

NOVOS RUMOS DO PROCESSO CIVIL



X
SIACRID

SIMPÓSIO
INTERNACIONAL
DE ANÁLISE
CRÍTICA DO
DIREITO



ORGS.

EDINILSON DONISETE MACHADO

MARIO COIMBRA

©2020 - Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP

Anais do X Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito

Edinilson Donisete Machado & Mario Coimbra
(Orgs.)

Vladimir Brega Filho
(Editor)

Vladimir Brega Filho
Coordenador Geral do Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito

Comissão Científica do X SIACRID

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho (UENP-PR)
Prof. Dr. Angel Cobacho (Universidade de Murcia - Espanha)
Prof. Dr. Rubens Beçak (USP - Ribeirão)
Prof. Dr. Alexandre Melo Franco de Moraes Bahia (UFOP)
Prof. Dr. Gustavo Preussler (UFGD)
Prof. Dr. Dirceu Pereira Siqueira (UNICESUMAR)
Prof. Dr. Tiago Cappi (UNISAL)
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues (UNIVEM)
Prof. Dra. Cláudia Mansani Queda de Toledo (ITE-Bauru)
Prof. Dr. Sergio do Amaral Tibiriça (Toledo Prudente Centro Universitário)
Prof. Dr. Zulmar Fachin (Faculdades Londrina)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Novos Rumos do Processo Civil / Edinilson Donisete Machado & Mario Coimbra, organizadores. – 1. ed. – Jacarezinho, PR: UENP, 2020. (Anais do X Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito)

Vários autores

Bibliografia

ISBN 978-65-00-13213-7

1. Novos Rumos do Processo Civil / Edinilson Donisete Machado & Mario Coimbra

CDU-340.14

Índice para catálogo sistemático

1. Ciências Sociais. Direito. Novos Rumos do Processo Civil.
CDU-340.14

As ideias veiculadas e opiniões emitidas nos capítulos, bem como a revisão dos mesmos, são de inteira responsabilidade de seus autores. É permitida a reprodução dos artigos desde que seja citada a fonte.

SUMÁRIO

ANÁLISE DA LEI DO PROCESSO ELETRÔNICO NA LIÇÃO DE SCHUMPETER: INOVAÇÃO OU ADAPTAÇÃO?.....	4
Sandro Marcos GODOY	
Marcio Ricardo da Silva ZAGO	
ANUALIDADE ELEITORAL: CRITÉRIOS PARA A DEFINIÇÃO DA ABRANGÊNCIA DO PROCEDIMENTO ELEITORAL.....	19
Gabriel Vieira TERNZI	
DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS E O FLAUSTISTA MISTERIOSO E OS RATOS DE HAMELIN.....	41
Alessandra Mendes SPALDING	
Francis Pignatti do NASCIMENTO	
EFEITOS DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM NA EXECUÇÃO DE TÍTULOS EXECUTIVOS EXTRAJUDICIAIS.....	51
Allan Bruno Martins PRESTES	
Ana Carolina de MEIRA	
O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA E A COBRANÇA INDEVIDA DO IMPOSTO SOBRE A TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS ANTES DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR.....	65
Carlos Miguel de MEIRA	
Mayara Caroline MARTINS	
PENHORABILIDADE DA VERBA DE CARÁTER REMUNERATÓRIO: ATIVISMO OU ILEGALIDADE DO POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA?.....	84
André Murilo Parente Nogueira	
Vanessa Nunes Pereira	
RACIONALIDADE, DISCURSO E DELIBERAÇÃO: A VINCULAÇÃO DO PRECEDENTE CONSTITUCIONAL.....	105
Rubens BEÇAK	
Jair Jose MARIANO FILHO	

ANÁLISE DA LEI DO PROCESSO ELETRÔNICO NA LIÇÃO DE SCHUMPETER: INOVAÇÃO OU ADAPTAÇÃO?

Sandro Marcos GODOY¹
Marcio Ricardo da Silva ZAGO²

RESUMO

O presente trabalho visa analisar conceitos introduzidos por Schumpeter no mundo da economia, mas que, dado ao aspecto sistêmico, pode ser usado pelo Direito. Estes ensinamentos dizem respeito aos conceitos de desenvolvimento, inovação, adaptação e crescimento. Em razão da íntima relação que parece existir entre inovação e tecnologia, optou-se pela escolha da Lei do Processo Eletrônico, Lei Federal n. 11.419/2006, como objeto de análise. Dita análise teve como base teórica o movimento da Análise Econômica do Direito, na medida que ferramentas típicas das ciências econômicas, como a econometria, por exemplo, foram utilizadas no desenvolvimento deste trabalho. Saber se a Lei do Processo Eletrônico inovou, rompendo com a tradição processual antiga, ou, apenas adaptou atos processuais que antes eram desenvolvidos de forma física, para forma digital, é o mote principal deste trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Eletrônico – Schumpeter – inovação

ABSTRACT

The present work aims to analyze concepts introduced by Schumpeter in the world of economics, but which, given the systemic aspect, can be used by Law. These teachings concern the concepts of development, innovation, adaptation and growth. Due to the close relationship that seems to exist between innovation and technology, the Electronic Process Law, Federal Law no. 11.419 / 2006, as the object of analysis. This analysis had as theoretical basis the movement of Law and Economics, as tools typical of economic sciences, such as econometrics, for example, were used in the development of this work. Knowing if the Electronic Process Law innovated, breaking with the old procedural tradition, or, just adapted procedural acts that were previously developed in physical form, for digital form, is the great motto of this work.

KEYWORDS: Eletronic Process – innovation – Schumpeter

INTRODUÇÃO

A denominada Sociedade do Conhecimento é caracterizada por fazer uso intenso da

1 Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Messina na Itália, Doutor em Direito - Função Social do Direito pela FADISP - Faculdade Autônoma de Direito, Mestre em Direito - Teoria do Direito e do Estado pela UNIVEM - Centro Universitário Eurípides de Marília, Graduação em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Presidente Prudente, Especialização em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Instituição Toledo de Ensino de Presidente Prudente-SP, Especialização em Direito Civil (Direito de Família) pela Instituição Toledo de Ensino de Presidente Prudente-SP. É professor permanente do programa de Mestrado e Doutorado em Direito na UNIMAR - Universidade de Marília onde leciona também na graduação. É professor em diversos cursos da pós-graduação em Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Ambiental e Direito do Trabalho. Professor convidado da ASSESSO - Assessoria e Desenvolvimento de Projetos, INBRAPE - Instituto Brasileiro de Pesquisa Sócio Econômico e do IDCC - Instituto de Direito Constitucional e Cidadania. Advogado da SABESP - Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo atuando principalmente nas seguintes áreas: Direito Constitucional, Direito Ambiental, Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito do Trabalho e Direito de Família, Direito Tributário e Empresarial. Coordenador da ESA - Escola Superior da Advocacia em Presidente Prudente-SP.

2 Advogado, professor universitário e mestrando pela UNIMAR.

tecnologia, principalmente para obter informação. Em linguagem comum, tecnologia e inovação parecem ter a mesma matriz.

Porém, a análise mais detida da questão, permite perceber o quão profunda é a discussão a respeito da relação entre inovação e tecnologia.

Schumpeter é um autor que se notabilizou por realizar estudos no campo da economia, buscando estabelecer uma definição para o conceito de inovação.

Dentre tantas, uma das principais contribuições do renomado autor foi atrelar a definição do conceito inovação, à ideia de desenvolvimento.

Para Schumpeter só haverá desenvolvimento, se houver inovação, que implica na criação de algo realmente novo, que seja capaz de provocar um desequilíbrio, rompendo com o *status quo*. Neste aspecto, a tecnologia exerce papel fundamental.

Foi justamente este ponto da obra de Schumpeter que interessou ao presente trabalho.

Saber se o uso da tecnologia é capaz de, por si só, determinar a inovação e, conseqüentemente, o desenvolvimento do instituto para o qual ela foi criada, é o ponto nodal deste trabalho. Este assunto permeia, como um fio condutor, todo o texto ora apresentado.

Portanto, para cumprir com este mister, o artigo foi estruturado em 5 tópicos, a saber: a) Inovação x Adaptação na Lição de Schumpeter; b) Aplicação do Pensamento Schumpeteriano no Setor Público; c) A lei do Processo Eletrônico (Lei nº 11.419/2006) e o Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo; d) O Emprego da Tecnologia no Processo Civil Brasileiro, Introduzido Pela Lei do Processo Eletrônico: inovação ou adaptação?; e, e) Conclusão.

O primeiro tópico teve por escopo estabelecer conceitos, a partir da obra de Schumpeter. Foram pinçados somente os pontos que importavam ao trabalho, dando um panorama daquilo que foi desenvolvido pelo citado autor.

No segundo tópico, buscou-se demonstrar como os conceitos estabelecidos por Schumpeter para o campo da economia, puderam ser cooptados pelo Direito, principalmente na área do Direito Público.

Seguindo o objetivo acima mencionado, o terceiro tópico, já caminhando para o objetivo principal do trabalho, trata especificamente do processo eletrônico e da Lei que o instituiu, Lei nº 11.419/2006, estabelecendo um paralelo com o direito fundamental da duração razoável do processo, grande objetivo a ser alcançado pelo corpo normativo.

No sentido de fechar a discussão proposta no trabalho, vem o quarto tópico relacionando os conceitos de desenvolvimento, inovação, tecnologia e adaptação, com a Lei do Processo Eletrônico.

Ao final, na conclusão, os argumentos convergem no sentido de que a Lei do Processo

Eletrônico, inobstante ao fato da utilização de tecnologia, não foi capaz de promover inovação (tendo como referência a definição de Schumpeter para o conceito), mas mera adaptação.

2 INOVAÇÃO X ADAPTAÇÃO NA LIÇÃO DE SCHUMPETER

No meio científico são considerados grandes doutrinadores, aqueles cujas obras são capazes de impactar não só a área para a qual se destinam, mas, também, outras áreas do conhecimento, que se apoderam destes ensinamentos na solução dos fenômenos que lhes são próprios.

Joseph Aloïs Schumpeter é um desses doutrinadores, pois sua obra influenciou tanto a economia, quanto a sociologia e o direito.

Suas reflexões a respeito do empreendedorismo, estampadas na obra *O Fenômeno Fundamental do Desenvolvimento Econômico* (MARTES, 2010) foram encampadas por outros setores, além da iniciativa privada.

O mencionado autor utiliza a figura do empreendedor para estabelecer uma crítica à teoria do equilíbrio geral, a qual não consegue analisar com rigor científico o fenômeno do desenvolvimento.

Este pensamento é citado por MARTES (2010, p. 255) nos seguintes termos:

“O desenvolvimento, no sentido em que o tomamos, é um fenômeno distinto, inteiramente estranho ao que pode ser observado no fluxo circular ou na tendência para o equilíbrio. É uma mudança espontânea e descontínua nos canais do fluxo, perturbação do equilíbrio que altera e desloca para sempre o estado de equilíbrio previamente existente. Nossa teoria do desenvolvimento não é nada mais do que um modo de tratar este fenômeno e os processos a ele inerentes” (Schumpeter, 1985, p. 47).

Outros autores interessados na lição de Schumpeter, tentaram traduzir seus pensamentos. Essa tentativa pode ser notada na obra dos aludidos doutrinadores, quando explicam como ocorre o desenvolvimento na visão de Schumpeter (MARICOGHI; GONÇALVES, 1994):

O início do processo de desenvolvimento se inicia com a ruptura do "fluxo circular" e isso se verifica precisamente no lado da produção com a alteração dos velhos sistemas de produção. É aqui que entra em cena o empresário com as características já mencionadas. As oportunidades para a introdução de inovações são percebidas pelo empresário, o qual recorre ao sistema bancário criadores de crédito que financia as inovações, fazendo "uma incursão na corrente circular"⁴. Os inovadores são logo seguidos por outros inovadores e o equilíbrio estacionário é rompido. Os preços e as rendas monetárias se elevam quando o gasto empresarial se infiltra no sistema econômico.

Como se pode concluir a partir dos ensinamentos expostos até aqui, para haver desenvolvimento, deve haver, também, ruptura na ordem natural das coisas, culminando com um desejado e aguardado desequilíbrio.

Continua o autor citado por MARTES (2010, 260):

Empreender é, segundo Schumpeter, inovar a ponto de criar condições para

uma radical transformação de um determinado setor, ramo de atividade, território, onde o empreendedor atua: novo ciclo de crescimento, capaz de promover uma ruptura no fluxo econômico contínuo, tal como descrito pela teoria econômica neoclássica. A inovação não pode ocorrer sem provocar mudanças nos canais de rotina econômica.

As citações acima permitem inferir que a inovação compõe, ao lado de outros requisitos, o conjunto necessário para a ocorrência de desenvolvimento.

Como consequência deste raciocínio, Schumpeter estabeleceu a seguinte definição para inovação (MARICCHI; GONÇALVES, 1994):

"fazer as coisas diferentemente no reino da vida econômica". As inovações podem ocorrer da seguinte forma: a) introdução de um novo bem não familiar aos consumidores ou então de nova qualidade de um certo bem; b) introdução de um novo método de produção - método ainda não experimentado dentro de certo ramo produtivo, mas que não precisa obrigatoriamente derivar de qualquer descoberta científica; c) abertura de um novo mercado, ou seja, um mercado em que o produto de determinada indústria nunca tivera acesso antes, independente deste mercado ter ou não existido anteriormente; d) descoberta de uma nova fonte de matéria prima ou de produtos semi-acabados, também, independente desta fonte ter existido ou não anteriormente; e e) reorganização de uma indústria qualquer, como a criação ou a ruptura de uma posição de um monopólio.

Contrapondo-se à ideia de inovação, as palavras de MARTES (2010, p. 260), firmes na lição de Schumpeter, trazem a noção de adaptação:

Adaptar, crescer, administrar eficientemente a rotina de uma empresa não significa empreender. O ponto mais importante a ser resgatado é a ideia subjacente ao texto de que nenhuma das atividades citadas significa inovar. Se pudéssemos imaginar como estes dois conceitos se colocam numa linha contínua, teríamos adaptação em um pólo e inovação no outro – mesmo que a adaptação fosse feita no sentido de “modernizar” a produção ou organização. Segundo Schumpeter, dada a situação de concorrência, o capitalista se adapta (constantemente) enquanto o empreendedor inova.

Caminhando para a conclusão deste tópico tem-se que, na lição de Schumpeter, o desenvolvimento, ao contrário do crescimento, é um fenômeno que não pode ser compreendido pela visão neoclássica da teoria do equilíbrio. Isto se dá porque para haver desenvolvimento, o desequilíbrio deve estar presente, o qual só é conquistado mediante o uso de inovação.

Sem inovação, o que ocorre é a adaptação, que leva tão somente ao crescimento, sem desenvolvimento.

3 APLICAÇÃO DO PENSAMENTO SCHUMPETERIANO NO SETOR PÚBLICO

A possibilidade suscitada no tema deste tópico, apesar de admitida, foi vista com preocupação por parte da doutrina (MARTES, 2010):

Entretanto, a expansão do uso foi acompanhada de uma certa frouxidão do conceito. Empreender não é mais uma atividade restrita à iniciativa privada, pois passou a englobar o Terceiro Setor e a Administração Pública;

Com efeito, esta frouxidão de conceito, mencionada acima, pode descaracterizar a figura do empreendedor, definida na obra de Schumpeter.

Embora a temática deste tópico seja vista com preocupação pela doutrinadora acima citada, para uma outra parte da doutrina, a qual admite a inexistência da dicotomia entre o público e o privado, a interdisciplinaridade do conceito é vista com bons olhos.

A proposta deste momento do trabalho é apresentar esta corrente doutrinária que não vê impedimento algum para que conceitos da área privada, sejam aplicados no setor público e vice versa.

Dentro deste propósito torna-se mister iniciar identificando o momento na história em que se estabeleceu a dicotomia entre o público e o privado.

A doutrina aponta dois marcos históricos para justificar o surgimento da dicotomia entre o público e o privado (FACCHINI NETO, 2013):

Esta distinção fez seu ingresso na história do pensamento político e social do ocidente através de duas passagens do *Corpus Juris Civilis* [*Institutiones*, I, I, 43; *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*.

Em outras passagens do *Digesto*, a distinção reaparece, acompanhada pela afirmação da supremacia do direito público sobre o privado: *ius publicum privatorum pactis mutari non potest* (*Digesto*, 38, 2, 14) e *privatorum conventio iuri publico non derogat* (*Digesto*, 45, 50, 17). Aí vem salientado que a vontade das partes tem força para modificar as normas de direito privado, mas não pode derogar normas de direito público.

Conforme se observa, a distinção entre o público e o privado remonta os séculos.

Essa distinção também afetou o campo do Direito, como ciência social que é, impondo a divisão nos campos do direito público e do direito privado.

FACCHINI NETO (2013, p. 11) apoia-se nos ensinamentos de Bobbio para explicar a diferença entre direito público e direito privado:

A distinção entre *direito privado* e *direito público* costuma ser feita pelos juristas a partir de critérios variados, sempre controvertidos. Bobbio os reduz a dois principais, conforme o critério diferencial seja buscado na *forma* ou na *matéria* da relação jurídica.

“Com base na forma da relação jurídica, distinguem-se relações de coordenação entre sujeitos de nível igual, e relações de subordinação entre sujeitos de nível diferente, dos quais um é superior e outro inferior: as relações de direito privado seriam caracterizadas pela igualdade dos sujeitos, e seriam portanto relações de coordenação⁵; as relações de direito público seriam caracterizadas pela desigualdade dos sujeitos, e seriam portanto relações de subordinação⁶. Com base na matéria, porém, que constitui o objeto da relação, distinguem-se os interesses individuais, que se referem a uma única pessoa, dos interesses coletivos, que se referem à totalidade das pessoas, à coletividade. Levando em conta esta distinção, o direito privado seria caracterizado pela proteção que oferece aos interesses privados e o direito público pela proteção oferecida aos interesses coletivos.⁷”

O mesmo autor, buscando diversidade de entendimentos, cita, na mesma obra, a visão de Kant para a questão da definição de direito público e privado:

Já para Kant, como é sabido, a distinção entre direito privado e público deve ser fundamentada racionalmente, e não empiricamente. Para tanto, teríamos que indagar sobre a fonte da qual se originam os diversos direitos: derivando do poder estatal, tratar-se-ia de direito público. Ora, como o direito legislado abarca também institutos do direito privado, igualmente esse seria, na verdade, um direito público. Segundo o pensamento jusnaturalista kantiano, o único direito existente fora do direito estatal seria o *direito natural*, entendido

em seu sentido restrito, como aquele que disciplina as relações entre os homens no estado de natureza. Desta forma, o problema da distinção entre direito privado e o direito público em Kant muda para a distinção entre direito natural e direito positivo. Aquele não reconhece outra fonte a não ser a natureza mesma das relações entre pessoa e pessoa, enquanto este deriva, ao contrário, da vontade do legislador. O primeiro é um direito permanente, racional e ideal; o segundo é um direito voluntário e determinado historicamente.

Durante muito tempo a distinção entre o público e o privado, a partir da definição da primazia do interesse público, parecia fazer todo o sentido.

A implantação do Estado Liberal acentuou, ainda mais, esta distinção (BACELLAR FILHO, 2011):

No Estado Liberal, há uma concentração de esforços para divisar as fronteiras entre Direito Público e Privado. Na construção do Estado de Direito, tratava-se de delimitar as esferas de atuação do Estado e do particular, a fim de resguardar a liberdade diante do exercício da autoridade. O Direito Público era considerado, portanto, o Direito do Estado e o Direito Privado, o direito dos indivíduos, dos particulares. “A chamada *summa divisio* do direito estabelecia duas ordens distintas, impermeáveis, cada qual sendo regulada a sua maneira. Enquanto o Direito Privado se referia aos direitos individuais e inatos do homem, o Direito Público teria a função de tutelar os interesses gerais da sociedade através do Estado, que deveria se abster de qualquer tipo de incursão na órbita privada dos indivíduos.” No contexto do Estado Liberal, o Direito Público passa a ser compreendido como “repertório mínimo de disposições e instrumentos referentes ao governo representativo” enquanto o Direito Privado radicaliza a emancipação do indivíduo, cujo elemento central é o contrato.

Como se pode notar, no Estado Liberal, preservar os interesses individuais, era vital.

Com a evolução do Estado Liberal para o Estado Social, com o fito de compensar os desníveis sociais, a intervenção estatal se impôs, mudando o foco, porém, sem enfraquecer a dicotomia público-privado (BACELLAR FILHO, 2011):

No Estado Social, a relação entre público e privado inverte-se: ao superdimensionamento do espaço privado sobrepor-se á a hipertrofia do público que tende a se esgotar no Estado. No Estado Social, a dimensão privada será vista com desconfiança, “identificada com o egoísmo, com a própria negativa do exercício da vida pública”

Foi a partir do surgimento do Estado Democrático de Direito, com o movimento denominado constitucionalização do Direito, que a dicotomia entre público e privado começa a ganhar novos contornos.

Outros doutrinadores indicam esse caminho, quando pontificam (BOLESINA; REIS, 2016):

Isto é, um dos principais efeitos da constitucionalização do direito foi a transformação da ideia de dicotomia público-privado, para uma ideia de “assenhoramento das relações por parte da Constituição”. As relações jurídicas deixam de ser (só) de direito público (ainda que possam ser de interesse público) e (só) de direito privado (ainda que possam ser de interesse privado), para serem constitucionais ou inconstitucionais. Para ilustrar, mesmo o casamento, um dos principais “contratos privados” é recheado de condições “públicas”, dentre as quais, por exemplo, limites e proibições para casar (e razão da idade ou da pessoa – irmãos, pais, etc.).

PIRES (2019, p. 70), citando Konrad Hesse, define o poder normativo da Constituição,

mote do esmaecimento da dicotomia público-privado, nos seguintes termos:

O Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais devem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional. Portanto, compete ao Direito Constitucional realçar, despertar e preservar a vontade da Constituição.”

Embora não se discorde da lição de PIRES, é de suma importância que o alerta emitido por outra parte da doutrina seja considerado neste momento (BARCELLAR FILHO, 2011):

A ideia de sistema constitucional importa a construção de vasos comunicantes entre searas — Direito Administrativo e Direito Civil — que só aparentemente se encontram em estado de isolamento. Todavia, a instrumentação sistemática não pode obscurecer as especificidades de cada uma dessas dimensões, que começam no próprio texto constitucional, como é o caso da repartição de competências legislativas. Como a competência para legislar sobre Direito Civil é privativa da União e sobre Direito Administrativo é, salvo disposição constitucional em contrário, comum dos entes federados (União, EstadosMembros, Distrito Federal e Municípios), a incidência das normas do Código Civil na atividade administrativa depende de um exame, no caso concreto, da sua compatibilidade com o princípio federativo.

De tudo que foi exposto até este momento, importa destacar a visão atual alusiva à dicotomia público-privado, para concluir que, embora persista a divisão, deve se ter em mente a existência de zonas de interseção entre os campos, as quais permitem o apoderamento de conceitos de um dos lados, pelo outro, sem, contudo, perder a essência.

Portanto, o alerta dado no início deste tópico quanto à utilização dos ensinamentos de Schumpeter no setor público, deve ser visto com ressalvas.

Parece ser perfeitamente possível fazer uso dos conceitos de desenvolvimento e inovação no Direito Público, especificamente no ramo do Processo Civil.

4 A LEI DO PROCESSO ELETRÔNICO (LEI Nº 11.419/2006) E O DIREITO FUNDAMENTAL À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Nos tópicos anteriores veio à baila a brilhante lição de Schumpeter, ficando certo ser necessário inovação para chegar ao desenvolvimento.

Ficou consignado, também, que em razão do movimento da constitucionalização do direito, deflagrada pela necessidade de horizontalização dos direitos fundamentais, a dicotomia entre direito público e privado ganhou nova textura, sendo possível utilizar elementos nativos de um, para dirimir questões inerentes a outro campo. Assim, os conceitos estabelecidos nos ensinamentos de Schumpeter, inicialmente desenvolvidos para área privada, puderam ser cooptados pelo setor público.

Este tópico, portanto, é corolário dos pontos acima descritos, já que visa comparar um método utilizado pelo Direito Processual, que pertence ao ramo do Direito Público, para dar efetividade a um direito fundamental (duração razoável do processo – art. 5º, VXXVIII, da CF), por

meio da tecnologia.

De início cabe indagar: para que seja efetivado o direito fundamental à duração razoável do processo, basta acelerar o procedimento?

Se a indagação acima fosse dirigida aos idealizadores da Lei do Processo Eletrônico, Lei Federal nº 11.419/2006, certamente a resposta seria afirmativa.

Essa certeza é deduzida dos posicionamentos que compuseram o processo legislativo que antecedeu a lei, como, podendo ser citado como exemplo as palavras do I. Relator do Projeto de Lei, Deputado Ney Lopes:

Sob a perspectiva jurídica devemos reconhecer que a proposta traz uma contribuição ao relevante tema da eficácia dos procedimentos judiciais, principalmente no que diz respeito à sua celeridade e à economia que beneficiará tanto o Poder Público, que arca com o funcionamento da máquina judiciária, quanto à parte no que diz respeito aos custos processuais. Assim, a proposta se nos afigura relevante; e, em consequência, merece tramitar nesta Casa, corroborando, portanto, o acerto na instalação desta Comissão de Participação Legislativa, que traz, inauguralmente à discussão, tema de relevância nacional.

Porém, uma análise mais atenta da questão que se coloca, revela que o entendimento de duração razoável predominante na elaboração da Lei do Processo Eletrônico, não está completo.

Apesar de ter sido a Emenda Constitucional 45/2004 a responsável por introduzir o inciso LXXVIII, no art. 5º da CF, a discussão a respeito da duração razoável do processo é antiga, tanto no exterior, quanto no Brasil.

No âmbito internacional, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, datada de 1.950, já fazia alusão à duração razoável do processo em seu artigo 6º:

ARTIGO 6ºDireito a um processo equitativo1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

Em 1.969 a Convenção Interamericana de Direitos Humanos foi pelo mesmo caminho, ao introduzir a duração razoável em seu art. 8º.

Aqui no Brasil a discussão também é antiga.

Esses dados são acrescentados aqui com o propósito de deixar claro que quando da entrada em vigor da Lei do Processo Eletrônico (Lei Federal 11.419/2006), já havia a consciência da dificuldade, dada a conjunção de vários fatores, de se chegar ao consenso de como promover um processo consentâneo com o princípio da duração razoável.

Ou seja, em 2006, quando entrou em vigor a Lei Federal nº 11.419/2006, já se sabia que

para concretizar a duração razoável do processo, exigia-se muito mais que a simples celeridade processual.

Mesmo assim, os autores do Projeto de Lei que deu origem à norma positivada, desprezando todo o arcabouço histórico-doutrinário existente, preocupados apenas em acelerar o procedimento, instituíram o processo eletrônico como sendo o “salvador da pátria”, responsável por resolver todos os problemas causados pelo tempo no processo.

A exposição de motivos, cujo trecho foi citado acima, é reveladora. As palavras do I. Relator deixam clara a intenção da lei de, apenas, dar celeridade ao procedimento, sem, contudo, preocupar-se com os demais critérios da duração razoável do processo.

Muitos são os doutrinadores críticos deste posicionamento.

NERY JR (2010, p. 323) apresenta reflexão interessante neste sentido:

A busca da celeridade e razoável duração do processo não pode ser feita a esmo, de qualquer jeito, a qualquer preço, desrespeitando outros valores constitucionais e processuais caros e indispensáveis ao estado democrático de direito. O *mito da rapidez acima de tudo e o submito do hiperdimensionamento da malignidade da lentidão* são alguns dos aspectos apontados pela doutrina como contraponto à celeridade e à razoável duração do processo que, por isso, devem ser analisados e ponderados juntamente com outros valores e direitos constitucionais fundamentais, notadamente o direito ao contraditório e à ampla defesa. O que se deve buscar não é uma “justiça fulminante”, mas apenas uma “duração razoável do processo”, respeitados os demais valores constitucionais.

A quais “valores constitucionais” NERY JR se referiu, na parte final da lição acima transcrita?

O próprio autor, na mesma obra já citada, respondeu à indagação supra, quando, ao fazer alusão aos critérios utilizados pela Corte Europeia, assim dispôs:

Quanto à atitude e ao comportamento do juiz e do julgador administrativo, deve ter-se como preceito básico o princípio constitucional da eficácia do serviço público (CF 37 caput).

Ao exprimir seu pensamento, o doutrinador fez alusão ao “princípio constitucional da eficácia”, citando o art. 37 da CF. Assim procedendo, confundiu “eficácia” com “eficiência”.

A leitura do dispositivo constitucional citado pelo nobre doutrinador revela que o artigo alude à “eficiência” e não à “eficácia”.

A confusão terminológica apontada prescinde de um tratamento adequado da “eficiência” prevista, tanto em nível constitucional (art. 37 da CF), como infraconstitucional (art. 8º do CPC).

Numa primeira abordagem é mister esclarecer ser comum ocorrer confusão entre três termos, os quais, apesar de muito próximos, não são sinônimos. Estes termos são: “eficácia”, “eficiência” e “efetividade”.

CUNHA(2014, p. 66), depois de alertar para o fato de haver grande confusão terminológica entre as expressões, afirma categoricamente: “A *eficiência não se confunde com*

eficácia, nem com a efetividade”.

Após deixar claro o seu posicionamento, o autor passa a apresentar características de cada termo, as quais são capazes de distingui-los.

O primeiro termo que mereceu a atenção do autor, na mesma obra já citada, foi a eficácia.

Ainda no escólio de CUNHA (2014, p. 67) a eficácia constitui:

... um dos planos do fenômeno jurídico (são três os planos, como se sabe: os da existência, da validade e da eficácia). Assim, o termo eficácia expressa situação jurídica, consistindo em toda e qualquer consequência de um fato jurídico, como a formação de uma relação jurídica ou a atribuição de direitos, poderes, faculdades, ônus, deveres, pretensões, ou a outorga de capacidades. Neste sentido, eficácia é uma qualidade do ato ou do negócio jurídico, tornando-o eficaz, ou seja, fazendo com que, a partir da incidência, possam produzir efeitos jurídicos.

O autor segue no afã de estabelecer a diferença entre os termos, tratando da efetividade, no seguinte sentido:

Já a efetividade relaciona-se com o cumprimento das normas jurídicas: uma norma é efetiva quando seja cumprida por seus destinatários. Enquanto a eficácia é a aptidão para produzir efeitos, a efetividade constitui uma medida de concretização dos efeitos previstos na norma. A efetividade é, então, “uma medida de realização concreta (= *posterius factico*) dos efeitos calculados no abstrato da norma jurídica (= *prius lógico*). Para alcançar-se a efetividade existem as sanções e os instrumentos coercitivos. A efetividade não se cinge apenas a isso, estando igualmente relacionada com a assimilação psíquico-social dos problemas jurídicos em geral.

Por fim, o autor envereda para a eficiência, revelando:

Por sua vez, a eficiência, como já registrado, mede a relação entre os meios empregados e os resultados alcançados. Quanto maior o rendimento de produção mais eficiente será a atividade desenvolvida. A eficiência relaciona-se com o alcance de finalidades pré-estabelecidas, dizendo respeito aos meios empregados para tanto. Haverá eficiência se os meios adotados forem ótimos, gerando pouco esforço ou dispêndio, com o melhor resultado possível.

Esses ensinamentos, então, autorizam a conclusão de que quando NERY JR., nos trechos citados no tópico anterior, afirma de maneira categórica, que a celeridade processual, sem o respeito a outros valores constitucionais, não representa nenhum avanço, inobstante ter se referido à “eficácia”, estava, na verdade, invocando a “eficiência”.

Mesmo diante da confusão terminológica, é possível deduzir, somando os ensinamentos de NERY JR com os de SCHUMPETER, que a Lei do Processo Eletrônico, ao se afastar do verdadeiro significado da duração razoável do processo, não inova e, portanto, não promove o desenvolvimento do processo.

5 O EMPREGO DA TECNOLOGIA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO, INTRODUZIDO PELA LEI DO PROCESSO ELETRÔNICO: INOVAÇÃO OU ADAPTAÇÃO?

Ficou claro desde o início que os argumentos alinhavados neste trabalho se apoiam na lição

de SCHUMPETER, cuja obra atribui significado relevante para a inovação.

Nesta medida, resta saber se a tecnologia empregada na implantação do processo eletrônico, pode ser interpretada como inovação.

Embora já se tenha trabalhado com o conceito de inovação acima, mister se faz trazer para o trabalho a lição de MARTINEZ (2012, p. 81), que faz longa digressão sobre a tensão estabelecida entre inovação e conservação, auxiliando na compreensão daquilo que se propõem discutir neste tópico:

Em sentido mais amplo, a inovação envolve a produção de um mundo diferente do que veio antes, ou seja, a produção de um mundo que não está de acordo com (e não confirma) o que foi concebido e experimentado até agora. Destina-se a transcendê-lo, mas está sendo construído em cima dele e é apoiado por ele. Por sua vez, o velho mundo, enquanto disponibiliza recursos para construção, gera, ao mesmo tempo, incentivos e pressões para a conservação, que dificultam abandonar o status quo (GENSCHEL, 1997).

Os ensinamentos ora transcritos encaixam-se como uma luva na reflexão sugerida neste tópico e, por isso, merecem ser analisados com vagar.

O primeiro ponto a ser destacado do texto diz respeito ao fato de que, normalmente, a inovação se implanta sobre um “mundo” que já existia. É esse “mundo antigo” que lhe dá sustentação.

Quando este raciocínio é transferido para o caso do processo eletrônico, percebe-se, nitidamente, a ocorrência do fenômeno exposto pelo doutrinador.

Na verdade, aquilo que se usou chamar de “Processo Eletrônico”, nada mais é do que a digitalização de atos processuais que já eram praticados de forma física. Portanto, não houve modificação alguma em nível de processo, mas sim de procedimento.

Isso fez com que os sujeitos processuais continuassem praticando os atos processuais (petições, decisões, certidões, etc) da forma como eram feitos no “mundo antigo”. A única mudança significativa foi a necessidade de digitalização destes atos.

Esta insistência em conservar os hábitos adquiridos no “mundo antigo” dificulta a inovação. Tal constatação permite que se avance na análise do texto de MARTINEZ (2012, p. 81):

Como consequência, em alguns processos de inovação, muito do velho mundo passa gradualmente para o novo, às vezes de uma forma que, paradoxalmente, parece que o esforço de inovação se torna um meio para reproduzir o status quo (SCHON, 1971).

Sem sombra de dúvidas este fenômeno descrito pelo autor ocorreu no caso do processo eletrônico.

A própria Lei do Processo Eletrônico (Lei Federal n. 11.419/2006) já nasceu contaminada com o olhar do “mundo antigo” ao primar, apenas, pela celeridade processual, desconsiderando tudo o que se sabia a respeito da duração razoável do processo.

A tecnologia empregada na implantação do processo eletrônico teve o condão de

exclusivamente acelerar o tempo para a prática do ato processual.

Neste caso, a tecnologia não foi empregada para romper com o “mundo antigo”, o que viabilizaria a ocorrência da inovação. Ao contrário, acabou apenas por ceder à pressão do “mundo antigo” no sentido de manutenção do *status quo*.

Resgatando o escólio de NERY JR, se o objetivo do processo eletrônico era dar efetividade ao direito fundamental da duração razoável do processo, ao se descuidar de outros requisitos, como a qualidade dos pronunciamentos judiciais, objetivando, apenas a aceleração dos atos processuais, afastou-se do seu mister.

De fato, concentrar esforços na busca da Justiça Fulminante (NERY JR, 2010), desconsiderando outros princípios de natureza constitucional, não atende ao preceito da duração razoável do processo.

Que a Lei do Processo Eletrônico não promove a efetividade do direito fundamental da duração razoável do processo, com a simples aceleração do procedimento, parece ter ficado claro.

Porém, até mesmo o objetivo de entregar o provimento jurisdicional de forma mais rápida, não foi adequadamente alcançado pela lei.

Com o intuito de enfrentar este ponto, busca-se amparo na Análise Econômica do Direito, movimento que teve início na década de 70 do século passado, contrapondo-se à visão predominante na teoria jurídica, conforme explica ALVAREZ (2006, p. 49):

Na década de 70, em contraposição à visão predominante na teoria jurídica¹ e do utilitarismo, surgem três tendências ou movimentos intelectuais, quais sejam, Law and Economics ou Análise Econômica do Direito (AED), que propõe a análise do direito sob a perspectiva econômica, Critical Legal Studies (CLS) ou Escola Crítica do Direito sob a perspectiva política, e as teorias denominadas “rights-based” que englobam todas as contribuições que derivam das teorias desenvolvidas no campo da filosofia moral e política por autores como Rawls, Nozick e Dworkin e cujo objetivo é desenhar os referenciais constitutivos de uma sociedade justa.

Mais adiante o autor explica as características da AED, nos seguintes termos:

AED e CLS apresentam características comuns e diferenças específicas. Dentre as características comuns, destacam-se: (i) a rejeição da visão que entende ser o direito autônomo em relação às realidades sociais e, portanto, disciplina autônoma das demais ciências sociais; (ii) a utilização das idéias e métodos de outras disciplinas na análise da realidade jurídica, quais sejam, respectivamente, a economia e a política, razão da interdisciplinariedade⁶; (iii) a reação ao convencionalismo ou tradicionalismo, concepção dominante até a década de sessenta, cuja tese fundamental é o anti-reducionismo à filosofia, à política, à economia;

Das palavras acima, importa destacar a característica descrita no item (ii) relativa à possibilidade de utilização de ideias e métodos de outras disciplinas, no caso a Economia, para análise da questão discutida neste trabalho.

Uma vez admitida esta possibilidade, autorizada pelo embasamento teórico da Análise Econômica do Direito, toma-se emprestado a ferramenta da econometria, a qual tem como um dos

principais expoentes a Dra. Luciana Yeung.

YEUNG (2017, p. 12), citando dados do CNJ colhidos em 2014, portando após a entrada em vigor da Lei em discussão, revela haver um manancial de processos nos tribunais brasileiros, na ordem de 100 milhões. Destes, 71 milhões estavam em estoque, ou seja, aguardavam julgamento.

