

O DIREITO FUNDAMENTAL AO CONTRADITÓRIO E A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXPROPRIAÇÃO EXTRAJUDICIAL

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO A CONTRADICTORY AND THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE EXTRAJUDICIAL EXPROPRIATION

Jair Pereira Coitinho¹

Resumo: Este trabalho tem por objetivo sustentar a inconstitucionalidade das técnicas de expropriação extrajudicial previstas no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo nos artigos 31 a 38 do Decreto-Lei nº 70, de 21 de novembro de 1966, e no art. 27 da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997. Parte da noção de que o modelo tradicional do processo civil tem cunho liberal-individualista, calcado no princípio dispositivo, ficando a iniciativa e a condução do processo quase que exclusivamente para as partes, sem decisiva participação do juiz. Entretanto, está em crise, porque hoje não responde com presteza aos novos litígios, urgindo adotar outro modelo processual: o da cooperação entre partes e juiz. Haurido da noção de que o processo é direito constitucional aplicado, nesse modelo há de ser irrestrita a observância do direito fundamental ao contraditório, logo com novos paradigmas éticos, lógicos e jurídicos. Eticamente, o processo é instância de argumentação, que impõe probidade aos sujeitos (partes e juiz). Logicamente, avulta o caráter dialético do processo, e, juridicamente, o processo é entendido a partir do formalismo-valorativo, com deveres de consulta, prevenção, informação e auxílio. Juridicamente, então, qualquer procedimento que diminua ou retire da parte o direito ao contraditório é incompatível com o Estado Constitucional, devendo ser rejeitado. É o que ocorre com as técnicas analisadas de expropriação extrajudicial.

Abstract: This paper aims to sustain the constitutionality of extrajudicial expropriation techniques provided in the Brazilian legal system, especially in Articles 31 to 38 of Decree-Law No. 70 of 21 November 1966, and in art. 27 of Law No. 9514 of 20 November 1997 Part of the notion that the traditional model of civil procedure have liberal-individualistic nature, trampled on the device first, getting the initiative and driving the process almost exclusively for the parties, without decisive participation of the judge. However, is in crisis, because today does not respond promptly to new disputes, urging adopt other procedural model of cooperation between the parties and the judge. Haurido the notion that the process is applied constitutional law, this model is to be unrestricted observance of the fundamental right to adversarial soon with new ethical, legal and logical paradigms. Ethically, the process is an instance of argument, that the subject imposes probity (parts and judge). Logically, looms the dialectical nature of the process, and, legally, the process is understood from the formalism-evaluative, with consultation duties, prevention, information and assistance. Legally, then,

¹ Doutorando em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Possui mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2007). Atualmente é professor assistente (licenciado) da Faculdade de Direito de Santa Maria - FADISMA (RS) e professor titular (licenciado) da Universidade da Região da Campanha - URCAMP, Campus de São Gabriel (RS). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Processual Civil, atuando principalmente nos seguintes temas: execução, prova e recursos. É advogado no Rio Grande do Sul, com atuação na área cível, e Membro Honorário da Academia Brasileira de Direito Processual Civil (ABDPC). e-mail: jair.coitinho@uol.com.br.

any procedure that reduces or removes from the right part of the contradictory is incompatible with the constitutional state and must be rejected. This is what happens with the techniques analyzed extrajudicial expropriation.

Palavras-chave: Processo; Constituição; Contraditório; Expropriação extrajudicial.

Key words: Process; Constitution; Contradictory; Extrajudicial expropriation.

1 Introdução

O modelo tradicional do processo civil, calcado no paradigma liberal-individualista, vive seu ocaso, cedendo terreno para um modelo que busca a recuperação do *logos* humano, centro e justificativa do sistema jurídico.

Nesse sentido, o divisor de águas ocorreu com o advento da Constituição Federal de 1988, ao erigir a dignidade humana (art. 1.º, inc. III) e o solidarismo (art. 3.º, inc. I) como bases do *Rechtstaat* (Estado de Direito), agora qualificado como Democrático. Nesse modelo, todos os setores do sistema jurídico (inclusive, e principalmente, aqueles dogmáticos tradicionais) devem passar a ser vistos pela ótica constitucionalizante.

Para interpretar qualquer instituto processual, não basta a observância às normas ordinárias; é necessário estabelecer juízo de adequação aos valores e princípios incorporados pela ordem constitucional, numa interpretação sistemático-transformadora do Direito jurídico. Na nova racionalidade, chamada de formalismo-valorativo (OLIVEIRA, 2009, p. 8), a pessoa ganha outro *status*, por meio do qual são reconhecidas as diferenças materiais, e a sua dignidade passa a ser objeto de proteção do sistema, até em vista do caráter cultural e político do processo (LACERDA, 1962, p. 74-86; BARBOSA MOREIRA, 1987, p. 21-2).

