

Key words

Political Jurisprudence – Judgment by court of justice – Justice – Security – Utility.

1. Introdução

O presente artigo tem por objetivo abordar, à luz da Política Jurídica, uma decisão judicial proferida pela Quarta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Primeiramente, impõe-se destacar que o acórdão objeto de discernimento refere-se a uma ação de cancelamento parcial de hipoteca cumulada com pedido de adjudicação compulsória, promovida por promitentes compradores de unidade condominial em desfavor da promitente vendedora – construtora e incorporadora.

Em síntese, a controvérsia cinge-se ao fato dos promitentes compradores terem adquirido uma unidade condominial edificada pela promitente vendedora que, para levar a efeito a construção, obteve empréstimo de uma instituição financeira, garantindo o mútuo através da hipoteca que passou a onerar o imóvel em que seria edificado o empreendimento.

Tendo em vista que os promitentes adquirentes quitaram sua dívida para com a promitente vendedora, embora esta não tivesse honrado seus compromissos de mútuo para com o ente financeiro - prevalecendo, portanto, a oneração hipotecária -, aqueles ingressaram com a demanda em comento, objetivando o cancelamento da hipoteca, no que tange à cota parte do imóvel, bem como sua adjudicação compulsória.

Em primeira instância os adquirentes obtiveram provimento parcialmente favorável, de molde que restou acolhido o pedido adjudicatório e rejeitado o de desoneração. Já o *decisum* do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, ratificou a sentença monocrática quanto à adjudicação e modificou-a no que tange ao cancelamento da hipoteca, determinando sua ineficácia com relação aos promitentes compradores.¹

Destaque-se que, *in casu*, as hipotecas - eis que, segundo se depreende do relatório do aresto, foram realizados vários empréstimos pela mesma instituição financeira em favor da promitente vendedora e prestadas garantias para cada operação -, somente desonerariam o imóvel e seus acessórios em caso de sua quitação.

Na situação apontada, os promitentes adquirentes valeram-se da tutela jurisdicional no afã de, ainda sem a verificação da quitação das hipotecas por parte do mutuário, obterem a ineficácia das mesmas, de molde a obstar a possibilidade de que seu patrimônio respondesse pela dívida do terceiro (promitente vendedor).

Portanto, os terceiros adquirentes deveriam arcar com o ônus que não lhes pertencia, embora tivessem já quitado sua dívida e fizessem jus ao domínio do imóvel. Tal circunstância, determinada pela letra fria da lei abstrata (artigos 849 a 851, do Código Civil Brasileiro), foi re-adequada pelos julgadores, imbuídos do espírito e colocando em prática o critério de políticos do direito.

Cumprе ressaltar que a Política do Direito (ou Política Jurídica) busca adequar a norma abstrata, que não raras vezes se revela injusta e/ou inútil, às necessidades da Sociedade e diante dos fatos apresentados, para uma normatização, concreta, do caso particular. O político do direito perscruta o inconsciente coletivo, valorando a norma *in abstracto* e adequando-a na aplicação *in concreto*, cumulando epistemologia, axiologia e empirismo; dinamiza e revive a norma de outrora de acordo com os anseios sociais da sua época e objetivando a construção de uma Sociedade mais justa e solidária.

O político do direito não se abstrai da norma, em sua aplicação, mas ao permear o campo da dogmática jurídica não se encontra enclausurado no tecnicismo, no formalismo e tampouco na mera formalidade da lei.²

Observe-se a fundamentação do *decisum*:

“O Direito não pode se apartar da realidade, e nem ficar atado a meras ficções legais. Na vida em sociedade há equívocos, há enganos, há erros, há omissões, há incompreensões, há malícia. Aprimoram-se as fórmulas de ludibriar e lesar, há assinaturas de documentos em branco, há pressões, inclusive internas do próprio adquirente, principalmente agora, em época de notórias e conhecidas desigualdades econômicas, devendo o julgador, portanto, diante desse quadro, mais do que nunca, interpretar a efetiva vontade das partes, diante das circunstâncias, como, aliás, lhe é expressamente autorizado

pelo art. 85 do Código Civil, ao estatuir que nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem. E a vontade dos adquirentes, data vênua, não foi a de se obrigarem por dívida alheia e nem de responderem por essa com seus bens, onde residem (Ap. Cív. N. 378.569, de São Paulo, julgamento de 11/11/87)".³ (231)

Verifica-se a intenção dos julgadores de corrigir o desvio ou a estranheza e distância com que o caso seria tratado se enfrentado sob o viés da lógica formal da norma e da interpretação literal. Tem-se o que Höffe⁴ chama de estratégias de julgamento, ao reconstruir, a cada passo, os conceitos e as formas jurídicas de acordo com o caso concreto.