Outra pesquisa empírica que procurou enfatizar a produtividade do judiciário, foi a conduzida por SILVA; FERREIRA; PRADA (2019, p. 241), os quais focaram seus estudos nos juizados especiais, para concluir:

Em relação aos casos pendentes, na comparação entre juizados especiais e 1º grau (Tabela 3), observa-se um crescimento nos juizados de 5,08%, que se revela superior ao verificado na Justiça Comum (3,20%).

Tabela 3 – Série histórica comparada dos casos pendentes, 1º Grau e Juizado Especial, 2009 a 2016

Casos Pendentes	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	Crescimento 2009-2016
1o Grau	42.932.153	44.361.716	45.652.645	47.116.772	49.973.310	49.419.705	52.003.751	53.509.026	3,20%
Juizado Especial	4.787.571	4.036.541	4.487.547	5.054.875	5.695.057	5.579.005	6.878.407	6.172.774	5,08%

Fonte: CNJ - Justiça em Números

Antes de concluir, torna-se imperioso ressaltar que a tabela acima indica o período em que os dados foram colhidos (2009-2016), o que deixa claro que a Lei do Processo Eletrônico já vigia.

Mesmo assim, os dados permitem inferir que houve morosidade, já que indicam um aumento dos processos pendentes ao longo dos anos.

Portanto, de tudo que se expôs é forçoso concluir que a Lei do Processo Eletrônico, inobstante ter pretendido promover inovação no processo, não passou de mera adaptação.

O aludido corpo normativo não foi capaz de romper com o modo tradicional de praticar os atos processuais, contentando-se com a simples digitalização dos atos processuais.

Isto, nem de longe efetiva o direito fundamental da duração razoável do processo, definido em nível constitucional.

Muito menos é capaz de promover a celeridade processual, conforme ficou consignado nas pesquisas empíricas citadas neste trabalho.

CONCLUSÃO

O brilhante Schumpeter, em obra dirigida às ciências econômicas, ensina que não há desenvolvimento, sem inovação.

Embora os ensinamentos do ilustre doutrinador fossem nativos da economia, dado a relevância de seu pensamento, esses conceitos foram cooptados pelos demais campos do conhecimento, como o Direito, por exemplo.

Neste contexto torna-se possível aplicar estes conceitos para analisar objeto típico da ciência jurídica.

Com esse propósito a Lei do Processo Eletrônico (Lei Federal nº 11.419/2006) foi escolhida neste trabalho pois, declaradamente, teve como escopo inovar, fazendo uso da tecnologia.

Depois de explorar o conceito de inovação, constatando que para sua ocorrência é curial que haja rompimento com o modo antigo de procedimento, concluiu-se que a Lei do Processo Eletrônico não teve força para transcender com o “mundo antigo”, promovendo apenas adaptação, ao invés de inovação.

A econometria, também vinda da economia, foi uma ferramenta usada neste trabalho para analisar a Lei n. 4219/2006, permitindo a ilação de não ocorrência de inovação, pois nem mesmo a celeridade processual prometida conseguiu alcançar.

Assim, após a análise do corpo normativo, denominado Lei do Processo Eletrônico, pelo prisma dos ensinamentos de Schumpeter, pode-se concluir com firmeza não ter havido inovação, mas mera adaptação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. **Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações.** Direito, Estado e Sociedade, v. 9, n. 29, p. 49-68, jul/dez 2006.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **A administração pública entre o direito público e o direito privado.** Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte, Belo Horizonte/MG, ano 4, n.8, p. , jul/dez 2011.

BOLESINA, Iuri; REIS, Jorge Renato dos. **A dicotomia jurídica público-privada no direito civil constitucionalizado.** III Mostra de Trabalhos Acadêmicos, Santa Cruz do Sul.

BRASIL. PROJETO DE LEI Nº5.828, DE 29 DE DEZEMBRO DE 2001. **Dispõe sobre a informatização do processo judicial e dá outras providências.** Brasília, DF, dez 2001. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD29DEZ2001.pdf#page=216>. Acesso em 30 jul 2020

BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Brasília, DF, out 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 03 ago 2020.

BRASIL. LEI FEDERAL Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Brasília, DF, mar 2015. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. acesso em 30/07/2020

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no Projeto do novo Código de Processo Civil. **Revista dos Tribunais.** Ano 39, vol. 233. Julho de 2014. Disponível em: https://www.academia.edu/9253169/A_previs%C3%A3o_do_princ%C3%ADpio_da_efici%C3%A2ncia_no_projeto_do_novo_C%C3%B3digo_de_Processo_Civil_brasileiro. Acesso em 30/07/2020

FACCHINI NETO, Eugênio. **A constitucionalização do direito privado**. Iurisprudencia: Revista da Faculdade de Direito da Ajes, Juina/MT, ano 2, nº 3, p. 09-46, jun/jun, 2013.

HUMANOS, CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS. Pacto de San José da Costa Rica. **OEA, San José De Costa Rica**, v. 22, 1969. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em 03 ago 2019.

ITÁLIA. CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM DE 04 DE NOVEMBRO DE 1950. Roma, ITA, nov 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em 03 ago 2019.

MARTES, Ana Cristina Braga. **Weber e Schumpeter a ação econômica do empreendedor**. Revista de Economia Política, São Paulo, vol. 30, nº 02, p. 254-270, abril-junho/2010.

MARTINEZ, Ramses Henrique. **Processo judicial eletrônico: uma abordagem metodológica para o processo de sua implementação**. 2012. 333f. Tese (DOUTORADO), Departamento de Administração da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, São Paulo.

MORICCHI, Luiz; GONÇALVES, José Sidnei. **Teoria do desenvolvimento econômico de Schumpeter: uma revisão crítica**. Informações Econômicas, São Paulo, v. 24, nº 8, p. 27-35, agosto/1994.

ANUALIDADE ELEITORAL: CRITÉRIOS PARA A DEFINIÇÃO DA ABRANGÊNCIA DO PROCEDIMENTO ELEITORAL

Gabriel Vieira TERNZI

RESUMO

O presente trabalho se debruça sobre a aplicação do preceito da anualidade em matéria eleitoral. O artigo 16 da Constituição estabelece que as leis que alterem o processo eleitoral, embora entrem em vigor na data de sua publicação, não se aplicam aos pleitos realizados até um ano de sua vigência. Por sua vez, tanto a academia quanto a jurisprudência discordam a respeito do que configura ou não o processo eleitoral. Em assim sendo, o presente trabalho propõe a adoção de dois critérios para pautar a incidência da anualidade: a alteração a uma fase concreta do procedimento eleitoral, e a relevância dessa modificação para a dinâmica da competição eleitoral, concluindo pela adequação desses critérios a uma interpretação teleológica do dispositivo constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Anualidade eleitoral; procedimento eleitoral; critérios; definição.

ABSTRACT

This paper focuses on the application of the precept of annuality in electoral matters. Article 16 of the Constitution establishes that laws that alter the electoral process, although they come into force on the date of their publication, do not apply to elections held within one year of their validity. In turn, both academia and jurisprudence disagree about what constitutes or not the electoral process. Therefore, this paper proposes the adoption of two criteria to guide the incidence of annuality: the alteration to a specific phase of the electoral procedure, and the relevance of this modification to the dynamics of electoral competition, concluding by the adequacy of these criteria to an interpretation teleological nature of the constitutional provision.

KEYWORDS: Electoral annuality; electoral procedure; criteria; definition.

1. INTRODUÇÃO

O Capítulo IV do Título II da Constituição Federal se destina aos direitos políticos. Neste, o constituinte fez inserir o artigo 16, o qual encerra o tópico estabelecendo que “a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência”.

Trata-se do comumente referido “princípio da anualidade em matéria eleitoral”, segundo o qual as inovações legislativas não devem surpreender os protagonistas do sufrágio que se avizinha, e, para tanto, implica na vedação à incidência da nova legislação que altera o processo eletivo em relação ao pleito realizado até um ano de sua entrada em vigor.

De fato, é premente que há a necessidade de uma previsibilidade no procedimento que regulamenta as deliberações. Do contrário, a competição entre os concorrentes seria completamente fictícia. Assim, para que haja uma real igualdade de oportunidades, a anualidade impõe uma “quarentena” às inovações, com vistas a garantir a segurança de que os protagonistas do sufrágio

não sejam surpreendidos por modificações que os coloquem em uma disparidade abusiva.

Se a conceituação e o propósito do dispositivo são de fácil compreensão, já por outro lado sua abrangência é tema ainda nebuloso. Com efeito, não há consenso no que diz respeito ao verdadeiro significado da expressão “processo eleitoral”. Entre as vertentes que concorrem pela sua tradução, as posições são tão amplas e díspares quanto uma restritiva compreensão de que o termo se refere apenas ao contencioso eleitoral; até defesas de que qualquer norma de eletiva pode ter sua aplicação postergada como forma de salvaguarda à legitimidade do pleito.

Essa inexactidão, por óbvio, pode conduzir a indevidas, para não mencionar inconstitucionais, aplicações da determinação de anualidade. De fato, sem a necessária definição do processo eleitoral, pode-se visualizar a postergação ilegítima de normas cuja aplicação deveria ser imediata e a alteração instantânea do procedimento eletivo em temas a respeito dos quais deveria haver segurança e estabilidade. Pior ainda, essas situações são aptas a repercutir na legitimidade e na autenticidade da deliberação, induzindo os votantes a erro, ou prejudicando concorrentes de maneira abusiva.

Também não parece ser a melhor das soluções a atribuição dessa análise ao judiciário por meio de uma avaliação casuísta, em especial diante da ausência de balizas claras que definam com alguma segurança o que se encontra ou não abrangido pela anualidade.

Diante de todo esse cenário, o presente trabalho almeja propor dois critérios para a definição dos temas que, se alterados, devam se sujeitar a anualidade conforme determinado pelo artigo 16 da Carta. Para tanto, expor-se-ão os principais pontos a respeito desse preceito, a partir dos quais poderão ser debatidas as características do procedimento eleitoral, donde se adotar-se-á uma metodologia hipotético-dedutiva: os critérios definidores da incidência da anualidade serão apresentados de modo a possibilitar sua tentativa de falseamento, tendo como norte a garantia da igualdade de oportunidades no sufrágio.

2. A DEFINIÇÃO DA ANUALIDADE ELEITORAL

Como se vê, o preceito de anualidade eleitoral tem como lastro normativo o artigo 16 do texto constitucional, cuja redação original preconizava: “a lei que alterar o processo eleitoral só entrará em vigor um ano após sua promulgação”.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 4, datada de 14 de setembro de 1993, o dispositivo foi alterado para o texto atual, qual seja: “A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência” (BRASIL, 1988).

A nova e mais complexa dicção do artigo se justifica, tendo em vista que a redação anterior

não considerava que o “processo” eleitoral é procedimento longo e complexo, composto por diversas fases, e, em assim sendo,

[...] possibilitava que uma alteração legislativa pudesse não ser aplicada de forma alguma ao processo eleitoral vindouro, que pudesse ser integralmente aplicada, ou mesmo que pudesse ser aplicada em fatias, tudo a depender da conjugação entre o prazo de um ano da data da promulgação do texto legal e as diversas fases do processo eleitoral (STUDART, 2016, p. 60).

Trata-se de eficácia diferida em razão de anualidade singular (CLÈVE, 1999, p. 86). Ao postergar apenas a aplicação – mas não a vigência – da legislação inovadora, o dispositivo visa ainda evitar os inconvenientes que a interpretação original poderia trazer em relação à necessidade de incidência imediata da nova lei em anos não-eleitorais (VALE, 2011, p. 77-78).

Independentemente da redação, o artigo 16 da Carta indica o tema que passou a ser reconhecido como “princípio da anualidade eleitoral”. Como parece evidente, trata-se de restrição que “tem em vista impedir mudanças casuísticas na legislação eleitoral que possam surpreender os participantes do certame que se avizinha, beneficiando ou prejudicando candidatos” (GOMES, 2018, p. 296).

Nessa ótica, a mais relevante contribuição da anualidade eleitoral diz respeito a proteção dos competidores do pleito. Nas palavras de Oscar Sanchez Muñoz, deve imperar a igualdade de oportunidades em competições eleitorais (MUÑOZ, 2008, p. 70). Não basta que haja uma “liberdade” de candidaturas e de escolhas por partes dos eleitores e candidatos, nem que os candidatos tenham a “igualdade” em relação ao valor do voto. Mas, antes, que estes candidatos, em suas respectivas esferas de individualidade, partam de um patamar aceitável de igualdade de chances na tentativa de conquistar o voto e, conseqüentemente, o mandato.

Como não é possível fiar-se totalmente na isenção dos legisladores – afinal, *players* que almejam suas próprias recompensas, como a reeleição – a postergação da aplicabilidade das mudanças procedimentais impõe uma maior lisura à dinâmica da competição eleitoral. Carlos Mário da Silva Velloso e Walber de Moura Agra parecem se relacionar com essa proteção à igualdade ao identificam no preceito do artigo 16 a finalidade de evitar desequilíbrios induzidos pela atuação legislativa (VELLOSO; AGRA, 2009, p. 48).

Se assim não fosse, o processo legislativo correria o risco de se tornar um verdadeiro “trunfo daquelas maiorias que dominavam o Poder Legislativo, que sempre poderiam se valer do mecanismo regulatório quando lhes aprouvesse, tudo de acordo com as contingências que se apresentassem” (STUDART, 2016, p. 65).

Conclui Raquel Cavalcanti Machado: “como o processo eleitoral é uma disputa, faz-se indispensável que os candidatos conheçam previamente as regras do jogo, e que não ocorram, no

período respectivo, mudanças abruptas e propositais” (MACHADO, 2018, p. 20).

Ainda que não houvessem maliciosas intenções, há de se compreender a dinâmica temporal que se relaciona com o regramento eleitoral, afinal, dependem dessas regras a própria “normalidade” e, assim, a legitimidade do sufrágio, para se utilizar as disposições do artigo 14, parágrafo nono, da Constituição.

Fávila Ribeiro se atenta a essa necessidade:

As instituições representativas não podem ficar expostas a flutuações nos seus disciplinamentos, dentre os quais sobrelevam os eleitorais, a que não fiquem ao sabor do dirigismo normativo das forças dominantes de cada período, alterando-se as leis sem qualquer resguardo ético, aos impulsos de eventuais conveniências, em círculo vicioso, para impedir que as minorias de hoje tenham legítima ascensão ao poder pelo genuíno consentimento do corpo de votantes (RIBEIRO, 1990, p. 93)

Não se pode olvidar, ainda, que o princípio satisfaz os anseios do próprio eleitor, que poderia ter seu exercício político prejudicado com as inovações inesperadas. Expressamente, o Ministro Gilmar Mendes considera que o preceito “íntegra o plexo de direitos políticos do cidadão-eleitor, do cidadão-candidato e os direitos dos próprios partidos” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 796). Sem dúvida, a dinâmica da escolha por parte dos votantes se encontraria ameaçada caso mudanças “de última hora” viessem a alterar o panorama entre as candidaturas, podendo afetar com sobressalto seus destinatários.

Pertinente de se apontar que o termo “lei” adotado pelo constituinte vem sendo interpretado de maneira extensiva, o que realmente parece ser a visualização correta da teleologia da norma. Em se tratando de preceito destinado à proteção da segurança e estabilidade do panorama normativo eleitoral, pouco importa o meio como eventual alteração casuística se insira no ordenamento. Assim, leis ordinárias ou complementares devem, igualmente, se sujeitar a anualidade.

O Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de enfrentar outro argumento, qual fosse, a tese de que leis municipais e estaduais não se sujeitassem a postergação anual, pois o processo eleitoral seria de competência da União. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 733, a Corte corretamente entendeu que não se sustentava a tese, e, assim, ainda que se trate de repercussão reflexa ao procedimento eleitoral, esses atos normativos deverão observar a anualidade. Analogicamente, pode se compreender que ainda que a legislação não diga respeito a matéria eleitoral propriamente dita, sua eventual aplicação ao sufrágio, se inserida no âmbito de previsão do artigo 16, deverá ser adiada.

Finalmente, o STF reconheceu ainda a sujeição das próprias emendas constitucionais à anualidade. Por conseguinte, na apreciação da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.685 ressaltou-se: “em termos de impacto no contexto dinâmico de uma eleição que se aproxima, tanto

faz que a alteração se dê por emenda, lei complementar ou lei ordinária” (BRASIL, 2006).

Já por sua vez, ponto interessante é o da classificação da norma prevista pelo artigo 16 constitucional. De fato, é corriqueiro que se encontre a sua designação como “princípio” da anualidade ou da anterioridade em matéria eleitoral. Todavia, a partir de uma análise crítica, pode-se passar a analisar se realmente trata-se de um princípio.

Ora, em primeiro lugar, não se pode negar que tem se presenciado um *panprinciologismo*, especialmente em matéria constitucional. Luiz Carlos dos Santos Gonçalves reconhece a gravidade da habituação desse fenômeno, especialmente na seara dos direitos políticos e eleitorais, em que o desequilíbrio com a regulamentação pode impactar irreversivelmente na autenticidade do resultado do pleito. Com efeito:

O Brasil pós-1988 experimentou uma proliferação acrítica de princípios, criados de modo subjetivo e com metodologia incerta, dutos para um indesejado ativismo dos operadores do Direito, substituindo a norma legislada, sem indícios de inconstitucionalidade, por aquelas que eles gostariam que tivesse sido feita. A abstração e generalidade próprias dessas modalidades normativas propicia alargado contrabando ideológico do intérprete, que porá ênfase em versões mais condizentes com sua visão de mundo e interesses. Assim é que um moralista eleitoral, pecha que se costuma apor sobre os entusiastas da Lei da Ficha Limpa, por exemplo, não tardará em indicar a boa governança como princípio eleitoral, ao passo que alguém que não se afina com as restrições daquela lei complementar dirá que ela ofende o princípio da elegibilidade (GONÇALVES, 2018, p. 41).

O mesmo autor, diante do alerta, classifica a anualidade como regra, e não como princípio. Afinal, conforme a lição de Robert Alexy, normas podem ser distinguidas em regras e princípios e “entre ambos não existe apenas uma diferença gradual, mas uma diferença qualitativa” (ALEXY, 2008, p. 90).

Segundo este mesmo último autor, a distinção se dá pelo fato de serem os princípios mandamentos de otimização, podendo ser satisfeitos em graus variados de acordo com as possibilidades jurídicas, enquanto as regras, por sua vez, conterem determinações a serem explicitamente satisfeitas (ALEXY, 2008, p. 90-91).

Ora, nesse sentido, não parece ser justificável que a anualidade, como norma jurídica, seja classificada como princípio. O texto do artigo 16 da Constituição, ao contrário, promove a dicção de um mandamento, uma determinação clara: “a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência”.

Ao contrário, o texto parece fazer claramente a determinação de uma regra a ser observada, e não um padrão de otimização a ser aplicado. Como aponta o Ministro Luiz Fux:

O enunciado normativo do art. 16 da constituição, como decorre da moderna teoria do direito e, mais particularmente, da novel teoria da interpretação constitucional, consubstancia uma regra jurídica. Ao contrário dos princípios jurídicos, que apelam imediatamente para estados ideais a serem alcançados (como o princípio da segurança jurídica (CRFB/199, art. 5º, caput) ou da dignidade da pessoa humana (CRFB, art. 1º, I) – as regras se caracterizam pela enunciação de uma hipótese de incidência e,

simultaneamente, do comando a ser desencadeado pela configuração de seus pressupostos de fato (FUX, 2016, p. 526).

De fato, se há um princípio em jogo, parece ser o da segurança jurídica, sendo a regra da anualidade sua concretização (TENÓRIO, 2014, p. 34). Nada há a justificar que esse preceito fosse compreendido como norma de otimização. Aliás, parece elucidar a questão a comparação entre o renitente “princípio” da anualidade com qualquer outra máxima indiscutivelmente integrante do rol de princípios eleitorais, tal como a universalidade do voto.

Veja-se: a norma contida no *caput* do artigo 14 da Constituição determina que “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto”. Por sua vez, não se nega que a qualidade de universalidade do sufrágio pode ser constatada como um genuíno mandamento de otimização. Como aponta o próprio Alexy, o mandamento que decorre dos princípios não é definitivo, mas *prima facie* (ALEXY, 2008, p. 104).

A universalidade se integra com essa lição, afinal, o mandamento de que o exercício da capacidade política ativa deve ser destinado – universalmente – a todos, aperfeiçoa a aplicação desse valor. Mas, ao mesmo tempo, não se trata de uma regra, afinal, bebês de colo não possuem o direito ao voto, assim como não o detêm os estrangeiros, ou aqueles privados de direitos políticos por condenação criminal, dentre outros exemplos.

Seu propósito, como princípio, é a “harmonização de ideias que servirão de base para construção de outras normas de forma sistemática e lógica para solucionar conflitos. É o elo entre o valor e a norma jurídica” (PEREIRA, 2010, p. 75).

Assim, a “universalidade” do voto se perfaz num genuíno princípio, cujo mandamento de otimização se faz sentir na aplicação de diversos institutos (e regras) – a garantia prevista pelo artigo 76, § 1º, inciso IV do Estatuto da Pessoa com Deficiência, de que estes poderão se valer do auxílio de terceiros para o voto, pode ser interpretado como uma concretização daquele princípio, qual seja, a universalidade da eleição. Do mesmo modo, trata-se de um mandamento *prima facie*, afastado em casos diversos, em que as possibilidades jurídicas são distintas (os presos, por exemplo, tem seus direitos políticos suspensos a teor do artigo 15, inciso III, da Carta constitucional).

Em suma, as características que, na lição de Alexy, permitem ao observador classificar a universalidade, apenas para citar um exemplo, como princípio eleitoral; ao serem comparadas com a anualidade, confirmam tratar-se o dispositivo do artigo 16 de uma regra. Não há, de fato, um mandamento de otimização, e não se trata de uma norma aplicável em caráter *prima facie*, mas definitivo. Aliás, as únicas situações que autorizam a superação dessa regra de anterioridade anual são – a teor do próprio dispositivo – aquelas em que não houver alteração do “processo eleitoral”.

Daí decorre que a mais delicada faceta em relação à anualidade eleitoral se dá com a

definição daquilo que configura ou não o processo eleitoral, afinal, “as normas que não alterarem as regras relativas ao processo eleitoral poderão ser aplicadas independentemente da data da vigência” (VASCONCELOS; SILVA, 2018, p. 30).

3. A ABRANGÊNCIA DA EXPRESSÃO “PROCESSO” ELEITORAL

Como visto, há uma relativa segurança na definição do conceito, função e objetivo do ideal de anualidade eleitoral. De fato, superada a celeuma entre sua classificação (se princípio ou se regra) a norma conclui-se como uma “muralha de democracia” (SALGADO, 2010, p. 290), que protege a pré-determinação das regras do processo eleitoral. Por sua vez, a definição do que engloba ou não o mencionado processo se revela no verdadeiro desafio. A vagueza do termo permite, por conseguinte, diversas interpretações.

Parece evidente, diante da finalidade almejada pelo Constituinte, que a adoção do termo “processo” não foi restritiva. Em melhor dizer, é lícito ao hermeneuta concluir que a regra do artigo 16 não se dirige apenas ao processo contencioso eleitoral.

De fato, o procedimento para o manejo de uma ação de investigação judicial eleitoral, conforme artigo 30-A da Lei nº 9.504/97 e disciplina do artigo 22 da Lei Complementar nº 64/90 é, evidentemente, um exemplo de processo de natureza eleitoral. Ainda assim, o propósito constitucional parece ser mais elevado, ou, ao menos, mais abrangente, do que evitar alterações casuísticas na norma que define – segundo o exemplo – o prazo para que o corregedor eleitoral adote diligências no contencioso de demandas que investigam abuso de poder.

Parece também ser clara essa compreensão por parte da Jurisprudência. O julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 354, que versava sobre a possibilidade de aplicação da Lei nº 8.037 de 1990 no sufrágio daquele mesmo ano, serve de paradigma. Segundo o Ministro relator, deve-se desde logo afastar qualquer conclusão de que as normas de processo eleitoral sejam “as de direito judiciário, ou seja, aos meios ou instrumentos da composição das lides nas questões eleitorais” (BRASIL, 2001).

Indubitavelmente, caso a regra da anualidade se aplicasse apenas às normas literalmente processuais litigiosas, o objetivo de resguardar “a inquebrantabilidade da isonomia nas regras do pleito” (DANTAS, 2004, p. 218) não seria atendido. Até porque, para além do regramento processual, as mais diversas normas de natureza material têm o potencial de, se alteradas maliciosamente, repercutirem intensa e diretamente na dinâmica concorrencial do sufrágio, colocando em risco a igualdade entre os candidatos.

Se incontestável que o sentido da expressão “processo eleitoral” se alarga para além do contencioso desse ramo jurídico, resta ainda definir os limites dessa abrangência. Marcos Ramayana

acertadamente reconhece que o termo deve compreender aqueles atos que “refletem, ou de alguma forma se projetam no pleito eleitoral, abrangendo as coligações, convenções, registros de candidatos, propaganda política eleitoral, votação, apuração e diplomação” (RAMAYANA, 2018, p. 44). Ainda assim, a conceituação não parece auxiliar o intérprete a estabelecer marcos precisos a partir dos quais o processo legislativo não se sujeitaria ao período de anualidade.

As vertentes que compreendem que a expressão adotada pelo constituinte deve ser mais abrangente do que o regramento estritamente contencioso costumam apontar que o artigo 16 da Constituição, embora mencione “processo”, em verdade se refere ao “procedimento eleitoral”, termo que seria mais adequado. Nessa ótica, sob a sucinta e precisa lição de Sivanildo Dantas, “todo processo é procedimento, porém, nem todo procedimento é necessariamente processo” (2014, p. 67-78).

Em atenção a esse norte, o procedimento do pleito seria mais amplo e complexo, compreendendo, mas certamente não se limitando a lides contenciosas específicas (essas sim, processos eleitorais). Utilizando-se de exemplos, o registro de candidaturas seria um momento integrante do procedimento eleitoral. Eventuais impugnações e recursos desafiados pelas decisões em relação a esse registro se tratariam de processos (contenciosos) eleitorais inseridos naquele procedimento.

Portanto, a leitura (procedimental) do texto do artigo 16 da Carta seria a de uma anualidade a ser imposta às normas que alterassem o procedimento das eleições – o conjunto de funções, práticas e etapas realizadas ou supervisionadas pelo Estado como necessárias à concretização de um processo de sufrágio.

Elaborada a lição de Rodolfo Vianna Pereira, para quem o procedimento eleitoral seria compreendido em etapas, quais sejam, preparatória, constitutiva, e integrativa de eficácia. Em suma, a expressão se referiria ao

Conjunto de atos e fases necessários à organização de uma determinada consulta eleitoral concreta e que, portanto, estabelecem um modo pelo qual serão habilitados os atores políticos, os mecanismos voltados à informação dos eleitores acerca das propostas em jogo, a realização da consulta eleitoral e os sistemas de fiscalização e garantia da regularidade das operações. (PEREIRA, 2008, p. 24).

Essa visão procedimental se presta a integrar os fins pretendidos pelo constituinte à realidade das repercussões promovidas por alterações legislativas. Tomando de empréstimo o exemplo de Édson Resende de Castro (CASTRO, apud STUDART, 2016, p. 90), a distribuição dos recursos provenientes do fundo eleitoral se compreende no feixe do direito material (e não processual) eleitoral. Naquela visão mais restritiva (estritamente contenciosa), a modificação desse tema não se sujeitaria à regra da anualidade, já que não inserida nos processos eleitorais. Todavia,

mediante uma compreensão procedimental, por repercutir no procedimento eleitoral (influenciando a propaganda política, *exempli gratia*), qualquer modificação legislativa a respeito do financiamento durante aquele procedimento teria de se sujeitar à anterioridade prevista pela Constituição.

Ainda assim, continua sendo necessário estabelecerem-se as fronteiras desse (agora) procedimento eleitoral. A sua definição mediante marcos temporais não parece suficiente. Ora, “tem início na data limite para a filiação partidária, momento em que de fato o cidadão possui a verdadeira limitação temporal para que possa participar ou não das eleições como candidato” é o que afirmam Vasconcelos e Silva (2018, p. 30). Antes de mais nada, a razão utilizada pelos autores, qual seja, o fato de que o procedimento teria como marco inicial o momento em que o cidadão pode participar das eleições como candidato, é insuficiente.

Em verdade, nada parece justificar que o momento da filiação visando o registro de candidatura seja um termo adequado para a configuração do início do procedimento eletivo. De fato, diversos outros momentos do *iter* eleitoral poderiam ser apontados como tão ou mais relevantes. A escolha do período de filiação partidária, como querem os apontados autores, passa a impressão de que o exercício da capacidade política passiva – a elegibilidade – é mais relevante do que o da capacidade ativa – o voto. Do contrário, o procedimento eleitoral poderia ter como marco inicial o período em que se encerra o alistamento de novos votantes no ano das eleições.

Deixando de lado essa crítica específica quanto ao fundamento do argumento, a utilização de um lapso temporal para distinguir o procedimento eletivo não é, como visto, uma opção imune a críticas. De um lado, resta nebulosa a definição dos marcos iniciais e finais. Como sempre resta a possibilidade de que determinadas condutas repercutam na dinâmica da competição, e, conseqüentemente, no resultado do pleito, a solução seria a abrangência de todos os atos, desde os mais preparatórios até a diplomação dos eleitos e o julgamento de eventuais impugnações como etapas do procedimento eletivo.

Já de outro lado, ainda que abrangidos todos os fenômenos dentro do procedimento eleitoral, a segunda razão pela qual o fundamento cronológico não parece ser suficiente como referencial para o contingenciamento anual da novel legislação é a de que determinadas práticas ocorridas durante esse período, embora temporalmente inseridas nesse fenômeno, não repercutem diretamente na dinâmica de igualdade e de legitimidade do pleito, e, assim, não deveriam ser abrangidas pela regra da anualidade.

Pode-se utilizar como exemplo a disposição do artigo 59-A da Lei das Eleições, incluída pela minirreforma eleitoral de 2015, que determina que a urna eletrônica imprima o registro de cada voto, que será depositado, de forma automática e sem contato manual do eleitor, em local lacrado.

Talvez até como forma de evitar discussões paralelas quanto à aplicabilidade imediata

dessa inovação, o legislador optou por prever no artigo 12 da Lei nº 13.165/2015 que o processo de votação impresso deveria ser implementado até as próximas eleições gerais – que ocorreriam em 2018, e não de maneira imediata com a promulgação da lei. Pode-se especular também que essa postergação visava possibilitar a implementação do novo sistema, o que não se afiguraria viável já nas eleições municipais do ano de 2016. Qualquer que seja a razão, essa opção do legislador fez com que o tema escapasse à incidência da anualidade.

Por sua vez, como é sabido, o dispositivo foi julgado como inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.889, diante das ameaças de “identificação de quem votou, de quebra do sigilo, e, conseqüentemente, de diminuição da liberdade do voto” (BRASIL, 2018).

Deixando de lado a declaração de inconstitucionalidade, bem como a técnica legislativa que optou pela postergação da aplicação e admitindo-se, para os fins do exemplo, que a transição para o voto impresso não afeta a autenticidade do pleito; nada indica que a nova norma que alterou o sistema de votação devesse se sujeitar a regra de anualidade. Afinal, sob nenhum aspecto o fato de os votos passarem a serem impressos faria com que a dinâmica da igualdade de oportunidades entre os candidatos fosse afetada (desde que, novamente, não se considerem os riscos à genuinidade do procedimento).

Ainda assim, caso se adotasse uma concepção puramente cronológica do procedimento eleitoral – compreendido esse dentro de um período temporal fixo – mesmo essas modificações inócuas do ponto de vista competitivo se sujeitariam à incidência da quarentena anual prevista pelo artigo 16 da Constituição, já que alterariam o ato ou etapa da votação, cronologicamente inserido no procedimento eleitoral.

Em última análise, a única solução para aqueles que advogam pela compreensão do procedimento eleitoral em termos estritamente cronológicos, seria a admissão de que mesmo as modificações legislativas em práticas isentas, quando ocorressem dentro daquele período, seriam postergadas pela regra da anualidade.

Ocorre que não parece adequado que novas normas suportem o adiamento de ao menos um ano em relação à sua aplicação eleitoral apenas em prol de uma conveniência de significado e de semântica em relação ao termo “procedimento eleitoral”. Condensa essa crítica Paulo Henrique Studart:

O Congresso Nacional não é fechado, e nem seria desejável e razoável que o fosse, pelo fato de se realizarem eleições. Fosse o contrário, e considerando que a permanente periodicidade dos pleitos eleitorais constitui um elemento indissociável da concepção contemporânea de democracia, no Brasil a cada dois anos a função legislativa seria suprimida, o que poderia gerar verdadeiro colapso do Estado. Logo, apenas a legislação que tratar ou repercutir sobre processo eleitoral sofre a interdição, em seus efeitos, da limitação

constitucional estabelecida pelo princípio da anualidade eleitoral. [...] Aliás, em relação a determinadas matérias, parece mesmo que o Congresso Nacional é sempre voluntarioso a legislar em anos de eleições, e o direito eleitoral, como já visto, se insere dentre esses temas. Já outros temas, correlatos, por exemplo, à matéria tributária, notadamente quando importe aumento de impostos, não constituem grande interesse das pautas legislativas em ano eleitoral. Mas isso se deve a fatores outros, não necessariamente de ordem jurídica, que necessariamente não se relacionam diretamente com a disposição constante do art. 16 da Constituição de 1988 (STUDART, 2016, p. 83).

Admitir-se a incidência indiscriminada da quarentena eleitoral não é apenas contradizer a Constituição, por aplicar uma eficácia *diferida* de maneira corriqueira. Mas é também admitir abertamente que situações nas quais um benefício é trazido pela nova legislação, abriremos mão, como sociedade, da incidência desse benefício às eleições que se avizinham, ainda que essa aplicação imediata não afete a normalidade e a legitimidade do pleito. Em suma:

Convém repetir, uma matéria em particular é objeto da proteção conferida pela Constituição de 1988 através do princípio da anualidade eleitoral. E essa matéria, aparentemente, nem mesmo é o direito eleitoral como um todo, mas o processo eleitoral, que constitui um dos institutos regulados pelo direito eleitoral, talvez o mais importante deles, e sobre o qual versam a maioria das suas normas. Mas, certamente, no processo eleitoral não esgota toda disciplina normativa desse ramo do direito (STUDART, 2016, p. 83).

Nesse ponto, o impasse parece continuar: há relativa segurança em se afirmar que a anualidade, como regra, deve ter sua eficácia compreendida como mais abrangente do que meramente ao processo contencioso eleitoral. Se, certamente, seria preferível que o constituinte tivesse adotado o termo “procedimento eleitoral”, ainda não restam claras as fronteiras desse procedimento, sendo certo que o critério temporal não é suficiente para defini-las.

Como visto, para aqueles que almejam tratar o procedimento eleitoral como um lapso temporal, seria necessário ou admitir-se sua abrangência à práticas a respeito das quais não se faz necessário o adiamento pela anualidade, ou, uma interpretação caso a caso: nas situações em que fosse reconhecido tratar-se de tema cuja aplicação imediata da novel legislação nada afeta a dinâmica da competição, seria possível – ainda que em tese o procedimento eleitoral estivesse sendo alterado – a recepção de plano das novas determinações.

Essa última solução também não parece adequada, afinal, estar-se-ia promovendo um casuísmo ainda maior, e, em verdade, se trataria de uma completa desvirtuação do artigo 16 da Carta. Ora, a lógica do dispositivo é evitar as utilizações casuísticas da aplicação da legislação por parte (especialmente) do legislativo. Essa interpretação transferiria os riscos ao Judiciário, que poderia determinar quais regramentos incidiriam no sufrágio e quais teriam de aguardar a anualidade, ainda que ambos alterassem o procedimento eleitoral.

Não se quer, com isso, levar a crer que a demarcação cronológica do procedimento eleitoral deve ser abandonada. Na verdade, os marcos temporais dentre os quais se compreende a realização das mais sensíveis etapas do sufrágio é mote que precisa ser enfrentado. O que se quer

ressaltar, nesse momento, é que a mera definição do procedimento eleitoral como lapso balizado entre os termos x e y não é suficiente, por si só, para dirimir-se a controvérsia, pois ainda é preciso reconhecer que durante o seu tramitar, em determinados aspectos de cada momento do procedimento ou entre estes momentos, haverá temas sobre os quais não se julga imprescindível a incidência da anualidade.

Em suma, as posições quanto à definição do processo/procedimento eleitoral podem ser condensadas em quatro vertentes: para a primeira, a expressão realmente diz respeito apenas a normas referentes aos litígios. Para a segunda, a anualidade se aplica de maneira mais ampla, ao procedimento (e não somente aos processos) eleitoral, sempre que se alterassem normas relativas a fórmula de realização das etapas desse procedimento. A terceira vertente também diferencia processo de procedimento, mas compreende a incidência da anualidade não somente às normas que alteram o procedimento em seus aspectos formulais, mas mesmo em relação a modificações de direito material, quando se tratarem de temas integrantes do procedimento eleitoral. Finalmente, a última vertente prescinde da distinção de processo e procedimento, pois, em verdade, considera que a regra da anualidade pode ser aplicada indiscriminadamente a qualquer alteração que – a teor do intérprete – torne as eleições menos legítimas.

Cada uma dessas posições, como visto, pode ser enfrentada mediante argumentos específicos. A concepção puramente contenciosa é ineficiente, a segunda corrente deixaria temas de direito material vulneráveis a aplicação imediata, colocando em risco aspectos sensíveis do procedimento eleitoral. A última posição, por sua vez, perigosamente transfere ao julgador a prerrogativa de determinar (sem referenciais fixos), dentre as normas que alteram o procedimento eleitoral, aquelas que devem ou não se sujeitarem a anualidade sob o argumento de supostamente serem mais ou menos interventoras à normalidade do pleito.

