



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PIAUÍ
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E LETRAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO

RAFAEL VICTOR ROCHA FURTADO

**VETO PRESIDENCIAL COMO CONTROLE PREVENTIVO DE
CONSTITUCIONALIDADE E LIMITE À CRITICIDADE JUDICIAL: UMA ANÁLISE
DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.119.300/RS**

Teresina

2021

RAFAEL VICTOR ROCHA FURTADO

**VETO PRESIDENCIAL COMO CONTROLE PREVENTIVO DE
CONSTITUCIONALIDADE E LIMITE À CRITICIDADE JUDICIAL: UMA ANÁLISE
DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.119.300/RS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí, como requisito para a obtenção do título de mestre.

Orientadora: Professora Doutora Olívia Brandão Melo Campelo

Teresina

2021

FICHA CATALOGRÁFICA
Universidade Federal do Piauí
Biblioteca Setorial do Centro de Ciências Humanas e Letras
Serviço de Processos Técnicos

F992v Furtado, Rafael Victor Rocha.
Veto presidencial como controle preventivo de
constitucionalidade e limite à criatividade judicial : uma análise do
recurso especial nº 1.119.300/RS / Rafael Victor Rocha Furtado. --
2021.
80 f.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Piauí, Centro
de Ciências Humanas e Letras, Programa de Pós-Graduação em
Direito, Teresina, 2021.
“Orientadora: Professora Doutora Olívia Brandão Melo
Campelo.”

1. Controle de constitucionalidade. 2. Veto presidencial.
3. Deficiência entre os poderes. 4. Criatividade judicial.
5. Minimalismo judicial. I. Campelo, Olívia Brandão Melo.
II. Título.

CDD 342.81

Bibliotecária: Thais Vieira de Sousa Trindade - CRB3/1282

RAFAEL VICTOR ROCHA FURTADO

**VETO PRESIDENCIAL COMO CONTROLE PREVENTIVO DE
CONSTITUCIONALIDADE E LIMITE À CRITICIDADE JUDICIAL: UMA ANÁLISE
DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.119.300/RS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí, como requisito para a obtenção do título de mestre.

Aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dr^a. Olívia Brandão Melo Campelo - UFPI (Orientadora)

Prof. Dr. Dante Ponte de Brito - UFPI (Avaliadora interno)

Prof. Dr. Nelson Juliano Cardoso Matos- UFPI (Avaliador interno)

Prof. Dr. Samuel Pontes do Nascimento - UFPI (Avaliador interno)

Prof. Dr. Arnaldo Boson Paes (Avaliador externo)

Dedico este trabalho à memória de meu pai.

*Pai,
Dai-me coragem para aceitar o que
não posso mudar;
Coragem para mudar o que posso, e;
Inteligência para distingui-los.*

Reinhold Niebuhr (adaptado)

AGRADECIMENTO

Inicialmente, agradeço ao meu pai por todo o ensinamento em vida. À minha mãe, por ter assumido o papel de pai e mãe com sucesso, bem como por ter me dado imensurável apoio para que eu tivesse tempo para concluir este trabalho. Agradeço também ao meu irmão pela referência na área da pesquisa e por ter me ensinado a analisar e redigir corretamente um Recurso Especial, conhecimento sem o qual eu não poderia realizar esta pesquisa da forma correta. À minha família, em geral, pelo empenho, desde o início, no meu desenvolvimento como estudante.

Agradeço à Victória por todo o amor e companheirismo durante o trajeto da reta final da pesquisa e da escrita, por sempre ter expressado sua admiração pelo meu esforço e, principalmente, por dizer que acredita em meu potencial.

Faço especial agradecimento à Professora Doutora Olívia Brandão, que, além de me guiar com boas leituras sobre o minimalismo judicial, foi um dos primeiros ombros em que pude desabafar angústia em tempos que pensei em desistir do mestrado, proferindo, ali, as palavras certas que me deram forças para seguir.

Aos discentes, alguns já mestres e outros mestrandos do PPGD-UFPI, faço especial agradecimento por sempre terem sido extremamente altruístas, o que favoreceu o bom desenvolvimento das atividades com base na gentileza de compartilhamento do conhecimento. Em especial, agradeço ao colega Emmanuel Rocha Reis, que possui como único defeito o fato de ser flamenguista, por sua amizade, e à colega Ana Luísa Melo Nogueira por toda a relevante ajuda acadêmica.

RESUMO

A presente dissertação tem por objetivo analisar o ativismo judicial quando o Poder Judiciário é provocado a decidir em casos de ausência de norma escrita. Mais especificamente, pretende-se averiguar a força normativa do veto presidencial, quando funciona como controle preventivo de constitucionalidade, como fator relevante ou não no ato de decidir. Ante a ausência de norma escrita para o caso específico em razão de veto, há a possibilidade de criação de norma a partir da decisão judicial, mas que necessariamente deve ser fundamentada em bases principiológicas e constitucionais, fazendo-se deferência entre os poderes atuantes no processo de criação e efetivação das leis. O presente trabalho foi desenvolvido por meio de pesquisa descritiva, sendo utilizados os procedimentos técnicos de pesquisa bibliográfica e documental. De forma específica, o primeiro capítulo aborda a ascensão do Poder Judiciário ante a omissão legislativa; o segundo capítulo faz uma análise aprofundada dos julgados do Superior Tribunal que trataram sobre a devolução de valores aos consorciados excluídos em grupos de consórcio e o último capítulo trabalha o diálogo da hermenêutica jurídica cabível diante do caso difícil, fazendo-se a adequação e o comparativo das teorias ao caso prático.

Palavras-chave: Veto presidencial. Controle de constitucionalidade. Deferência entre os poderes. Criatividade judicial. Minimalismo judicial.

ABSTRACT

The present dissertation aims to analyze judicial activism when the Judiciary is provoked to decide in cases of absence of a written rule. More specifically, it is intended to ascertain the normative force of the presidential veto, when it functions as a preventive control of constitutionality, as a relevant factor or not in the act of deciding. In the absence of a written rule for the specific case due to a veto, there is the possibility of creating a rule based on the judicial decision, but which must necessarily be based on principiological and constitutional bases, making deference between the powers active in the process creation and enforcement of laws. This work was developed through descriptive research by using the technical procedures of bibliographic and documental research. Specifically, the first chapter talks about the rise of the Judiciary due to the legislative omission; the second chapter makes an in-depth analysis of the Superior Court's judgments that dealt with the return of amounts to consortium members excluded from consortium groups and the last chapter works the dialogue of the applicable legal hermeneutics in the face of the difficult case, making the adequacy and comparison from theories to practical cases.

Keywords: Presidential veto. Constitutionality control. Deference between powers. Judicial creativity. Judicial minimalism.

LISTA DE SIGLAS

BACEN	Banco Central do Brasil
CF	Constituição Federal
CN	Congresso Nacional
MI	Mandado de Injunção
Min.	Ministro(a)
Rcl.	Reclamação
RE	Recurso Extraordinário
REsp.	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 ATUAÇÃO DO LEGISLATIVO E PODER JUDICIÁRIO COMO PARTE IMPLEMENTADORA	9
2.1 Ascensão do Poder Judiciário: uma breve análise sobre o mandado de injunção e a arguição de descumprimento de preceito fundamental ante a omissão legislativa	10
2.2 Omissão legislativa e critérios para a sua classificação	13
2.3 Poder Judiciário e Poder Legislativo: deferência e criatividade judicial.....	15
3 CRIATIVIDADE JUDICIAL E O VETO PRESIDENCIAL NA LEI Nº 11.795/2008	20
3.1 Breves comentários sobre o sistema de consórcio, regulamentação esparsa e as mudanças com a vigência da Lei nº 11.795/2008	20
3.2 Introdução ao caso do Recurso Especial nº 1.119.300-RS	24
3.3 A abordagem do voto-vista da Ministra Nancy Andrighi sobre o silêncio do legislador	29
3.4 A lacuna na Lei nº 11.795/2008 e a proibição do “non liquet”	31
3.5 Análise dos julgados que resultaram na reunião de processos sobre a mesma matéria e a expansão de efeitos do REsp. nº 1.119.300/RS no julgamento da Rcl. nº 16.390/BA..	34
3.6 Reflexões sobre o Recurso Especial Repetitivo no Superior Tribunal de Justiça no caso em análise	38
4 HERMENÊUTICA JURÍDICA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	43
4.1 Reflexos da lacuna da lei e a busca pela solução do caso difícil	43
4.1.1 O ativismo judicial ante a ausência de norma específica e os limites de atuação do julgador ...	44
4.1.2 A possibilidade da única decisão correta: contrapontos entre Hart, Dworkin e Alexy.....	46
4.1.3 Minimalismo judicial e a possível resposta por meio de acordos teóricos incompletos.....	52
4.1.4 Razoabilidade e as consequências práticas no julgamento: influência dos reflexos econômicos na decisão judicial	57
4.1.5 Veto presidencial, possibilidade de criação de direito material pelo juiz e a necessária sobreposição das diretrizes constitucionais	60
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	65
REFERÊNCIAS	70

1 INTRODUÇÃO

Os Poderes Legislativo e Judicial por vezes entram em embate por supostas invasões em suas competências constitucionalmente previstas, ainda que tais intromissões sejam permitidas. Atualmente, tem-se verificado uma intensa discussão sobre julgamentos advindos do Poder Judiciário que estariam sendo, em tese, elaboração de leis, como se houvesse juízes legisladores.