Na tarefa de remodelação da norma abstrata à concreta, alguns valores⁵ guiam a ação político-jurídica: a utilidade social, a justiça e a segurança jurídica.

Quanto à primeira, compreendida, no dizer de Mello⁶, como “uma das qualidades que deve ter a norma e, assim, merecer integrar um sistema jurídico. Consiste sempre na resposta adequada a uma legítima necessidade coletiva”.

Sob tal égide, parece-nos ter, o acórdão em comento, abordado o aspecto da norma, que não corresponde com a necessidade coletiva da habitação e do resguardo patrimonial, punindo não o verdadeiro devedor, mas o terceiro (promitente adquirente) que confiou na sistemática da aquisição imobiliária, restando prejudicado pelo inadimplemento da tomadora do empréstimo e pela inércia da instituição financeira que, apesar de ter conhecimento da situação econômica comprometida daquela, manteve-se alheia à situação, passando a obstar a transferência em face do gravame hipotecário, observe-se:

“...impende consignar a fragilidade do sistema, profundamente injusto para com o comprador, vítima da esperteza criminosa do incorporador e da conivência odiosa do agente financeiro, com vistas a uma exegese comprometida com a função social do Direito e com o princípio de equidade, de modo a efetivar

no processo o justo, compromisso primeiro do julgador na composição da lide".⁷

E, ainda:

"Saliente-se que é incontroverso que o preço da compra e venda foi integralmente quitado pelos autores adquirentes, conforme ressaltou a decisão monocrática sob exame. Todavia, apesar de integralmente quitada a dívida, os adquirentes, depois de perceberem da relutância do compromitente vendedor de outorgar a escritura definitiva do imóvel, foram surpreendidos com a posição de inércia da instituição financeira, que, provocada, limitou-se a dizer que não reconhecia as avencas efetuadas pela incorporadora".⁸

Há, portanto, a identificação de um defeito na norma, a ser sanado, pelo político do direito, no sentido de assegurar a utilidade social daquela.⁹ Ocorre que, se por um lado existe a segurança jurídica em prol da entidade financeira, para recebimento de seu crédito, por outro se tem a necessidade de moradia do promitente adquirente, havendo a aparente formulação da oposição *utilidade social X segurança jurídica*.

Tal díade, no entanto, restou afastada em face de que a norma, em si, não trouxe para o caso concreto qualquer segurança, pois esta consistia em garantir o pagamento por parte da tomadora dos serviços, não pelo promitente adquirente. Sobrepôs-se, assim, no entendimento dos julgadores, a necessidade da utilidade da norma acima da suposta segurança que esta pudesse proporcionar - à qual nos referiremos na seqüência.

Tocante à justiça, os valores que guiam sua idealização são inerentes a cada ser. Portanto, não se trata de se situar, o político do direito, no círculo da individualidade, pois dessa maneira não encontraria critério definido, mas no da coletividade. Nesse universo (do coletivo), Mello¹⁰ propõe alguns critérios objetivos de aferição da justiça.

Dentre estes identificamos, notadamente, dois: a) o que se refere à justiça como relação entre a reivindicação social e a resposta dada pela norma; e, b) o atinente à justiça como legitimidade ética, de modo que a norma jurídica conflite com a norma moral.

O primeiro se evidencia no conjunto do ordenamento jurídico, pelas reivindicações sociais retratadas em uma série de normas, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 (CRFB/88), às infraconstitucionais, mormente as atinentes ao Sistema Financeiro da Habitação.

Isto é, enquanto o anseio social se manifesta na direção de viabilizar aos mais necessitados a possibilidade de terem sua própria moradia; a norma que obstaculiza, por obrigação de um terceiro (promitente vendedora) e graças à inércia do maior interessado (entidade financeira), não condiz com a reivindicação comum e, conseqüentemente, é qualificada como injusta.

O segundo critério – conflito entre a norma de direito e a norma moral –, retrata-se na anormalidade de obrigar o promitente adquirente – que já quitou sua dívida para com a promitente vendedora – a pagar duplamente o mesmo patrimônio, sob pena de perdê-lo. Vale dizer, a imoralidade consiste em exigir, de quem nada deve, que arque com as conseqüências decorrentes da inércia e do inadimplemento de terceiros.