Na premissa de que “*diritto processuale è diritto costituzionale applicato*” (WALTER, 2001, p. 734), avulta de importância a construção de um modelo democrático de gestão que dê concretude aos institutos do processo reinterpretados conforme à tábua axiológica da Constituição, como leciona Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2007, p. 2):

Nos dias atuais, cresce em significado a importância dessa concepção, se atentarmos para a íntima conexão entre a jurisdição e o instrumento processual na aplicação e proteção dos direitos e garantias assegurados na Constituição. Aqui não se trata mais, bem entendido, de apenas conformar o processo às normas constitucionais, mas de empregá-las no próprio exercício da função jurisdicional, com reflexo direto no seu conteúdo, naquilo que é decidido pelo órgão judicial e na maneira como o processo é por ele conduzido.

Porque se sustenta ser o Brasil um país de modernidade tardia, é preciso fomentar a virada hermenêutica caracterizada pelo policentrismo e pela participação no processo do Estado Democrático de Direito, agora dito Constitucional. Nesse sentido, o fator de legitimação passa a ser o contraditório, como se argumentará a seguir.

2 Fatores de legitimação do processo

Na nova racionalidade, a Constituição é concretizada pela hermenêutica comprometida, tornando-se, assim, uma força ativa, como ressalta Konrad Hesse (1991, p. 19):

A força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a 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*).

Só assim, entendida como ordem fundamental do Estado e da sociedade, a Carta Política será também uma Constituição aberta (COELHO, 2002, p. 12). E, como condição para exercício legítimo dessa participação no processo, têm especial importância a lógica dialética, com o consectário da boa-fé objetiva, e o direito ao contraditório.

2.1 A ética da argumentação como fator de legitimação do processo

A aplicação das normas jurídicas ao caso concreto enfrenta termos e expressões vagos, ou seja, tem esteio em palavras denotativamente imprecisas. Aliás, a função legislativa sempre abominou uma tal imprecisão conceptual. Com a promulgação do Código Civil Francês, também conhecido como Código Napoleônico, em 1804, a aplicação do direito passou a ser vista como um procedimento lógico-formal, através de um dogma de subsunção (PERELMAN, 1996, p. 506), o que se revela insuficiente.

A aplicação do direito, como decisão jurídica de conflitos sociais, não pressupõe apenas um raciocínio de índole formalista, fundado na Lógica Clássica (FERRAZ JÚNIOR, 1991, p. 83); pelo contrário, encontra-se intimamente vinculada a discursos que articulem valores, que não se confundem com evidências racionais ou empíricas (pressupostos básicos da aplicação do raciocínio silogístico dedutivo ou indutivo), o que faz sobrelevar a importância da argumentação.

Desse modo, a aplicação do direito procede-se não mediante demonstração (raciocínio tipicamente lógico-formal, que pressupõe que o Direito articule evidências empíricas ou racionais), mas através de argumentação.

Na aplicação que ora se pretende, a argumentação tem por finalidade obter a adesão precípua do Estado (representado pelo juiz), obtendo assim a legitimação consensual necessária a impor ao eventual recalcitrante a sanção pelo descumprimento da atitude eticamente aceitável. A comunidade aceita a pacificação promovida em nome do “bem-estar social” pela instância de mediação entre as vontades individuais, daí o dizer-se que o processo judicial é um *sozial Über* (ATIENZA, 2000, p. 317).

Por isso, o Estado Constitucional é um Estado Ético, alimentado pelo agir comunicativo, já que, em sociedades pluralistas e em processo de globalização, destaca Antônio Carlos Wolkmer a partir da lição de Habermas (MERLE, 2003, p. 418):

... não se pode mais buscar a fundamentação do moderno direito positivo no ideal platônico, tampouco na eticidade kantiana, mas no procedimento democrático calcado num acordo comunicativo entre sujeitos participantes. Desta feita, as formas religiosas e tradicionais de legitimação são agora suplantadas por formas discursivas de legitimação, capazes de atribuir faticidade e validade às normas jurídicas.

Aliás, no agir comunicativo, a racionalidade moderna está lastreada no consenso não-coagido e na convicção recíproca, o que representa o abandono da razão instrumental insuficiente por uma razão prático-discursiva, descentralizada, reconstruída e ampliada (WOLKMER, 1997, p. 248). Tal perspectiva, defendida por Jürgen Habermas (2003, p. 64), implica a percepção de um Estado Constitucional legitimado por meio de procedimentos que devem estar de acordo com os direitos fundamentais.