São diversos os casos em que os juízes são postos a precisar resolver questões que não necessariamente encontram resposta na lei. A ausência da previsão legal também não pode servir de óbice para o julgamento, isso porque o princípio da inafastabilidade da jurisdição previsto na Constituição Federal (BRASIL, 1988) garante àquele que busca a justiça uma resposta para a sua lesão ou direito ameaçado: “Art. 5º (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”.

Como bem salienta Nelson Juliano Cardoso Matos¹, apesar de o ativismo judicial e a judicialização da política serem temas constantemente debatidos, subsiste a sensação de que os pesquisadores e os operadores do Direito ainda não estão satisfeitos com o tema.

Associando-se a presente pesquisa com a realidade atualmente vivenciada, é difícil distanciar a situação da pandemia mundial dos reflexos desta no agravamento das divergências eventualmente existentes entre o Poder Executivo e o Poder Judicial quanto a se saber a quem cabe a última palavra de ordem.

Dentre vários pontos de partida possíveis, tem-se, dentre esses, que a guinada de julgamentos de crimes políticos e supostamente cometido por políticos possibilitou um maior destaque ao Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, quanto à observância das leis, agora tratando de situações antes tidas como passíveis de punição, mas sem qualquer aplicação prática, o que trazia a sensação de impunidade. Porém, conforme relatado, esse é apenas um dos pontos do ativismo judicial, não o único.

¹ MATOS, Nelson Juliano Cardoso. Novas abordagens sobre a judicialização da política: anacronismo da doutrina da separação de poderes. In Sessão inaugural do núcleo de pesquisa em Direito República UFPI, 2021 – Teresina: 2021. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=v9DWZFHFV0s>>. Acesso em : 10 mar. 2021.

Diante de um caso difícil e que não possui resposta direta na lei ou, mais que isso, que houve um silêncio por parte do Poder Legislativo ao abordar o tema, deve-se averiguar quais os mecanismos a serem utilizados pelo Poder Judiciário para que isso não configure ele próprio como um legislador para o caso específico.

Sobre a temática, Eduardo Mendonça (2015. p. 134-135) aborda a interação contínua entre os mecanismos políticos e jurídicos de decisão coletiva, salientando que deve haver interação entre os Poderes, mediada e permeada pelos estímulos da própria sociedade. Atenta, ainda, que impor uma jurisdição constitucional forte, ignorando atuações consistentes do legislador, é tão voluntarista quando podar artificialmente o campo de atuação dos tribunais a partir de uma idealização não apenas do processo legislativo, mas também da percepção social sobre ele.

Com isso, ganha destaque a importância dos diálogos institucionais a serem travados principalmente pelo Poder Judiciário e o Poder Legislativo, a ponto de definir se as decisões judiciais devem ser deferentes ou não ao que é debatido, elaborado e produzido pelos legisladores.

No mesmo sentido, Ana Paula de Barcellos (2015. p. 665-666) atenta que “não legislar é uma das possibilidades disponíveis ao legislador, só sendo possível falar de um dever constitucional de legislar nas hipóteses previstas pela Constituição”. Assim, o fato de uma lei não abordar especificamente sobre um tema que resolveria um caso concreto não necessariamente significa uma falha do legislador, mas poderia também significar uma escolha dele diante da particularidade ou da diversidade dos casos, que eventualmente e posteriormente venham a ser apreciados pelo Poder Judiciário.

Diferente dos casos de maior repercussão e já demasiadamente debatidos pela academia e demais operadores do Direito, a presente pesquisa tem por objetivo analisar o veto presidencial, mais especificamente nos casos em que funciona como controle de constitucionalidade preventivo, como um limitador à criatividade judicial.

Sobre o tema, um dos casos recentes e intensamente debatidos pelo Poder Judiciário é o dos consumidores que firmaram contratos de consórcios com administradoras e que encerraram sua relação contratual em razão de desistência ou inadimplência. A lacuna na Lei nº 11.795/2008 (que dispõe sobre o sistema de consórcio), em não tratando expressamente da forma de devolução dos valores investidos no consórcio pelos contratantes excluídos, acabou permitindo que as administradoras de consórcio continuassem com a retenção desses valores mesmo após a exclusão do consumidor inadimplente.

A suposta lacuna na Lei nº 11.795/2008, mais especificamente no que tange sobre a devolução de valores aos consorciados, é, na verdade, resultado de um veto presidencial. Mesmo fazendo referência ao veto nos debates do julgamento do referido recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça decidiu, expressamente, de forma contrária aos fundamentos da justificativa do veto.

Na mensagem do referido veto, há vetos expressos, totais e parciais, a alguns artigos da Lei nº 11.795/08, exatamente os mesmos que regulam a situação do consorciado excluído (Seção V - Da Exclusão do Grupo).

No julgamento do Recurso Especial nº 1.119-300/RS pelo STJ (BRASIL, 2010), houve um cuidado especial sobre a influência desse trecho vetado da referida lei, o que foi especificamente abordado no voto-vista da Ministra Nancy Andrighi. Reconheceu-se que o Poder Legislativo teve a oportunidade de resolver definitivamente a questão sobre a forma de devolução dos valores retidos pelas administradoras no caso dos consorciados excluídos, mas não o fez, deixando apenas a questão vetada, ao invés de incluir dispositivo com a conduta específica.

A dificuldade encontrada pelo Superior Tribunal de Justiça para julgar o caso, o que também foi retratado no voto-vista da Min. Nancy Andrighi, mesmo que já tendo tratado do assunto por diversas vezes em outros processos, é de grande relevância para o presente estudo.

A problemática trabalhada na presente pesquisa se refere às opções e mecanismos interpretativos que o julgador tem e pode utilizar para debater e resolver um caso difícil quando não há respaldo na legislação vigente, o que, no caso ora em destaque ocorreu por um silêncio do Poder Legislativo por meio de veto presidencial.

2 ATUAÇÃO DO LEGISLATIVO E PODER JUDICIÁRIO COMO PARTE IMPLEMENTADORA

A judicialização da política e o ativismo judicial são tópicos há muito tempo em destaque no Brasil, tanto nos debates acadêmicos como nos debates políticos. A tomada de decisões por parte do Poder Judiciário, principalmente pelo Supremo Tribunal Federal, possibilitou uma maior visibilidade desse braço de atuação do Estado àqueles que antes viam tudo isso como um fenômeno distante, como algo que resolvesse apenas questões isoladas, pois o exercício da cidadania através do voto alcançaria, de forma prática, apenas o Poder Legislativo e o Executivo.

Para além dos casos criminais, os quais trouxeram a atenção do público em geral para os julgamentos pelo STF, a sociedade tem começado a considerar, ainda que não seja essa uma visão da completa maioria, que exista um “governo do Judiciário”, ou, em termos mais extremos, até mesmo uma “ditadura do Judiciário”.

Antes, os temas julgados que pareciam distantes à coletividade, agora estão próximos a ponto de haver uma sensação de que é o Judiciário que dá a resposta final, seja na ausência normativa ou até mesmo quando os outros Poderes são ativos.

Importante ressaltar que, apesar de ser o ativismo judicial um dos objetos a serem analisados na presente pesquisa, não há, neste estudo, interesse em um aprofundamento no tocante às escolhas trágicas, ou à reserva do possível, ou demais tópicos em que envolvam o Judiciário com um dos demais Poderes. Ao contrário, pretende-se averiguar o fenômeno do ativismo judicial quando todos os três Poderes, de alguma forma, atuaram para a construção da norma, seja para o caso específico ou para o caso geral.

Feitas as considerações iniciais, faz-se necessário traçar breves comentários sobre um dos pontos de ascensão do Poder Judiciário no controle da atividade legislativa.

2.1 Ascensão do Poder Judiciário: uma breve análise sobre o mandado de injunção e a arguição de descumprimento de preceito fundamental ante a omissão legislativa

Luís Roberto Barroso (2015 p. 23-50) afirma que, no Brasil, o Judiciário foi paulatinamente deixando de ser um departamento técnico especializado do governo para se tornar um “verdadeiro poder político”. Esse fenômeno estaria associado ao fato de que houve um aumento na demanda judicial por parte da sociedade, chamando juízes e tribunais a atuar de forma mais presente nos diversos anseios da sociedade, o que, nas palavras de Barroso, gerou uma “judicialização ampla das relações sociais no país”.

Além de o Judiciário passar a ser um setor chamado a resolver os diversos casos possíveis inerentes à vida em sociedade, passou também a atuar com maior frequência em situações que não encontravam resposta na lei em razão da mora do Legislativo para dar respostas a casos específicos. Em outras palavras, o Judiciário necessitou resolver demandas sem que pudesse se pautar em legislação escrita, o que possibilitou a ocorrência do ativismo judicial.

Historicamente, para a resolução de questões de ausência de previsão legal, o Supremo Tribunal Federal passou a ser instigado por meio de mandado de injunção para que alertasse o Legislativo sobre a ausência de determinada norma necessária e já prevista.

No início, a postura da Corte Constitucional era contida no sentido de declarar a mora do legislador em produzir a norma específica para resolver determinada situação. Assim, a natureza declarativa dessas decisões não ultrapassava qualquer limite de condenação em si, mas apenas um reconhecimento de um problema, como se isso servisse para impulsionar o trabalho do Legislativo a fim de solucionar tal lacuna normativa.

