva e mandamental - 3.7.2 uma segunda análise: tutelas conde-

* Especialista e Mestre em Processo Civil pela PUC/SP, professor de Direito Processual Civil na Pós-Graduação da Universidade Cândido Mendes na Escola Superior de Advocacia, e na Rede LFG de ensino em São Paulo. Advogado.

natória, executiva e mandamental. Classificação das sentenças condenatórias? - 4 tutela inibitória, tutela de remoção do ilícito e tutela resarcitória - 4.1 Introdução - 4.1.1 tutela inibitória - 4.1.2 tutela inibitória executiva e mandamental - 4.2 tutela de remoção do ilícito - 4.3 a processualização das tutelas inibitória e de remoção do ilícito (um preâmbulo ao capítulo seguinte) - 4.3.1 controle do judiciário - 4.4 tutela resarcitória na forma específica e pelo equivalente - 4.4.1 lineamentos - 4.4.2 o princípio da onerosidade excessiva e a *compensatio lucri cum damno* - 5 especificamente os artigos 461 e 461-A do CPC - 6 reflexo das obrigações cíveis no Código de Processo Civil - 6.1 Introdução e primeiras reflexões - 6.2 O artigo 247 e 389 do CC versus artigo 461 §1º do CPC - 6.3 Os parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 - 6.4 A problemática da tradição do bem (arts. 1267 e 237 do CC em face do artigo 461- A e aplicação analógica do artigo 461§3º) - 7. Cumprimento da sentença - 8. conclusões

1) PENSANDO NO PROCESSO CIVIL DE RESULTADOS

Já foi dito em diversos estudos que o direito é um produto social. Agnes Heller⁽¹⁾, refletindo sobre o homem e sua natureza, afirma que a vida humana sobre a terra é um resultado de autodomesticação que se processou por milhões de anos durante os quais a regulação instintiva foi substituída pela regulação social. Esta regulação social da qual chamamos de direito é aquilo que o homem efetivamente produz. Portanto, podemos dizer que o homem emprega seu conhecimento caracterizando "como" as coisas se operam, emprestando-lhe sentido, significação e funcionalidade porque disso, evidentemente, necessita.

Assim sendo, cria regras que são proposições prescritivas que possibilitam compreender a funcionalidade da convivência humana. É desta forma entendemos porque o jurídico não está na conduta em si ou no fato, mas no modo como o homem compreende seu agir em sua dimensão social e a regulariza.

É ainda importante saber também que nem toda atividade do homem é de preocupação efetiva do Estado. As relações estabelecidas podem ser das mais variadas como a amizade, a religião, os negócios. Apenas quando uma dessas relações é regulada pela lei chamamos de relação jurídica.

¹ Ética General, Centro de Estudos Constitucionales, Madri, 1955.

Mas para que essas normas jurídicas (princípios e regras) alcancem força impositiva é necessário que se possa recorrer a algum mecanismo para ensejar o seu cumprimento e permitir que a sua função tenha algum valor.

Até mesmo porque, como bem sabemos que nem sempre as pessoas cumprem as suas obrigações e obedece aos imperativos decorrentes do direito. Importante frisar que a ordem jurídica não seria completa nem eficaz se não contivesse em si própria um aparelhamento destinado a obter coativamente a obediência dos seus preceitos. É aí que entra a jurisdição com a imposição de sanções que são medidas estabelecidas por lei como consequência da inobservância dos imperativos jurídicos.

Sua finalidade é dupla: de um lado procura restabelecer o equilíbrio perturbado pelo comportamento ilícito da pessoa obrigada criando meios para atingir o mesmo resultado prático da obrigação negada. De outro lado, exerce função psicológica para induzir as pessoas a cumprir espontâneo das obrigações.

Estudar a forma de cumprimento (= forma de obtenção) das relações de direito material não cumpridas não é possível sem verificar, ainda que perfunctoriamente, a forma como ela se desenvolve, o campo de sua aplicação que se dá, indissociavelmente pelo estudo do processo.

O direito processual civil começou de fato a ser estudado como ciência em 1856 (do sincretismo imanentista à fase autonomista) baseado nos estudos de Windscheid e Muther sobre o direito de ação e, simultaneamente, com Oscar Von Bulow com seu aprofundado e famoso estudo sobre as exceções e o processo.

A autonomia do processo com o direito material se de um lado elevou-o ao *status* de ciência, não sendo mais uma ramificação do direito civil, por outro deixou adormecida à idéia para qual o processo havia sido concebido: resolver conflitos fora do processo. A ciência do processo passou a ser estudada no último século como função em si mesma e não como um instrumento apto a resolver os problemas do direito material.

Houve um distanciamento dos estudos em detrimento da função teleológica (e porque não dizer intuitiva) do processo, na medida em que a existência (do processo) está condicionada as necessidades de direito material. Não se busca o judiciário desprovido de interesse nem se pode elevar a importância do processo a patamares maiores que o próprio direito substancial não alcança.

Como consequência, a forma de condução do processo se mostrou em um verdadeiro antagonismo, já que sua importância era in-

versamente proporcional à forma de tutelar os direitos na prática. O estabelecimento rígido (e porque não dizer mitigado) dos poderes do juiz e do procedimento posto criava uma reflexão sem resposta: se a forma de estudar o processo como ciência se revelou tão aguda e importante, porque o processo na prática não é dotado de instrumentos e mecanismos (efetivos) para a tutela dos direitos materiais.

Justamente porque nossos olhos sempre se voltaram ao processo e não para o direito material, justamente o motivo, o móvel da existência (e criação) de um sistema de composição de conflitos.

Tal pensar está historicamente condicionado ao Estado Liberal Clássico que tanto propaga MARINONI ⁽²⁾ marcado pela liberdade absoluta dos cidadãos em consonância a uma rígida delimitação dos poderes do Estado em face da vida privada. O temor do absolutismo demoveu a criação de uma política estatal não intervencionista.

Esta formatação prévia do Estado revelou seus efeitos também na atuação do judiciário. Assim MONTESQUIEU, asseverava que o julgamento se circunscrevia ao "*texto exato da lei*" ⁽³⁾ e não foi por outro motivo que o filósofo definiu o juiz como a *bouche de la loi* (a boca da lei). Tal é o resultado que a sentença poderia apenas declarar o texto da lei, não podendo o juiz utilizar-se de outros subsídios que não as regras do direito posto.

Cabia ao executivo o cumprimento das sentenças para que não se criasse um juiz "opressor" ⁽⁴⁾, daí a separação de conhecimento e execução para que se divisasse bem os poderes do juiz e não se permitisse a reunião, num só momento, dos poderes de conhecer e executar. Até mesmo para se garantir a previsibilidade de 'quando' e 'como' a esfera patrimonial do devedor seja atingida, baseada em regras processuais muito bem divididas, concentradas em apenas um momento.

Mais à frente, pode-se verificar que o sistema do CPC Italiano de 1865, que teve inspiração do Código Napoleônico (que por sua vez também influenciava a codificação européia), foi rompido pela doutrina de Lodovico MORATARA ⁽⁵⁾ e depois se seguindo CALAMANDREI ⁽⁶⁾ e CHIOVENDA ⁽⁷⁾. Essa escola teve o tirocínio de desvincular o direito processual do direito material, evidenciando a natureza pública do processo. A publicização do processo teve por escopo as fortes raízes da qual exprime a vontade do Estado. Assim, a escola exegé-

² Manual do Processo de Conhecimento, 5ª edição, RT, 2006

³ Do Espírito das Leis, Abril Cultural, 1973, p. 158

⁴ Idem *Ibidem*

⁵ Piero CALAMANDREI, *Gli Studi Di Diritto Processuale in Itália Ne'Il ultimo trentennio*, Napoli, 1965, v. 1 p. 265.

tica adotada pelo CPC italiano, deu passo a uma postura dogmática, também chamada de escola sistemática.

Assim, como a ação era o ponto de partida de todo estudo da autonomia processual, as sentenças (como espelho da petição inicial como assevera Calmon de Passos) eram classificadas com base em critérios endoprocessuais, sem a preocupação efetiva de se dar alguma significação à prestação jurisdicional almejada.

Luiz Guilherme MARINONI, bem assevera que "*não há dúvida de que o processo não se confunde com o direito material. Contudo, a escola sistemática, ao construir as bases da autonomia do direito processual civil, parece ter esquecido a diferença entre autonomia e indiferença (...) o que não significa que ele possa ser neutro ou indiferente às variadas situações de direito substancial*" ⁽⁸⁾.

Hoje a execução é fenômeno, mas não só, das sentenças condenatórias que surgiu, como dito, junto ao liberalismo clássico (liberdade + segurança jurídica). Todavia sabe-se que a sentença condenatória é, em si, insuficiente para tutelar o direito da parte, seja porque resolve apenas em parte a prestação jurisdicional (apenas declara) seja porque limitou os poderes do juiz ao conferir um itinerário procedimental único para o cumprimento dessas sentenças (princípio da tipicidade dos meios executivos).

Assim, na evolução natural das coisas, o processualista deixou de se preocupar exclusivamente com os conceitos e as formas para buscar mecanismos tendentes a conferir efetividade ao processo com o escopo de prestar melhor a tutela jurisdicional. Para que tal desiderato fosse possível foram e estão sendo revistas idéias (que de modo algum são erradas!) que refletiam outro momento histórico. Assim não se fala em mudança, mas adequação do processo a uma nova realidade, o processo de resultados. Mudamos. Da fase autonomista para a fase instrumentalista.

Esse é o objeto do presente estudo. Estabelecendo um corte metodológico no direito material (falando apenas do direito obrigacional), nossa preocupação, ao menos nesse singelo texto, está na forma de se 'processualizar' o direito das obrigações criando um processo

⁶ Idem

⁷ Idem

⁸ Luiz Guilherme MARINONI, *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*, RT, 2004, p. 55

não diferenciado, mas efetivo ao fim que se destina. A consecução de um processo que possa dar a justa tutela necessária ao direito material subjacente.

Nossa proposta é, dado o ordenamento jurídico estabelecido (regras e princípios), sistematizar as obrigações de modo que se crie um processo amalgamado, imanente, próximo do direito que se deseja tutelar. Esta é a verdadeira definição de tutela jurisdicional.

Aliás, não é diferente porque João Batista LOPES, em estudo sobre a efetividade no processo civil, amplia a concepção de efetividade não somente ao resultado do processo (concepção Chiovendiana sobre a entrega do direito a aquele que efetivamente faz jus), mas também ao "*iter processualis e os instrumentos postos à disposição das partes na busca do resultado pretendido*"⁹.

Há de se ter nossos olhos voltados ao direito material e a partir dele, engendrar (ou como dissemos alhures, sistematizar) a forma como este direito possa ser conduzido endoprocessualmente. Não se pode permitir que as regras criadas pelo processo (dada sua centenária vida de autonomia) sejam fatos obstativos para que as novas necessidades do direito material possam ser postas em prática.

É dizer, com todas as letras e de forma direta que o sistema processual não pode se manter clausulado em um sistema fechado. Como condutor das relações de vida que necessitam de tutela, o processo deve ser aberto e flexível às mudanças engendradas pelo ordenamento.

2- Direito das Obrigações (objeto do dever)

2.1. Introdução

Todo direito, independentemente de sua natureza ou da qualificação jurídica que lhe empreste, está sempre ligado a uma idéia de obrigação. Washington de BARROS MONTEIRO afirmou que "*as obrigações são as sombras que os direitos projetam sobre a vasta superfície do mundo*"⁽¹⁰⁾.

⁹ O Princípio da Proporcionalidade e Efetividade do Processo Civil, Estudos de Direito Processual Civil, Coord. Luiz Guilherme MARINONI, RT, 2005, p. 135.

Desta feita assevera que não existe direito sem a respectiva obrigação e nem obrigação sem o correspondente direito. Todavia a acepção da palavra obrigação, não é tão ampla quando projetada para o estudo das obrigações propriamente ditas. Seu campo de atuação é bem mais restrito e convive com outras formas no direito⁽¹¹⁾.

Se pudermos dividir o direito em dois grandes blocos, poderíamos engendrar uma classificação em direitos não patrimoniais, que se referem à pessoa humana (direito à vida, a liberdade, ao nome, etc) e o dos direitos patrimoniais, que podem ser representados por um valor economicamente apreciável. Estes comportam uma subdivisão no sistema em direitos obrigacionais e reais.

No direito real o bem aferível recai sobre uma coisa, vinculando-a a seu titular conferindo-lhe o *jus perseguendi* (direito de seqüela) o *jus praeferendi* (direito de preferência), podendo ser exercido contra todos (*erga omnes*). Portanto os direitos obrigacionais, ao contrário dos direitos reais que incidem sobre uma coisa, incidem sobre uma prestação, o sujeito passivo é determinado ou determinável (no real é indeterminado - todo aquele que vier a molestar a coisa) o obrigacional se extingue pelo cumprimento ou por outros meios previstos em lei (o real é perpétuo), os direitos obrigacionais são ilimitados, enquanto os reais têm previsão fechada em lei.

Obrigação é, portanto, o vínculo jurídico que confere ao credor (sujeito ativo) o direito de exigir do devedor (sujeito passivo) o cumprimento de determinada prestação. Corresponde a uma relação de natureza pessoal referente a uma prestação economicamente aferível.

São elementos constitutivos da obrigação: a) sujeitos; b) relação jurídica e c) objeto.

a) os sujeitos da obrigação devem ser determinados ou ao menos determináveis. Na doação às vezes o donatário é indeterminado assim como na promessa de recompensa ou título ao portador, todavia será determinado no momento do seu cumprimento. Já a indeterminação passiva é mais rara, mas pode ocorrer como o adquirente de imóvel hipotecado que responde pela obrigação com o devedor.

b) relação jurídica resulta de diversas fontes e sujeita o devedor à determinada prestação em favor do credor. A palavra relação veio a

¹⁰ Curso de Direito Civil, 4º vol, Saraiva, Direito das Obrigações, 1994, p. 3.

¹¹ Eduardo TALAMINI em livro sobre a tutela do artigo 461, assevera que o conceito de obrigação é menos amplo que o de dever jurídico, sendo aquele uma espécie do gênero dever jurídico (Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e Não Fazer, RT, 2003. p. 125.

adaptar o equivocado emprego da palavra vínculo. A nova sistemática civil não a admite. A referência a vínculo é concessão do direito romano, mas é discutível sua função na atualidade, especialmente quando a obrigação é concebida como processo, (como movimento dinâmico que rompe a idéia de liame estático entre dois sujeitos, já que perdura no tempo) processo destinado ao seu fim que é a satisfação do crédito, pelo adimplemento ou pelos outros modos de extinção. Portanto não se fala em vínculo, mas em relação. Divide-se em débito e responsabilidade. Há, portanto um dever da pessoa obrigada (débito) e outro de responsabilidade (em caso de inadimplemento). Via de regra o sujeito passivo deve e também responde pelo cumprimento da obrigação. Entretanto não se pode confundir obrigação com responsabilidade. Conquanto via de regra, como dito, são dois fatores ligados a mesma obrigação, por vezes, podem ser desmembrados. A responsabilidade é consequência jurídica da contumácia obrigacional. Assim, as dívidas prescritas e as de jogo são exemplos de obrigação sem responsabilidade. Assim como existe responsabilidade sem obrigação como o fiador, por exemplo.

c) objeto da obrigação é sempre uma conduta humana (dar, fazer ou não fazer) que é o que nos importará para o estudo adiante. O verbo é o objeto imediato. Agora o que se deve dar, fazer, ou não fazer é o objeto mediato. Este deve ser lícito (não contrário à moral ou aos bons costumes), possível (a impossibilidade pode ser física ou jurídica - vide o exemplo do *pacta corvina*), determinado ou determinável (quanto a este último admite-se contrato a respeito de safra futura cujo valor e extensão serão aferíveis na obrigação - 104, II CC) e susceptível de apreciação econômica (não pode incidir, v.g, acerca do dever de fidelidade ou direito de família).

A Fonte das obrigações é o seu elemento gerador, o fato que lhe dá origem, as razões pelas quais alguém se torna credor de outrem.

Hoje o Código Civil considera quatro fontes das obrigações: a) contratos; b) as declarações unilaterais de vontade (que se subdividem em promessa de recompensa, gestão de negócios, pagamento indevido e enriquecimento sem causa); c) os atos ilícitos, dolosos ou culposos.

Estas são obrigações que primariamente decorrem da lei como a obrigação de prestar alimentos ou a *propter rem*.

2.2 Classificação das obrigações: dar, fazer ou não fazer.

A classificação das obrigações pelo seu objeto imediato pode ser dividida em obrigações positivas (dar e fazer) ou negativas (não fazer). Nas positivas decorre de um comportamento ativo do devedor, abandonando seu natural estado de inércia e efetivamente atue em benefício do credor. Nas negativas, ao contrário, a prestação do devedor resulta numa abstenção ou um não-exercício de alguma faculdade que em tese poderia ele - o devedor - desempenhar. Esta é uma das classificações possíveis no amplo ramo dos direitos obrigacionais. Entretanto, como objeto da exposição aqui presente, há de se restringir o trabalho nas obrigações quanto às formas de prestação.

2.2.1 Obrigação de dar

É aquela cuja prestação consiste na entrega de uma coisa com o fim de lhe transferir a propriedade, ceder-lhe a posse ou uso, ou mesmo restituí-la. Difere-se, portanto da de restituir porque nessa a propriedade é do credor originariamente que cedeu seu uso ou qualquer outra faculdade própria do domínio ao devedor.

O legislador brasileiro se absteve de definir a obrigação de dar (tanto o de 1916 como o de 2002), o que se considera bom por boa parte da doutrina já que as definições legislativas não raras padecem de apuro técnico além do que acarretam sérios problemas aos operadores do direito.

A obrigação de dar gera apenas um vínculo obrigacional de direito pessoal ao crédito e não de direito real. O direito real somente se configura pela tradição ou pelo registro. Uma obrigação de dar sozinha não é capaz de gerar um direito *erga omnes*. As obrigações se diferem pelo momento de sua constituição e desenvolvimento do direito real.

2.2.1.1 Obrigação de dar a coisa certa

É certa a coisa quando individualizada de modo que somente ela possui as características apontadas no instrumento de negociação, sendo inconfundível com outras ainda que pertencentes do mesmo gênero.

Importante questão que se faz frisar é referente à teoria dos riscos. O ponto de partida é se verificar se a coisa se perdeu ou se deteriorou em razão de conduta culposa do devedor.

Diz o artigo 234 que se a coisa se perde antes da tradição (ou da condição suspensiva) sem culpa do devedor resolve-se à obrigação

cabendo ao credor devolver o que houver sido pago (se houver). Se houver culpa, responderá o devedor pela coisa mais perdas e danos.

Quando se tratar de deterioração da coisa justamente porque não se perdeu completamente o objeto, o Código oferece outras soluções. Diz o artigo 235 que “*deteriorada a coisa, não sendo o devedor culpado, poderá o credor resolver a obrigação, ou aceitar a coisa, abatido de seu preço o valor que perdeu*”. Ao contrário da perda, neste caso tem o credor a faculdade da escolha quanto a resolver o negócio, podendo tanto rescindir a obrigação como aceitar a prestação aceitando-a no valor que agora o bem modificado representa.

Se obrar com culpa, o CC/2002 permite que o credor exija o equivalente ou aceite a coisa deteriorada. Em ambos casos podem-se cumular com perdas e danos.

O artigo 313 do CC preconiza o princípio da identidade da coisa devida, pela qual o devedor não se desobriga com a entrega de coisa diversa da que foi pactuada ainda que mais valiosa, já que o credor não é obrigado a recebê-la. O risco é do devedor até a tradição, quando então passa ao credor.

Quando a obrigação for de restituir a chamada teoria dos riscos assume feições diferentes. Isso porque o artigo 238 preconiza que se o devedor tem o dever de restituir coisa certa e esta se perde sem sua culpa a obrigação se resolverá.

Essa distinção com a obrigação de dar tem um sentido. No “dar a coisa certa” até a tradição o bem é do devedor. Se ele perece o devedor como dono sofre prejuízo. No restituir o dono é o credor, e se se perder sem culpa do devedor, cabe ao proprietário experimentar o prejuízo.

Se o devedor se recusa em dar coisa certa há meios processuais para a obtenção da tutela.

No caso de mera restituição caberá reintegração na posse, despejo ou busca e apreensão conforme o caso. No caso de descumprimento de dar coisa certa, como o domínio ainda pertence ao devedor, cabe a execução in natura, sendo a execução específica na forma dos artigos 621 e ss. do CPC.

2.2.1.2 Obrigação de dar a coisa incerta

A obrigação prestacional deve ser determinada ou no mínimo determinável. A obrigação de dar coisa incerta também chamada de obrigação genérica é aquela cujo objeto identificado pelo seu gênero e pela sua quantidade (art. 243 CC).

Via de regra a obrigação de dar coisa incerta versa sobre bem fungível, isto é, aquele que poderá ser trocado por outro de mesmo gênero (agrupamento de coisas que apresentam caracteres comuns) e quantidade.

O momento da indicação da coisa referida apenas pelo seu gênero e pela sua quantidade é chamada de concentração do débito. E a partir daí passa a ser regrada pelas normas de dar coisa certa.

De regra cabe a escolha ao devedor se outra coisa não se estipulou no contrato. Essa regra tem razão de ser já que se o credor quisesse algo específico já teria formalizado quando da contratação. Sabe-se sempre que não poderá entregar a coisa pior nem é obrigado a ofertar a melhor (art. 244). Esta escolha denota a boa-fé objetiva prevista como cláusula geral.

Não basta separar os bens, é necessário deixá-los à disposição do credor, daí o art. 245 falar em ciência do credor. É o exemplo de *Ihering*, o freguês num dado restaurante não poderá pagar uma garrafa de vinho da qual pediu ao garçom, que vindo trazê-la da adega caiu e a quebrou, sabendo que este vinho estava separado à sua disposição.

Se couber a escolha ao credor e este não fez cabe ao devedor consigná-la em juízo.

Na teoria dos riscos se o bem perecer antes da entrega, mesmo sem culpa do devedor, subsiste a dívida pela máxima de que o gênero nunca perece. A não ser que o bem deixe de ser fabricado ou o país que o importava deixou de manter relações negociais com o Brasil. Este é o entendimento de Gustavo Birenbaun (*in* Obrigações - Estudo na Perspectiva Civil-Constitucional, Renovar, 2005).

Por fim, não se confunde essa obrigação com a alternativa já que a escolha recai somente sobre uma coisa que é indicada de modo genérico no título e não sobre várias como aquela.

2.2.2 Obrigação de fazer

Nesta a prestação recai sobre determinada atividade humana. Há de se definir por exclusão, ou seja, o objeto da prestação é toda e qualquer atividade pessoal do devedor diversa da de dar ou entregar alguma coisa.

Importante que se diga que um dar, representa também um fazer algo (dar pertence ao gênero fazer). Pontes de Miranda assevera que se o devedor tem que dar ou entregar alguma coisa sem fazê-la previamente é obrigação de dar. Se ele tem que confeccionar a coisa para depois entregá-la, se ele tem que praticar um ato, cujo mero co-

rolário é a entrega, essa obrigação é de fazer. Nestes casos deve-se tentar estabelecer qual o aspecto que prepondera na prestação. Às vezes é difícil como na empreitada.

Diversamente das obrigações de dar que sempre admitem o adimplemento por terceiros, nas obrigações de fazer não raras vezes apenas o devedor pode honrar com a obrigação.

Trata-se dessa forma de obrigações infungíveis (*intuitu personae*) que pode ser material (determinado cantor fazer uma apresentação) ou jurídica (exclusividade de um profissional que somente ele poderá prestá-la).

No segundo caso, todavia, há a possibilidade de tutela específica como ocorre com o artigo 639 (atual 466) da qual o juiz emite a vontade da parte.

A diferenciação das obrigações fungíveis ou infungíveis é de extrema relevância para o inadimplemento culposo por parte do devedor. E isso porque, nas últimas, não podendo aquele devedor cumprir a obrigação, resolve-se em perdas e danos (art. 247 CC), já que ninguém poderá ser compelido a prestar fato contra sua vontade, do secular princípio da intangibilidade da vontade humana.

Entretanto o artigo 247 não tomou conhecimento o importante progresso que a disciplina do descumprimento das obrigações de fazer vem experimentando nos últimos tempos, especialmente com as novas reformas do Código de Processo Civil.

E isso porque as perdas e danos nunca foram e nunca serão a forma mais satisfatória de cumprimento da obrigação, por isso mesmo que ela só poderá ser usada em último caso, assim é o entendimento do artigo 461, §1º do CPC.

É por isso que os estudos atuais de processo analisam a insuficiência da via reparatória em muitas modalidades das obrigações de dar, fazer e não-fazer, especialmente com os novos pilares constitucionais. É assim o entendimento do professor Luis Guilherme Marinoni:

"A preferência pela tutela ressarcitória parte de um pressuposto absolutamente inverídico que é a existência de um ordenamento jurídico neutro em relação as variadas situações subjetivas. E essa preferência repousa no dogma romanístico de que a tutela da reparação do dano seria a única tutela existente contra o ilícito; o dano, ao invés de ser impedido, deveria ser reparado, uma vez configurado" (12)

Percebe-se, portanto que o artigo 247 nasceu retrógrado, já que totalmente em desconformidade com a nova tônica da efetividade das tutelas, ao admitir simplesmente a resolução em perdas e danos. Evi-

dente que as obrigações aí mencionadas referem-se as infungíveis, pois as fungíveis gozam de tratamento distinto aplicando-se o artigo 249: *"se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível"*.

Pela teoria dos riscos nesse caso de prestação, de acordo com o artigo 248 do CC, se a obrigação se tornar impossível sem culpa do devedor responde ele pela obrigação. Caso contrário, responde por perdas e danos.

Importante que se diga, consoante se verá abaixo (item 4.1.2), a obrigação de reparar o dano é obrigação de fazer. O dano não faz com que a pessoa tenha o efetivo direito ao patrimônio do devedor, mas sim o poder de obrigá-lo à reparação.

2.2.3 Obrigação de não fazer.

Nesta modalidade obrigacional a prestação do devedor apresenta um conteúdo negativo.

Consiste basicamente em abster-se da prática de algum ato. Ou seja, impede que o devedor pratique um ato que, não fosse a obrigação por ele contraída, poderia legitimamente praticar.

Esta, assim como a de fazer, interfere na liberdade individual da pessoa, por isso não se pode criar uma obrigação de conteúdo genérico e por prazo indeterminado.

Uma peculiaridade de sua espécie é que quase sempre uma vez descumprida não é mais possível ao credor perseguir o adimplemento ao devedor (imagine-se alguém havia se comprometido a não participar de um concurso e o fez) porquanto restará irremediável.

Portanto as obrigações de não fazer podem ser divididas em instantâneas e permanentes. Estas podem ter seu descumprimento desfeito, pois perduram ao longo do tempo (muro construído sem autorização). Entretanto aquelas não, pois não se retorna o status quo de quem se comprometeu a não passar a final do campeonato e o fez. Resolve-se em perdas e danos.

Justamente por isso o artigo 390 do CC diz que "nas obrigações negativas o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que executou o ato que se devia abster". Não há incidência de mora. A

¹² Tutela Específica, 2ª edição, RT

prevenção contra possível inadimplemento nas obrigações negativas deve ser mais enérgica do que as demais com os instrumentos do artigo 461 para se obter o equivalente.

O artigo 250 determina a extinção das obrigações de não fazer se, sem culpa do devedor, este praticou o ato a cuja abstenção se obrigara (exemplo clássico é o vizinho que se obrigou a não construir o muro e o Poder Público determinou que este o fizesse).

Nos casos de descumprimento culposos o credor pode exigir que o devedor o desfaça sob pena do credor ou terceiro desfazer as despesas do devedor mais perdas e danos (251 CC).

Importante que se vejam as modalidades de tutela existentes no sistema para que se possa sistematizar a processualização dos direitos obrigacionais.

3 - Modalidades de Tutela - tentativa de sistematização

3.1. Nota introdutória

Consoante se verá ao final, filiaremos ao posicionamento que as tutelas mandamental e executiva, nada mais são que formas diferentes de se prestar à tutela condenatória. Para dar fomento as nossas conclusões estabeleceremos premissas. Primeiro estudando cada uma delas para depois, em duas conclusões estabelecer, ou pelo menos tentar estabelecer, uma sistematização, com base no que já foi escrito e com fontes dadas pelo sistema.

3.2 Tutela Declaratória

A sentença declaratória 'apenas' declara a existência ou inexistência de uma relação jurídica ou o modo de ser de uma relação. O objetivo dessa sentença é eliminar uma situação de incerteza que paira sobre determinada relação jurídica e é fonte de dúvidas, incertezas e insegurança. Esta será a tutela outorgada ao autor e acobertada pela coisa julgada material.

Em todas as sentenças, mesmo as com pedido constitutivo ou condenatório, o juiz declara quem tem razão. Desta forma toda sentença declara algo, isso já se sabe. A diferença é que nas sentenças com outras tutelas, o juiz não apenas declara, pois há a preponderância de outros efeitos (assim como a famosa classificação de Pontes de Miranda em seu Tratado das Ações).

A sentença declaratória não impõe nenhuma obrigação às partes, por isso não constitui título executivo, mas torna certa àquela relação que embora já existisse, não era reconhecida. É por isso que sua

eficácia é 'ex tunc', já que seus efeitos retroagem à data do início da relação jurídica cuja existência foi discutida.

Assim, numa ação de investigação de paternidade, a sentença declaratória positiva irá constatar que o pai sempre foi pai desde a concepção do filho, mas apenas agora não há mais dúvidas acerca do vínculo de filiação.

O artigo 4º do CPC preconiza que o interesse do autor pode limitar-se à declaração: i) da existência ou inexistência da relação jurídica e ii) da autenticidade ou falsidade de documento.

Vê-se, pois que a sentença declaratória tem âmbito limitado pela própria lei.

Afirma-se que ela possui caráter preventivo, pois não pode obrigar alguém a fazer ou não fazer alguma prestação. Assim, não terá capacidade de impedir alguém de praticar um ilícito (somente as inibitórias têm essa função).

3.2.1 A nova sentença de reconhecimento da existência da obrigação (art. 475, N, I) é declaratória? (art. 4º par. Único, CPC).

Foi suscitada uma dúvida na doutrina acerca do artigo 475, N que enumera o rol dos títulos executivos judiciais. Assim no inciso I dispõe que é título executivo "a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia".