Fazendo-se a releitura da teoria do processo a partir da teoria habermasiana, tem-se estruturado em perspectiva participativa e policêntrica, espaço público no qual se apresentam as condições comunicativas para que todos os envolvidos, assumindo a

responsabilidade de seu papel, participem na formação de decisões legítimas com a clarificação discursiva das questões fáticas e jurídicas (HABERMAS, 2003, p. 270).

Ganha realce, nessa nova dinâmica, a democracia obtida com o exercício interpretativo do juiz diante do caso concreto e por argumentação razoável para justificação da escolha estatal (PERELMAN, 1998, p. 181).

Ahora bien, el proceso de interpretación de una norma general respecto de los casos singulares, la individualización de los consecuencias de esa norma para tales casos, y las variaciones que la interpretación y la individualización deban ir experimentando, todo eso, debe caer bajo el dominio del *logos de lo humano*, del logos de la acción humana. No es algo fortuito, ni tampoco algo que pueda ser decidido arbitrariamente. Es algo que debe ser resuelto *razonablemente*. Pero para eso no sirven las razones de tipo matemático. La lógica tradicional, la de la razón pura, no sirve para tratar ni resolver tales problemas. Necesitamos otro tipo de lógica, la cual también es lógica, pero diferente de la lógica tradicional: necesitamos la lógica de lo humano, da lógica de lo *razonable*, a diferencia da la lógica de lo racional. (SICHES, 1980, p. 143)

Entende-se, pois, que o compromisso da hermenêutica – e dos juristas – deve ser o de assumir postura crítica e socialmente justificada e justificável, tomando como elementos maiores os princípios e valores da Constituição.

Nessa ordem de ideias, impõe-se fomentar a participação dos sujeitos do processo. Etimologicamente, participar significa tomar uma parte (do latim *partem capere*), daí ser possível referir também que o processo, como procedimento em contraditório, impõe às partes (autor e réu) que participem concreta e ativamente do processo, cada qual com o seu fenômeno causal. Reside aqui a função democrática do diálogo processual, ligada também aos eflúvios trazidos pela lógica jurídica contemporânea, que recuperaram o *ars dissedendi*, isto é, a noção retórica que acompanha o processo, especificamente pelo contraditório. “*Non è la logica che controlla il dialogo ma il dialogo che corregge continuamente le logiche*” (GRASSO, 1966, p. 588), resgatando-se aqui seu valor perdido na transição dos séculos XVIII e XIX.

2.2 A boa-fé objetiva como fator de legitimação do processo

Como dito, no processo civil do Estado Constitucional, avulta de importância a boa-fé objetiva, a cujo conceito, diz Judith Martins-Costa (1999, p. 412):

... estão subjacentes as idéias e ideais que animaram a boa-fé germânica: a boa-fé como regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com o ‘alter’, visto como um membro do

conjunto social que é juridicamente tutelado. Aí se insere a consideração para com as expectativas legitimamente geradas, pela própria conduta, nos demais membros da comunidade, especialmente no outro pólo da relação obrigacional.

A boa-fé lealdade, como também é chamada a boa-fé objetiva, pauta-se na honestidade, lealdade e probidade com a qual o sujeito condiciona o seu comportamento (PRETEL, 2006).

Portanto, trata-se de uma regra deontológica, um dever de se manter leal ao acordo realizado ou a conduta praticada, para evitar o abuso da confiança alheia, agindo em consonância com a ética. Não se opõe à má-fé e também não guarda qualquer relação no fato da noção que o sujeito possui da realidade (PRETEL, 2006).

Ainda, Mariana Pretel (2006, p. 89) define o conceito da boa-fé objetiva como um dever de se manter conforme os padrões de comportamentos criados pelos valores da coletividade:

Caracteriza-se como um dever de agir, um modo de ser pautado pela honradez, ligada a elementos externos, normas de conduta, padrões de honestidade socialmente estabelecidos e reconhecidos.

Na verdade, trata-se de uma técnica que permite adaptar uma regra de direito ao comportamento médio em uso em uma dada sociedade num determinado momento. Parte-se de um padrão de conduta comum, do homem mediano, num determinado caso concreto, levando em consideração os aspectos e acontecimentos sociais envolvidos. Traduz o estabelecimento de verdadeiros padrões de comportamento no caso concreto. É a sinceridade que deve nortear todas as condutas humanas, negociais ou não negociais. Em outras palavras, o sujeito deve ajustar sua própria conduta ao arquétipo da conduta social reclamada pela ideia imperante.