Assim, o acórdão retrata a re-adequação da norma à situação concreta e em face da lei ser contrária à justiça, a saber:

*“quem sofre as conseqüências não é a construtora, a única que deveria responder pelo seu débito hipotecário. São os adquirentes dessas unidades, ainda que provem o pagamento integral do preço ou a sua regularidade temporal ou quantitativa. Essa distorção jurídica deve ser corrigida pela ação pretoriana dos Tribunais, se não houver providência legislativa, a exemplo do que se passava no Direito Romano, segundo o ensinamento de Alexandre Correia e Gaetahno Sciascia, verbis: ‘no sistema jurídico romano, a essência e o fim do direito se indicam com a palavra aequitas; mas, se pela evolução da consciência social ou por circunstâncias de fato o preceito jurídico já não corresponde à sua finalidade, manifesta-se uma antítese entre jus e aequitas, entre lei e justiça. Neste sentido é que a aequitas corrige o jus, pois como afirma Cícero, repetindo Terêncio, numa época de grande progresso social, ‘summus jus, summa injuria’”.*¹¹

Igualmente:

“Já é hora de advogar a revisão de alguns conceitos jurídicos, tradicionais, aplicáveis aos casos de aquisição da casa própria, para, com nova inspiração, apartar-se da fria letra da lei quando ela representar abominável injustiça no caso concreto. A justiça se faz na lide específica, não considerada a norma isolada, de caráter e aplicação geral. (...) Por corolário, ressalte-se que transparece de todo o processado, sem qualquer dúvida, a boa-fé dos apelantes, que não se utilizaram de financiamento para a quitação da unidade residencial, satisfazendo a dívida com recursos próprios. Seria inadmissível que fossem, mesmo após tal quitação, compelidos a cumprir obrigação do vendedor, ou a pagar duplamente pelo bem, ou vir a perdê-lo, pois isso seria consumação da injustiça, sob os olhos insensíveis da jurisdição, em nome de uma neutralidade plenamente discutível”.¹²

Ao igual que – como mencionado anteriormente – pode-se cogitar da oposição entre *utilidade social X segurança jurídica*, tem-se a mesma oposição entre *justiça X segurança jurídica*. Esta última, definida por Melo¹³ como o “estado de garantia legal assegurado ao titular de um direito cujo exercício fica protegido”, deve ser aquilata-da caso a caso, pelo político do direito, de maneira a conciliá-los.

Contudo, restando impossível a conciliação, impõe-se escolher pela prevalência de um dos valores que, para o caso específico, resulte mais útil. A esse respeito, aparenta-nos não existir dúvida quanto à valoração dos julgadores, ao escolherem o critério justiça, por entendê-lo mais útil, em detrimento da segurança jurídica em favor de um terceiro, sem, no entanto, descurar desse critério, ao determinar o respeito ao pacto firmado entre o promitente adquirente e a promitente vendedora.

Concluindo, constata-se que o *decisum* comentado espelha o reconhecimento por parte dos julgadores, de que a mera formalidade da prestação jurisdicional, por si só, não realiza a justiça no caso concreto.

Mister que o Judiciário construa, com sua indubitável tarefa de legislador e potencial solucionador dos conflitos, uma Sociedade

mais justa, mais igualitária e mais solidária. A função da jurisdição judicial deve extrapolar o âmbito da simples resolução formal do conflito entre as partes, de maneira que a cada manifestação sua, uma nova ordem seja construída, uma ordem com juízes cômicos do seu dever de colaborar para o desenvolvimento social e de adequar a aplicação do ordenamento positivado aos verdadeiros anseios dos seus destinatários.

Contudo, um grande problema deve ser enfrentado nesse ponto. Primeiramente, o arraigado conceito positivista de que o *direito é a lei* e de que ao Judiciário simplesmente cabe aplicar a lei ao caso concreto.

Em segundo lugar, a intenção e consciência da necessidade de romper com os conceitos pré-estabelecidos (e porque não chamá-los de preconceitos, na pior acepção do termo), sem se circunscrever às fossilizadas doutrinas e jurisprudência tradicionais, ousando nas decisões judiciais. Tal ousadia, não se pode perder de vista, fundamenta-se na re-adequação da norma aos valores e às necessidades sociais, com sua aplicação para construir uma Sociedade melhor, com os atributos já declinados; é, no dizer de Warat¹⁴, a redefinição das palavras da lei.