Dentre os casos já julgados nesse sentido, ganhou destaque o referente à greve dos servidores públicos, no qual a evolução do ativismo judicial pode ser atestada pela progressiva invasão do Judiciário no ato de legislar, passando de uma postura meramente declarativa da omissão para efetivamente trazer uma solução aos casos ante a considerável mora e ineficácia das decisões declaratórias anteriores.

Antecipa-se que o termo “invasão” não tem finalidade pejorativa ou negativa, mas apenas de constatação de uma das primeiras oportunidades em que o Judiciário teve que substituir a atuação do Legislativo, ante inércia no exercício de sua atividade.

A atuação do órgão julgador está também associada ao avanço da abrangência do mandado de injunção, que inicialmente serviria apenas para que fosse reconhecida a mora legislativa em relação a determinado caso. Como já referido, a greve dos servidores públicos foi inicialmente julgada procedente no Mandado de Injunção nº 20 (BRASIL, 1996), merecendo destaque o trecho de sua ementa em que se reconhece a mora da prestação legislativa:

Essa situação de lacuna técnica, precisamente por inviabilizar o exercício do direito de greve, justifica a utilização e o deferimento do mandado de injunção. A inércia estatal configura-se, objetivamente, quando o excessivo e irrazoável retardamento na efetivação da prestação legislativa - não obstante a ausência, na Constituição, de prazo pré-fixado para a edição da necessária norma regulamentadora - vem a comprometer e a nulificar a situação subjetiva de vantagem criada pelo texto constitucional em favor dos seus beneficiários.

Vários anos após o emblemático julgado, mais precisamente treze anos depois, o STF mudou seu perfil comportamental em termos decisórios quanto ao mesmo caso. Conforme aponta *Ciro Di Benatti Galvão* (2015 p. 88-99), o Supremo havia, anteriormente, decidido de maneira autocontida, estipulando apenas que fosse dada ciência ao Legislativo acerca de sua mora legislativa. Porém, no posterior julgado do MI nº 712/PA (BRASIL, 2008) evidenciou-se uma mudança de postura, passando o Judiciário a determinar medida que efetivamente produzisse efeitos, abandonando a mera natureza declaratória do mandado de injunção para servir, então, como um órgão implementador de direitos ante a mora na criação de lei, conforme salienta *Galvão* (2015, p. 97):

Diferentemente do entendimento adotado em pretérita ação sobre a mesma temática (MI nº 20), adotou-se o posicionamento de repreender a mora legislativa referente à regulamentação do direito de greve dos servidores públicos, determinando-se que, ao contrário de apenas comunicar o Congresso de sua mora legislativa, determinasse-se que a lei geral sobre o direito de greve (Lei nº 7.783/89) incidisse amplamente para os casos análogos no serviço público até que, finalmente, o órgão legislativo cumprisse com a sua função precípua de regulamentação legislativa. Amparou-se no argumento de que estava se tratando de direito ou prerrogativa fundamental individual, consubstanciado no texto constitucional, no art. 37, VII. O

interessante nesse processo estava no fato de que ação processual pretérita que versava sobre o mesmo assunto dispôs, em termos decisórios, de maneira autocontida no que se refere ao perfil do STF, ao estipular, apenas, que fosse dada ciência ao Legislativo acerca de sua mora legislativa. Transcorrido considerável lapso temporal, com o advento do MI nº 712/PA verificou-se a necessidade de se alterar o perfil comportamental em termos decisórios não contentando-se mais com a cientificação do órgão faltante, impondo-se medida decisiva que pudesse, realmente, efetivar a norma constitucional constante do art. 37, II, carecedor de produção de efeitos jurídicos concretos e amplos. O perfil institucional, portanto, renovou-se em razão da tutela adequada de posições jurídico-subjetivas fundamentais em termos constitucionais.

Em convergência com o afirmado por Barroso (2015, p. 28), diversas foram as situações que fizeram com que o Judiciário tomasse a frente da situação. Somado às eventuais omissões do Legislativo, sanadas pelo mandado de injunção, a existência de normas desatualizadas do contexto social reforçou a busca pelo Judiciário para responder aos anseios daqueles que se sentiam desprotegidos, tal como ocorreu na equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis convencionais² e na permissão para a interrupção da gestação de fetos anencefálicos³.

O avanço da atuação do Judiciário, portanto, acompanhou a busca pela solução aos anseios da sociedade, ainda que isso significasse a defesa do interesse de uma minoria, o que, tecnicamente, poderia contrariar a lógica do processo legislativo, que é pautado na escolha, indireta, da maioria.

Apesar da necessária observância à separação dos poderes, o papel do Judiciário como implementador de normas na sociedade é um fenômeno incontestável, ainda que tal fato não esteja livre de duras críticas. O termo 'implementar' aqui aplicado possui uma dualidade proposital: serve tanto para indicar a atuação do Poder Judiciário como aplicador de normas, estas resultantes do processo legislativo regular, como a de supridor de tais regulamentos, quando ausentes as normas ou desatualizadas ante o contexto social.

² Sobre o tema, faz-se necessária a leitura do inteiro teor da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132 julgada pelo Supremo Tribunal Federal. (BRASIL, 2011).

³ De igual relevância, reporta-se ao inteiro teor da ADPF nº 54/DF (BRASIL, 2013).

Como já ressaltado anteriormente, tem-se como centro desta pesquisa a análise da interação dos poderes Judiciário e Legislativo, ressaltando-se as situações em que a deferência entre estes se faz necessária em meio ao processo de criação das leis, principalmente quando a aplicação da norma envolve a interação de todos os poderes, a exemplo de uma omissão parcial resultante de veto presidencial, desde o surgimento da lei até a sua efetiva aplicação.

2.2 Omissão legislativa e critérios para a sua classificação

Dentre as situações que possibilitam ao Judiciário implementar a atividade do Legislativo, destaca-se a omissão na lei. Assim, caso não exista uma legislação específica ou eventual legislação não responda adequadamente um caso concreto, caberá ao órgão julgador decidir conforme os elementos a ele postos, tanto legais como documentais, em observância à inafastabilidade da jurisdição consagrada no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Norberto Bobbio (1999. p.144) distingue as lacunas na lei em subjetivas e objetivas. Considera o autor que as lacunas subjetivas dependem, de alguma forma, da atuação do legislador, já as objetivas dependem das relações sociais e do desenvolvimento das tecnologias como um todo.

A título de exemplo, é possível considerar o já comentado caso da ausência de legislação sobre a greve dos servidores públicos como uma lacuna subjetiva e a ausência de norma específica sobre transações em bitcoin como exemplo de lacuna objetiva, visto que é uma moeda virtual recente e ainda não admitida no Brasil para transações financeiras exatamente em razão da ausência de lei que assim considere⁴.

Para Bobbio (1999, p. 144), a lacuna subjetiva se subdivide em: i) involuntárias, que ocorrem por um descuido do legislador, quando trata sobre matéria não aplicável

⁴ Sobre o tema, há o Projeto de Lei nº 2303/2015, ainda em trâmite, que dispõe sobre a inclusão das moedas virtuais e programas de milhagem aéreas na definição de "arranjos de pagamento" sob a supervisão do Banco Central. Acessível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1555470&utm_source=blog&utm_campaign=rc_blogpost. Acessado em 14, fev. de 2021.

na prática ou quando não antevê situação que pode ocorrer; e ii) voluntárias, quando o faz de forma proposital, confiando ao juiz o direcionamento final da norma.

Apesar de o veto na Lei nº 11.795/2008 ser objeto de aprofundamento em capítulo posterior, cabem aqui alguns comentários, ainda que introdutórios, a fim de se verificar o fenômeno da lacuna normativa.

Aplicando-se essa categorização ao caso objeto da presente pesquisa, resta inquestionável que a omissão ao caso específico na lei dos consórcios configura uma lacuna subjetiva. Porém, não se pode afirmar com certeza que referida lacuna é voluntária ou involuntária.

A indefinição nesse ponto é muito importante para a análise proposta nesta pesquisa, exatamente porque não se pode afirmar que houve ou não intenção do legislador em deixar (propositalmente) de tratar de uma situação recorrente, qual seja, a extinção dos contratos e a devolução de valores.

Ora, bem como o nascimento da relação jurídica, o seu fim é fato mais que recorrente. Ademais, salienta-se que a previsão sobre o encerramento dos contratos já existia no projeto de lei respectivo, o que mostra uma intenção inicial do legislador de tratar sobre o tema (assim, inexistiria lacuna), mas que posteriormente foi vetada, sem que esse veto tenha sido derrubado pelo Legislativo (lacuna subjetiva voluntária).

Com base nessas considerações, a lacuna na Lei nº 11.795/2008 no tocante à devolução dos valores aos consorciados excluídos mais se aproxima de um ato voluntário do que involuntário do legislador. Porém, sem uma resposta direta sobre a situação não mais prevista, como poderia o julgador dar uma resposta ao caso concreto? Teria o legislador confiado ao julgador a palavra final ao Judiciário para os casos específicos?

Certo é que em determinadas lacunas é possível que o julgador tenha como guia diretrizes traçadas em termos gerais na mesma lei ou no ordenamento jurídico como um todo (BOBBIO, 1999, p. 144). Assim, não haveria um ativismo judicial propriamente dito, mas apenas uma aplicação da norma de forma geral, em que, pela sua leitura juntamente com outras normas que regem relações semelhantes, o juiz seria capaz de resolver o caso concreto sem que violasse tais diretrizes anteriormente previstas.