Portanto, verifica-se a noção objetiva da boa-fé, relacionada à confiança geral, fundada no arquétipo de comportamento coletivo e reciprocidade de deveres (ROSENVALD, 2009, p. 458-9). Deste modo, diz-se, na boa-fé objetiva, que o sujeito age "de acordo" com a boa-fé, pois está agindo conforme elementos externos impostos como padrões de conduta pela sociedade (PRETEL, 2006).

Flávio Alves Martins (2000, p. 104) expõe que a boa-fé objetiva não é contrária à má-fé ou ao dolo, mas haverá ausência de boa-fé quando não se proceder em conformidade com os padrões de conduta, qualquer que seja o motivo da desconformidade.

Entretanto, a boa-fé objetiva não se restringe aos valores éticos da sociedade, ela se conecta ao ordenamento jurídico, devendo o juiz usar os meios necessários para zelar pela manutenção da confiança existente entre as pessoas, sejam elas partes de um contrato, litigantes ou participantes de qualquer relação jurídica (PRETEL, 2006).

Ademais, vale destacar que o instituto da boa-fé não repercute somente no âmbito obrigacional dos contratos, mas em qualquer relação jurídica, pois atribui ao juiz um maior poder, cabendo-lhe adequar a aplicação judicial à realidade social, analisando especificadamente cada caso concreto (PRETEL, 2006).

De acordo com a lição de Couto e Silva (1997, p. 42):

O princípio da boa-fé endereça-se sobretudo ao juiz e o instiga a formar instituições para responder aos novos fatos, exercendo um controle corretivo do Direito estrito, ou enriquecedor do conteúdo da relação obrigacional, ou mesmo negativo em face do Direito postulado pela outra parte. A principal função é a individualizadora em que o juiz exerce atividade similar a do pretor romano, criando o "direito do caso". O aspecto capital para a criação judicial é o fato de a boa-fé possuir um valor autônomo, não relacionado com a vontade. (...)

Portanto, o princípio da boa-fé, por ser baseado em critérios objetivos, permitiu ao juiz não seguir estritamente o que consta em lei, podendo aplicar os valores éticos da sociedade conforme a singularidade de cada caso concreto (AMARAL, 2009).

Esta liberdade concedida ao juiz é justificada no interesse coletivo de cooperação, promovendo valores constitucionais como o solidarismo, e, incentivando o sentimento da justiça social e a repressão a todas as condutas que importem em desvio aos padrões comportamentais de honestidade e lisura. (ROSENVALD, 2009, pg 459).

Assim, a boa-fé objetiva presta-se para tutelar as justas expectativas das partes na situação jurídica, inclusive processual (MENEZES CORDEIRO, 2001, p. 376; PICÓ Y JUNOY, 2003, p. 65-6), impondo a todos os sujeitos o dever de cooperação e a abstenção da prática de atos lesivos aos legítimos interesses da outra parte.

Da boa-fé objetiva decorrem deveres de lealdade, sendo três as funções da cláusula geral: (a) auxiliar a interpretação dos negócios jurídicos, tendo como nortes o adimplemento e as expectativas que esse gera nas partes; (b) formar deveres laterais (*Neßenpflichten*) que têm por fito salvaguardar a higidez patrimonial e pessoal dos sujeitos contra atos culposos do *alter* e (c) limitar o exercício de direitos subjetivos (no campo do processo, situações).

No último sentido, evita o exercício abusivo e sancionada objetivamente as violações: a) do Abuso do direito por meio da *exceptio doli*; b) do *venire contra factum proprium*; c) da *suppressio* e da *surrectio*; e d) do *tu quoque*. Assim, serve de salvaguarda contra o abuso perpetrado pela parte e mesmo pelo juiz, obrigando-os a manter a coerência durante todo o procedimento.

Ao verificar que o processo cooperativo tem como fundamento a boa-fé objetiva, pode-se observar, além de suas funções de interpretação e de limitação do exercício de

direitos abusivos, a sua função criadora de deveres, tendo em vista que a colaboração processual deve ocorrer de forma leal e honesta.

Neste sentido, sobre as funções da boa-fé objetiva aplicadas ao processo civil, explicita Mariana Pretel (2006, p. 78):

A função interpretativa atua no sentido de avaliar as condutas das partes conforme os ditames exigidos no processo (celeridade, perfeita solução das controvérsias, solidariedade, etc.); a de criação de deveres anexos, como forma de efetivação do dever de lealdade não explicitado pelas partes, mas ínsito no processo, tal qual em qualquer relação jurídica (deveres de esclarecimento, de prestação de contas, de segurança, entre outros) e; por último, a limitação ao exercício de direitos subjetivos condicionaria as posturas dos litigantes (vedando, por exemplo, a lide temerária e o comportamento contraditório).