O vocábulo reconhecer denota lexicamente o termo declarar. Assim, dada a classificação das tutelas e o específico efeito que cada uma produz no mundo jurídico, poderia se dizer hoje que a sentença declaratória (= que reconhece a obrigação) ensejaria posterior fase de execução? Ou a pergunta ao inverso: a sentença que reconhece a obrigação e desencadeia os atos executivos em outra fase, tem natureza declaratória?

É primeiro de tudo importante deixar bem claro que a sentença condenatória continua existindo no sistema. Seja porque a alteração da nomenclatura não tem aptidão para mudar a substância das coisas, seja porque a lei menciona no artigo 475, J que se determine à expedição de mandado caso o devedor *condenado* não o efetue.

A lei na verdade ampliou o espectro de abrangência do vocábulo condenação para qualquer situação que se der reconhecimento a uma obrigação exigível, portanto que tenha eficácia executiva. Inclusive as declaratórias.

Assim já existia na consignação em pagamento, oferta de alimentos, desapropriação judicial entre outras. Estas são típicas senten-

cas declaratórias que geram decisões com força para desencadear execução.

No entendimento de Fredie DIDIER “se uma decisão judicial reconhece a existência de um direito a prestação já exercitável (definição completa da norma jurídica individualizada), em nada ela se distingue de uma sentença condenatória, em que isso também acontece” (13).

Neste mesmo sentido Teori Albino ZAVASCKI, assevera que “se a norma jurídica individualizada está definida de modo completo, por sentença, não há razão alguma lógica ou jurídica, para submetê-la, antes da execução, a um segundo juízo de certificação, até porque a nova sentença não poderia chegar a resultado diferente do da anterior, sob pena de comprometimento da garantia da coisa julgada, assegurada constitucionalmente” (14).

Para que se possa responder a questão é necessário definir obrigação. Consoante dissemos, obrigação é a relação jurídica da qual uma pessoa pode exigir da outra determinada prestação, vinculando a última ao dever de prestar.

O mesmo não ocorre com as sentenças meramente declaratórias, mesmo aquelas autorizadas por lei ajuizadas após o evento lesão (art. 4º, § único, CPC). E isso porque, não será objeto de cognição o inadimplemento, mas somente a declaração da existência ou inexistência da relação jurídica com vistas a erradicar a incerteza. Aqui não se requer adimplemento, apenas declaração. A função jurisdicional se esgota com a declaração emitida.

Os incisos do *caput* já dão os contornos do litígio na medida em que limitam o pedido/decisão à declaração. Assim, é incompatível a sentença meramente declaratória com execução.

Como assevera bem Carlos Alberto ALVARO DE OLIVEIRA (15), “o demandado deve ter apenas uma posição passiva (respeitar o preceito) e não um ativa (prestar)”.

Esta diferenciação é importante até mesmo para afastar qualquer resquício acerca da prescritibilidade das sentenças que reconhecem a obrigação de pagar. E isso porque em considerando como declaratórias apenas, forçosamente e por uma questão de coerência lógica assumiria-se a posição de que as sentenças de reconhecimento seriam imprescritíveis, o que seria pensar um absurdo (16).

Assim, podemos concluir que a declaração prevista no artigo 4º é diferente do reconhecimento do artigo 475, N. Uma apenas declara a existência ou não de uma relação jurídica. A outra declara a existência de inadimplemento.(17)

3.3 Tutela Constitutiva

Como se disse toda sentença declara alguma coisa. Assim, as sentenças constitutivas além de declarar formam, modificam ou extinguem uma relação jurídica.

Assim como as sentenças declaratórias, as sentenças constitutivas bastam por si para atender ao direito substancial afirmado. Não se forma título executivo, e não prescinde de atos posteriores para que o direito material seja efetivamente realizado.

Dois situações podem ensejar o seu ajuizamento: i) a existência de um litígio a respeito de relação jurídica que uma das partes quer constituir ou desfazer sem o consentimento da outra ou ii) a exigência legal de ingresso no Judiciário para que determinada relação jurídica possa ser modificada, mesmo com o consenso dos envolvidos. No primeiro caso a constituição é voluntária no segundo é necessária (como exemplo a separação consensual).

O que caracteriza a sentença constitutiva é a criação de um estado jurídico distinto do anterior. Por isso a eficácia dessas sentenças é *ex nunc* e não produzem seus efeitos para antes da sentença transitada em julgado (ex. divórcio). A exceção a essa regra é a anulação de negócio jurídico (182 CC), que retroage à data de formalização do negócio.

É típica sentença que se relaciona aos direitos potestativos, que efetiva-se no mundo jurídico das normas e não dos fatos. Dá-se pelo verbo e não pelo ato concreto, material.

3.4 Tutela Condenatória

¹⁵ Novas reformas do Código de Processo Civil, Revista do Advogado, AASP, maio de 2006.

¹⁶ O mesmo autor revela que “o objetivo da prescrição é liberar o sujeito passivo de uma prestação, e o da decadência, o de liberá-lo da possibilidade de sofrer uma sujeição. Ora se as declaratórias não têm o efeito de realizar uma prestação, nem tampouco de criar um estado de sujeição, como ligar essas ações a qualquer dos dois institutos em análise?”. Idem

¹⁷ Em sentido contrário Fredie DIDIER, Curso....p 195

¹³ Curso de Direito Processual Civil, 6ª edição, 2006, Jus Podivn, p. 194.

¹⁴ Sentenças Declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados, Leituras Complementares de Processo Civil, 3ª edição, Jus Podivn.

Sentenças condenatórias são as sentenças que não se limitam apenas a declarar a existência do direito em favor do autor, mas concedem a ele a possibilidade de valer-se da sanção executiva tornando realidade concreta aquilo que lhe foi concedido. Portanto, forma-se com ela um título executivo judicial.

São sentenças do ponto de vista prático, portadoras de alto grau de ineficácia, pois são insuficientes para tutelar efetivamente o direito do credor. E isso porque, se não houver o cumprimento espontâneo do devedor, dará ensejo a que o credor promova um processo de execução (ou ao menos, conforme a nova lei, novo procedimento ou nova fase), requerendo que o Estado pratique atos materiais a fim de converter o patrimônio do devedor em renda ao credor.

As sentenças condenatórias têm eficácia *ex tunc*, pois seus efeitos retroagem à data da propositura da demanda. Como regra, elas só produzem efeitos a partir do trânsito em julgado salvo se o recurso contra ela interposto não for dotado de eficácia suspensiva.

A sentença prepara a execução. Ela é só a causa, não o efeito. Como dito, ela é a mais ineficiente de todas as tutelas jurisdicionais. Se o grau de eficácia de uma tutela se mede pelos efeitos concretos em que está apta a produzir a sentença condenatória produz pouquíssimos efeitos para fora do processo⁽¹⁸⁾.

3.5 Tutela Mandamental

Os primeiros escritos sobre ação mandamental começaram na Alemanha com Georg Kuttner e posteriormente pelo também alemão Goldschmidt. Ambos classificavam a ação mandamental como ação autônoma ao lado das declaratórias, constitutivas e condenatórias⁽¹⁹⁾.

O raciocínio dos juristas alemães era inverso em relação à nossa concepção de tutela mandamental. Não definiam as tutelas mandamentais pelos meios de obtenção do provimento, mas nas limitações que o ordenamento oferecia para o cumprimento das decisões. Ademais, limitavam a qualificar as ações mandamentais tomando por premissa sempre a existência do Estado no pólo passivo da demanda. O que hoje, à luz do artigo 461 perdeu todo o significado (exceção feita ao mandado de segurança).

Pontes de MIRANDA⁽²⁰⁾ foi o primeiro no Brasil a desenvolver um estudo mais aprofundado sobre as tutelas mandamentais, com base

¹⁸ Cassio Scarpinella BUENO, Ensaio Sobre o Cumprimento das Sentenças Condenatórias, RT, 113/23

no seu famoso estudo do Tratado das Ações de atribuir às sentenças cargas de eficácia. Propugnou (dentre outros pontos) a inexistência de uma sentença pura, mas sempre com a eficácia preponderante (e que levaria o nome da sentença) com as demais em eficácias 'menores'.

Resume seu pensamento na estatalidade do provimento. "*Na sentença mandamental o juiz não constitui; manda*"⁽²¹⁾. A teoria do eminente processualista alagoano foi ratificada por Ovídio BATISTA⁽²²⁾ que, aos ensinamentos de Pontes acrescentou a auto-executoriedade, como característica marcante das tutelas mandamentais. Assim, após a sentença, as atividades se dariam na mesma relação processual.

BATISTA, liga as tutelas mandamentais às obrigações legais (assim como relaciona as executivas *lato sensu* aos direitos reais). Importante frisar, na ótica do citado autor, que as demais obrigações ficavam afetas as sentenças condenatórias, deixando as obrigações legais (*rectius*; deveres jurídicos) decorrentes de outros ramos do direito que não os das obrigações.

Sérgio MURITIBA, em monografia sobre o tema e analisando os estudos empreendidos por Pontes de Miranda e Ovídio Baptista entende que a estatalidade "*é mais uma justificativa política para a existência da técnica mandamental do que propriamente um dos elementos que a configuram*"⁽²³⁾. Assim, "*todo e qualquer tipo de provimento jurisdicional, simplesmente por decorrer do exercício de uma atividade jurisdicional, é imperativo, não sendo possível auferirmos, por esse critério, uma hierarquia entre eles*"⁽²⁴⁾.

Eduardo TALAMINI⁽²⁵⁾ assevera que não é a imposição imperativa que caracteriza a tutela mandamental, mas a função técnico-processual à disposição da parte para utilizar-se dos meios de coerção necessários. Assim "*é pela forma como se consegue alcançar o resultado esperado*". MARINONI visualiza a situação sob outro prisma - o processual - ao asseverar que "*o que define a sentença mandamental é a possibilidade de se requerer sob pena de multa*"⁽²⁶⁾. Marinoni expressamente

¹⁹ Todavia a origem histórica se deu dos interditos romanos, em que o pretor não condenava, mas ordenava uma imposição de conduta. Os interditos se diferiam das actios, justamente porque estas últimas eram ligadas ao direitos obrigacionais e eram julgadas por um juiz privado.

²⁰ Francisco Cavalcanti, Tratados das Ações, V. 1, p. 224

²¹ Idem Ibidem

²² Ovídio Araújo Baptista da SILVA, Curso de Processo Civil, v. 1, 1987, Fabris

desqualifica a tentativa de se enquadrar as sentenças mandamentais como sub-espécies das condenatórias.

Entende que uma sentença não é mandamental porque manda ou ordena mediante mandado, já que *"a mandamentalidade não está na ordem, ou no mandado, mas na ordem conjugada à força que se impõe à sentença, admitindo-se o uso de medidas de coerção para forçar o devedor a adimplir"* (Tutela Inibitória... p. 356).

Neste sentido arremata Eduardo TALAMINI⁽²⁷⁾ para quem *"o que confere força executiva ao provimento mandamental não é a medida processual de coerção que eventualmente o acompanhe, mas a previsão de que seu descumprimento caracterizará afronta à autoridade (...)".* Qualifica-se ordem não pelo seu conteúdo em si, mas pela consequência de sua violação, até mesmo porque todo descumprimento é afronta ao Poder Judiciário.

É assim que se pode divisar a sentença condenatória, pois nela o descumprimento não acarreta a aplicação de crime de desobediência já que a técnica empregada nestes tipos de medida dispensa o emprego de outras medidas de coerção que não os da sub-rogação.

Assim podemos identificar dois elementos na ação mandamental: 1) coercitividade, vale dizer, sem que haja a imposição de uma obrigação, tornar-se-ia inócua a tutela mandamental, 2) sincretismo, pois não há a necessidade de instauração de dois processos (conhecimento e execução, na medida em que a sentença mandamental, por conter em si o comando e a determinação dos meios de coerção, não prescinde da propositura de processo executivo, já que a hipótese de conduta (F) gera sempre um consequente (C) em caráter impositivo).

Neste sentido difere das sentenças executivas já que neste caso, o conteúdo substancial nada mais é do que uma sub-rogação. No caso da mandamental, o cumprimento depende da vontade do obrigado e os 'meios' adequados são os meios para criar este estímulo na vontade do réu.

É de se verificar que os meios utilizados para se aplicar a técnica mandamental relacionam as prestações de natureza infungível⁽²⁸⁾

(a utilidade que ele proporciona está condicionada à participação do réu).

Por sentença mandamental, portanto, deve-se entender a técnica que pretende extrair do devedor o cumprimento voluntário. Dirige-se diretamente contra a pessoa do obrigado aguardando dele o acatamento e o cumprimento de uma ordem sob pena de responder pelas consequências desse descumprimento.

A tutela mandamental busca fundamentalmente eliminar quaisquer alternativas mais compensatórias para o devedor do que o próprio cumprimento da obrigação. Atua mais no âmbito psicológico do devedor do que nos fatos propriamente dito, já que se espera dele o resultado ajustado no plano do direito material.

José Roberto dos Santos BEDAQUE entende que *"sentença mandamental é aquela em que, em razão do seu objeto, o processo de execução ou a prática de atos de sub-rogação não são necessários (...)"* já que *"caracteriza-se pelo fato de a execução limitar-se ao cumprimento do mandado judicial, visto que impossível o inadimplemento"*. Assim, *"a diferença [que caracteriza a sentença mandamental] está, portanto, não na natureza da crise, mas na forma de efetivar o comando emergente da sentença"*⁽²⁹⁾

Importante frisar que ao contrário da mandamental que tem a aptidão de compelir o réu ao cumprimento com medidas de estímulo, a sentença condenatória parte do pressuposto de que o juiz não pode interferir na esfera jurídica do indivíduo e assim ordená-lo a cumprir a sentença (até mesmo pela idéia do direito liberal clássico que à época da concepção dessas sentenças todas as tutelas de direito que não cumpridas convertiam-se em pecúnia).

Por fim, é de se asseverar que nada impede (pela ausência de tipicidade dos meios executivos, somada a necessidade de integral proteção ao direito material), que o magistrado utilize-se de duas tutelas diferenciadas para obter o resultado desejado. Assim, se a técnica man-

²³ Ação Executiva Lato Sensu e Ação Mandamental, 2005, RT, p. 228

²⁴ Idem

²⁵ Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e não fazer, RT, 2000

²⁶ Luis Guilherme MARINONI, Tutela Inibitória, RT, 2000, p. 350

²⁷ Eduardo, Tutela relativa.....cit., p. 191

²⁸ Sérgio MURITIBA (Ação Executiva.... p. 248) assevera com precisão que a doutrina civil não atém as dificuldades práticas, se limitando a definir dever fungível como aquele que revela irrelevante a pessoa do devedor para cumprimento da obrigação, assim as obrigações de dar coisa certa ou dinheiro são sempre fungíveis. Esquecendo-se que muitas vezes a fungibilidade aparece em situações concretas, como exemplifica o autor nas situações em que o devedor esconde o bem ou mesmo nas situações em que não existe terceiro interessado.

²⁹ Efetividade do processo e Técnica Processual, 2006, Malheiros.

damental não criar o efeito desejado, nada impede que se busque por meio da tutela executiva o cumprimento da obrigação (evidentemente nos casos em que este tipo de técnica tiver espaço).

Em muitos casos sendo a executiva *lato sensu* técnica mais dispendiosa e demorada (v.g ofício para Polícia requerendo força policial, utilização de máquinas para impedir infração e tudo isso tem um custo), poderá se requerer a tutela mandamental quando o autor evidentemente, não possuir verba necessária para a adiantar os custos do serviço, ou quando o tempo empregado para realizar o fazer fático puder tornar inócuo o provimento.

É claro, e por vezes revela-se sobremodo complicado dividir a tênue linha entre condenar a mandar. Assim, existe ordem do juiz para o escrivão do Registro Civil averbar divórcio ou interdição, mas nem por isso constituem sentenças mandamentais.

Importante que se entenda que a especificidade dessa tutela está na vontade do legislador, assim como o fez com as sentenças condenatórias e monitórias.

3.6 Tutela Executiva

Boa parte da doutrina clássica não aceita a autonomia das sentenças executivas, hospedando-a na rubrica das condenatórias⁽³⁰⁾.

Como dito, Pontes de MIRANDA desenvolveu interessantíssimo trabalho acerca da classificação das sentenças e sua carga de eficácia da qual não haveria sentenças puras, mas preponderantes, todas com pesos diferentes de 1 a 5. Sérgio Muritiba⁽³¹⁾ condensou com precisão as principais idéias do autor: "(a) o núcleo da eficácia executiva *lato sensu* reside na transferência de coisa, da esfera patrimonial do réu para a do autor; (b) a mencionada coisa deve lá estar de forma ilegítima, contra direito; (c) esta coisa pode ser garantida tanto por um direito real quanto por um direito pessoal; (d) a eficácia executiva (força) se dá de maneira imediata, sempre por meio da própria sentença do processo de conhecimento, de modo que pode haver atividade executiva sem a necessidade de título executivo judicial ou extrajudicial; (e) por fim, por razões didáticas e coerentemente com sua concepção, as ações executivas *lato sensu* devem ser colocadas no âmbito do processo de conhecimento".

²⁹ Efetividade do processo e Técnica Processual, 2006, Malheiros.

³⁰ Assim Cândido DINAMARCO, Execução Civil, Malheiros, 6ª edição, 1998

Ovídio BAPTISTA DA SILVA⁽³²⁾ seguindo os passos do autor alagoano, propagou a autonomia das sentenças executivas, e teceu severas críticas a dicotomia cognição e execução, no sentido de que o sistema, por deixar confinada toda atividade jurisdicional executiva para uma fase específica, limitou a execução somente por créditos.

Dessa forma, as sentenças executivas dariam supedâneo aos direitos reais enquanto as de direito obrigacional ficariam reservadas as sentenças condenatórias. Esta diferenciação, forte nos aspectos históricos (*actio* romana), somente poderá ser possível se explicado os conceitos de ação e de direito material.

Entende que somente o direito real condiciona a parte passiva estar sujeita a perda da coisa. Entretanto não explica o caso da ação executiva de despejo contra o inquilino pelo locador não proprietário.

Talvez a grande diferença das tutelas executivas (e que se verá tal diferença não é suficiente para proclamar a sua autonomia) em relação às demais – máxime a condenatória – refere-se aos meios executórios e o momento de sua aplicação.

As sentenças executivas são de natureza condenatória, mas prescindem de uma fase de execução que lhes sobrevenha para que seu comando seja cumprido. Pois as condenatórias exortam o devedor a cumprir, a executiva já efetiva a tutela.

A sentença executiva parte da premissa que ela, por si só, altera a denominada linha discriminativa das esferas jurídicas o que não ocorre com a execução que precisa de outra medida para que se possa cruzar essa linha.

A sentença executiva é técnica sub-rogatória que se realiza independente da vontade do devedor, mas que não atua mediante apropriação de bens (predicativo das execuções por quantia certa como a penhora, avaliação e alienação). Ao contrário da condenatória, esta não se dirige ao devedor da obrigação, mas concretiza-se independente de sua vontade. Por ser, como dito, técnica sub-rogatória típica neste ponto – e basicamente neste ponto – se afina com a tradicional tutela condenatória.

Por ser exceção à regra ao sistema bifásico, necessitam de previsão legal no ordenamento jurídico (v.g, possessórias e o despejo).

Aqui, portanto manifestam-se as execuções diretas, já que o magistrado diretamente toma a providência que o devedor deveria ter tomado. Há uma substituição de conduta. Importante frisar que a sub-rogação daqui é menos intensa que a do processo de execução típico,

³¹ Ação Executiva Lato Sensu e Ação Mandamental, 2005, RT, p. 228

³² Sentença e Coisa Julgada. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 195

na medida que basta o patrimônio – qualquer um – do devedor para que se possa cumprir a obrigação nas condenatórias, o que não ocorre com as executivas.

A técnica executiva tem seu campo de incidência nas obrigações de fazer de natureza fungível.

3.7. Como harmonizar os conceitos de tutela condenatória, executiva e mandamental

3.7.1 Uma primeira análise: tutelas executivas e mandamentais

Sabe-se que a tutela jurisdicional executiva pode se operar tanto por meio de outra fase de um processo já instaurado (condenatórias) como no corpo da mesma (ação executiva ou mandamental). Tal separação foi possível na medida em que as reformas que foram engendradas a partir de 1994, máxime pelo artigo 461 (este por sinal com forte influência no artigo 84 do CDC) e 273, oportunizaram a quebra da barreira conhecimento e execução, ou relativização da dicotomia, como entende Kazuo WATANABE⁽³³⁾. Criaram-se então os meios de efetivação pelas tutelas executiva e mandamental.

Essa força executiva própria inerente a essas tutelas tem como característica a atuação oficiosa do magistrado dentro do mesmo processo cognitivo. Evidente que a forma de cumprimento dessas sentenças (como serão vistas abaixo) diferem do cumprimento das sentenças condenatórias de pagamento. E isso porque a despeito de se ter propagado o sincretismo das sentenças que condenam ao pagamento, não se seguiu, em absoluto, as modificações empreendidas pelo artigo 461 e posteriormente pelo artigo 461-A. No cumprimento de sentença criada pela Lei federal 11.232/05, é necessário que a sentença **seja executada** (independente do nome que se dê a esse cumprimento), é necessário petição inicial (independente do nome que se dê a esse requerimento) e é necessário, por fim, que se instaure numa outra fase procedimental (independente do nome que se dê a essa etapa).

Há, todavia, de acordo com a obrigação inadimplida uma forma diferente de cumprimento da tutela. Assim, VIA DE REGRA, o cumprimento por sub-rogação, penhora, avaliação, etc, é afeta a obrigação por quantia. A entrega de coisa certa e incerta é forma de cumprimento por tutela executiva lato sensu (coerção direta) e nas obriga-

³³ Da Cognição no Processo Civil, 2ª Edição, CEBEPEJ, p. 47, 1999

ções de fazer ou não fazer (máxime as infungíveis) o meio adequado é a técnica mandamental (coerção indireta). Todos os meios de cumprimento decorrem, todavia do mesmo fato gerador: inadimplemento.

3.7.2 Uma segunda análise: tutelas condenatórias, executivas e mandamentais. Classificação das sentenças condenatórias?

Consoante ressaltado alhures, as sentenças executivas e mandamentais revelaram maior interesse dos estudiosos de processo com o advento do artigo 84 da L. 8.038/90 (tutela coletiva) e do seu correlato genérico do artigo 461 (tutela individual).

Como forma de resolver os problemas normativos do cumprimento das tutelas foi-se necessário nominar os modelos de implementação prática das obrigações de fazer e não fazer e de entrega de coisa, sem se utilizar da expressão 'processo de execução'.

A partir daí sobreveio uma enorme disparidade na doutrina acerca da classificação (e tentativa de enquadramento) das sentenças condenatórias, executivas e mandamentais. Para alguns autores, tratam de espécies do mesmo gênero, para outros uma sub-espécie do conceito condenação ou ainda simplesmente condenação.

BARBOSA MOREIRA entende que a doutrina tenta medir com a mesma régua coisas diferentes. Criaram um sistema heterogêneo para tentar classificar as sentenças ora pelos efeitos ora pelo conteúdo. Assevera que o sistema classificatório padece de lógica pois deveria seguir um tratamento uniforme⁽³⁴⁾.

Uma coisa ninguém discorda. As tutelas mandamental e executiva não dependem de processo de execução já que operam **ex inter-vallo** diretamente no processo de conhecimento. Não necessitam de uma nova citação, não instauram uma nova relação jurídica e por isso mesmo sua efetivação é contínua. Já a condenação necessita de uma nova fase.

Nestas situações – executivas e mandamentais – o juiz expedirá ofício para que a parte cumpra e em não fazendo criará condições concretas de efetivação daquilo que foi determinado. Desta forma o artigo 461 e seus §§ 4º a 6º se amoldam muito melhor as eficácias executiva e mandamental do que as técnicas condenatórias puras.

É de se indagar quais os critérios utilizados para a classificação quinária que introduziu à classificação clássica duas outras modalidades. Qual o elemento introduzido pelo legislador apto a proceder esta transformação?

De acordo com o professor Cassio SCARPINELLA BUENO, a classificação nada mais é do que uma forma de aproximação estudo e

sistematização de um objeto ⁽³⁵⁾. Mas nesse caso, será que se pode colocar dentro do mesmo critério de classificação as sentenças acima mencionadas?

BEDAQUE ⁽³⁶⁾ entende que a exagerada relevância que o problema das espécies de sentença vem adquirindo não é compatível com os efeitos práticos proporcionados pela discussão, qualquer que seja o entendimento adotado. A mudança da classificação ternária para quaternária não contribui para aumentar a efetividade da tutela jurisdicional.

Pelo direito material, é possível classificar três situações diversas: a incerteza sobre a existência de uma relação jurídica, a presença de requisitos para a modificação de uma relação jurídica ou o inadimplemento de uma obrigação de dar, fazer ou não fazer.

Portanto, a relação entre as modalidades de tutela e a situação substancial trazida à apreciação é útil à compreensão da classificação ternária, tornando desnecessária a criação de novas categorias de tutela.

A condenação decorre de uma atividade lógica exercida pelo juiz de subsunção dos fatos à norma regulando a regra do caso concreto. Assim, exaurida a atividade cognitiva com o acerto do direito, é preciso dotar a atividade de eficácia prática para que não permaneça no plano do dever-ser. Desta feita, como o cumprimento da regra depende da vontade do destinatário a condenação limita-se a deixar a oportunidade para realização prática. O tipo de medida a ser adotada coercitivamente na esfera do executado depende do tipo de obrigação não cumprida.

Mas a causa é sempre a mesma: inadimplemento, por isso independente da classificação que se dê, a sentença é condenatória.

Não se confunda condenação com **sanção**. Nem sempre haverá sanção nas condenações levadas a efeito. Basta verificar a condenação em sentença de custas e honorários. Tal cominação decorre de simples sucumbência e não de conduta antijurídica ou mesmo abusiva da parte.

Se as tutelas são classificadas pela finalidade (declaratória, constitutiva ou condenatória) e as técnicas executiva e mandamental são apenas variantes (= meios) para obter a tutela desejada, não podem ser elas novas sentenças, mas meios diferentes de se cumprir a sentença condenatória de acordo com a obrigação inadimplida.

³⁴ Questões Velhas e novas em matéria de classificação das sentenças, Revista Dialética de Direito Processual, 34

³⁵ Ensaio sobre o Cumprimento das sentenças Condenatórias, ed. Saraiva, 2006

³⁶ Efetividade do Processo e Técnica Processual, Malheiros

Assim, nas tutelas tendentes a afastar a crise de adimplemento surge a necessidade de praticar atos posteriores a fase cognitiva para tornar concreto o comando emergente da decisão. Assim, se houver necessidade de instauração de uma nova fase a sentença é simplesmente condenatória. Se a efetivação se der no próprio processo de conhecimento que originou o acerto do direito, diz-se ser executiva ou mandamental.

Assim já entendeu em obra recente José Roberto dos Santos BEDAQUE para quem "*as denominadas 'sentenças executivas' ou 'mandamentais' representam mera variação da forma como serão praticados os atos destinados à realização concreta do conteúdo do ato cognitivo: no mesmo processo ou mediante medidas de coerção (...) daí não ser nada conclusiva a afirmação de que a sentença executiva visa dotar o ato judicial de maior dose de efetividade, o que faltaria a sentença condenatória*" ⁽³⁷⁾. Portanto entende em conclusão o professor do Largo São Francisco, que a única diferença reside (e que não altera em absoluto a classificação das sentenças) na técnica adotada para a prática desses atos: no mesmo processo ou em processo distinto ou como diz "*ao modo por meio do qual serão produzidas alterações no mundo empírico*" ⁽³⁸⁾.

Querer estabelecer diferenças a partir do sincretismo (confusão ampliada a partir do advento da L.11.232/05) não se entremostra suficiente. Pense nas sentenças puras. As sentenças condenatórias 'puras' não necessitam de ulterior processo de execução para tornar efetiva a tutela pleiteada. Basta pensar na sentença condenatória de inadimplemento contratual que condene o réu a perda do sinal. Não obstante se tratar de uma sentença condenatória, não haverá nenhum ato de agressão ao patrimônio do réu, pois o numerário já está na posse do autor.

Assim como a sentença de obrigação de prestar declaração de vontade (atual artigo 466 do CPC), já que a sentença que condenar o réu a emitir a declaração é suficiente para substituir a vontade, sendo desnecessária ulterior execução (a despeito de entendimentos diversos no sentido de se tratar de sentença constitutiva ⁽³⁹⁾).

Assim também é a sentença que condena a pagar alimentos cuja prestação é descontada da folha de pagamento.

Este raciocínio condenação e execução em módulos estanques e momentos históricos distintos esteve arraigado no nosso sistema até a primeira reforma de 1994 (que trouxe a tutela antecipada e a tutela

³⁷ Efetividade do Processo e Técnica Processual, Malheiros, p. 530

específica do artigo 461) da qual após a condenação sobrevinha um processo de execução.

BEDAQUE ainda assevera que *“esta variação estrutural está relacionada à forma adotada pelo sistema para produzir as alterações no plano material, para dotar de eficácia prática o comando jurídico da sentença condenatória. A existência de múltiplas técnicas, destinadas a transformar em realidade concreta aquilo que até então se encontra no plano da cognição, não influi, todavia, na substância do fenômeno. Qualquer que seja o meio de realização de seus efeitos, a sentença continuará sendo condenatória, pois destinada a afastar o inadimplemento de uma obrigação. Há diversidade apenas quanto à forma de obtenção coercitiva da prestação devida”* (40).

Nesta esteira, é lapidar os ensinamentos de Cassio Scarpinella BUENO: *“o que ocorre nesta ações do art. 461 e, mais recentemente, do art. 461-A é nada mais e nada menos do que autorizar o juiz, em um mesmo processo, sem solução de continuidade, a declarar a existência de direitos – o grau de certeza dessa declaração é outro problema, indiferente para o desenvolvimento desse ensaio – e realizar concretamente esta declaração desde pronto, independentemente de como esta realização concreta vai se dar”* (41)

Assim, podemos concluir que a diferença reside não na condenação (já que toda sentença que decorre um cumprimento por inadimplemento é condenatória), mas a forma de efetivação da SENTENÇA CONDENATÓRIA. Assim, os mecanismos que vão tornar a realidade da condenação concreta (e permitam-me usar uma terminologia do prof. Bedaque), *“retirando-a do plano cognitivo”* não apresenta característica bastante para simplesmente distingui-la da condenatória. Sua única especificidade reside no sincretismo da eliminação do binômio condenação-execução.