Pelas razões expostas, a terceira vertente é aquela que parece mais se adequar ao sentido teleológico almejado pelo constituinte. De fato, a anualidade deve incidir de modo a preservar a autenticidade de todo o procedimento (e não somente de um processo) eleitoral. Ao mesmo tempo, essa autenticidade pode ser afetada diretamente pela modificação inclusive de normas de natureza material, donde se conclui que a anualidade deve englobar inclusive normas que não sejam estritamente definidoras de procedimentos.

Ainda assim, não foi solucionado até o momento a recorrente questão: quais critérios definirão o que torna uma norma (independentemente de sua natureza material, procedimental ou processual) integrante do procedimento eleitoral e, assim, impelida pela necessidade de postergação anual de aplicação?

4. CRITÉRIOS PARA A DEFINIÇÃO DA INCIDÊNCIA DA ANUALIDADE AO PROCEDIMENTO ELEITORAL

Como se vê, a definição de um conceito de processo ou procedimento eletivo é permeada por dificuldades de natureza semântica, hermenêutica e mesmo jurídica. Ao final do tópico anterior, o presente trabalho adotou, entre as diversas vertentes concorrentes sobre o assunto, aquela que considera que o abrangente conceito de procedimento eleitoral deve dizer respeito inclusive a temas de natureza material. A partir de agora, passa-se a testar essa posição, na tentativa de falseá-la.

Em melhor dizer, considera-se como incontestável que a melhor interpretação a se adotar quanto ao artigo 16 da carta é a de que o constituinte se remeteu ao procedimento eleitoral, e não apenas aos processos, como redigido. Trata-se, de fato, de uma escolha de palavras pouco feliz. Considera-se ainda, que para efetivar-se a proteção a esse procedimento, como quis o constituinte, essa proteção deve englobar as diversas maneiras pelas quais o mesmo pode ser casuisticamente alterado.

Ou seja, uma interpretação teleológica da Constituição leva a crer que, se o objetivo é resguardar a higidez da legítima competição eleitoral, não é pelo modo como uma mudança repercute no procedimento eleitoral que esta mudança deverá ou não se sujeitar à anualidade, mas sim, simplesmente, por alterar o procedimento dentro do período adotado como de suspeição – o ano anterior. Por essa razão considera-se que mesmo modificações a respeito de temas de direito material-eleitoral devem respeitar a quarentena anual. Também por isso se faz tão necessário a definição do que é e o que não é procedimento eleitoral.

Mas, se tantas características podem ser inferidas da regra, ainda que por meio de uma interpretação teleológica, qual a razão pela qual, até o momento, tem se evitado uma indicação direta do que compõe ou não o procedimento eleitoral? A resposta a essa pergunta é aparentemente simplória: a dificuldade reside no fato de se tratar o procedimento eleitoral de um conceito polissêmico, com amplos significados.

Ora, em trechos anteriores deste trabalho, formulou-se que o procedimento compõe o conjunto de práticas e atos supervisionados pelo Estado a respeito dos quais há especial interesse de todos os atores do pleito, pois indispensáveis à autenticidade do sufrágio. Também se denunciou que teria de ser enfrentada a questão “quais são seus marcos inicial e final”. Inclusive, pode-se até admitir a mais comumente propagada baliza, segundo a qual esse procedimento estaria compreendido desde o período de realização de convenções partidárias até a diplomação dos eleitos, dirimindo-se eventuais questionamentos sobre a veracidade do sufrágio.

Ainda assim, as incansáveis definições de procedimento eleitoral não são suficientes, por si sós, para solucionar a aplicação da anualidade. O que deve ser percebido é que, em verdade, o

maior desafio não repousa na demarcação das fronteiras do procedimento, mas, antes, nas suas balizas internas. Caso a incidência da anualidade eleitoral fosse clara e incontestada a todos os aspectos do procedimento eleitoral, a única celeuma seria debater onde este se inicia e onde termina. Mas, como apontado pelo exemplo da modificação do sistema de votação (para tornar obrigatória a impressão dos votos), há, dentro do procedimento eleitoral, temas a respeito dos quais não parece razoável incidir-se a anualidade.

Seria como admitir: “realmente, dentre as diversas condutas praticadas nesse período, algumas necessariamente precisam ter suas modificações adiadas e outras não, mas em prol de afastar-se o casuísmo, considerar-se-á como ‘procedimento eleitoral’ todo esse expediente, e este é um preço que estamos dispostos a pagar em prol do estabelecimento de limites de incidência a regra de anualidade”.

Esse pensamento, no sentir do presente trabalho, é inadequado aos fins constitucionais. Não se pode, por uma conveniência interpretativa, postergar-se indevidamente a aplicação de normas eleitorais que, do contrário, trariam repercussões imediatas. Sob certa ótica, essa noção seria uma espécie de aplicação abusiva da anualidade: estar-se-ia aproveitando da regra da quarentena anual para adiar repercussões atuais ao procedimento de sufrágio. Ao invés de cometerem-se abusos por meio da alteração casuística, haveria abuso por uma postergação casuística de alteração legítima.

Assim, a conclusão a que se chega até o momento é a de que, embora intensamente buscada, a definição do procedimento eleitoral, por si só, não foi capaz de solucionar a incidência da anualidade. Aliás, a própria leitura do artigo 16 da Carta parece levar a essa conclusão: “Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência”.

O que se passa a propor, é uma nova leitura do texto, que mais se afigura a seu propósito teleológico. A primeira modificação se trata da já apontada substituição do termo “processo” por “procedimento”. Agora, pode-se questionar, se tão óbvio esse propósito, o que faria o constituinte utilizar-se do termo processo para se referir, em verdade, a todo o *iter* procedimental do pleito? A hipótese adotada é a de que legislador constitucional almejava proteger o procedimento eleitoral como um todo, mas deparou-se com os mesmos dilemas: de que modo estabelecer a salvaguarda da anualidade apenas a matérias de relevante repercussão na dinâmica da competição eletiva?

Assim, pode ser o caso de a expressão “processo” realmente designar apenas uma parcela (ou parcelas) do procedimento, mas não, como já superada, apenas as parcelas processuais-contenciosas. De fato, adota-se a possibilidade de que o constituinte tenha optado pela dicção almejando referir-se às alterações relevantes ao procedimento eleitoral, as alterações que lhe repercutissem em seu núcleo, em suas mais significativas etapas. Em seu “processo” eleitoral, não

com sentido litigioso, mas com significado de procedimento propriamente dito, em seu mais fundamental regime e desenvolvimento.

Essa conclusão levaria a não uma, mas duas modificações na leitura do excerto constitucional, que resultariam na seguinte interpretação: a lei que alterar o *procedimento* eleitoral *de maneira relevante* entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência. Desse modo, seriam dois os *locus* de definição dos alvos de incidência da regra de anualidade: o pertencimento do mote alterado ao procedimento eleitoral, e a relevância dessa alteração à dinâmica concreta do procedimento.

Seria como se o hermenêuta devesse realizar duas perguntas ao se deparar com uma inovação eleitoral. Primeiro: o tema modificado se encontra ou não inserido no procedimento eleitoral? Segundo: a modificação repercute significativamente no procedimento? Quando ambas as respostas fossem afirmativas, incidiria a quarentena anual.

Ao lado da citada Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 354, o Recurso Extraordinário nº 633.703 proveniente de Minas Gerais se afigura como a mais profunda discussão oportunizada ao Judiciário brasileiros a respeito da abrangência da regra de anualidade. Ainda assim, o resultado parece insatisfatório.

O apelo versou sobre a aplicação da “lei da ficha limpa”, a Lei Complementar nº 135/2010, que alterava a Lei de Inelegibilidades incluindo novas modalidades mais severas de restrição à capacidade política, ampliando, por óbvio, as causas que tornavam pretensos candidatos inelegíveis. Subsiste a impressão de que, também naquela oportunidade, a discussão gravitou a respeito desses dois pontos (a abrangência do procedimento e a natureza da modificação a ele), ainda que mediante outras abordagens. Os debates entre suas excelências, os julgadores, evidenciam essa constatação.

O Ministro Joaquim Barbosa, por exemplo, abordou os limites fronteiriços do procedimento (usando a nomenclatura processo eleitoral): “inicia-se com a realização das convenções partidárias e se encerra com a diplomação dos candidatos eleitos” (BRASIL, 2011). E assim o fez para considerar que a lei que trouxe inelegibilidades, por adentrar o ordenamento jurídico antes desse lapso, não se sujeitaria a anualidade.

Ayres Britto, por sua vez, argumentou que “violação inexistiu ao art. 16, [...] por se tratar [...] de uma nítida norma de direito material” (BRASIL, 2011), razão que lhe bastou para afastar a anualidade, diante da natureza material da norma modificada.

As citações do mencionado julgado não são utilizadas por concordar-se com a decisão dos decisores, mas, antes, para demonstrar-se que esses dois temas são recorrentemente o ponto a respeito do qual versa a discussão sobre a aplicação da regra do artigo 16 da Carta.

Com a dicção que ora passa a ser proposta pelo presente trabalho, afastar-se-iam

concepções equivocadas sobre a dinâmica da anualidade. Algumas inclusive adotadas incorretamente como *ratio* naquele e em outros julgamentos. Note-se, por exemplo, o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, na apreciação da ADI nº 3.741, que avaliava a aplicabilidade imediata, às eleições de 2006, das disposições da Lei n. 11.300 do ano de 2006:

Apenas as regras relativas à propaganda, ao financiamento e à prestação de contas das campanhas eleitorais, todos com caráter eminentemente procedimental, foram objeto de aperfeiçoamento, com vistas a conferir mais autenticidade à relação entre partidos políticos e candidatos, de um lado, e eleitores, de outro, bem como a dar maior transparência ao modo com que os primeiros obtêm e empregam seus recursos. Não se registrou, portanto, qualquer alteração do processo eleitoral, propriamente dito, mas tão-somente o aprimoramento de alguns de seus procedimentos (BRASIL, 2007).

A visão do julgador claramente parece apreciar a incidência ou não da anualidade por meio de uma análise do *benefício* que a norma inovadora supostamente acarreta, o que é completamente descabido. De fato, como se propôs, a questão versa a respeito de duas indagações: a inserção do tema modificado no procedimento eleitoral e a relevância da repercussão desafiada pela inovação. É absolutamente desprezível qualquer julgamento de valor, até porque não compete ao Judiciário a avaliação da pertinência ou do acerto da lei alterada.

Basta, em verdade, a constatação mediante aqueles dois apontados critérios: a repercussão da legislação inovadora a uma etapa do procedimento eleitoral; e a concomitante relevância do aspecto do procedimento inovado.

Para a verificação do primeiro critério, independe tratar-se a alteração de dispositivo material, procedimental ou mesmo processual. Caso queira se modificar uma regra em matéria eleitoral (como uma prática permitida de propaganda); uma norma que estabeleça procedimento eletivo (como a realização de atos preparatórios às eleições) ou mesmo uma legislação contenciosa eleitoral (como o prazo para interposição de um recurso); essas alterações, para que possam ser aplicadas a um determinado pleito, necessariamente precisam entrar em vigor com antecedência de ao menos um ano. Do contrário, por repercutirem à fases do procedimento eleitoral, devem ser postergadas como determina o art. 16 da Carta.

Em relação ao segundo critério, pode, à primeira vista, haver a noção de que o casuísmo indeterminado permanece. Afinal, ainda que acatada a leitura do texto constitucional para se referir a alterações *relevantes* do procedimento eleitoral, continua em aberto o significado daquele adjetivo. Em suma, ainda é preciso distinguir o que torna uma alteração relevante.

Ora, retomando-se o estabelecido inicialmente pelo presente trabalho, há de se recorrer ao princípio, como forma de otimização da aplicação da regra. E, como visto, a regra da anualidade se relaciona com o princípio da segurança jurídica (que, em verdade, dialoga com a igualdade – no caso, a igualdade de oportunidades nas competições eleitorais).

Portanto, a dúvida na aplicação da regra – em outras palavras, a dúvida a respeito de quais temas são relevantes ou não, para os fins da incidência da anualidade, entre diversas modificações ao procedimento eleitoral – se dirime mediante a aplicação dos apontados princípios. A segurança jurídica e a igualdade aperfeiçoam a aplicação da anualidade. Em termos práticos, já respondida afirmativamente à primeira questão, ou seja, já constatado que se trata de uma modificação em tese que, a menos de um ano da data da eleição, altera matéria que integra o procedimento eleitoral, deve-se avaliar se, no momento de eficácia da nova legislação, já há – conforme orientação daqueles princípios – segurança jurídica e igualdade passíveis de serem afetadas pela inovação.

Por derradeiro exemplo: tanto o registro de candidaturas quanto a votação são, indubitavelmente, duas etapas concretas do procedimento eleitoral. Assim, lícito concluir que qualquer alteração legislativa que afete esses temas, ao entrar em vigor até um ano antes da data da realização do pleito, estará preenchendo o primeiro critério para sua postergação pela anualidade. De fato, não importa que essa lei entre em vigor, por exemplo, antes do período de registro, durante o mesmo, ou inclusive após aquele marco. Inserida no ordenamento jurídico com menos de um ano de antecedência do pleito, está havendo alteração do procedimento eleitoral.

Para determinar, nessa situação, a aplicação ou não da anualidade, resta avaliar o preenchimento do segundo critério, a relevância da modificação da situação jurídica antes estabelecida, tendo como orientação a segurança e a igualdade. Assim, uma inovação legislativa que, exemplarmente, estabelece nova condição de elegibilidade, coloca os pré-candidatos em situação de desigualdade, tendo de haver, certamente, a postergação desse instituto, que não se aplicará aos sufrágios realizados até um ano de sua vigência. Já de outro lado, uma nova norma que modifica o número de fiscais de cada partido na data das eleições, embora literalmente modifique aspecto do procedimento eleitoral, não parece repercutir de maneira relevante em um padrão de segurança e igualdade previamente estabelecido, não havendo incidência da anualidade.

É importante, finalmente, se esclarecer que não importa a data em que entrou em vigor a novel legislação em relação à data da etapa do procedimento alterada. Em outras palavras, uma modificação à fase das convenções partidárias (que inicia o procedimento eleitoral) e uma modificação à diplomação (fase que encerra o procedimento) são ambas alteradoras do procedimento, caso adentrem com vigor o ordenamento até um ano da data do pleito.

Portanto, o fato de a inovação se dar com mais ou menos proximidade, por si só, é irrelevante (já que o critério cronológico que interessa é, afinal, a anualidade em relação ao pleito). De outro lado, o que pode ocorrer é que o imediatismo da norma inovadora seja a causa para a sua violação dos princípios da segurança jurídica e da igualdade. Retomando-se aquela hipótese, a inovação ao número de fiscais, embora altere o procedimento eleitoral (a etapa da votação) –

preenchendo o primeiro critério – foi entendida como imune a quarentena eleitoral – já que não preenchido o segundo critério. Agora, caso essa lei entre em vigor no dia imediatamente anterior ao sufrágio, poderá se compreender que determinados partidos, mais preparados, serão beneficiados podendo utilizar-se de mais fiscais, e, aí sim o segundo critério restará adimplido, e aplicar-se-á a anualidade, não necessariamente pelo curto período entre a aplicação da norma e sua vigência, mas pelo fato de esse curto período, *in casu*, tornar relevante a alteração ao procedimento eleitoral.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como estabelecido, há relativa segurança na definição do conceito da anualidade eleitoral. Trata-se de norma jurídica que posterga a aplicação das inovações à legislação eleitoral quando estas afetarem abruptamente a dinâmica da competição em relação ao pleito que se realize até um ano da data de sua vigência.

Se encontram abrangidas pelo adiamento constitucional de aplicação todas as inovações em matérias de atos normativos, independentemente da natureza da alteração (lei eleitoral ou não) e do modo como essa alteração adentra o ordenamento (mediante lei ordinária, complementar, ou mesmo emenda constitucional).

Igualmente, parece certo trata-se de uma regra jurídica, e não, como comumente apresentada, de um princípio. De fato, as características distintivas e a própria redação do dispositivo levam a crer configurar-se uma regra.

Já por sua vez a grande controvérsia se destina a identificar quais inovações se sujeitarão e quais se encontram imunes à anualidade. Dentre as incontáveis posições mais ou menos rígidas quanto a sua aplicação, há vertentes abertamente conflitantes, e por vezes, a compreensão equivocada dos termos a respeito dos quais a incidência da regra se fez determinar. De todo modo, essas correntes foram condensadas, e escolhida, como mais adequada ao propósito constitucional, a noção de que sua observância se dá em todo o conjunto de práticas que constituem o procedimento eleitoral, independentemente da natureza – inclusive material – da norma originalmente modificada.

Ainda resta imperiosa a definição desse procedimento. O presente trabalho se alinha ao entendimento dominante de que esse intervalo compreende as etapas mais significativas da deliberação eleitoral, iniciando-se com as filiações partidárias e se encerrando na diplomação dos eleitos. Ao mesmo tempo, o texto propõe que a descrição das balizas do procedimento, por si só, não é capaz de garantir a aplicação adequada da regra da anualidade, pois possibilitaria o adiamento indevido de matérias irrelevantes à dimensão concorrencial do pleito.

Portanto, na visão do presente trabalho, os critérios definidores da aplicação da anualidade, aptos a solucionar as mencionadas controvérsias, sem, contudo, promover uma desvirtuação

casuística da regra, e sem a necessidade de que todas as normas que repercutissem no procedimento fossem automaticamente adiadas quanto à sua eficácia, são dois: a repercussão da alteração ao procedimento eleitoral e a relevância concreta dessa modificação.

Veja-se: o direito eleitoral como um todo poderia ser modificado, em qualquer de suas normas, independente do período, desde que não se trate de uma modificação ao procedimento eleitoral – o conjunto de atos que se concretiza desde as convenções partidárias até a diplomação dos eleitos. Portanto, uma alteração às regras pertencentes à criação de partidos políticos, por não fazer parte do procedimento eleitoral, terá aplicação imediata, tão logo cesse a *vacatio legis*, inclusive durante um procedimento de sufrágio já iniciado.

Pouco importa se essa alteração será a uma norma de natureza material (como o artigo 1º da Lei nº 9.096/95 que caracteriza o partido político como pessoa jurídica de direito privado) ou uma norma procedimental, que diga respeito, *exempli gratia*, a do artigo 35 do mesmo diploma, sobre o exame por parte da Justiça Eleitoral à escrituração daquelas agremiações; porque, em qualquer caso, não se está tratando de qualquer matéria afeta ao procedimento eleitoral. Seria diferente, em derradeiro exemplo, caso se trata-se de convenção partidária, pois, aí sim, a alteração repercutirá à uma etapa clara do procedimento.

Consigne-se, por oportuno, que interessa a repercussão, e, assim, ainda que a norma inovada seja cronologicamente externa ao procedimento, repercutindo em uma das suas etapas, haverá, por certo, alteração ao procedimento eleitoral (como é o caso de uma alteração à condição de elegibilidade).

Por sua vez, mesmo nos casos em que repercuta uma modificação ao procedimento, essa constatação, por si só, não basta para a postergação de aplicação da novel legislação em razão da anualidade. De fato, há de se verificar se essa alteração resvala em faceta relevante do procedimento eleitoral, pois, mesmo em etapas inegavelmente inseridas no *iter* procedimental, determinadas inovações serão inócuas, do ponto de vista da segurança jurídica e da igualdade concorrencial.

E assim, a definição desse segundo critério (o de relevância) se dará pela concretude com que a mudança da legislação afete a igualdade de oportunidades na competição, sob o prisma da segurança jurídica. Normalmente, a mudança em etapa do procedimento significará, de plano, uma modificação relevante. Ainda assim, quando se tratar da mudança de aspecto que, embora inserido nas fases do procedimento, não tiver significativa repercussão (quando o procedimento eleitoral puder continuar, com a mesma segurança jurídica antes concretizada, sem depender daquele aspecto modificado), a alteração escapará à anualidade.

Em um último parêntese, cabe ressaltar que não parece possível a invocação da distinção entre direito adquirido e expectativa de direito como forma de diferenciar as alterações relevantes

ou não ao procedimento eleitoral. Se esse método prevalecesse, a maior parte das inovações, ainda que casuísticas e instantâneas não se sujeitariam a anualidade, pois se poderia afirmar “ainda não há direito adquirido ao processo eleitoral previsto pela legislação modificada, mas apenas expectativa de desenvolvimento desse procedimento”.

Como a própria redação constitucional da regra do artigo 16 afasta a aplicação pelo período de quarentena anual, a norma em verdade concretiza uma espécie de direito adquirido a um procedimento eleitoral previsível, cuja estabilização (ou aquisição) se dá – justamente – com antecedência de um ano da data do pleito, momento a partir do qual a anualidade eleitoral afasta incidência das modificações casuísticas, assim compreendidas aquelas que, concomitantemente, alterem o procedimento; de maneira relevante.

REFERÊNCIAS

ALEX, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 05 out. 2020.

BRASIL. Lei complementar nº 64 de 18 de maio de 1990. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp64.htm>. Acesso em: 12 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.504/97. Brasília, 30 de setembro de 1997 Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9504.htm>. Acesso em 13 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 354. Relator: Ministro Octavio Galotti. Julgamento: 24/09/1990. Diário de Justiça, 22-06-2001 p.0002 EMENT, v.-02036-01 p.00001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3685, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 22/03/2006, Diário de Justiça, 10-08-2006 PP-00019 EMENT VOL-02241-02 PP-00193 RTJ, v.-00199-03, p.-00957.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3741, Relator (a):Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/2006, Diário de Justiça, 23-02-2007 PP-00016EMENT, v-02265-01, p.-00171.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5889, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/06/2018, Diário de Justiça, 07/06/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 633703, Relator(a):Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 23/03/2011, Repercussão Geral -Mérito Diário de justiça eletrônico. 219 DIVULG 17-11-2011 PUBLIC 18-11-2011 RTJ VOL-00221-PP-00462 EMENT, v.-02628-01, p.-00065.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Medidas provisórias. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.

DANTAS, Sivanildo de Araújo. Direito eleitoral: teoria e prática do procedimento das eleições brasileiras. Curitiba: Juruá, 2004.

FUX, Luiz. Princípios de Direito Eleitoral. In: NORONHA, João Otávio; KIN, Richard Pae (Coord.). Sistema Político e Direito Eleitoral Brasileiros – Estudos em Homenagem ao Ministro Dias Toffoli. São Paulo, Atlas, 2016.

GOMES, José Jairo. Direito eleitoral. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Direito Eleitoral**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. **Direito eleitoral**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2008.

MUÑOZ, Óscar Sanchez. **La igualdad de oportunidades en las competencias electorales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

PEREIRA, Erick Wilson. **Direito eleitoral**: interpretação e aplicação das normas constitucionais-eleitorais. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Tutela coletiva no direito eleitoral**: controle social e fiscalização das eleições. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RAMAYANA, Marcos. **Direito eleitoral**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2018.

RIBEIRO, Fávila. **Pressupostos constitucionais do direito eleitoral**: no caminho da sociedade participativa. Porto Alegre: SA Fabris Editor, 1990.

SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral**. 2010. 345 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

STUDART, Paulo Henrique de Mattos. **O princípio da anualidade e as modificações na interpretação do direito eleitoral pelo poder judiciário**. 2016. 157 f. Dissertação (Mestrado em direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

TENÓRIO, Rodrigo. **Direito Eleitoral**, São Paulo, Método, 2014.

VALE, André Rufino do. **A garantia fundamental da anterioridade eleitoral**: algumas reflexões em torno da interpretação do art. 16da Constituição. Revista Brasileira de Direito Eleitoral. Belo Horizonte, v. 3, n. 4, jan./jun. 2011.

VASCONCELOS, Clever; SILVA, Marco Antonio da. **Direito eleitoral**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de Direito Eleitoral**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS E O FLAUTISTA MISTERIOSO E OS RATOS DE HAMELIN

Alessandra Mendes SPALDING¹
Francis Pignatti do NASCIMENTO²

RESUMO

O presente trabalho utilizou da obra de Braulio Tavares “O Flautista Misterioso e os Ratos de Hamelin” leitura de Cordel. A lenda do flautista de Hamelin é uma dessas histórias que surgiu em um povoado europeu na Idade Média, rodou o mundo, conquistou leitores em vários países. O poeta Braulio Tavares reconta a lenda em forma de cordel, emprestando-lhe o sabor inconfundível do tradicional verso nordestino. O entendimento que se chega é que o Flautista de Hamelin sofreu violação das regras da relação do contrato, haja vista que o mesmo foi contrato para eliminar os ratos que infestavam a pequena cidade no interior da Alemanha. Ocorre que quando do pagamento pelo serviço realizado o mesmo não recebeu o que lhe foi combinado. Foi empregado o método dedutivo, o qual analisou o objeto de estudo mediante uma visão ampla a ser afunilada até a questão central levantada, qual seja, o princípio da boa-fé nos contratos, o que coloca em “xeque” a própria dignidade, fundamento da República Brasileira. É dado um toque jurídico ao lendário conto do flautista de Hamelin quando defendido pela atual ótica do Ordenamento Jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: princípio da boa-fé; função social do contrato; dignidade.

ABSTRACT

The present work used the work of Braulio Tavares “The Mysterious Flute Player and the Rats of Hamelin” reading by Cordel. The legend of the flute player in Hamelin is one of those stories that emerged in a European village in the Middle Ages, traveled the world, won readers in several countries. The poet Braulio Tavares recounts the legend in the form of string, lending it the unmistakable flavor of the traditional northeastern verse. The understanding that is reached is that the Pied Piper of Hamelin suffered a violation of the rules of the contract, since it was a contract to eliminate the rats that infested the small town in the interior of Germany. It happens that when paying for the service performed, he did not receive what was agreed. The deductive method was used, which analyzed the object of study through a broad view to be funneled up to the central question raised, namely, the principle of good faith in contracts, which puts in check the dignity itself, foundation of the Brazilian Republic. The legendary tale of the flute player of Hamelin is given a legal touch when defended by the current perspective of the Brazilian Legal System.

-
- 1 Doutoranda pela Universidade do Norte do Paraná- UENP. Possui mestrado em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (2003). Atualmente é juíza - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, atuando principalmente nos seguintes temas: Métodos alternativos de solução de conflitos, Negociação e Liderança.
 - 2 Tabelião de Notas e Oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais no Estado de São Paulo. Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário do Triângulo Mineiro na cidade de Uberlândia - Estado de Minas Gerais no ano de (2003). Especialista com ênfase em Direito Público & Privado (2004) e Direito Empresarial (2005/2008) ambas pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus na cidade de São Paulo - Estado de São Paulo, com magistério superior: Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) Jacarezinho - Estado do Paraná no ano de (2018). Doutorando atualmente em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) Jacarezinho - Estado do Paraná no ano de (2020). Professor de Registros Públicos (Cartório) da Escola da Magistratura do Estado do Paraná. Membro da Comissão para avaliação de imóveis da Prefeitura Municipal de Ribeirão do Sul - Estado de São Paulo. Coordenador convidado da Comissão de culturas e eventos da 128ª Subseção da OAB/SP, triênio (2019/2021) de Santa Cruz do Rio Pardo - Estado de São Paulo. Aprovado no 6º concurso Serventias Extrajudiciais "cartório" do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no ano de 2010.

KEYWORDS: principle of good faith; social function of the contract; dignity.

INTRODUÇÃO

O contrato é um acordo entre partes ao qual cada uma dessas procura satisfazer alguma pretensão própria. A boa fé nos contratos, segundo o que discorre o Código Civil de 2002 está inserida em um dos princípios referente aos contratos, estando em consonância ao Princípio da Eticidade. Logo, a boa fé é introduzida no novo código como uma forma de autodefesa nos contratos, salvaguardando os indivíduos nele envolvidos de serem atingidos pelas más intenções da outra parte (BRASIL, 2002).

O presente trabalho utilizou da obra de Bráulio Tavares “O Flautista Misterioso e os Ratos de Hamelin” leitura de Cordel. A lenda do flautista de Hamelin é uma dessas histórias que, surgida em um povoado europeu na Idade Média, rodou o mundo, conquistou leitores em vários países. O poeta Bráulio Tavares reconta a lenda em forma de cordel, emprestando-lhe o sabor inconfundível do tradicional verso nordestino.

É certo o entendimento que o Flautista de Hamelin sofreu violação das regras da relação do contrato, haja vista que o mesmo foi contrato para eliminar os ratos que infestavam a pequena cidade no interior da Alemanha. Mas, quando do pagamento pelo serviço realizado o mesmo não recebeu o que lhe foi combinado. Portanto a boa fé nada mais é que a ação, em um negócio jurídico, das partes agirem conforme se estipulou em seu contrato, mesmo que sua intenção seja não fazê-lo. Tal princípio deve ser observado em todas as fases do negócio jurídico, antes da celebração, durante e após.

O que importa nesse sentido não é a vontade que cada uma das partes tenha ao realizar um contrato e sim em realizar perante tal acordo *ipsis literis* aquilo que está no acordo, o que a outra parte espera que ele realize. A dignidade da pessoa humana é princípio fundamental, todas as relações jurídicas hão de ser fundamentadas por tais princípios, incluído o contrato entre particulares, entre particular e Estado, ou entre Estados. A função social do contrato surgiu no Código Civil de 2002 em seu artigo 421. Do mesmo modo que a propriedade deverá atender a sua função social, os contratos também deverão cumprir sua função entre os contratantes (BRASIL, 2002).

Para o desenvolvimento do artigo empregou-se o método dedutivo, o qual analisou o objeto de estudo mediante uma visão ampla a ser afunilada até a questão central levantada, qual seja, o princípio da boa-fé nos contratos, o que coloca em “xeque” a própria dignidade, fundamento da República Brasileira. Também se utilizou a obra de Bráulio Tavares “O flautista misterioso e os ratos de Hamelin”, numa comparação ao direito atual conjugado com violação das regras

contratuais, o princípio da boa-fé e a função social do contrato. Dando um toque jurídico ao lendário conto do flautista de Hamelin quando defendido pela atual ótica do Ordenamento Jurídico brasileiro.

O FLAUTISTA MISTERIOSO E OS RATOS DE HAMELIN

O Flautista de Hamelin é um conto folclórico reescrito pela primeira vez pelos Irmãos Grimm e que narra um desastre incomum acontecido na cidade de Hamelin, na Alemanha, em 26 de junho de 1284. Em 1284 a cidade de Hamelin estava sofrendo com uma infestação de ratos. Um dia, chega à cidade um homem que reivindica ser um "caçador de ratos" dizendo ter a solução para o problema. Prometeram-lhe um bom pagamento em troca dos ratos - uma moeda pela cabeça de cada um. O homem aceitou o acordo, pegou uma flauta e hipnotizou os ratos, afogando-os no Rio Weser (TAVARES, 2009).

Apesar de obter sucesso o povo da cidade abjurou a promessa feita e recusou-se a pagar o "caçador de ratos", afirmando que ele não havia apresentado as cabeças. O homem deixou a cidade, mas retornou várias semanas depois e, enquanto os habitantes estavam na igreja, tocou novamente sua flauta, atraindo desta vez as crianças de Hamelin. Cento e trinta meninos e meninas seguiram-no para fora da cidade, onde foram enfeitados e trancados em uma caverna. Na cidade, só ficaram opulentos habitantes e repletos celeiros e bem cheias despensas, protegidas por sólidas muralhas e um imenso manto de silêncio e tristeza. E foi isso que se sucedeu há muitos, muitos anos, na deserta e vazia cidade de Hamelin, onde, por mais que se procure, nunca se encontra nem um rato, nem uma criança (TAVARES, 2009).

O presente trabalho utilizou da obra de Braulio Tavares “O Flautista Misterioso e os Ratos de Hamelin” Leitura de Cordel, mostrando que as histórias viajam no tempo e no espaço em busca de leitores que com sua imaginação lhes deem vida nova. A lenda do flautista de Hamelin é uma dessas histórias que, surgida em um povoado europeu na Idade Média, rodou o mundo, conquistou leitores em vários países. Nesta obra, o poeta Braulio Tavares reconta a lenda em forma de cordel, emprestando-lhe o sabor inconfundível do tradicional verso nordestino (TAVARES, 2009).

No presente conto ocorreu a violação das regras da relação do contrato, haja vista que o Flautista de Hamelin foi contratado para eliminar os ratos que infestavam a pequena cidade no interior da Alemanha. Quando o prefeito da cidade fala: “Eu lhe pago o que eu quero, veja bem o que eu falei! Sou apenas um Prefeito, não sou príncipe nem rei, e em respeito aos cofres públicos fortuna eu não pagarei” (TAVARES, 2009, p. 46).

Àquele que descumprir uma norma imposta, será responsabilizado. Essa responsabilidade pode ser administrativa, civil e até mesmo criminal, cada qual no limite da sua atuação. A quebra

das obrigações laterais de cumprimento nos contratos gera a responsabilidade civil. Assim, Farias e Rosenvald (2015, p. 05), conceituam responsabilidade:

O adjetivo responsável arrasta em seu séquito uma diversidade de complementos: alguém é responsável pelas consequências de seus atos, mas também é responsável pelos outros, na medida em que estes são postos sob seu encargo ou seus cuidados e, eventualmente, bem além dessa medida. Em última instância, somos responsáveis por tudo e por todos.

Nas relações contratuais devem estar presentes todos seus requisitos seja na fase pré-contratual e pós-contratual, devendo as partes manterem a boa-fé subjetiva e objetiva que originou o contrato. Sendo assim necessário é a aplicação da pena civil ou até mesmo da teoria dos “punitives damages”, para prevenir e penalizar os cometimentos de atos sejam eles contratuais e extracontratuais.

A teoria do desestímulo, também conhecida como “punitive damage”, tem origem norte-americana, sendo uma aplicação da punição ao autor do fato danoso, onde os julgadores, depois que fixar o montante suficiente para compensar a vítima pelo dano moral, fixa também uma pena civil que atue como uma forma de inibir a reiteração desta conduta. Esta teoria é muito utilizada nos países que utilizam o direito a “Common Law”.

Assim sendo, quando se observa a violação da relação contratual entre os moradores de Hamelin e o flautista misterioso, se observa uma conduta reprovável que os lesantes realizaram na obrigação de “*não pagar*” pelo serviço prestado pelo flautista, que causou para o mesmo uma grande afronta à sua honra e dignidade, existindo uma verdadeira violação “*descumprimento da relação assumida*” dentro do campo do direito das obrigações “*relação contratual*” (TAVARES, 2009).

DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ DOS CONTRATOS

O Código Civil brasileiro ensina como princípios norteadores das relações contratuais: 1) operabilidade; 2) a sociabilidade e 3) boa-fé. Coelho (2012, p. 34), define o contrato como um “negócio jurídico bilateral ou plurilateral gerador de obrigações para uma ou todas as partes, às quais correspondem direitos titulados por elas ou por terceiros”. O princípio da boa-fé vem sendo concretizado nas jurisprudências devido a sua profundidade, não sendo mais visto como um simples princípio norteador do direito civil.

A expressão boa-fé tem sua origem etimológica a partir da expressão latina fides, termo de significado não muito claro que abrangia três dimensões (fides-sacra, fides-fato e fides-ética). Nos dizeres de Martins (2000, p. 16):

A boa-fé guarda em si uma antiga e (hoje) notória distinção entre a chamada boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva. Aquela, considerada como a concepção na qual o sujeito ignora o caráter ilícito de seu ato, esta, um pouco mais exigente, considera-se como a que

não protege o sujeito que opera em virtude de um erro ou de uma situação de ignorância o seu comportamento não é o mais adequado conforme a diligência socialmente exigível.

O contrato é um negócio jurídico e para ser considerado válido, deve atender aos requisitos do artigo 104 do Código Civil, quais são: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita e não defesa em lei. Deparamo-nos com requisito subjetivo, requisito objetivo e requisito formal (BRASIL, 2002).

O contrato faz lei entre as partes, tendo como resultado a vontade de duas ou mais pessoas, o que classifica os contratos entre bilaterais ou plurilaterais. O contrato gera obrigações entre os pactuantes, o que não significa necessariamente obrigação para todos os envolvidos, haja vista que uma das partes do contrato poderá ficar isenta de ônus em relação ao que foi acordado. A teoria clássica é a contratualista, marcada pela forte influência individualista pós Revolução Francesa. Entre os vários tipos de contratos alguns são moldados com algumas particularidades e formalidade tal como o casamento.

Embora o casamento civil já fosse admitido para os protestantes desde 1787 com o Édito de Tolerância, a Constituição francesa de 1791, querendo eliminar a forte conotação religiosa do matrimônio, afirma: “*La loi ne considère le mariage que comme contrat civil*” (em tradução livre: a lei considera o casamento um contrato civil). Também, o 1º da Resolução 175/2013 do CNJ ensina que é vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2013).

Nas palavras de Stolze e Pamplona Filho (2012, p. 117-118): “Quando se entende o casamento como uma forma contratual, considera-se que o ato matrimonial, como todo e qualquer contrato, tem o seu núcleo existencial no consentimento, sem se olvidar, por óbvio, o seu especial regramento e consequentes peculiaridades”.

Já Dias (2012, p. 145), “talvez, a ideia de negócio de direito de família seja a expressão que melhor sirva para diferenciar o casamento dos demais negócios de direito privado”.

Quase sempre as partes conferem obrigações e direitos recíprocos para os contratantes, existindo possibilidade que o contrato gere direitos a terceiros como é o caso do seguro de vida. Os princípios contratuais trazem valores importantes da sociedade para o contrato, sendo fundamental falar até mesmo na figura do *costume*, que influencia as relações contratuais.

Atualmente se fala em boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva. Nas palavras de Soares (2001, p. 219-220), o nobre autor esclarece o significado da boa-fé objetiva, ao conceituar:

Boa-fé objetiva é um ‘standard’ um parâmetro genérico de conduta. Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação ‘refletida’, pensando no outro, no parceiro atual, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com

lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, gerando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização de interesses das partes.

Já a boa-fé subjetiva corresponde ao estado psicológico do agente, ou seja, o indivíduo se contrapõe à má-fé, o próprio contratante entende que não pode estar comportando de forma prejudicial ao outro contratante na relação jurídica. Logo, é certo compreender que o *princípio da boa-fé* sempre permeou todas as relações jurídicas, sejam elas de direito contratual, de família, das coisas, sucessões e até mesmo o direito internacional.