A boa-fé objetiva deve pautar também a atuação do magistrado, seja como dirigente do processo, seja como agente responsável pela consecução dos objetivos da jurisdição.

Por fim, impende destacar, que a boa-fé objetiva não é apenas uma regra de conduta ética a ser adotada pelas partes das diversas relações jurídicas, de direito privado ou de direito público, mas por todos os indivíduos que se relacionam na convivência em sociedade, com a finalidade de garantir a paz e a harmonia social.

2.3 O direito fundamental ao contraditório como fator de legitimação do processo

Ademais, na realidade contemporânea, os a(u)tores da nova racionalidade são todos os aplicadores do Direito, passando a exigir do (e no) processo a observância irrestrita ao contraditório, elevado, segundo NUNES (2011, p. 82), “a elemento normativo estrutural da comparticipação, assegurando, constitucionalmente, o policentrismo processual”.

Nessa ordem de ideias, compreende-se que os valores e os direitos fundamentais têm eficácia no agir de cada sujeito, seja como forma de tutela da privacidade, seja como forma de liberdade de expressão. Como referiu Ingo Wolfgang Sarlet:

A lição de Robert Alexy, para quem são dois os principais aspectos a serem enfrentados: como e em que medida (isto é, qual o alcance) se dá a vinculação dos particulares, o primeiro sendo um problema de construção, e o segundo, um problema de colisão, ambos resultando da característica de se tratar, em princípio e diversamente das relações particular/Estado, de uma relação na qual ambos os pólos são titulares de direitos fundamentais (2000, p. 116-7).

Aceita-se que os preceitos insculpidos na Constituição Federal têm, de acordo com o artigo 5º, § 1º, eficácia imediata, com aplicação direta sobre todas as relações privadas

(NEUNER, 2004, p. 12), bem como sobre o ordenamento jurídico infraconstitucional: a) no caso de elementos novos (posteriores à Constituição), que sejam incorporados em conformidade com a ordem constitucional, e b) no caso de elementos antigos (anteriores à Constituição), que sejam elas reinterpretados e adequados à nova racionalidade (*Verfäßungskonforme Auslegung*).

Na lição de Pietro Perlingieri:

As normas constitucionais – que ditam princípios de relevância geral – são de direito substancial, e não meramente interpretativas; o recurso a elas, mesmo em sede de interpretação, justifica-se, do mesmo modo que qualquer outra norma, com expressão de um valor do qual a própria interpretação não pode subtrair-se. É importante constatar que também os princípios são normas.

Não existem, portanto, argumentos que contrastem a aplicação direta: a norma constitucional pode, também sozinha (quando não existem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração), ser fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil. Esta é a única solução possível, se se reconhece a preeminência das normas constitucionais – e dos valores por ela expressos – em um ordenamento unitário, caracterizado por tais conteúdos (1997, p. 10-12).

A jurisprudência brasileira registra importantíssimo precedente em que se aceitou a tese da vinculação direta dos particulares mesmo no caso da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. No julgamento do Recurso Extraordinário nº 201.819 – RJ, o Supremo Tribunal Federal aceitou a tese de que também nas relações privada podem ser tutelados diretamente os direitos fundamentais, como constou na ementa do acórdão (BRASIL, 2006):

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas,

em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.

Isso significa que a expropriação, mesmo sendo extrajudicial, deve oferecer ao expropriado o adequado e prévio conhecimento do ato, permitindo-lhe intervir no procedimento e defender seus interesses.

3 Conteúdo e significado do direito fundamental ao contraditório: o caso da expropriação extrajudicial

Na exegese do art. 5º, inc. V, da Constituição Federal, o processo deixa sua função duelística (*Sach der Parteien* ou “coisa das partes”) ou solipsista (de simples sujeição das partes ao poder do magistrado), e passa a ser um problema a resolver graças à colaboração dos interessados e do magistrado, em perspectiva dinâmica. Aqui, a legitimação decisória é dada pelo debate e não pela jurisdição (FAZZALARI, 1994, p. 919-20).

A propósito, ressalta CHAMON JÚNIOR (2008, p. 181):

[...] uma decisão jurisdicional somente pode ser assumida como legítima na medida em que se abre de maneira igual à participação dos afetados, além de assumir o Direito como um sistema de princípios a serem re-interpretados, no caso concreto, na busca daquela interpretação capaz de permitir, nesse mesmo caso, uma leitura coerente do próprio sistema jurídico.