Em resumo: a natureza da obrigação é que influi na forma de cumprimento da sentença condenatória. Não se criaram novas sentenças, mas formas diferentes de se efetivar a mesma coisa (de acordo, repise-se, com a natureza da obrigação).

³⁸ Idem, p. 531

³⁹ Flávio YARSHELL, Tutela Jurisdicional Específica nas Obrigações de Declaração de Vontade, Malheiros, São Paulo, 1993 entende que *“tratar essa sentença como condenatória implicaria descaracterizar o conceito de sanção”*. Seguindo a linha da natureza condenatória, BEDAQUE para quem *“essa sentença é condenatória, pois destinada a eliminar o inadimplemento de obrigação de fazer e não a reconhecer o direito potestativo de alguém”*.

Mas para isso, é de se entender quais critérios devem ser levados em conta para destacar uma sentença e se esses critérios têm aptidão de conferir autonomia a essas sentenças (ou forma de cumprimento delas).

4- TUTELA INIBITÓRIA, TUTELA DE REMOÇÃO DO ILÍCITO E TUTELA RESSARCITÓRIA.

4.1 Introdução

Consoante ressaltamos, para que os direitos obrigacionais possam ser cumpridos na prática o Estado cria mecanismos para eliminar o *status* inativo do réu e determinar, com ou sem o consórcio de sua vontade o cumprimento da obrigação tal qual houvesse sido efetivada de forma espontânea ou, ao menos, a sua reparação na forma pecuniária.

Para tanto o Estado deve estar municiado com um *plus* em relação à mera imposição de conduta ao devedor. Do contrário, de nada adiantaria o Estado, pois as obrigações remanesceriam apenas no plano do dever-ser. Para fins desta operacionalização, a grande diferença entre o particular (a qual é vedada, na maioria dos casos, a autotutela) e o Poder Público, está na aplicação de comandos sancionatórios a fim de se realizar no mundo empírico a tutela jurisdicional desejada.

Sanção é medida estabelecida pelo ordenamento com o objetivo de reforçar a observância de suas normas ou remediar os efeitos da sua inobservância (42). É importante frisar que (para os fins que este trabalho comporta) a sanção tem dois aspectos práticos: o primeiro é que não necessariamente opera como ato posterior a norma inobservada, podendo ser sanção preventiva. O segundo é que, a despeito do que possa parecer, nem sempre a sanção é aplicada pela prática de ato contrário a direito, podendo ser uma sanção premial, como é o caso da isenção de custas acaso haja cumprimento voluntário do mandado na monitoria. Falaremos do modo de agir da sanção dentro de alguns casos em que se necessita da tutela jurisdicional obrigacional.

4.1.1 Tutela Inibitória

⁴⁰ José Roberto dos Santos BEDAQUE, Efetividade do processo....p. 538

⁴¹ Ensaio sobre cumprimento das sentenças condenatórias, RePro 113, Rt, 2004

⁴² TALAMINI, Tutela..., p.

Dada as premissas fixadas no tocante às obrigações que necessitam de tutela (ao menos pelo corte metodológico por nós aqui proposto) e das formas de se visualizar os efeitos da tutela, compete agora falar, ainda que perfunctoriamente, sobre algumas técnicas processuais tendentes a conferir resultado ao processo de maneira mais efetiva e mais próxima da realidade.

É importante que se saiba que toda relação jurídica de direito material existente conta com um sistema de proteção (*rectius*, tutela) representada por medidas previstas no ordenamento para garantir, dessa forma, a observância do dever jurídico ou mesmo remediar os efeitos causadores da sua violação.

Logo, diante de certas circunstâncias autorizadas pelo ordenamento, o sistema jurídico encontra-se municiado de técnicas e medidas tendentes a impedir ou evitar a violação a uma regra jurídica. E sobre esse particular falaremos especialmente da tutela inibitória.

A ação inibitória reflete o novo sistema e novo perfil do Estado em relação ao direito material violado. A estrutura do CPC de 1973 com todo momento histórico à época de sua concepção remontava uma linha de princípio de equivalência valorativa entre os bens jurídicos susceptíveis de tutela.

Desta forma, o sistema sempre prestigiou o sistema sub-rogatório, com técnicas tendentes a tornar toda obrigação específica em "equivalente pecuniário". Este tipo de concepção prestigiava apenas as obrigações pecuniárias, cuja técnica se efetiva (sempre foi e ainda é) por meio de apreensão patrimonial de bens do devedor para pagamento ao credor da obrigação devida. As obrigações de natureza específica, representada pela entrega de coisa, um fazer ou um não fazer, eram carentes de adequação pelo sistema na medida em que o não cumprimento volitivo do devedor acarretava na consequência da resolução obrigacional em 'perdas e danos'.

Esta forma de ver o cumprimento das tutelas refletia o sistema liberal que compunha a forma de pensar da sociedade que preconizava a intangibilidade da vontade humana, como reflexo da liberdade dos indivíduos para o cumprimento dos seus deveres.

Diante dessa situação houve a necessidade de se criar uma ação de conhecimento preventiva. Caso não fosse possível, todos os direitos sujeitos à norma e os direitos fundamentais não teriam nenhuma

significação prática, já que poderiam ser violados a qualquer momento, restando somente o ressarcimento do dano.

Assim, a ação preventiva é consequência lógica e cronológica da qual o direito material tanto almeja. Esta regra, a despeito de se achar uma novidade no sistema ou mesmo uma construção exegética, nada mais é do que interpretar (ler e reler) com a atenção necessária a regra da qual "a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário a lesão ou ameaça a direito" (CF. art. 5º, XXXV). Assim, não basta ao juiz apenas interpretar as normas processuais, mas retirar delas – as normas – os instrumentos processuais necessários para viabilizar a concessão da tutela.

A ação inibitória tem também fundamento substancial na medida em que a lei material permite ao credor exigir o cumprimento específico da obrigação de entre de coisa, fazer ou não fazer.

Assim, "tendo-se em vista o direito ao cumprimento específico da prestação devida, estabelece-se, como seu consectário, o direito material de inibição do ato antijurídico, o direito substancial de prevenção, consistente na possibilidade de se resguardar um bem jurídico diante da ameaça de sua violação"⁽⁴³⁾.

Assim a ação inibitória, ação de conhecimento que é ⁽⁴⁴⁾, se volta contra a possibilidade do ilícito⁽⁴⁵⁾. Importante que se diga que é exatamente contra o ilícito que se volta a tutela inibitória e não contra o dano. A pensar desta forma (de se imaginar que a tutela inibitória se volta contra o dano), teríamos que convir que antes do dano nada haveria no processo, pois este seria o fato gerador para buscar a providência jurisdicional. Há algum tempo atrás, o ilícito civil outrora praticado não se revestia de potencialidade para receber proteção judicial. Faltaria ao autor interesse no pedido, a despeito do ato ilícito consumado, pois necessitaria da prova do dano.

O dano é uma consequência (eventual) do ato ilícito, mas não uma relação causa-e-efeito. Assim, se o titular de uma marca comercial ingressar com uma ação com o intuito de impedir que alguém a use indevidamente (inibir), a *ratio petendi* versará sobre o ato contrário ao direito, independente se causará dano ou não a veiculação indevida.

Joaquim Felipe SPADONI, entende que com a nova redação do artigo 186 dada pelo CC de 2002 "deixou de ser adequado afirmar-se que a ação inibitória é voltada contra o ato ilícito"⁽⁴⁶⁾, preferindo a terminologia ato antijurídico.

Endoprocessualmente a matéria ganha novo relevo na medida em que se torna desnecessário alegar o dano (e, por consequência) e produzir prova sobre ele. Assim o campo de cognição do magistrado fica circunscrito a ser o ato ilícito ou não.

⁴³ Ação Inibitória, Joaquim Felipe Spadoni, 2ª edição, RT, p. 45

Todavia, não se descarta a hipótese que em alguns casos exista a identidade cronológica entre o ato contrário ao direito e o dano. Nas hipóteses em que o ilícito e o dano ocorrerem no mesmo momento histórico, o fator dano será objeto de consideração pelo juízo quando da apreciação do ato inquinado ilegal.

Existem três formas no sistema de atuação da tutela inibitória: a primeira para proibir a prática do ilícito, a segunda para inibir a sua repetição e a terceira para inibir a sua continuação.

Evidentemente que a primeira hipótese é, sem sombra de dúvidas a mais difícil de ser provada. E isso porque provar a existência de um eventual e potencial ilícito é muito mais difícil do que obstar a produção ou evitar a repetição de um ilícito já ocorrido (como nas duas outras hipóteses).

Assim entende MARINONI ao asseverar que *“enquanto duas delas – a que visa inibir a repetição e a que objetiva inibir a continuação – ao se voltarem para o futuro, e assim para a probabilidade da repetição ou da continuação, podem considerar o passado, ou seja, o ilícito já ocorrido, a outra não pode enxergar ilícito nenhum no passado, mas apenas atentar para eventuais fatos que constituem indícios de que o ilícito será praticado”*⁽⁴⁷⁾. Portanto o que se distingue nelas é exatamente *“o que nelas deve ser provado”*⁽⁴⁸⁾.

É importante frisar que no tocante ao ilícito reiterado (sua repetição), parte-se da premissa que exista um intervalo entre o ilícito praticado e o ilícito que está por vir. Todavia não só a reiteração do ilícito é objeto de interesse da tutela inibitória. É possível também uma ação para arredar a eficácia ilícita continuada. No primeiro caso está a verificar a prática de uma nova ação que [em decorrência disso] gera um novo ilícito. No segundo caso não há uma nova ação, mas os efeitos daquela ação anteriormente praticada (e ilícita) gera (rectius, perdura) seus efeitos no tempo.

⁴⁴ A despeito de ser sedutor o argumento de cautelares para prevenir ilícitos (ou mesmo obstar a sua eficácia), não se pode conceber sua utilização na medida em que o direito de inibição do ilícito não pode ser revestido de natureza instrumental (assim como são as cautelares), pois a tutela preventiva é O PRÓPRIO bem da vida que se persegue e não um instrumento para se obter a utilidade prática do processo.

⁴⁵ Luiz Guilherme MARINONI, Técnica Processual e Tutela dos Direitos, RT, 2004, p. 255

⁴⁶ Ação Inibitória...p. 56

A ação inibitória só tem incidência sob a ação ilícita continuada, pois somente se atinge àquilo que está por vir. Aquilo que já foi realizado e perdura no tempo (ação de efeitos prolongados) carece de interesse a ação inibitória. Repise-se, apenas se inibe aquilo que pode ser praticado. Caso contrário restará apenas a possibilidade de requerer a remoção do ilícito já praticado (v.g despejo de lixo tóxico em local proibido).

Assim, podemos divisar bem a aplicação das tutelas de acordo com o direito material que se visa proteger: a ação inibitória é cabível quando se teme a continuação da atividade ilícita, já a ação de remoção de ilícito – que se verá adiante – tem aplicabilidade para o ilícito de eficácia continuada.

Evidente que neste novo contexto de se pensar as tutelas preventivas (que antes eram afetas somente no direito penal), a fim de dar vigência a sua efetividade, deve revestir a norma de impositividade para se determinar proibições ou imposições de conduta. Isso quer dizer que o ilícito praticado pode ser tanto comissivo como omissivo, já que a sua função é evitar o ilícito.

Assim *“se o direito material exige um não-fazer, nada impede que o juiz ordene um fazer para que o direito seja efetivamente tutelado. Assim, por exemplo, se alguém está proibido de perturbar a vizinhança, nada obsta que o juiz, em vez de ordenar a paralisação da atividade, imponha a instalação de determinado equipamento. Nesse caso, partindo da premissa de que não há regra de direito material que obrigue a instalação do equipamento, a impossibilidade do fazer decorre do poder conferido ao juiz pela legislação processual (art. 84, CDC e 461, CPC)”*⁽⁴⁹⁾.

Tal é a questão de suma importância para se entender efetivamente a diferença entre ilícito e dano.

4.1.2 Tutela inibitória executiva e mandamental

Dada a premissa da norma ser dotada de impositividade, de regra a tutela inibitória é sempre mandamental, ou seja, há o emprego de multa para coibir a prática do ato ilícito.

Todavia nada impede que em determinados casos se utilize a técnica executiva para evitar a prática ou mesmo a repetição/continua-

⁴⁷ Luiz Guilherme MARINONI, Técnica Processual e Tutela dos Direitos, RT, 2004, p. 255.

⁴⁸ Idem. Assim também é no direito alemão (BGB §1.004) e no direito italiano (Lei sobre o direito do autor art. 156).

ção do ilícito. Assim pode-se designar um oficial de justiça para impedir que alguém entre em determinado local para exercer atividade que é exclusiva de outrem⁽⁵⁰⁾, ou mesmo a nomeação de administrador provisório para atuar na administração da sociedade e impedir um ato ilícito a ser praticado por um dos sócios.

Esta atividade – a executiva – prescinde da vontade do demandado. O problema é que a coerção direta para os casos de atos que podem [potencialmente] ser praticados é ainda mais difícil a prova. Pois a coerção indireta nada mais é do que uma cláusula condicional que apenas terá eficácia *se e quando* houver o descumprimento pelo destinatário da ordem. Assim, não se revela arbitraria a medida judicial pelo simples fato que ela produzirá efeitos somente quando da ação ou omissão.

Agora se revela preocupante deferir uma medida que desencadeie atos operacionais agressivos ao patrimônio, sem que a parte tenha sequer praticado o ato inquinado ilegal.

Eduardo TALAMINI classifica os mecanismos sancionatórios nos de sujeição, quando não há a vontade do obrigado (=meios subrogatórios) e os de indução, desde que o objeto seja tangível, sem a influência do obrigado. Estas últimas pode ser positivas (incentivo fiscal, v.g) ou negativas (multa, prisão, v.g)⁽⁵¹⁾.

Mas não se pode apenas pensar em insuficiência probatória ou argumentativa, e sim em situações em que exista a incompleta impossibilidade de dar vigência à regra da tutela inibitória mandamental. Basta pensar no caso do demandado que, à evidência não possui bens. A multa seria inócua e insubsistente para coagir o réu a não praticar o ato. Assim é a expressão contida no §5º do artigo 461 “medidas necessárias”. Dada a impossibilidade da técnica mandamental utiliza-se a inibitória executiva a fim de salvaguardar incólume o bem jurídico susceptível de violação.

4.2 Tutela de remoção do ilícito

Ao contrário da ação inibitória que destina a impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito, a ação de remoção, dirige-se a remover os efeitos do ilícito que já ocorreu.

⁴⁹ Idem

⁵⁰ Luiz Guilherme MARINONI, Manual do Processo de Conhecimento, RT, 2006, p. 445

A ação inibitória voltada a impedir a repetição do ilícito tem a finalidade de evitar a ocorrência de outra atividade ilícita. Assim como a atividade voltada a inibir a continuação do ilícito tem a finalidade de inibir a continuação do ‘agir ilícito’. Desta forma a ação inibitória somente tem cabimento para evitar “o prosseguimento de um agir ou de uma atividade”⁽⁵²⁾ e não quando o ato já estiver sido praticado e estando presentes apenas os seus efeitos.

Esta dificuldade dogmática em se estabelecer a ação de remoção de ilícito em relação à inibitória, decorre muito da (também) dificuldade em se divisar o dano e o ilícito. Pois quem trabalha com a junção indissociável desses dois fenômenos, por certo entende que a única medida cabível contra o ilícito é a ação de reparação de danos. Entretanto o ato contrário a direito já cria fato gerador (*rectius*, interesse) em se buscar a tutela devida no judiciário, independentemente da ocorrência de dano ou não⁽⁵³⁾.

Luiz Guilherme MARINONI, assevera que a ação de remoção do ilícito, “*não se dirige contra um agir continuado, mas sim contra uma ação que se exauriu enquanto agir, mas cujos efeitos ainda se propagam no tempo assim, apenas quando o ilícito se prolonga no tempo deixando em aberto a possibilidade de danos é que há interesse de agir em sua remoção. Nesse caso, fala-se em ilícito de eficácia continuada*”⁽⁵⁴⁾. Desta forma quando o dano tem correspondência cronológica com o ilícito, a tutela ressarcitória é o suficiente. Todavia quando o dano ainda é uma expectativa, não há o que se ressarcir, visto que o nosso direito veda a tutela em condição suspensiva.

A eficácia da tutela de remoção de ilícito é dupla: repressiva ao ato contrário ao direito e preventiva ao eventual dano, já que a supressão do ilícito elimina a fonte de dano.

Dai sua diferença com a ação ressarcitória que visa corrigir o estrago já ocasionado, seja de forma específica seja mesmo (e até) pelo ressarcimento monetário.

Assim, dadas as premissas estabelecidas, podemos fixar alguns pontos convergentes entre a tutela inibitória e a de remoção de ilícito:

(i) ambas não visam (não tem como pressuposto) o dano, ou nas palavras de MARINONI, o elemento subjetivo (culpa ou dolo) é relacionado à imputação ressarcitória. Não que seja proibido argumentar o dano na causa de pedir (é até recomendável por força retórica), mas

⁵¹ Eduardo TALAMINI, ob cit. Pg. 170 e ss.

⁵² MARINONI, idem.

ele não será objeto de preocupação pelo magistrado, pois se a norma erige uma regra de conduta justamente para evitar que o seu descumprimento não gere danos, exigir a prova do dano é criar uma impossibilidade física uma vez que não se pode demonstrar a existência de um fato jurídico que ainda não ocorreu ou que esteja na [eventual] expectativa. A obrigatoriedade de discorrer sobre o dano seria o mesmo que retirar da norma a eficácia que o legislador lhe empregou, pois condiciona a violação ao dano, independente do descumprimento.

Pense-se na venda de medicamentos proibidos por lei. Se não houvessem ações voltadas a impor a vontade da norma, o comerciante poderia discutir sempre judicialmente a inocorrência de danos, fazendo como cláusula morta a norma posta em vigor.

(ii) ambas apenas podem ser utilizadas na presença de regras de proibição ou observância As normas, da qual figuram como espécie as regras e os princípios devem prever a proibição da conduta. MARINONI⁵³ entende que não necessariamente uma regra (rectius, texto de lei) precise prever a vedação da conduta. Assim, um direito fundamental poderá ser avocado (meio ambiente, por exemplo) para evidenciar a sua ilicitude. É o caso do artigo 10 do CDC que proíbe ao fornecedor colocar no mercado produto que apresentar alto grau de periculosidade ou nocividade. À ausência de pressupostos específicos do que vem a ser nocivo ou perigoso, competirá ao consumidor invocar a norma principiológica a seu favor e cabe ao magistrado circunscrever a ilicitude, pois contrária ao direito. Isso está ligado à característica do produto e não com a probabilidade de gerar danos.

(iii) A prova. Aqui reside um ponto de divergência. A prova na remoção de ilícito é mais fácil, na medida em que já ocorreu o ilícito. Assim o fato ocorrido (indício), pode gerar, por meio de raciocínio dedutivo, (presunção) nova prática. Na inibitória, é necessário provar a probabilidade de ilícito.

(iv) possibilidade de tutela antecipada. Tanto o artigo 461 como o artigo 84 do CDC prevêem a possibilidade de concessão de tutela

⁵³ Assim, se uma empresa veicula uma propaganda no outdoor que, à evidência configura prática concorrencial ilícita, por certo o instrumento correto será a tutela de remoção de ilícito, pois a inibitória será insuficiente ante ao ilícito já praticado e a reparação de danos é inócua na medida em que a propaganda continua em exposição.

⁵⁴ Luiz Guilherme MARINONI, Técnica Processual e Tutela dos Direitos, RT, 2004, p. 270.

antecipada nas obrigações específicas. Trata-se de demonstrar na inibitória a probabilidade e na remoção o ilícito causado. Assim, o periculum in mora ou 'justificado receio' é (na inibitória) que o ilícito possa ser causado no curso do processo e (na remoção) que o ilícito já tenha sido praticado.

Não se fala em dano irreparável ou de difícil reparação na medida em que não é contra o dano que se demonstra a juridicidade da pretensão.

4.3 - a processualização das tutelas inibitória e de remoção (um preâmbulo ao capítulo seguinte).

Os direitos materiais carecedores de tutela são diversos. Assim, não se pode criar um itinerário único para resolver todas as situações postas pelos jurisdicionandos ao Estado, se a função do judiciário é de fato prestar uma tutela efetiva. Assim, a lei não pode se antecipar aos fatos, pois (i) fatalmente tornar-se-á insuficiente dada a multiplicidade de situações e diversidades de tutelas que podem ser levadas ao seu crivo, não podendo criar um ou (alguns) modelos padrão; (ii) um itinerário já escrito, faz com que o juiz deva seguir a regra mas não necessariamente tome a medida mais adequada.

Assim é que se tornou imperioso conferir maiores poderes ao magistrado para que possa, dado o caso concreto (e todas as especificidades daí decorrentes) traçar as técnicas que julgue mais adequadas e que se amoldem de maneira mais escorreita ao caso concreto.

Estes poderes decorrem muito mais de uma impossibilidade da lei em prever todas as situações concretas (bem como as alterações sociais que, por certo, modificam-se muito mais rápido que a aptidão do legislador em editar regras) do que simplesmente conferir poderes ao magistrado sem nenhum critério.

Importante asseverar, consoante frisamos que a técnica adequada para a remoção do ilícito ou a inibitória é, via de regra, a técnica mandamental. Pois só tem razão condenar alguém na medida em que haja no patrimônio do devedor o bem que se persegue. Não há o porquê condenar alguém a remover algo (que seria inócua) na medida em que a sentença que declara a ilicitude autoriza a remoção independente de um agir do réu.

⁵⁵ Idem

A quebra da dualidade modular (conhecimento-execução) acarreta também na relativização da tipicidade das formas executivas, pois se a previsão anterior estava hospedada no CPC de forma rígida (621/631 para execução de entrega e 632/645 para obrigações de fazer e não fazer) a quebra da dicotomia criando os módulos aglutinados num só momento (o que vem sendo chamado de sincretismo processual) evidentemente deve dar instrumentos ao juiz para o efetivo 'cumprir' da sentença (tal qual seria num processo autônomo) na medida em que a efetivação se dará no próprio processo em que se deu o acerto do direito.

A amplitude e generalização dos poderes do juiz também ocasionou uma certa relativização no princípio da adstrição da sentença ao pedido (arts. 128 e 460, do CPC), na medida em que se permite que o juiz possa conceder a tutela solicitada ou o resultado prático equivalente, o que vale dizer conceder algo em substituição àquilo originariamente requerido, desde que efetivo e proporcional.

Ainda nesses casos é possível a fungibilidade das tutelas nos mesmo moldes que àquela aplicada entre os interditos possessórios. Assim se alguém ingressa com a tutela inibitória e no curso do processo o ilícito ocorreu, poderá o juiz converter o pedido para remoção, dada a alteração superveniente ocasionada (inibitória para não vender um produto que foi, depois de ajuizada a demanda posto à venda).

4.3.1 controle do judiciário

A tentativa de se prestar melhor a tutela efetiva vem demovendo esforços se passa necessariamente na ampliação dos poderes judiciais. Para tanto, conferiu liberdade ao magistrado para fazer cumprir a tutela jurisdicional da melhor forma. Assim, a lei não é mais (somente) a base para o cumprimento. Conforme (está e será) demonstrado durante todo este texto, o juiz poderá não ficar adstrito ao itinerário determinado da lei. Tem poderes para estabelecer mecanismos (mesmo aqueles não encontrados no artigo 461§5º) para prestar a melhor tutela jurisdicional. Isso não quer dizer que o juiz não sofrerá nenhum tipo de controle. Em abstrato não mas sim diante do caso concreto. E isso porque a tipicidade dos atos executivos e a congruência da decisão ao pedido, deixaram de ser regras de valor insuperável para dar passo a efetividade das técnicas do processo.

Evidente que esta linha de raciocínio a ser tomada pelo juiz deve ser verificada, como bem assevera Luiz Guilherme MARINONI⁽⁵⁶⁾ sobre três critérios: a adequação (a tutela deve ser apta a proporcionar a tutela do direito), a necessidade (a medida deve causar a menor

restrição possível no réu, ou em outras palavras, deve-se usar, dentre os instrumentos adequados a tutela do direito, o de menor potencialidade a alterar a esfera de direitos do réu) e a proporcionalidade (que decorre de uma junção dos dois primeiros, ou seja demonstrar que a tutela foi adequada e necessária e houve justificação para o emprego dela).

4.4 - Tutela ressarcitória na forma específica e pelo equivalente

4.4.1 Lineamentos

Conforme verificamos, o dano é elemento eventual quando da prática do ato contrário ao direito. Assim, objetivando atacar o ato ilícito é adequada a tutela de remoção. Todavia, se o ato ilícito produziu o dano, é necessária a utilização da tutela ressarcitória tendo em vista que o prejuízo fático já restou consumado.

Ao contrário da inibitória ou da remoção de ilícito, a tutela ressarcitória tem como pressuposto a culpa (ação ou omissão) para que fique caracterizada a responsabilidade pela ocorrência do dano.

O dano poderá ser ressarcido de forma específica (ressarcimento pelo equivalente) ou em dinheiro. É sobre ambas que iremos falar.

Evidente que na práxis forense, sempre se tem como primeira idéia de ressarcimento o restabelecimento pecuniário pela parte que sofreu o prejuízo. Mesmo nos casos de danos extrapatrimoniais. Esta confusão não poderá ser feita, tampouco exercer uma regra de causa-e-efeito. O dano poderá ter conteúdo patrimonial ou não. E sua reparação poderá ser em dinheiro ou e forma específica.

O referido autor assevera que a tutela ressarcitória na forma específica sempre foi admitida no direito material, mas lhe faltavam técnicas de processo para implementá-las (o que foi acrescido pelos artigos 461, 461-A e 84 do CDC).

O lesado sempre poderá optar pelo ressarcimento na forma de tutela específica ao equivalente pecuniário salvo nos casos de onerosidade excessiva, pois a tutela adequada ao dano é aquela que proporciona a efetiva reparação. Aliás esta é a regra do artigo 461§1º quando alude que a obrigação "somente se converterá em perdas e danos se o autor

⁵⁶Luiz Guilherme MARINONI, Técnica..., p. 297.

o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente” e esta regra não se aplica somente às obrigações contratuais, já que sua aplicabilidade é mais ampla.

Portanto, a principal diferença entre o ressarcimento na forma específica e o ressarcimento em pecúnia reside que neste último, tem por desiderato conferir valor ao lesado equivalente a diminuição patrimonial percebida ou mesmo valor para a reparação do dano. Na forma específica, confere-se ao lesado situação idêntica (ao mesmo essa é a finalidade) àquela caso não houvesse ocorrido o dano.

Assim, o é o replantio de árvores cortadas. Se não for possível, não restará outra possibilidade que não o ressarcimento em dinheiro. A lesão a honra por impresso jornalístico também poderá ser reparado com a sua devida retificação ou desagravo. Caso não se consiga atingir a todas as pessoas que tomaram conhecimento do fato, a tutela ressarcitória poderá ser concedida, ou mesmo implementada junto com a retificação, como um *plus*, justamente para se dar a efetiva e adequada reparação.

Eduardo TALAMINI⁽⁵⁷⁾ estabelece outro critério distinguindo a tutela ressarcitória (pecuniária ou na forma específica, tal qual asseverado acima) da tutela restituitória em sentido lato. Assim, as restituições tinha por finalidade obter o resultado mais próximo possível caso a norma houvesse sido respeitada. Tem por finalidade atacar a própria agressão (v.g desfazer um muro, aplicação de isolamento acústico em determinada casa noturna). Já a tutela ressarcitória ocorre quando deixa de ser possível (ou interessante ao titular de dado direito) a consecução do resultado igual ao do adimplemento.

Desta forma se requer resultado equivalente ou compensador seja por dinheiro, seja na prática de atos ou entrega de bens. Difere-se o ressarcimento na forma específica da restituição tendo em vista que este atinge a própria situação (=transgressão) e aquele os danos decorrentes dessa transgressão (v.g desagravo em público decorrente de ofensa indevida).

Todavia, sempre compete ao lesado optar pela forma de ressarcimento que melhor lhe aprouver, seja o dano patrimonial ou não. É importante estabelecer esta premissa justamente porque o ressarcimento do dano patrimonial pode ocorrer onerosidade excessiva como se verá abaixo, o que não ocorre com a outra forma de ressarcimento justamente porque não há elementos quantitativos para se inferir o prejuízo.

Outra questão importante asseverar (e que havíamos esboçado linhas atrás), é que nada impede sejam cumuladas dentro do mesmo pórtico procedimental as tutelas ressarcitórias na forma específica e as tutelas pelo equivalente. Não propriamente uma cumulação em si, mas um complemento de uma técnica a outra de molde a permitir a efetiva reparação sempre que apenas uma delas for insuficiente para a adequação do efetivo ressarcimento.

Assim, como o ressarcimento pela forma específica não visa o mero restabelecimento da situação, mas exato restabelecimento da situação acaso não tivesse ocorrido o ilícito. Em não sendo isso possível, poder-se-á cumular o pedido com o ressarcimento financeiro para que se obtenha a satisfação integral do dano.

4.4.2 o princípio da onerosidade excessiva e a *compensatio lucri cum damno*.

Tanto o código civil italiano (artigo 2058) como o alemão (§251, ABS.2) prevêm que se a reparação *in natura* causar onerosidade excessiva, o ressarcimento deverá ocorrer pelo equivalente pecuniário. Em verdade esta regra não necessita estar hospedada no ordenamento, na medida que, consoante bem observa, mais uma vez Luiz Guilherme MARINONI⁽⁵⁸⁾ “*não é racional o comportamento que exige o ressarcimento na forma específica quando seu custo não justifica tal opção*”.

Assim, como bem observa o autor paranaense, o custo de reparação de um carro com bastante uso poderá ser mais dispendioso que a aquisição de um novo de mesma marca.

Se de um lado pode ocorrer a desvantagem para o réu, por outra, poderá ocorrer vantagem pecuniária ao lesado. É a chamada *compensatio lucri cum damno*.

Desta forma se um pequeno dano à lataria for necessária a pintura de todo o carro que, evidentemente dará valor maior o bem, poderá a parte argüir o pagamento apenas daquilo que seja devido.

É possível requerer uso de multa (= técnica mandamental) para forçar o devedor a cumprir a obrigação de reparação na forma específica. Uma porque muitas vezes a reparação não poderá ser realizada pelo lesado (como a veiculação da retificação no jornal, e.g), outra porque a multa poderá fazer com que o ofensor ‘estimulado’ possa cumprir a reparação de forma específica sendo esta de forma mais ágil e

⁵⁷ Tutela relativa...p. 184

barata. Assim, não se aplica a multa apenas para casos de obrigações infungíveis ou mesmo onde a sub-rogação não tenha alcance.