O Código Civil de 2002 possui o artigo 422 que regula as relações contratuais: “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé” (BRASIL, 2002). Sendo necessário salientar que o Código Civil de 2002, menciona a necessidade de boa-fé objetiva em três categorias jurídicas. Função interpretativa (artigo 113) e de integração do negócio jurídico (artigo 421), controle dos limites do exercício do direito (artigo 187) (BRASIL, 2002).

Nos termos do artigo 113 a boa-fé deve ser elemento balizador da *interpretação* do contrato. Nesse sentido é a lição de Diniz (2014, p. 195), para quem o princípio da boa-fé deve estar ligado “ao interesse social das relações jurídicas, uma vez que as partes devem agir com lealdade, retidão e probidade, durante as negociações preliminares, a formação, a execução e a extinção do contrato”.

Também a boa-fé como elemento controlador do exercício dos direitos contratuais, haja vista que o comportamento que se exige de ambas as partes contratantes é a omissão quanto ao que possa prejudicar a parte contrária. Assim, da boa-fé objetiva contratual derivam os chamados deveres anexos ou laterais, entre os quais o dever de informação, colaboração e cooperação. A Constituição Federal de 1988 prestigiou ao lado do princípio da dignidade da pessoa humana, a solidariedade e a igualdade substancial, prestigiando exclusivamente o princípio da boa-fé, como corolário lógico (BRASIL, 1988). A boa-fé é um princípio efetivo, tanto que em 1990 foi expresso no Código de Defesa de Consumidor no artigo 4º, inciso III da lei 8.078 (BRASIL, 1990).

DA FUNÇÃO SOCIAL DO COTRATO NOS DIAS ATUAIS

Como já foi observado ao longo deste trabalho o contrato é um acordo de vontades (entre as partes). Segundo Gonçalves (2012, p. 21), o contrato “é a mais comum e a mais importante fonte de obrigação, devido às suas múltiplas formas e inúmeras repercussões no mundo jurídico”.

O artigo 1º da Constituição Federal de 1988 instituiu como fundamentos do Estado Democrático de Direito a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais

do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político. A dignidade da pessoa humana é princípio fundamental, todas as relações jurídicas hão de ser fundamentadas por tais princípios, incluído o contrato entre particulares, entre particular e Estado, ou entre Estados (BRASIL, 1988).

Assim sendo, não seria admitido o contrato autorizando a violação do próprio corpo ou doação de órgãos que realmente venha prejudicar a qualidade de vida do doador, por se tratar de requisitos ligados a indisponibilidade da vida humana. A Constituição Federal em seu artigo 5º traçou vários direitos e garantias individuais, que também devem ser respeitados nos contratos, e que, inclusive fundamentam alguns. No seu inciso XXII, determina que é garantido o direito de propriedade, e logo após, no inciso XXIII, que a propriedade atenderá a sua função social (BRASIL, 1988).

A Lei nº 8.078/1990 que instituiu o Código de Defesa do Consumidor não deixou de lado a proteção do consumidor nos contratos por ele realizados com o fornecedor. No Capítulo VI do CDC é disciplinada a proteção contratual ao consumidor, como é o caso do artigo 46 que mostra claramente este cuidado (BRASIL, 1990).

Neste sentido, o artigo 46 do Código de Defesa do Consumidor ensina que: “Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance” (BRASIL, 1990).

O Código Civil inovou em relação ao Código anterior em alguns temas e institutos novos no direito civil brasileiro, como é o caso da resolução por onerosidade excessiva (teoria da imprevisão) (BRASIL, 2002). No atual cenário de incerteza causado pelo novo coronavírus é possível observar os impactos sociais e econômicos que os cidadãos e as empresas, nacionais e ou estrangeiras, estão suportando sem que haja em nossa história recente qualquer precedente.

Nestes casos, o Código Civil Brasileiro regulamenta as hipóteses de resolução por onerosidade excessiva nos artigos 478, 479 e 480, estabelecendo quatro requisitos para sua aplicação: (a) o contrato deve ser de prestação continuada ou diferida; (b) deve ocorrer um fato superveniente extraordinário ou imprevisível; (c) a prestação deve se tornar onerosamente excessiva para uma das partes; e (d) a contraparte deve ter uma vantagem extrema (BRASIL, 2002).

A função social do contrato surgiu no Código Civil de 2002 em seu artigo 421 (BRASIL, 2002). Do mesmo modo que a propriedade deverá atender a sua função social, os contratos também deverão cumprir sua função entre os contratantes. Determina Gagliano (2005, p. 55): “Para nós, a função social do contrato é, antes de tudo, um princípio jurídico de conteúdo indeterminado, que se compreende na medida em que lhe reconhecemos o precípua efeito de impor limites à liberdade de contratar, em prol do bem comum”.

O princípio da função social do contrato é cláusula geral e deve ser observada por todas as pessoas envolvidas nas relações contratuais, sendo norma aberta deverá ser observada em cada caso. Função social do contrato é princípio que determina que os contratos devem ser criados e executados cumprindo uma função social. A função individual do contrato pode ser demonstrada na expectativa das partes no seu conteúdo, ou seja, a finalidade do contrato para os contratantes, que impulsionaram no desejo da realização daquele contrato específico.

Logo, a função pública do contrato se observa por exemplo na preservação do meio ambiente, que é de interesse social, disciplinado no art. 225 da CF: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, 1988).

O contrato que violar a lei imperativa é *nulo*, de acordo com o art. 166 do Código Civil:

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I – celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II – for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III – o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV – não revestir a forma prescrita em lei; V – for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI – tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII – a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção (BRASIL, 2002).

Também, é anulável o negócio jurídico por vício resultante de lesão e estado de perigo, conforme o art. 171, II do CC. Estes dois institutos têm fundamento não só na proteção da vontade das partes, mas também na proteção social do negócio jurídico. O princípio da função social do contrato é norma de ordem pública podendo o juiz agir ex officio, independente de pedido das partes (BRASIL, 2002).

Ademais, o Ministério Público poderá promover ações judiciais com o intuito de atacar contratos que violem o princípio da função social do contrato, estando dentre as atribuições que lhe foram conferidas a proteção aos interesses sociais, conforme o art. 127 da Constituição Federal: “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (BRASIL, 1988).

A função social do contrato passou por uma verdadeira evolução, tendo aplicabilidade no dia-dia, deixando de ser mero princípio teórico. O conceito do princípio da função social do contrato é de importância vital para a criação e manutenção dos contratos fundamentais como a proteção à vida, saúde, segurança, trabalho e proteção ao meio ambiente. Devendo ser respeitados as normas cogentes, os princípios morais e éticos da sociedade, bem como os interesses da sociedade.

CONCLUSÃO

Uma questão bastante discutida entre diversos doutrinadores e operadores do direito diz respeito à boa-fé objetiva no Código Civil em vigor. Dentro do âmbito da legislação civilista brasileira, uma gama de disposições constantes no antigo Código Civil (Código Civil de 1916) já faziam menção à boa-fé como norma de conduta, ainda que extrinsecamente, sobrevivendo em 1990 outros artigos no mesmo sentido, com o advento do Código de Defesa do Consumidor.

O princípio da boa-fé objetiva passou ao longo do tempo por diversas mudanças decorrentes da modernização natural da própria sociedade. O Direito Civil brasileiro incorporou, a partir de valores éticos e morais, a tríplice função de tal princípio, visando a adotar um olhar contemporâneo do contrato e dos princípios constitucionais da dignidade humana e da solidariedade social.

O princípio da boa fé não é apenas do direito do Consumidor, mas sim, uma cláusula geral do Direito, que objetiva sempre lealdade, liberdade de informação, dever de cuidado e harmonia dentro da sociedade moderna. Os valores agrupados pela Boa-Fé objetiva devem sempre buscar a efetivação dos preceitos constitucionais, para uma nova compreensão das matérias relacionadas às obrigações e responsabilidades, visando uma função social dos negócios jurídicos.

No conto “O flautista misterioso e os ratos de Hamelin” o entendimento final é da ocorrência da violação das regras contratuais e a colocação de vítima ao personagem “flautista”, o qual sofreu violação das regras da relação do contrato quando eliminou os ratos que infestavam a pequena cidade no interior da Alemanha e quando do recebimento dos valores acordados “*o mesmo ficou a ver navios*”, como se costuma falar em Portugal. A boa fé nada mais é que a ação, em um negócio jurídico, das partes agirem conforme se estipulou em seu contrato, mesmo que sua intenção seja não fazê-lo. Tal princípio deve ser observado em todas as fases do negócio jurídico, antes da celebração, durante e após.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 25 mar. 2020.

_____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm> Acesso em 06 abr. 2020.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em 06 abr. 2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, 3: contratos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n. 175 de 14 de maio de 2013**.

Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Brasília, 14 mai. 2013. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>> Acesso em 14 abr. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Divórcio Já**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de Direito Civil**: abrangendo o código de 1916 e o Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____.; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, volume 6: as famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, Flávio Alves. **Boa-fé e sua formalização no direito das obrigações Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Lumen Júris, 2000.

SOARES, Paulo Brasil Dill. **Princípios Básicos de Defesa do Consumidor**: Institutos de Proteção ao Hipossuficiente. São Paulo: LED, 2001.

TAVARES, Braulio. **O flautista misterioso e os ratos de Hamelin**. 2. ed. Ilustrações de Mario Bag. Leitura de cordel. São Paulo: Editora 34, 2009.

EFEITOS DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM NA EXECUÇÃO DE TÍTULOS EXECUTIVOS EXTRAJUDICIAIS

Allan Bruno Martins PRESTES¹

Ana Carolina de MEIRA²

RESUMO

A presente pesquisa propõe-se analisar os efeitos da existência de convenção de arbitragem no contrato inserido no contexto da execução de títulos executivos extrajudiciais. O problema é abordado ponderando acerca do *ius imperium* e *ius coertio* do Estado Brasileiro, que legitimam a intervenção estatal nas relações jurídicas com o intuito de validar o dever-ser do ordenamento jurídico, característica não presente na jurisdição arbitral. A proposta metodológica do trabalho está em analisar a execução de títulos executivos extrajudiciais (pressuposto de natureza geral) sobre a particularidade do objeto analisado (os efeitos da convenção e a competência arbitral durante o processo de execução), motivo pelo qual o método escolhido foi o dedutivo. A técnica de pesquisa utilizada está pautada no estudo com suporte bibliográfico somado à análise doutrinária e jurisprudencial.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem, Execução, Títulos Executivos Extrajudiciais, Competência Arbitral.

ABSTRACT

This research proposes to analyze the effects of the existence of an arbitration agreement in the contract inserted in the context of the execution of extrajudicial executive titles. The problem is addressed by pondering about the *ius imperium* and *ius coertio* of the Brazilian State, which legitimize state intervention in legal relations in order to validate the legal system's must-be, a quality not present in the arbitral jurisdiction. The methodological proposal of the work is to analyze the execution of extrajudicial executive titles (general assumption) on the particularity of the analyzed object (the effects of the convention and the arbitration competence during the execution process), reason why the chosen method was the deductive. The research technique used is based on the study with bibliographic support added to the doctrinal and jurisprudential analysis.

KEYWORDS: Arbitration, Execution, Extrajudicial Executive Titles, Arbitration Jurisdiction.

INTRODUÇÃO

É indubitável que o monopólio da justiça pertence ao Estado brasileiro, e este possui a legitimidade, por meio da soberania em seu espaço físico, de utilizar a força de que dispõe (*ius coertio*) para tornar concreto o dever-ser do direito, sendo considerado, portanto, o único detentor do poder de império (*ius imperium*), que pode autorizar ou não outras formas de exercício da jurisdição.

Atualmente, existem outros meios de exercer a atividade jurisdicional como as chamadas

1 Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). E-mail: prestesallan98@gmail.com

2 Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). E-mail: anacarolina.meira@hotmail.com

equivalentes jurisdicionais que são a autotutela, a autocomposição e a mediação, por exemplo. Já a Arbitragem, instituto que será estudado no decorrer dessa pesquisa, é considerada uma jurisdição autônoma, conquanto privada e autorizada pelo Estado, regulada pela Lei nº 9.307/96 e prevista no Código de Processo Civil de 2015.

Dado a isso, o artigo se propõe a analisar a execução de títulos executivos extrajudiciais quando há a convenção de arbitragem no instrumento que constituiu o título, além de verificar os limites da competência do árbitro ou tribunal arbitral nesses casos, considerando o *ius imperium* e o *ius coertio* do Estado.

Para introduzir ao tema principal da pesquisa, no primeiro tópico discutir-se-á acerca da jurisdição estatal e da arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro e suas principais peculiaridades. Doravante, o segundo tópico abordará o conceito dos títulos executivos extrajudiciais e o procedimento de execução no poder judiciário, demonstrando também os caminhos que podem ser tomados pelo executado durante o trâmite da ação.

Isto posto, no terceiro tópico, será analisada a competência arbitral quando há convenção de arbitragem no instrumento que deu início ao contexto de execução de títulos executivos extrajudiciais, e ainda, quando o executado opõe o recurso de embargos à execução, levando em consideração o poder de império estatal sob a jurisdição.

1. JURISDIÇÃO ESTATAL E ARBITRAGEM NO BRASIL

1.1 *Ius imperium* Estatal sob a Jurisdição

A jurisdição pode ser conceituada como a forma de “dizer o direito”, isto é, torná-lo concreto conferindo a um terceiro, imparcial ao litígio, o direito de aplicar a norma e solucionar conflitos por meio de um processo que encerra-se quando prolatada a sentença que resolve a controvérsia (JR. SCAVONE, 2018, p. 20).

O monopólio da jurisdição pertence ao Estado, devido ao seu caráter soberano sob o território, por isso, este é detentor do *ius imperium* (poder de império) que é a força exclusiva de fazer concreto o direito (*ius coertio*), dessa forma, ele dispõe do poder de autorizar, ou não, outros entes a exercer a atividade jurisdicional.

As teorias acerca do poder e da soberania do Estado sob a jurisdição já estavam presentes nos pensamentos dos filósofos políticos modernos, como Jean-Jacques Rousseau e Thomas Hobbes. Na obra *Leviatã* (1651), Hobbes já apresentava o poder soberano como uma autoridade, que além de governar, também era judicial e, portanto, possuía a competência para julgar litígios com o intuito de promover a paz pública, por meio de seu caráter superior e imparcial:

Pertence ao poder soberano a autoridade judicial, quer dizer, o direito de ouvir e julgar

todas as controvérsias que possam surgir com, peito às leis, tanto civis quanto naturais, ou com respeito aos fatos. Porque na decisão das controvérsias não pode haver proteção de um súdito contra as árias de um outro (...) (HOBBS, 1651, p. 63)

Nesse sentido, o legislador também submetia-se ao Estado, tendo em vista que somente este possuía o poder de operar o direito, tornando-o concreto, haja vista o seu caráter soberano, como apontava Hobbes (1651, p. 91):

Porque o legislador é aquele que faz a lei. E só o Estado prescreve e ordena a observância daquelas regras a que chamamos leis, portanto o Estado é o único legislador. Mas o Estado só é uma pessoa, com capacidade para fazer seja o que for, através do representante (isto é, o soberano), portanto o soberano é o único legislador.

Rousseau, em uma de suas obras, O Contrato Social (1762), descreveu o processo de evolução da sociedade primitiva à sociedade civil como o precursor da necessidade de uma terceira figura superior, que analisasse as situações de um ponto de vista imparcial às partes “para descobrir as melhores regras de sociedade”, e, sobretudo, que promovessem a paz social (ROUSSEAU, 1762, p. 20).

Na mesma linha de pensamento, Hobbes (1651, p. 63) afirmava que anteriormente ao poder soberano “todos os homens tinham direito a todas as coisas, o que necessariamente provocava a guerra”, e por isso, era necessária a soberania do Estado para que a paz se instaurasse e os direitos fossem assegurados.

Com o passar dos anos, a concepção de jurisdição mudou e atualmente, o conceito abrange outras formas de exercer a atividade jurisdicional, como por exemplo, a autotutela, a autocomposição e o julgamento de conflitos por tribunais administrativos, que não são propriamente jurisdição, contudo, equivalem-se à ela, denominadas de equivalentes jurisdicionais, como conceitua Fredie Didier (2015, p. 165, grifo do autor):

Equivalentes jurisdicionais são as formas não-jurisdicionais de solução de conflitos. São chamados de equivalentes exatamente porque, não sendo jurisdição, funcionam como técnica de tutela dos direitos, resolvendo conflitos ou certificando situações jurídicas. Todas essas formas de solução de conflitos não são *definitivas*, pois podem ser submetidas ao controle jurisdicional.

A arbitragem, meio de solução de conflitos que será estudado mais especificadamente no próximo item desse trabalho, não é considerada uma equivalente jurisdicional, haja vista que caracteriza-se como uma jurisdição propriamente dita, autorizada pelo Estado que possui o poder de império na jurisdição, como pontua Didier (2015, p. 156) “embora monopólio do Estado, a função jurisdicional não precisa ser exercida por ele. O próprio Estado pode autorizar o exercício da jurisdição por outros agentes privados, como no caso da arbitragem”.

1.2 Arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro

A arbitragem é um método de solução de conflitos no qual os litigantes, sujeitos capazes, conferem a um terceiro imparcial, por meio de uma convenção privada, o poder de decisão acerca de direitos patrimoniais disponíveis, sendo, portanto, uma forma de heterocomposição. Normalmente, o terceiro escolhido é um especialista na matéria da controvérsia e apresenta a decisão acerca do litígio através da sentença arbitral (JR. SCAVONE, 2018, p. 70, 71).

Há duas espécies de arbitragem, sendo a primeira denominada “institucional”, promovida por uma instituição ou entidade que, além de se submeter às regras procedimentais previstas na atual Lei de Arbitragem, conta com um estatuto próprio que prevê todo o procedimento arbitral que pode ser vinculado a essa instituição, como por exemplo uma Câmara Arbitral. A segunda espécie é a realizada sem a vinculação do árbitro a uma entidade especializada ou órgão arbitral institucional, intitulada como Arbitragem *ad hoc*, em que as regras do processo são convencionadas pelas partes, como prevê o Art. 5º da Lei n. 9.307/96:

Art. 5º Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem (BRASIL, 1996, Art. 5º).

O instituto é previsto no ordenamento jurídico brasileiro desde a colonização portuguesa, fazendo parte da Constituição Imperial de 1824, que conferia às partes, por meio do seu art. 160, o direito de nomear Juízes Árbitros para solução de causas cíveis e penais “civilmente intentadas”, ou seja, aquelas em que os conflitos penais também reproduziam efeitos na esfera cível: “Nas cíveis, e nas penais civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes”, (BRASIL, 1824, Art. 160).

Atualmente, a arbitragem é regulamentada pela Lei nº 9.307/96, entretanto, antes de sua vigência existiram outros projetos de lei que tratavam sobre o instituto, contudo, não vingaram, haja vista que possuíam erros de precisão técnica e confundiam os conceitos de compromisso arbitral e cláusula compromissória de arbitragem, como por exemplo, os três últimos anteprojetos dos anos 1981, 1986 e 1988.

Conhecida também como “Lei Marco Maciel”, a atual Lei de Arbitragem disciplina as regras gerais acerca das partes e das relações jurídicas possíveis de processo na esfera da arbitragem, regulamenta a atuação e as atribuições do árbitro, assim como todo o procedimento arbitral, dispondo acerca das causas de invalidade da sentença e ainda sobre a homologação de sentença estrangeira.

Algumas das inovações conquistadas com o advento do dispositivo supracitado foram a do art. 4º que conferiu à cláusula compromissória força vinculante em que as partes, após a convenção,

comprometem-se a submeter os eventuais litígios decorrentes do contrato à arbitragem; e a do art. 35, que fez com que o reconhecimento da sentença estrangeira passasse a depender unicamente da homologação do Superior Tribunal de Justiça, dispensando a análise prévia pelo Poder Judiciário.

Outra inovação de suma importância foi a da decisão arbitral não estar mais sujeita à homologação pelo Poder Judiciário, produzindo os mesmos efeitos das sentenças proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário e, quando condenatória, possui força de título executivo, como versa o art. 31 da Lei n. 9.307/96: “A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”, (BRASIL, 1996, art. 31).

Ainda sobre a sentença, a sua nulidade dependerá das hipóteses previstas no art. 32 da Lei de Arbitragem que prevê, em rol taxativo, ser nula a sentença se:

I - for nula a convenção de arbitragem; II - emanou de quem não podia ser árbitro; III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei (BRASIL, 1996, Art. 32).

Nesta toada, faz-se mister salientar que a arbitragem é exercida com autorização do Estado, contudo, após o prazo previsto no art. 33, §1º, de 90 (noventa) dias para declaração de nulidade da sentença, ela torna-se absoluta, o que a caracteriza, deste modo, como uma jurisdição privada.

É por conta desta circunstância que se pode afirmar que a arbitragem, no Brasil, não é equivalente jurisdicional: é propriamente jurisdição, exercida por particulares, com autorização do Estado e como consequência do exercício do direito fundamental de autorregramento (autonomia privada) (DIDIER, 2018, p. 172, *apud* STJ)

Em síntese, pode-se concluir que a arbitragem é uma jurisdição em que as partes da lide, exercendo o seu direito de autonomia privada, escolhem um árbitro, através de uma convenção no contrato, a quem fica conferido o poder de decisão e põe termo ao processo por meio de uma sentença que iguala-se à sentença judicial e detém força de título executivo, quando possui cunho condenatório.

2 EXECUÇÃO DE TÍTULOS EXECUTIVOS EXTRAJUDICIAIS

2.1 Os Títulos Executivos Extrajudiciais

Os títulos executivos extrajudiciais são documentos que a lei atribui força executiva e que podem ser executados caso exista um possível litígio ou inadimplemento sobre a obrigação na qual o título se funda. Esse processo dispensa a prévia fase cognitiva, isto é, o processo de conhecimento do mérito da ação, podendo, contudo, a parte ainda optar por essa fase, caso haja o interesse na obtenção de um título executivo judicial, como aduz o Art. 785 do CPC/2015. Em termos similares,

a doutrina do grande processualista Humberto Theodoro Júnior corrobora da seguinte forma:

Quem, por outro lado, dispõe de um título executivo extrajudicial (uma nota promissória, um cheque, uma hipoteca etc.) tem acesso direto ao processo de execução. Conseguirá promover os atos de realização material de seu crédito sem passar pelo acerto judicial de seu direito. Em outros termos, não dependerá de sentença para promover a expropriação dos bens do devedor, necessários à satisfação do seu crédito. (THEODORO JÚNIOR, 2019, p. 376)

O art. 784 do CPC/2015 elenca os títulos executivos extrajudiciais que são a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque, além da escritura pública, documentos públicos e particulares assinados pelo devedor e testemunhas, o instrumento de transação assinado pelo Ministério, Defensoria ou Advocacia Pública ou pelos advogados, conciliadores ou mediadores credenciados por tribunais.

No que diz respeito aos contratos, o legislador dá força executiva aos garantidos e aos de seguro de vida em caso de morte. Os créditos que sejam decorrentes de foro e laudêmio, os de aluguel e àqueles referentes a contribuições de condomínios edilícios também possuem força executiva, desde que sejam devidamente comprovados, assim como as certidões de dívidas ativas referentes aos três entes e as que são expedidas por serviços notariais ou de registro.

Somado a isso, esse dispositivo ainda prevê a possibilidade de criação de outros títulos pelas leis especiais, como por exemplo, os contratos de honorários advocatícios regulados pela Lei n. 8.906/94 que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem de Advogados do Brasil (OAB).

2.2 A execução de Títulos Executivos Extrajudiciais no Judiciário Brasileiro

Cumprido delimitar, antes de adentrar propriamente à execução de títulos executivos extrajudiciais, o conceito de execução na matéria de Direito Processual Civil, haja vista a sua ampla definição. Segundo Humberto Dalla Pinho, o processo de execução “permite a realização prática do direito no mundo dos fatos”:

Sendo utilizado sempre que se quer dar um efeito concreto, mesmo contra a vontade do devedor, a um título extrajudicial (...) O processo de execução tem como resultado específico um provimento satisfatório do direito do credor. Trata-se, portanto, de uma execução forçada, por meio de atos próprios, da prestação devida (PINHO, 2018, p. 305)

Isto posto, para que o processo de execução seja instaurado, além de haver o inadimplemento do devedor e o interesse do credor na ação, as obrigações fundadas nos títulos executivos extrajudiciais devem ser certas, líquidas e exigíveis, sob pena de nulidade do processo, como aludem os dispositivos 783 e 803, I do CPC/2015, “É nula a execução se: I - o título executivo extrajudicial não corresponder a obrigação certa, líquida e exigível”, (BRASIL, 2015, Art. 803, I).

Além disso, a petição inicial também deve obedecer às exigências impostas pelos

dispositivos 798 e 799 do CPC, sob pena de indeferimento pelo juiz, caso não corrigida no prazo de quinze dias, como prevê o Art. 801 do CPC/2015:

Art. 801. Verificando que a petição inicial está incompleta ou que não está acompanhada dos documentos indispensáveis à propositura da execução, o juiz determinará que o exequente a corrija, no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de indeferimento (BRASIL, 2015, art. 801).

Assim que preenchidos esses requisitos, o processo é iniciado e o executado, após regularmente citado, tem o direito de satisfazer a obrigação que dá fundamento ao título extrajudicial, não podendo o exequente, nesse caso, prosseguir com a ação. O devedor também pode defender-se demonstrando a inexistência ou extinção do débito, discutindo acerca do valor, ou, posteriormente, por meio dos embargos à execução, recurso que será estudado mais adiante.

Por outro lado, se a prestação não for satisfeita ou não corresponder ao direito ou à obrigação estabelecida no título, o exequente tem o direito de requerer a execução forçada, em que o executado responderá com todos os seus bens para o adimplemento da obrigação.

2.3 Caminhos que o executado pode trilhar após citação

Assim como já estipulado no tópico anterior, após o peticionamento da ação de execução pelo credor do título, chamado de exequente a partir deste momento, o devedor do título, que passa a ser denominado como executado, deverá ser citado para pagamento da dívida, conforme estipulado no Código de Processo Civil que diz, *ipsis litteris*, "O executado será citado para pagar a dívida no prazo de 3 (três) dias, contado da citação." (BRASIL, 2015, art. 829, caput).

Foi possível identificar, no decorrer do estudo para este trabalho, sete caminhos que o executado pode seguir a partir do ato de citação, que serão tratados brevemente a título de conhecimento prévio para a exposição a seguir. Clara é a afirmação de que a primeira dessas possibilidades seria o devido adimplemento integral da obrigação, na qual o título executivo extrajudicial foi fundado, no prazo explicitado no caput do instituto normativo citado há pouco.

O segundo caminho, e que ocorre com muita frequência, é a oposição de embargos à execução ao juízo *a quo*, nos termos dos arts. 914 e seguintes, do CPC, onde deverá alegar qualquer vício material ou processual que possa vir a prejudicar o executado no exercício dos seus direitos previstos no ordenamento jurídico brasileiro. Em síntese, o importante instituto a ser estudado posteriormente, na letra da lei, representa que "O executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá se opor à execução por meio de embargos." (BRASIL, 2015, art. 914, *caput*).

Pode-se imaginar que as possibilidades acabam por aqui pois, teoricamente, ou o executado paga ou ele discute acerca da dívida, certo? Erra quem diz que sim, pois existem mais:

uma terceira possibilidade seria a mescla das duas primeiras, onde o executado pode adimplir a obrigação de forma parcial e opor os embargos quanto ao restante do suposto valor devido e, ainda, uma quarta situação em que haveria o reconhecimento e parcelamento do débito do executado, nos moldes do art. 916, *caput*, do CPC:

Art. 916. No prazo para embargos, reconhecendo o crédito do exequente e comprovando o depósito de trinta por cento do valor em execução, acrescido de custas e de honorários de advogado, o executado poderá requerer que lhe seja permitido pagar o restante em até 6 (seis) parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e de juros de um por cento ao mês. (BRASIL, 2015, art. 916, *caput*)

Somada a essas, mais uma possibilidade seria o pleito de invalidação da execução, na forma do art. 803, parágrafo único, do CPC, independente da apresentação de embargos; a remição da execução, de acordo com o art. 826, do CPC; e, por último, uma sétima possibilidade em que o executado pode permanecer inerte, caso em que a execução prosseguirá livremente.

Cabe lembrar, por fim, que correndo normalmente o procedimento de execução, serão utilizados os meios possíveis para que seja eficaz o dever-ser do adimplemento das obrigações por meio da execução, tendo como exemplos a expropriação mediante penhora, o desapossamento e a transformação, além de medidas de cunho coercitivo.

Assim sendo, torna-se nítida a importância do estudo desses caminhos que o executado pode tomar, explanados no Código de Processo Civil, quando citado após o recebimento da petição inicial pelo juízo competente.

3 EMBARGOS À EXECUÇÃO E EFEITOS DA EXISTÊNCIA DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

3.1 Considerações acerca das questões processuais e materiais

Como visto anteriormente, a execução de título extrajudicial pode e deve ser devidamente contrariada, em defesa do executado, quando existente um possível vício material ou processual, de modo que venha a poder impossibilitar, e talvez suspender, a execução. Esse instrumento processual é estipulado como os Embargos à Execução, previsto nos Arts. 914 e seguintes, do Código de Processo Civil de 2015.

No estudo do professor Humberto Dalla comenta-se que os embargos à execução "consistem em uma nova demanda, autuada em apenso nos autos da execução, conforme dispõe o art. 914, § 1º, em que o executado passa a ser o embargante, e o exequente, o embargado." (PINHO, 2020, p. 1278), ou seja, trata-se de uma nova questão processual que terá todo o trâmite para ser julgada pelo magistrado competente, finda com uma sentença que resolverá o mérito da questão.

De uma forma mais técnica, o doutrinador Humberto Theodoro Júnior conceitua o

instrumento ora estudado da seguinte forma:

São os *embargos* a via principal para opor-se à execução forçada. Configuram eles *incidentes* em que o devedor, ou terceiro, procura defender-se dos efeitos da execução, não só visando evitar a deformação dos atos executivos e o descumprimento de regras processuais, como também resguardar direitos materiais supervenientes ou contrários ao título executivo, capazes de neutralizá-lo ou de reduzir-lhe a eficácia, como pagamento, novação, compensação, remissão, ausência de responsabilidade patrimonial etc. (THEODORO JÚNIOR, 2019, p. 960, grifo do autor)

Os embargos podem ser oferecidos com alegação de que ocorreu alguma das situações dentre as previstas no rol do art. 917, CPC/2015, na letra da lei:

Art. 917. Nos embargos à execução, o executado poderá alegar:
I - inexequibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;
II - penhora incorreta ou avaliação errônea;
III - excesso de execução ou cumulação indevida de execuções;
IV - retenção por benfeitorias necessárias ou úteis, nos casos de execução para entrega de coisa certa;
V - incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução;
VI - qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento. (BRASIL, 2015, art. 917)

É possível a análise, com base nas conceituações doutrinárias e na lista de problemas do instituto legal anteriormente estudados, no caso, vícios no procedimento da execução, de que existem tanto questões relativas à matéria do título executivo extrajudicial quanto questões meramente processuais que podem ser objeto nos embargos. Essas últimas serão deixadas de lado no desenvolvimento da discussão em questão.

No entanto, essa discussão provê a necessidade do seguinte questionamento exatamente nesse ponto do estudo: qual a aplicabilidade e viabilidade da Arbitragem nessas situações? Essa pergunta será respondida a seguir.

3.2 Embargos à Execução: competência arbitral para solução de eventual litígio

Pois bem, já foi estudado, no decorrer desta pesquisa, que a arbitragem pode vir a ser utilizada em litígios que decorrem de direitos patrimoniais disponíveis e, além disso, que, uma vez estipulada a convenção de arbitragem, toda questão relativa ao mérito do objeto do litígio, ou seja, as questões materiais, deve ser analisada pelo árbitro constituído, de acordo com um princípio da arbitragem denominado Competência-Competência.

Neste sentido, premissa de suma importância para o entendimento da discussão é a conceituação do princípio citado, o qual é dito pelo professor Olavo e seus companheiros autores como:

O princípio *Competência-Competência* foi desenvolvido, no século XX, pela jurisprudência francesa, defendendo a tese que para o bom desenvolvimento da arbitragem, esta não poderia sofrer interferências diretas dos tribunais estatais, portanto, o próprio árbitro deve verificar se possui a competência para julgar determinado caso, esta posição foi adotada

pelo parágrafo único do artigo 8º e 20 da Lei de Arbitragem [...] (FERREIRA et al, 2019, p. 61, grifo do autor)

Sendo assim, uma vez convencionada a arbitragem para solução de litígios decorrentes do título executivo extrajudicial, o árbitro ou tribunal arbitral possui competência para decidir sobre o litígio e, inclusive, para decidir sua própria competência.

Tem-se, então, a discussão acerca do cabimento de um procedimento arbitral em uma execução de título executivo extrajudicial. Cumpre lembrar que não há o que se falar na utilização da arbitragem no procedimento de execução em si, pois o único possuidor do *ius imperium* e do *ius coertio*, no ordenamento jurídico brasileiro, é o próprio Estado.

Porém, ao analisar de maneira mais profunda o procedimento processual da execução, é possível identificar o que foi visto há pouco: os embargos à execução que tratam de vícios materiais. Esses vícios são aqueles que tratam da matéria do objeto em litígio e, por isso, a competência para decidir sobre essas questões embargadas é do árbitro ou do tribunal arbitral estipulado em convenção de arbitragem.

Em obra, os estudos organizados pelo Marcos Hokumura Reis indagam sobre a vantagem de inserir a cláusula arbitral em títulos de crédito ou, de forma mais ampla, em títulos executivos extrajudiciais e a dedução obtida é a seguinte:

Primeiramente, não vemos nenhuma incongruência na decisão das partes de incluírem foro de eleição e cláusula arbitral no mesmo título. [...] a estipulação da cláusula arbitral, em regra, exclui a competência do juízo estatal para decidir sobre a matéria objeto do litígio. [...] é sabido que os árbitros não possuem poder de coerção, não são investidos do poder de império estatal à prática de atos executivos. E é por isso que a doutrina e a jurisprudência possuem entendimento majoritário no sentido de admitir a propositura de ação de execução de título extrajudicial [...]. No entanto, parece bastante evidente que a cláusula arbitral inserida nos títulos extrajudiciais tem o verdadeiro intuito de afastar do Poder Judiciário a competência para julgar as matérias de mérito atinentes aos embargos do devedor. (REIS e col., 2018, p. 154)

No mesmo sentido, comenta o professor Carlos Alberto Carmona, um dos maiores arbitralistas que o ordenamento jurídico brasileiro já teve, que:

Não há, porém, incongruência alguma entre a existência de um título executivo e a possibilidade de arbitragem, mas a correlação entre os temas deve ser bem compreendida: se houver alguma dúvida sobre o título (ou sobre as obrigações ali consignadas), tal crise de certeza deve ser dirimida pela via arbitral; mas se houver inadimplemento, o credor socorrer-se-á desde logo da via judicial, propondo demanda de execução, sem que haja espaço para a arbitragem [...]. Mas, proposta a demanda executiva, o que fazer com os embargos à execução que o devedor poderá manejar? Parece razoável deduzir que, havendo cláusula compromissória - e tratando os embargos de matéria de fundo (validade, eficácia e extensão do título executivo) -, caberá levar tais questões aos árbitros, tocando ao juiz togado apenas o julgamento de embargos que tratem de questões processuais. (CARMONA *apud* REIS, 2018, p. 155)

Dessa forma, é possível analisar algumas concepções com fundamento nesses estudos dos pesquisadores do tema: é possível a eleição de foro competente para execução e cláusula arbitral

para um mesmo objeto de litígio; as questões relativas ao título executivo extrajudicial devem ser examinadas pelo árbitro ou tribunal arbitral instituído na cláusula arbitral, caso materiais, e dirimidas pelo foro competente da justiça estatal, caso processuais ou por inadimplemento, por conta da arbitragem não possuir poder de império e de coerção para fazer valer o direito; e, instituído um procedimento de execução na justiça estatal, a competência para decidir sobre embargos que visam discutir questões materiais é do árbitro.

Cabe aqui a inclusão de julgado, a fim de exemplificar e tornar o estudo coerente com a posição do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO ESTATAL E JUÍZO ARBITRAL. AJUIZAMENTO DE AÇÃO EXECUTIVA PERANTE O JUÍZO ESTATAL, COM O DEFERIMENTO DE MEDIDAS CONSTRITIVAS E ANTERIOR PEDIDO DE INSTAURAÇÃO DE ARBITRAGEM PARA, EM OBSERVÂNCIA À CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA, SEJA DIRIMIDA CONTROVÉRSIA EXISTENTE EM RELAÇÃO AO CRÉDITO REPRESENTADO PELO TÍTULO QUE LASTREIA A EXECUÇÃO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA.

CONFIGURAÇÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL E SOBRESTAMENTO DOS ATOS EXECUTIVOS. NECESSIDADE.

1. De acordo com o atual posicionamento sufragado pela Segunda Seção desta Corte de Justiça, compete ao Superior Tribunal de Justiça dirimir conflito de competência entre Juízo arbitral e órgão jurisdicional estatal, partindo-se, naturalmente, do pressuposto de que a atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem possui natureza jurisdicional.

2. Afigura-se absolutamente possível a imediata promoção da ação de execução de contrato que possua cláusula compromissória arbitral perante o Juízo estatal (única Jurisdição, aliás, dotada de coercibilidade, passível de incursionar no patrimônio alheio), não se exigindo, para esse propósito, a existência de prévia sentença arbitral. Afinal, se tal contrato, por si, já possui os atributos de executibilidade exigidos pela lei de regência, de todo despidendo a prolação de anterior sentença arbitral para lhe conferir executividade. Todavia, o Juízo estatal, no qual se processa a execução do contrato (com cláusula compromissória arbitral), não possui competência para dirimir temas próprios de embargos à execução e de terceiros, atinentes ao título ou às obrigações ali consignadas (existência, constituição ou extinção do crédito) e das matérias que foram eleitas pelas partes para serem solucionadas pela instância arbitral (kompetenz kompetenz).