No entanto, para além da análise sobre quais seriam tais diretrizes, é igualmente importante ressaltar que a orientação sobre como decidir pode não estar apenas no que há escrito nas leis, mas também nos procedimentos prévios à elaboração da lei.

Seria, assim, necessário que o julgador atentasse aos debates ocorridos durante a produção de uma lei? Mais que isso, deve o julgador considerar que a ausência de previsão legal específica é campo fértil para que atue de forma ativa ou deve se conter a alguma regra semelhante aplicável?

Tais questionamentos importam não apenas para incrementar o debate sobre a importância da deferência entre os Poderes, mas para ir além da análise dos parâmetros a serem seguidos, alcançando um tema ainda pouco debatido. Importa, portanto, debater sobre a validade jurídica dos debates que fundamentam um veto na lei em controle de constitucionalidade preventivo.

2.3 Poder Judiciário e Poder Legislativo: deferência e criatividade judicial

Diante de casos em que há ausência de previsão legal, nasce o debate sobre a criatividade judicial, na qual se busca a solução justa nas diversas possibilidades interpretativas. Quanto ao tema, Arnaldo Boson Paes (2018. p. 87-92) faz uma abordagem sobre a dimensão criativa do Poder Judiciário diante da omissão do Poder Legislativo sobre determinado tema.

Para o referido autor, é preciso identificar os limites e a legitimidade da criação do direito através da jurisprudência, sendo certo que a interpretação oferece vários resultados possíveis e diante dessas múltiplas possibilidades surge a problemática do procedimento a ser observado pelo julgador na busca da decisão justa para o caso concreto.

Nesse mesmo sentido, Mauro Cappelletti (1999. p. 106) defende que a produção judiciária do direito não é um absoluto antidemocrático por si mesma, podendo resultar exatamente no contrário, desde que observadas as seguintes condições: (i) o sistema de seleção de juízes deve ser aberto a todos os estratos da

população, mesmo se inevitáveis certos requisitos de educação e (ii) todos devem ter igual oportunidade de acesso aos tribunais.

A sugestão de Cappelletti é aplicável ao caso em estudo, pois, embora parta de alguns parâmetros que não estão diretamente relacionados à ausência de previsão legal em razão de veto presidencial, acaba por alcançar o processo de resolução de conflitos com base na vivência dos julgadores, o que favoreceria uma unicidade de julgamentos de forma a evitar que as decisões sejam vistas como resultado de um sorteio. Essa observação é igualmente pertinente porque um dos pontos desta pesquisa perpassa pela verificação sobre a observância de procedimentos por parte daqueles que irão aplicar a lei. Julgadores deferentes ao processo de produção de normas tendem a produzir decisões coerentes entre si, aumentando a previsibilidade destas e a segurança jurídica como um todo, o que é positivo e desejável em qualquer ordenamento jurídico, especialmente no brasileiro.

Diante da decisão do julgador pelo caminho a ser adotado para a decisão no caso concreto, Roberto Basilone Leite (2014, p. 251) aborda de forma aprofundada o tema do ativismo judicial jurisdicional e o suposto déficit político, analisando o papel do juiz na democracia, dando especial destaque à importância do debate sobre a atuação do judiciário e o âmbito de atuação dos outros poderes (LEITE, 2014, p. 251):

É correto afirmar que o judiciário deve ser eficaz, forte e atuante, porém ele deve sê-lo não para efeito de invadir o âmbito de atuação dos outros poderes ou a esfera da autonomia política do cidadão; o Judiciário deve ser eficaz, forte e atuante no desempenho das tarefas jurisdicionais típicas que a ele competem no regime democrático. Mas isto não é o mesmo que dizer que ele deve ser politicamente ativista, e esta confusão conceitual precisa ser evitada.

O trabalho do referido autor é impactante no sentido de que aponta para a deferência entre Poderes não somente sobre os resultados de sua produção laboral, mas também em relação ao processo envolvido nessa produção.

Adalberto Pasqualotto (2009, p. 66-100) ressalta que o juiz é um dos destinatários das imposições constitucionais no momento de decidir⁵ e, ao citar Canotilho⁶, ressalta que esse mesmo juiz pode criar direito material a partir das normas constitucionais. Ou seja, na ausência de previsão legal, seria possível ao julgador, por exemplo, a criação de direito material de forma a prevalecer a defesa dos direitos do consumidor, já que há previsão expressa sobre o tema na Constituição Federal.

Na busca pelas diretrizes pertinentes ao julgamento dos casos específicos que não encontram resposta na lei, o veto presidencial assume especial relevância, sendo esse considerado uma parte do procedimento de criação da lei, funcionando como uma forma de controle de constitucionalidade preventivo, como é o caso do presente estudo, em que a inconstitucionalidade foi fundamento expresso, nos fundamentos da mensagem do veto, para a omissão no resultado da lei publicada.

É inegável que o referido veto ressaltou em seus fundamentos a defesa dos direitos do consumidor, especificamente no caso dos consórcios. Porém, o ponto central não é exatamente averiguar se tal veto, com seus fundamentos, foi devidamente debatido e rebatido pelo Superior Tribunal de Justiça no ato do acórdão proferido no Recurso Especial nº 1.119.300/RS.

Ressalta-se, assim, a relevância da verificação sobre se houve uma escolha por parte do Judiciário em ignorar os fundamentos do veto ou simplesmente considerar o veto como situação propícia para o ativismo judicial, em que se criaria a lei ao caso concreto por meio de decisão.

Quanto a isso, Rosemiro Pereira Leal (2004, p. 276-279) ressalta a importância do devido processo constitucional, devendo o juiz observar o poder do povo na

⁵ Sobre o tema, ressalta o autor que “em princípio, o destinatário das imposições constitucionais é o legislador, mas também o aplicador da lei – seja ele administrador ou juiz – fica a elas vinculado. Nesse sentido, afirma Canotilho: ‘Que as imposições constitucionais são, pelo menos, um importante elemento de interpretação, a ter em conta pela administração e jurisdição, parece ser *communis opinio*’”. (PASQUALOTTO, A. **A Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor**. Direitos fundamentais & justiça, v. 9, p. 66-100, 2009).

⁶ Destaca-se o seguinte trecho do pensamento do autor: “(...) é admissível a aplicação imediata dos princípios constitucionais, sempre que isso possa ser feito sem mediação legislativa e, neste caso, pode dizer-se que as imposições constitucionais se dirigem também ao juiz e à administração.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra Editora, 1994, p. 295.)

construção das leis (devido processo legislativo) para que então seja entendido o sentido daquela lei, tanto em suas partes expressas como também nas omissas.

O caso objeto da presente pesquisa é exatamente uma omissão da lei, mas não uma omissão qualquer: foi um veto parcial feito pelo presidente e convalidado pelo Congresso Nacional, visto que não houve rejeição deste no trâmite do processo legislativo. O veto parcial, que funcionou como controle de constitucionalidade preventivo, sob o fundamento de estar defendendo os direitos dos consumidores na lei de consórcios, poderia ser considerado um ato da vontade legislativa do povo?

Rosemiro e Pasqualotto concordam no seguinte ponto: o povo (no caso concreto analisado) não pode estar à mercê da “atributividade semântica pelo juiz todo-poderoso”⁷, podendo e devendo o aplicador da lei criar direito material a partir das normas constitucionais (Pasqualotto⁸ ao citar J. J. Gomes Canotilho).

Retomando o tópico anterior, poder-se-ia considerar as normas constitucionais como diretrizes ao julgador para que, ante a lacuna subjetiva voluntária, servissem de guia para o julgamento do caso concreto.

Mas o que deverá ser feito quando há resposta diversa nos fundamentos do veto daquela mesma lei? Ou seja, seria permitido ao Judiciário valorar como pretendesse os fundamentos desse veto, podendo, inclusive, desconsiderar qualquer debate ou fundamento proposto na elaboração da lei?

As respostas a tais perguntas devem partir, primeiramente, de uma organização das etapas de análise do objeto de estudo. Assim, antes de debater sobre a hermenêutica jurídica aplicável para a solução dos casos concretos ante a omissão legislativa oriunda de veto ou mesmo sobre o cabimento da deferência do Judiciário quanto aos debates produzidos na elaboração das leis, é preciso averiguar o parâmetro adotado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do recurso

⁷ Rosemiro considera que “(..) nas democracias, não se pode aceitar o conceito de lei muda, sem conteúdo preditivo, diretivo ou imputativo, e que fosse um espaço-vazio sintaticamente delimitado à livre inserção de atributividade semântica pelo juiz todo-poderoso (pensador - legislador - intérprete - aplicador).” (Ibid. pp. 276-279.)

⁸ E acrescenta, depois de considerar problemática a opinião de Esser, segundo a qual o juiz pode criar direito material a partir das normas constitucionais: “(...) é admissível a aplicação imediata dos princípios constitucionais, sempre que isso possa ser feito sem mediação legislativa e, neste caso, pode dizer-se que as imposições constitucionais se dirigem também ao juiz e à administração.” (Ibid. 2009, p. 66-100)

especial repetitivo e das reclamações que tiveram por objeto o questionamento sobre a aplicação da Lei nº 11.795/2008 para solucionar as demandas relativas à devolução dos valores investidos aos consorciados excluídos.