O próprio artigo 287, ao referir-se a "entregar coisa" já revela que se aplica multa [também] para as obrigações infungíveis.

5 - ESPECIFICAMENTE OS ARTIGOS 461 e 461-A DO CPC.

Disciplinam, respectivamente os artigos 461 e 461-A do CPC;

Art. 461 - Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º - A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º - A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (Art. 287).

§ 3º - Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4º - O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º - Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

⁵⁸ Idem

§ 1º Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.

§ 2º Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel.

§ 3º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461.

O artigo 461 foi introduzido no sistema com fortes influências no artigo 84 do CDC que introduziu no nosso sistema a denominada tutela específica. É específica porque se parte do pressuposto que o Estado deve obrar para obter, pelo seu provimento, a maior coincidência possível entre aquilo que se pede e o bem da vida dado no processo caso tivesse sido ela resolvida no plano do direito material.

Sua existência tem razão de ser na medida em que se mostra, aos olhos da nova ótica processual, que o sistema, como dito, deve proporcionar a tutela mais coincidente possível (resultado prático), com o pedido formulado. Assim, é indispensável se dotar de medidas especiais de tutela para que se possa dar completude a esses tipos de obrigações (deveres).

Essas medidas podem, até mesmo, ser preventivas (consoante expusemos no capítulo 4) com o intuito de evitar o dano decorrente do ato contrário a direito.

A lei fala não só em tutela específica, mas também em resultado prático equivalente ao do adimplemento. Parte da doutrina entende que só se segue essa regra quando for impossível a tutela específica e o juiz, *ipso facto*, poderá dar algo semelhante àquilo que foi pedido. Com observância ao princípio da efetividade, trata-se de uma exceção à regra do princípio da congruência (CPC, art. 128 e 460), pois permite-se ao magistrado conceder medidas alheias àquelas formuladas pelo autor na inicial.

Outra parte da doutrina entende, contudo, que esta regra se aplica na forma de obtenção da tutela. Já que não é dado ao juiz buscar qualquer resultado que lhe pareça adequado pena de ferir o princípio da adstrição (2, 262, 128, 460 do CPC). Logo essa regra se relaciona muito mais às medidas para obtenção (pedido imediato) do que ao próprio bem da vida (pedido mediato) que guarda referibilidade com a esfera de disposição do autor.

Por um posicionamento ou por outro, ambas são espécies do gênero tutela específica (em sentido lato) que se contrapõe às tutelas

genéricas (perdas e danos) prevista no artigo 461 §1º, CPC, que são reparatórias ou ressarcitórias cuja satisfação se dá pelo equivalente em dinheiro daquilo que não foi cumprido.

Parcela da doutrina entende ser possível o portador do título judicial ou extrajudicial renunciar a ele para valer-se da ação de conhecimento do artigo 461 inclusive com a possibilidade de antecipação de tutela. E isso porque esse modelo tem maior aptidão de produzir os seus efeitos, mais ainda porque o título executivo é mais que prova verossímil para a obtenção de liminar ex do artigo 461§3º. Fundamenta no artigo 644 que remete a forma de cumprimento das sentenças de fazer e não fazer ao art. 461 (59).

Perdas e danos – O §1º do artigo 461 estabelece que a obrigação específica pode ser convertida em perdas e danos se:

- a) o autor requerer
- b) for impossível a obtenção da tutela específica ou o resultado prático correspondente.

A Lei estabelece uma série de praticas materiais que o Estado tem a sua disposição para obter o direito *in natura* postulado pelo autor. Contudo nem sempre isso é possível. Apesar de preferencialmente o desejo do requerente se concentre na obrigação postulada, podem ocorrer circunstâncias objetivas e subjetivas que inviabilizem o cumprimento tal como postulado autorizando a conversão em perdas e danos.

É importante verificar as situações:

6.1. Requerimento do autor (conversão subjetiva). De regra a previsão abstrata do legislador em conceder o próprio direito (e não seu correspondente em dinheiro) coincide com a vontade do autor ao postular em juízo a tutela específica. Contudo, independentemente das circunstâncias, poderá o credor requer a conversão em perdas e danos. Ao contrário do sistema anterior (ainda arraigado no novo Código Civil⁶⁰) o CPC criou um verdadeiro "direito subjetivo do credor à conversão em perdas e danos". Constitui uma faculdade processual que prescinde o motivo.

Para a correta interpretação da norma, há, contudo, que se enfrentarem alguns pontos importantes sobre esse requerimento:

i) é possível formular o pedido de conversão, mesmo que a tutela específica ainda seja realizável? Apesar de conspirar contra a própria essência da norma, entendemos que seja possível. E isso por

que, criou-se um direito potestativo em requerer a conversão em perdas e danos. Os motivos são diversos (demora na prestação jurisdicional, a tutela específica não se tornou mais interessantes para o autor, etc.), mas ao mesmo tempo, *irrelevantes*. Trata-se de novação objetiva unilateral⁶¹

ii) o pedido de conversão subsiste mesmo diante de direito indisponível? Não há dúvida de que vige na execução o princípio da disponibilidade (CPC, art. 569) conforme explicitado no capítulo sobre os princípios. Contudo, quando se tratar de direito indisponível, sua esfera de liberdade fica tolhida na medida em o ordenamento cria um sistema protetivo a esta modalidade de direito que deve ser prestada na forma específica salvo se tornar impossível a prestação, quando então haverá conversão para pecúnia.

iii) como resolver a questão da conversão subjetiva à luz da interpretação extensiva do artigo 313 do Código Civil? Preconiza o artigo 313 do CC/02 que "O credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa". Logo não se pode exigir do devedor, numa interpretação extensiva ao artigo, bem diverso daquele que fora pactuado. Contudo este direito lhe foi concedido pela lei processual desde que tenha ocorrido o inadimplemento. Antes disso não se pode autorizar a conversão, pois o obrigado tem a possibilidade de entregar especificamente o que é devido.

6.2. Impossível a tutela específica/resultado prático correspondente (objetiva). Para que se possa entender essa possibilidade de conversão, que independe de ato volitivo do autor é necessário verificar se a impossibilidade é *material* ou *jurídica*.

i) a impossibilidade material ocorre normalmente nas obrigações infungíveis (aquelas que devem ser prestadas exclusivamente pelo devedor), pois o não cumprimento pelo obrigado invariavelmente acarreta em perdas e danos, já que terceiro não poderá cumprir a obrigação que importa não só o *resultado* como o *meio*. O não cumprimento tem ampla dimensão: pode ser por mera resistência, por morte ou enfermidade, por perda da habilidade da qual se tornou notório (cantor que perdeu a voz por negligência), pela perda do objeto. Em todos

⁵⁹ Ensaio....

⁶⁰ Vide art. 389, CC/02

⁶¹ DIDIER-CUNHA-BRAGA-OLIVEIRA, Curso...p. 426

os casos a conversão é instantânea, salvo na hipótese de resistência, quando o magistrado tentará todos os mecanismos de coerção que a lei lhe confere (e não lhe confere) no parágrafo quinto do artigo 461. As obrigações fungíveis, justamente porque podem ser cumpridas por terceiros, não geram impossibilidade material, salvo pela perda do objeto (o Buffet contratado que não compareceu no casamento).

É fundamental que a inexecução tenha ocorrido por culpa do devedor: o inadimplemento sem culpa (não cumprimento da obrigação por fatores da natureza, v.g.) não gera perdas e danos, apenas resolvendo-se a obrigação (CC, art. 248)⁽⁶²⁾. Contudo se já estiver em mora deverá responder pela impossibilidade superveniente da obrigação conforme artigo 399 do Código Civil⁽⁶³⁾.

ii) a impossibilidade jurídica ocorre quando ocorre a existência de alguma norma que tenha o condão de impedir a prática do ato ou mesmo impuser alguma forma de restrição, como por exemplo a impossibilidade de praticar o ato quando há dever profissional de abster-se⁽⁶⁴⁾.

Por meio de petição simples, o autor procederá ao requerimento de conversão que se dará, por meio de liquidação incidente (para que se apurem as perdas e danos. Apesar de ser um direito do exequente, nada impede que o executado formule o pedido (a fim de evitar/paralisar a incidência da multa pecuniária) comunicando ao magistrado a impossibilidade material.

A decisão de conversão desafia o recurso de agravo de instrumento, pois se trata de decisão interlocutória após a sentença. A decisão da liquidação que estabelecer o valor forma título executivo judicial cobrado via cumprimento de sentença conforme artigo 475-J do CPC.

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - o §3º permite que seja concedida a tutela antecipada desde que preenchidos os requisitos para tanto. A lei não faz distinção se se pode conceder a tutela específica ou o resultado prático equivalente, podendo ser qualquer dos dois. Já que se o réu compelido por multa não cumprir pela via mandamental nada impede que sejam ordenadas praticas de sub-rogação para o resultado

⁶² "Art. 248. Se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa dele, responderá por perdas e danos".

prático equivalente (executiva). O artigo 273 segue como norma subsidiária, uma espécie de Poder Geral de Antecipação.

Será concedida sempre que houver cumulativamente a) relevante fundamento e b) ineficácia da medida, terminologias muito mais afeioadas a concessão liminar do mandado de segurança (art. 7º LMS), mas o caso é mesmo de antecipação.

MULTA - Conforme visto no item anterior, a tutela do artigo 461 do CPC é fomentada pela atipicidade dos atos materiais permitindo ao magistrado eleger as melhores técnicas para que se busque a tutela específica ou o resultado prático equivalente, o que se convencionou em denominar "poder geral de efetivação".

Dentre essas medidas de apoio, certamente, a mais importante é a multa legada das *astreintes* do direito francês. É pacífico na doutrina que a multa prevista no artigo 461, §4º, CPC não constitui multa sancionatória, pois não visa apenas o devedor que não cumpriu a obrigação. Muito pelo contrário, para que se obtenha a tutela *in natura*, é fundamental que a multa não tenha função retrospectiva, mas prospectiva, pois o interesse é no cumprimento da obrigação e a multa tem a função de exercer essa coerção indireta sobre o obrigado estimulando-o no cumprimento.

Tem sua incidência mais clara nas decisões mandamentais que são aquelas que têm por objetivo extrair do devedor o cumprimento voluntário.

A multa pode ser concedida de ofício conforme expressa disposição legal (CPC, art. 461, §4º).

Para a melhor compreensão sobre a estrutura dessa multa e, a fim de se evitar distorções na sua aplicação, é fundamental visualizar a sua diferença com a multa indenizatória prevista no artigo 14 do CPC, a denominada *Contempt of Court*.

⁶³ "Art. 399. O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada".

⁶⁴ Exemplo dado por Daniel NEVES, Manual.p. 885.

MULTA COERCITIVA (CPC, ART. 461, §4º)	MULTA SANCIONATÓRIA (CPC, ART. 14)
Natureza processual: objetiva efetivar uma decisão judicial	Natureza administrativa: punição pelo descumprimento de uma ordem
Função constritiva	Função punitiva
O valor é variável e periódico de acordo com o magistrado.	O valor é fixo. As bases estão estabelecidas em lei.
Não se limitar ao valor da obrigação, podendo excedê-la	Não pode ultrapassar o valor da obrigação
Beneficiário da multa é a parte contrária	Beneficiário da multa é o Estado
De acordo com posicionamento doutrinário assumido, o trânsito em julgado não é requisito para cobrança da multa.	Sua exigibilidade está condicionada ao trânsito em julgado

Tanto que estas multas podem ser cumuladas sobre a mesma situação jurídica.

i) Valor. Tendo em vista sua finalidade de coerção, não se submete a nenhum valor específico, tampouco a algum teto. Desta forma algumas questões importantes devem ser enfrentadas:

a) Base de cálculo. A determinação do valor da multa não pode ser arbitrada sem nenhum parâmetro concreto. Não basta a mera discricionariedade judicial para que se apure determinado *quantum*. Para tanto, o magistrado, na investigação sobre o correto valor deve aplicar o binômio **suficiência + compatibilidade**. O valor deve ser *suficiente* para compelir (estimular) o obrigado a cumprir e compatível com a sua realidade financeira, a natureza da obrigação e as peculiaridades do caso concreto.

E se o contrato (que deu ensejo à demanda) já contiver o valor da multa pecuniária em caso de inadimplemento? Ao magistrado restam três possibilidades: i) tomar como base o valor estabelecido em contrato; ii) acrescentar multa processual somada a multa material estabelecida em contrato se entender que esta é insuficiente e iii) substituir a multa fixada no contrato, por outra que entenda mais adequada

(talvez até menor), pois o seu *poder geral de efetivação* permite analisar qual a melhor meio para compelir o executado ao cumprimento, mesmo que haja contrato nesse sentido.

b) Limite. A multa não pode ter como limite o valor da obrigação. Desta forma, não há se falar em incidência do artigo 412 do Código Civil que dispõe: "O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal". Contudo essa regra se aplica à cláusula penal (multa compensatória) não coercitiva. Do contrário, havendo limite a multa não surtiria nenhum efeito, pois o devedor recalcitrante sabe que aquele valor não poderá ser aumentado e prejuízo nenhum a mais sofrerá em sua esfera jurídica. Evidente que a multa não pode ser, por assim, dizer, infinita. Há de se ter um termo final. Não raro, máxime nas causas de baixo valor, o exequente possui amplo interesse na continuidade da multa para que lhe possa "compensar financeiramente". Neste caso a multa perde sua finalidade e se torna locupletamento ilícito. A melhor diretriz para essa questão é o magistrado, verificando a impossibilidade de cumprimento (seja pela manifesta recusa do executado, seja pela inviabilidade da consecução), converter a obrigação em perdas e danos, dando por finda a incidência da multa.

c) gratuidade da justiça. O beneficiário da gratuidade da justiça não está isento do recolhimento de multa. Pensamento contrário levaria a esdrúxula premissa que aquele que não possui condições de recolher as custas processuais e honorários não poderia ser compelido a cumprir a obrigação na medida em que a multa não poderia incidir sobre sua esfera jurídica. Apesar de que o beneficiário, provavelmente não terá recursos para arcar com o valor da sanção, mas a discussão prática deve ser aferida no caso concreto.

d) Procedimentos especiais com limites de valor. Há procedimentos, como os Juizados Especiais (cível, federal, fazenda pública) que possuem um teto para a condenação (quarenta salários mínimos no primeiro e sessenta nos demais). Evidente que, por se tratar de multa que objetiva o cumprimento da obrigação esta não pode ficar limitada ao teto legal. De outro modo perderia muito de sua serventia a multa, pois chegando ao limite, desestimularia o executado a cumprir a obrigação. Ademais, o valor do principal é limitado e não do meio (multa). Este entendimento está esposado no Enunciado n. 25 do FONAJE ao asseverar que "A multa cominatória não fica limitada ao valor de quarenta (40) salários mínimos, embora deva ser razoavelmente fixada pelo juiz, obedecendo-se o valor da obrigação principal, mais perdas e danos, atendidas as condições econômicas do devedor".

ii) **Periodicidade.** Apesar de o artigo 461, §4º utilizar a locução "diária", nada impede que o magistrado estabeleça de acordo com a natureza do direito material outra fração de tempo que entenda mais adequada ao caso concreto. Assim, pode estabelecer em semana, mês, hora, minuto e até segundo. Não se nega que uma cominação diária é insuficiente para uma obrigação instantânea (v.g. o cantor se recusa a se apresentar em determinada casa de shows previamente contratada, cuja apresentação será no dia seguinte). A multa não precisa ser sequer periódica. Para obrigações instantâneas, o magistrado poderá fixar uma multa de parcela única.

iii) **Adequação.** Como a multa objetiva compelir o obrigado ao cumprimento de um dever, esta deve ser justa e adequada aos propósitos da qual se destina. Portanto uma multa excessiva pode desmotivar o executado no cumprimento, já que sequer a multa terá condições de arcar. Assim como uma multa módica pode estimular o executado ao não cumprimento, tendo em vista que o valor cominado não é suficiente para influenciar a sua vontade.

Entretanto a multa aplicada poderá estar em desconformidade com a realidade da obrigação. E isso por que: a) o magistrado não tinha em mãos todos os elementos necessários para a fixação do valor (v.g. o desconhecimento da alta condição financeira do réu) ou b) alteração na situação fática (cláusula rebus), como exemplo, o pintor que se comprometeu em entregar a obra e sobre ele incide multa, fraturou a mão.

Desta forma, a Lei Federal 10.444/01, normatizou entendimento já sedimentado na doutrina e jurisprudência, inserindo no artigo 461 o parágrafo sexto estabelecendo que "o juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva". Pode o magistrado até, reduzir a multa de ofício (com eficácia *ex tunc*), se entender que o valor total possa gerar enriquecimento sem causa⁽⁶⁵⁾.

Não se trata de ofensa à coisa julgada. Portanto não há se falar em coisa julgada *rebus sic standibus*⁽⁶⁶⁾. E isso porque a multa não integra a coisa julgada, pois não faz parte do *thema decidendum*. Constitui meio para cumprimento da decisão judicial e não faz parte da decisão em si.

A multa, reduzida ou ampliada, incide a partir da nova decisão, não podendo retroagir sobre o início da incidência da sanção.

iv) **Exigibilidade.** A partir de quando a multa se torna exigível? Do trânsito em julgado ou da sua eficácia? No Brasil essas duas corren-

tes discutem qual a melhor forma de se determinar o termo inicial da exigibilidade.

- **Para a primeira corrente**, a multa é exigível quando a decisão que fixa a multa se torna eficaz (= apta a produzir seus regulares efeitos). Assim se a decisão for de natureza antecipada (CPC, art. 461, §3º), será a partir do momento em que decorrer o prazo recursal para interposição de agravo ou quando este, se interposto, não for recebido no seu efeito suspensivo (CPC, art. 527, III e 558). Se a multa foi concedida na sentença será a partir do momento em que se exaurir a possibilidade de interposição de recursos com efeito suspensivo⁽⁶⁷⁾. Desta forma a multa se torna exigível quando a decisão que a fixou se tornar eficaz. Cobrar a multa somente após o trânsito em julgado "seria esvaziar o que ela tem de mais relevante: a possibilidade de influenciar na vontade do executado e compeli-lo ao acatamento da determinação judicial"⁽⁶⁸⁾. Este posicionamento é defendido por Cassio SCARPINELLA BUENO, Eduardo TALAMINI

- **Para a segunda corrente**, a multa somente será exigível após o trânsito em julgado. Ademais, os defensores deste posicionamento asseveram que em legislação extravagante há dispositivos semelhantes como o art. 12, §2º da Lei 7.347/85 (Ação Civil Pública) e art. 213, §3º da Lei 8.069/90 (ECA) em que o trânsito em julgado é condição necessária para o cumprimento da multa. Este posicionamento é defendido por Luiz Guilherme MARINONI⁽⁶⁹⁾. A jurisprudência do STJ se posiciona a favor desta corrente.

Entendemos que a primeira é mais adequada pelos motivos já trazidos pela doutrina. Ademais, o processo coletivo é disciplinado (a falta de regra própria) pelo Código de Defesa do Consumidor que é portador, em seu artigo 84 de regra idêntica a prevista no artigo 461.

v) **Intimação.** Conforme dispõe o § 4º do artigo 461 do CPC, o magistrado fixará "prazo razoável para o cumprimento do preceito". Após, começa a incidir a multa. Contudo, é condição essencial que o executado seja intimado dela (Enunciado 410 da súmula dominante do Superior Tribunal de Justiça)⁽⁷⁰⁾. A intimação deve ser pessoal. Se a multa estiver estipulada em contrato o prazo começa a correr do inadimplemento, independente de intimação (*dies interpellat pro homine*, CC, art. 397).

⁶⁵ Este, aliás, é o posicionamento do STJ: 4ª T, REsp 973.879/BA, rel. Min. Luis Felipe Salomão; 4ª T. REsp 947.466/PR, rel. Min. Aldo Passarinho Jr.

⁶⁶ É aquela que a alteração das situações de fato pode gerar alteração do dispositivo da decisão.

É importante falar da legitimidade. Questionar a legitimidade é saber quem pode sofrer a multa e quem será o beneficiário da sanção. Numa rápida interpretação da lei é fácil constatar que o beneficiário será o autor, ou mais especificamente o exequente. Basta verificar que o parágrafo segundo do artigo 461 estabelece que "A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287)".

A cobrança dessa multa será por execução por quantia certa contra devedor solvente na forma de cumprimento de sentença nos termos do art. 475-J do CPC. E isso porque trata-se de decisão judicial. Contudo não será necessária a formação de nova relação jurídica, podendo ser executada nos mesmos autos em que se formaliza o cumprimento da obrigação principal. É o que dispõe, em reforço a esta constatação o artigo 739-B do CPC (com a redação que lhe foi dada com a Lei 11.382/06)⁽⁷¹⁾.

Quanto ao pólo passivo, de regra será aquele que tinha o dever de cumprir a obrigação e não o fez. Contudo, discussão extremamente elegante na doutrina e que torna necessária a devida menção neste momento: é possível incidir multa sobre pessoa jurídica? E sobre agente público no exercício de sua função?

No primeiro caso, a primeira resposta seria negativa. Afinal, se a multa tem por objetivo compelir o íntimo do obrigado ao cumprimento sob pena de pagamento, o representante, presentante ou sócio da pessoa jurídica não teria esse temor, já que o cumprimento se daria pelo patrimônio da empresa. Contudo nesse caso, sob pena de tornar impossível a incidência da multa, é permitida a multa pessoalmente contra a pessoa física, mesmo que a obrigação tenha se dado pela pessoa jurídica. Trata-se de mecanismo de efetivação colocado à disposição do Estado para proceder ao cumprimento da obrigação.

Até mesmo porque a pessoa jurídica somente poderá cumprir determinada obrigação por vontade da pessoa física. A multa, como objetiva influir nessa vontade, há de se tornar imperiosa a incidência sobre esta pessoa.

⁶⁷ Lembrando que a apelação, de regra, é recebida no efeito suspensivo (CPC, art. 520), mas os recursos de estrito direito como regra não (CPC, art. 542, §2º).

⁶⁸ Cassio SCARPINELLA BUENO, Curso, p. 465.

⁶⁹ CPC Comentado artigo por artigo, 2008, p. 430.

⁷⁰ Súmula 410, STJ: "A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer".

E o autor, poderia sofrer a incidência da multa? Evidente que o autor poderá ser cominado ao pagamento de multa se o réu assumir alguma posição ativa dentro do processo (reconvenção, pedido contra-posto, ação de natureza dúplice, ação declaratória incidental, denúncia da lide...). Mas mesmo quando o réu não toma uma posição ativa, é possível que se exija uma determinada conduta do autor sob pena de multa: assim, na apresentação de um documento que esteja em seu poder ou mesmo para que se retire imediatamente o seu nome de órgão de restrição de crédito.

Afinal se qualquer das partes pode ser submetida, no curso do processo, a ordem judicial de caráter mandamental, qualquer uma delas está sujeita a multa.

Até mesmo um terceiro pode ser apenado com a multa. Afinal todos devem colaborar com a justiça. Basta verificar o caso do representante da pessoa jurídica ou mesmo o órgão de restrição cadastral (conforme exemplo anterior) que se recusa a retirar o nome do réu de seus cadastros.

Uma questão se apresenta importante: Se a multa foi fixada em sede de tutela antecipada e vem sendo exigida ao longo de todo o processo, qual será o seu destino se, ao final, a demanda for julgada improcedente?

Aqui também se encontram duas correntes no ordenamento:

- **Para a primeira corrente**, a multa subsiste mesmo em caso de improcedência. E isso porque, pensar de maneira diversa tornaria a multa inútil. Para esta corrente, a melhor aplicação repousa no artigo 475-O, I ao estabelecer a responsabilidade objetiva de quem procede a execução provisória (que é o caso) e ao final deva responder por perdas e danos caso haja algum prejuízo. Esta é a posição defendida por Cassio SCARPINELLA BUENO⁽⁷²⁾.

- **Para a segunda corrente**, apenas quando o beneficiário da multa for vencedor é que terá direito a cobrança da multa. E isso porque a multa é somente um mecanismo (meio) para que se obtenha a realização de um direito (fim)⁽⁷³⁾, ou seja, a parte obterá o produto da técnica coercitiva (multa) mas não o direito que fez com que aquela técnica fosse colocada em prática.

⁷¹ "Art. 739-B. A cobrança de multa ou de indenizações decorrentes de litigância de má-fé (arts. 17 e 18) será promovida no próprio processo de execução, em autos apensos, operando-se por compensação ou por execução".

É possível incidir a multa sobre a Fazenda Pública, sabendo de toda a peculiaridade acerca da indisponibilidade de seu patrimônio que somente poderá ser pago por meio de precatório (CF, art. 100)? Há posicionamento para os dois lados.

- **Uma primeira corrente** entende que não seria possível já que o dinheiro que sairá dos cofres públicos não pertence à Fazenda, mas a população, logo, o efeito intimidador não surtiria resultado⁽⁷⁴⁾.

- **Uma segunda corrente defende**, contudo a plena possibilidade na medida em que a não incidência geraria um "mecanismo autorizador implícito" para que a Fazenda (a maior consumidora do judiciário brasileiro) deixe de cumprir os provimentos mandamentais contra ela impostos. A jurisprudência vem entendendo que nesses casos é possível a incidência de multa contra a Fazenda podendo até impor multa contra o próprio agente público para que tome as providências ao cumprimento da ordem judicial. Aliás, este vem sendo o entendimento do STJ (1ª Turma, REsp, 893.041/RS, rel. Min. Teori Zavascki, j. 05.12.2006).

MECANISMOS DE CUMPRIMENTO - Conforme se verificou no intróito deste capítulo bem como na parte principiológica da execução (capítulo...) o ordenamento brasileiro é regido pela tipicidade dos atos executivos, vale dizer, o itinerário até a satisfação do crédito foi minuciosamente estabelecida pelo legislador, devendo o magistrado apenas percorrer o caminho já traçado pela norma.

Contudo, as peculiaridades do direito material especialmente no tocante as tutelas específicas, em que se necessita muito mais de um "agir" do obrigado do que propriamente uma intervenção estatal na sua esfera patrimonial (execução indireta) levou o legislador a permitir, em obrigações não representadas em dinheiro, medidas atípicas, ora estabelecidas de maneira genérica pela lei, ora desenvolvidas pelo próprio magistrado à luz das circunstâncias do caso concreto⁽⁷⁵⁾.

Quem materializa esta viabilidade no sistema é o parágrafo quinto do artigo 461 do CPC ao apresentar as "técnicas executivas para a obtenção da tutela específica". Ali se verifica a imposição de multa (melhor verificada no item seguinte), busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras dentre outras.

⁷² Curso Sistematizado...p. 466-467

⁷³ DIDIER-CUNHA- BRAGA-OLIVEIRA, Curso...p. 454

A lei estabelece amplo rol enumerando as medidas que podem ser tomadas pelo magistrado. Contudo é possível que o próprio juiz entenda como insatisfatórias as medidas ali apresentadas, seja: a) pelo não resultado esperado, quando determinada sua produção ou b) quando notoriamente incompatível ou insuficiente para a realização daquele direito que se espera que a medida propicie. É necessário, portanto, municiar o Estado com medidas inominadas para que possa juntos daquelas previstas, exercer o seu poder geral de efetivação.

Fácil verificar a opção do legislador. Com o emprego da locução conjuntiva "tais como" resta clara a não exaustividade da norma. Caso contrário seria reduzir a muito pouco o poder geral de efetivação outorgado ao magistrado. Desta forma qualquer outra medida idônea e adequada poderá ser utilizada pelo Estado para estimular o cumprimento da obrigação.

Esta regra encontra perfeita consonância com a inafastabilidade jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV) que estabelece que o Poder Judiciário não se furta em apreciar "lesão ou ameaça a direito" qualquer que seja ele, tipificado ou não. Pode até o magistrado deferir as medidas de ofício quando a parte, por negligência ou desconhecimento não formulou.

É possível até que o magistrado lance mão de uma sanção premissal (sanção positiva que estimula o cumprimento como, por exemplo, a redução dos honorários no cumprimento da execução por quantia no prazo de três dias) para forçar o cumprimento.

É interessante verificar que, numa dada medida há uma quebra do princípio da adstrição/congruência da decisão judicial com o requerido pela parte. E isso porque o magistrado pode estabelecer medidas diversas daquelas apresentadas pela parte (é possível que a parte requeira multa para o caso de não entrega e o magistrado determine a busca e apreensão). Veja que a quebra da adstrição está nas medidas de apoio (pedido imediato) e não no próprio direito perseguido (pedido mediato), este, de acordo com parcela da doutrina não pode ser modificado pelo juiz sem autorização da parte⁽⁷⁶⁾.

Dentre os poderes abstratos e atípicos de efetivação que o magistrado possui para determinar o cumprimento da obrigação, estaria a prisão?

⁷⁴ Vicente Greco FILHO. Direito Processual Civil., 2005, p. 68-69.

⁷⁵ Assim como, por exemplo, o seqüestro dos bens do réu até solução definitiva da questão ou mesmo a prisão civil que será vista no item 4.1 abaixo.

Para que se possa responder a essa pergunta é necessário entender como o sistema brasileiro analisa a prisão civil e a prisão penal no tocante a essa questão.

Quanto à prisão civil, estabelece a Constituição Federal no seu artigo 5º, LXVII: "não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel". Portanto, numa primeira análise a prisão civil por dívida é expressamente vedada no nosso ordenamento salvo exceção estabelecida na própria Constituição.

A EC n. 45, ao outorgar natureza de Emenda Constitucional aos Tratados Internacionais de direitos humanos (CF, art. 5º, §3º), seguiu diretriz prevista no "Pacto de São José da Costa Rica", da qual o Brasil é signatário, que permite a prisão civil apenas do devedor de alimentos.

Esta questão foi enfrentada no Supremo Tribunal Federal (RE 349.703/RS e RE 466.343/SP), vindo a culminar com a edição de Súmula Vinculante de n. 25 que estabelece: "É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito".

Remanesce a pergunta: se a prisão civil somente é possível nos casos de alimentos, como autorizar que o magistrado proceda à prisão (civil) por outro motivo?

A discussão, contudo, no nosso entender, está em outro plano, a saber: A locução "dívida" empregada no preceito constitucional refere-se somente à obrigação do pagamento de quantia ou, numa interpretação mais ampla, qualquer obrigação de natureza civil (entrega de coisa, obrigação de fazer, não fazer, etc.)?