3. Cabe ao Juízo arbitral, nos termos do art. 8º da Lei n. 9.307/1996 que lhe confere a medida de competência mínima, veiculada no Princípio da kompetenz kompetenz, deliberar sobre a sua competência, precedentemente a qualquer outro órgão julgador, imiscuindo-se, para tal propósito, sobre as questões relativas à existência, validade e eficácia (objetiva e subjetiva) da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

3. Conflito de competência conhecido para declarar a competência do Juízo arbitral, a obstar o prosseguimento da execução perante o Juízo estatal, enquanto não definida a discussão lá posta ou não advir deliberação em sentido contrário do Juízo arbitral reputado competente.

(CC 150.830/PA, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/10/2018, DJe 16/10/2018)

Anteriormente cogitado pela leitura da doutrina e, agora, tem-se, por meio da análise de fato e de direito do julgado supracitado, o entendimento de que o Superior Tribunal de Justiça declara a competência da justiça estatal para persecução do procedimento de execução e, também, da arbitragem e dos árbitros para dirimir o mérito das discussões que envolvam questões materiais em eventuais embargos à execução.

Convém, por fim, verificar os efeitos e vantagens da declaração da competência do procedimento arbitral para decidir sobre o litígio presente em embargos à execução. Em primeiro lugar, o juiz do foro competente para a execução declarará incompetência para julgar os embargos, em seguida redirecionará os autos para o órgão arbitral competente e retornará uma sentença arbitral, passível de ser executada imediatamente.

Faz-se mister lembrar que a sentença arbitral é equiparada à sentença judicial, possuindo teor de título executivo judicial, conforme o art. 31, da Lei 9.307/1996, ou Lei de Arbitragem, o qual estipula que "A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo". Essa posição já é confirmada pela doutrina, conforme dizem os autores Humberto Dalla e Marcelo Mazzola, na obra *Manual de Mediação e Arbitragem*:

[...] a sentença arbitral produz os mesmos efeitos da sentença judicial, sendo considerada um título executivo judicial (art. 515, VII, do CPC). No passado, como visto, não era assim. Predominava a teoria contratualista, que defendia a necessidade de homologação judicial [...]. Com o advento da Lei n. 9.307/96, a controvérsia restou superada [...]. (PINHO e MAZZOLA, 2019, p. 348)

Ressalta-se, nesse caso, que a superação ocorreu justamente pela inclusão do art. 31 citado anteriormente. Já com relação às vantagens podem-se mencionar algumas, dentre as várias que o procedimento arbitral oferece para as partes, sendo as mais comuns e as que mais o diferenciam do processo judicial são: celeridade, especialização e confidencialidade.

A celeridade provém do regulamento próprio de cada câmara de arbitragem ou árbitro *ad hoc*, pois, normalmente, os procedimentos arbitrais são realizados com um espaço temporal demasiado menor com relação aos procedimentos estatais. Seguindo nessa linha, também é possível inferir que os árbitros possuem uma maior especialização para lidar com determinado litígio, por conta de anos de profissão, formação e desenvolvimento em alguma área. Olavo e seus colaboradores, ao realizarem a pesquisa sobre as vantagens do processo arbitral, entendem que a celeridade:

[...] constitui vantagem muito importante da arbitragem, comparada com o processo judicial é nítido o fato de que a arbitragem é muito mais célere, já que o art. 23 da Lei de Arbitragem estabelece que o procedimento arbitral deve terminar após seis meses, contados da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro, desde que não haja disposição em contrário. Vale repetir que, segundo o Conselho Nacional de Justiça, a duração média de um processo digital é de quatro anos e quatro meses, somente para terem uma sentença ainda em primeiro grau, uma vez que esse é o tempo médio de duração de um processo judicial no Brasil, sem contar o prazo para julgamento dos recursos até os Tribunais Superiores, impossível de ser calculado previamente. (FERREIRA et al, 2019, p. 30)

E por último, mas não menos importante, a confidencialidade do procedimento arbitral, que é vista como um grande atrativo para pessoas ou empresas que podem ser prejudicadas pela publicidade da discussão. Nesse mesmo sentido apontam os estudos em questão quando discorrem

sobre esse caso:

A possibilidade de confidencialidade também pode ser considerada como importante vantagem da arbitragem, quando eleita pelas partes, já que não obrigatória, diante da inexistência de previsão legal nesse sentido, viabilizando que o segredo do negócio seja preservado, em casos de transferência de tecnologia, problemas técnicos de produtos, dentre outros. Enquanto o processo judicial, em regra, é público, o processo arbitral pode ser sigiloso, por força da convenção de arbitragem ou pelas normas da instituição arbitral aceita pelas partes, salvo se o processo tiver como parte a Administração Pública, já que aplicável o princípio da publicidade [...]. (FERREIRA et al, 2019, p. 34)

Deste modo, foi possível percorrer, ao longo deste capítulo, os efeitos de uma convenção de arbitragem que interferem em um procedimento de execução. A análise voltou-se para os embargos à execução, que, de forma corroborada pela doutrina e por julgados do Superior Tribunal de Justiça, mostrou-se que os conflitos presentes nesse instituto de defesa do devedor devem ser dirimidos pelo órgão arbitral competente, em se tratando de questões materiais, ou pelo órgão judicial competente, nas demais questões de cunho processual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema tratado mostrou-se pouco controverso nas doutrinas e, exatamente por isso, tornou-se viável para uma pesquisa mais aprofundada. Partindo de premissas normativas e conceitos básicos sobre os institutos que cercaram o estudo, foi possível, com base no método dedutivo de pesquisa, alcançar o resultado esperado, ou seja, uma boa análise acerca dos efeitos de uma convenção de arbitragem em um eventual procedimento executório de um título executivo extrajudicial.

De fato, as dúvidas acerca da extensão da competência arbitral em uma ação de execução foram sanadas. Relembrando o ponto final da discussão em pauta: segundo os estudos predominantes a respeito do tema, a competência para o saneamento de questões apresentadas em embargos à execução é do árbitro ou tribunal arbitral, quando materiais, ou do foro competente, quando processuais ou no tocante ao não pagamento do título, esse último justamente pela jurisdição arbitral não possuir poder de império e coercitivo para que seja feito válido o dever-ser do Direito.

Extremamente importante, por fim, é ressaltar a necessidade de, cada vez mais, fomentar as análises e discussões que relacionam temas como os tratados nesta pesquisa. O ordenamento jurídico brasileiro é repleto de normas e interpretações normativas, as quais devem ser estudadas e postas em prova em casos concretos para o bom desenvolvimento do Poder Judiciário Brasileiro.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Carta de Lei de 25 de Março de 1824. **Constituição Política Do Imperio Do Brazil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 24/09/2020

BRASIL. **Código de Processo Civil: Lei n. 13.105, de março de 2015**. Brasília: Senado Federal, Secretaria de Editoração e Publicações, 2015.

BRASIL. **Lei n. 9.307, de setembro de 1996**. Brasília: Senado Federal, Secretaria de Editoração e Publicações, 1996.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência 150.830 / PA**. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília: 10 de outubro de 2018. CC 150.830, STJ, Segunda Seção, DJe 16/10/2018.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento I**. - 17. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. v. I.

FERREIRA, Adriano Fernandes. **Comentários à Lei de Arbitragem**. – 1. ed. São Paulo: Ed. Cia do Ebook, 2018.

GONÇALVES, Marco Vinicius Rios. **Direito processual civil / Pedro Lenza ; Marcus Vinicius Rios Gonçalves. – Esquematizado®** – 11. ed. – São Paulo : Ed. Saraiva Educação, 2020.

MALMESBURY, Thomas Hobbes de. **O Leviatã**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf >. Acesso em: 02/10/2020.

PINHO, Humberto D. B. de. **Direito processual civil contemporâneo : teoria geral do processo**. – 8. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social** – Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_rousseau_contrato_social.pdf >. Acesso em: 02/10/2020.

SCAVONE JR., Luiz Antonio. **Manual de arbitragem: mediação e conciliação**. – 8. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FERREIRA, Olavo A. V. A.; ROCHA, Matheus L.; FERREIRA, Débora C. F. A. A. **Lei de Arbitragem Comentada Artigo por Artigo**. 1 ed. São Paulo: Juspodivm, 2019.

PINHO, Humberto D. B. de. **Manual de direito processual civil contemporâneo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

PINHO, Humberto D. B. de; MAZZOLA, Marcelo. **Manual de mediação e arbitragem**. 1 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

REIS, Marcos H. et al. **Arbitragem no Agronegócio**. 1 ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, volume 3. 52 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA E A COBRANÇA INDEVIDA DO IMPOSTO SOBRE A TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS ANTES DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR

Carlos Miguel de MEIRA¹
Mayara Caroline MARTINS²

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar cientificamente o fenômeno da exigência do recolhimento do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) antes da ocorrência do fato gerador, tendo como fundamento a plena eficácia do princípio constitucional da legalidade tributária, consagrado pela doutrina tributarista como um direito fundamental de primeira geração com previsão inaugural ainda na *Magna Charta Libertatum* de 1215. Sob o espectro do Direito Constitucional Contemporâneo (art. 150, I, CF/88), remete-se ao princípio como a matriz a partir da qual toda a relação jurídico-tributária é criada, desenvolvida e consolidada no Estado de Direito, tomando-o uma verdadeira prerrogativa do contribuinte contra a intervenção indevida do fisco no domínio particular e uma das principais conquistas do constitucionalismo moderno. No decorrer do trabalho, apresenta-se detalhadamente a natureza e o comportamento do fenômeno observado, identificando-se as circunstâncias de sua ocorrência, a medida em que ele acontece e por qual motivo é considerado inconstitucional pela jurisprudência pacificada dos tribunais superiores. Por fim, apresenta-se a proposta de um procedimento administrativo alternativo que pode ser considerado constitucional, sem que haja, do ponto de vista prático, qualquer prejuízo para a tributação.

PALAVRAS-CHAVE: Legalidade; ITBI; Fato Gerador.

RÉSUMÉ

Le présent travail vise à analyser scientifiquement le phénomène de l'exigence de percevoir le "Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis" (ITBI) avant la survenance du fait imposable, sur la base de la pleine efficacité du principe constitutionnel de légalité fiscale, inscrit dans la doctrine fiscale comme un droit fondamental de première génération avec prévision inaugurale toujours dans la *Magna Charta Libertatum* de 1215. Dans le spectre du droit constitutionnel contemporain (art. 150, I, CF / 88), il est fait référence au principe en tant que matrice à partir de laquelle l'ensemble de la relation juridique-fiscale est créée, développée et consolidée dans l'état de droit, en prenant o une véritable prérogative du contribuable contre les interventions fiscales indues dans le domaine privé et l'une des principales réalisations du constitutionnalisme moderne. Au cours des travaux, la nature et le comportement du phénomène observé sont présentés en détail, en identifiant les circonstances de son apparition, dans quelle mesure il se produit et pour quelle raison il est considéré comme inconstitutionnel par la jurisprudence, pacifiée par les juridictions supérieures. Enfin, il existe une proposition de procédure administrative alternative qui peut être considérée comme constitutionnelle, sans, d'un point de vue pratique, aucun préjudice fiscal. Enfin, est proposé une procédure administrative alternative qui peut être considérée comme constitutionnelle, sans, d'un point de vue pratique, aucun préjudice fiscal.

MOTS-CLÉS: Légalité; ITBI; Fait Imposable.

1 Servidor público municipal e discente do 5º ano do curso de graduação em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP

2 Servidora pública municipal e discente do 2º ano do curso de graduação em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como fulcro o estado de tensão existente entre o princípio constitucional da legalidade tributária, consagrado em termos gerais pelo art. 150, I da Constituição Federal e, no sentido estrito, pelo art. 97 do Código Tributário Nacional, e a exigência do recolhimento antecipado do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis como condição para o registro da transferência de titularidade no cartório de registro de imóveis.

O supra referido postulado trata-se de uma das limitações mais importantes ao poder de tributar, de modo que a cobrança indevida de qualquer tributo antes da ocorrência do fato gerador constitui fenômeno que merece atenção da comunidade jurídica, haja vista se tratar de incursão indevida do Estado no patrimônio do indivíduo.

Na primeira parte da pesquisa, busca-se estudar o paradigma sob o qual se fundamenta a presente crítica, estudando de modo abrangente de que forma o referido princípio esteve presente no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, resgatando suas inspirações liberais do século XVII, quando esteve presente nos principais debates travados no contexto de surgimento do Estado de Direito moderno.

Já na segunda parte, a pesquisa segue no sentido de conceituar o Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis, apresentando as principais referências legislativas e doutrinárias, bem como a sua evolução histórica no ordenamento. Há considerações também a respeito do seu fato gerador, definido no art. 156, II da Constituição Federal.

Por derradeiro, trata-se do problema e da verificação das hipóteses, sobretudo no que concerne à possibilidade de se desenvolver um procedimento administrativo adequado que esteja em consonância com o disposto na Constituição e com o entendimento consolidado pelo enunciado de Súmula 326 do Supremo Tribunal Federal, de forma a apresentar uma alternativa ao atual problema enfrentado pelos contribuintes.

Para tanto, o método científico eleito para a investigação é o dedutivo, em que se parte de considerações gerais (legais, jurisprudenciais e doutrinárias) a respeito do assunto para se analisar a ocorrência particular do fenômeno, cuja ocorrência se dá em praticamente a totalidade dos municípios amparados pela pesquisa, como há de se demonstrar.

Dessa forma, serve-se de variadas técnicas de pesquisa: bibliográfica, doutrinária, documental, jurisprudencial e estatística.

1 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO DIREITO TRIBUTÁRIO

1.1 Aspectos históricos e natureza constitucional

O princípio da legalidade tributária figura como uma das mais importantes construções jurídico-doutrinárias do moderno Estado de Direito, razão pela qual é considerado pela maioria dos doutrinadores a matriz a partir da qual todo o Direito Tributário é realizado, um verdadeiro vetor dos vetores no âmbito desta disciplina.

A importância desse princípio é tamanha que sua natureza transcende a seara a que está adstrito, sendo reconhecido historicamente como uma verdadeira garantia constitucional contra o poder de tributar do Estado, tanto pela sua imanência estrutural como também pela sua presença nos principais acontecimentos histórico-jurídicos da modernidade.

A previsão inaugural do princípio ocorreu na Magna Carta, de 1215, na qual o Rei João “Sem Terra” da Inglaterra reconheceu o direito dos cidadãos ingleses de se manifestarem previamente acerca da cobrança de tributos, através do Parlamento, o que mais tarde ficaria consagrado como “no taxation without representation”.

Em outros momentos na história do constitucionalismo ocidental é possível perceber a presença do elemento de tensão entre a tributação e o limite do poder de tributar do Estado, como foi o caso, por exemplo, nos eventos que deram ensejo à Revolução Americana e a consequente Independência dos Estados Unidos da América (1776).

Anos antes, em protesto às taxações impostas pelo governo inglês sobre o comércio de chá, os colonos americanos se mobilizaram e, na noite de 16 de dezembro de 1773, abordaram três navios da Companhia Britânica das Índias Orientais e despejaram 342 baús de chá na Baía de Massachussetts, episódio que ficaria conhecido como “Festa do Chá de Boston”.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 dispunha no art. 14º que: “Todos os cidadãos têm o direito de verificar, por si ou pelos seus representantes, a necessidade da contribuição pública, de consenti-la livremente, de observar o seu emprego e de lhe fixar a repartição, a coleta, a cobrança e a duração” (FRANÇA, 1789, *online*, tradução nossa).

O fato do fenômeno tributário figurar como relevante nas demandas políticas que ensejaram as revoluções liberais faz com que, no âmbito histórico, o Direito Tributário ocupe uma posição de destaque, de modo que Jarach entende que “foi por razões tributárias que nasceu o Estado moderno de Direito” (JARACH, 1969, p. 24, apud SABBAG, 2017, p. 61).

1.2 O mandamento no ordenamento jurídico brasileiro

Inspirado pelas revoluções liberais ocorridas na Europa e nos Estados Unidos no século XVIII, o ordenamento jurídico brasileiro consagrou o princípio da reserva legal na Constituição de

1824, que determinava no art. 179, I: “Nenhum Cidadão pôde (sic) ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da Lei” (BRASIL, 1824, p.41).

Apesar de não fazer menção direta à legalidade tributária, a Constituição Imperial representou uma verdadeira inovação na matéria em relação às ordenações reais portuguesas, que vigoravam no Brasil colonial desde o século XVI, especialmente no que diz respeito às limitações do poder de tributar inseridas pela primeira vez no ordenamento jurídico pátrio.

Foi no regime republicano que a legalidade tributária foi alçada ao plano constitucional, com previsão no art. 72, §30, da Constituição de 1891: “Nenhum imposto de qualquer natureza poderá ser cobrado senão em virtude de uma lei que o autorize” (BRASIL, 1891, *online*).

A partir desse momento, começa a ser consolidada na tradição jurídico-tributária brasileira o critério nominalístico, pelo qual os tributos são previstos e denominados pela própria Constituição, a fim de se obter mais precisão teórica e observância da legalidade estrita.

Sobre este aspecto, considera a melhor doutrina que a adoção desse critério se trata de uma preocupação essencialmente brasileira. Segundo Rubens Gomes Sousa: “Ao passo que as outras Constituições que se ocupam deste (sic) problema - e nem todas (sic) o fazem - procuram conceituar os tributos mais por suas características econômicas que jurídicas, a brasileira é a única que os designa especificamente por seus nomes” (SOUSA, 1963, p 3).

Por sua vez, a Constituição de 1934 não previu expressamente a exigência de lei para o aumento de impostos, mas apenas o princípio no seu sentido geral. Porém, vale registrar a disposição presente no art. 185 desta Carta, segundo a qual: “Nenhum imposto poderá ser elevado além de vinte por cento do seu valor ao tempo do aumento” (BRASIL, 1934, *online*).

No sentido contrário, a Constituição de 1937, elaborada sob supervisão do jurista Francisco Campos, não previu o princípio da reserva legal em sentido genérico, tampouco no Direito Tributário. Apenas esta Carta, em toda a história constitucional brasileira, omitiu essa tão importante garantia constitucional.

A Constituição de 1946, demonstrando uma preocupação do constituinte originário com o cenário político internacional da época, dispunha em seu art. 141, § 34, da seguinte forma: “Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça; nenhum será cobrado em cada exercício sem prévia autorização orçamentária, ressalvada, porém, a tarifa aduaneira e o imposto lançado **por motivo de guerra**” (BRASIL, 1946, *online*, grifo nosso).

A disposição permaneceu vigente até 22 de maio de 1964, quando o a Mesa da Câmara dos Deputados e do Senado Federal promulgaram a Emenda Constitucional nº 7, suspendendo a eficácia do dispositivo na parte em que exigia prévia autorização orçamentária para a cobrança de tributo, já sob a vigência do Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964.

A Constituição de 1967 também previu o princípio da legalidade tributária, em seu art. 150, §29, preservado posteriormente pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, que em seu art. 153, §29 expandiu as ressalvas previstas na Constituição de 1946 à tarifa de transporte e ao imposto sobre produtos industrializados.

Atualmente, a legalidade tributária pode ser encontrada no art. 150, I, da Constituição Federal, que dispõe expressamente: “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo **sem lei que o estabeleça**” (BRASIL, 1988, *online*, grifo nosso).

Em comentário ao dispositivo, Eduardo Sabbag apresenta uma observação no aspecto hermenêutico do tema, expandindo o sentido da norma constitucional e, conseqüentemente, gerando maior proteção ao contribuinte:

A Constituição Federal de 1988 foi explícita ao mencionar os elementos “instituição” e “aumento”, levando o intérprete, à primeira vista, a associar a lei apenas aos processos de criação e majoração do tributo. Essa não parece ser a melhor exegese: a lei tributária deve servir de parâmetro para criar e, em outro giro, para extinguir o tributo; para aumentar e, em outra banda, reduzir a exação (SABBAG, 2017, p. 63).

Portanto, verifica-se que o referido princípio esteve presente em praticamente toda a história constitucional brasileira, com exceção da Constituição de 1937. Essa garantia constitucional se revela tão importante que a doutrina tributarista cuidou de criar alguns subprincípios no sentido de lhe conferir maior estruturação teórica.

Para a presente investigação, interessa o estudo do conceito da **legalidade estrita** para que se compreenda a amplitude das considerações acerca da cobrança antecipada do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis antes da ocorrência do seu fato gerador, assunto que será abordado nos próximos capítulos.

1.3 O conceito da estrita legalidade no Direito Tributário

Apesar de figurar como uma verdadeira garantia constitucional contra a arbitrariedade do Estado, o princípio da legalidade, por si só, não se mostra suficiente para conferir segurança jurídica à relação jurídica tributária, haja vista que a mera instituição legal de um tributo não garante ao contribuinte o pleno conhecimento dos fatos disciplinados pela norma.

A simples previsão em lei de um determinado tributo em nada apresenta ao contribuinte informações relevantes sobre quem pode ser considerado o sujeito passivo, as hipóteses de sua incidência, a sua base de cálculo, a ocorrência do seu fato gerador e, principalmente, a sanção a ser aplicada quando do seu não recolhimento.

Nesse sentido, extraindo a melhor interpretação do art. 97 do Código Tributário Nacional, a

doutrina tributarista desenvolveu o conceito da **estrita legalidade tributária**, segundo o qual a norma definidora do tributo deve conter um *numerus clausus* de elementos configuradores da obrigação tributária, sendo: **a)** alíquota; **b)** base de cálculo; **c)** sujeito passivo; **d)** multa; **e)** fato gerador.

A atenção técnico-legislativa com que se cuida desse momento específico pode ser comparada à necessidade de cominação legal de um tipo no Direito Penal, de modo que alguns autores denominam o referido conceito como: “tipicidade fechada”, “tipicidade regradada” e, até mesmo, “tipicidade cerrada” do tributo.

Isto porque, a busca pela tipicidade no Direito Tributário está umbilicalmente ligada à consolidação das liberdades públicas no Estado Democrático de Direito, pois somente se pode admitir a intervenção do Estado no domínio particular quando o contribuinte praticar ou realizar, de modo inequívoco, todos os elementos do tipo previstos na lei tributária.

Dessa forma, reconhece-se que, apesar de previsto de maneira genérica no art. 5º, II c/c o art. 150, I, ambos da Constituição Federal, na seara tributária o mandamento encontra um caráter mais severo, com a exigência de que a lei deve ir além da mera instituição do tributo, abrangendo também pontos nevrálgicos da obrigação tributária, em nome da segurança jurídica e da maior eficácia das garantias constitucionais dos contribuintes.

Sobre esse tema, observa Paulo de Barros Carvalho que o conceito da **estrita legalidade tributária** pode ser caracterizado como um *plus* em relação ao princípio da legalidade, caracterizando uma imprescindível **tipicidade tributária**:

O veículo introdutor da regra tributária no ordenamento há de ser sempre a lei (sentido lato), porém o princípio da estrita legalidade diz mais do que isso, estabelecendo a necessidade de que a lei advéncia traga no seu bojo os elementos descritores do fato jurídico e os dados prescritores da relação obrigacional. Esse *plus* caracteriza a tipicidade tributária, que alguns autores tomam como outro postulado imprescindível ao subsistema de que nos ocupamos, mas que pode, perfeitamente, ser tido como uma decorrência imediata do princípio da estrita legalidade (CARVALHO, 2019, p. 217).

Somente após o perfeito enquadramento do fato reconhecido pela lei como gerador da obrigação tributária é que nascerá para o sujeito ativo (Estado) o direito de cobrar tributos, ao passo que para o sujeito passivo (contribuinte/responsável) nascerá a obrigação de pagar tributos, tal qual a formalização de uma relação jurídica obrigacional no Direito Civil.

Contudo, observa-se que a **estrita legalidade tributária** é apenas uma decorrência de uma série de construções teóricas consolidadas ao longo de anos de debate e evolução do pensamento jurídico ocidental, relacionando-se estreitamente com a segurança jurídica e a certeza do direito.

Quanto a este último, o conhecimento e a certeza acerca do direito posto se revela como verdadeiro plano estrutural sob o qual as pessoas praticam suas ações cotidianas, orientando-as

nesse ou naquele determinado sentido justamente porque esperam que elas reverberarão efeitos jurídicos reconhecidos e disciplinados pelo ordenamento.

Fazendo um oportuno paralelo com o Direito Empresarial, a preocupação com a segurança jurídica é um dos principais fatores no desenvolvimento de uma atividade econômica, de maneira que o empresário orienta suas ações e sua produção de bens ou serviços com base no que está entabulado no ordenamento jurídico, pois sem essa sólida previsão, mostrar-se-ia impossível qualquer planejamento financeiro-contábil para a sua empresa.

Eis, portanto, a importância de se estabelecer de maneira estrita as hipóteses de ocorrência do tributo, especialmente acerca do fato gerador da obrigação tributária. Sob a égide do regime democrático reinaugurado pela Constituição Cidadã, não pode o contribuinte ser obrigado a arcar com o pagamento de um determinado tributo se sequer realizou a conduta descrita e tipificada na norma.

É justamente nesse sentido que nos próximos tópicos há que se questionar, sob o enfoque do direito constitucional contemporâneo, se a cobrança antecipada do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis (ITBI), conduta praticada por praticamente a totalidade dos municípios do país, pode ser sustentada atualmente pelos municípios brasileiros.

2 IMPOSTO SOBRE A TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS

2.1 Aspectos Históricos

Com a vinda da Família Real e da corte portuguesa ao Brasil, devido ao expansionismo napoleônico e consequentemente a transformação da sua colônia de exploração em sua atual metrópole, surgiu a necessidade de somar à tributação já existente novos tributos para aumentar as rendas públicas com o objetivo de sustentar o novo poder que aqui se instalava.

O Alvará nº 3, publicado em 03 de junho de 1809, pela primeira vez, instituiu o “imposto de sisa” sobre a compra e venda de “bens de raiz”, em que a alíquota era de 10% (dez por cento).

Em 1891, com a publicação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, o art. 9º trouxe pela primeira vez o imposto com a nomenclatura “transmissão de propriedade”, o qual era de competência dos Estados.

Posteriormente, ainda mantendo a competência do Estados, a Carta Constitucional de 1934 inovou ao trazer em seu art. 8º, a criação de dois novos impostos, derivados do imposto sobre transmissão de propriedade, sendo: **a)** transmissão de propriedade *causa mortis* e **b)** transmissão de propriedade imobiliária *inter vivos*, bem como sua incorporação ao capital da sociedade.

As Constituições de 1937 e de 1946, mantiveram o texto da Carta Constitucional de 1934 e

em nada inovaram ou acrescentaram a respeito dos dois impostos.

Contudo, com a criação de novos municípios em consequência do êxodo rural, iniciou-se uma disputa entre Estados e Municípios quanto ao imposto sobre transmissão de propriedade, visto que o último precisava de recursos para manter as atividades locais e o sustento do povo ali presente.

Sendo assim, a Emenda Constitucional nº 5, de 21 de novembro de 1961, dispôs em seu art. 29 que os impostos sobre transmissão de propriedade imobiliária *inter vivos* e sua incorporação ao capital de sociedades, pertencia ao município. “Assim, observa-se pela primeira vez, o rompimento do monopólio estatal na tributação do imposto de transmissão de propriedade *inter vivos*” (ANTUNES, 2012, p. 3).

Entretanto, a Emenda Constitucional nº 18, de 01 de dezembro de 1965, trouxe novamente a competência dos Estados sobre o imposto. Diante disto e com base nessa emenda constitucional, foi elaborada a Lei nº 5.172, de 27 de outubro de 1966, que dispôs nos artigos 35 ao 42 que o Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis seria de competência dos Estados.

A Carta Constitucional de 1967 mantém a competência e o texto legal do Código Tributário Nacional, todavia, inova ao excluir pela primeira vez a incidência do imposto sobre a incorporação ao capital da sociedade, em prol do avanço e progresso das sociedades empresariais no país.

Em contornos conclusivos, a Constituição Federal de 1988 traz a situação atual do ITBI, haja vista que não recepcionou a competência do Estado prevista no CTN e sim tornou o Município competente para instituir e cobrar o imposto *inter vivos*.

Cabe aos Estados, porém, a instituição do ITCMD (Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação), nos casos em que houver herança ou ato gratuito.

2.2 Previsão Constitucional e Legal

O Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis está previsto no art. 156 da Constituição Federal, o qual torna os Municípios competentes para: “instituir impostos sobre a transmissão ‘*inter vivos*’ de bens imóveis, a qualquer título, por ato oneroso, sendo por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição” (BRASIL, 1988, *online*).

O imposto também está previsto no Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966), na Seção III, do art. 35 ao art. 42, que traz a previsão legal do fato gerador, hipóteses de não incidência, a base de cálculo, a alíquota, competência e quem é o sujeito passivo da obrigação tributária.

Importante enfatizar que o Código Tributário Nacional está superado no que tange a competência tributária, visto que não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, que traz em seu texto que o Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis entre vivos é de competência dos Municípios e não dos Estados, que ficaram responsáveis pelo imposto sobre heranças e doações.

O sujeito ativo do imposto é o Município, haja vista ser a pessoa jurídica de direito público competente para instituir e cobrar o tributo. Já o sujeito passivo, chamado de contribuinte, conforme se depreende o artigo 42 do Código Tributário Nacional é “qualquer das partes na operação tributada, como dispuser a lei” (MELO, 2004, p. 383).

Todavia, além dos contribuintes, há também os responsáveis pelo pagamento do imposto, os quais respondem subsidiariamente. Está disposto no artigo 134, VI, CTN, que “os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício” (BRASIL, 1966, *online*).

Registre-se que, a nosso ver, a responsabilidade “solidária”, assim intitulada no preceptivo, não é “solidária plena”, mas, sim, subsidiária, uma vez que não se pode cobrar tanto de um como de outro devedor, havendo uma ordem de preferência a ser seguida. Em primeiro lugar, cobra-se do contribuinte; após, exige-se o gravame do responsável (SABBAG, 2017, p. 826).

Portanto, à luz do respectivo art. 134 do CTN só é possível exigir o ITBI de um tabelião, escrivão, ou demais serventuários de ofício, caso não consiga ou não tenha como receber do contribuinte, seja ele vendedor ou comprador conforme previsto em lei.

A base de cálculo do ITBI, como dispõe o art. 38 do CTN, será o valor venal dos bens ou direitos transmitidos. Contudo, em regra, é adotado o valor da transação informado pelo contribuinte; sendo este um valor irrisório e que não corresponda com a realidade, poderá o fisco realizar uma arbitragem do valor, conforme o art. 148 do mesmo diploma.

2.3 Ocorrência do Fato Gerador

Fato gerador pode ser conceituado como uma situação hipotética prevista pelo legislador que, uma vez ocorrida, deixa de ser abstrata para ser concreta, enquadrando-se na tipicidade tributária, e gerando para quem a praticou o dever de pagar tributos. (CARNEIRO, 2020, p. 497)

A doutrina, muitas vezes, questiona a expressão fato gerador utilizada no Direito Tributário, o que fez com que muitos doutrinadores utilizassem outras expressões como “sinônimos” sendo elas fato imponible, pressuposto legal do tributo, situação de fato, hipótese de incidência, entre outras.

Uma das vertentes de censura à tal nomenclatura é a obrigação nascer de um fato no caso concreto, e não da lei, ou seja, o “gerador” ser atribuído ao fato, e não na hipótese abstrata prevista

em lei. Dessa forma, trouxe uma ambiguidade quanto ao seu significado, se o nascimento da obrigação tributária era a descrição no plano legislativo ou a ação no plano fenomênico.

O verbo “gerar” tem o significado de “dar existência a”, sendo assim, a obrigação tributária só existe a partir do fato, da ação. “Isso em nada desmerece a importância da lei de incidência, sem a qual o fato não teria a aludida virtude geradora” (AMARO, 2014, p. 264).

Pode-se concluir, portanto, que não há fato gerador sem ação no plano concreto, e muito menos se aquela ação não está prevista em lei, “porque a lei há de *preceder o fato* (princípio da irretroatividade), a *obrigação não nasce à vista apenas da regra legal*; urge que se implemente o *fato* para que a obrigação seja *gerada* (AMARO, 2014, p. 264, grifo do autor).

De forma breve, Claudio Carneiro elucida o questionamento quanto a nomenclatura utilizada. Independente de qual seja, “o que se quer considerar é o perfeito enquadramento da conduta do ‘contribuinte’ na hipótese prevista na lei, ensejando o nascimento da obrigação tributária” (CARNEIRO, 2020, p. 498).

Nessa toada, o fato gerador não se esgota apenas no Direito Tributário, e sim se estende a outros ramos do direito, “no direito penal, a prática do crime realiza o fato gerador do direito de o Estado punir; no direito administrativo, a prática de certa atividade é fato gerador da obrigação de adotar certas condutas no interesse da saúde pública, da preservação ambiental”. (AMARO, 2014, p. 259)

O Código Tributário Nacional, contudo, traz duas espécies de obrigações tributárias, quais sejam, dois tipos diferentes de fatos geradores. Primeiro é o fato gerador da obrigação tributária principal, que pode ser compreendido como a “art. 114: situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência” (BRASIL, 1966, *online*).

Já o fato gerador da obrigação acessória advém de exclusão, ou seja, tudo aquilo que não for prestação pecuniária, ou que “art. 115: impõe uma prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal” (BRASIL, 1966, *online*), tratar-se-á de uma obrigação acessória, como por exemplo o dever de escriturar livros, de emitir notas fiscais, realizar demonstrações contábeis, etc.

Demonstrado o conceito de fato gerador, cabe a partir de agora elucidar o fato gerador do imposto em questão: o Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis. Com base no art. 35 do CTN, à luz do artigo 156 da Constituição Federal, o ITBI tem como fato gerador: “transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição” (ALEXANDRE, 2017, p. 753).

O professor Eduardo Sabbag, em seu livro Manual de Direito Tributário (2017), traz

parâmetros conceituais para melhor exemplificar os elementos constantes no fato gerador do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis, quais sejam: a onerosidade, bem imóvel por natureza versus bem imóvel por acessão física, direito real sobre imóvel e cessão de direitos.

A onerosidade é inerente ao ITBI, pois nesse caso há um contrato bilateral de compra e venda de um imóvel, por exemplo, entre sujeito ativo e passivo de um negócio jurídico, o qual este pagará uma certa quantia para aquele e assim receberá o imóvel acordado. Ora, se a relação fosse unilateral, a título gratuito, seria uma doação e neste caso incidiria o ITCMD estadual.

O ITBI, diferente do ITR (Imposto Territorial Rural), que incide apenas sobre o bem imóvel por natureza, incide também em bens imóveis por acessão física. O bem imóvel por natureza compreende aquele formado por força da natureza, com o solo, a superfície e seus acessórios. Já o bem imóvel por acessão física é aquilo que o homem incorpora permanentemente ao solo, de modo que, se retirar, causará destruição, modificação ou danos.

Já os direitos reais sobre bens imóveis, está disposto no art. 1.225 do Código Civil (Lei n. 10.406/2002), o qual os enumera, sendo eles: a propriedade, a superfície, as servidões, o usufruto, o uso, a habitação, o direito do promitente comprador do imóvel, o penhor, a hipoteca e a anticrese. Como o ITBI não incide aos direitos de garantias, ele não incidirá sobre o penhor, a hipoteca e anticrese.

A cessão de direitos poderá sujeitar-se ao recolhimento do ITBI, uma vez que são atos que levam a pessoa a receber o direito de aquisição do imóvel, ocorrendo a transmissão. Pode ocorrer por meio de sentença judicial, de lei, ou pela vontade das partes – neste último caso, entre o cedente e o cessionário.

Outro ponto importante quanto aos elementos do fato gerador do ITBI é o aspecto espacial e temporal. O elemento espacial do imposto é o local em que o bem se encontra e o elemento temporal é o momento em que ocorre a transmissão patrimonial ou da cessão de direitos.

Conforme previsto no art. 1.245 do Código Civil, a transmissão de um bem imóvel somente ocorre com o registro da escritura definitiva no Cartório de Registro de Imóveis.

Diferente do IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano) e o ITR (Imposto Territorial Rural), em que este incide sobre bens imóveis nas áreas rurais e aquele em áreas urbanas, o ITBI incide em ambos, uma vez que para sua incidência considera apenas se é bem imóvel, seja ele urbano, seja ele rural.

Diante do exposto, “demonstra que o Direito Tributário é um Direito de superposição que se funda, em grande parte, no respeito às formas, institutos e conceitos de Direito Privado”. (COELHO, p.649, 2020). Quanto a este ponto, será exposto de forma mais clara e detalhada no tópico adiante.

3. COBRANÇA INDEVIDA DO ITBI

3.1 Definição do problema

No direito brasileiro, segundo Carlos Roberto Gonçalves, o contrato, por si só, não é suficiente para a transferência do domínio do imóvel, criando apenas obrigações e direitos. “A propriedade dos imóveis, entre nós, ocorre, precipuamente quando derivada de uma obrigação, pela transcrição do título no Registro de Imóvel” (VENOSA, 2013, p. 59).

Diferentemente do direito francês, em que a obrigação de dar e a transferência estão englobadas em um ato só, e “que atribui eficácia real aos contratos de alienação de coisa determinada, possibilitando a transferência do direito de propriedade pelo mero consentimento entre as partes” (GONÇALVES, 2019, p. 64).

Sendo assim, no nosso ordenamento, a escritura pública tão somente possui a força de gerar efeitos *erga omnes*, ou seja, contra terceiros, mas não a título de domínio sobre o bem, visto que isso ocorre somente no Cartório de Registro de Imóveis, de forma que aquele que não registra, não é o proprietário do imóvel.

Dispõe o art. 156, II, a “transmissão *inter vivos*”, a **qualquer título**, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição” (BRASIL, 1988, *online*). O termo destacado, muitas vezes utilizado como justificativa para a antecipação do recolhimento do crédito tributário antes do fato gerador, mas que é excepcionalmente explicado por Caliendo:

Igualmente não se justifica a antecipação do momento temporal de incidência do ITBI por força da expressão: a qualquer título, como sendo capaz de alcançar todos os negócios jurídicos causais de transferência da propriedade (promessa ou compromisso de compra e venda). Esta expressão, conforme já explicitado anteriormente, somente tem o condão de **afastar a aplicação completa da teoria da abstração da transferência da propriedade no direito nacional** (CALIENDO, 2019, p. 1.565 grifo nosso).