Afinal, subsiste a dúvida quanto a se houve uma desconsideração proposital das razões do veto ou se estas não foram valoradas como se parte integrante da lei, afastando-as da qualidade de diretrizes ao julgador.

3 CRIATIVIDADE JUDICIAL E O VETO PRESIDENCIAL NA LEI Nº 11.795/2008

3.1 Breves comentários sobre o sistema de consórcio, regulamentação esparsa e as mudanças com a vigência da Lei nº 11.795/2008

O sistema de consórcio é amplamente difundido no mercado brasileiro como uma forma prática de se adquirir um bem pagando valores consideravelmente menores, quando comparado a um financiamento, pois usa a sistemática de compras em pagamento único por meio da união de valores. Dentre os contratos mais frequentes estão os de consórcio de bens automóveis e de bens imóveis.

Como bem define Modesto Carvalhosa (2009, p. 398):

Constitui o consórcio uma comunhão de interesses e de atividades que atende a específicos objetivos empresariais, que se originam nas sociedades consorciadas e delas se destacam. Estas procuram um fim comum específico, que é retirado dos fins gerais de cada uma delas. O consórcio forma-se para agregar meios para a consecução de um fim próprio (consórcio operacional), ou para habilitar as consorciadas – com a soma de seus recursos e aptidões – a contratarem com terceiros a execução de determinados serviços e obras (consórcio instrumental). O consórcio decorre de um contrato plurilateral firmado entre duas ou mais sociedades com atividades afins e complementares, visando a agregar meios capazes de levá-las a desenvolver atividades, pesquisas (consórcio operacional), ou capacitá-las a contratar com terceiros a execução de determinados serviços, obras ou concessões (consórcio instrumental). Trata-se de uma comunhão de interesses, de objetivos e de atividades que não poderiam ser alcançados na esfera individual de cada empresa, e que, por isso, demanda a agregação de recursos e de aptidões para conseguir um determinado objetivo, de natureza operacional ou instrumental.

Em suma, admite-se a reunião de pessoas em um grupo específico para adquirir a mesma quantidade de bens que a do número de participantes, sendo suportado pela contribuição mensal de todos os contratantes a fim de juntar quantia suficiente para a compra de determinado bem, pautando-se a atividade em uma organização para administrar valores e aquisições, conforme define Arnaldo Rizzardo (2008, p. 1.279): “o consórcio é organizado por uma entidade civil ou comercial, que

lança a proposta, recebendo poderes especiais com o fim de representar o interessado na sua formalização”.

Assim, por exemplo, 200 (duzentas) pessoas se reúnem, com a finalidade de comprar um carro no custo total de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) cada, em um grupo a ser administrado por alguma empresa com atuação no ramo financeiro, que organizará a cobrança das cotas mensais de contribuição aos consorciados, além de aplicar tais valores e realizar sorteios e as compras dos bens respectivos.

Considerando o exemplo acima, o valor do bem, a ser comprado em pagamento único, seria repartido em 200 (duzentas) parcelas iguais de R\$ 500,00 (quinhentos reais), adicionadas algumas taxas, dentre as quais a que remuneraria a empresa financeira (na praxe, indicada como ‘taxa de administração’). Logo, no primeiro mês, já tendo os 200 (duzentos) participantes contribuído com 1/200 (um duzentos avos), o grupo consorciado já poderia adquirir 01 (um) carro no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), que seria entregue àquele consorciado adimplente a ser escolhido conforme regras de sorteio estabelecidos em contrato.

Dessa forma, o contrato de consórcio passou a ser, em tese, vantajoso àqueles que queriam adquirir bens de valor elevado, visto que, mesmo com as adições das taxas pela administradora do consórcio, o valor final ainda ficaria muito abaixo de um financiamento, livrando-os dos juros e demais correções monetárias incidentes. Em conclusão de mesmo sentido, resume Maria Helena Diniz (2006, p. 262) que o consórcio é um “sistema cooperativo de poupança (...), isento de juros, não sofrendo as oscilações de financiamentos”.

Porém, a modalidade contratual precisaria de uma legislação específica para evitar disparidade de tratamento entre os consumidores a depender da administradora de consórcio contratada. A situação da ausência de legislação foi, ainda que lentamente, sendo resolvida, apesar de que, conforme se debate no núcleo da presente pesquisa, um de seus pontos principais segue sem previsão legal.

Quanto à sua regulamentação, o contrato de consórcio teve sua primeira previsão expressa em capítulo específico na Lei nº 6.404/76, ainda de forma muito

breve, por meio de seu artigo 278 e 279⁹, nos quais não havia previsão de regras específicas sobre o funcionamento de todos os pormenores do contrato, mas, apenas e principalmente: (i) a indicação de que o consórcio não teria personalidade jurídica; (ii) a máxima de que as previsões contratuais seriam aplicadas ao caso, cabendo ao contratando se ater a tais regras; e (iii) os requisitos básicos do que deveria constar nos termos do contrato, tais como a previsão da taxa de contribuição, a duração do contrato, dentre outros aspectos.

Tendo o consórcio natureza precipuaemente financeira, coube ao Banco Central do Brasil, por meios das Circulares nº 2.766/97, 2.769/97, 2.774/97, 2.797/97, 2.821/98, 2.861/99, 3.073/01, 3.084/02 e 3.085/02, além das leis nº 4.728/65, 5.768/71, 7.691/88 e 8.177/91; Decretos nº 70.951/72, 72.411/73, 97.384/88; e Portaria do Ministério da Fazenda nº 191/89.

Ante a relevante quantidade de regulamentação esparsa, percebe-se que por muito tempo os contratos de consórcio não tiveram uma legislação fixa que estabelecesse parâmetros únicos a serem observados durante considerável lapso temporal. Assim, possibilitava-se a mudança de regras em curto espaço de tempo, principalmente no que se percebe em relação às Circulares do Banco do Central do Brasil, que tiveram alterações anuais, até uma certa estabilidade no ano de 2002.

Considerando toda a regulamentação acima citada, a temática da devolução de valores aos consorciados excluídos, assim considerados aqueles que (i) expressamente pediram sua exclusão ou (ii) se tornaram inadimplentes; teve sua

⁹ Destacam-se os dispositivo específicos: “Art. 278. As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo. § 1º O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade. § 2º A falência de uma consorciada não se estende às demais, subsistindo o consórcio com as outras contratantes; os créditos que porventura tiver a falida serão apurados e pagos na forma prevista no contrato de consórcio. Art. 279. O consórcio será constituído mediante contrato aprovado pelo órgão da sociedade competente para autorizar a alienação de bens do ativo não circulante, do qual constarão: I - a designação do consórcio se houver; II - o empreendimento que constitua o objeto do consórcio; III - a duração, endereço e foro; IV - a definição das obrigações e responsabilidade de cada sociedade consorciada, e das prestações específicas; V - normas sobre recebimento de receitas e partilha de resultados; VI - normas sobre administração do consórcio, contabilização, representação das sociedades consorciadas e taxa de administração, se houver; VII - forma de deliberação sobre assuntos de interesse comum, com o número de votos que cabe a cada consorciado; VIII - contribuição de cada consorciado para as despesas comuns, se houver. Parágrafo único. O contrato de consórcio e suas alterações serão arquivados no registro do comércio do lugar da sua sede, devendo a certidão do arquivamento ser publicada.” (BRASIL, 1976)

primeira previsão na Circular BACEN nº 2.766/97, que em seu artigo 21 previa expressamente o seguinte:

Art. 21. Dentro de sessenta dias, contados da data da realização da última assembleia de contemplação do grupo de consórcio, a administradora deverá comunicar:

II - aos participantes excluídos, por desistência declarada ou inadimplemento contratual, que se encontra à disposição, para devolução em espécie, o saldo relativo às quantias por eles pagas, observadas as disposições do art. 3º, inciso XIV, e parágrafos 1º e 2º;

Percebe-se, assim, que a regulamentação inicialmente previa que os consorciados excluídos tivessem seus valores devolvidos, não de imediato, mas apenas após a última assembleia de contemplação (aqui tratado em nosso exemplo como 'sorteio' de consorciado para contemplação).

Após várias mudanças na regulamentação, foram publicadas as Circulares do BACEN nº 3.432/09 e 3.433/09, que vieram a existir depois da promulgação da Lei nº 11.795/08 e ainda antes de sua vigência, as quais servem, atualmente, de base para a formalização dos contratos de consórcio.

Apesar de antes haver tratativa sobre a forma de devolução de valores aos consorciados excluídos, a nova regulamentação das circulares do BACEN juntamente com a Lei nº 11.795 resultaram em um vazio normativo sobre a situação dos consorciados excluídos. Em outros termos, a regulamentação vigente não mais possuía qualquer direcionamento expresso e específico sobre como os valores anteriormente pagos pelos consorciados excluídos seriam a eles devolvidos.

Aprofundando a análise do caso e conforme já abordado na introdução, a Lei nº 11.795/2008 previu, em seu texto inicial, que a devolução dos valores seguiria a lógica do que já havia sido anteriormente definido pela praxe dos contratos e demais regulamentações esparsas, conforme a seguinte sistemática: (i) a restituição seria efetuada somente mediante contemplação por sorteio nas assembleias, observadas as mesmas condições, entre os excluídos e os demais consorciados do grupo; (ii) o consorciado excluído somente faria jus à restituição se desistir após o pagamento de sua quinta parcela de contribuição ao grupo; e (iii) caso o consorciado excluído não atendesse ao requisito anterior, ele receberia o valor dentro de 60 (sessenta) dias,

contados da data da realização da última assembleia de contemplação do grupo de consórcio.