Há no Brasil dois posicionamentos:

(teoria restritiva) - uma primeira corrente defende que a expressão dívida abrange toda e qualquer modalidade de obrigação de natureza civil. Um dos argumentos trazidos é de que a teoria restritiva não conseguiria explicar a situação do depositário infiel que não constitui pagamento de quantia. É restritiva, pois restringe o uso da prisão civil. Este posicionamento é defendido por Eduardo TALAMINI, Ovídio BAPTISTA DA SILVA e Humberto THEODORO JÚNIOR.

(teoria ampliativa) - para essa corrente a expressão "dívida" deve ser utilizada apenas quando se tratar de prestação pecuniária. Portanto, estariam abertas as portas para a prisão civil nos casos de obrigações específicas que não tenham como objeto dinheiro (fazer e

não fazer, entrega de coisa certa e incerta). Este posicionamento é defendido por PONTES DE MIRANDA, Luiz Guilherme MARINONI e Marcelo Lima GUERRA.

A discussão, contudo deve ser vista sobre outro prisma e não sobre o alcance semântico da expressão dívida: A análise da prisão civil à luz dos direitos fundamentais⁽⁷⁷⁾.

Os direitos fundamentais não são (e não podem ser) absolutos. Os que defendem a impossibilidade de prisão civil estabelecem o valor liberdade de modo abstrato, apriorístico e absoluto como hierarquicamente superior a todos os demais direitos fundamentais.

Não se nega a importância do valor liberdade, mas diante do caso concreto, o magistrado deve colocar em cotejo com os demais direitos fundamentais que estão em jogo. Assim, o direito fundamental à tutela executiva, se não obtida, pode tolher algum outro direito fundamental do exequente como saúde, privacidade, integridade, meio ambiente e mesmo a vida⁽⁷⁸⁾.

Desta forma, mesmo com a não previsão infraconstitucional expressa, deve a prisão civil ser enumerada como uma das hipóteses decorrentes do poder geral de efetivação outorgado ao juiz no caso concreto (CPC, art. 461, §5º).

Evidente que a prisão deve ser vista, em virtude da força de sua medida, como forma residual e excepcional de coerção. Assim, a melhor forma de impedir o uso desenfreado desta medida é autorizá-la somente quando exauridos todos os demais meios possíveis para a obtenção da tutela específica.

A respeito da prisão penal, há uma tese interessante: se a prisão civil é (fosse) vedada, seria possível ao magistrado proceder à prisão penal como meio de coerção ao obrigado tipificando sua conduta pelo crime de desobediência (CP, art. 330), resistência (CP, art. 329) ou prevaricação (CP, art. 319). Há pelo menos três motivos para se afastar de plano essa possibilidade⁽⁷⁹⁾:

(a) para que a prisão crie o efeito esperado, deve ser imediata (prisão em flagrante). No ordenamento penal brasileiro a prisão em flagrante tem caráter punitivo e não coercitivo como a regra objetiva (tanto que o cômputo da pena é abatido no período que o devedor ficou preso);

(b) Com exceção do crime de resistência todos os demais são levados ao Juizado Especial Criminal. Nesses casos, há vedação de prisão em flagrante;

(c) Ademais, os crimes do Juizado Especial, sempre que possível haverá reparação de dano e não pena privativa de liberdade (art. 62, Lei 9.099/95).

⁷⁶ Eduardo TALAMINI, Tutela relativa..cit.p. 286-187

6 - REFLEXO DAS OBRIGAÇÕES CIVIS NO CPC

1. INTRODUÇÃO e primeiras reflexões

A percepção de uma estrutura mínima de processo deve passar por alguns dispositivos da constituição como o da inafastabilidade da jurisdição (XXXV) do devido processo legal (LIV) e da ampla defesa (LV).

Sobre a visão do novo processo é que a nova lei de execução modificou o artigo 463 do CPC estabelecendo que ao proferir a sentença de mérito, o juiz não exaure seu ofício, já que tutela jurisdicional não é só o direito, mas também a sua realização no mundo empírico.

Esta ruptura do modelo que vem se rompendo desde 1990 com o advento do Código de defesa do Consumidor trouxe uma nova percepção para olhar o processo como instrumento.

A instrumentalidade parte da premissa que o processo tem razão de ser na medida em que proporciona uma tutela efetiva aos jurisdicionandos em perfeita harmonia entre o direito e processo. Assim, é importante a observação das vicissitudes do direito material e as condições em que ele influencia o direito processual.

O novo Código Civil disciplina três modalidades de obrigação: dar (arts. 233 a 246) fazer (arts. 247 a 249) e não fazer (arts. 250 a 251). Não há no sistema civil uma obrigação de pagar - quantia certa ou incerta - porque de acordo com a doutrina o pagar dinheiro nada mais é do que um comportamento de dar ou entregar coisa.

O processualista separou no processo de execução uma parte própria para as obrigações de fazer (632/641) não fazer (642/643), obrigações de entrega de coisa certa (621/628) e coisa incerta (629/631). Não há no sistema a obrigação de pagar em dinheiro, mas um capítulo inteiro que trata de uma específica obrigação de dar quantia certa.

Esta opção do legislador processual para diferenciar o 'dar' do 'dar dinheiro', foi criada em vias de seu cumprimento. Assim, numa execução de dinheiro, qualquer porção de patrimônio do devedor poderá restabelecer *in natura* a obrigação não cumprida na prática.

Faz-se por execução sub-rogatória, pois o bem que ai se pretende é fungível.

⁷⁷ Marcelo LIMA GUERRA, *Direito Fundamentais.*, p. 135-137.

⁷⁸ *Idem*, p. 136.

⁷⁹ Conforme Cassio SCARPINELLA BUENO, *Curso.*, p. 470 e 471.

A grande problemática é que o pagamento em dinheiro sofre a irrestrita ingerência do princípio da realidade da execução, o que quer dizer que existe uma premente necessidade em se encontrar patrimônio disponível a fim de que possa ser penhorado, avaliado e alienado para que se obtenha o seu equivalente monetário. Desta forma a execução posta no processo civil é a única via típica franqueada no sistema para o cumprimento dessas tutelas.

É por isso que há um verdadeiro descompasso entre as modalidades de obrigação no campo do direito material com as do processo.

Na execução por quantia há um objeto mediato que não tem relação com o direito material, já que neste caso, o sistema criou um procedimento próprio para substituição de patrimônio por dinheiro. O que é diferente de uma execução de uma obrigação de dar que no plano do direito material envolve dinheiro também.

A lei processual rompeu com a tradição e permitiu que a sentença condenatória passasse a ser implementada (em dados casos) por mecanismos que não o tradicional modelo executivo.

Mais do que isso, a reforma do CPC criou mecanismos atípicos nos §§4º e 5º do 461. Ou seja, não há um prévio procedimento, uma determinação de quais atos deverão ser seguidos. Esta atipicidade decorre de um maior poder do magistrado em praticar atos de satisfação que melhor lhe aprouver a cada caso concreto, independente de um roteiro ou modelo pré-concebido.

Mas mesmo com a melhor adaptação do processo ao direito material ainda surge aqui e ali uma série de problemas, máxime quando as normas de processo extrapolam sobre jurisdição civil e vice-versa (a doutrina as chama de regras heterotópicas). Muito porque a Constituição Federal não separou adequadamente a competência de cada qual, muito porque é difícil, por vezes, se estabelecer um preciso limite do que vem a ser norma de processo e norma de direito material.

É sobre algum desses problemas, voltados ao campo obrigacional - objeto de nosso estudo - que falaremos agora.

2. O artigo 247 e 389 CC versus artigo 461§1º CPC

Disciplina o artigo 247 do CC que "*Incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta ou por ele exequível*". De outro lado diz o artigo 461 em seu parágrafo primeiro: "*a obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente*" (g.n).

Veja que a palavra somente cria o fato gerador sobre a reflexão que se deve analisar a partir de uma construção hermenêutica dos sistemas aqui enfrentados.

Conforme dito, o sistema processual vem laborando de forma árdua a conseguir dar vigência à máxima Chiovendiana sobre o efetivo conceito de tutela jurisdicional. Esta reflexão parte da premissa que o estado deve dar o direito a quem tem o direito e exatamente àquilo que ele pediu na medida que a tutela lhe assiste.

Assim, é contrário a todo espírito reformante do sistema prodigalizar como a regra (de Kelsen) de preceito e sanção que sendo a obrigação infungível não cumprida na prática (preceito), resolve-se (e invariavelmente) a obrigação em perdas e danos (sanção).

Desde o CPC de 39, tem-se permitido ao juiz suprir a vontade do devedor recalcitrante em manifestar sua vontade em dado negócio jurídico. Assim era a adjudicação compulsória.

Hoje é muito mais acorde aos ditames da justiça a imposição de um certo sacrifício à esfera jurídica do devedor do que simplesmente atribuir ao credor a tutela ressarcitória – que em certos casos será um prêmio de consolação.

É por isso que nesses casos, a imposição de multa (importada do direito francês, a *astreinte*) para compelir ao cumprimento independente da ocorrência de danos bastando o descumprimento (art. 461 §§4º e 5º CPC).

Mas não há se falar em revogação ou desconsideração dos artigos trazidos pelo Código Civil. O artigo 461 apenas evidenciou a possibilidade que o interessado tem em obter o resultado específico daquilo que deseja antes de sua conversão em perdas e danos.

Tanto é que o credor, consoante dispõe o §1º do referido artigo de lei, poderá pedir direto as perdas e danos se assim o quiser.

3. Os parágrafos únicos dos artigos 249 e 251

Muito se discutiu na doutrina anterior à edição do CC-2002 se se poderia mandar o credor mandar terceiro executar a obrigação à custa do devedor independente de ordem judicial, autorizando-se aí uma verdadeira autotutela. Com o advento do novo CC, em especial com a redação dada ao parágrafo único do artigo 249, permite-se que “em casos de urgência, pode o credor, independente de autorização judicial executar o fato sendo depois ressarcido”.

Estar-se-ia neste caso numa situação de autotutela? Acreditamos que sim.

Claro está que em não havendo urgência prevalece a orientação tradicional que veda a autotutela, devendo o credor determinar que o

juiz a autorize até mesmo liminarmente a contratar terceiros. Entretanto há uma questão que a lei não responde: quem avalia se o caso é de urgência?

Ainda nesse diapasão, importante asseverar que mesmo nas hipóteses de urgência o credor não poderá fazer a realização da atividade de forma antieconômica, pois configuraria uma hipótese de abuso de direito. Para evitar esses abusos, seria necessário aplicar o artigo 634 do CPC que já tem aplicação supletiva nesses tipos de casos para que se determine uma expedição de concorrência pública o que demandará, conforme se vê na prática, muito tempo.

Logo entramos em uma questão de difícil solução: ou bem se confere poderes para que o credor realize ao seu conceito de urgência e economia a atividade negada pelo devedor, ou bem realiza-se de forma equânime às partes, mas incorrendo em negar vigência ao parágrafo do artigo 249 do CC.

Esta regra tem aplicação análoga nas obrigações de não-fazer. É de se ver no artigo 251 em seu parágrafo ali disciplinado que: “em caso de urgência, poderá o credor desfazer ou mandar desfazer, independente de autorização judicial sem prejuízo do ressarcimento devido”.

Estes parágrafos não têm o condão de revogar o inadimplemento por perdas e danos (artigo 638 §único do CPC). Na verdade eles disciplinam apenas aqueles casos em que a propositura de uma ação, por mais rápida que seja, torna ineficaz a tutela do credor. Aliás, já é utilizado no nosso sistema situação semelhante quando se fala no embargo extrajudicial da nunciação de obra nova.

Criou-se, portanto, como bem assevera o professor Cássio Scarpinella BUENO, uma nova alternativa metaprocessual para situações que possam redundar à ineficácia da medida de tão aguda que é a urgência requestada.

4. A problemática da tradição do bem (os arts. 1267 e 237 do CC em face do artigo 461-A e aplicação analógica do artigo 461§3º).

O artigo 1.267 do CC disciplina que “a propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição”.

Já o artigo 237 diz que “até a tradição pertence ao devedor à coisa com seus melhoramentos e acrescidos, pelos quais poderá exigir aumento do preço; se o credor não anuir, poderá o devedor resolver a obrigação”.

Vê-se que a tradição (modo de aquisição de propriedade de coisa móvel) estabelece uma linha divisória para a responsabilidade no tocante a incolumidade do bem. Se na posse do devedor ou do credor, cada qual arcará pela responsabilidade enquanto o bem estiver na sua posse.

O meio cabível para se tutelar a entrega de coisa no judiciário tirante os casos que a lei confere procedimento específico (busca e apreensão, embargos de terceiro, reintegração de posse, ação de depósito) é a ação específica do artigo 461-A. A coisa, de ordinário é entregue, por meio de sentença de mérito. Entretanto, comprovados os requisitos ensejadores da tutela antecipada, o credor poderá requerer com base no artigo 461§3º a concessão de liminar para que lhe seja entregue o bem antes da prolação da sentença, ou seja, antes do acerto do direito.

Pincelada esta situação, particularmente neste caso, como ficaria a responsabilidade pela conservação da coisa, tendo em vista que a liminar que toma por base um juízo de verossimilhança é provisória e revogável?

Imagine-se um contrato de compra e venda da qual o devedor se recusa a entregar o bem avençado. Requer em juízo e obtém uma liminar para ficar provisoriamente com o bem.

Veja-se que nesta situação o autor não poderá se considerar em definitivo dono da coisa, tendo em vista a possibilidade de posterior sentença de mérito conferir o direito ao réu em cognição exauriente.

É importante frisar que na tutela antecipada, deverá o autor demonstrar: 1) o negócio jurídico celebrado com o réu e que este obrigou a entregar coisa, 2) que o réu não cumpriu a obrigação e 3) estejam previstos os pressupostos para a concessão (relevante fundamento e ineficácia da medida).

Portanto, a responsabilidade continua tendo como marco divisor a tradição pouco importa se esta transferência se deu espontaneamente ou por sentença no processo específico para requerer o bem.

Se, entretanto o comprador foi beneficiário de uma liminar que o deixou provisoriamente na posse do bem, a tradição (= transferência da propriedade) ainda não foi realizada porquanto não se concebe tradição provisória. Desta forma, se a coisa (no período de vigência da liminar), vier a se perder, arcará o vendedor com os prejuízos, pois o devedor nada obrou para que isso ocorresse. Nesta situação a responsabilidade da liminar é objetiva.

7 - O cumprimento de sentença nas obrigações de pagar quantia

Uma última reflexão. Seria possível utilizar o modelo de obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa para as obrigações de pagar dinheiro? Seria possível um modelo que elimina o binômio clássico entre cognição e execução? Poderá o juiz utilizar-se de meios atípicos para a aplicação de sanções ao réu contumaz? A Constituição Fe-

deral com base no princípio da inafastabilidade permitiria que a regra do artigo 461§5º se aplicasse a esses casos?

As questões tomam novas nuances na medida em que a execução por quantia, tal qual aconteceu nos casos das obrigações específicas, tornou-se sincrética, ou seja, o cumprimento de acordo com a Lei Federal 11.232/05 se dá nos mesmos autos, não formando um novo 'processo' de execução.

Este entendimento, todavia, criaria a falsa premissa de que os poderes criados pelos artigos 461 e 461-A seriam aplicáveis aos casos de execução de dinheiro.

A Lei já se manifestou contrário a esta premissa. Seja o legislador de 73 ao estabelecer expressamente o itinerário necessário para cada tipo de execução de acordo com a prestação que se pede em juízo, seja, igualmente com a Lei 11.232/05 que deixou claro (manter, ainda) essa dicotomia ao disciplinar no artigo 475-I e J:

"O cumprimento da sentença far-se-á conforme os artigos 461 e 461-A desta lei, ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução nos termos dos demais artigos deste capítulo".

"Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada na em liquidação não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor, observado o disposto no artigo 614, inciso II desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação".

Vê-se pela leitura dos dois artigos que a lei deixou claro que se trata de sentença condenatória típica a desencadear os atos de sub-rogação. Primeiro porque depende de requerimento do credor para iniciar a 'fase' executiva. Segundo porque a Lei expressamente separou as formas de cumprimento no artigo 475-I. Terceiro porque a multa de 10% acreditamos, não tenha caráter mandamental com entende parte da doutrina. E isso porque essa multa tem natureza diferente daquela outra. É prefixada (e portanto não comporta ampliação ou redução (art. 461§6, CPC)) e tem caráter sancionatório e não coercitivo (daí sua prefixação).

Ademais, o sujeito não pode ser preso por crime de desobediência porque não nomeou bens, e por fim nos artigos 461 e 461-A não há impugnação o que está previsto na execução por quantia da nova lei.

A intimação na pessoa do advogado para todos os efeitos tem natureza de citação. E nesse ponto a lei não inova. O sistema convive muito bem com outras formas análogas como a reconvenção e oposição.

Entretanto, essa regra não pode ser levada às últimas consequências. Caso clássico é o da tutela antecipada pelo artigo 273, I. De nada adianta a concessão da tutela se não exista meio eficaz para o resultado prático e concreto. É dizer receber do Estado uma liminar apenas com força de declaração formal de direitos. A própria redação do artigo 273§3º que substituiu a palavra execução por efetivação, criou correspondência (ou vasos comunicantes como diz Dinamarco) com os artigos 461 e 461-A apesar da expressão 'conforme sua natureza' - que corresponde ao modelo típico de cada execução. Casos há em que o resultado prático do processo deve sobrepor-se às regras processuais. Acreditamos deva ser utilizada de início, sempre, a execução tradicional. A sua falta, as tutelas específicas. Se não se permitir esse pensamento estar-se-á retirando a utilidade prática que o ordenamento colocou à disposição do beneficiário da tutela.

8 - Conclusões

É importante que se entenda que a nova tônica do direito processual não permite se crie barreiras estanques na busca da efetividade do processo. Há sempre de se ter em mente que o processo é instrumento e como tal não pode ficar arraigado a conceitos. Não basta "pensar" sincrético, é preciso alargar os horizontes do cumprimento das sentenças condenatórias e saber combinar as diversas tutelas existentes no sistema para o fim de criar um processo mais efetivo possível.

A efetiva correlação do direito obrigacional violado e sua correspondente resposta jurisdicional passa por um sistema de adequação do sistema.

Pensar num processo civil de resultados não necessita [obrigatoriamente] na criação de leis (e deixar o processo alcinchado com as expressões 'mosaico', 'colcha de retalhos') - que muitas vezes ao ingressar no ordenamento não surtem o resultado prático esperado - mas tirar o maior proveito possível do sistema posto. A aplicação de jurisprudência e doutrina em consonância com a lei no caso concreto é boa ferramenta para termos uma aplicação adequada (e atual) do direito. Pensar em regra como fonte única do processo subsuntivo do magistrado no caso concreto é no mínimo pensar ultrapassado.

Mas para isso a doutrina e a jurisprudência devem estar de acordo com a finalidade processual que nova não é (pois instrumenta-

lidade sempre foi seu escopo), mas muito mais clara e evidente, dadas as necessidades crescentes do sistema.

O ordenamento está suficientemente provido de mecanismos para permitir a efetivação do direito das obrigações. Compete aos operadores do direito fazer bom uso deles.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Efetividade do processo e Técnica Processual*, 1 ed., São Paulo, Malheiros, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Ensaio Sobre o Cumprimento das Sentenças Condenatórias*, RePro 113 jan/ fev 2004.

CALAMANDREI, Piero. *Studi Di Diritto Processuale in Itália Ne'll ultimo trentennio*, Napoli, 1965, apud MARINONI, *Tutela Relativa às Obrigações de Fazer e não fazer*.

DIDIER, Fredie, *Curso de Direito Processual Civil*, 6 ed., Salvador, Jus Podivn, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*, 6 ed., São Paulo, Malheiros, 1998.

_____. *A Reforma da Reforma*, 1 ed., São Paulo, Malheiros, 2002.

HELLER, Agnes, *Ética General*, Madri, Centro de Estudos Constitucionales, 1955.

LOPES, João Batista, "O Princípio da Proporcionalidade e Efetividade do Processo Civil", *Estudos de Direito Processual Civil*, Coord. Luiz Guilherme Marinoni, 1ed., São Paulo, RT, 2005.

MARINONI, Luis Guilherme. *Tutela Inibitória*, 1 ed., São Paulo, RT, 2000.

_____. *Manual do Processo de Conhecimento*, 5. ed., São Paulo, RT, 2006.

_____. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*, 1ªed., São Paulo, RT, 2004.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratados das Ações*, Atualizado por Wilson Rodrigues Alves, v. 1, 1 ed., Campinas, Book Seller, 1999

MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de Direito Civil*, 4º vol, Direito das Obrigações, 27 ed., São Paulo, Saraiva, 1994.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, *Do Espírito das Leis*, Cidade, Abril Cultural, 1973.

MOREIRA, José Carlos Barbosa, "Questões Velhas e novas em matéria de classificação das sentenças", in *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 07.

MURITIBA, Sérgio. *Ação executiva lato sensu e ação mandamental*, 1 ed., São Paulo, RT, 2005.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*, v. 1, 3ª ed., Porto Alegre, Fabris, 1987.

_____. *Sentença e Coisa Julgada*. Porto Alegre, Fabris, 1995.

SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação Inibitória*, 2 ed, São Paulo, RT, 2007.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e Não Fazer*, 2 ed., São Paulo, RT, 2003.

WATANABE, Kazuo, *Da Cognição no Processo Civil*, 2 ed., São Paulo, CEBEPEJ, 1999.

YARSHELL, Flávio. *Tutela Jurisdicional Específica nas Obrigações de Declaração de Vontade*, São, Paulo, Malheiros, 1993.

ZAVASCKI, Teori Albino, "Sentenças Declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados", *Leituras Complementares de Processo Civil*, 3 ed., Salvador, Jus Podivm, 2005.

"Novas reformas do Código de Processo Civil", in *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, 2006.

PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E ADMINISTRAÇÃO SEM PRINCÍPIOS: IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Ricardo Rodrigues de Lima*

Sumário: 1- Introdução; 2- Princípios constitucionais; 3- Proibidade administrativa; 4- Lei de Improbidade; 4.1- Escopo ético-jurídico da lei de improbidade; 4.2- Dolo ou má-fé; 4.3- Quem pode praticar o ato de improbidade? 4.4- Espécies de atos de improbidade; 4.5- Penalidades; 4.6- Princípio da insignificância; 4.7- Investigação prévia e ações de improbidade; 5- Lei da ficha limpa; 6- Improbidade administrativa sob a ótica dos Tribunais; 7- Conclusão.

Resumo: A Lei nº8429/92 relaciona as condutas que caracterizam a improbidade administrativa. Porém, é preciso que se faça uma leitura dos seus comandos sob a ótica constitucional, evitando-se, com isso, que aquilo que era reservado aos atos desonestos e corruptos se estenda de forma desmedida às outras eventuais ilegalidades. O que se pretende, portanto, é a abordagem, de modo especial, do elemento subjetivo daquele que pratica os abusos condenados pelo direito, dentre outras particularidades importantes.

Palavras-Chave: Princípios da Administração Pública. Violação. Improbidade Administrativa. Dolo ou má fé.

* Juiz de Direito do Estado de Minas Gerais, Professor de Direito Administrativo das Faculdades Integradas Vianna Júnior em Juiz de Fora.

1- Introdução:

O objetivo do presente artigo é a abordagem de um tema que tem sido objeto de muita confusão em matéria de interpretação, qual seja a exata dimensão dos atos que são capazes de caracterizar a improbidade administrativa.

A partir de uma breve abordagem dos princípios e, em especial, da definição da probidade em matéria de Administração Pública, pretendo tecer algumas considerações acerca do elemento subjetivo que se exige em relação aos atos que geram enriquecimento ilícito, produzem lesões ao erário público ou violam os princípios. Por fim, vou comentar de forma breve a respeito do ato de improbidade na lei da ficha limpa e como o tema tem sido visto pelos nossos Tribunais, dentre outras particularidades importantes.

2- Princípios constitucionais: art. 37, caput, CF

- **Legalidade:** o agente público somente pode fazer aquilo que a lei determina.

- **Impessoalidade:** a ação administrativa deve sempre estar preocupada com o interesse público, o que significa que as perseguições ou os favorecimentos individuais não serão tolerados. Fala-se também na impessoalidade no trato com o agente, uma vez que a sua ação ou omissão devem ser imputadas ao respectivo ente.

- **Moralidade:** comportamento administrativo preocupado com o honesto, com o ético. Como diz o prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, "*compreendem-se em seu âmbito, como é evidente, os chamados princípios da lealdade e boa-fé*". Prosseguindo, afirma o mesmo autor que "*a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, evocado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos*" (*Curso de Direito Administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 119 e 120).

- **Publicidade:** garantia de transparência dos atos e contratos administrativos e de acesso às informações e documentos públicos.

- **Eficiência:** administração comprometida com resultados que favoreçam efetivamente o interesse público. Qualidade e quantidade suficientes de serviço público.

3- Probidade administrativa:

Conceito relacionado à moralidade, o que significa que não basta o compromisso com a legalidade, sendo também exigida daqueles que lidam com o interesse público a necessária preocupação com o honesto, com o ético, com a honradez, com o culto das virtudes que deve orientar o homem de bem.

Trata-se de uma decorrência do princípio da moralidade, sendo a probidade definida por José Afonso da Silva da seguinte forma:

"A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, §4º). A probidade administrativa consiste no dever de o 'funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer'. O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem (...)" (*Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p.669).

4- Lei de improbidade (Lei nº8429/92):

4.1- Escopo ético-jurídico da lei de improbidade:

A idéia central que justificou a edição da lei em questão é a efetiva punição do homem corrupto, desonesto, falso, ou seja, aquele de deliberadamente age com a vontade (ou assume conscientemente o risco do resultado) de lesar o erário, de violar os princípios ou se comporta com a nítida intenção de se enriquecer ilicitamente.

O tema, regulamentado pela Lei nº8429/92 (LIA), é de fundo constitucional, havendo referência expressa nos arts. 37, §4º; 14, §9º; 15, V; 85, V, todos da Constituição Federal.

4.2 - Dolo ou má-fé:

Em que pese respeitáveis opiniões em contrário, a exemplo do Prof. José dos Santos Carvalho Filho que entende que a culpa também é capaz de caracterizar o ato de improbidade (*Manual de Direito Administrativo*. 23ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1180 e 1181), não tenho dúvida de que o dolo ou má-fé devem estar presentes no comportamento do agente ou daquele que desejou a violação dos valores realçados pela lei, não bastando, assim, a simples culpa.

Ilegalidade e improbidade são conceitos que não se confundem, não podendo ser chamado de desonesto ou de corrupto aquele que, de forma descuidada e, muitas vezes, por conta da sua má formação técnica, praticou uma simples ilegalidade.

É preciso lembrar que muitos agentes públicos, em especial aqueles que ocupam cargos eletivos e que foram escolhidos de forma democrática, não possuem conhecimento técnico suficiente para decidir a respeito de determinados assuntos.

Não estou aqui dizendo que a responsabilidade não existe, mas sim concluindo que a acusação de improbidade deve ser reservada àqueles casos extremos em que a lesão foi produzida de forma consciente e com a nítida vontade de produzi-la (ou quando se assume conscientemente o risco do resultado).

Do contrário, correríamos o sério risco de não encontrar ninguém honesto disposto a assumir os pesados ônus de um cargo político que exige decisões rápidas das mais variadas espécies e sobre assuntos complexos que não necessariamente são de conhecimento do administrador.

Responsabilizar o agente em razão de prejuízos por ele causados é uma coisa e outra muito diferente é compreendê-lo nos termos da lei de improbidade e de modo a aplicar-lhe as pesadas sanções nela previstas.

Sobre o tema, Maria Sylvia Zanella Di Pietro leciona:

“a própria severidade das sanções previstas na Constituição está a demonstrar que o objetivo foi o de punir infrações que tenham um mínimo de gravidade, por apresentarem conseqüências danosas

para o patrimônio público (em sentido amplo), ou propiciarem benefícios indevidos para o agente ou para terceiros. A aplicação das medidas previstas em lei exige observância do princípio da razoabilidade, sob o aspecto da proporcionalidade entre os meios e os fins. (...) No caso da lei de improbidade administrativa, a presença do elemento subjetivo é tanto mais relevante pelo fato de ser objetivo primordial do legislador constituinte assegurar a probidade, a moralidade, a honestidade dentro da Administração Pública. Sem um mínimo de má-fé, não se pode cogitar da aplicação de penalidades tão severas como a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública.” (*Direito Administrativo*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 843 e 844).

Alexandre de Moraes, por sua vez, nos ensina:

“A lei de improbidade, portanto, não pune a mera ilegalidade, mas sim a conduta ilegal ou imoral do agente público, e de todo aquele que o auxilie, voltada para a corrupção... O ato de improbidade administrativa exige para sua consumação um desvio de conduta do agente público, que no exercício indevido de suas funções, afaste-se dos padrões éticos e morais da Sociedade, pretendendo obter vantagens materiais indevidas ou gerar prejuízos ao patrimônio público, mesmo que não obtenha sucesso em suas intenções, como ocorre nas condutas tipificadas no art. 11 da presente lei” (*Direito Constitucional Administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 317).

Com a mesma preocupação de não interpretar como sinônimas expressões que possuem conceitos e valores distintos, o TJMG e o STJ já decidiram:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA - EX-PREFEITO - PROCURAÇÃO OUTORGADA AO VICE-PREFEITO - AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ DO ADMINISTRADOR -

NÃO CONFIGURAÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. O ato que, embora ilegal, não foi praticado pelo Chefe do Executivo Municipal com desonestidade, imoralidade ou em detrimento do erário público, mas, sim, em virtude de inabilidade do administrador, não gera punição com base na Lei nº 8429/92, principalmente se inexistentes danos à Administração." (Apelação Cível nº 1.0205.04.911289-4/001 - 8ª C. Cível - Rel. Des. Silas Vieira - 01.09.2005) Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/>. Acesso em: 06 mai. 2011.

"AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ DO ADMINISTRADOR PÚBLICO. A Lei 8.429/92 da Ação de improbidade administrativa, que explicitou o cânone do art. 37, § 4º da Constituição Federal, teve como escopo impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: a) importem em enriquecimento ilícito (art.9º); b) que causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11), aqui também compreendida a lesão à moralidade administrativa. Destarte, para que ocorra o ato de improbidade disciplinado pela referida norma, é mister o alcance de um dos bens jurídicos acima referidos e tutelados pela norma especial. No caso específico do art. 11, é necessária cautela na exegese das regras nele insertas, porquanto sua amplitude constitui risco para o intérprete induzindo-o a acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público e preservada a moralidade administrativa. É cediço que a má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo. Consectariamente, a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-fé do administrador. A improbidade administrati-

va, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade, o que não restou comprovado nos autos pelas informações disponíveis no acórdão recorrido, calcadas, inclusive, nas conclusões da Comissão de Inquérito." (REsp nº 480387/SP - Rel. Ministro Luiz Fux - 24.05.2004) Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/>. Acesso em: 06 mai. 2011.