Desse modo, nosso sistema jurídico define dois planos do negócio jurídico, primeiro que ele seja válido, estabelecido pela vontade das partes, ambos capazes perante a lei civil, que o objeto seja lícito, possível, determinado ou determinável, que haja forma prescrita ou não defesa em lei, e que seja lavrado a escritura pública no Cartório de Notas visto que este documento “é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no país” (MELO, 2004, p. 382).

Posteriormente, que seja realizado o registro do documento na matrícula do imóvel, no Cartório de Registro de Imóveis, de modo que se pode concluir que “a **eficácia da tradição fica**

relacionada à eficácia do negócio jurídico antecedente” (CALIENDO, 2019, p. 1.563, grifo nosso).

Ademais, está pacificado nos tribunais superiores que o fato gerador da obrigação tributária, no caso do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis, somente ocorre mediante o registro do negócio no ofício competente, conforme se extrai do julgado do Superior Tribunal de Justiça abaixo transcrito:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS (ITBI). BASE DE CÁLCULO. VALOR DA ARREMATAÇÃO. FATO GERADOR. REGISTRO DA TRANSMISSÃO DO BEM IMÓVEL. SUMULA 83/STJ. 1. O valor da arrematação é que deve servir de base de cálculo do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis. Precedentes do STJ. 2. **O fato gerador do imposto de transmissão (art. 35, I, do CTN) é a transferência da propriedade imobiliária, que somente se opera mediante o registro do negócio jurídico no ofício competente [...]** (STJ, 2017, online, grifo nosso).

E, ainda, verifica-se que tal posição também se encontra pacificada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DEVIDO PROCESSO LEGAL. ITBI. FATO GERADOR. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. [...] 2. **A transferência do domínio sobre o bem torna-se eficaz a partir do registro público, momento em que incide o Imposto Sobre Transferência de Bens Imóveis (ITBI), de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** Logo, a promessa de compra e venda não representa fato gerador idôneo para propiciar o surgimento de obrigação tributária. [...] (STF, 2015, online, grifo nosso)

Além disso, os tribunais buscam sempre asseverar que não se pode considerar fato gerador a promessa de compra e venda pactuada entre as partes, visto que esta não transmite direitos reais relativos ao imóvel, criando apenas os direitos e deveres previstos no Código Civil quanto a esse tipo específico de contrato, conforme se extrai do seguinte julgado:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS. FATO GERADOR. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. IMPOSSIBILIDADE. A obrigação tributária surge a partir da verificação de ocorrência da situação fática prevista na legislação tributária, a qual, no caso dos autos, deriva da transmissão da propriedade imóvel. **Nos termos da legislação civil, a transferência do domínio sobre o bem torna-se eficaz a partir do registro.** Assim, pretender a cobrança do ITBI sobre a celebração de **contrato de promessa de compra e venda** implica **considerar constituído o crédito antes da ocorrência do fato imponible.** [...] (STF, 2015, online, grifo nosso)

Por fim, cumpre anotar que, em pesquisa estatística realizada junto aos Cartórios de Registro de Imóveis dos municípios da Região Administrativa de Sorocaba (79), o levantamento realizado aponta que praticamente a totalidade dos municípios brasileiros realiza a cobrança indevida do ITBI, antes da ocorrência do efetivo registro e, portanto, do fato gerador.

Reproduzindo uma das respostas obtidas no levantamento, pode-se dizer que o pensamento dos cartórios quanto a essa questão se resume em: “A antecipação do fato gerador do ITBI por lei

municipal é muito comum e, ainda que a inconstitucionalidade seja de clareza solar, enquanto não proposto o remédio constitucional (sic) cabível para este reconhecimento, as serventias extrajudiciais devem cumprir as leis municipais correspondentes” – Cartório de Registro Civil de Pardinho/SP, 28 de setembro de 2020.

3.2 Procedimento Administrativo Adequado

Existem três modalidades de lançamento do crédito tributário, quais sejam: de ofício, por homologação e por declaração. O ITBI e o ITCMD são impostos em que a modalidade de lançamento decorre por declaração.

Para que se efetive o lançamento, existem duas etapas, a primeira é o procedimento preparatório do lançamento, que é a prestação das informações necessárias como a base de cálculo, dados do sujeito passivo, alíquota aplicada, cálculo do valor devido e análise da autoridade administrativa competente. Segundo é o lançamento definitivo do crédito tributário.

O procedimento preparatório do lançamento por declaração, que é o caso do imposto em questão (ITBI), está previsto no art. 147 do CTN, em que a declaração é feita pelo sujeito passivo ou por terceiro, prestando à autoridade administrativa competente, informações indispensáveis para a sua efetivação.

Depois de analisar as informações prestadas, “a autoridade pode corrigir de ofício os erros por ela apurados, bem como arbitrar o valor atribuído pelo declarante aos bens, direitos, serviços ou atos jurídicos a serem tributados, quando este valor for omissivo ou não mereça fé”. (MACHADO SEGUNDO, 2015, p. 58).

Dessa forma, se a autoridade administrativa, entende que o valor declarado é excessivamente baixo ao valor real de mercado imobiliário, ela pode arbitrar esse preço.

Muitas repartições fiscais estabelecem previamente uma pauta fiscal, em que constam os valores e preços dos imóveis, de forma que a autoridade administrativa possua uma presunção absoluta; se o contribuinte declarar e comprovar, e o valor for menor que o da pauta, o lançamento será feito sobre o valor presumido.

Essa presunção absoluta e preestabelecida, chamada comumente de *pauta fiscal* e aplicada inclusive em outras modalidades de lançamento, é flagrantemente inválida, e vem sendo repelida há décadas pela jurisprudência, na medida em que faz com que o tributo seja calculado não sobre a realidade econômica indiscutivelmente revelada no fato gerador correspondente, previsto em lei, mas sim sobre um valor imaginado pela autoridade administrativa. (MACHADO SEGUNDO, 2015, p. 58)

Mesmo que os valores arbitrados, em tese, sejam válidos, o sujeito passivo pode contestar o valor, visto que existe a possibilidade de contraditório, seja administrativa ou judicial. “Feita essa avaliação contraditória, há de prevalecer o valor nela encontrado, e não aquele inicialmente fixado

pela autoridade lançadora” (MACHADO SEGUNDO, 2015 p. 59).

O lançamento, previsto no art. 142 do CTN, é um ato privativo da autoridade administrativa fiscal. “Isso porque é o modo de formalização do crédito tributário que é feito independentemente do reconhecimento do débito pelo contribuinte e mesmo contrariamente ao entendimento deste”. (PAULSEN, 2020, p. 396)

Desta forma, o “lançamento é necessário para que o sujeito ativo possa exercitar atos de cobrança do tributo” (AMARO, 2014, p. 338). Primeiramente, será constituído o crédito tributário e notificado o contribuinte. Se frustrada determinada cobrança, será inscrito o tributo em dívida ativa e posteriormente, dará início a uma ação judicial.

Já está pacificado na jurisprudência que o fato gerador do ITBI ocorre no momento efetivo da transferência de domínio do imóvel, o qual ocorre, segundo o art. 1.227 do Código Civil, com o registro no Cartório de Registro de Imóveis

Nesse caso, um contrato de compra e venda de um imóvel torna o sujeito ativo da prestação, sendo este o credor, tão somente possuidor da coisa, ficando o sujeito passivo (devedor) desobrigado, por exemplo, no momento em que ocorre a tradição da entrega da chave do imóvel, cumprindo o vínculo estabelecido.

Contudo o sujeito passivo, só se tornará proprietário, e terá o domínio do imóvel, bem como o direito real sobre o bem, no momento em que realizar o registro no Cartório e Registro de Imóveis.

Conclui-se, portanto, que o devido procedimento a ser seguido, é o registro no Cartório e Registro de Imóveis, o qual o oficial como responsável subsidiário e em seu dever de ofício, o contribuinte ou terceiro faria a declaração perante a autoridade administrativa competente, para apuração do crédito tributário. Sendo assim, o “contribuinte, nesses casos, cumpre seu dever de informar, mas espera a notificação quanto ao montante a ser pago”. (PAULSEN, p. 396, 2020)

Por conseguinte, a notificação do lançamento, se torna uma condição para que o lançamento tenha eficácia, podendo ser de forma pessoal, via postal ou por meio eletrônico conforme o art. 23 do Decreto. 70.735/72, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal.

A antecipação do recolhimento do ITBI antes do fato gerador é um tema que gera muita controvérsia, contudo, pacificada nos tribunais superiores. Leandro Paulsen entende que a maneira em que grande parte dos municípios adotam a antecipação, é, pois, uma prática que evita o dispêndio de muitos recursos na fiscalização, visto que essa prática permite que o próprio contribuinte, recolha o tributo para que assim, atinja a finalidade de seu negócio jurídico, qual seja o domínio do bem adquirido.

Enfatiza-se que a Fazenda Pública, respeitando o princípio da segurança jurídica, não

poderá constituir o crédito tributário a qualquer tempo, visto ser impossível este subsistir indefinidamente. “É necessário que o ordenamento jurídico imponha um limite temporal ao seu exercício” (MACHADO SEGUNDO, 2015, p. 85-86).

É dito, pois, que o direito de efetuar o lançamento tem natureza potestativa, contudo, submete-se a prazos estabelecidos por lei complementar, caso contrário, haverá a decadência tributária, ou seja, a perda do direito subjetivo de agir sobre o sujeito passivo, para efetivação e constituição do crédito tributário.

Dessa forma, são inconstitucionais “quaisquer disposições contidas em leis ordinárias, dos Municípios, dos Estados-membros, do Distrito Federal ou da União, fixando prazos decadenciais distintos daqueles estabelecidos em lei complementar federal” (MACHADO SEGUNDO, p. 79, 2015).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O poder constituinte originário traçou limitações ao poder de tributar com o intuito de impedir que o Estado violasse os direitos de liberdade e propriedade dos cidadãos ao instituir um tributo que venha prejudicá-los.

Sendo assim, a limitação demarca o modo, a forma e a intensidade da atuação deste poder, para que assim a administração pública não aja de forma discricionária quanto à implantação e cobrança de um tributo de forma abusiva.

Dessa forma, o princípio constitucional da legalidade tributária é um instituto fundamental e historicamente necessário para a garantia de segurança jurídica ao contribuinte e à limitação do poder de tributar do Estado.

Ademais, foi dissertado a respeito do aspecto histórico do ITBI e sua passagem pelas Constituições, as previsões constitucionais e legais, bem como seus aspectos constitutivos, e por fim, o fato gerador, que ocorre somente com o registro da escritura definitiva no Cartório e Registro de Imóveis, conforme previsto no art. 1.245 do Código Civil.

Posteriormente, estabeleceu-se o problema em questão, qual seja a constituição do crédito tributário e sua cobrança antes do seu fato gerador, ferindo o ordenamento jurídico brasileiro, como também o princípio constitucional da legalidade.

Por fim, foi apresentado o devido procedimento legal a ser seguido pela autoridade administrativa competente, bem como pelo contribuinte ou terceiro e também pelos responsáveis subsidiários pelo pagamento e recolhimento do imposto devido.

Em suma, chegou-se à conclusão de que este não causaria danos ao erário, haja vista ser a justificativa dos municípios ao anteciparem o recolhimento do imposto, garantindo a arrecadação e

evitando o dispêndio de recursos para a fiscalização.

Portanto, o gasto seria uma decorrência natural da atividade tributária legítima, visto que a arrecadação obtida atualmente fere o atual ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário**. 11 ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2017. 864 p.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ANTUNES, T. R. **Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis Inter Vivos: aspectos gerais, suas imunidades, isenções e não incidência**. 2012

BRASIL. **Alvará de 03 de junho de 1809**. Crêa o imposto do siza da compra e venda dos bens de raiz e meia siza dos escravos ladinos. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/alv/1809/alv-3-6-1809.html>. Acesso em 11 de out. de 2020.

_____. **Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824**. Rio de Janeiro: Tipografia Nacional, 1824.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em 11 de out. de 2020.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 11 de out. de 2020.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm> Acesso em 11 de out. de 2020.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm> Acesso em 11 de out. de 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em 14. out. de 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 14. out. de 2020.

_____. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>

Acesso em: 14 de out. de 2020.

_____. **Emenda Constitucional nº 5, de 21 de novembro de 1961.** Institui novas discriminações de renda em favor dos municípios brasileiros. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc05-61.htm#:~:text=EMENDA%20CONSTITUCIONAL%20N%C2%BA%205%2C%20DE,em%20favor%20dos%20munic%C3%ADpios%20brasileiros>. Acesso em: 11 de out. 2020.

_____. **Emenda Constitucional nº 7, de 22 de maio de 1964.** Suspende, provisoriamente e em parte, a vigência do art. 141, § 34 da Constituição. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc07-64.htm>. Acesso em: 14 de out. 2020.

_____. **Emenda Constitucional nº 18, de 1º de dezembro de 1965.** Reforma do Sistema Tributário. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc18-65.htm>. Acesso em: 11 de out. de 2020.

_____. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.** Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm>. Acesso em: 11 de out. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.670.521/SP.** Segunda Turma. Rel. Min. Herman Benjamin. Brasília, DF: Diário de Justiça Eletrônico [2017]. Publicado em 30 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 656.** É inconstitucional a lei que estabelece alíquotas progressivas para o imposto de transmissão inter vivos de bens imóveis - ITBI com base no valor venal do imóvel. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2003]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2151>. Acesso em: 11 out. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário nº 805.859/RJ.** Primeira Turma. Rel. Min. Luis Roberto Barroso. Brasília, DF: Diário de Justiça Eletrônico [2015]. Publicado em: 09 mar. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário nº 807.255/RJ.** Primeira Turma. Rel. Min. Luiz Edson Fachin. Brasília, DF: Diário de Justiça Eletrônico [2015]. Publicado em: 03 nov. 2015.

CALIENDO, Paulo. **Direito Tributário.** 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CAPARROZ, Roberto. **Direito Tributário Esquematizado.** 3 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CARNEIRO, Claudio. **Curso de Direito Tributário e Financeiro.** 9 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário.** 30. Ed. São Paulo: Saraiva Educação,

2019.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 17. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

_____. **Curso de Direito Tributário**. 17ª ed. São Paulo: Editora Forense, 2020.

FRANÇA. **La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen**. Disponível em: <<https://www.elysee.fr/la-presidence/la-declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen>>. Acesso em: 11 out. 2020

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, vol. 2: teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2019.

MELO, José Eduardo Soares de. **Curso de direito tributário**. 5. Ed. São Paulo: Dialética, 2004.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário Completo**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. **Processo Tributário**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2013.

SOUZA, Rubens Gomes. **O sistema tributário federal**. Revista de Direito Administrativo, v. 72, p. 1-22, 1963.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. **Magna Carta – 1215 (Magna Charta Libertatum)**. São Paulo, 1999. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/magna-carta-1215-magna-charta-libertatum.html>>. Acesso em: 14. out. 2020.

PENHORABILIDADE DA VERBA DE CARÁTER REMUNERATÓRIO: ATIVISMO OU ILEGALIDADE DO POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA?

André Murilo Parente Nogueira¹

Vanessa Nunes Pereira²

RESUMO

Aborda o impacto proveniente do ativismo judicial, no âmbito do STJ, no que tange à penhorabilidade de parcela das verbas remuneratórias, ante expressa vedação legal. O processo civil deve se destinar a atender seus escopos social, político e jurídico não podendo se isolar em si mesmo, devendo se abrir à percepção de sua finalidade como instrumento de efetivação de direitos. Contudo, o Judiciário, ainda que haja exposta fragilidade na norma debatida, necessita amoldar-se ao conteúdo legislado, com maior ou menor grau, não devendo abrir espaço ao ativismo judicial através de ilegalidade, ainda que o ativismo cumpra papel na consagração de direitos. Busca-se demonstrar que a penhora estudada gera insegurança jurídica e afronta a lei, bem como apresenta alternativa, inspirada no direito comparado, apta a proporcionar efetividade à tutela jurisdicional mediante técnica constitucionalmente admitida.

PALAVRAS-CHAVE: Penhora. Salário. Ativismo Judicial. Ilegalidade. Efetividade.

ABSTRACT

It addresses the impact of judicial activism, within the scope of the STJ, with regard to the pledge of a portion of the remuneration, given the express legal prohibition. The civil process must be aimed at meeting its social, political and legal scopes and cannot be isolated in itself, and must open to the perception of its purpose as an instrument for the realization of rights. However, the Judiciary, although there is weakness in the debated norm, it needs to conform to the legislated content, to a greater or lesser extent, and should not make room for judicial activism through illegality, even if activism plays a role in the consecration of rights. It is intended to demonstrate that the studied attachment generates legal insecurity and affront to the law, as well as presents alternative, inspired by the comparative law, able to provide effectiveness to the judicial protection through constitutionally accepted technique.

KEYWORDS: Garnishment. Remuneration. Judicial Activism. Illegality.

INTRODUÇÃO

O estudo versará a respeito dos impactos concernentes à postura judicial ativista judicial, notadamente, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça em relação à possibilidade de penhora de parte das verbas de caráter remuneratório, como os salários, não obstante a vedação legal estatuída pela política legislativa do Código de Processo Civil. Através do método dedutivo, manejado por

1 Advogado, Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Ius Gentium Conimbrigae – Universidade de Coimbra; Doutor e Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pelo Centro Universitário de Bauru – mantido pela Instituição Toledo de Ensino - ITE; Professor de Direito Processual Civil e Coordenador do Curso de Direito da ITE/Botucatu; Professor de Direito Processual Civil do Centro Universitário de Bauru – ITE/Bauru; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP; Presidente da 25ª Subseção da OAB/SP (2013/2018).

2 Advogada, Pós-Graduada em Direito Civil e Processual Civil pela Instituição Toledo de Ensino – ITE.

meio de pesquisas doutrinária e jurisprudencial, buscará estudar o comportamento do STJ que, muito embora reconheça a vedação expressa estabelecida pelo Código de Processo Civil, vem admitindo a penhora parcial de verbas de natureza salarial para pagamento de débitos exequendos de natureza não alimentar.

Iniciaremos com a abordagem do denominado ativismo judicial, assim como sua crescente influência vem afetando as recentes decisões de nossos tribunais, tangenciando e, por vezes, ultrapassando, a linha tênue existente entre a separação dos três poderes.

Ainda, de modo a demonstrar a necessidade de se entregar tutela jurisdicional satisfativa, abordaremos aspectos da execução, trazendo as formas de cumprimento em conjunto com os instrumentos de coerção adotadas para tanto, bem como a limitação à prática de atos materiais estatais executivos, prevista no artigo 833, inciso IV, do Código de Processo Civil, como ferramenta limitadora do poder do Estado-juiz frente à necessidade de preservação do mínimo vital com dignidade em favor do executado.

A partir de tais premissas, que impõem um duelo entre a efetividade da tutela jurisdicional e a preservação da dignidade da pessoa humana do executado, desenvolveremos a análise da postura ativista do Superior Tribunal de Justiça em relação à impenhorabilidade das verbas de natureza salarial, passando por abordagens de direito comparado, de modo a proporcionar ao leitor uma análise crítica acerca do transbordamento ou não dos limites da competência da atividade jurisdicional, como meio de viabilização da satisfação do débito exequendo.

Buscaremos, outrossim, apresentar caminho constitucional e legalmente viável no tocante à penhora de tais valores, de maneira a assegurar satisfatividade na prestação jurisdicional, sem que isso implique em rompimento com as competências institucionais de cada órgão do poder e com a opção político-legislativa do Código de Processo Civil.

1. ASPECTOS GERAIS DO ATIVISMO JUDICIAL

A ideia de ativismo judicial surgiu em decorrência do amadurecimento do constitucionalismo, notadamente resultado do surgimento do constitucionalismo social e fruto dos pensamentos pós-positivistas, exponenciados pelo momento pós Segunda Guerra Mundial, quando os direitos fundamentais tomaram o papel de núcleo axiológico e o vetor interpretativo máximo do Direito Constitucional Contemporâneo, denominado de Neoconstitucionalismo.

Assim é que Celso Jefferson Messias Paganelli, José Antonio Gomes Ignácio Júnior e Alexandre Gazeta Simões (2011, p. 132), remontam o berço do ativismo judicial às decisões da Suprema Corte norte-americana, principalmente no que tange ao controle de constitucionalidade de leis federais, exercido na segunda metade do século XX, quando a jurisprudência, influenciada pela

Constituição Federal do México de 1917 e pela Constituição Alemã de Weimar de 1919, revelou posicionamento progressista em relação à efetivação dos direitos fundamentais.

Embora a origem do ativismo judicial seja parcialmente clara, a elaboração de um conceito para tal fenômeno jurídico enfrenta numerosas barreiras, ao passo que, devido ao diverso número de vertentes e posicionamentos doutrinários, há grande cisão entre os estudiosos quanto aos benefícios ou malefícios de sua prática, dificultando a consolidação do tema em um conceito único.

Na ótica de Celso Jefferson Messias Paganelli (2011, p. 21), o ativismo judicial permite uma participação ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores constitucionais modernos, agindo com maior interferência nas atribuições dos demais poderes, revelando, de certo modo, uma visão positiva, exaltando a atuação em defesa dos valores neoconstitucionais e suas finalidades.

Por outro lado, o exercício do ativismo excede os limites do controle de constitucionalidade - inerente ao Judiciário - e desafia os atos dos demais poderes, conforme elucida Vanice Regina Lírio Valle (2009, p. 21/22), conturbando a linha tênue da separação dos poderes, ferindo a tripartição imposta pela Carta Constitucional.

Nota-se que, o exercício do ativismo judicial labora numa linha limítrofe entre a consagração de direitos pela tutela jurisdicional efetiva e adequada e, noutra banda, pelo transbordo das margens da legislação, devendo, pois, o Judiciário, encontrar essa justa medida. Paralelo a Elival Silva Ramos (2015, p. 14 e 271/273), consideramos que:

“Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legislação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos Órgãos Superiores do aparelho Judiciário e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.[...] Ao Poder Judiciário deveria caber, nesse modelo, o controle jurídico da atividade intervencionista dos demais Poderes. No entanto, sobre ele também recaem as expectativas e pressões da sociedade no sentido da mais célere possível consecução dos fins traçados na Constituição, incluindo a imediata fruição de direitos sociais ou a extensão de benefícios, de universalização progressiva, concedidos a determinadas categorias ou regiões com exclusão de outras. É nesse sentido que se pode dizer que o próprio modelo de Estado-providência constitui força impulsionadora do ativismo judicial, levando juízes e tribunais a relevar, em algumas situações, a existência de limites impostos pelo próprio ordenamento cuja atuação lhes incumbe, na ilusão de poderem ‘queimar’ etapas, concretizando, no presente, o programa que a Constituição delineou prospectivamente [...]. Não resta dúvida de que o ainda significativo descompasso entre as condições socioeconômicas projetadas pela Constituição a todos brasileiros e aquelas efetivamente vivenciadas pela maioria a população é um dos combustíveis do voluntarismo judiciário [...].”

Esse novo modelo constitucional, ao reconhecer a centralidade na dignidade da pessoa humana, do próprio sujeito titular de direitos frente ao Estado, acompanhado da expansão dos

direitos fundamentais – mormente marcados pela característica da evolutividade –, tem exigido um novo paradigma hermenêutico-constitucional que se mostre apto a superar o modelo abstencionista do Estado Mínimo oitocentista e, por meio da prestação jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva, consagre direitos constitucionalmente assegurados e, nessa perspectiva, a força ativa³ da Constituição da República.

É preciso construir um novo modelo de atuação judicial ante ao reconhecimento da insuficiência do anteriormente instaurado, de maneira que o Estado-juiz participe mais ativamente da realidade social em que está inserido, prestando-se como agente redutor das desigualdades e democratizante das relações sociais, inclusive, na seara do próprio Judiciário, quando se pensa na viabilidade de acesso material à justiça, o que é destacado por José Igreja Matos (2010, p. 146):

“Daí a constatação essencial segundo a qual a organização da justiça civil e, em particular, a tramitação processual, não pode ser reduzida a uma ordem de grandeza meramente técnica, socialmente neutra, como era comumente concebida pela teoria processualista. Crucial é perceber, portanto, que o processo não é somente um instrumento operativo, devendo sublinhar-se o seu conteúdo ético como ferramenta que permite à jurisdição a realização dos escopos sociais, permitindo a passagem de *la pyramide au réseau*”.

É nessa quadra histórica que vivenciamos o crescimento do denominado ativismo judicial como meio ou técnica instrumentalizada pelo Estado-juiz para satisfação e concretização dos direitos ante a insuficiência do modelo racionalista-liberal e do reconhecimento do escoamento dos meios de efetivação advindos da legislação, o que, por si só, não se mostra necessariamente desvantajoso, pelo contrário, reforça a concepção de que há necessidade de se efetivar os direitos e que o Judiciário não pode permanecer neutro e abstêmio no que diz respeito ao cumprimento de seu papel social dentro de um sistema democrático.

De igual maneira o processo civil deve se destinar a atender seus escopos social, político e jurídico não podendo se isolar em si mesmo, como se autossuficiente e alheio à realidade fosse, devendo se abrir à percepção de sua finalidade de instrumento de efetivação de direitos, não havendo mais espaço para um processo autonomista e desvinculado da realidade, de tal modo que a tutela jurisdicional prestada pela via do processo deve ser suficiente e apta para o atendimento das necessidades do direito material deduzido, consagrando e efetivando direitos, assegurando a justiça

3 Konrad Hesse, **A Força Normativa da Constituição**, p. 11-19, aponta: “A idéia de um efeito determinante exclusivo da Constituição real não determina outra coisa senão a negação da Constituição jurídica. Essa negação constitucional importa na negação de seu valor enquanto ciência jurídica [...]. Assim, o Direito Constitucional não estaria a serviço de uma ordem justa, cumprindo-lhe tão somente a miserável função – indigna de qualquer ciência – de justificar as relações de poder dominante [...]. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas, provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*)”.

e a pacificação sociais.

Aliás, essa tem sido a tônica das amplas reformas pelas quais o processo civil brasileiro vem passando até desembocar no CPC, o rompimento do excesso de formalismo e autonomia para aproximação de sua instrumentalização e aproximação da realidade social, como se percebe pela sua Exposição de Motivos (a par seu descompasso, em determinados aspectos, em relação ao conteúdo do Código, ante as substanciais alterações havidas na Casa Legislativa Revisora e o PLS 166/10, do Senado Federal⁴):

“Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo [...]. Afinal, é na lei ordinária e em outras normas de escalão inferior que se explicita a promessa de realização dos valores encampados pelos princípios constitucionais. O novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo”.

O processo civil não pode ser pragmático ou cético, sua finalidade é efetivar direitos, não podendo se conceber um Judiciário, cuja alarmante realidade social salta aos olhos e, nesse particular, o ativismo judicial ganha espaço frente à inoperância das demais funções do poder e não se pode negar que cumpre importante papel na consagração de direitos, rompendo o dogma do liberalismo clássico de neutralidade do juiz, a fim de que a ele se atribua função social de efetivação da igualdade material, com o que se percebeu diversos avanços na perspectiva da tutela jurisdicional.

Entrementes, essa nova postura do Direito e os reclames pelo comportamento ativo do Judiciário tem conferido arriscada margem para que a cúpula do Judiciário, ao discursivamente exercer tal papel, extrapole os limites constitucionalmente impostos e se apodere de parcela de poder.

A efetivação dos direitos no ativismo judicial perpassa pela busca do significado da norma pelo magistrado, sua essência, alcance, sentido, valores sociais e aspectos históricos que

4 “[...] constatamos que a Exposição de Motivos no NCPC se encontra distanciada da redação final do Novo Código de Processo Civil e sua ulterior alteração decorrente da edição da Lei nº 13.256/16, durante o período de sua *vacatio legis*, por forte influência dos tribunais superiores. Na verdade, a tramitação do PL nº 8.046/10 na Câmara dos Deputados, Casa Revisora do NCPC, implicou em tão consideráveis e drásticas distorções entre o que previa o PLS nº 166/10 (redação originária do CPC) do Senado Federal, que a Exposição de Motivos do NCPC nos parece se referir a outro diploma, que não o Código vigente. [...] se efetuarmos a leitura da Exposição de Motivos e do texto do Diploma final, verificaremos que em nada se parecem ou guardam liame; verdadeira teratologia legislativa, temerária e lamentável, que nos leva a afirmar que o Novo Código de Processo Civil não ‘possui certidão de nascimento’, não possui gênese definida, que solidifica e reforça o pensamento de que não bastam alterações legislativas para que tenhamos um processo célere e efetivo, mas sim e principalmente, indispensável se mostra uma reforma ideológica daqueles que conduzem, pensam e aplicam o processo civil brasileiro” (Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/nv8q3cca/D4IJ9Dzi5dq2r4JT.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2019).

acompanham o texto normativo – ou, caso ele seja inexistente, o sistema jurídico – cabendo ao juiz a busca pela concretização do direito material consagrado na norma, sem que, com isso, macule a segurança jurídica e as disposições expressas da norma, não se tratando de uma criatividade judicial discricionária e ilimitada⁵. Pode-se afirmar, portanto que o magistrado ativista “não deverá adotar uma posição de mera passividade e sujeição em relação à lei, o que não significa, porém, que sua atuação possa levar à destruição do ordenamento jurídico”⁶.

O ativismo judicial deve se fazer presente para efetivar direitos contemplados na norma, é a democratização pela norma, pelo trabalho hermenêutico-argumentativo, pela via de interpretativismo da lei em sentido amplo, ou seja, se confere ao Judiciário a possibilidade de, criativamente, reconhecer valores, aspectos histórico-sociais e econômicos para, a partir de então, prestar tutela jurisdicional concretizadora do direito pleiteado. Ao magistrado, nos limites da lei em sentido amplo, contudo, superando o dogma da neutralidade e do acorrentamento ao seu texto, é conferida a possibilidade de consagrar direitos pela via da tutela jurisdicional, o que não quer dizer que o magistrado pode, segundo seus critérios pessoais e subjetivos, estabelecer sua decisão, inovando o ordenamento jurídico. O juiz continua, ainda que na perspectiva do ativismo judicial que, repita-se, é uma virtude na consagração de direitos, limitado pela norma e por um procedimento democrático que assegura segurança e previsibilidade, não podendo ceder espaço a um simbolismo interpretativo ou decisionismo decorrente de suas próprias crenças.

A lei possui um mínimo de objetividade que deve ser considerada pelo intérprete, ainda que numa postura ativista, não podendo ser simplesmente desprezada ou ignorada, partindo-se de um marco zero pessoal e subjetivo, o que deixa de ser ativismo para se configurar em autoritarismo.

Prescinde-se que o Judiciário labore com temperança e prudência, dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico, na medida em que a ele não fora conferida liberdade absoluta, nem pela lei, nem pela Constituição, não se podendo conceber em um Direito livre⁷, no

5 Cuidando do Supremo Tribunal dos Estados Unidos, Elisabeth Zoller, in *Esplendores e misérias do constitucionalismo. Sub Judge: justiça e sociedade*, p. 11, janeiro/junho, 1998, destaca a redução do poder do juiz frente à posição da democracia de massas e a necessidade de respeito às posições do Congresso, contrariamente ao que se tem notado no Brasil, afirmando: “[...] Já há tempo os observadores avisados e lúcidos da vida política a notaram (afastamento do Supremo nas decisões políticas). A apresentação do Supremo como instituição anti-democrática (*conter-majoritarian institution*) revela da longa duração de um mito. Após o aparecimento da democracia de massas, o Supremo Tribunal não teve outra opção que não a de adotar uma política jurisprudencial de acordo com a posição majoritária ou, para colocar a questão de outra forma, o aparecimento da democracia governante nos Estados Unidos foi acompanhada do declínio do poder dos juízes”.

6 *Ibidem*, p. 38.

7 Aponta Lenio Luiz Streck, em *Juiz não é Deus: juge n'est pas Dieu*, p. 92, “[...] baixa na cuca de um ou mais sujeitos privilegiados e pretendem: (a) haver descoberto o ‘direito livre’ dentro de suas ‘belas almas’, revelando um ‘sentimento do direito’ [...] ou (b) que deferem aos juízes, como no *judge-made law* (o direito criado pela magistratura), de certa ideologias norte-americanas, o poder judicial de construir normas (escopos processuais, livre convencimento etc.), além e acima do que está nas leis: um direito rápido, ‘realista’ (tudo está na decisão) e concreto do que o dos códigos.”

sentido de direito a ser arbitrariamente construído pelo juiz diante da solução do caso concreto, ainda que a despeito da necessidade de efetivação das normas, sob pena de instauração do caos social, onde as vontades individuais de cada julgador se sobrepõem àquela manifestada na norma.

O juiz é livre, desde que dentro dos limites do ordenamento constitucional e infraconstitucional em que está inserido; o juiz que acredita que pode julgar livremente sem se vincular à norma equivocase tanto quanto aquele que permanece neutro ante à realidade social posta, não havendo violação menos ou mais grave nessas atuações, sendo ambas temerárias à ordem constitucional e à construção de um Estado de Direito. Não se pode admitir, pois, que a despeito de consagrar direitos e efetivar políticas públicas afirmativas, permitir que, em casos intersubjetivos, como os regulados pelo Código de Processo Civil, o juiz possa, a partir da palavra mágica “ativismo”, desconsiderar a opção normativa, ainda que seja merecedora de críticas.

É justamente nesta perspectiva que a presente pesquisa propõe uma reflexão quanto as mais recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça, através das quais, valendo-se de controversa e polêmica interpretação da lei e da Constituição, flexibilizou a impenhorabilidade das verbas salariais na tutela executiva de caráter não alimentar, confrontando expressa disposição normativa estampada pelo Código de Processo Civil.

2. DA TUTELA EXECUTIVA E A IMPENHORABILIDADE DAS VERBAS SALARIAIS

As relações processuais executivas consistem em ritos procedimentais destinados a entregar ao credor a tutela executiva, possibilitando, ao exequente, a adoção de técnicas de coerção que levem o devedor ao adimplemento da obrigação, fazendo com que o papel do Estado-juiz seja de operador e controlador dos atos materiais disponibilizados ao exequente em busca da satisfação da obrigação. É preciso compreender que o processo de execução se trata de providência processual na qual se busca comportamento do executado tendente ao pagamento, caso contrário, adotar-se-ão mecanismos processuais tendentes à satisfação do débito exequendo pela via da expropriação patrimonial, maculando bens e direitos do executado à relação executiva, como forma de adimplemento.

O Poder Judiciário preside os caminhos traçados pelo credor-exequente, como também promove a valoração das técnicas executórias pretendidas, a fim de preservar os princípios constitucionais e infraconstitucionais que garantam a mínima dignidade do executado e resguardem, ao mesmo tempo, o direito de satisfação do crédito do exequente, o que nos remete ao fato de que o magistrado tomará as providências concretas listadas pelo exequente para que a obrigação seja satisfeita, desde que não violados as garantias mínimas previstas tanto para credor como para devedor, num jogo que busca equalizar os primados da efetividade da tutela jurisdicional em face da

menor onerosidade e da dignidade do executado.

De acordo com o objeto da execução forçada, podemos classificá-la como específica ou subsidiária, aquela, atrelada às obrigações de fazer, não fazer ou entregar coisa certa, já que busca satisfatividade na própria espécie em que foi convencionada, ao passo que na última se pretende a expropriação de patrimônio do executado, a fim de propiciar um valor equivalente ao que se daria pela execução específica, se fosse possível, indenizando o credor por seu prejuízo patrimonial. As execuções, específica ou subsidiária, se valem, conforme a natureza da obrigação, de meios ou atos materiais executivos, diretos ou sub-rogatórios (no qual o Estado-juiz se coloca na vontade do devedor para cumprimento da obrigação, como no caso do art. 501, do Código de Processo Civil) ou indiretos/coercitivos, onde o Judiciário atua de modo a compelir, psicologicamente, o devedor a satisfazer a obrigação (como no caso das astreintes e da multa pelo não pagamento voluntário, respectivamente, dispostos nos arts. 537 e 523, § 1º, do CPC).

Nesse caminhar, é que, para forçar o devedor ao cumprimento da obrigação, os instrumentos de coerção, direta e indireta, são adotados pelo magistrado com vistas à máxima efetividade e destina-se à capacidade do processo em assegurar o objetivo ao qual se propõe. Tais práticas, em regra, nas execuções de pagar, maculam o patrimônio do executado, consoante o princípio da patrimonialidade, esculpido no disposto pelo art. 789, do CPC. Isso sem mensurarmos a novel discussão acerca da viabilidade de adoção de medidas atípicas nas obrigações de pagamento – para não nos distanciar do cerne do estudo-, conforme a interpretação que se tem conferido pela disposição do art. 139, inciso IV⁸.

Ocorre que, muito embora a relação processual executiva seja satisfativa, tais práticas de intromissão adotadas pelo Estado-juiz em desfavor da vontade do executado como forma de adimplemento da obrigação não voluntariamente quitada, são balizadas para preservar o mínimo existencial com dignidade do executado, como nos artigos 832 e 833, do CPC e em outras legislações extravagantes, v. g., a Lei nº 8.009/90, que instituiu a impenhorabilidade do bem de família.

Nesse enfoque, para fins propostos pelo presente estudo, destacamos o inciso IV, do artigo 833, da Lei Processual Civil, cujo qual estabelece a impenhorabilidade dos *vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios, bem como quantias recebidas por liberalidade de terceiro e voltadas ao sustento do executado e sua*

8 Concluindo esse raciocínio, vale colacionar a visão de Marconi D'arce (2017): “Desta forma, se conclui que o CPC/15 veio aumentar o leque de possibilidades do credor, com a participação efetiva do judiciário, em receber a quantia certa devida por outrem em decorrência de título executivo judicial ou extrajudicial, positivando novos meios coercitivos para tanto, com o intuito de dirimir o questionamento da efetividade das normas procedimentais e atos praticados pelos julgadores, assim como minorar o amontoado de processos de execução em trâmite na justiça brasileira”.

família, além dos ganhos como trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, pode-se dizer, das verbas de caráter remuneratório em geral. Essa impenhorabilidade decorre do fato de que tais verbas possuem natureza alimentar, em que a penhora ou a expropriação significariam a invasão no mínimo existencial do executado e, conseqüentemente, de sua família, já que interferiria de maneira direta em sua manutenção, no que diz respeito às necessidades básicas de habitação, transporte, alimentação, educação e saúde, por exemplo.