Observa-se que a previsão da devolução estava no texto inicial da Lei nº 11.975/2008 em razão de terem sido tais disposições (inicialmente previstas no artigo 29, §§ 1º, 2º e 3º, no artigo 30 e incisos II e III do artigo 31) vetadas por meio de controle de constitucionalidade preventivo, tendo o veto presidencial sido acolhido de forma tácita pela sua não derrubada em momento posterior no processo legislativo.

Porém, o referido veto não refletiu em uma solução para a situação, visto que restou vigente o artigo 30, que, em suma, previa o direito ao recebimento dos valores ao consorciado excluído, em destaque:

Art. 30. O consorciado excluído não contemplado terá direito à restituição da importância paga ao fundo comum do grupo, cujo valor deve ser calculado com base no percentual amortizado do valor do bem ou serviço vigente na data da assembleia de contemplação, acrescido dos rendimentos da aplicação financeira a que estão sujeitos os recursos dos consorciados enquanto não utilizados pelo participante, na forma do art. 24, § 1º.

Percebe-se, assim, que a situação do consorciado excluído no que se refere à devolução dos valores que tenha pagado ao grupo até o momento de sua exclusão voltou à condição de depender da definição prevista no contrato por meio das administradoras de consórcio, situação que fez crescer rapidamente o número de processos de consumidores questionando o Poder Judiciário sobre eventual abusividade na devolução desses valores apenas após o fim da última contemplação.

3.2 Introdução ao caso do Recurso Especial nº 1.119.300-RS

Em breve apanhado histórico sobre o caso em comento, inicia-se com a afirmativa que o Sistema de Consórcio veio a ter uma regulamentação detalhada e específica apenas com a sanção da Lei nº 11.795/08. Conforme já abordado, os contratos anteriores à sanção da lei acima citada eram regidos por regulamentações esparsas e pelos termos do contrato em si. As relações contratuais, já viciadas por cláusulas abusivas, levaram à discussão de alguns procedimentos no Poder

Judiciário, sendo um desses procedimentos a devolução dos valores ao consorciado excluído.

Nos contratos mais antigos, era praxe das administradoras de consórcio liberarem o dinheiro ao consorciado excluído apenas ao final do contrato. Após inúmeras causas judicializadas e com ganho a favor do consumidor requerente, os tribunais consolidaram entendimento no sentido de que, além de receber ao final do consórcio, o contratante excluído também deveria participar das contemplações mensais. Dessa forma, parecia-se o contratante excluído com aquele que ainda estava com contrato ativo.

Em atendimento à visão sobre o consorciado excluído, a nova lei de consórcio tratou de formalizar o referido procedimento em seus artigos 22 e 30¹⁰. Conclui-se inicialmente, portanto, que o sistema de consórcio considerou o consorciado excluído em grau de importância equivalente ao consorciado ativo. Observa-se, e sendo este um ponto de muita relevância, que a única informação pertinente ao presente estudo trazida na Lei nº 11.795/08 é o direito do consorciado excluído de ter o seu dinheiro devolvido, deste sendo subtraídas as taxas pecuniárias e administrativas em percentuais previstos contratualmente.

A lei nova não apenas trouxe a regulamentação de aspectos ainda não padronizados nos contratos de consórcio, mas também serviu de marco temporal que divide o tratamento dado ao consorciado excluído. Tem-se, portanto, um tratamento diferenciado nos contratos anteriores à Lei nº 11.795/08 em relação aos posteriores.

Em conformidade com essa tratativa, o próprio julgado do Recurso Especial Repetitivo nº 1.119.300/RS trouxe em seu acórdão a questão de ordem de que, em

¹⁰ Em destaque: “Art. 22. A contemplação é a atribuição ao consorciado do crédito para a aquisição de bem ou serviço, bem como para a restituição das parcelas pagas, no caso dos consorciados excluídos, nos termos do art. 30. § 1º A contemplação ocorre por meio de sorteio ou de lance, na forma prevista no contrato de participação em grupo de consórcio, por adesão. § 2º Somente concorrerá à contemplação o consorciado ativo, de que trata o art. 21, e os excluídos, para efeito de restituição dos valores pagos, na forma do art. 30.; Art. 29. (VETADO); Art. 30. O consorciado excluído não contemplado terá direito à restituição da importância paga ao fundo comum do grupo, cujo valor deve ser calculado com base no percentual amortizado do valor do bem ou serviço vigente na data da assembléia de contemplação, acrescido dos rendimentos da aplicação financeira a que estão sujeitos os recursos dos consorciados enquanto não utilizados pelo participante, na forma do art. 24, § 1º.; § 1º (VETADO); § 2º (VETADO); § 3º (VETADO)” .” (BRASIL. **Lei nº 11.795, de 08 de outubro de 2008**. Dispõe sobre o Sistema de Consórcio. D.O.U de 09 de outubro de 2008, P. 3. Mensagem de veto publicada no DOU de 09 de outubro de 2008, P. 8. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11795.htm. Acesso em: 25/03/2019).

razão da decisão da maioria, haveria limitação do julgamento à tese do recurso repetitivo considerando-se apenas a lei anterior (BRASIL, 2010), *in verbis*:

Em Questão de Ordem, a Seção, por maioria, decidiu limitar o julgamento à tese do recurso repetitivo considerando-se apenas a lei anterior, vencidos os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, Nancy Andrichi e João Otávio de Noronha. No mérito, a Seção, por maioria, deu parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencida parcialmente a Sra. Ministra Nancy Andrichi, que fará declaração de voto. Para os efeitos de recurso repetitivo, é devida a restituição de valores vertidos por consorciado desistente ao grupo de consórcio, mas não de imediato, e sim em até trinta dias a contar do prazo previsto contratualmente para o encerramento do plano.

Tal entendimento foi devidamente fundamentado e pacificado, ainda que temporariamente, no julgamento da Reclamação nº 16.112/BA (BRASIL, 2014), que teve por objeto pacificar o procedimento a ser adotado em relação ao consorciado excluído. Diante da relevância da análise do caso prático, faz-se necessária a transcrição de sua ementa:

RECLAMAÇÃO. DIVERGÊNCIA ENTRE ACÓRDÃO PROLATADO POR TURMA RECURSAL ESTADUAL E ORIENTAÇÃO FIXADA EM JULGAMENTO DE RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. CONSÓRCIO. DESISTÊNCIA. DEVOLUÇÃO DE VALORES PAGOS. 1.- A Segunda Seção, no julgamento do REsp nº 1.119.300/RS, prolatado sob o regime do artigo 543-C do Código de Processo Civil, assinalou que a restituição das parcelas pagas pelo participante desistente deve ocorrer em até 30 dias após o término do prazo previsto no contrato para o encerramento do grupo correspondente. 2.- Essa orientação, contudo, como bem destacado na própria certidão de julgamento do recurso em referência, diz respeito apenas aos contratos anteriores à edição da Lei nº 11.795/08. 3.- A própria Segunda Seção já ressaltou, no julgamento da Rcl 3.752/GO, a necessidade de se interpretar restritivamente a tese enunciada de forma genérica no julgamento do REsp 1.119.300/RS: "Para os contratos firmados a partir de 06.02.2009, não abrangidos nesse julgamento, caberá ao STJ, oportunamente, verificar se o entendimento aqui fixado permanece hígido, ou se, diante da nova regulamentação conferida ao sistema de consórcio, haverá margem para sua revisão". 4.- No caso dos autos, o consorciado aderiu ao plano após a edição da Lei 11.795/08, razão pela qual a determinação de devolução imediata dos valores pagos, constante do acórdão reclamado, não

representa afronta direta ao que decidido no julgamento do REsp 1.119.300/RS. 5.- Reclamação indeferida e liminar cancelada.

Dessa forma, o próprio Superior Tribunal de Justiça admitiu, à época, que o seu entendimento no julgado da Rcl 3.752/GO¹¹ é válido apenas para os contratos firmados antes da vigência da Lei nº 11.795; afirmando, também, que a restituição imediata dos valores devidos ao consorciado excluído não afronta a nova lei que regula o Sistema de Consórcio.

Importa reiterar que, pela leitura dos artigos da Lei nº 11.795/08 anteriormente referidos, não há previsão legal sobre a forma de restituição dos valores. Esse fato é devidamente relatado na Rcl. nº 16.112/BA, que julgou acórdão da Quinta Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis do Estado da Bahia.

Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça rediscutiu a matéria na Reclamação nº 16.390/BA¹², julgada em meados do ano de 2017, passando a permitir que a máxima "é devida a restituição de valores vertidos por consorciado desistente ao grupo de consórcio, mas não de imediato, e sim em até trinta dias a contar do prazo previsto contratualmente para o encerramento do plano", expressamente prevista no

¹¹ Destaca-se a ementa do referido julgado: "RECLAMAÇÃO. DIVERGÊNCIA ENTRE ACÓRDÃO PROLATADO POR TURMA RECURSAL ESTADUAL E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. CONSÓRCIO. CONTRATOS ANTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI 11.795/08. CONSORCIADO EXCLUÍDO. PARCELAS PAGAS. DEVOLUÇÃO. CONDIÇÕES. – (...) Em caso de desistência do plano de consórcio, a restituição das parcelas pagas pelo participante far-se-á de forma corrigida. Porém, não ocorrerá de imediato e sim em até trinta dias a contar do prazo previsto no contrato para o encerramento do grupo correspondente. - A orientação firmada nesta reclamação alcança tão-somente os contratos anteriores à Lei nº 11.795/08, ou seja, aqueles celebrados até 05.02.2009. Para os contratos firmados a partir de 06.02.2009, não abrangidos nesse julgamento, caberá ao STJ, oportunamente, verificar se o entendimento aqui fixado permanece hígido, ou se, diante da nova regulamentação conferida ao sistema de consórcio, haverá margem para sua revisão. Reclamação parcialmente provida." (BRASIL, 2010).