Com efeito, importa dar concretude aos institutos do Direito (especialmente o direito processual) reinterpretados conforme à tabua axiológica constitucional, como leciona Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2008, p. 11):

Nos dias atuais, cresce em significado a importância dessa concepção, se atentarmos para a íntima conexão entre a jurisdição e o instrumento processual na aplicação e proteção dos direitos e garantias assegurados na Constituição. Aqui não se trata mais, bem entendido, de apenas conformar o processo às normas constitucionais, mas de empregá-las no próprio exercício da função jurisdicional, com reflexo direto no seu conteúdo, naquilo que é decidido pelo órgão judicial e na maneira como o processo é por ele conduzido.

Nessa ordem de ideias, o contraditório funciona como mecanismo de controle e participação dos sujeitos na atividade expropriatória, tendo duplo vetor (NUNES, 2008, p. 225-30):

1º) o direito de influenciar a expropriação, com alegações e provas; e

2º) o direito de não ser surpreendido com um leilão não prévia, nem adequadamente informado às partes.

Como consequência disso, surge um novo modelo de processo, dito *cooperativo*, em que a participação, pautada pela colaboração, orienta o magistrado a tomar uma posição de “agente-colaborador” do processo, de participante ativo do contraditório, e não mais a de um mero aplicador das leis. Como frisa Fredie Didier Júnior (2009, p. 52):

Essa participação não se resumiria à ampliação de seus deveres instrutórios ou de efetivação das decisões judiciais (art.131 e 461, §5º, CPC). O magistrado deveria adotar uma postura de diálogo com as partes e com os demais sujeitos do processo: esclarecendo suas dúvidas, pedindo esclarecimentos quando estiver com dúvidas e, ainda, dando as orientações necessárias, quando for o caso. Encara-se o processo como o produto da atividade cooperativa: cada qual com as suas funções, mas todos com o objetivo comum, que é a prolação do ato final (decisão do magistrado sobre o objeto litigioso). Traz-se o magistrado ao debate processual; prestigiam-se o diálogo e o equilíbrio. Trata-se de princípio que informa e qualifica o contraditório. A obediência ao princípio da colaboração é comportamento que impede ou dificulta a decretação de nulidades processuais – e, principalmente, a prolação do juízo de inadmissibilidade. O princípio da cooperação gera os seguintes deveres para o magistrado (seus três aspectos): a) dever de esclarecimento; b) dever de consultar e c) dever de prevenir.

Ou seja, o princípio da cooperação impõe deveres para o magistrado. O dever de esclarecimento consiste no dever do Estado-Juiz esclarecer as eventuais dúvidas que possam haver em relação às alegações, junto às partes. O dever de consultar proíbe o magistrado de decidir com base em questões de fato ou de direito, ainda que essa possa ser conhecida *ex officio*, sem que sobre elas sejam as partes intimadas a manifestar-se (trata-se da manifestação da garantia do contraditório, pois essa intimação irá assegurar as partes a oportunidade de influenciar diretamente na solução daquela controvérsia). Por fim, o dever de prevenir impõe

ao magistrado o dever de apontar as deficiências das postulações das partes para que possam ser supridas.

No sentido do que se sustenta no presente trabalho, com a consulta às partes, o processo legal garante o direito ao contraditório e evita “decisões surpresa”, como salienta Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (1998, p. 113):

(...) inadmissível sejam os litigantes surpreendidos por decisão que se apóie em ponto fundamental, numa visão jurídica de que não se tenham apercebido. O tribunal deve, portanto, dar conhecimento prévio de qual direção o direito subjetivo corre perigo, permitindo-se o aproveitamento na sentença apenas dos fatos sobre os quais as partes tenham tomado posição, possibilitando-as assim melhor defender seu direito e influenciar a decisão judicial.

Trata-se de noção que informa e qualifica o contraditório” (DIDIER JÚNIOR, 2006, p. 77-8), do qual deriva o dever de colaboração (MITIDIERO, 2011). A violação disso representa déficit de fundamentação e baixa constitucionalidade, o que se revela inadmissível no atual estágio constitucional vivido pelo Estado!

3.1 A necessidade, também, de o expropriado ser intimado pessoalmente dos leilões

Aliado ao item anterior, na concretização do direito fundamental ao contraditório, tem-se que o devedor tem direito ao prévio conhecimento dos leilões, o que implica, pois, a necessidade de ser pessoalmente intimado quando tiver residência conhecida.

A intimação pessoal do devedor sobre as datas designadas para os leilões do imóvel funciona, assim, como condição de validade da alienação.