Justamente para atender necessidade de caráter alimentar que o § 2º do mesmo dispositivo traz exceção à regra, prevendo a possibilidade de penhora da verba de caráter remuneratório quando se tratar de débito de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, já que estar-se-á diante do direito alimentar de outrem, o qual, em tese, não possui condições de prover sua própria subsistência. Em síntese, a impenhorabilidade impõe limites à satisfação do exequente, garantindo o mínimo existencial, como aduz Daniel Neves (2016, p. 1049):

“Como se nota, a impenhorabilidade de bens é a última das medidas no trajeto percorrido pela “humanização da execução”. A garantia de que alguns bens jamais sejam objeto de expropriação judicial é a tentativa mais moderna do legislador de preservar a pessoa do devedor, colocando-se nesses casos sua dignidade humana em patamar superior à satisfação do direito do exequente. É corrente na doutrina a afirmação de que razões de cunho humanitário levaram o legislador à criação da regra da impenhorabilidade de determinados bens. A preocupação em preservar o executado – e quando existente também sua família – fez com que o legislador passasse a prever formas de dispensar o mínimo necessário à sobrevivência digna”.

O Código de Processo Civil optou, por política legislativa, manter a redação do revogado art. 649, inciso IV, do CPC de 1973, mantendo preservada a mencionada proteção legal. Ocorre que, o Superior Tribunal de Justiça, em postura de legalidade questionável, objetivando consagrar a ideia do processo civil de resultados e à máxima da efetividade da execução, assim como atender à satisfatividade do direito do credor, vem permitindo a penhora de salários e seus derivados, quando comprovada a possibilidade de manutenção da sobrevivência digna, valendo-se, para tanto, da elástica e vaga concepção de proporcionalidade/razoabilidade.

Esse posicionamento permissivo da penhora de porcentagem da verba de natureza salarial nos gera uma série de dificuldades hermenêuticas que precisam ser superadas, não pela premissa de se satisfazer débito exequendo, mas sim da constitucionalidade e legalidade da providência e, se assim admitirmos, em por qual razão fixar nesse ou naquele patamar, estabelecido, de forma aleatória e subjetiva, numa determinada porcentagem.

3 A PENHORABILIDADE DAS VERBAS DE NATUREZA SALARIAL E O POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A partir das premissas lançadas no trabalho, passaremos a estudar o posicionamento do

Superior Tribunal de Justiça que, numa postura equivocada de ativismo judicial, passou a relativizar a regra de impenhorabilidade das verbas de caráter remuneratório do executado, a despeito da expressa proibição normativa na adoção dessa técnica expropriatória. Como dito, o ativismo judicial permite uma participação ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores constitucionais e faz com que haja maior interferência nas atribuições dos demais órgãos do poder excedendo, com isso, a essência extraída da norma como mecanismo de consagração de direitos.

Ao voltar o conceito atribuído ao ativismo judicial para a problemática aqui exposta, verifica-se que a relativização da impenhorabilidade das verbas de caráter salarial como vem sendo abordada pelo STJ, trata-se de adoção equivocada de ativismo judicial, visto que o Poder Judiciário relativiza uma vedação expressa do CPC, demonstrando invasão às atribuições do Poder Legislativo.

Vislumbra-se, também, que nenhuma das decisões do STJ realizou o controle de constitucionalidade incidental ou difuso do dispositivo nos moldes tradicionais, inexistindo manifestação por sua inconstitucionalidade ou interpretação conforme à Constituição, não havendo critérios objetivos que orientem a aplicação, ou não, do dispositivo. Se verifica um processo de *duplo juízo de proporcionalidade*, que extrapola os moldes do controle de constitucionalidade tradicionalmente aplicados, através do sopesamento em duas etapas diante do caso, conforme elucida Hermes Zaneti Júnior (2019, p. 13):

“Nos casos concretos, precisará ocorrer uma análise de constitucionalidade da restrição e das restrições à restrição. A regra legal da impenhorabilidade é em princípio típica, mas admite ampliações e restrições por força da existência de direitos fundamentais implícitos e posições jurídicas fundamentais não previstas nas hipóteses casuísticas nela declinadas. A doutrina determinou este processo de duplo juízo de proporcionalidade, no primeiro juízo a) a norma é constitucional em abstrato; no segundo, b) a norma poderá ser desaplicada em controle de constitucionalidade difuso em razão das peculiaridades do caso concreto, afastando-se as impenhorabilidades disponíveis já existentes ou criando-se novos casos de impenhorabilidade”.

Compreende-se que na medida em que as execuções vêm sofrendo considerável aumento com a inadimplência de seus devedores, o Superior Tribunal de Justiça vem modificando seu entendimento acerca da impenhorabilidade expressamente positivada pelo Código de Processo Civil em seu artigo 833, inciso IV, numa prática de casuísmo e decisionismo, assumindo o papel de paladino da justiça em detrimento da lei. Parece-nos abordagem equivocada da função da Corte.

Ademais isso, a incapacidade legislativa de suprir as necessidades sociais, a discordância quanto ao conteúdo da norma ou a omissão dos demais órgãos do poder estatal, por si só, não implicam em dizer que estamos diante de alteração das fontes primárias do Direito.

Essa atuação não confere maior ou menor grau de democracia na atuação desse ou daquele órgão do poder estatal, pelo contrário, essa lógica da busca pelo equilíbrio entre as atividades do

Estado, onde, num modelo de freios e contrapesos, os órgãos se mostram independentes e harmônicos entre si. Marco Félix Jobim (2013, p. 104), cuidando da adoção de práticas ativistas pelo Judiciário estadunidense, define:

“[...] quando o Poder Legislativo não consegue atribuir ao povo, novas leis que possam modificar esse ambiente ou quando o Poder Executivo fica inerte em seu poder de administrar, é o Poder Judiciário que deverá interferir, em ambos os casos, por meio de processos individuais e coletivos. A esse fenômeno dá-se o nome de ativismo judicial, em contraposição à contenção judicial, o que, em alguns casos, pode trazer benefícios e em outros prejuízos, sendo que o que ora se defende é um ativismo judicial equilibrado a tendência do acerto é maior do que do erro”.

A força ativa da Constituição estabelece direitos e constrói mecanismos para sua efetivação e, de outro lado, também deve assegurar legitimidade aos agentes públicos, impedindo que, *a priori*, manifestação contramajoritária do Judiciário crie normas a partir de sua concepção subjetiva; não que não se possa interpretar e buscar *ratio* da norma – pelo contrário, essa postura efetivadora dos direitos consagrados é esperada em face da atuação jurisdicional - mas criar livremente direitos consoante decisionismos, parece-nos insustentável e muito além do que se deve compreender como ativismo judicial.

Os direitos e procedimentos estão criados pela Constituição Federal por legítima opção político-jurídica, cabendo ao Estado-juiz efetivá-los, o que não implica afirmar que o Judiciário cria normas gerais pela via da decisão das lides intersubjetivas, nem deve ser considerado como uma exortação ao procedimentalismo puro, mas sim, como reforço à concepção de democracia substancialista onde valores são protegidos pelo procedimento.

Ao Judiciário compete, por meio do trabalho hermenêutico, conferir sentido e efetivar a norma legislada, respeitados os limites da Constituição Federal, sendo sabido que essa interpretação dá-se num contexto histórico, consoante valores eleitos pela sociedade e pressupõe paradigma que não podemos incluir numa situação de pura neutralidade ou distanciamento pelo julgador, no entanto, esse viés não lhe confere irrestrita liberdade criativa, que está adstrita à lei em sentido amplo ou aos mecanismos constitucionais de afastamento dessa lei.

Frágil, outrossim, a alegação de que o Código revogado, ao cuidar da hipótese, se valia da expressão “*absolutamente*”, ao passo que o hodierno, não o faz, portanto, caberia ao juiz “interpretar” a impenhorabilidade, de modo a lhe proporcionar maior ou menor elasticidade. Tal pensamento, a prevalecer, nos faz pensar que toda lei deverá se fazer acompanhar de advérbios que tornem seu comando mais hiperbólico, porque a lei, por si só, não consegue impor condão imperativo: nada mais temerário.

Não se está a pregar uma fundamentação filosófica procedimentalista pura, como no

positivismo exegético⁹, mas que há necessidade de que a lei seja analisada em sua essência, não constituída ao alvitre do Judiciário e ao espírito de boas intenções, típicas dos deciosionismos e da subjetividade. Paralelamente ao sustentado, salutar a citação de Osmar Mendes Paixão Côrtes (2008, p. 156/157), alude:

“O magistrado, que é o intérprete qualificado, deve analisar o caso concreto, e analisar a lei, sempre buscando não a vontade do legislador antigo, mas a vontade da própria lei, relacionada aos princípios atuais, atualizando a norma objetiva, levando em conta não apenas os métodos lógico e gramatical de interpretação, mas correspondência da norma com a realidade social. Não pode, todavia, fugir da lei. Os limites da interpretação terminam na própria norma. A lei, como expressão do direito posto, tem um duplo papel, sendo o ponto de partida e o limite para o intérprete no Estado de Direito. O risco de agir à margem das disposições legais [...] é grande e pode levar ao subjetivismo e à arbitrariedade judicial. Ofendendo o próprio princípio da separação dos poderes, além de desrespeitar o princípio da segurança jurídica e o limite para o intérprete no Estado de Direito. [...] não podendo o juiz agir simplesmente como se não houvesse nenhuma previsão legislativa, de acordo com sua consciência [...] o certo é que nunca se deve simplesmente esquecer a lei e a sistemática do ordenamento jurídico”.

O ativismo cuida-se de ferramenta incrementadora da prestação jurisdicional, contudo, entendemos que o Judiciário não pode pretender, com seus juízos subjetivos, deixar de aplicar a norma legislada, sob pena de, a pretexto de efetivar, instituir um cenário de insegurança jurídica de plurisubjetivismos. Essa ressalva é ventilada por Eros Grau (2015, p. 207), que aduz:

“Todo intérprete, assim como todo juiz, embora jamais esteja submetido ao 'espírito da lei' ou à 'vontade do legislador', estará sempre vinculado pelos textos normativos, em especial, mas não exclusivamente - é óbvio -, pelos que veiculam princípios (e faço alusão aqui, também, ao 'texto' do direito pressuposto). E cumpre também observarmos que os textos que veiculam normas-objetivo reduzem a amplitude da moldura do texto e dos fatos, de modo que nela não cabem soluções que não sejam absolutamente adequadas a essas normas-objetivo”.

Não se trata de sopesamento de valores constitucionais ante a lacuna legislativa, mas de posicionamento contrário à expressa disposição legal, sem que se esteja diante de controle de constitucionalidade ou outros mecanismos constitucionais de afastamento da incidência da norma. Há posicionamento ilegal, afrontando disposição normativa destinada à proteção da dignidade do executado e do fruto advindo da força de sua mão-de-obra ou capacidade laboral. Não se trata de mero capricho normativo, essa proteção tem forte conotação constitucional.

9 Lenio Luiz Streck, in **Dicionário de hermenêutica**, p. 159-160, aborda: “O juspositivismo clássico, embora cada uma das vertentes contenha diversas peculiaridades, apresenta traços definidos em todas elas. Trata-se de um movimento em que o material jurídico é estabelecido por alguma autoridade humana legitimada: na França, a lei produzida pelo legislador racional, de inspiração iluminista (positivismo exegético); na Alemanha, os conceitos gerais e abstratos deduzidos pelos juristas-professores (jurisprudência dos conceitos); na Inglaterra, os precedentes proferidos pela autoridade política competente (jurisprudência analítica). Veja-se que é isto que o positivismo posteriormente chamaria de (tese dos) ‘fatos sociais’, embora nesse momento histórico não seja da simples caracterização do ‘fato social’ que derive a legitimidade do Direito, mas da sua relação com a autoridade criadora (legislador, professor ou juiz). [...] Esse fato é construção humana. Ao jurista só cabe o papel de descrever esse fato. [...] Daí a raiz do positivismo jurídico: Direito é um fato social posto pela razão humana. [...] O juiz conhece o Direito positivado pela autoridade e faz uma dedução ao caso concreto, como uma adequação da coisa ao intelecto, uma verdade correspondencial.”

Obviamente que a satisfatividade da tutela executiva deve ser buscada, o que deve se dar no equilíbrio entre dignidade e efetividade. Decorre de uma dupla vertente do princípio da dignidade da pessoa humana e que se busca harmonizar, ou seja, de um lado busca-se pelo direito ao mínimo existencial destinado ao devedor e, de outro, pelo direito à satisfação executiva voltado ao credor. Sob essa ótica é que julgados do Superior Tribunal de Justiça vêm admitindo a relativização da aplicação do inciso IV, do artigo 833, do Código de Processo Civil, desconsiderando a disposição expressa da lei para, sob argumento de satisfatividade do crédito e de efetividade do processo, extrapolando os bordos legais para aplicar um “ativismo” distorcido e *contra leggem*.

Para tanto, o STJ sustenta o exercício de juízo de ponderação, fulcrado na proporcionalidade e razoabilidade, já que a norma somente poderá ser relativizada quando restar demonstrado que a penhorabilidade de parcela da remuneração do devedor não afetará sua sobrevivência e de seus familiares. Notório equívoco: não há lacuna normativa para tal prática de ponderação, há, sim, uma opção legal que, mesmo sendo merecedora de crítica, deve ser observada pelo Judiciário.

É claro que se pode adentrar em uma discussão acerca do que seria “sobrevivência digna” e de como seria possível aferir referida situação no decorrer da demanda, entretanto, não é essa a discussão central, ao que nos parece: trata-se, na essência, em atribuir ao Judiciário a possibilidade de extrapolar o texto da lei a pretexto de proporcionar efetividade ao processo. E não estamos a tratar de superação da lacuna legislativa, no que seria plenamente possível o exercício hermenêutico realizado pelo STJ, mas de desconsideração da expressa disposição legal para fazer valer o “justicialismo” subjetivista do julgador em desprezo à opção legislada.

O decisionismo casuístico dos ministros, a concepção de paladino da justiça e a percepção de que tudo se pode, ainda que haja expressa proibição legal, a despeito da nobreza em se tentar tornar as execuções mais efetivas, são temerários e devem ser observados com grandes ressalvas. Se a opção legislativa é equivocada, porém, existente, outros caminhos para sua superação, tal como pelo controle de constitucionalidade, difuso ou concentrado, ou pela alteração da norma, mas não pelo desprezo à lei mediante o manejo da “válvula” de escape da técnica da ponderação.

A dialética sedutora adotada pelo STJ, embora traga uma falsa sensação de justiça, de satisfatividade, de efetividade da prestação jurisdicional e, por via de consequência, de “dever cumprido”, carrega altas doses de subjetividade, aplicando ou deixando de aplicar a lei quando bem entendem, fora dos padrões do controle difuso de constitucionalidade conferido ao Judiciário pela Lei Maior, mas elaborando uma *legis tertia*, sem redação definida e desprovida de legitimidade.

Muito embora a relativização criada exprima o sentimento de grande parte dos cidadãos

brasileiros, em verdade, não cabe ao Judiciário criar ou modificar o texto da lei, essa atitude viola a tripartição dos poderes, invadindo a esfera do legislativo e propaga insegurança jurídica. Os fins não justificam os meios!

Na falta de parâmetros objetivos que norteiem tal impasse, não é incomum encontrar na prática decisões judiciais de valores conflitantes e de proporcionalidade duvidosa, ainda que pautadas nos mesmos fundamentos e valores constitucionais repetidamente invocados, exatamente por conta do amplo campo de aplicação destes princípios de conteúdo indeterminado, que variam de acordo com a consciência do prolator da decisão, alastrando insegurança jurídica. Eis o que se deu na permissão da penhorabilidade das verbas de caráter remuneratório, em desconsideração à proibição estampada no art. 833, inciso IV, do CPC.

Tal é assim que o próprio Superior Tribunal de Justiça, ao decidir o Recurso Especial nº. 1.658.069-GO, em julgamento colegiado, permitiu a penhora de 30% do salário do executado, que percebia cerca de R\$ 3.600,00 (três mil e seiscentos reais) para sustento seu e de sua família, situação no mínimo duvidosa quando vista através do prisma da dignidade da pessoa humana e conjugado com a situação econômica e do poder aquisitivo do cidadão brasileiro, *in verbis*:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. PENHORA DE PERCENTUAL DE SALÁRIO. RELATIVIZAÇÃO DA REGRA DE IMPENHORABILIDADE. POSSIBILIDADE. 1. Ação ajuizada em 25/05/2015. Recurso especial concluso ao gabinete em 25/08/2016. Julgamento: CPC/73. 2. O propósito recursal é definir se, na hipótese, é possível a penhora de 30% (trinta por cento) do salário do recorrente para o pagamento de dívida de natureza não alimentar. 3. Em situações excepcionais, admite-se a relativização da regra de impenhorabilidade das verbas salariais prevista no art. 649, IV, do CPC/73, a fim de alcançar parte da remuneração do devedor para a satisfação do crédito não alimentar, preservando-se o suficiente para garantir a sua subsistência digna e a de sua família. Precedentes. [...]”.

Destarte, embora a ideia preconizada pelo STJ, com o escopo de garantir a duplicidade de aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana seja dotada de “boas intenções” e, consequentemente, de garantir a satisfatividade, seu implemento é *contra leggem*, não sendo dotado de critérios objetivos de orientação.

Afora isso, o critério abstrativista e generalizante que se pretende dar a tal entendimento, como se o ordenamento jurídico, agora, comportasse a penhora de porcentagem das verbas de caráter remuneratório, é aterrador, visto que não se pode sustentar que, a partir de um caso específico, todas as demais execuções admitiriam penhora em porcentagem de 30%. Por quê 30% e não outro montante? Essa monta é fixa? Se variável, quais critérios aferir para modificá-la e como controlar o subjetivismo do juiz? Se é fixa, então, essa porcentagem impacta de forma igualitária a todos ou atinge mais contundentemente aquele executado que possui menor renda, criando um sistema ainda mais regressivo, pernicioso e excludente do ponto de vista social?

A viabilidade de penhora em estudo, a par de ilegal, traz consequências nefastas para prática cotidiana da atividade jurisdicional, criando abertura para situações teratológicas e que aprofundem, ainda mais, o sistema desigual de distribuição de renda no mais, bastando, para tanto, lembrar, que número relevante de execuções é promovido por grandes conglomerados econômicos e pelas Fazendas Públicas: a se indagar, a quem interessa o desprezo à lei que prevê a impenhorabilidade do salário, para assegurar a alegada “satisfatividade” do processo de execução?

A lei pode ser – e, inegavelmente é, digna de crítica, quando protege da prática de atividade executiva a verba de caráter remuneratório do executado, pondo a ressalva num patamar estratosférico de 50 salários mínimos, como se verifica no § 2º, do artigo 833, do CPC¹⁰. Esse descompasso com a realidade social brasileira, todavia, não permite ao STJ desprezar impenhorabilidade legalmente estabelecida.

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE¹¹, a renda média do brasileiro, em 2018, é de R\$ 1.373,00, pouco menos que 1,5 salário mínimo por mês, enquanto o salário médio do trabalhador brasileiro atinge o importe de R\$ 2.295,00, em conformidade com informações extraídas pelo “*rendimento médio real de todos os trabalhos, habitualmente recebido por mês, pelas pessoas de 14 anos ou mais de idade, ocupadas na semana de referência, com rendimento do trabalho*”, pouco mais de 2 salários mínimos mensais¹².

De onde quer que se olhe, se verifica uma distância considerável entre a hipótese de permissão de penhora da verba de caráter remuneratório e a realidade social e econômica brasileira, de tal sorte que a redação do CPC, ao prever o teto de proteção legal em face da penhora de tais valores, é incompatível com o cenário nacional, o que deve ser repreendido e modificado, contudo, não por decisionismos, mas pelas vias constitucionais e procedimentalmente admitidas, tal como o controle de constitucionalidade e a reforma legislativa.

Por essa razão é que para uma adequada e igualitária aplicação da proteção legal da impenhorabilidade das verbas de caráter remuneratório, que sustentamos a necessidade de modificação da legislação, a fim de que se pudesse caminhar para uma penhorabilidade escalonada como a prevista na legislação processual espanhola¹³ e que nos parece ser o mais adequado para

10 Art. 833: ... § 2º O disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, §8º, e no art. 529, § 3º.

11 Dados disponíveis em: <http://www.brasil.gov.br/noticias/economia-e-financas/2019/02/rendimento-domiciliar-mensal-cresce-8-2-em-2018>. Acesso em: 12 jun. 2018.

12 Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9171-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-mensal.html?=&t=destaques>. Acesso em: 12 jun. 2019.

13 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil: [...] Art. 607: [...] 2. Los salarios, sueldos, jornales, retribuciones o pensiones que sean superiores al salario mínimo interprofesional se embargarán conforme a esta escala: 1.º Para la primera cuantía adicional hasta la que suponga el importe del doble del salario mínimo interprofesional, el 30 por 100. 2.º Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un tercer salario mínimo interprofesional, el 50 por 100. 3.º Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un cuarto salario mínimo

garantir a satisfatividade em função das expectativas do credor que busca tutela executiva e dignidade na perspectiva do devedor. Nesse particular, vale citar o exemplo trazido por Daniel Neves (2016, p. 1056):

“Na Espanha existe interessante disposição na *Ley de Enjuiciamiento Civil*, que define uma progressão de percentagem dos vencimentos, determinando-se a penhora dependendo do valor do salário do executado. O art. 607 cria um valor mínimo, absolutamente impenhorável, e a partir desse valor estabelece a possibilidade de penhora de 30 a 90%, dependendo da faixa em que se verifica o valor total dos vencimentos. Assim, por exemplo, um executado que ganhe um salário mínimo, possui a garantia de impenhorabilidade absoluta, mas aquele que ganha até dois salários mínimos, poderá ter penhorado 30% do valor que supere um salário mínimo, e outro devedor, que receba três salários mínimos, terá, com relação ao valor do “segundo” salário mínimo, a penhora de 30% e, com relação ao “terceiro” salário mínimo, a penhora de 50%. O sistema leva em consideração a garantia mínima, já que torna absolutamente impenhorável um valor teto (claro que no Brasil seria irrisório fixar tal teto em tão somente um salário mínimo), e considera também o valor do salário e dos vencimentos, elevando a percentagem de penhorabilidade conforme o valor aumenta. Preserva-se, dessa forma, um mínimo para a sobrevivência do devedor, mas ao mesmo tempo entrega-se a prestação jurisdicional pleiteada pelo exequente. Todos os interesses são preservados, é claro que com certo sacrifício do devedor, o que é natural do processo executivo efetivo”.

Vantajosa se mostra a positivação em norma processual escalonadora de penhorabilidade abordada, na medida em que, o referido modelo, além de possibilitar flexibilização da penhora de tais valores, garantindo a dignidade do credor e do devedor, permite-se previsibilidade e planejamento das partes na relação jurídica, antecipando quando será ou não permitida a penhora e quais parcelas de seus vencimentos estão suscetíveis à constrição.

Ademais, já tivemos oportunidade, no próprio CPC, de criar escalonamentos, tais como na hipótese da fixação dos honorários advocatícios de sucumbência, na forma do art. 85, § 3º ou, ainda, na dispensa do reexame necessário, conforme critérios quantitativos da condenação em desfavor das diversas Fazendas Públicas, considerando a capacidade financeira de cada qual delas, segundo estipulação do art. 496, § 3º; poder-se-ia, portanto, admitir semelhante escala na penhora das verbas de caráter remuneratório, através da regular alteração legislativa.

Não obstante vislumbremos no escalonamento a viabilidade da penhora das verbas de cunho remuneratório, pela via legislativa, uma alternativa importante na superação da crise de efetividade das relações jurídico-processuais de natureza executiva, sem que desemboquemos na esfera de decisões judiciais que afrontam expressa disposição de texto legislativo, podemos colacionar uma alternativa intermediária, utilizando do exemplo manejado pelo sistema processual civil de Portugal.

O art. 738º, do Código de Processo Civil Português¹⁴, veda, como regra geral, a penhora de

interprofesional, el 60 por 100. 4.º Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un quinto salario mínimo interprofesional, el 75 por 100. 5.º Para cualquier cantidad que exceda de la anterior cuantía, el 90 por 100.

14 Art. 738º 1 - São impenhoráveis dois terços da parte líquida dos vencimentos, salários, prestações periódicas pagas a título de aposentação ou de qualquer outra regalia social, seguro, indemnização por acidente, renda vitalícia, ou prestações de qualquer natureza que assegurem a subsistência do executado. [...] 3 - A impenhorabilidade prescrita

tais valores, contudo, confere alguma discricionariedade judicial para relativização dessa impenhorabilidade, tanto o que é vem estampada com o nome “*bens parcialmente penhoráveis*”. Verifica-se que a penhora dessas verbas é vedada, contudo, consoante as peculiaridades do caso concreto, o juiz pode determinar essa penhora, não por discricionariedade, mas sim por permissão legal do nº 6, do artigo referido, o qual, expressamente conferiu abertura normativa para análise das particularidades do caso concreto pelo juiz.

Norma assemelhada não se verifica no processo civil brasileiro, o que nos faz sustentar que não há margem para subjetivismo judicial na fixação de porcentagem, escalonamento ou técnica de ponderação para que se permita penhorar verbas de caráter remuneratório do executado, fundamentando nosso pensamento de ilegalidade de tais decisões. Reforce-se que o critério de cinquenta salários mínimos como teto de proteção dessa hipótese de impenhorabilidade, ao nosso sentir, é incompatível com a realidade social e econômica de nosso país, mas, ainda assim, não permite superação pela via apresentada pelas recentes decisões do STJ, sendo que a reforma legislativa é um dos caminhos viáveis para superação de mais esse gargalo de efetividade do processo civil (a par da declaração de inconstitucionalidade).

Não se trata da forma pela qual o juiz interpreta, mas o grau de criatividade, o desrespeito aos limites da atividade jurisdicional, o modo pelo qual é construído o direito judiciário e sua legitimidade constitucional. Mauro Capelletti (1999, p. 25/26 e 94) destaca:

“[...] o juiz, vinculado a precedentes ou à lei (ou a ambos), tem como dever mínimo apoiar sua própria argumentação em tal direito judiciário ou legislativo, e não (apenas) na ‘equidade’ ou em análogos e vagos critérios de valoração. [...] é verdade que existe, pelo menos, um baluarte extremo, digamos uma fronteira do bom senso, que se impõe tanto no caso da interpretação da *case law*, quanto no direito legislativo, ao menos porque também as palavras têm frequentemente um significado tão geralmente aceto que até o juiz mais criativo e sem preconceitos teria dificuldade de ignorá-lo. Por isso, deve ser firmemente precisado que os limites substanciais não são completamente privados de eficácia: criatividade jurisprudencial, mesmo em sua forma mais acentuada, não significada necessariamente ‘direito livre’, no sentido de direito arbitrariamente criado pelo juiz do caso concreto [...]. E certamente reconhece-se que até um judiciário inicialmente dedicado à proteção da liberdade dos cidadãos, pode terminar, malgrado seu, por se transformar em instrumento de tirania, se privado por longo tempo de legitimação democrática”.

O Judiciário deve se amoldar ao conteúdo legislado, com maior ou menor grau de exatidão, de modo a desnudar o sentido da norma e nela se apoiar, solucionando a lide com vistas

no n.º 1 tem como limite máximo o montante equivalente a três salários mínimos nacionais à data de cada apreensão e como limite mínimo, quando o executado não tenha outro rendimento, o montante equivalente a um salário mínimo nacional. 4 - O disposto nos números anteriores não se aplica quando o crédito exequendo for de alimentos, caso em que é impenhorável a quantia equivalente à totalidade da pensão social do regime não contributivo. 5 - Na penhora de dinheiro ou de saldo bancário, é impenhorável o valor global correspondente ao salário mínimo nacional ou, tratando-se de obrigação de alimentos, o previsto no número anterior. 6 - Ponderados o montante e a natureza do crédito exequendo, bem como as necessidades do executado e do seu agregado familiar, pode o juiz, excecionalmente e a requerimento do executado, reduzir, por período que considere razoável, a parte penhorável dos rendimentos e mesmo, por período não superior a um ano, isentá-los de penhora.

à coerência interna do texto, escudado na norma constitucional, mas não mediante criação subjetiva de seu conteúdo¹⁵. Deve-se procurar fazer brotar do conteúdo da norma – não do subjetivismo do julgador - a solução à efetividade do processo, preservando a essência do texto legislado e respeitando seus limites, o que lhe conferirá meios legítimos de acompanhamento do dinamismo social, elasticidade do Direito e coerência interna ao sistema jurídico. Não estamos a nos referir que o juiz deva ser um reproduzidor da letra da lei, mas que deve atuar no plano da dimensão da norma legislada, ligado e confrontado ao ordenamento como um todo, inclusive e principalmente, à Constituição Federal, não se conferindo irrestrita liberdade para criar o Direito por deciosionismos.

Diante de tais considerações e da problemática na aplicação discricionária da impenhorabilidade das verbas de caráter remuneratório, o que se pretende é ofertar uma proposta de incremento legislativo, com finalidade de garantir satisfatividade ao processo de execução, bem como a dignidade da pessoa humana tanto para o devedor como para o credor, proporcionando maior efetividade sem prejuízo da segurança jurídica e da norma. Almeja-se, mais, assegurar que o processo civil seja pautado pela perspectiva da norma legislada, fonte primária do nosso Direito, consoante a ordem constitucional, a qual não pode se desprezada, ainda que a pretexto de “ser justo”, o que acaba por conferir poder para discricionariedades perniciosas ao ordenamento jurídico, à previsibilidade e à segurança, balizadores das estruturas do Estado Constitucional substancialmente Democrático.

CONCLUSÃO

Através da metodologia dedutiva e mediante pesquisa de documentação indireta obtida junto à doutrina e ao site do Superior Tribunal de Justiça, o artigo buscou apresentar os principais contornos que envolvem a temática da penhorabilidade da verba de caráter remuneratório em relações executivas de natureza não alimentícia. A problemática apresentada decorre do posicionamento do STJ em admitir a penhora de parcela das verbas de natureza salarial para adimplemento de obrigações de cunho não alimentar, não obstante tal possibilidade encontre expressa proibição na redação do art. 833, inciso IV, do CPC.

15 Eduardo Appio, in **Discricionariedade política do poder judiciário**, p. 44-48, sustenta a validade da formação de uma “jurisprudência de princípios” não arbitrariamente eleitos, mas extraídos da norma constitucional: “A deturpação de uma jurisprudência fundada nos princípios pode, contudo, redundar em verdadeira jurisprudência de valores, conta a qual se insurgiu o positivismo. Uma jurisprudência assentada na aplicação de valores pode conduzir a uma indesejável ‘funcionalização das relações sociais’ ao invés de uma ‘socialização da Justiça’, através de decisões judiciais motivadas exclusivamente em valores morais. [...] A utilização de princípios constitucionais representa, assim, um marco teórico na transição da estrita vinculação dos juízes à lei no sentido de uma vinculação aos princípios constitucionais. [...] os valores e princípios contidos em uma Constituição são especialmente importantes, quando se considera que conferem legitimidade material às regras infraconstitucionais, orientam e limitam o legislador, além de vincularem a atividade judicial e administrativa ao seu conteúdo.”

Com tal escopo, o estudo iniciou abordando ativismo judicial, em que fora possível depreender que no neoconstitucionalismo o Judiciário desempenha um papel de protagonismo como guardião dos valores constitucionais, dotados de força normativa, o que, em determinadas circunstâncias, tem implicado numa distorção do instituto, gerando transbordamento de seus limites constitucionais de sua competência.

Neste caminhar, passamos ao estudo do processo de execução e a hipóteses de impenhorabilidade previstas no artigo 833 do Código de Processo Civil, no qual se encontra depositado um núcleo de proteção do mínimo existencial com dignidade ao executado e sua família, dentre os quais se encontra a verba de natureza remuneratória.

Com tais premissas de cunho basilar, passamos a verificar o posicionamento recente do Superior Tribunal de Justiça que vem admitindo a penhora de porcentagem de verbas de caráter salarial do executado, essencialmente fulcrado na proporcionalidade e na razoabilidade, objetivando assegurar maior efetividade ao processo de execução, a despeito da expressa proibição legal de tal modalidade de constrição. Aduz, ainda, que o CPC vigente, no art. 833, *caput*, suprimiu a expressão adjetivante “absolutamente” existente no CPC/73, na regra do art. 649, o que viabilizaria o trabalho hermenêutico ativo do juiz para tornar “relativamente” impenhorável tais verbas.

Buscamos demonstrar, entretanto, com a cláusula aberta da proporcionalidade/razoabilidade não pode ser manejada ante a expressa proibição legal, haja vista que não se trata de omissão ou lacuna legislativa. Outrossim, evidenciou-se que o magistrado deve obediência à opção legislativa, a qual pode ser democraticamente superada pelos instrumentos procedimentais previstos na Constituição Federal, como o controle de constitucionalidade, o que não tem se demonstrado no posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.

Esclareceu-se, também, que a postura ativa do magistrado na consagração dos valores constitucionais não pode ser confundido – como tem ocorrido no caso da penhora incidente sobre verbas de natureza salarial - com decisões ilegais e nem confere liberalidade criativa subjetiva ao juiz, típica dos decisionismos que instalam cenários de insegurança jurídica e imprevisibilidade.

Por fim, fora apresentada proposta de incremento na ferramenta processual, mediante técnica constitucionalmente admitida, qual seja, a alteração legislativa pautada na experiência internacional, a partir do cenário econômico brasileiro, implantando-se um modelo de escalonamento nessa modalidade de penhora, como no recente Código de Processo Civil de Portugal e na *Ley de Enjuiciamiento Civil*, da Espanha, de modo a proporcionar proteção do mínimo existencial ao executado, satisfatividade ao exequente, efetividade à execução e segurança jurídica nos moldes do Estado Constitucional Democrático.

REFERÊNCIAS

- APPIO, Eduardo. **Discrecionalidade política do poder judiciário**. Curitiba: Juruá, 2006.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.
- COELHO, Fábio Alexandre. **Criação e Construção Judicial do Direito**. Bauru: Spessotto, 2017.
- CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Súmula Vinculante e Segurança Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- D'ARCE, Marconi. **A aplicação dos meios coercitivos do NCPC nos processos de execução à luz do princípio da efetividade**. Migalhas, São Paulo, 08 fev. 2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI253273,31047-A+aplicacao+dos+meios+coercitivos+do+NCPC+nos+processos+de+execucao+a>>. Acesso em: 02 jun. 2019.
- GRAU, EROS. **Ensaio e discurso sobre a interpretação: aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.
- JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- JÚNIOR, Hermes Zaneti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de divergência em REsp n.º 1.582.475-MG. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=88693489&num_registro=201600416831&data=20181016&tipo=5&formato=PDF> Acesso em: 16 jun. 2019.
- MATOS, José Igreja. **Um Modelo de Juiz para o Processo Civil Actual**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- NOGUEIRA, André Murilo Parente Nogueira; OLIVEIRA, Flávio Luís de. **Um Novo Código de Processo Civil “Sem Certidão de Nascimento”**. In: XXV Congresso do CONPEDI. Curitiba. 2016. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/nv8q3cca/D4lJ9Dzi5dq2r4JT.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2019.
- PAGANELLI, Celso Jefferson Messias. **Ativismo Judicial no Direito Digital: Responsabilidade Objetiva das Redes Sociais na Internet**. In: PAGANELLI, Celso Jefferson Messias; SIMÕES, Alexandre Gazetta; IGNACIO JUNIOR, José Antonio. **Ativismo Judicial: Paradigmas Atuais**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.
- PAGANELLI, Celso Jefferson Messias; IGNACIO JUNIOR, José Antonio Gomes; SIMÕES, Alexandre Gazetta. **Ativismo Judicial: paradigmas atuais**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, Casa do Direito, 2017.

_____. Juiz Não é Deus: *juge n'est pas Dieu*. Curitiba: Juruá, 2016.

VALLE, Vanice Regina Lório do. **O Ativismo Judicial**. In: VALLE, Vanize Regina Lório do (Org.) *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal – Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009.

ZOLLER, Élisabeth; PEREIRA, José António Teles (org.); et. al. **Esplendores e misérias do constitucionalismo**. In: *Sub Judice: justiça e sociedade*, janeiro/junho, 1998. Lisboa: Docjuris – Centro de Documentação e Informação Jurídica, C. R.L, 1998.