¹² Com igual relevância, cabe o destaque à ementa do referido julgado: "RECLAMAÇÃO Nº 16.390 - BA (20140026213-9) RECLAMAÇÃO. PROCESSAMENTO. RESOLUÇÃO 12/2009-STJ. DISTRIBUIÇÃO ANTERIOR À RESOLUÇÃO 3/2016-STJ. CONSÓRCIO. DESISTÊNCIA OU EXCLUSÃO. RESTITUIÇÃO DE PARCELAS. ENCERRAMENTO DO GRUPO. RECURSO REPETITIVO. CONTRATOS CELEBRADOS APÓS 6.2.2009, NA VIGÊNCIA DA LEI 11.795/2008. GRUPO DE CONSÓRCIO INICIADO NA VIGÊNCIA DA LEGISLAÇÃO ANTERIOR. (...) 2. Os fundamentos que basearam a orientação consolidada pela Segunda Seção no julgamento do RESP. 1.119.300/RS, submetido ao rito dos recursos repetitivos (CPC/1973, art. 543-C), no sentido de que "é devida a restituição de valores vertidos por consorciado desistente ao grupo de consórcio, mas não de imediato, e sim em até trinta dias a contar do prazo previsto contratualmente para o encerramento do plano", aplicam-se aos contratos celebrados na vigência da Lei 11.795/2008. 3. Hipótese, ademais, em que o interessado aderiu, em dezembro 2009, a grupo de consórcio iniciado antes da entrada em vigor da Lei 11.795/2008. 4. Reclamação procedente." (BRASIL, 2017).

julgamento do REsp. nº 1.119.300/RS¹³, fosse aplicada aos contratos celebrados na vigência da lei nº 11.795/08.

Importante também ressaltar que a mensagem do veto já indicou um controle de constitucionalidade preventivo, ao justificar que os vetos parciais realizados na lei tiveram por objetivo evitar que fossem sancionados dispositivos declaradamente inconstitucionais¹⁴. Na referida mensagem há vetos expressos, totais e parciais, aos artigos 29 e 30 da Lei nº 11.795/08¹⁵, exatamente os mesmos que regulam a situação do consorciado excluído (Seção V - Da Exclusão do Grupo).

¹³ Destaca-se a ementa: “RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. JULGAMENTO NOS MOLDES DO ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONSÓRCIO. DESISTÊNCIA. DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS PELO CONSORCIADO. PRAZO. TRINTA DIAS APÓS O ENCERRAMENTO DO GRUPO. 1. Para efeitos do art. 543-C do Código de Processo Civil: é devida a restituição de valores vertidos por consorciado desistente ao grupo de consórcio, mas não de imediato, e sim em até trinta dias a contar do prazo previsto contratualmente para o encerramento do plano. 2. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.” (BRASIL, 2010)

¹⁴ “Senhor Presidente do Senado Federal, Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do § 1º do art. 66 da Constituição, decidi vetar parcialmente, por inconstitucionalidade e contrariedade ao interesse público, o Projeto de Lei no 533, de 2003 (no 7.161/06 na Câmara dos Deputados), que “Dispõe sobre o Sistema de Consórcio”. Ouvidos, o Ministério da Justiça e a Advocacia Geral da União manifestaram-se pelo veto ao seguinte dispositivo:”

¹⁵ “Por sua vez o Ministério da Justiça propôs veto aos seguintes dispositivos: (...) Art. 29, §§ 1º, 2º e 3º do art. 30 e incisos II e III do art. 31. “Art. 29. Será considerado participante excluído, independentemente de notificação por parte da administradora ou interpelação judicial ou extrajudicial, desde que não tenha sido contemplado, o consorciado que não quiser permanecer no grupo ou que deixar de cumprir as obrigações financeiras na forma e condições estabelecidas em contrato de participação em grupo de consórcio, por adesão. Art.30. (...) § 1º A restituição de que trata o caput será efetuada somente mediante contemplação por sorteio nas assembléias, observadas as mesmas condições, entre os excluídos e os demais consorciados do grupo. § 2º O consorciado excluído somente fará jus à restituição de que trata o caput se desistir após o pagamento de sua quinta parcela de contribuição ao grupo, inclusive. § 3º Caso o consorciado excluído não atenda ao requisito do § 2º, será restituído do valor a que tem direito na forma do art. 31. Art.31 (...) II – aos participantes excluídos, que o saldo relativo às quantias por eles pagas, ainda não restituídas na forma do art. 30, se encontra à disposição para devolução em espécie; III – aos demais consorciados e participantes excluídos, que os saldos remanescentes no fundo comum e, se for o caso, no fundo de reserva estão à disposição para devolução em espécie proporcionalmente ao valor das respectivas prestações pagas.” Razão do veto “O art. 29 permite a exclusão do consorciado que não quiser permanecer no grupo ou que deixar de cumprir as obrigações financeiras na forma e condições estabelecidas em contrato de participação, independentemente de notificação por parte da administradora ou interpelação judicial ou extrajudicial. A notificação prévia ao consorciado assegura o direito básico à informação, conforme art. 6º, III da Lei no 8.078, de 1990, e a possibilidade de adimplemento da obrigação, evitando a rescisão contratual e, conseqüentemente, a exclusão do consorciado. A observância do direito à informação é, ainda, uma exigência do princípio da boa-fé nas relações contratuais. É obrigação da administradora de consórcio manter o consumidor permanentemente informado sobre todos os aspectos da relação contratual, principalmente quando o que está em risco é a rescisão do seu contrato e a sua eliminação do grupo de consorciados. Os §§ 1º, 2º e 3º do art. 30 e os incisos II e III do art. 31 da proposição tratam da devolução dos valores pagos ao participante excluído. A redação do projeto impõe ao excluído do consórcio duas possibilidades para restituição das quantias vertidas: ser contemplado em assembléia ou ser restituído 60 dias após a data da realização da última assembléia. Nesse contexto, os dispositivos citados afrontam diretamente o artigo 51, IV, c/c art. 51, § 1º, III, do Código de Defesa do

Assim, o Superior Tribunal de Justiça, a partir da ampliação dos efeitos do REsp. nº 1.119.300/RS por meio do julgado da Rcl. nº 16.390/BA, passou novamente a permitir que as administradoras de consórcio de todo o Brasil continuassem a aplicar na sua prática consumerista procedimento vetado na lei específica de consórcios, contrariando as razões que fundamentaram o veto.

3.3 A abordagem do voto-vista da Ministra Nancy Andriighi sobre o silêncio do legislador

O Recurso Especial Repetitivo nº 1.119.300/RS, que é base do entendimento vinculativo firmado pelo STJ no caso dos consórcios, teve em seu inteiro teor importante contribuição do voto-vista da Ministra Nancy Andriighi, ainda que sua fundamentação não tenha sido aprovada em sua integralidade, o que ocorreu, em grande parte, pela limitação dos efeitos do julgamento aos contratos firmados em data anterior à vigência da Lei nº 11.795/2008 e por ter sido parcial vencido em suas razões.

O voto referido inicia por fazer referência a vários julgados que indicaram, de forma reiterada, o posicionamento do STJ à época, assentando-se que (BRASIL, 2010):

Além do julgado alçado a paradigma pela recorrente, AgRg no REsp 735.948/DF, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 05.02.2007, existem diversos outros acórdãos desta Corte assentando que *“em caso de desistência do plano de consórcio, a restituição das parcelas pagas pelo participante far-se-á de forma corrigida, porém não de imediato, e*

Consumidor, que estabelecem regra geral proibitória da utilização de cláusula abusiva nos contratos de consumo. Com efeito, embora o consumidor deva arcar com os prejuízos que trouxe ao grupo de consorciados, conforme § 2º do artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor, mantê-lo privado de receber os valores vertidos até o final do grupo ou até sua contemplação é absolutamente antijurídico e ofende o princípio da boa-fé, que deve prevalecer em qualquer relação contratual. Ademais, a inteligência do Código de Defesa do Consumidor é de coibir a quebra de equivalência contratual e considerar abusiva as cláusulas que colocam o consumidor em ‘desvantagem exagerada’, tal como ocorre no caso presente. A devolução das prestações deve ser imediata, sob pena de impor ao consumidor uma longa e injusta espera. Por estes motivos, sugere-se o veto dos arts. 29, §§ 1º, 2º e 3º do art. 30 e incisos II e III do art. 31.” (BRASIL. **Lei nº 11.795, de 08 de outubro de 2008**. Dispõe sobre o Sistema de Consórcio. D.O.U de 09 de outubro de 2008, P. 3. Mensagem de veto publicada no DOU de 09 de outubro de 2008, P. 8. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11795.htm. Acesso em: 25/03/2019).

sim em até trinta dias a contar do prazo previsto contratualmente para o encerramento do grupo correspondente” (AgRg no REsp 1.066.855/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe de 05.11.2009. No mesmo sentido: AgRg no Ag 1.094.786/GO, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJe de 30.11.2009; AgRg no Ag 1.098.145/MT, 3ª Turma, minha relatoria, DJe de 14.05.2009; e AgRg no Ag 960.921/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJe de 03.03.2008).¹⁶

Ressaltou o voto-vista, logo de início, que há muito a jurisprudência do STJ havia se firmado no sentido de que a restituição das contribuições pagas pelos consorciados excluídos seriam a eles devolvidas apenas por ocasião do encerramento do grupo.