Sei perfeitamente que o art. 10 da Lei nº8.429/92 faz referência à modalidade culposa, o que não me impressiona a ponto de admiti-la, pois a lei foi infeliz quando, ao tratar como desonesto, imoral e corrupto o acidental ato culposos, desprezou os critérios da proporcionalidade ou da razoabilidade.

Proporcionalidade significa equilíbrio entre meios e fins, sendo um princípio que, segundo Hélio Simões Vidal, "é utilizado para aferir o valor justiça dos atos do Poder Público" (*Curso Avançado de Processo Penal*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011, p. 34).

Como diz Edmir Netto de Araújo, uma decisão não será razoável "quando, por exemplo, o sacrifício de um direito ou interesse do administrado não seja proporcional, ou aceitável, em relação ao fim de interesse público que se pretende atingir" (*Curso de Direito Administrativo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 81).

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que "o princípio da razoabilidade fundamenta-se nos mesmos preceitos que arrimam constitucionalmente os princípios da legalidade (arts. 5º, II, 37 e 84) e da finalidade (os mesmos e mais o art. 5º, LXIX, nos termos já apontados)" (*Ob. cit.*, p. 109).

Ademais, se o intérprete não deve admitir que a lei contenha palavras inúteis, é preciso observar que o art. 37 da Constituição Federal se refere, em momentos distintos, às idéias da legalidade (*caput*) e da improbidade administrativa (§4º). Se a intenção constitucional fosse penalizar com mais severidade todos que, no exercício das atividades estatais, praticassem atos em desacordo com a lei, teria dito no mencionado §4º que os praticantes de atos *ilegais* (e não de improbidade) estão sujeitos às penalidades ali referidas.

Portanto, torna-se necessário interpretar a lei de improbidade segundo a Constituição que dedicou especial atenção aos direitos fundamentais e que, segundo José Adércio Sampaio, exige a observância dos seguintes princípios: *a) unidade da Constituição; b) ponderação dos interesses em conflito; c) razoabilidade; d) interpretação conforme a Constituição* (A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 785).

Ao falar sobre a necessidade da leitura da lei nos moldes em que foi cogitada pela Constituição, Luís Roberto Barroso diz que se trata de *“um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal”* (Interpretação e aplicação da Constituição. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 189).

Lenio Luiz Streck, por sua vez, diz que a idéia constitui *“um princípio imanente da Constituição, até porque não há nada mais imanente a uma Constituição do que a obrigação de que todos os textos normativos do sistema sejam interpretados de acordo com ela”* (Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 256 e 257).

4.3- Quem pode praticar o ato de improbidade?

Qualquer agente público, servidor ou não, pode praticá-lo, conforme estabelece o art. 1º da Lei de Improbidade, da mesma forma como aqueles que, mesmo não sendo agentes, induziram, concorreram ou se beneficiaram com os atos de improbidade (art. 3º).

Porém, o STF já entendeu que a lei não se aplica aos agentes políticos sujeitos à Lei dos Crimes de Responsabilidade (Lei nº1.079/50), impedindo, assim, o *bis in idem* (Reclamação constitucional nº2.138/DF, j. em 13.06.2007, Rel. Min. Nélson Jobim, rel. do acórdão Min. Gilmar Mendes). Ficaram excluídos, portanto, da aplicação da lei de improbidade o Presidente da República, os Ministros de Estado, o Procurador-Geral da República, os Ministros do STF, os Governadores e os Secretários de Estado.

Não há nenhuma decisão do STF que trate dos Prefeitos e Vereadores, ambos também regidos por uma legislação especial em matéria de crimes, qual seja o DL 201/67. Por isso, os agentes políticos municipais ainda estão sendo condenados com base na lei de improbidade.

4.4- Espécies de atos de improbidade: arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº8429/92

- *Atos que importam em enriquecimento ilícito*. Ex.: receber dinheiro, gratificação ou presente no exercício da função pública; perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza; utilizar, em obra ou serviço particular, veículos ou bens pertencentes ao serviço público; utilizar o trabalho de servidores públicos em atividade de interesse particular.

- *Atos que causam prejuízo ao erário*. Ex.: permitir que terceiro utilize, em proveito próprio, verbas ou bens públicos; conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; frustrar a licitude de procedimento de licitação ou dispensá-lo indevidamente.

- *Atos que atentam contra os princípios da administração pública*. Ex.: negar publicidade aos atos oficiais (lembrar dos atos secretos do Senado Federal, conforme divulgado recentemente pela imprensa); frustrar a licitude de concurso público; retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício.

4.5- Penalidades:

As penalidades previstas no art. 12 da Lei de Improbidade podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, observando-se a proporcionalidade (p. único), e não dependem da comprovação de que houve prejuízo efetivo aos cofres públicos (art. 21, I), sendo elas:

- ressarcimento integral do dano, se houver;
- perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, conforme o caso;
- perda da função pública;
- suspensão dos direitos políticos (os prazos variam de acordo com a espécie de ato de improbidade);
- pagamento de multa civil (valores variam de acordo com a espécie de ato);
- proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios (os prazos também variam).

Tais penalidades independem das sanções penais, civis e administrativas previstas em legislação específica.

4.6- Princípio da insignificância:

O STJ (REsp 892.818-RS) já entendeu que tal princípio não se aplica em matéria de improbidade administrativa, pois não se pode

admitir que haja apenas ou pouco de ofensa, sendo incabível que se faça um julgamento com base exclusivamente na ótica econômica.

4.7- Investigação prévia e ações de improbidade:

- Procedimento de investigação: art. 14 da LIA.
- Cautelar de indisponibilidade ou de seqüestro de bens: arts. 7º e 16 da Lei de Improbidade.
- Ação principal: art.17. Peculiaridades:
 - => rito ordinário;
 - => vedada a transação;
 - => notificação para resposta prévia;
 - => rejeição liminar se a resposta convencer o Juiz;
 - => recebimento da inicial se a resposta não for suficiente.

5- Lei da ficha limpa:

A denominada Lei da Ficha Limpa (LC 135/2010), ao introduzir modificações na LC 64/90, estabeleceu que o ato doloso de improbidade enseja a inelegibilidade dos candidatos dos mais diversos níveis. O art. 1º, I, "g" da LC 64/90 passou a prever que a *rejeição de contas* (art. 71, II, CF) por irregularidade que configure ato doloso de improbidade torna inelegível a pessoa envolvida. A alínea "l" também diz que não poderá ser candidato aquele que foi *condenado à suspensão dos direitos políticos através de decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado*.

O impedimento no caso de rejeição de contas será por 08 (oito) anos a contar da decisão e, na hipótese de condenação, desde a decisão condenatória ou o trânsito em julgado e até 08 (oito) anos após o cumprimento da pena.

O STF entendeu, recentemente, com base no art. 16 da CF, que a modificação legal só pode ser aplicada a partir de 2011, o que significa que a lei da ficha limpa não atingiu os casos relacionados às eleições de 2010 (Recurso Extraordinário (RE) 633703, decisão de 23.03.2011).

6- Improbidade administrativa sob a ótica dos Tribunais:

"PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONCESSÃO DE BOLSAS DE ESTUDO A ALUNOS DE LOCALIDADE DIVERSA. ALEGA-

DA VIOLAÇÃO DO ART. 10, IX E XI, DA LIA. DANO AO ERÁRIO. NÃO COMPROVADO. SÚMULA 7/STJ. ART 11, I, DA REFERIDA LEI. DOLO GENÉRICO NÃO APURADO. REVISÃO DO JULGADO. ANÁLISE DOS TERMOS DO CONVÊNIO E REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 5 E 7/STJ.

1. Cuida-se, na origem, de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face do recorrido, então Prefeito do Município de Rifaina, por supostos atos de improbidade administrativa, decorrentes da concessão de bolsas de estudo a aproximadamente 40 (quarenta) alunos residentes em outra localidade, no valor total de R\$ 76.301,47.

2. (...)

3. (...)

4. Com base nos substratos fáticos colhidos pela instância a quo, inexistiram danos patrimoniais ao erário, tampouco má-fé do administrador, além de a concessão de bolsas de estudo estar amparada por meio de convênio firmado entre os municípios.

5. Com relação à alegada negativa de vigência do art. 10, incisos IX e XI, da Lei de Improbidade, tem-se que a revisão do julgado, consoante pretendido pelo recorrente, demandaria a incursão no acervo-fático probatório dos autos, o que é vedado em recurso especial, a teor da Súmula 7/STJ.

6. Embora tenha havido discrepância inicial, a jurisprudência desta Corte reconhece que as condutas descritas no artigo 11 da Lei de Improbidade dependem da presença do dolo, ainda que genérico. Consequentemente, afasta-se a responsabilidade objetiva dos administradores, não se fazendo necessária a demonstração da ocorrência de dano para a Administração Pública.

7. Não há como alterar o entendimento do Tribunal de origem que considerou regular a concessão das bolsas de estudo. Para que fosse reconhecida a presença de dolo genérico na conduta do administrador, imprescindível seria comprovar que, ao contrário do afirmado no decisório atacado, o prefeito agira com desvio de poder, sem respaldo legal ou de modo contrário ao interesse público. Para tanto, fariam-se necessários a análise dos termos do convênio firmado e o reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que esbarra no óbice das Súmulas 5 e 7, desta Corte Superior.

8. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, não provido." (STJ - REsp 1107215 / SP - RECURSO ESPECIAL 2008/0277548-7 - Relator(a) Ministro CASTRO MEIRA - Órgão Julgador - T2 - SEGUNDA TURMA - Data do Julgamento: 22/03/2011 - Data da Publi-

cação/Fonte: DJe 04/04/2011) - Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 06 mai. 2011.

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA. DOLO. MÁ-FÉ. INOCORRÊNCIA. IMPROBIDADE.

1. A má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo. A ilegalidade só adquire o status de improbidade administrativa quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública, ou quando há proveito patrimonial obtido com a conduta ímproba.

2. Os equívocos que não comprometem a moralidade ou que não atinjam o erário, não se enquadram no raio de abrangência do art. 11, da Lei 8.429/92, caso contrário restaria para o administrador público o risco constante de que qualquer ato que viesse a ser considerado nulo, seria ímprobo, e não é esta a finalidade da lei, cujo objetivo é combater o desperdício dos recursos públicos e a corrupção.

4. O Supremo Tribunal Federal faculta à administração a possibilidade de rever seus atos a qualquer tempo, sem que isso implique improbidade do administrador público, nos termos da Súmula 473: “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

5. Apelação não provida e remessa oficial prejudicada.” (TRF1 - APELAÇÃO CÍVEL: AC 9941 MG 2003.38.03.009941-1 - Relator(a): DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO - Julgamento: 31/05/2005 - Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA - Publicação: 01/07/2005 DJ p.14) - Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br/default.htm>>. Acesso em: 06 mai. 2011.

“AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS - TEMPERAMENTO - ART. 12, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N.º 8.429/92 - EXTENSÃO DO DANO E PROVEITO PATRIMONIAL DO AGENTE - REDUÇÃO DA PENA - RESSARCIMENTO - DECOTE. 1 - A teor do art. 12, parágrafo único, da Lei de Improbidade Administrativa, a sanção de suspensão dos direitos políticos deve ser aplicada com temperamento, levando-se em conta a ex-

tensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente. 2 - Recurso provido parcialmente.” (Número do processo: 1.0045.01.001805-4/001(1) - Numeração Única: 0 0 1 8 0 5 4 - 08.2001.8.13.0045 - Relator: Des.(a) FERNANDO BRÁULIO - Relator do Acórdão: Des.(a) EDGARD PENNA AMORIM - Data do Julgamento: 28/08/2008 - Data da Publicação: DJE de 22/01/2009) - Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_>. Acesso em: 06 mai. 2011.

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RETARDAMENTO OU OMISSÃO DE ATO DE OFÍCIO. INSISTENTE INVASÃO DAS ATRIBUIÇÕES DE AUTORIDADE DE TRÂNSITO. CANCELAMENTO ARBITRÁRIO DE MULTAS. VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS DIRETORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Viola o princípio da legalidade, assim como o disposto no art. 11, inc. II, da Lei Federal n. 8.429/1992, o arquivamento arbitrário de inquérito policial pelo Delegado de Polícia Civil, por caracterizar retardamento ou omissão de ato de ofício, qual seja, o processamento regular do inquérito policial. A insistente invasão nas atribuições da autoridade de trânsito municipal por Delegado da Polícia Civil, com o cancelamento arbitrário de multas, caracteriza ato ímprobo, mormente quando os atos importam em inobservância dos princípios da moralidade e da impessoalidade. A lesão a princípios administrativos previstos no art. 11 da Lei n. 8.429/92 não exige dolo ou culpa na conduta do agente nem prova da lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade. A ação civil pública, ao coibir o dano moral, é própria para censura a ato de improbidade, mesmo que não haja lesão aos cofres públicos. (Precedente do STJ: REsp n. 261.691 - MG).” (APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0713.05.053005-2/001 - COMARCA DE VIÇOSA - APELANTE(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - APELADO(A)(S): PAULO CEZAR LOPES - RELATORA: EXMª. SRª. DESª. MARIA ELZA - Número do processo: 1.0713.05.053005-2/001(1) - Numeração Única: 0530052-07.2005.8.13.0713 - Data do Julgamento: 12/02/2009 - Data da Publicação: DJE de 02/03/2009) - Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_>. Acesso em: 06 mai. 2011.

“Apelações cíveis. Ação de ressarcimento. Improbidade administrativa. Prefeito Municipal. Exoneração ilegal de servidores estáveis e contratação irregular de outros para os mesmos cargos. Prejuízo ao erário ocorrente. Improbidade caracterizada. Ressarcimento devido. Indisponibilidade de bens determinada. Suspensão de direitos políti-

cos e multa civil. Majoração. Honorários advocatícios. Elevação. Segundo recurso parcialmente provido e prejudicado o primeiro. 1. O Administrador Público deve orientar-se, dentre outros, pelo princípio constitucional da probidade. 2. Configura prática de improbidade administrativa a dispensa de servidores efetivos e estáveis sem observância do devido processo legal, bem como a contratação de servidores sem concurso público para o exercício de funções normais e contínuas. 3. Comprovada a ocorrência de dano ao erário, em consequência de ato ilegal e abusivo, deve o respectivo valor ser ressarcido pelo agente ímprobo. 4. Havendo condenação no ressarcimento de dano, deve ser determinada a indisponibilidade dos bens do devedor até o respectivo pagamento. 5. As sanções previstas no art. 12, da Lei nº 8.429, de 1992, devem ser fixadas de forma proporcional ao dano causado. Assim, fixadas as penas de maneira insuficiente, devem elas ser adequadas à extensão do dano. 6. Arbitrados os honorários em quantum incompatível com os requisitos do art. 20, do CPC, deve o arbitramento ser majorado. 7. Apelações cíveis conhecidas, rejeitada preliminar de intempestividade da segunda. 8. Segunda apelação parcialmente provida para reformar em parte a sentença e condenar o primeiro apelante no ressarcimento de danos, majorar sanção e honorários advocatícios bem como determinar providências pertinentes, prejudicada a primeira apelação." (APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0295.05.010029-2/001 - COMARCA DE IBIÁ - 1º APELANTE(S): HUGO FRANCA - 2º APELANTE(S): MUNICÍPIO IBIÁ - APELADO(A)(S): HUGO FRANCA, MUNICÍPIO IBIÁ - RELATOR: EXMO. SR. DES. CAETANO LEVI LOPES - Número do processo: 1.0295.05.010029-2/001(1) - Numeração Única: 0100292-71.2005.8.13.0295 - Data do Julgamento: 03/03/2009 - Data da Publicação: DJE de 01/04/2009) - Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/>. Acesso em: 06 mai. 2011.

"AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - ACUMULAÇÃO DE CARGOS - REQUISITOS DO ART. 37, XIV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - VIOLAÇÃO - ILEGALIDADE DEFLAGRADA. Diante da comprovação de que o agente público acumulou cargos em inobservância dos requisitos do art. 37, XIV, da Constituição Federal causando lesão ao erário, impõe-se a sua condenação ao cumprimento das penalidades previstas na lei. De acordo com o art. 12, parágrafo único, da Lei n. 8429/92, é possível ao Juiz, na fixação das penas, levar em conta a extensão do dano causado, o que possibilita a ponderação das especificidades do caso concreto, a fim de que não haja injustiças

flagrantes." (APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0701.08.226944-3/001 - COMARCA DE UBERABA - APELANTE(S): OTONIEL INÊS SOBRINHO - APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. KILDARE CARVALHO - Número do processo: 1.0701.08.226944-3/001(1) Numeração Única: 2269443-39.2008.8.13.0701 - Data do Julgamento: 25/03/2010 - Data da Publicação: DJE de 16/04/2010) - Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/>. Acesso em: 06 mai. 2011.

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PUBLICAÇÃO RETROATIVA DE DECRETOS EM JORNAL OFICIAL - CARACTERIZAÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - SANÇÕES CONTIDAS NA LEI Nº 8.429/923 - APLICABILIDADE - AGRAVOS RETIDOS DESPROVIDOS - PRELIMINARES REJEITADAS - APELAÇÕES PARCIALMENTE PROVIDAS. - Havendo provas de irregularidades na publicação de decretos, de forma retroativa, no 3º Caderno do Jornal 'O Município', de Uberlândia, restam configurados os atos de improbidade administrativa, sendo adequada a penalização à conduta, seja comissiva, seja omissiva ou negligente do ex-prefeito e demais recorrentes, nas sanções previstas na Lei nº 8.429/92. Comprovada a ofensa aos princípios constitucionais, que devem reger os atos da Administração Pública, impõe-se a condenação dos envolvidos. - "A aplicação das medidas previstas na lei exige observância do princípio da razoabilidade, sob o seu aspecto de proporcionalidade entre meios e fins". - Agravos retidos desprovidos. Preliminares rejeitadas e, no mérito, primeira apelação parcialmente provida, para se reduzir valor arbitrado a título de multa civil aplicada ao primeiro apelante, para o valor equivalente à última remuneração por ele percebida, além de reduzir o lapso temporal da suspensão de seus direitos políticos para 03 (três) anos. Segunda e terceira apelações providas, para se julgar improcedentes os pedidos constantes da inicial, em relação aos respectivos requeridos." (APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.03.093750-3/007 - COMARCA DE UBERLÂNDIA - APELANTE(S): ZAIRE REZENDE, ANGELO ROBERTO COSTA DE LIMA SEGUNDO(A)(S), BRENNO DOS REIS PEREIRA TERCEIRO(A)(S) - APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS, MUNICÍPIO UBERLÂNDIA - RELATOR: EXMO. SR. DES. EDUARDO ANDRADE - Número do processo: 1.0702.03.093750-3/007(1) - Numeração Única: 0937503-22.2003.8.13.0702 - Data do Julgamento: 24/03/2009 - Data da Publicação: DJE de 15/05/2009) - Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/>. Acesso em: 06 mai. 2011.

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PRATICADA POR DEFENSOR PÚBLICO - EXIGÊNCIA DE VANTAGEM PECUNIÁRIA PARA O PATROCÍNIO DA CAUSA DE CIDADÃO CARENTE NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO PÚBLICA - COMPROVAÇÃO DO DOLO DA SERVIDORA, ALIADA À SUA CONDENÇÃO EM AÇÃO CRIMINAL POR CONCUSSÃO - PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS INICIAIS. - Nos termos da Lei de Improbidade Administrativa, constituem atos de improbidade administrativa aqueles que importem violação aos princípios administrativos e em enriquecimento ilícito, devendo o agente público infrator ser submetido às penalidades cominadas no art. 12 da referida lei. - Restando comprovado nos autos que a ré, Defensora Pública do Estado de Minas Gerais, no exercício da sua função pública, exigiu vantagem pecuniária para o patrocínio da causa de cidadão carente, feto que inclusive acarretou a sua condenação criminal em primeira e segunda instâncias pelo crime de concussão, deve ser reformada a sentença para julgar procedentes os pedidos iniciais.” (APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0713.06.062614-8/001 - COMARCA DE VIÇOSA - APELANTE(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - APELADO(A)(S): MARIA DO CARMO SILVA - RELATOR: EXMO. SR. DES. ELIAS CAMILO - Número do processo: 1.0713.06.062614-8/001(1) - Numeração Única: 0626148-50.2006.8.13.0713 - Data do Julgamento: 27/08/2009 - Data da Publicação: DJE de 16/09/2009) - Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/>. Acesso em: 06 mai. 2011.

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. COLOCAÇÃO DE SERVIDORES EM ÓCIO PROPOSITAL. PERDA PATRIMONIAL E VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO. Constitui ato de improbidade administrativa a conduta do agente que mantém servidores em estado de ócio, remunerados pelos cofres públicos, sem que houvesse, em contrapartida, a devida prestação do serviço. A sanção de ressarcimento deve limitar-se ao período em que os servidores mantiveram-se em inatividade. Recurso conhecido. Preliminar rejeitada. Recurso parcialmente provido.” (APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0474.04.009499-4/001 - COMARCA DE PARAOPÉBA - APELANTE(S): JOSÉ ANTONIO DE MATOS E OUTRO(A)(S) - APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - RELATORA: EXM^a. SR^a. DES^a. ALBERGARIA COSTA - Número do processo: 1.0474.04.009499-4/001(1) - Numeração Única: 0094994-80.2004.8.13.0474 - Data do Julgamen-

to: 08/10/2009 - Data da Publicação: DJE de 30/10/2009) - Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/>. Acesso em: 06 mai. 2011.

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - AGENTE POLÍTICO - AUSÊNCIA DE REPASSE DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS, ACORDO DESCUMPRIDO E EMPRÉSTIMOS NÃO HONRADOS PELO MUNICÍPIO - PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO DOLO - IMPROBIDADE CONFIGURADA (ART. 11, I, DA LEI 8.429/92) - APLICAÇÃO DAS SANÇÕES - RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. Configura ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública, em especial, a legalidade e moralidade, o parcelamento de contribuições previdenciárias recebidas e não repassadas, e que foram objeto de renegociação não cumprida, e empréstimos tomados e não pagos, pois praticado ato visando a fim diverso do previsto em lei (art. 11, I, da Lei 8.429/92). Na aplicação das sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/92, o Julgador deverá levar em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente, em respeito aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e adequação na interpretação e aplicação do dispositivo.

Súmula: REJEITARAM A PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO PARCIAL, VENCIDO O VOGAL.” (Número do processo: 1.0180.01.003327-2/001(1) - Numeração Única: 0 0 3 3 2 7 2 - 59.2001.8.13.0180 - Relator: Des.(a) GERALDO AUGUSTO - Data do Julgamento: 17/11/2009 - Data da Publicação: DJE de 20/01/2010) - Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/>. Acesso em: 06 mai. 2011.

“IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE PROFISSIONAIS PELA PRESIDENTE DA EDILIDADE. PROPOSTA JÁ REJEITADA PELO PLENÁRIO E, MESMO ASSIM, EXECUTADA PELA PRESIDENTE. GASTOS COM A CONTRATAÇÃO. EXISTÊNCIA DE PESSOAL NOS QUADROS DA CÂMARA MUNICIPAL PARA DESEMPENHAR TAIS FUNÇÕES. ABUSO DE PODER. PREJUÍZO MANIFESTO. DEVOLUÇÃO DOS GASTOS. Reponta-se caracterizado o ato ímprobo, bem como o prejuízo suportado pelo erário, no ato de Presidente de Edilidade que, mesmo depois de rejeitado projeto de contratação de profissionais para averiguação da conduta do Prefeito, ordena, “sponte sua”, a contratação dos referidos profissionais, tudo a cargo dos cofres públicos, mesmo havendo advogado e contador nos quadros da Câmara, prontos para lhe servir. Embargos Infringentes acolhidos.” (Número do processo: 1.0521.04.033194-9/003(1) - Numeração Única: 0331949-82.2004.8.13.0521 - Relator: Des.(a) KILDA-

RE CARVALHO - Relator do Acórdão: Des.(a) DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA - Data do Julgamento: 28/01/2010 - Data da Publicação: DJE de 05/03/2010 - Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/>. Acesso em: 06 mai. 2011.

“ ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. USO INDEVIDO DE BEM E SERVIDOR PÚBLICO. VIAGEM PARTICULAR EMPRENDIDA EM VEÍCULO DESTINADO AO TRANSPORTE ESCOLAR PÚBLICO. CONDUÇÃO POR MOTORISTA DA ADMINISTRAÇÃO. Constitui ato de improbidade administrativa, violador dos princípios da legalidade e moralidade, como também causador de dano ao erário, ex vi dos arts.10 e 11 da Lei 8.429/92, a utilização e a autorização para uso de veículo público com fins particulares (viagem privada), desvirtuando a destinação do bem de sua finalidade originária (transporte público escolar).” (APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0220.06.000035-7/001 - COMARCA DE DIVINO - APELANTE(S): ÉBIO JOSÉ VITOR - APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - LITISCONSORTE: MUNICÍPIO ORIZANIA - RELATOR: EXMO. SR. DES. FERNANDO BOTELHO - Número do processo: 1.0220.06.000035-7/001(1) - Numeração Única: 0000357-55.2006.8.13.0220 - Data do Julgamento: 10/12/2009 - Data da Publicação: DJE de 17/03/2010) - Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/>. Acesso em: 06 mai. 2011.

“ APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - OFENSA A PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - DOLO - INEXISTÊNCIA. SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. I - A configuração da improbidade administrativa requer a existência do elemento dolo na conduta do agente; ausente a má-fé, não há falar-se em improbidade. II - A mera ilegalidade do ato de ‘abandono’ e desvio dos materiais cedidos pela Secretaria de Estado de Transporte e Obras Públicas não é suficiente, por si só, para configurar improbidade administrativa, sendo necessária a demonstração do dolo, ausente na espécie.” (APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0713.08.087679-8/001 - COMARCA DE VIÇOSA - REMETENTE: JD 1 V CV COMARCA VICOSA - APELANTE(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - APELADO(A)(S): ANTONIO AGATAO DE MAGALHAES EX-PREFEITO(A) MUNICIPAL DE PAULA CANDIDO/MG - LITISCONSORTE: MUNICÍPIO PAULA CANDIDO - RELATOR: EXMO. SR. DES. BITENCOURT MARCONDES - Número do processo: 1.0713.08.087679-8/001(1) - Nu-

meração Única: 0876798-49.2008.8.13.0713 - Data do Julgamento: 09/12/2010 - Data da Publicação: DJE de 14/03/2011) - Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/>. Acesso em: 06 mai. 2011.

7- Conclusão:

Em boa hora a improbidade administrativa passou a merecer uma atenção especial em nosso ordenamento jurídico e, tenho certeza, muito já se evoluiu no Brasil em matéria de responsabilização dos desonestos e corruptos que tantos prejuízos causaram e causam ao interesse público e aos cofres do Estado.

Porém, é preciso dar ao tema a correta dimensão, evitando-se que aquilo que deveria ser reservado aos casos sérios e extremos seja banalizado ao ponto de se reconhecer improbidade em todas as situações de ilegalidade, o que, com certeza, não foi a intenção da lei e, muito menos, é o que deseja a Constituição Federal.

Por isso, sem embargo de respeitáveis opiniões em contrário, há que se exigir a presença do dolo ou da má-fé quando se pensa em responsabilizar alguém por ato de improbidade administrativa.

Referências bibliográficas

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 23ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SAMPAIO, José Adércio. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

VIDAL, Hêlvio Simões. *Curso Avançado de Processo Penal*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

<<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 06 mai. 2011.

<<http://www.trf1.jus.br/default.htm>>. Acesso em: 06 mai. 2011.

<http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/>. Acesso em: 06 mai. 2011

EM BUSCA DO OUTRO – UM NOVO CAMINHO IN SEARCH OF THE OTHER - A NEW WAY

Wagner Inácio Freitas Dias*

Resumo: O presente trabalho busca empreender análise acerca da interação do princípio constitucional da solidariedade e o sistema jurídico civil, através da boa-fé; mais, contempla os espectros gerais específicos deste instituto nas relações contratuais (respeitado corte teórico). Em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial vê-se que o sistema civil brasileiro foi alterado em 2002, um afluinte da Constituição da República de 1988, e trouxe consigo novos preceitos que possibilitaram a mudança das concepções e regras individualistas para estruturas estabelecidas sobre a imagem da pessoa. A figura do contratante foi revista, com base na eticidade, socialidade e operabilidade. Recebeu ele a cláusula geral da boa-fé, em perspectiva objetiva, que passa a imputar aos agentes sociais claros deveres de cuidado, lealdade, respeito e informação. A ética passa a interferir diretamente no Direito, gerando o contrato além do contrato e possibilitando um reforço na segurança e na estruturação dos acordos.

Palavras-chave: direito, contratos, Constituição, solidariedade, boa-fé.

Abstract: This paper has the intent to analyze the constitutional principle of solidarity and civil legal system, through good faith; more, includes the specific spectra of this institute of the contractual relations (with theoretical cut). In literature and case law view that the civil Brazilian

* Mestre em Direito pela UNESA/RJ, Doutorando em Direito pela Universidade de Buenos Aires – UBA, Professor de Direito Civil da Universidade Presidente Antônio Carlos-MG, Coordenador do Curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos-MG.

system was amended in 2002, a part of the Republic Constitution and brought with it new rules that allowed the change of concepts and rules for individualistic structures established on the image of the person. The figure of the contractor was revised, based on ethical, social and operability. He received a general clause of good faith in objective perspective, that imposes the clear social obligations of care, loyalty, respect and information. The ethics is to interfere directly in the law, creating the contract beyond the contract and allowing an increase in safety and in structuring the deals.

Keywords: law, contracts, constitution, solidarity, good faith.

Mantenha os seus olhos nas estrelas e os seus pés na terra.
Theodore Roosevelt

Hoje em dia conhecemos o preço de tudo e o valor de nada.
Oscar Wilde

1 - O primeiro passo

O Direito tem como função primordial regulamentar as relações humanas. Sem a pluralidade do humano não haveria o porquê de um sistema complexo de normas e regulamentações.