Aliás, pelo artigo 39, inciso II, da Lei nº 9.514,97, aplicam-se à Cédula Hipotecária do Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI) os artigos 39 a 41 do Decreto-lei nº 70, de 21/11/1966. Destaca-se então o parágrafo único do art. 36 do referido Decreto-lei:

Art 36. Os públicos leilões regulados pelo artigo 32 serão anunciados e realizados, no que este decreto-lei não prever, de acordo com o que estabelecer o contrato de hipoteca, ou, quando se tratar do Sistema Financeiro da Habitação, o que o Conselho de Administração do Banco Nacional da Habitação estabelecer.

Parágrafo único. Considera-se não escrita a cláusula contratual que sob qualquer pretexto preveja condições que subtraiam ao devedor o conhecimento dos públicos leilões de imóvel hipotecado, ou que autorizem sua promoção e realização sem publicidade pelo menos igual à usualmente adotada pelos leiloeiros públicos em sua atividade corrente.

Para que a propriedade fiduciária fosse consolidada em favor da Instituição de Crédito, há regra específica sobre ser encontrado e comunicado pessoalmente (artigo 26, § 3º, da Lei nº 9.514/97). Por decorrência lógica, também deverá ser comunicado pessoalmente dos leilões, até para lhe permitir a purgação da mora.

Afinal, isso pode ocorrer a qualquer tempo até a assinatura do auto de arrematação, conforme prevê a norma contida no artigo 34 do Decreto-lei nº 70/66 que, disciplinando Cédula Hipotecária, determina que "é lícito ao devedor, a qualquer momento, até a assinatura do auto de arrematação, purgar o débito, totalizado de acordo com o artigo 33, e acrescido ainda dos seguintes encargos (...)". Lembra-se que essa disposição é expressamente aplicável aos contratos regulados pela Lei 9.514/97 (artigo 39, inciso II).

Ora, se é possível a purgação da mora até a assinatura do auto de arrematação, o que ocorre logicamente depois do leilão, para que o devedor tenha a oportunidade de realizar tal ato, deve ele ser comunicado das datas dos leilões. Sobre isso decidiu o Tribunal Regional Federal (TRF) da 5ª Região em acórdão cuja ementa é transcrita a seguir:

PROCESSUAL CIVIL. MÚTUO DO SFH. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. LEILÃO. DEVEDOR. INTIMAÇÃO PESSOAL. INOCORRÊNCIA. NULIDADE. AGENTE FIDUCIÁRIO. ARREMATANTE. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. NÃO EXISTÊNCIA. 1. Não há qualquer relação de ordem jurídico-material entre o mutuário e o agente fiduciário que corrobore a inclusão deste na demanda que visa à anulação de leilão extrajudicial. 2. A discussão quanto à nulidade da execução e leilão extrajudiciais é objeto de demanda restrita ao mutuante e ao mutuário, de modo que eventuais insatisfações ou prejuízos suportados por terceiros, em decorrência da nulidade do leilão extrajudicial, devem ser objeto de ação autônoma, movida pelo prejudicado em face do mutuante responsável pela regular promoção da execução extrajudicial. **3. É necessária a notificação do mutuário sobre a realização do leilão, tendo em vista a possibilidade do devedor, a qualquer momento, até a assinatura do auto de arrematação, purgar o débito.** 4. Apelação improvida.²

Não havendo prova de que o devedor foi **PESSOALMENTE** intimado das datas dos leilões, nem sendo isso suprido pela mera publicação dos editais, tem-se que os leilões foram NULOS, como NULA foi a arrematação!

4 Considerações finais

Do ponto de vista cooperativo, no estágio atual da história do processo civil brasileiro, a interpretação adequada da Constituição torna expresso o que já se preceitua em doutrina e estimula cada vez mais o desejável diálogo cooperativo entre o juiz e as partes.

² Grifou-se o trecho da ementa do acórdão que interessa ao presente artigo.

Com isso, resta superado o modelo formalista racional e assimétrico que tão pernicioso se tem revelado ao estudo do processo.

Só a visão constitucional do processo, com o modelo cooperativo, é capaz de assegurar uma dinâmica democrática e justificável da convicção judicial sobre as alegações postas a exame no caso concreto. O que se exige é a irrestrita observância dos direitos fundamentais (notadamente o contraditório), aqui sim atuando, de modo sensível, o dever de cooperação entre partes e juiz, imperativo de conduta para a prestação da tutela jurisdicional de forma justa e em tempo razoável.

Assim, conclui-se serem desprovidos de legitimidade os procedimentos tendentes à expropriação de bens do devedor que não lhe ofereçam prévio contraditório, na medida em que subtraem a possibilidade de controle da execução extrajudicial.