Por último, exige-se que o juiz (e político do direito) tenha a sensibilidade e o humanismo necessários à compreensão de tais anseios e de sua importantíssima função. Não basta, para ser um servidor da justiça, que o julgador conheça as leis, a jurisprudência e a doutrina, encerrando-se numa redoma inabalável de imparcialidade e descompromisso com a realidade social, que acontece enquanto ele se fecha, entre quatro paredes do seu gabinete luxuoso, com ar condicionado, para retirá-lo do calor ou aquecê-lo no inverno cru.

Neste ponto reside o grande desafio. É que, lamentavelmente (e por enquanto, ainda que com raras exceções) o ensino jurídico no país monopoliza o enfoque sob o âmbito meramente positivista. Imprescindível que um juiz humano e sensível se valha de conceitos e realidades filosóficas, psicológicas, antropológicas, para fins de começar a se capacitar no objetivo de pôr em prática a política do direito.

Noleto¹⁵ aborda a temática:

“A construção de um novo saber no campo do Direito vê-se intimamente ligada à práxis dos operadores jurídicos, pois somente uma prática (hermenêutica) renovada será capaz de construir um senso comum jurídico emancipatório. Por isso é que a hermenêutica material, segundo Lyra Filho, funda um processo não apenas compatível, mas necessário, à teoria jurídica dialética. O elemento político do afazer jurídico é então reivindicado como condição para uma práxis consciente de sua função social e histórica...”

A nobre função do julgador, enquanto político do direito, dinamiza a dogmática jurídica, não raramente fossilizada, e apresenta-se em decisões como a abordada, de coragem, comprometimento e conhecimento da realidade social. No dizer de Bobbio¹⁶, “um sinal premonitório (...) e (...) um motivo para que não permaneçamos espectadores passivos e para que não encorajemos, com nossa passividade, os que dizem que “o mundo vai ser sempre como foi até hoje”; estes últimos (...) contribuem para fazer com que sua previsão se realize, ou seja, para que o mundo permaneça assim como sempre foi. Que não triunfem os inertes!”.

O abandono das meras formalidades¹⁷, que encesse a dogmática jurídica, em favor da justiça e da utilidade social, tão reivindicadas pela Sociedade, realizam-se guiadas pelos ensinamentos da Política Jurídica.

Notas Bibliográficas

- 1 A decisão, in totum, encontra-se In: *Jurisprudência Catarinense*. Tribunal de Justiça: Florianópolis. 1999. p. 230-242.
- 2 Criticando o modelo preestabelecido e em tese acabado do positivismo e da dogmática jurídica, Mauro Noleto anota: “A cultura jurídica se encarrega de deixar tudo pronto, e não há nada que se possa fazer enquanto jurista, pois este deve permanecer adstrito aos limites do pensamento dogmático. Uma ação crítica e emancipatória, nesse terreno, deve implicar que o sujeito já terá abandonado o restrito universo do Direito e adentrado o “apaixonado e voluntário”

campo da Política”. NOLETO, Mauro Almeida. *Subjetividade jurídica. A titularidade de direitos em perspectiva emancipatória*. p.38.

- 3 *Jurisprudência Catarinense*. p. 231.
- 4 Observe-se: “Denomino estratégias de justiça política os múltiplos “métodos”: os caminhos, forças e procedimentos para comprometer (o mais possível) os poderes públicos com a justiça. Visto sistematicamente, eles possuem uma dupla face, o lado voluntário e o lado cognitivo; aquele se refere à tarefa do reconhecimento, este à tarefa de determinação do poder jurídico público. Em correspondência, há dois tipos mutuamente complementares de estratégias de justiça. Com o auxílio das estratégias de positivação, os princípios da justiça encontram seu reconhecimento histórico concreto; com o auxílio das estratégias de julgamento, as formas jurídicas que devem ser reconhecidas são sempre determinadas novamente”. HÖFFE, Otfried. *Justiça política*. p. 368.
- 5 Johannes Hesse afirma que o conceito de ‘valor’ não pode rigorosamente definir-se. “Valor é, sem dúvida, algo que é objeto de uma experiência, de uma vivência. (...) Há também a idéia de valor. Esta consiste no conceito do gênero sob o qual subsumimos o conteúdo de todas as nossas vivências da mesma espécie.” HESSE, Johannes. *Filosofia dos valores*. p. 38.
- 6 MELO, Osvaldo Ferreira de. *Dicionário de política jurídica*. p. 96.
- 7 *Jurisprudência Catarinense*. p. 230.
- 8 *Jurisprudência Catarinense*. p. 230.
- 9 Cappelletti afirma: “Em face de legislação social que se limita, freqüentemente, a finalidade e os princípios gerais, e diante de direitos sociais essencialmente dirigidos a gradual transformação do presente e formação do futuro, os juízes de determinado país bem poderiam assumir – e muitas vezes, de fato, têm assumido – a posição de negar o caráter preceptivo, ou ‘self-executing’, de tais leis ou direitos programáticos. (...) Mais cedo ou mais tarde, (...) os juízes deverão aceitar a realidade da transformada concepção do direito e da nova função do estado, do qual constituem também, afinal de contas, um ‘ramo’. E então será difícil para eles não dar a própria contribuição à tentativa do estado de tornar efetivos tais programas, de não contribuir, assim, para fornecer concreto conteúdo para àquelas ‘finalidades e princípios’: o que eles podem fazer controlando e exigindo cumprimento do dever do estado de intervir ativamente na esfera social, um dever que, por ser prescrito legislativamente, cabe exatamente aos juízes fazer respeitar. É manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que

quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciárias. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes". CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? p. 41-42.

- 10 Osvaldo Ferreira de Melo apresenta, como quatro critérios objetivos de concepções de justiça, complementares entre si e emanadas de idéias formadas no corpo social, as seguintes: a) "Justiça como ideal político de liberdade e igualdade: A norma que obstaculizar ou fraudar as aspirações de coparticipação e compartilhamento será considerada injusta"; b) "Justiça como relação entre as reivindicações da sociedade e a resposta que lhes dê a norma: Se houver inadequação nessa relação, o sentimento resultante será de que se trata de uma norma injusta"; c) "Justiça como a correspondência entre o conhecimento científico sobre o fato (conhecimento empírico da realidade) e a norma em questão: A norma cujo sentido não corresponda à verdade empiricamente demonstrada e socialmente aceita, será norma injusta"; d) "Justiça como legitimidade ética. A norma do Direito que conflitar com a norma de moral poderá ser considerada injusta". MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. p. 108 a 115.
- 11 *Jurisprudência Catarinense*. p. 230.
- 12 *Jurisprudência Catarinense*. p. 231.
- 13 MELO, Osvaldo Ferreira de. *Dicionário de política jurídica*. p. 87.
- 14 "Redefinir (...) é alterar as características de relevância de um termo, permitindo ou provocando uma mudança em sua denotação. Mais precisamente, é alterar o significado de um termo possibilitando sua aplicação a situações antes não consideradas. (...) Ora, na interpretação da lei, o processo definitório está sempre determinado por fatores axiológicos. (...) Tal mecanismo facilita a adequação da jurisprudência às exigências, reais ou supostas, de um dado momento histórico". WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito: interpretação da lei – Temas para uma reformulação*. p. 39.
- 15 NOLETO, Mauro Almeida. *Subjetividade jurídica. A titularidade de direitos em perspectiva emancipatória*. p. 125.
- 16 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. p. 140.
- 17 "Será que, por amor ao império das formalidades, ninguém tirará a venda que tampa os olhos da Justiça, alegando a tão temida perda da imparcialidade? A exclusão social reclama à velha Senhora quer retire a faixa para ver a assimétrica realidade que formiga aos seus pés, flagelando ampla parcela da Sociedade, farta de formalismos e rigorismos jurídicos, mantenedoras de um empolado discurso". STELZER, Joana. *Globalização e direito: uma revisão da Justiça social*. In *Alcance – Revista de divulgação científica da Universidade do Vale do Itajaí*. p. 17.

Referências Bibliográficas

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus. 1992.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris. 1999.
- HESSE, Johannes. *Filosofia dos valores*. Trad. L. Cabral de Moncada. 5 ed. Coimbra: Armênio Amado. 1980.
- HÖFFE, Otfried. *Justiça política*. Trad. Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes. 1991.
- Jurisprudência Catarinense*. Tribunal de Justiça: Florianópolis. 1999.
- MELO, Osvaldo Ferreira de. *Dicionário de política jurídica*. Florianópolis: OAB/SC Editora. 2000.
- _____. *Fundamentos da política jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor/CPGD-UFSC. 1994.
- NOLETO, Mauro Almeida. *Subjetividade jurídica. A titularidade de direitos em perspectiva emancipatória*. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre. 1998.
- STELZER, Joana. Globalização e direito: uma revisão da Justiça social. *In Alcance – Revista de divulgação científica da Universidade do Vale do Itajaí*. Itajaí: Editora da UNIVALI. Ano VII. Nº 3. 2000.
- WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito: interpretação da lei – Temas para uma reformulação*. Sérgio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre. 1994.