Respeito, cuidado, atenção, sigilo se tornam elementos determinados¹ pelo Direito para concretizar sua missão de pacificação social.

Todos esses elementos dão ao Direito uma figuração de altruísmo, de alteridade, de outro, de pensar no outro. A Carta Maior brasileira recebeu estas idéias em seu corpo ao determinar como um dos objetivos

fundamentais da República "construir uma sociedade livre, justa e solidária" (art. 3º, I). O Princípio da Solidariedade², ali insculpido, especifica no mundo jurídico o pensar no outro, o se preocupar em não

¹ Em relação ao comportamento correto, seguindo modelo proposto por Hart, veja-se PATTARO, 1991, pp. 152 e ss.

² Passando por sobre o sistema tradicional do individualismo, cuja força ainda gera uma ação de retaguarda para mantê-lo incólume, princípios de justiça distributiva tornaram-se dominantes, a ponto de serem considerados tendências mundiais de percepção da solidariedade social. (FACHIN, 2003, p.17).

apenas se favorecer, mas favorecer aos demais. Favorecer entenda-se, não em um sentido demagógicopaternalista, mas em buscar em suas atividades, alcançar a máxima relevância social possível.

Este princípio, de *per se stante*, nada poderia estabelecer no mundo dos fatos, haja vista seu conteúdo amplo e dinâmico. Para determinar alterações no mundo do ser, necessita ele de uma série de subprincípios e métodos de especialização, pois, como afirma CANARIS,

os princípios não valem sem exceção e podem entrar entre si em oposição ou em contradição; eles não têm a pretensão da exclusividade; eles ostentam o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas; e eles precisam, para a sua realização, de uma concretização através de sub-princípios e valores singulares, com conteúdo material próprio. (CANARIS, 1996, p.88)

Expressão maior deste afã é o instituto da boa-fé que desde remotos tempos é fator de grande discussão entre os estudiosos. Discussão que não lhe subtrai importância visto significar tanto a mais forte virtude, quanto o mais horrendo vício. O vínculo mantido pela boa-fé liberta, mas pode também acorrentar vontades, adstritas que restam ao que se estabeleceu. Dele, contudo, não se pode olvidar como bem lembra Karl Larenz, comentando o Código Civil Alemão, pois

el personalismo ético, que parte de la base de la capacidad del hombre para la autodecisión e la responsabilidad por sí mismo y que eleva el respeto a la dignidad personal de cada ser humano a la categoría de imperativo moral supremo, no sería, con todo, suficiente para fundamentar un orden jurídico, y ni siquiera un orden jurídico-privado, si no interviniera también un elemento ético-social. Este elemento es, en el Código civil, el principio de buena fe. Se basa en la consideración de que una convivencia pacífica y próspera de personas en una comunidad aún tan falta de cohesión no es posible sin que la confianza dispensada, al menos en general, no sea defraudada sino confirmada, y que, por ello la buena fe permanezca como posible en cuanto fundamento de las relaciones humanas. (...) El imperativo de no defraudar la confianza dispensada y exigida halla su expresión en el Código civil en la exigencia de ob-

servar la "buena fe" (art. 242) (LARENZ, 1958, p. 58-59)

Múltiplo e único, como se verá, misturam-se neste instituto que surge confuso e obtuso para muitos, levando a digressões e antagonismos que relegam a prática a segundo plano, sem que se lhe atribuam os efeitos todos e certos.

É esta complexidade objeto do presente esboço, em que se passará pelas bases do princípio da solidariedade, vislumbrará as complexões do público e do privado no atual estado da arte e perceberá como a boa-fé haure suas funções diretamente da Carta Maior.

2 - Miradas sobre o princípio da solidariedade

A noção de solidariedade, em sua inicial concepção dentro do sistema jurídico, retrata uma variação da tipologia das obrigações (BODIN DE MORAES, 2003, p.168.). Por seu tempo, migrou esta concepção aos foros constitucionais, passando a determinar, quando de seu retorno sobre o plexo cível, uma ordem de respeito e cooperação.

Não apenas se percebe a existência do outro, ele não apenas está lá. Tem-se, através do reconhecimento que o outro está no "eu" e que o "eu" está no outro (está, não é) como fator *sine qua non* para o (con)viver.

Não se apresse em pensar que toda esta concepção se dê de forma linear, singela, pois o que ocorre é fervoroso embate que reflete o paradoxo da alma humana, vez que se a

solidariedade é uma idéia-força de nossa contemporaneidade, forçoso é constatar um grande paradoxo do homem contemporâneo, pois este despreza, em larga escala, as tentativas de imaginar uma democracia social e pluralista, cuja força motora baseia-se na liberdade, na solidariedade e num pluralismo da vida social. A solidariedade tornou-se um paradigma perdido. Diante deste fato, não podemos deixar de lamentar o esquecimento no qual caiu o discurso solidarista (FARIAS, 1998, p.194.).

O homem do séc. XIX, no auge do iluminismo e antropocentrismo, legou ao mundo a compreensão de que o indivíduo, respeitado por seu supremo direito de liberdade, deveria poder exercer suas faculdades, tanto jurídicas quanto morais, no limiar do absoluto, pois só

assim a sociedade receberia o real progresso, no entendimento de que o sistema é completo.

Este mesmo indivíduo observou, quando das grandes guerras modernas (inclusive as mundiais), que o ermitão do mundo não era auto-suficiente ou se bastava a si mesmo. A família ganhou foro social, o jardim invadiu (foi invadido pelo) a praça³.

O que antes era privado foi recebido no alpendre social, o indivíduo se descobriu pessoa e, como pessoa, se redescobriu no outro⁴.

O indivíduo que se fez sujeito⁵ nos séculos anteriores, tirado absorvido pelos pálios protetivos do contratante, do pai de família, do testador e do proprietário, perde espaço, cai em risco de morte, mesmo que ovacionado pelas codificações atuais⁶.

A idéia de pessoa⁷ não aceita este elemento estático, em que o que importa é a adequação do fato à previsão da lei. Pelo contrário, Maria, José, João, cada um dos viventes humanos traz em si a chama da diferença, e justamente esta chama se apresenta como o elemento que nos torna iguais.

A concepção de pessoa é concreta, dinâmica, fluída. A cada momento os parâmetros que se tem para defini-la podem se apresentar de maneira diferente. É esta fluidez (permeada de fraquezas e falhas) que lhe dá ares de humanidade, lhe qualifica junto aos demais.

³ Em alusão à metáfora usada por SALDANHA, 1984, *passim*.

⁴ Público e estatal não mais se identificam por inteiro; privatismo e individualismo, a seu turno,

cedem passo para interesses sociais e para a "coexistencialidade" (FACHIN, 2003, p.221).

⁵ Para um repensar da "biografia" do sujeito, veja-se FACHIN, 2003, p.108 et seq e CARVALHO, 1981, *passim*.

⁶ A categoria do direito subjetivo traz em si esta noção de relativismo, como lembra FACHIN, em uma ótica renovada, a concepção de direito subjetivo supera a característica do absolutismo. A exceção se dá quanto ao direito potestativo, uma vez que, diante deste, a outra parte nada pode fazer, a não ser submeter-se. Os direitos subjetivos propriamente ditos, todavia, implicam um dever correspectivo. (2003, p.312)

⁷ Veja-se CARVALHO, 1981, pp.10 et seq, ao afirmar que a "repersonalização" do direito civil, ou apolarização da teoria em volta da pessoa, que lá se preconiza, não parte de nenhum parti-prisfilosófico jusnaturalista ou "personalista" (...) do que se trata é pura e simplesmente de, sem nenhum compromisso "com qualquer forma de liberalismo econômico e com qualquer espécie de retorno a um individualismo metafísico", repor "o indivíduo e os seus direitos no topo da regulamentação jurecivile", não apenas "como o actor que aí privilegiadamente intervém mas, sobretudo, como o móbil que privilegiadamente explica a característica técnica dessa regulamentação".

Quando não se é perfeito, se aprende que a maior virtude humana é perdoar, pois, de outro lado, o caminho mais fácil a ser seguido é o do erro.

Quando o erro é uma constante, o outro se torna importante, pois a culpa só pode com ele ser purgada; a dor só pode ser por ele acalentada; a responsabilidade só com o outro pode ser compartilhada.

A figura do outro (terceiro) relegada desde a compreensão helenica e romana a um *status* de menor importância, somente cogitada como exceção, largou os bastonetes e veio se fixar à fóvea, como elemento fulcral. O interpartes se estendeu, a relação protegida passou a ser influenciada e influenciar o alheio. A ética moral e individual subverteu-se, rebelou-se em ética solidária⁸, não do “um”, mas do “todo”⁹. Uma ética da complexidade¹⁰ e da responsabilidade¹¹.

A ética da complexidade é o grande norte determinador da solidariedade, pois o discurso solidarista tenta forjar uma unidade levando em conta essa pluralidade da vida social¹². O solitário vergou o fonema, tornando-se solidário. Esta pequena alteração (na conformação) do signo traz, na realidade, forte viés modificativo, denotado no significante.

A solidariedade não se assenta de soslaio ao batente da porta. Ela se convola em ditame fundamental do Estado, verdadeira missão do ente coletivo¹³.

⁸ Toda a ruptura directa da jurisprudência em direção à função social é necessariamente paga com a destruição dos sistema, com a reformulação dos conceitos. (WIEACKER, 2004, p. 627.)² Passando por sobre o sistema tradicional do individualismo, cuja força ainda gera uma ação de retaguarda para mantê-lo incólume, princípios de justiça distributiva, não apenas “como o actor que aí privilegiadamente intervém mas, sobretudo, como o móbil que privilegiadamente explica a característica técnica dessa regulamentação”.

⁹ Veja-se WIEACKER, 2004, pp.705 et seq. Em complemento, Kant esclarece que qualquer ação é justa se for capaz de coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, ou se na sua máxima a liberdade de escolha de cada um puder coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal (2003, p.76-7).

¹⁰ Para tanto, tenha-se MORIN, 1998, pp. 65 et seq.

¹¹ Como fundamento, busque-se em JONAS, 1994, passim. Em destaque a afirmação do autor, à página 39, de que a ignorância já não constitui álbi.

¹² FARIAS, 1998, p. 195.

¹³ Ver FARIAS, 1998, p.193 e BODIN DE MORAES in PEIXINHO, s.d., p.189.

É agora uma obrigação jurídica do Estado orientar a sociedade no sentido de que o melhor caminho a ser seguido é o do reconhecimento, o “ser com o outro”¹⁴. Neste sentido, além da promoção de políticas públicas que apontem neste sentido, faz-se mister que os órgãos do judiciário se apresentem como guardiões da ética, da moralidade; intérpretes que trazem para a norma todo o necessário sentido social que lhe deve estruturar, pois se a linguagem fosse uma entidade destacável da realidade global da sociedade, então a interpretação poderia voltar a ser uma atividade que exonera o jurista de assumir responsabilidades sociais. (PERLINGIERI, 2002, p.59)

Seguindo este caminho e influência¹⁵, o direito privado viu-se modificado pelos preceitos solidaristas, pois

si la valoración de la naturaleza y de las tareas del actual derecho constitucional y del actual derecho privado es correcta, ambos aparecen como partes necesarias de un orden jurídico unitario que recíprocamente se complementan, se apoyan y se condicionan. (HESSE, 1995, p. 81)

Firma-se a solidariedade como o princípio maior que rege todo o sistema. Para muitos que defendem ser a dignidade da pessoa o valor fundamental da ordem estabelecida atualmente pode parecer estranha tal afirmação. Fato é que a solidariedade é requisito essencial para a dignidade.

¹⁴ O Para-si, sozinho, é transcendente ao mundo, é o nada pelo qual há coisas. O outro, ao surgir, confere ao Para-si um ser-Em-si-no-meio-do-mundo, como coisa entre coisas. (SARTRE, 1997, p. 531).

¹⁵ Conforme SARMENTO (2004, p.298),

o reconhecimento da eficácia direta dos direitos fundamentais na esfera das relações jurídico-privadas não é incompatível com o chamado efeito de irradiação dos mesmos direitos, que os torna vetores exegéticos de todas as normas que compõem o ordenamento jurídico. Assim, (...), ao aplicar qualquer norma infraconstitucional a casos concretos, inclusive no campo das relações entre particulares, o Judiciário deve mirar os valores constitucionais, que têm no sistema de direitos fundamentais o seu eixo central, e no princípio da dignidade da pessoa humana o seu vértice. Caso não seja possível aplicar a norma ordinária existente em conformidade com os direitos fundamentais, deve o órgão jurisdicional exercer o controle incidental de constitucionalidade, para afastar o preceito viciado da resolução da questão, e, diante de eventual ausência de norma, solucionar o litígio através da invocação direta da Constituição. Assim também CANARIS (2003b, p. 223 e SS) e FACHIN & RUZYK (2003b, p.87 e ss).

Não pode o homem flutuar ou vagar entre a liberdade e o solidarismo. Pelo contrário, o solidário se torna mínimo determinante para a aquisição e o exercício dos demais princípios fundamentais. Qualquer direito, sem solidariedade, pode se deturpar em abuso¹⁶.

Não há ponderação quanto à existência¹⁷ da solidariedade, apenas quanto ao seu alcance ou extensão se pode cogitar de embate com outros princípios. O fator proporcionalidade se fixa sobre a solidariedade, e por ela se traduz o errado no certo, o injusto ganha status de justiça. O mínimo solidário é irrenunciável, é adrede à noção de pessoa.

Este mínimo percorre todos os pilares¹⁸ do direito privado, das titularidades ao projeto parental, passando pelo trânsito jurídico.

3 - Princípios constitucionais e as relações privadas

Para que se compreenda a maneira como Direito Constitucional e Direito Civil hoje interagem, é necessário que se faça, primeiramente, um breve esboço acerca da divisão (ou pseudo-divisão) do Direito em ramos ou fragmentos.

Os doutos¹⁹, em manuais de iniciação aos saberes jurídicos, discorrem comumente sobre esta divisão, denotando existir uma face do Direito que se ocupa de avaliar as pretensões, dissensões e comunhões dos particulares entre si atuando em paridade (ao menos formal) – Direito Privado – e outro, que resguarda para si as atividades em que se tenha um ente que ocupa posição de *ius imperii* – Direito Público²⁰.

Como lembra Eugênio Facchini Neto,

uma tal distinção fez seu ingresso na história do pensamento político e social do ocidente através

¹⁶ Veja-se PERLINGIERI, 2002, pp. 122 *et seq* e SCHREIBER, 2005, pp.104 *et seq*.

¹⁷ Analogamente, em relação à dignidade da pessoa humana, veja-se SARLET, 2004, pp. 124 *et seq*. A analogia se justifica por ser a solidariedade a base sobre a qual se constrói a dignidade, pois não há se pensar em dignidade sem solidariedade.

¹⁸ Cf. FACHIN, 2003, p.22 *et passim*.

¹⁹ Podem retratar a existência de normas jurídicas públicas e privadas (AMARAL, 2003, p.7) ou a unidade do Direito, apesar de sua fragmentação didática (PEREIRA, 2004, pp.14 *et seq*).

²⁰ OLIVEIRA ASCENSÃO destaca a existência de três critérios diversos para se identificar o Direito Público ou vincular uma determinação relação jurídica a este ramo: o critério do interesse, o critério da qualidade dos sujeitos e o critério da posição dos sujeitos. Afirma o autor que a qualificação da relação não depende apenas do interesse ou da qualidade dos sujeitos, ato com que adota o critério da posição dos sujeitos, variando entre o *ius imperii* e a paridade. Deste critério também se aproveita o presente trabalho. (por tudo, veja-se OLIVEIRA ASCENSÃO, 2005, pp. 312 *et seq*.)

de duas passagens do Corpus Iuris Civilis [*Institutiones*, I, I, 4; *Digesto*, I, 1, 1, 2], onde se refere ao público como *quod ad statum rei romanae spectat*, e ao privado como *quod ad singulorum utilitatem* (FACCHINI NETO, 2003b, p. 13-14.)²¹.

Assim também é a lição de Nelson Saldanha,

o desdobramento destes dois “momentos”, ou duas dimensões do viver – a pública e a privada – poderia ser rastreado no processo de estruturação social em cada um das chamadas grandes culturas. Poderia inclusive ser vislumbrada (embora certamente sem maior nitidez) no próprio surgimento das estruturas e na institucionalização das práticas. Então teríamos uma série de subtemas, não sei se já aproveitados, para o antropólogo e para o filósofo da história. Teríamos uma variada série de conjecturas a explorar, algumas delas compatíveis com estudos históricos já feitos: por exemplo, a dualidade de cultos, um público e outro privado, tanto na antiga Grécia como em Roma, foi persuasivamente fixada na sempre notável *Cité Antique* de Fustel de Coulanges. Cultos distintos, embora solidários.(SALDANHA, 1986, p.13)

Esta diferenciação, às vezes acrescida de outros elementos, como o Direito Social²², sabe-se, contudo, fictícia²³, não demonstrando a realidade una e sistêmica do Direito. Note-se que a mesma não retrata a realidade, muito menos é de fácil percepção.

Mas esta diferenciação se mostra didaticamente necessária para a apreensão do fenômeno jurídico, pois, de sua ausência, resultaria

²¹ Complementando a informação, extrai-se das Institutas de Justiniano o seguinte fragmento: §4º - Duas são as posições deste estudo: o público e o privado. Direito Público é o que se refere à República Romana; privado é o direito que versa interesses particulares. Deve-se dizer que o direito privado é tripartido, porque consta de preceitos do direito natural, do direito das gentes e do direito civil (JUSTINIANUS, 2000, p.22)

²² Como em SILVA, 1998, p.35.

²³ Sobre esta ficção, que não se encontra em todos os sistemas jurídicos, veja-se CARVALHO, 1981, pp. 25 *et seq*.

complexa a avaliação das possibilidades surgidas a partir das intrincadas redes relacionais estabelecidas pelo Direito.

Seguindo esta linha, deve-se precisar o que, neste trabalho, se entende por público e privado. Assim, o critério que se utilizará para apartar estes campos será o da posição dos sujeitos. Com isto, vê-se que o Direito Privado tem por fim proteger todas as relações em que os agentes atuam em caráter de igualdade (ao menos formal), e o Direito Público, por sua vez, fixa seu campo de atuação nas relações em que se encontra um dos sujeitos em posição de império, de prevalência.

Vale destacar que toda esta fragmentação não é de pleno aceite em doutrina, visto que o Direito Civil pode ser enquadrado como um ramo misto, reunindo características do Direito Público e do Direito Privado. É lição de Pietro Perlingieri que

o Direito Civil reapropria-se, por alguns aspectos e em renovadas formas, da sua originária vocação de *ius civile*, destinado a exercer a tutela dos direitos 'civis'. (...) O Direito Civil não se apresenta em antítese ao Direito Público, mas é apenas um ramo que se justifica por razões didáticas e sistemáticas, e que recolhe e evidencia os institutos atinentes com a estrutura da sociedade, com a vida dos cidadãos como titulares de direitos civis. Retorna-se às origens do direito civil como direito dos cidadãos, titulares de direitos frente ao Estado. Neste enfoque, não existe contraposição entre privado e público, na medida em que o próprio direito civil faz parte de um ordenamento unitário (PERLINGIERI, 2002, pp.34/55).

²⁴ O direito público e o direito privado (...) constituíram, para a cultura jurídica dominante na Escola da Exegese, dois ramos estanques e rigidamente compartimentados. Para o direito civil, os princípios constitucionais equivaleriam a normas políticas, destinadas ao legislador e, apenas excepcionalmente, ao intérprete, que delas poderia timidamente se utilizar, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, como meio de confirmação ou de legitimação de um princípio geral de direito (TEPEDINO, 2001, p.3). Claro combate à dicotomização se vê em LUDWIG, 2002, p.93., ao afirmar que importa, isto sim, deixarmos claro que a categorização do direito público e do direito privado como duas esferas estanques, auto-excludentes, é justamente gerada pela perspectiva dicotômica que combatemos. Se quisermos estabelecer uma nova noção desses dois conceitos distintos, como queremos, será necessário superar essa visão radical. Para uma visão global das grandes dicotomias correspondentes que surgem da separação entre público e privado, veja-se SILVEIRA, 2002, pp.22-53.

Dissenso à parte, verifica-se claramente, na mentalidade jurídica, um espaço reservado para cada um destes pólos; como se Privado e Público pudessem remanescer em câmaras estanques²⁴, a *summa divisio* fosse realmente possível. Um ledô engano, contudo escusado pela remissão histórica que se deve fazer para avaliar o comportamento destes dois ramos, que participaram, constantemente, de uma relação de mútua absorção.

A globalização econômica, único dos processos de interação mundial que se pode afirmar solidificado, representa o retorno às bases do Direito Privado como preeminência, como destaque sobre o qual as relações do Direito Público se agregam.

O Direito Privado recebe clara influência dos regramentos supremos da Constituição, de modo a se reverem as determinações infraconstitucionais sob o crivo da Carta Maior. Não há norma de escala inferior que se possa opor às determinações constitucionais. Ainda, mesmo que se tenha uma total ausência de normas inferiores, nada obsta que venha a Constituição inflectir diretamente sobre a vida particular.

Necessária se apresenta pequena digressão sobre o assunto em tela, para que se avaliem as teorias que discutem o papel da carta maior em sua inter-relação com o Direito Civil. Pode-se, aproveitando lição de Pietro Perlingieri (PERLINGIERI, 2003, pp.10 et seq.), apresentar quatro teorias, a saber:

a) Teoria da Constituição como limite - segundo esta visão, a Carta Maior seria apenas um limitador da ação legislativa, nada criando, nem mesmo servindo a uma função interpretativa. A Constituição seria meio instrumental subsidiário que se utilizaria apenas quando da limitação de uso de uma determinada norma legal. Se os ditames legais não ofendem a norma constitucional, esta não precisa ser invocada;

b) Teoria da relevância somente interpretativa - neste ponto, abandona-se a visão meramente limitativa, dando-se à formatação das regras constitucionais força de conteúdo interpretativo. Mas nada além disso se não existe norma a ser aplicada, não existe função para a Carta Fundamental. Permanece, ainda, a concepção residual do Direito Constitucional, do que resulta um sub-aproveitamento do potencial existente na mesma;

c) Teoria da aplicabilidade indireta - ainda se encontra a teorização em um momento negativo face à Constituição, pois o que defende esta visão é a possibilidade de uma maior ênfase na função do Direito Constitucional, em que a interpretação se apresenta como aplica-

ção, mas ainda necessitando de um regramento inferior, como se os princípios constitucionais necessitassem de normas para serem aplicados. O que se olvida é o fato de que "também os princípios são normas";

d) Teoria da aplicabilidade direta - diante desta compreensão não há condicionante à aplicação das normas constitucionais sobre as relações privadas, visto que como as normas, mesmo as constitucionais, se apresentam com real e necessária concretude, não há (nem deve haver) qualquer impedimento à sua aplicação direta, sem intermediários de cunho infraconstitucional, sobre a relação estabelecida entre particulares.

Distante daqueles que ojerizam a possibilidade de que a atividade jurisdicional tenha um caráter criativo, não se pode mais tratar com descaso, sob pena de relegar ao inútil a tábua de valores insculpida na Constituição, toda a perspectiva social-democrática, solidarista e emancipacionista, por ela concebida.

Não se pode olvidar que um dos principais caminhos é o do solidarismo, ficando-se o princípio da solidariedade como base, ativa, modificativa e criadora do sistema jurídico pátrio. Solidário não é um adjetivo que se possa dar ao ser individual, ao ermitão. Solidário não se pode ser sem o convívio social.

A coesão, por sua vez, somente pode ser alcançada quando se promove o próximo pela ciência de que dele se necessita. Necessidade que não gera uma idéia egoística de utilitariedade, mas de colaboração, abdicação do "um" pelo progresso e desenvolvimento do "todo".

É esta coesão que possibilita o emaranhado de papéis sociais se revelarem um plexo lógico e estruturado. O rearranjo se faz necessário, os homens, por si só, não estabelecem vida social sem um nexos fundante, um ato essencial e premente que faz a magia do reconhecimento. Deixa-se de compreender o sistema como dotado de alteridade para se compor com o "eu" no "outro" o "todo".

Resta patente que as normas constitucionais têm direta aplicação sobre o sistema jurídico subordinado. Mesmo mote, vê-se que tal aplicação pode ser melhorada e aperfeiçoada quando se faz uso de uma série de sub-princípios que concretizam os ditames gerais, dando ao caso concreto uma expectativa de solução justa e coerente.

Exemplo desta possibilidade está na boa-fé, que traz para o sistema obrigacional civil uma linha de fatores que possibilitam uma melhor adequação do direito fundamental relacional da solidariedade, sem que o aplicador se perca em meandros ou discussões infundadas e infrutíferas.

Esta atividade parte da bifurcação da boa-fé em dois aspectos básicos, um lastreado pelas relações de apropriação, de conteúdo negativo, que visa a retirar a culpa do agente que procede em erro.

Outro, de conteúdo mais abrangente, quer vislumbrar no ser humano um ente complexo e que deve, em suas atividades de cooperação, respeitar o próximo, prestando-lhe auxílio, informação; tendo para com ele cuidado, respeito; estendendo-lhe a mão. A boa-fé, agora em seu espectro objetivo, fragmenta-se em três linhas estruturais, já amplamente discutidas em doutrina (mas aqui de grande valia), para facilitar o trabalho do intérprete e aplicador do Direito.

A primeira linha, de caráter básico, traça-se no plano da hermenêutica, determinando que qualquer intelecção da norma privada deva ser formatada e avaliada a partir do respeito.

Próximo momento, se espalha pela seara do exercício dos direitos, determinando que cada um deve, ao desejar fazer valer toda a gama preceptiva que o Direito lhe atribui, respeitar a proporcionalidade, evitando que seu ato, em diagramação desarrazoada, venha a prejudicar outras pessoas.

A última especialização se dá em vôo total, aplicando a todas as relações obrigacionais um conjunto de normas e deveres anexos ou secundários que, mesmo não constando diretamente da lei privada, regem as relações estabelecidas.

Tudo isso se tem para que as pessoas possam deixar de lado sua conduta egoística e passe a reconhecer no próximo um caminho de realizações e interações. Quando isto se der de maneira plena, fixada será a estrada do desenvolvimento pleno, dando ao ser humano a dignidade que os tratados e convenções internacionais tanto buscam proteger.

4 - Interações do Princípio da Solidariedade

A construção inicia sua formatação, os verbos soltos se reúnem em oração. Desta feita, a solidariedade, o princípio que transforma o "eu" em "nós", se apresenta em três grandes esferas: a da auto-aplicabilidade, a da co-participação em outros princípios e a manifestação indireta via cláusulas gerais.

O primeiro nível, em que a solidariedade se apresenta diretamente no sistema jurídico pode ser detectado através de leis ou microssistemas como o Estatuto do Idoso (lei 10841/03), os programas de renda mínima (que manifesta estrutura de solidarismo a partir do momento que visam, precipuamente, re-dividir e re-equilibrar renda). Nestes casos detecta-se uma aplicação direta do princípio da solidariedade sobre o conviver humano, determinando que se reconheça a

existência do outro e se efetivem meios de garantia da existência com valores que lhe suportem.

Pode também a solidariedade servir de lastro teórico para outros princípios como se observa na dignidade da pessoa humana. É a solidariedade uma das bases que dão suporte à dignidade, determinando que, para se conceber tal princípio é mister haja um sistema de reconhecimento em mão dupla (aquele que tem dignidade deve reconhecer a dignidade alheia).

Por fim, e no espectro que interessa a este trabalho, a solidariedade se manifesta sobre as relações sociais, através de outros sub-princípios ou cláusulas gerais, destacando-se um espectro endógeno e um exógeno, respectivamente, a boa-fé e a função social.

Partindo-se da última, vê-se que todos os sistemas jurídicos existentes sempre foram funcionalizados²⁵. Todo o Direito tem uma função, um fim. Não se concebe a estruturação de um sistema jurídico sem que isto se dê para a satisfação de um interesse, para a proteção de um ponto nevrálgico. O que se aprecia é o fato de que, sempre e a todo o momento, teve o Direito um fim, que lhe caracteriza. Seja proteger o Rei, a estrutura hierárquica de castas, o indivíduo, a coletividade etc. Como bem explica PERLINGIERI,

as situações subjetivas podem ser consideradas ainda sob dois aspectos: aquele funcional e aquele normativo ou regulamentar. O primeiro é particularmente importante para a individuação da relevância, para a qualificação da situação, isto é, para a determinação da sua função no âmbito das relações sócio-jurídicas. O ordenamento italiano atribui a cada situação subjetiva uma função social. O fenômeno pode ser mais ou menos relevante; às vezes é tal que chega a transfigurar a situação subjetiva. Existem situações que "são" funções sociais, outras que "têm" função social. No ordenamento, o interesse é tutelado enquanto atende não somente ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade. Na maior parte das hipóteses o

²⁵ Duguit considera o 'direito objetivo' uma 'lei de fim', no sentido da realização da 'solidariedade social' (...). A idéia de fim não é uma finalidade externa a homem, Ela é imanente ao homem vivendo em sociedade, implicando um processo de exteriorização e de interiorização, pois 'o ato de vontade humana aparece como um movimento corporal que é produto de uma energia interna do sujeito, manifestando-se conscientemente no exterior em vista de um fim a ser atingido, e condicionando uma série de fatos inconscientes que se sucedem conforme uma certa lei. (FARIAS, 1998, pp. 225-227).

interesse dá lugar portanto a uma situação subjetiva complexa, composta tanto de poderes quanto de deveres, obrigações, ônus. A complexidade das situações subjetivas - pela qual em cada situação estão presentes momentos de poder e de dever, de maneira que a distinção entre situações ativas e passivas não deve ser entendida em sentido absoluto - exprime a configuração solidarista do nosso ordenamento constitucional. (PERLINGIERI, 2002, pp. 106-7)

Nos dias atuais, com a problemática ambiental, a escassez de recursos naturais, a decadência do homem, o sistema jurídico voltou-se para a pessoa, enquanto ser inserto na sociedade, dando aos direitos subjetivos (e ao objetivo, por derivação) caracteres sociais.

Dantes, a que se repugne a idéia de direitos absolutos, como pregam alguns em relação ao direito de propriedade romano, pouco se discutiu sobre o conteúdo plural dos direitos. No mais, se focava, quando dos direitos das obrigações, a perspectiva do credor ou do devedor, um pólo de valores positivos, dono do poder e da inflexão; outro, servil e submissão, nau a mercê dos poderes do titular do ativo creditício.