Referências

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. **Revista da AJURIS – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, a. XXV, n. 78, p. 103-20, nov. 1998.

_____. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Revista da AJURIS – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, a. XXX, n. 90, p. 55-84, jun./2003.

_____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, a. 33, n. 155, jan.-2008, p. 11-26.

AMARAL, Diego Martins Silva. O princípio da boa-fé. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1781. Acesso em 26 de outubro de 2012.

ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito**. Teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino, São Paulo: Landy, 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Acórdão em Recurso Extraordinário nº 201.819-RJ**, Segunda Turma. Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 11/10/2005. Recurso desprovido, por maioria. Publicado no **Diário de Justiça da União**, edição de 27/10/2006, p. 64.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (TRF) da 5ª Região. **Acórdão em Apelação Cível nº 14832920114058302**, Relator: Desembargador Federal Marcelo Navarro, Data de Julgamento: 11/07/2013, Terceira Turma, Data de Publicação: 22/07/2013.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

COELHO, Inocêncio Mártires. Elementos de teoria da Constituição e de interpretação constitucional. In: MENDES, Gilmar Ferreira (Org.). **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica e Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, 2002.

CRESCI SOBRINHO, Elicio de. **Dever de veracidade das partes no processo civil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

_____. **Dever de esclarecimento e complementação no processo civil**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. v. 1. 6. ed. Salvador: Juspodium, 2006.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 1991.

FREITAS, Juarez. Hermenêutica jurídica: o juiz só aplica a lei injusta se quiser. **AJURIS – Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 14, n. 40, p. 39-52, jul.-1987. p. 51.

FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo e Constituição** – estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II: complementos e índice**. Tradução de Ênio Paulo Giachini. Revisão da tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

GRASSO, Eduardo. *La collaborazione nel processo civile*. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, CEDAM, v. XXI (II serie), p. 580-609, 1966.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia** - entre a facticidade e a validade. v. I e II. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

LEONARDO, Cesar Luiz Augusto. A boa-fé objetiva no processo civil. 2006 – Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/452/445>. Acesso em 26 de outubro de 2012.

MARTINS, Flávio Alves. **A boa-fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

- MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2001. p. 376 e segs.
- MERLE, Jean-Christophe & MOREIRA, Luiz (Org.). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003.
- MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- NASCIMENTO, José Moacyr Doretto. A boa-fé objetiva e o processo civil . Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3039, 27 out. 2011 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20311>>. Acesso em: 26 de outubro de 2012.
- NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.
- PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira, São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**: Nova Retórica. Traduzido por Vergínia K. Pupi. Revisão da tradução de Maria Ermantina Galvão. Revisão técnica Dr. Gildo Rios. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- PEREZ RAGONE, Alvaro J. D. *Profili della giustizia processuale (procedural fairness): la giustificazione etica del processo civile*. *Revista di Diritto Processuale*, Padova, CEDAM, a. LXIII (Seconda Serie), n. 4, p. 1032-1051, jul.-ago. 2008.
- PICÓ Y JUNOY, Joan. *El principio de la buena fé procesal*. Barcelona: Bosch, 2003.
- PRETEL, Mariana Pretel e. **A Boa-fé Objetiva e a Lealdade no Processo Civil Brasileiro**. 2006. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/451/444>. Acessado em 07 de novembro de 2012.
- RIBEIRO, Darcí Guimarães. O sobreprincípio da boa-fé processual como decorrência do comportamento da parte. **Revista da AJURIS – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, a. XXXI, n. 95, p. 71-87, set. 2004.
- ROSENVALD, Nelson. *In*: PELUSO, Cezar. **Código Civil Comentado**: doutrina e jurisprudência. 3. Ed. Barueri, SP: Manole, 2009.
- SICHES, Luis Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*. 3. ed. México: Porrúa, 1980.

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e Costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*. Presentazione di Gian Antonio Micheli. Milano: Giuffrè, 1974.

VINCENZI, Brunela Vieira de. **A boa-fé no processo civil**. São Paulo: Atlas, 2003.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura do Direito**. 2º ed., São Paulo: Alfa Omega, 1997.

_____. Pressupostos de legitimação para se pensar a justiça e o pluralismo no Direito. In: MERLE, Jean-Christophe & MOREIRA, Luiz (Org.). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003.

ZEISS, Walter. *El dolo procesal – aporte a la precisión teóricas de una prohibicion del dolo en el proceso de cognicion civilistico*. Buenos Aires: EJEJA – Ediciones Juridicas Europa-America, 1979.