RACIONALIDADE, DISCURSO E DELIBERAÇÃO: A VINCULAÇÃO DO PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

Rubens BEÇAK¹

Jair Jose MARIANO FILHO²

RESUMO

O Supremo Tribunal Federal não vincula a *ratio decidendi* da decisão proferida pelo pleno em controle de constitucionalidade concentrado, entretanto, o ministro Luis Roberto Barroso aplicou, excepcionalmente, a teoria em casos de liberdade de expressão, abrindo possibilidade de nova discussão futura sobre tema, especialmente a partir do Código de Processo Civil de 2015. Mesmo que um tanto abstrata e incipiente, a possibilidade de rediscussão da matéria e da aplicabilidade da vinculação da *ratio decidendi*, abre um vasto campo de estudo e de justificação teórica, seja para forçar a manutenção da jurisprudência, seja para alterar o entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal. O presente artigo tem intuito de apresentar duas justificativas teóricas para a adoção da vinculação da *ratio decidendi* pelo Supremo Tribunal Federal. A primeira justificação teórica é técnica-processual, onde se apresentará a diferença entre os conceitos de motivos determinantes e de *ratio decidendi*, tentando demonstrar que há uma leitura inadequada do Supremo

- 1 Mestre e Doutor em Direito Constitucional e Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP. Especialista em Gestão Pública pela UFSCAR. Professor Associado da Universidade de São Paulo-USP na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Graduação e Pós-graduação (em afastamento, a partir de fevereiro de 2020, para realização de Pós-doutorado na Universidade de Salamanca-ES - Centro Ibero-Americano (CIBA) - Instituto de Ibero-América da Universidade de Salamanca-ES). Secretário Geral da Universidade de São Paulo (2010-2014). Professor visitante da Universidade de Salamanca no curso Master en Estudios Brasileños. Coordenador das atividades ligadas ao Termo Aditivo ao Convênio de Colaboração Acadêmica entre a Universidade de São Paulo (USP) e a Universidad de Salamanca (USAL). Líder e Pesquisador do Grupo de Pesquisa: A dimensão ético-moral e o Direito e Pesquisador dos seguintes Grupos de Pesquisa: O Direito à Educação e a Constituição; Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas da Universidade de São Paulo (NUPPs); O impacto da lei ficha limpa nos tribunais (encerrado em 2015). Grupo de Pesquisa: Observatório do Direito Eleitoral (2019) (Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ-Líder: Vania Siciliano Aieta); Regional and Constitutional Structures in Tension (RCST); Reforma Política (2015); Participação como Forma de Deliberação Democrática (2012). Editor da Revista de Estudios Brasileños. Coordenador do Núcleo de Direitos da Universidade de São Paulo-USP (2014-2017). Presidente Regional da ANDHEP (Associação Nacional de Direitos Humanos, Pesquisa e Pós-Graduação). Membro da Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais (RBPDPF) e da Rede Interamericana de Direitos Fundamentais (RIDF). Membro das seguintes instituições: Comitê Científico GELF (Global Education Law Forum); Comitê de Sociologia do Direito da Associação Internacional de Sociologia (Committee on Sociology of Law of the International Sociological Association - ISA); International Master's in the Sociology of Law / Oñati International Institute for the Sociology of Law - IISL-Antigua Universidad (2016); International Political Science Association - IPSA (2018); Research Committee on Sociology of Law; Law and Society Association; International Association of Constitutional Law (IACL) (2014). Filiado à The International Society of Public Law (ICON-S/2019). Diretor do CONPEDI gestão 2017-2020, na Secretaria de Relações Internacionais para os demais Continentes. Coordenador do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Constitucional e Eleitoral da Faculdade de Direito da USP (Ribeirão Preto). Presidente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP no período de 2017-2019.
- 2 Advogado formado pela Universidade Paulista, Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba, com extensão em Direito Constitucional pelo Damásio e extensão em Direito Constitucional Comparado pela Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMS). Possui cursos de curta duração em Teoria Constitucional pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP), Justiça, Moral e Filosofia Política em Harvard (via EDX), Teoria Sociológica Clássica pela Universidade de Amsterdam (via coursera) e Direitos Humanos e Estado pela Anistia Internacional (via EDX). Autor do Livro "O Controle de Constitucionalidade como Instrumento de Efetivação dos Direitos Fundamentais: O Estado de Coisas Inconstitucional". Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018. Atualmente atua em Direito Público, especialmente em Direito Administrativo (improbidade administrativa, licitações, concessões), Direito Constitucional (reclamações, ações constitucionais e parecer), Terceiro Setor da Saúde, Educação e Imunidade Tributária. Pesquisa Controle de Constitucionalidade, Separação de Poderes, Ciência Política, Sociologia e Direito.

Tribunal Federal entre a aproximação dos dois conceitos. A Segunda é sociológica, onde se apresentará que a ausência de vinculação da *ratio decidendi* pode impor a Corte Constitucional em déficit de racionalidade e legitimidade democrática.

PALAVRAS-CHAVE: racionalidade, corte constitucional, vinculação de precedente.

RESUMEN

El Supremo Tribunal Federal no vincula el ratio decidendi de la decisión del Pleno en el control concentrado de constitucionalidad. Sin embargo, el ministro Luis Roberto Barroso aplicó, de manera excepcional, la teoría en casos de libertad de expresión, abriendo la posibilidad de una nueva discusión futura sobre el tema, especialmente a partir del Código Procesal Civil de 2015. Aunque algo abstracto e incipiente, la posibilidad de volver a discutir el asunto y la aplicabilidad del vínculo de ratio decidendi, abre un vasto campo de estudio y justificación teórica, ya sea para forzar el mantenimiento de la jurisprudencia o para cambiar el entendimiento consolidado del Supremo Tribunal Federal. Este artículo tiene como objetivo presentar dos justificaciones teóricas para la adopción del vínculo ratio decidendi por parte del Supremo Tribunal Federal. La primera justificación teórica es técnico-procesal, donde se presentará la diferencia entre los conceptos de determinante de razones y ratio decidendi, tratando de demostrar que existe una inadecuada lectura del Supremo Tribunal Federal entre la aproximación de los dos conceptos. El segundo es sociológico, donde se demostrará que la ausencia de un vínculo con la ratio decidendi puede imponer al Tribunal Constitucional un déficit de racionalidad y legitimidad democrática.

PALABRAS CLAVE: racionalidad, tribunal constitucional, precedente vinculante.

INTRODUÇÃO

O acórdão proferido pelo plenário do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade concentrado é dividido em três partes. A primeira parte denomina-se relatório, onde há síntese do litígio apresentado no processo. A segunda parte é denominada de fundamentos ou motivos, onde os votos, isoladamente³, apresentam suas justificativas para acatar ou não a (in) constitucionalidade apresentada por uma das partes. A terceira parte é denominada disposição ou dispositivo, e apresenta a conclusão da votação, onde se aponta a inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo, ou mesmo a constitucionalidade do dispositivo legal litigado.

A partir desta divisão, tem-se que o Supremo Tribunal Federal concede efeito vinculante apenas a parte do acórdão denominada disposição (ou dispositivo), não abarcando o relatório e os motivos determinantes. O efeito vinculante impõe aos órgãos administrativos da União, Estado e Município, bem como ao Poder Judiciário como um todo, a obrigação de observar a decisão da Corte Constitucional, sob pena de ter sua decisão questionada e invalidada por meio de Reclamação Constitucional.

Para justificar a vinculação apenas da disposição da decisão, o Supremo Tribunal Federal

3 O Supremo Tribunal Federal adotou o modelo *Seriatim* de deliberação e votação, onde o acórdão é composto por votos individuais de cada ministro. Cada ministro tem a liberdade de votar e justificar sua decisão isoladamente.

fundamenta que não adota a “*Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes*”⁴. Entretanto, em 19 de abril de 2016, na Reclamação nº 22.328, o ministro Luís Roberto Barroso aplicou a teoria, e concedeu efeito vinculante aos motivos determinantes, excepcionalmente, aos casos de liberdade de expressão⁵. Apesar de indicar se tratar de uma decisão excepcional, também afirmou que o Supremo Tribunal Federal não apreciou a respectiva teoria a luz do Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105 de 2015), indicando, ainda que superficialmente, que é possível uma mudança da decisão da Corte a partir do respectivo código, uma vez que a nova legislação tem como base os precedentes obrigatórios.

A justificação do ministro Barroso, bem como a tendência jurisprudencial dos ministros Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Rosa Weber e Luiz Fux para questões envolvendo casos de liberdade de imprensa e de expressão, indicam, ainda que incipiente, a possibilidade do Supremo Tribunal Federal rediscutir a matéria, e viabilizar, ainda que parcialmente, a vinculação de uma *ratio decidendi* futuramente.

Mesmo que um tanto abstrata e incipiente, a possibilidade de rediscussão da matéria e da aplicabilidade da vinculação da *ratio decidendi*, abre um vasto campo de estudo e de justificação teórica, seja para forçar a manutenção da jurisprudência, seja para alterar o entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal.

O presente artigo tem intuito de apresentar duas justificativas teóricas para a adoção da vinculação da *ratio decidendi* pelo Supremo Tribunal Federal, mas sem a pretensão de apresentar verdade absoluta, ou mesmo desconsiderar que há fortes argumentos para a manutenção do entendimento do Supremo Tribunal Federal, mesmo sob a égide do Código de Processo Civil de 2015. Desta forma, o artigo tem apenas a pretensão acadêmica de colocar em discussão a questão, bem como de apresentar duas justificações teóricas.

A primeira justificação teórica é técnica-processual, onde se apresentará a diferença entre os conceitos de motivos determinantes e de *ratio decidendi*, tentando demonstrar que há uma leitura inadequada do Supremo Tribunal Federal entre a aproximação dos dois conceitos. A Segunda é sociológica, onde se apresentará que a ausência de vinculação da *ratio decidendi* pode impor a Corte Constitucional em déficit de racionalidade e legitimidade democrática, uma vez que pode,

4 Alguns julgados neste sentido: Rcl 22470 AgR (Roxa Weber), Rcl 16619 AgR (Edson Fachin), Rcl 19384 AgR (Luís Roberto Barroso), Rcl 4448 AgR (Ricardo Lewandowski), Rcl 4907 AgR (Dias Toffoli). Ao pesquisa o termo “*transcendencia dos motivos determinantes*” no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, são encontradas 127 decisões analisando o tema. Em alguns casos o STF aplicou a teoria 2.363/PA (Gilmar Mendes), Rcl 4335 (Gilmar Mendes), ACO 417 (Sepúlveda Pertence).

5 Luis Roberto Barroso justificou a adoção da tese a partir de decisões semelhantes dos ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, Luiz Fux e Rosa Weber “Rcls 18.638-MC e Rcl 18.687-DF, de minha relatoria; Rcl 18.735 e Rcl 18.746-MC, rel. Min. Gilmar Mendes; Rcl. 18.566-MC, rel. Min. Celso de Mello; Rcl 18.290, rel. Min. Luiz Fux; Rcl 16.434-MC, rel. Min. Rosa Weber, decisão proferida pelo Min. Ricardo Lewandowski, no exercício da Presidência; Rcl 18.186”

senão ignorar, pelo menos dificultar a deliberação e a coesão entre os ministros do Supremo Tribunal Federal (SILVA, 2015) e (SILVA, 2009).

CONCEITO DE *RATIO DECIDENDI*

O Supremo Tribunal Federal ao equivaler os conceitos de motivos determinantes e *ratio decidendi*, acaba criando uma interpretação inexata sobre vinculação de precedentes em controle de constitucionalidade concentrado, uma vez que apesar dos motivos determinantes estarem inseridos na razão de decidir, não podem ser confundidos com ela.

Conforme ensina Marinoni “o significado de um precedente está essencialmente na sua fundamentação e que, portanto, não basta somente olhar à sua parte dispositiva” (MARINONI, 2016, p. 162). E ainda, como dito, a razão de decidir é a tese jurídica estabelecida para fundamentar a decisão, ou seja, é a razão principal que levou a conclusão do dispositivo do julgado, entretanto, “a razão de decidir certamente não se confunde com a fundamentação, mas nela se encontra”. (MARINONI, 2016, p. 162)⁶.

Em palavras mais simples, os motivos determinantes são todos os argumentos apresentados pelo juiz que levam a uma determinada decisão, considerando os fatos, as provas, os argumentos das partes (ou de terceiros), e também a razão jurídica. “A decisão, como é óbvio, não possui em seu conteúdo apenas teses jurídicas, mas igualmente abordagens periféricas” (MARINONI, 2016, p. 162), mas que não tem relevância com a razão de decidir em si.

Quando o Supremo Tribunal Federal apresenta equivalência em ambos conceitos, ele está igualando a tese jurídica discutida no processo, com os fatos e as provas, situação que, a primeiro momento, não se justifica na criação de um precedente, especialmente de um precedente constitucional. “Dentro da fundamentação estão presentes os motivos determinantes da decisão. Mediante a análise da sua fundamentação é possível isolar os motivos determinantes ou a *ratio decidendi*” (MARINONI, 2016, p. 209), ou seja, embora andem juntos motivos determinantes e razão jurídica, é possível (e desejável) separá-los para vincular apenas a *ratio*.

O precedente tem principal objetivo de estabilizar o entendimento da Corte Constitucional sobre um tema relevante, impondo maior facilidade na interpretação de casos futuros e semelhantes, porém, essa estabilização ocorre no conteúdo jurídico extraído da decisão, “é fácil demonstrar que

6 “É preciso sublinhar que a *ratio decidendi* não tem correspondente no processo civil adotado no Brasil, pois não se confunde com a fundamentação e com o dispositivo. A *ratio decidendi*, no common law, é extraída ou elaborada a partir dos elementos da decisão, isto é, da fundamentação, do dispositivo e do relatório. Assim, quando relacionada aos chamados requisitos imprescindíveis da sentença, ela certamente é ‘algo mais’. E isso simplesmente porque, na decisão do common law, não se tem em foco somente a segurança jurídica das partes – e, assim, não importa apenas a coisa julgada material –, mas também a segurança jurídica dos jurisdicionados, em sua globalidade. Se o dispositivo é acobertado pela coisa julgada, que dá segurança à parte, é a *ratio decidendi* que, com o sistema do *stare decisis*, tem força obrigatória” (MARINONI, 2016, p. 217)

mediante a ideia de interpretação do precedente não se buscar revelar o conteúdo do seu texto, mas identificar os seus extratos formais, entre eles a ratio decidendi” (MARINONI, 2016, p. 163).

Ainda que existam métodos interpretativos que imponham critérios de identificação fática entre a decisão paradigma e a decisão paragonada, tal como os métodos desenvolvidos por Wambaugh ou Goodhart, a ideia de fixação do precedente ainda tem foco na razão jurídica, isto porque a vinculação ocorre apenas ao argumento jurídico principal, e não aos fatos narrados e discutidos aos autos.

Como exemplo de extração da razão jurídica indica-se a leitura da Adin 2028 do Supremo Tribunal Federal, e suas aglutinações Adin 2036, 2228 e 2621, bem como a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e um Recurso Extraordinário de Repercussão Geral vinculadas à Adin. Em seu dispositivo, a decisão julgou inconstitucional alguns artigos da Lei 9.732 de 1998 e da Lei 8.212 de 1991, para reconhecer que os requisitos do gozo da imunidade tributária só podem ser estabelecidos por meio de Lei Complementar.

Além disso, estabeleceu a tese jurídica *“os requisitos para o gozo de imunidade hão de estar previstos em lei complementar”*, bem como após embargos declaratórios *“A lei complementar é forma exigível para a definição do modo benéfico de atuação das entidades de assistência social contempladas pelo art. 195, parágrafo 7º, da Constituição Federal.*

Nesta decisão, além do dispositivo reconhecendo a inconstitucionalidade, bem como além das questões fáticas discutidas, a razão de decidir é a interpretação constitucional no sentido de impor a lei complementar para requisitos do gozo da imunidade tributária. Conforme ensina Marinoni *“a ratio será o que a Corte afirmar como interpretação da Lei. Nessa perspectiva, é certamente preferível definir a ratio como uma solução do juiz, ao invés de como uma regra de que sua conclusão dependa”* (MARINONI, 2016, p. 168).

Mesmo que se tenham vários motivos determinantes, e mesmo que muitos deles sejam sobre questões fáticas e de provas, quando se está interpretando um precedente deve-se focar na questão jurídica e isolar seu conteúdo, ou seja, a tese jurídica que levou a resolução do caso é o que prioritariamente importa (MARINONI, 2016, p. 168).

Desta forma, é evidente uma inexatidão conceitual pelo Supremo Tribunal Federal ao equiparar ambos conceitos, sendo certo que, apesar de um (motivos) ser extraído do outro (*ratio*), não são equivalentes, mesmo porque em um precedente constitucional o que importa é a tese jurídica extraída, e não motivos fáticos ou de provas.

Outra questão de importante destaque que cabe apresentar neste verbete, é contrajustificar a ideia de que uma Corte Constitucional no modelo *Seriatim*, tal como o Supremo Tribunal Federal, cria um modelo difícil de se vincular uma *ratio decidendi*.

É verdade que no modelo *seriatim*, ao contrário do *per curiam*, os votos são fracionados e cada julgador apresenta individualmente suas razões, podendo elas convergirem ou não com seus pares, e também é verdade que, mesmo quando há convergência, os motivos determinantes de um juiz podem ser diversos dos seus pares. Mas isso em si, apesar de criar uma maior dificuldade, não impossibilita a vinculação de uma *ratio decidendi*.

Neil Maccomirck propõe a existência de duas teorias sobre precedentes. Uma que indica a vinculação da tese jurídica, e outra que apenas apresenta a tese sem vinculação, simplesmente como método persuasivo de interpretação futura. Mas de qualquer forma, independente se vinculante ou não, reconhece a necessidade e a imprescindibilidade do precedente “*afirmar que a decisão judicial que firma o precedente serve como justificativa de uma nova decisão tem uma grande importância*” (MACCORMICK, 2008, p. 192).

O autor também reconhece que “*questiona-se se há ou não uma ratio para ser encontrada dentro de uma dada decisão, (...) se existe ou não uma ou a ratio de um dado caso é uma questão disputada*” (MACCORMICK, 2008, p. 194), e afirma que mesmo diante da dificuldade é preciso criar uma teoria sobre precedente adequada, impondo que seja apresentado pela Corte, “*decisões sólidas e justificáveis de uma disputa jurídica, uma vez que precisam estar baseadas numa regra firma e determinada. Tal regra, na minha opinião, deve ser entendida como a ratio da decisão*” (MACCORMICK, 2008, p. 195). Assim, ainda que tenham maiores disputas argumentativas no modelo *Seriatim*, é possível buscar a ou as *ratio* decisão, seja para vincula-las ou não.

Neil Maccormick não concorda que toda *ratio* seja vinculante, para ele a maioria das *ratio* são (e devem ser) persuasivas, mas isso não afasta a necessidade de extrai-las do julgado, porque sua função, a seu ver, não é apenas vincular tribunais, mas também facilitar o julgamento de casos futuros (MACCORMICK, 2008, p. 203).

Apesar deste artigo apresentar justificção para vinculação da *ratio decidendi*, o argumento de Neil Maccormick corrobora para justificar a necessidade de extração de uma *ratio*, independente da sua vinculação; em palavras mais simples, ainda que o Supremo Tribunal Federal mantenha sua interpretação, e não conceda efeito vinculante a tese jurídica extraída do julgamento, ele a deve demonstrar claramente, pois sua função e seus benefícios extravasam a vinculação.

Além da vinculação, são diversas razões para seguir precedentes. O precedente estabelece maior segurança jurídica, estabilidade, previsibilidade e continuidade da ordem jurídica.

A extração de uma ou da *ratio decidendi* de um julgado apresenta uma previsibilidade para casos futuros, isto é, a sociedade ou mesmo os litigantes tendem a esperar o resultado futuro já alcançado anteriormente no precedente paradigma, assim, evita-se surpresa, bem como impõe maior confiabilidade nos órgãos julgadores.

Para Marinoni, a previsibilidade da Corte está atrelada a própria ideia de Estado de Direito ou mesmo de ética do legalismo “*a previsibilidade das decisões, vista como legalismo, constitui valor moral imprescindível para homem, de forma livre e autônoma, pode se desenvolver, e portanto, estar em um Estado de Direito*” (MARINONI, 2016, p. 102).

A extração da *ratio* ou a existência de precedente, também cria um clima favorável para estabilidade do ordenamento jurídico. É verdade que a decisão judicial não deve ser pautada no consequencialismo, já que ela não deve levar em conta a economia, a política, ou questões extrajurídicas, mas manter a estabilidade de um entendimento facilita que setores alheios consigam se estabelecer sem receio de mudança repentina.

Também como ensina Marinoni, a decisão judicial, antes de mais nada, é um exercício de poder do Estado, e este exercício, para ser legítimo precisa ser coerente e estável, até para garantir segurança para a sociedade “*para dizer o mínimo, as decisões judiciais devem ter estabilidade, porque constituem atos de poder. Ora, os atos de poder geram responsabilidades aquele que os institui*” (MARINONI, 2016, p. 103).

Terceiro benefício e não menos importante, o precedente concede igualdade entre as partes litigantes, isto é, tratamento igual não apenas perante a lei, mas também perante a Corte que as julgam⁷.

A ideia de julgar casos semelhantes de igual maneira, está atrelado a própria ideia de justiça. Além do mais, “*vendo a decisão judicial como fruto do sistema judicial (...) torna-se inevitável constatar que a racionalidade da decisão está ancorada no sistema*” (MARINONI, 2016, p. 113), ou seja, manter o mesmo entendimento jurídico para partes distintas, demonstra além da segurança jurídica e o respeito ao *rule of law*, a racionalidade institucional e também da decisão proferida⁸.

Sendo assim, são inúmeros benefícios da extração da *ratio decidendi*, que transcendem a ideia de vinculação do precedente.

Considerando os argumentos favoráveis ao precedente, seja ele vinculante ou persuasivo, bem como, considerando os esclarecimentos conceituais apresentados, parece um tanto evidente que há inexatidão na equiparação realizada pelo Supremo Tribunal Federal dos conceitos “motivos determinantes” e “*ratio decidendi*”, sendo certo que é possível extrair uma tese jurídica a partir de

7 “Os conceitos e normas gerais empregados na justificação de um caso X puderem também ser empregados na solução do caso Y e de todos os demais que se apresentem como semelhantes nos aspectos considerados relevantes pelas normas adscritas na enunciação das razões ou fundamentos da decisão tomada no caso X” (BUSTAMANTE, 2012, p. 275).

8 (...) “se você deve tratar igualmente casos iguais e diferentemente casos distintos, então novos casos que tenham semelhanças relevantes com decisões anteriores devem (*prima facie*, pelo menos), ser decididos de maneira igual ou análoga aos casos passados” (MACCORMICK, 2008, p. 191)

diversos argumentos, ou mesmo de votos fracionados, sem que isso prejudique a coesão da decisão judicial.

RACIONALIDADE, DISCURSO E DELIBERAÇÃO

No tópico anterior apresentou-se o conceito de *ratio decidendi*, e sua diferença com motivos determinantes, demonstrando que a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal de conceder equidade entre ambos conceitos apresenta uma inadequação conceitual.

A partir deste momento, pretende-se demonstrar que a ausência de vinculação da *ratio decidendi* (precedente vinculante) ou mesmo a ausência de sua extração (em casos de precedente persuasivo) pode impor a Corte Constitucional déficit de racionalidade, especialmente a partir da teoria de racionalização proposta por Jurgen Habermas em seus escritos em “*Facticidade e Validade*”.

Em síntese, os escritos de Habermas são desenvolvidos em três períodos. Nos anos 70 apresenta proposta da “Ação Comunicativa na Sociedade”; nos anos 80 apresenta sua crítica social denominada “Esgotamento das Energias Utópicas”; por fim, nos anos 90 apresenta uma análise teórica do direito como instrumento de legitimação da dominação racional em “*Facticidade e Validade*”.

O presente trabalho partirá diretamente ao terceiro momento, e dissertará sobre parte da teoria desenvolvida por Habermas em “*Facticidade e Validade*”, demonstrando a necessidade constante da racionalização do direito, especialmente das decisões vinculantes da Corte Constitucional.

Habermas propõe que o direito é um instrumento indispensável para racionalização da conduta social, bem como para legitimar a dominação social exercida pelo “Sistema”⁹ em detrimento do “Mundo da Vida”. “*O direito é uma categoria de mediação social entre a facticidade e a validade*” (HABERMAS, 2020, p. 33).

A facticidade está inserida dentro da realidade das ações sociais, ou seja, são os fatos – jurídicos ou não- ocorridos na sociedade. Por sua vez, validade é o instrumento que avaliza as respectivas condutas. A validade está interligada com a normatização da sociedade, e pode ser moral ou jurídica (HABERMAS, 2020, p. 152). Como há maior abstração nas normas morais, do que nas normas jurídicas, Habermas entende que o direito pode servir como melhor mediador entre a facticidade e a validade, exercendo função integradora e social (HABERMAS, 2020, p. 108).

A partir desta ideia de servir o direito como mediador entre a facticidade e a validade,

9 Habermas indica o “Sistema” como órgãos ou poderes com legitimidade para dominação social ligados ao mundo burocrático. A exemplo: poder judiciário, legislativo, executivo, agências reguladoras e afins. Por outro lado, indica que o “Mundo da Vida” é onde a realidade ocorre. A exemplo: família, relações sociais e afins.

Habermas propõe uma reconstrução dos conceitos do direito, concedendo maior legitimidade a normatização jurídica a partir do discurso e da deliberação, seja na incipiência da elaboração da lei, até a aplicabilidade desta pelo poder judiciário, em especial pela Corte Constitucional (HABERMAS, 2020, p. 168).

A teoria proposta pelo autor de conceder maior validação da dominação social a partir do direito, inicia pela fundamentação dos direitos fundamentais a partir da construção da legislação constitucional, passa pela reconstrução dos princípios do Estado de direito (HABERMAS, 2020, p. 183), e chega até a racionalidade da jurisprudência e a legitimidade da jurisprudência constitucional.

Para justificar a adoção do direito como mediador e legitimador da dominação social, Habermas apresenta mudança da perspectiva da teoria do contrato para a teoria do discurso, isto é, o direito deixa de servir apenas para normatizar as relações privadas, para normatizar as relações públicas, isso principalmente porque *“diversas instituições participam da referida produção e reprodução do direito em sociedades de nosso tipo, sendo que, conforme o caso, mais de uma função pode ser cumprida simultaneamente por elas”* (HABERMAS, 2020, p. 255)¹⁰.

Sendo assim, a decisão judicial ganha protagonismo, pois apesar de não participar da construção incipiente da validade¹¹, ela – jurisprudência – serve como instrumento final da aplicabilidade da norma, em palavras mais simples, a jurisprudência serve como um discurso racional para declarar a validade normativa de uma determinada facticidade (HABERMAS, 2020, p. 257), é como se, em sua função típica de julgar, o judiciário ao validar uma conduta ou interpretar uma norma, também está legislando ou ao menos concedendo legitimidade para a norma jurídica.

Entretanto, como em regra a Corte Constitucional não é eleita, e muito menos é ampla a ponto de conseguir uma legitimidade democrática como o legislativo, Habermas indica que não é possível olhar o direito a partir de um único ator, tal como Dworkin o faz, ao conceder ao juiz “Hércules” toda capacidade de integralizar o direito e também dar legitimidade a decisão judicial a partir da teoria da decisão correta (HABERMAS, 2020, p. 287), sob pena de retirar a racionalidade e legitimidade da decisão judicial. A ver, o autor afirma que *“o ponto de vista da integridade deveria liberar Hércules da solidão de uma construção teórica monológica”* (HABERMAS, 2020,

10 A respectiva afirmação encontra amparo na Teoria Constitucional Contemporânea, onde é possível encontrar as funções típicas e atípicas em cada poder. Judiciário tem legitimidade para julgar, mas também administra seu orçamento, e legisla seu regimento. O executivo e o legislativo da mesma forma, ambos têm funções típicas e atípicas.

11 Esta afirmação de Habermas quer dizer que o judiciário não cria validade normativa, uma vez que tipicamente a norma legislada é criada a partir da relação entre executivo e legislativo, mas ao conceder legitimidade a uma norma de outros poderes, indiretamente também está legislando.

p. 288).

Não apenas do ponto de vista da legitimidade democrática, mas da própria necessidade de tornar a jurisprudência consolidada, não é possível adotar a ideia de decisão judicial monológica, em especial na Corte Constitucional, conforme afirma *“a perspectiva monológica se torna ainda mais insustentável quando se leva em consideração o papel necessário de paradigmas jurídicos como redutores de complexidade”* (HABERMAS, 2020, p. 289).

Assim, se a ideia de uma paradigma judicial da envergadura de uma decisão judicial constitucional ou mesmo de um precedente constitucional é reduzir a complexidade de casos futuros, uma vez que há maturação e deliberação da matéria a fundo para posteriormente aplicá-las em casos semelhantes, sem que tenha a necessidade dos mesmos esforços do primeiro caso, não é possível aceitar que esta decisão venha apenas de uma discussão monológica ou de um juiz Hércules, tal como indicado por Dworkin, mas se faz necessária a deliberação ampla entre os membros da Corte Constitucional.

É exatamente esta deliberação que concede legitimidade e racionalização para decisão proferida pela Corte Constitucional. Enquanto para Dworkin a legitimidade vem ao final, com a suposta resposta correta proferida por Hércules, para Habermas a legitimidade é conferida no meio, isto é, a partir dos discursos e retóricas de cada julgador, ou seja, dos fundamentos e argumentos apresentados por cada juiz (HABERMAS, 2020, p. 290).

Nesta perspectiva, o juiz reconhece que não é Hércules e principalmente que não é infalível, mas apresenta seus esforços argumentativos para convencer seus pares que a sua decisão é a correta, ou mesmo se adequa aos esforços argumentativos dos outros juízes. Assim, os esforços argumentativos é que exatamente o que concede legitimidade para a decisão, e não o resultado final da decisão em si, pois, *“os princípios procedimentais que asseguram a validade dos resultados de uma prática decisória procedimentalmente correta exigem uma fundamentação interna”* (HABERMAS, 2020, p. 291).

Os argumentos servem de instrumentos avalistas da decisão final, uma vez que *“os argumentos são motivos que, sob condições discursivas, resgatam pretensões de validade levantadas com atos de fala constataivos e regulativos, levando racionalmente os participantes da argumentação a aceitar os correspondentes (...)”* (HABERMAS, 2020, p. 292), e também conecta os juízes.

Habermas sustenta que, por servir os argumentos também de instrumento de conexão entre os intérpretes (juízes no caso), uma teoria da argumentação não pode se limitar apenas a análise do conteúdo dos argumentos, mas também em sua forma, ou seja, é preciso que se tenha uma predisposição procedimental para incentivar a deliberativa e a troca discursiva entre os intérpretes

(HABERMAS, 2020, p. 292), assim, parece evidente que os argumentos validam não só a decisão especificamente, mas também a própria forma de tomada da decisão.

Desta forma, ao contrário do traçado por Dworkin, é possível, ainda que com grande chance de falibilidade, buscar uma adequação procedimental para impulsionar a deliberação e o discurso entre os intérpretes, com intuito de minimizar divergências, e com isso impor maior racionalidade nas sentenças judiciais (HABERMAS, 2020, p. 293), uma vez que a disposição final não será o único foco, mas sim a disposição argumentativa entre os juízes.

A adequação procedimental com intuito de impulsionar a deliberação e o discurso argumentativo entre os intérpretes *“permite complementar as propriedades semânticas dos argumentos, por meio de um arranjo no qual se pode atualizar o potencial da motivação racional”* (HABERMAS, 2020, p. 294). Além disso, retira o peso sobre o juiz de alcançar uma única decisão correta, ou mesmo de ser o juiz Hércules, pois o procedimento argumentativo busca a cooperação para busca da verdade ou da decisão correta, o próprio procedimento valida a decisão final.

Em questões de grande relevo moral, especialmente aquelas julgadas pela Corte Constitucional, a primazia pela deliberação discursiva entre pares pode ser mais legítima do que aquela decisão monocrática isolada, uma vez que a abrangência das perspectivas ampliam as concepções e os fundamentos da decisão (HABERMAS, 2020, p. 295), em palavras mais simples, o esforço argumentativo empregado em uma deliberação consegue abranger maiores perspectivas teóricas e práticas do que decisões isoladas e monológicas.

Além disso, Habermas também indica que deve haver comunicação entre as decisões proferidas pelo Sistema com o Mundo da Vida, sob pena da decisão incorrer em racionalidade instrumental, ou seja, em servir apenas como interesse da manutenção do poder.

Habermas propõe a existência de duas dimensões da realidade social. A dimensão do “Sistema”, que são as instituições racionais que seguem um caminho predefinido pela elite que comanda aquele sistema, tal como a própria Corte Constitucional; e a dimensão do “Mundo da Vida”, que é a realidade social da população, em termos mais simples, é o local em que a vida acontece propriamente dito (HABERMAS, 2012, vol. 1. p. 134).

Sistema e Mundo da Vida devem se comunicar constantemente, sob pena do primeiro se tornar uma mera razão instrumental para dominação do poder e do segundo cair em desordem social, por falta de princípios norteadores, assim, é preciso que a Corte Constitucional (Sistema) ao atuar, ou seja, ao proferir a decisão, apresente claramente seus argumentos e fundamentos para a sociedade (Mundo da Vida), sob pena da sua decisão ser mera racionalidade instrumental.

Para que a Ação Comunicativa aconteça, Habermas apresenta quatro pretensões subjetivas e cinco consensos objetivos. O intuito da teoria apresentada pelo autor é demonstrar que a razão

instrumental afasta a ideia real de democracia, propondo que apenas uma racionalidade comunicativa é legitimamente democrática.

Para que exista a Ação Comunicativa Habermas, propõe que o Mundo da Vida tenha quatro pretensões ao se comunicar com o sistema (HABERMAS, 2009, p. 194): i. inteligibilidade, ii. verdade em seu conteúdo, iii. sinceridade nos fins buscados com a comunicação e iv. correção normativa, seja ela ética ou legal. É preciso que os interlocutores do Mundo da Vida preencham os pressupostos para que sua comunicação seja legítima e obtenha o resultado esperado, isso é, que consiga com efetividade e por meio de deliberação atingir e alterar o Sistema (HABERMAS, 2012, p. 150).

Por outro lado, para que exista a Ação Comunicativa, Habermas propõe que o Sistema preencha cinco consensos objetivos ao analisar a interlocução do Mundo da Vida: i. imparcialidade, ii. ausência de preferências ideológicas, iii. igualdade de interação, iv. não deve restringir os temas, v. possibilidade de revisão dos resultados (HABERMAS, 2012, p. 157).

Caso o Mundo da Vida não consiga preencher as suas pretensões de comunicação, bem como caso o Sistema não consiga preencher os consensos objetivos (HABERMAS, 2009, p. 215), a atuação não será comunicativa, mas sim instrumental, ou seja, a interlocução terá o único fim de manter a dominação já existente, e portanto, será ilegítima ou com alto grau de irracionalidade.

No caso, se são os argumentos e fundamentos da decisão que concede legitimidade para a decisão, bem como se são eles que devem ser comunicados para a sociedade, uma vez que o Sistema deve prestar contas para o Mundo da Vida a partir do seu discurso racional e da deliberação, parece ser injustificável a exclusão da *ratio decidendi* de uma decisão proferida do Supremo Tribunal Federal.

Veja que ao excluir a *ratio decidendi*, seja ela vinculante ou persuasiva, o Supremo Tribunal Federal está afastando o principal objeto que lhe concede legitimidade, que são os argumentos e os discursos da decisão, para focar apenas no resultado da decisão, situação que pode facilmente tornar mera razão instrumental.

É possível identificar que Habermas cria uma cadeia de justificação com foco no argumento e na fundamentação da decisão (*ratio*), e não mais (ou apenas) no resultado (dispositivo). Primeiro, tem-se que buscar o legítimo exercício da dominação social pela Corte Constitucional (Sistema). Segundo, só é possível buscar a legitimação a partir da racionalização da decisão. Terceiro, a racionalização só é encontrada a partir da fundamentação ou do argumento. Quarto, o argumento só pode ser considerado se realizado dentro de uma ética do discurso entre as partes. Quinto, o conteúdo racionalizado, ou seja, o argumento/fundamento compilado a partir da deliberação, deve ser comunicado a sociedade.

Caso essa cadeia seja quebrada ou desconsiderada, a decisão do Sistema (no caso a Corte Constitucional) pode ter déficit de racionalidade ou mesmo ser ilegítima.

Logo, a partir desta cadeia proposta por Habermas, é possível afirmar que a *ratio decidendi*, ou a tese jurídica estabelecida em uma decisão proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal tem grande relevância, e não pode ser ignorada totalmente, tal como está ocorrendo. Primeiro, porque é o fio condutor e legitimador da decisão. Segundo, porque impõe racionalidade à decisão. Terceiro, e não menos importante, porque é a comunicação entre a Corte Constitucional (Sistema) e a sociedade (Mundo da Vida).

Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal ao descartar seus fundamentos ou a *ratio decidendi* de uma decisão proferida pelo plenário, está descartando um conteúdo imprescindível, que inclusive garante legitimidade do ponto de vista democrático a própria Corte Constitucional.

É importante ressaltar ainda que não se vincule uma ou a *ratio decidendi*, excede fundamento para, pelo menos, o Supremo Tribunal Federal começar a extrai-la e indica-la como uma estratégia de persuadir tribunais inferiores para adotar a mesma postura jurisprudencial da Corte Constitucional em matéria de igual semelhança.

CONCLUSÃO

A conclusão que se chega é que o Supremo Tribunal Federal ao igualar os termos “*ratio decidendi*” de “motivos determinantes” incorre em inexatidão conceitual, uma vez que o primeiro termo é a razão (tese) jurídica extraída da decisão, e o segundo termo diz respeito a toda análise dos autos, seja fática, probatória ou mesmo retórica jurídica.

Também pode-se concluir que Habermas cria uma cadeia para conceder legitimidade ao Sistema, e ela (cadeia) impõe a racionalização da decisão a partir dos argumentos, do discurso, da deliberação e da comunicação, assim, é um tanto temerário o Supremo Tribunal Federal desconsiderar integralmente a *ratio decidendi* do seu julgado, uma vez que os argumentos e fundamentos da decisão são avalistas da racionalidade da disposição final.

REFERÊNCIAS

BUSTAMANTE, T. R. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

HABERMAS, J. **Diagnósticos do Tempo: Seis Ensaios**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1987.

HABERMAS, J. **Facticidade e Validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia**. São Paulo: Editora Unesp, 2020.

- HABERMAS, J. **Racionalidade e comunicação**. Lisboa: Almedina, 1996.
- HABERMAS, J. **Teoria do Agir Comunicativo**. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- HORKHEIMER, M. **Eclipse da Razão**. Tradução Sebastião Uchoa Leite, São Paulo: Centauro, 2002.
- HORKHEIMER, M. **Crítica de La Razón Instrumental**. Buenos Aires, Editora Terramar, 2010
- MACCORMICK, N. **Interpreting Precedents: A Comparative Study**. Reino Unido: Ashgate Publishing, 1997.
- MACCORMICK, N. **Retórica e o Estado de Direito**. São Paulo: Elsevier, 2008.
- MARINONI, L. G. **Precedentes Obrigatórios**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- SILVA, V. Afonso. *De quem divergem os divergentes? Direito, Estado e Sociedade*, no. 47, jul/dez, 2015.
- SILVA, V. Afonso. **O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública**. Revista de Direito Administrativo, v. 250, pp. 197-227, 2009.
- WEBER, M. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.