Esta visão, que se deve relegar à memória jurídica por referência, já se viu superada pela compreensão da obrigação enquanto processo, concepção esta defendida pelo grande Clóvis do Couto e Silva. Serve a comparação de elemento definidor de uma mudança clara de vetor, uma alternância no paradigma central, do senhor-indivíduo ao cooperante-pessoa.

O credor, o contratante, deixam de ser entes abstratos para se tornarem seres concretos, viventes, o ser ético, engajado no social. Um ser que chora, que ri, se emociona. Vivencia cada instante como se o raiar do sol fosse o último; ser que reconhece e sabe que não existe apenas um caminho a ser trilhado, mas uma infinidade de saídas e percalços que lhe acentuam o maior valor, a possibilidade de erro. E isto aproxima o eu do nós.

Tem-se então um novo direito, reconcebido, relido, em que o todo importa e qualifica a parte; em que cada parcela significa muito para a construção da totalidade. Não um direito reducionista, em que cada um se perde no todo ou em que o todo deve se curvar à parte. Um direito ágil, altivo, que possibilita a manifestação da pessoa em sua completude, em seu máximo. A pessoa reproduz o quadro total, sem deixar perder sua especificidade, sem se reduzir ou se desqualificar.

É esta figura do próximo que se torna o centro em relação ao qual orbita o Direito. Não um próximo neutral, distante, abstrato, mas aquele que se reflete no “eu”, aquele que também é o “eu”. O próximo, o outro é figura múltipla, vários outros que importam a uma única relação obrigacional, gerando uma rede de obrigações, que validam o “eu”, o “outro”, o “nós”.

Veja-se que destaque deve ser dado às redes contratuais, um fato comum nos dias de hoje em que se interligam contratos e contratantes entre si, de modo a que cada um passe a influir diretamente sobre os demais, mas em uma simbiose estruturada juridicamente, em que cada um precisa necessariamente do outro para alcançar seu objetivo, mesmo que do outro nem mesmo se tenha conhecimento. Exatamente, as redes contratuais são um bom exemplo da despersonalização-repersonalizante por que vem passando o Direito Civil obrigacional. Quando dantes se contratava tinha-se certeza de quem seria o pólo contrário, complementar. Na atual conjuntura, não mais se tem plena certeza do que se contrata (haja vista os arts. 413 e 478 CC/02), nem muito menos com quem se contrata (como se nota no contrato com pessoa a declarar, arts. 467 e ss do CC/02).

Permite-se aqui um parêntese para que reste explicado o porquê de se falar em despersonalização-repersonalizante. Quando se alinhavam estruturalmente direitos e deveres, sem que se questionem “de quem” ou “para quem” pode-se promover uma maior interação daqueles que de outro modo não contratariam. Com a despersonalização o que se leva em consideração são as características da parte, não do sujeito por trás dela. A parte contratual pode absorver todas as necessidades do sujeito que lhe completa, e ainda, de modo flexível, adequar as possibilidades contratuais para a otimização da relação.

Este fantástico fenômeno que a atual perspectiva obrigacional possibilita problemas novos, que ainda são de pueril construção jurídica em suas respostas. Todos estes fatores criam um problema (que não

²⁶ Observe-se que nós julgamos as orientações de valor, bem como a autocompreensão das pessoas ou grupos baseada em valores, a partir de pontos de vista éticos, e julgamos os deveres, as normas e os mandamentos a partir de pontos de vista morais. Vejamos primeiro as questões éticas, que se colocam a partir da perspectiva da primeira pessoa. Do ponto de vista da primeira pessoa do plural elas visam ao ethos comum: trata-se de ver como nós, como membros de uma comunidade moral, nos entendemos a nós mesmos, quais serão os critérios segundo os quais deveremos orientar nossas vidas, o que é o melhor para nós, a longo prazo na visão do todo. (HABERMAS, 2004, p.40.)

é novo) que ganhou uma roupagem interessante no alvorecer do século 21: Como cuidar para que uma disposição atual possa estender sua aplicabilidade? Para que o afã se concretize, deve-se recorrer aos preceitos que não se manifestam no viver humano, mas nas interações, nas colisões sociais.

Sim, há preceitos do viver e preceitos do conviver. Vontade (desejo), vida, medo, e mais alguns poucos, são sentimentos e princípios em que basta, em suas formas básicas, o viver para que se manifestem.

Amar, respeitar, cuidar, proteger são, dentre muitos, valores que se conjugam no plural, no outro. Não se ama, sem que se necessite de outrem, não se respeita, se não o for a foco do terceiro²⁶. Viver não é o suficiente para ensinar ao indivíduo todos os valores possíveis, faz-se mister conviver, compreender, confiar, partir de alguém para se chegar a si mesmo.

Esta tábua de valores permite que se adeque o Direito, a letra da lei ao mundo, às relações plúrimas que a cada momento se dão no universo social. A relação estabelecida pelo Direito e pelos valores do conviver não é de fácil percepção, por sua gama complexa e o risco de se estabelecerem limites fluidos em excesso. Este risco pode refletir em simples falha técnica ou mesmo desembocar em um perigoso e instável plexo de soluções injustas.

Falha técnica se diz pelo problema de se confundirem as formas básicas da boa-fé, que secularmente vem sendo fragmentada em subjetiva e objetiva. Além disso, a concepção de que a boa-fé pode se apresentar como panacéia a todas as mazelas humanas também é preocupante. Veja-se por **primeiro** este ponto.

Antes de receber o qualificativo *bona*, a *fides* teve reflexo na sistemática romana de cunho transversal, até mesmo cruel. Assim, nas relações internas ao povo romano, a *fides-poder* compreendia o plexo de supremacia assegurada ao **patrão** em uma relação de clientela, ou mesmo a *fides-promessa*, em que **uma** pessoa era remetida à situação de *cliens* pela, v.g., *capitis deminutio* e em relações externas, com a submissão de um povo aos romanos, através da *deditio in fidem*.²⁷

Note-se que a mera menção à idéia da *fides* não poderia presumir uma gama de atitudes como hoje se lhe imputa a doutrina. Pelo

²⁷ por tudo, MENEZES CORDEIRO, 1997, pp. 59 et seq.

²⁸ MENEZES CORDEIRO, 1997, p. 101.

contrário, sabe-se bem que um termo pode variar sua intelecção de acordo com o qualificativo que lhe for atribuído.

Assim é que à *fides* romana se uniu, para determinar a exata noção de bem agir, de proceder em favor e não contra, de manejar condutas em prol de outrem, o qualificativo *bona*. Segundo Menezes Cordeiro,

A transição da *fides* descaracterizada, para uma expressão técnica verdadeira, com todas as suas implicações e, de certo, artificial, no sentido de uma obra humana voluntária. E foi uma criação hábil: escolheu-se um termo que, sem prejuízo das potencialidades técnicas, asacadas por convenção, com um máximo de utilidade para o jurista, mesmo pouco preparado, sensibilizava imediatamente o leigo: *fides* – isto é, algo ligado a poder, confiança, garantia, respeito e com uma áurea mística – e *bona* inculcam o sentimento de algo axiologicamente positivo, a seguir. O Direito romano é pragmático, na forma, tradicionalista: não se vislumbra a ocorrência de reformas terminológicas ou similares. O recurso a expedientes lingüísticos inventivos só pode ter advindo duma necessidade: a de nominar realidades novas, criadas de modo especial.²⁸

De outro lado, a fragmentação da boa-fé nos espectros objetivo e subjetivo é de suma importância para o desenrolar de toda a estrutura deste trabalho. Assim, como afirma Carnelutti,

la fórmula de la buena fe se usa en el lenguaje de la ciencia y de la legislación en dos sentidos: objetivo y subjetivo, para indicar una regla de conducta, o bien una guía para la intención. En sentido objetivo está entendida, por ejemplo, en el art. 1.375 de Cód. civ., en el que al prescribir que 'el contrato debe ser cumplido según la buena fe' se quiere decir que en caso de duda el precepto contractual debe ser entendido en el sentido conforme al orden moral (por lo que el artículo citado es una repetición inútil del art. 1.366, que establece que 'el contrato debe ser interpretado según la buena fe'), y por ello cumplido en ese mismo sentido. (...)

A la buena fe en sentido subjetivo, en cambio, se refiere el Cód. civ. en buena cantidad de otros casos: así, por ejemplo, cuando se habla de enajenación (art. 535), de adquisición (art. 1.159), de plantaciones o de construcciones (art. 936 e siguientes) de buena fe, es un modo de ser la intención del agente lo que se tiene en consideración (CARNELUTTI, 1955, pp. 342 e 343).

EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA: A SISTEMÁTICA DOS PRECATÓRIOS E A EMENDA CONSTITUCIONAL 62/2009

Ângelo Emílio de Carvalho Fonseca¹
Gláucio Maciel-Gonçalves²

Resumo: O objetivo primordial deste trabalho é analisar a sistemática dos precatórios, instituto jurídico brasileiro, bem como o impacto causado pela promulgação da Emenda Constitucional nº 62, que trata do assunto. No primeiro capítulo, tece-se considerações sobre a evolução recente da prestação jurisdicional oferecida aos cidadãos brasileiros e também como se dá esta prestação quando figura em um dos pólos da lide a Fazenda Pública. No capítulo seguinte, trata-se especificamente dos precatórios, com a apresentação de seu conceito, evolução de seu tratamento nas Constituições Brasileiras e apresentação dos dispositivos normativos a eles atinentes. Também, são apresentados neste capítulo dados que apontam o comportamento da dívida pública constituída em precatórios dos entes brasileiros, por esfera federativa, entre os anos de 2005 e 2009. No terceiro capítulo, aborda-se minuciosamente as inovações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 62/2009, apontando suas evoluções e retrocessos, bem como eventuais inconstitucionalidades cometidas pelo legislador pátrio. Finalmente, apresenta-se a conclusão do trabalho, com votos de que os aspectos positivos da EC nº 62 sejam mantidos quando de sua apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, bem como que seja internalizada pelo poder público brasileiro a necessidade de se tratar a questão com a seriedade devida.

Palavras-chave: Dívida pública. Precatório. Constitucionalidade. Estado Democrático de Direito. Fazenda Pública. Execução.

¹ Bacharel em Direito pela UFMG.

² Mestre e Doutor em Direito pela UFMG. Professor Adjunto de Processo Civil da UFMG. Juiz Federal em Belo Horizonte.

1 - O ATENDIMENTO JURISDICIONAL BRASILEIRO:

1.1 - A evolução recente do atendimento jurisdicional brasileiro:

Para DELFINO (2007), há muito, a finalidade conceitual do Direito deixou de se basear na idéia de manutenção da paz social. Para o autor, qualquer sistema jurídico atual dever-se-ia orbitar em torno de preceitos constitucionais fundamentais e o Direito passa a ser, senão, o meio pelo qual se atinge objetivos sociais finalísticos, alterando-se a realidade social.

Para além de um mero papel de ordenação, o Direito passa a assumir função de transformação da realidade social. Essa noção de Estado se acopla, pois, ao conteúdo material da Constituição, através dos valores substantivos que apontam para uma mudança do status quo da sociedade, servindo-se a lei de instrumento voltado à ação estatal na busca do desiderato apontado pelo texto constitucional, entendido no seu todo dirigente-valorativo-principiológico. (DELFINO, 2007, p. 3)

Neste sentido, o processo assume um papel importante como instrumento de transformação da realidade social. Não se pode admitir evoluções nos sistemas constitucionais desacompanhadas de avanços na sistemática processual, sob pena de se obter baixa eficácia nos imperativos constitucionais. Tal sistemática também deve estar em consonância com os ditames constitucionais.

Denota-se que é o processo, quando os princípios basilares deste estão inseridos em um paradigma democrático e constitucional, que garante que todos os cidadãos terão, ainda que potencialmente, o mesmo tratamento por parte do aparato do Estado, revelando que somente a partir de uma inter-relação entre Processo e Constituição é que a integridade, coerência e validade do próprio ordenamento jurídico, como um todo principiológico considerado, será concretizada. (PRATES, 2003, p. 3)

Há tempos, a sociedade brasileira reclama por melhoria nas ações do Poder Judiciário, tendo em vista infundáveis demonstrações práticas de morosidade, lentidão e baixa eficácia dos comandos proferidos pelos julgadores pátrios.

Em resposta, tem-se visto evoluções na sistemática processual, seja civil ou penal, ao longo das últimas décadas, e até mesmo na orga-

nização do Poder Judiciário. Com a promulgação da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, incluiu-se normas dispositivas sobre o funcionamento dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Estadual Comum.

Em tempo, esclarece-se que os Juizados Especiais - JESP não foram criados pela citada Lei, considerando o fato de a Constituição da República já fazer referência a tais órgãos, desde 1988, conforme o seguinte:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: X - criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas;

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau; (BRASIL, 2011-a, p. 21 e 43)

A lei 9.099/95 buscou disciplinar competência, legitimidade ativa e passiva, bem como atos e procedimentos processuais, entre outros no âmbito dos JESP. Com isto, procurou-se dar maior celeridade às ações judiciais propostas nos Juizados Especiais; incentivar os acordos entre as partes, mediante o fortalecimento da importância da Audiência de Conciliação; reduzir as instâncias recursais cabíveis; e afastar a necessidade de a parte ser representada por um advogado em determinadas situações.

Após a institucionalização desses Juizados, houve um aumento expressivo nas proposituras de ações judiciais, embasadas, principalmente, nas relações de consumo.

Se, por um lado, a criação dos JESP representou uma evolução no trâmite das ações judiciais de menor valor de causa, tal fato não afastou as críticas à forma como tais juizados foram concebidos. Há quem critique o fato de a competência ter sido estabelecida em função do valor da causa e não em função da complexidade da lide. Há também quem critique o fato de a conciliação nos Juizados Especiais ter-se desvirtuado do seu escopo original, configurando-se apenas como o cumprimento de um requisito burocrático e não como incentivo a uma solução amigável para a controvérsia.

E há, também, quem aponte evoluções no atendimento jurisdicional, porém, simultaneamente, acompanhadas de redução na segurança jurídica oferecida pelo arcabouço constitucional-normativo, tendo em vista a redução do número de recursos, por exemplo.

Afastadas tais críticas, fato é que a Lei 9.099/95 permitiu e incentivou uma gama enorme de pessoas a transportarem seus conflitos cotidianos a fim de serem dirimidos por juízes togados e amparados pela legitimidade e poderio estatal. Caso contrário, tais pessoas ou buscariam outros e indesejados meios de resolução de seus conflitos, ou então se ressentiriam com o suposto prejuízo que lhes fora imputado.

Aproximadamente seis anos após a promulgação da Lei do JESP, foi promulgada a Lei 10.259, de 12 de julho de 2001, que institui normas acerca do funcionamento dos Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal. Tal Lei representa um avanço em relação à anterior, tendo em vista, por óbvio, permitir figurar no pólo passivo a União, bem como empresas públicas, fundações e autarquias federais.

Tal evolução tardou para chegar aos Juizados Especiais das Justiças Estaduais, o que só aconteceu com a promulgação da Lei 12.153, de 22 de dezembro de 2009, que dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. (BRASIL, 2011-b, p. 1.567)

Antes da implantação dos Juizados Especiais, evidenciava-se no País a falta de assistência jurídica à população e a descrença desta na Justiça, inacessível, por força dos custos e da morosidade do processo tradicional, a grande parte dos cidadãos atingidos por problemas jurídicos de pequeno valor e complexidade.

A implantação dos Juizados Especiais objetivou e, tenho certeza, começou a reverter tal quadro desolador, uma vez que ampliou o acesso ao Poder Judiciário, não para os pobres, como se tem propalado, mas para os cidadãos, pessoas de todas as classes sociais que invoquem a prestação jurisdicional.

Trata-se da democratização da justiça e de uma lição de civismo e cidadania oferecida pelo Poder Judiciário à população. (ANDRIGHI, 2000, p. 9)

Há de se ressaltar também as contribuições da tecnologia para o aperfeiçoamento do atendimento jurisdicional, com a promulgação da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que dispõe sobre a informatiza-

ção do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. (BRASIL, 2011-c, p. 1.551)

A partir da vigência da citada Lei, permitiu-se a citação por meio eletrônico, a transferência de arquivos entre comarcas e Tribunais por meio digital, interposição, apresentação e propositura de peças processuais em arquivo digital, expedição de mandados e cartas precatórias ou rogatórias instantaneamente, assinatura digital de advogados, magistrados e membros do Ministério Público mediante certificação criptografada, o que culminou em redução de custos processuais e no tempo de curso das ações judiciais.

DUARTE (2009), conclusivamente, aponta outros benefícios da adoção do processo eletrônico no Brasil e preconiza o fim da morosidade na Justiça pátria, *in verbis*:

O processo assim automatizado, além de proporcionar vários fatores positivos de relevante interesse à administração da justiça, tem ainda a virtude de fornecer importante subsídio ao serviço de estatística e de controle da produtividade, pois, poderá, o operador do Direito, peticionar eletronicamente, analisar os autos via Internet, apor assinaturas digitais, enfim, acompanhar processos em qualquer lugar que se depre.

Outro benefício, que esta lei trás, é a redução significativa de custos para os tribunais, uma vez que haverá uma economia no uso de papel e não mais haverá a deterioração ao meio ambiente, haverá também redução dos custos dos equipamentos e programas de informática, e entre outros benefícios que com o decurso do tempo vislumbraremos melhor.

Contudo, é válido externar que a lei que aqui se analisou é boa e tende a ser uma ótima idéia para os dias vindouros, haja vista que acabará com o instituto da morosidade, a antítese da justiça. (DUARTE, 2009, p. 208-209)

Indispensável, também, citar a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, que criou o Conselho Nacional de Justiça, a partir de quando se passou a adotar medidas de monitoramento e aperfeiçoamento da produtividade dos julgadores, reafirmou a razoável duração do processo como diretriz norteadora da atividade jurisdicional estatal, primou pela institucionalização de mecanismos que permitam melhorias na celeridade da tramitação proces-

sual e instituiu novas regras cujo objetivo foi o de desafogar instâncias judiciais sobrecarregadas, como o Supremo Tribunal Federal, a partir da adoção do instituto da "Repercussão Geral" como requisito indispensável ao conhecimento dos Recursos Extraordinários interpostos, como exemplo.

O oferecimento de uma justiça eficiente e eficaz não é só um direito constitucional do cidadão, mas, também, um dever do Estado. A situação da prestação jurisdicional no Brasil causou preocupação até mesmo na Organização das Nações Unidas - ONU, que editou várias recomendações ao país, no sentido de se garantir uma justiça mais célere e mais confiável. Portanto, são louváveis as medidas adotadas no Brasil a fim de melhorar o atendimento jurisdicional ao longo das últimas duas décadas.

1.2 - A evolução recente na atividade de satisfação do direito do litigante:

No item anterior, foram apresentadas medidas adotadas no Brasil para tornar o atendimento jurisdicional mais eficiente e eficaz. Por atendimento mais eficiente, se entende a utilização apropriada dos recursos disponíveis, entre os quais tempo, dinheiro, pessoal, a fim de se dirimir a lide apresentada, no caso dos procedimentos contenciosos, ou a requisição feita na exordial, nos casos dos procedimentos voluntários.

Por atendimento mais eficaz, diz-se daquele atendimento que culmina com a solução acertada do litígio, nos casos dos procedimentos contenciosos, ou no controle jurisdicional adequado do procedimento voluntário, evitando-se decisões que não conduzem à satisfação do ânimo da parte, ou então evitando-se erros *in procedendo*, que culminam na anulação do processo, em todo ou em parte.

Neste item, tratar-se-á, especificamente, da evolução dos procedimentos de satisfação do direito do litigante, o que pressupõe a existência de uma decisão judicial definitiva ou provisória, ou então a existência de situação fática ou de direito já líquida, certa e exigível por determinação legal.

Tradicionalmente, divide-se a sistemática processual civil brasileira em três grandes grupos, quais sejam: processo de conhecimento ou cognição, processo de execução ou satisfação e, finalmente, o grupo formado pelos procedimentos de urgência ou cautela.

O Prof. Humberto Theodoro Júnior, assim, diferencia tais grupos:

Para solucionar os litígios, o Estado põe à disposição das partes três espécies de tutela jurisdicional: a

cognição, a execução e a cautela. O que as distingue são os diferentes provimentos judiciais com que o juízo responde ao exercício do direito de ação.

Se a lide é de pretensão contestada e há necessidade de definir a vontade concreta da lei para solucioná-la, o processo aplicável é o de conhecimento ou cognição, que deve culminar por uma sentença de mérito que contenha a resposta definitiva ao pedido formulado pelo autor. No acertamento contido na sentença consiste o provimento do processo de conhecimento.

Se a lide é pretensão apenas insatisfeita (por já estar o direito do autor previamente definido pela própria lei, como líquido, certo e exigível), sua solução será encontrada através do processo de execução, que é o meio de realizar de forma prática a prestação a que corresponde o direito da parte. A efetiva satisfação do direito do credor é o provimento nesta modalidade de processo.

A tutela cautelar incide quando, antes da solução definitiva da lide, seja no processo de cognição, seja no de execução, haja, em razão da duração do processo, o risco de alteração no equilíbrio das partes diante da lide. Sua função é, pois, apenas conservar o estado de fato e de direito, em caráter provisório e preventivo, para que a prestação jurisdicional não venha a se tornar inútil quando prestada em caráter definitivo. Os provimentos do processo cautelar são, pois, medidas práticas para afastar o perigo de dano, antes da solução do processo principal. (THEODORO JÚNIOR, 2009-a, p. 323)

No âmbito do processo de execução, importantes alterações foram implantadas com vistas a tornar mais eficiente e eficaz a satisfação do direito do postulante. Entre tais alterações, destacam-se, nas obrigações de fazer, não fazer, ou entregar coisa, a possibilidade da fixação de astreintes, que são multas pecuniárias a fim de constranger o devedor a cumprir o comando judicial, a possibilidade de expedição de mandado de busca e apreensão, desfazimento de obras, remoção de pessoas, entre outros, instituídos pela Lei 10.444, de 07 de maio de 2002.

Porém, talvez a mais importante alteração no procedimento de satisfação do direito do credor, no caso de obrigações de pagar quantia certa em decorrência de sentença judicial definitiva ou provisória, tenha sido a substituição do processo autônomo de execução, no qual se

exigia nova citação e previa a possibilidade de rediscussão de vários quesitos já julgados, pela fase de cumprimento de sentença nos termos dos artigos 475-I e seguintes, incluídos pela Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005.

Neste novo procedimento, o devedor, condenado a pagar quantia certa, será intimado para, no prazo de quinze dias, depositar o valor devido, sob pena de acrescer-se a este valor multa de dez por cento, bem como autorizar o início dos procedimentos de sub-rogação. Para MORESCHI (2006):

Os dispositivos da Lei 11.232/05 fortalecem, claramente, a posição do credor que possui título judicial a ser cumprido, pois além deste não mais necessitar de um novo processo para ver satisfeita uma pretensão já reconhecida, há vários mecanismos para inibir a procrastinação, como a aplicação de multa, a desnecessidade de nova citação, a intimação na pessoa do advogado, a possibilidade de oferecer caução para dar seqüência a uma execução suspensa, etc. Assim, o cumprimento da sentença tende a ser mais célere e atender aos anseios da sociedade. (MORESCHI, 2006, p. 10)

Porque não citar, também, a adoção da penhora online, mediante utilização do sistema BacenJud, instituída pela Lei 11.382, que agregou ao Código de Processo Civil o artigo 655-A, conforme o seguinte:

655-A. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução. (BRASIL, 2011-d, p. 463)

Para ALCÂNTARA (2004):

(...) a penhora online, embora em determinadas situações excepcionais possa vulnerar direitos do executado, o seu escopo é positivo no sentido de que, em regra geral, consegue conferir efetividade e celeridade ao processo executivo, com a conseqüente satisfação do direito material assegurado ao exequente.

Dessa forma, espera-se que esse novo instituto se aperfeiçoe de tal forma que seja inserido no nosso

_____. **Como nasce o Direito.** [trad. Hiltomar Martins Oliveira]. 2.ed. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica. 2001. 66p.

_____. **Teoria General del Derecho.** [trad. Francisco Javier Osset]. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. 543p.

CARVALHO, Edgard de Assis *et alii*. **Ética, solidariedade e complexidade.** 2.ed. São Paulo: Palas Athena, 1998. 77p.

CARVALHO, Orlando. **Para uma teoria da relação jurídica civil – a teoria geral da relação jurídica – seu sentido e limites.** v. I. Coimbra (PT): Centelha. 1981.

COMTE-SPONVILLE, André. **Pequeno tratado das grandes virtudes.** São Paulo, SP: Martins Fontes, 1995. 392p.

COUTO E SILVA, Clóvis do. O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português. FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.). **O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. 252p. pp. 33-58.

DELGADO, José Augusto. **A ética e a boa-fé no novo Código Civil In Novo Código Civil – questões controvertidas.** pp.167-203. Coord. Mario Luiz Delgado e Jones Figuerêdo Alves. v.1. São Paulo, SP: Método, 2004. 510p.

FACCHINI NETO, Eugênio. **Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado.** In SARLET, Ingo Wolfgang (org). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003b. 357p. pp. 11 a 60.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 378p.

_____ & RUZICK, Carlos Eduardo Pianovsky. **Direito fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica.** In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003b. 357p. pp. 87-104.

FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do Direito de solidariedade.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998. 307p.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional.** São Paulo, SP: Martins Fontes, 2002. 110p.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito – Técnica, decisão, dominação.** 2.ed. São Paulo: Atlas. 1994. 368p.

FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. **A boa-fé e a violação positiva do Contrato.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 287p.

FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.). **O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. 252p.

FRIEDE, Reis. **Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica.** 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1999. 190p.

GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Obrigações.** São Paulo, SP: Saraiva, 2002. 390p.
GESTA LEAL, Rogério. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil.** Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2000. 224p.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro – estudos de teoria política.** [trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota]. 2.ed. São Paulo: Loyola, 2004. 404p.

HESPANHA, António Manoel. **Panorama Histórico da cultura jurídica Europeia.** Lisboa: Europa-América, 1997. 285p.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, RS: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. 34p.

JONAS, Hans. **Ética, Medicina e técnica.** [trad. Antônio Fernando Cascais]. Lisboa (PT): Passagens (Vega), 1994.

JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabattus. **Institutas do Imperador Justiniano.** [Trad. José Cretella júnior e Agnes Cretella]. São Paulo: Revista dos Tribunais, [533 d.C.] 2000. 348p.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos.** [trad. Leopoldo Holzbach]. São Paulo: Martin Claret, 2005. 139p.

_____. **Metafísica dos Costumes.** {trad. Edson Bini} São Paulo: EDIPRO, 2003. 335p.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** trad. João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes. 1998. 427p.

LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones.** Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, v.1, 542p. 1958.

LOMBARDI, Luigi. **Dalla fides alla bona fides.** Milão (ES): Giuffrè, 1961. 261p.

LUDWIG, Marcos de Campos. **Direito Públicos e Direito Privado: a superação da dicotomia.** In MARTINS COSTA, Judith (org). **A reconstrução do Direito Privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 861p.

MARTINS COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil.** v. 5. t. I. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 768p.

_____. (org.). **A reconstrução do Direito Privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 861p.

_____. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2000. 543p.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito.** Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2002. 342p.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da Boa fé no Direito Civil.** Coimbra, (PT): Almedina, 1997. 1406p.

MONCADA, Luís Cabral de. **Lições de Direito Civil – Parte Geral.** 4.ed. Coimbra: Almedina, 1995. 851p.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo.** [intro., trad. e notas de Pedro Vieira Mota]. 5.ed. São Paulo: Saraiva. 1998.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência.** 3.ed. São Paulo, SP: Atlas. 2000. 320p.

MORIN, Edgard. A ética do sujeito responsável. In CARVALHO, Edgard de Assis *et alii*. **Ética, solidariedade e complexidade**. 2.ed. São Paulo: Palas Athena, 1998. pp.65 - 77.

MOZOS, José Luis de los. **El principio de la Buena Fe - sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil Español**. Barcelona (ES): Casa Editorial Bosch, 1965. 305p.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato - novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 529p.

OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. **Introdução à ciência do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 683p.

PATTARO, Enrico. **Elementos para una teoria del derecho**. [trad. Ignácio Ara Pinilla]. Madrid: Debate, 1991. 311p.
PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco & NASCIMENTO FILHO, Firly (org.) **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. [s.d].

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v.1. 20.ed. [atual. Maria Celina Bodin de Moraes]. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 718p.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução do Direito Civil Constitucional**. 2.ed. [tra. Maria Cristina De Cicco]. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 369p.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 18.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998. 749p.
RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Campinas, SP: Bookseller, 2000. 399p.

RODOTÀ, Stefano. **Le fonti di integrazione del contratto**. Milão (IT): Giuffrè, 1969. 249p.

ROSEVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. 222p.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil**. [trad. da 6.ed. italiano por Paolo Capitanio, atual. por Paulo Roberto Benasse]. v.I. Campinas: Bookseller. 1999. 616p.

SACCO, Rodolfo, **La buona fede - nelle teoria dei fatti giuridici di diritto privato**. Turim (IT): G. Giappichelli. 293p.

SAGAN, Carl. **Bilhões e Bilhões - reflexões sobre vida e morte na virada do milênio**. [trad. Rosaura Eichenberg]. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. 265p.

SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça: ensaio sobre o lado privado e o lado publico da vida social e histórica**. Porto Alegre: Fabris, 1986. 48 p.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003a. 271p.

_____. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003b. 357p.

_____. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. 158p.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 220p.

_____. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 410p.

SARTRE, Jean-Paul. **O ser e o nada - ensaio de Ontologia Fenomenológica**. [trad. Paulo Perdigão]. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997. 782p.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 293p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 1998. 863p.

SILVEIRA, Michele Costa da. **As grandes metáforas da bipolaridade**. In MARTINS COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 861p. pp.22-53.

SOUZA DE OLIVEIRA, Fábio Corrêa **Por uma Teoria dos Princípios: o princípio constitucional da Razoabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 347p.

TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 577p.

VAN CAENEGEM, Raoul Charles. **Uma introdução histórica ao direito privado**. 2.ed. [trad. Carlos Eduardo Lima Machado; ver. Eduardo Brandão]. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 288p.

WESTERMANN, Harm Peter. **Código Civil Alemão – Direito das obrigações – parte geral**. Porto Alegre, RS: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1983. 211p.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. [trad. A.M. Botelho Hespanha]. 3.ed. Lisboa (PT): Calouste Gulbenkian, 2004. 768p.