Porém, a Min. Nancy Andrighi (2010, p. 17) ressalta o anseio existente ante à indefinição legislativa e a incapacidade de o entendimento jurisprudencial do STJ solucionar todas as controvérsias já surgidas em torno do tema, destacando que esse “insucesso parece derivar do fato de que a regra foi fixada em bases gerais, sem abarcar isoladamente as diversas situações que envolvem o desligamento do consorciado”.

Mesmo fazendo referência direta à Mensagem 762/08 da Presidência da República (que fundou o veto aos dispositivos já mencionados da Lei nº 11.795/2008), o voto-vista tomou por base a afirmativa de que ao decidir pelo veto parcial, a Presidência manteve a contemplação como uma das hipóteses de devolução das parcelas pagas pelo consorciado retirante. Em razão disso, a Min. Nancy Andrighi considerou ser incoerente concluir que essa restituição deva sempre ser imediata.

A fim de propor uma solução para o caso concreto, foram propostos critérios para que fosse possível a devolução de valores a consorciados excluído sem que isso significasse prejuízo à continuidade do grupo de consórcio, sendo esses: (i) existência de reservas para reembolso, com destinação a ser definida em contrato, com a respectiva organização e demonstração pela administradora; (ii) transferência da cota

¹⁶ A Ministra relatou, no entanto, que o referido entendimento foi consolidado antes da edição da Lei nº 11.795/08, vigente desde 06/02/2009, que teria trazido nova regulamentação para o sistema de consórcio, tendo-se utilizado a Circular nº 2.766/97 do Banco Central do Brasil (BACEN) como parâmetro, visto que era a principal norma regulamentadora da matéria. (BRASIL, 2010).

do consorciado para terceiro; e (iii) contemplação do consorciado desistente, que participaria dos sorteios juntamente com os demais consorciados adimplentes.

Na parte final de seu voto, a Min. Nancy Andrighi concluiu por duas hipóteses para os reflexos do julgamento em caráter de recurso repetitivo, tanto para casos anteriores à Lei nº 11.795/2008 como para posteriores, sendo tais reflexos os mesmos três indicados no parágrafo anterior.

Percebe-se, pela análise do voto-vista, que os reflexos econômicos foram considerados para o balizamento dos parâmetros da decisão. Ocorre, porém, que nem todos os fundamentos do voto-vista em análise integraram a decisão final do recurso especial repetitivo em comento, o que fez com que a parte vinculativa da decisão não abarcasse o aprofundamento dos reflexos previstos nos fundamentos do voto, deixando tal análise de ser refeita em casos concretos posteriores.

Assim, deixou o Superior Tribunal de Justiça de firmar parâmetros abrangentes para adequação em casos específicos e acabou por generalizar a situação e tornar a não resolver a questão, reiterando o “insucesso” do entendimento firmado, o que reforçaria o relato fático feito pela própria Ministra Nancy Andrighi no início de seu voto.

3.4 A lacuna na Lei nº 11.795/2008 e a proibição do “non liquet”

Considerando os apontamentos feitos sobre a ausência de previsão específica de resposta para o caso da devolução de valores ao consorciado excluído, deve-se ater aos questionamentos feitos pelos consumidores sobre a eventual abusividade da retenção desses valores para seu ressarcimento em momento muito posterior à sua exclusão do grupo de consórcio.

Sobre o tema, o Poder Judiciário por muito serviu de parâmetro, com base em suas decisões, para responder aquilo que a lei não conseguiu definir, tomando sempre por base, no caso específico dos contratos de consórcio, o fato de existir contratos anteriores e posteriores à lei então vigente.

Contemporâneo ao debate que havia ocorrido no Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal também foi requisitado a responder, por meio de recurso

extraordinário¹⁷, a mesma situação sobre a devolução dos referidos valores. Na oportunidade, o STF foi instado a avaliar a violação ao artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, referente à premissa de que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, visto que o acórdão da Turma Recursal Única dos Juizados Especiais do Estado do Paraná, ao negar provimento ao Recurso Inominado nº 2009.1831-0, manteve sentença que determinou a devolução imediata dos valores pagos por consorciado desistente, descontadas a taxa de administração e o seguro, tendo em vista não restar configurado risco ou abalo ao grupo do consórcio.

O julgamento de mérito do referido Recurso Extraordinário acabou nem ocorrendo porque não houve o preenchimento dos requisitos quanto à repercussão geral, tendo considerado o STF que a situação poderia ser resolvida pela aplicação da legislação federal que, à época, era exatamente a Lei nº 11.795/2008.

Não cabendo atribuição de culpa aos Ministros do STF, ressalta-se que a fundamentação da repercussão geral neste caso, de fato, sequer abordou o controle de constitucionalidade preventivo ocorrido no veto parcial à referida lei, o que, em tese, poderia tornar o caso relevante para a análise pela Corte Constitucional.

Ainda que não tenha sido julgada a temática pelo STF, tornou-se a debater a problemática no Superior Tribunal de Justiça, por meio de reclamações e recursos especiais. Em específico, destaca-se a previsibilidade do próprio STJ de que a matéria tornaria a ser reanalisada a depender da previsão legislativa para o caso específico, destacando-se o julgamento da Rcl. nº 3.752/GO, em que se firmou entendimento para casos anteriores à vigência da Lei nº 11.795/2008, mas já prevendo que eventualmente poderia o seu entendimento ser revisado quanto a casos posteriores à vigência da referida lei¹⁸.

¹⁷ Sobre o caso em específico: “CONSÓRCIO. DESISTÊNCIA DO CONSORCIADO ANTES DO ENCERRAMENTO DO GRUPO. DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS. APLICAÇÃO DOS EFEITOS DA AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL TENDO EM VISTA TRATAR-SE DE DIVERGÊNCIA SOLUCIONÁVEL PELA APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 628914 RG**, Relator(a): ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 21/10/2010, DJe-224 DIVULG 22-11-2010 PUBLIC 23-11-2010 EMENT VOL-02436-02 PP-00408).

¹⁸ Em destaque o trecho do referido julgado: “A orientação firmada nesta reclamação alcança tão-somente os contratos anteriores à Lei nº 11.795/08, ou seja, aqueles celebrados até 05.02.2009. Para

Porém, a inexistência de previsão legal não pode ser óbice ao julgamento da causa pelo Poder Judiciário, tanto que assim procedeu por muito tempo o STJ nos casos atinentes à devolução de valores aos consorciados excluídos, tendo-se por premissa a máxima da proibição do *non liquet* previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, princípio que prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. De igual forma, havia previsão no artigo 126 do Código de Processo Civil de 1973¹⁹, então revogado pelo CPC/15, em que há correspondência de dispositivo similar em seu artigo 140²⁰.

Quanto às lacunas na lei, Grazielly Alessandra Baggenstoss (2017, p. 301) afirma que, havendo lacunas, a complementação do ordenamento jurídico deve ser feita por fontes de integração ou fontes integrativas. Assim, a integração do direito seria uma atividade vinculada à interpretação jurídica, consistente no preenchimento das lacunas normativas.

Em uma estruturação conceitual diversa, pode-se considerar que o caso em comento corresponde a uma lacuna normativa, visto que inexistente um conjunto normativo regulando expressamente um dado campo de interação do comportamento humano; em suma, é a lacuna que se refere à ausência de norma.

Assim, passa a ser importante para a presente pesquisa averiguar como o Superior Tribunal de Justiça analisou, com o passar do tempo e com a vigência de diversas normas, a situação da devolução dos valores pagos aos consorciados excluídos.

os contratos firmados a partir de 06.02.2009, não abrangidos nesse julgamento, caberá ao STJ, oportunamente, verificar se o entendimento aqui fixado permanece hígido, ou se, diante da nova regulamentação conferida ao sistema de consórcio, haverá margem para sua revisão. Reclamação parcialmente provida.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rcl 3.752/GO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/05/2010, DJe 25/08/2010).

¹⁹ “Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.” (BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17/01/1973).

²⁰ “Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei. (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm).

3.5 Análise dos julgados que resultaram na reunião de processos sobre a mesma matéria e a expansão de efeitos do REsp. nº 1.119.300/RS no julgamento da Rcl. nº 16.390/BA

Cabe aqui, de forma um pouco mais aprofundada, a análise dos fundamentos das decisões dos principais julgamentos que trilharam o caminho até que se firmasse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a situação específica em comento.

Praticamente contemporâneos à época, a Rcl. nº 3.752/GO e o REsp. nº 1.119.300/RS, ambos julgados em 2010, reafirmaram o posicionamento do STJ já existente no sentido de que seria devida a restituição de valores vertidos por consorciado desistente ao grupo de consórcio, mas não de imediato, e sim em até trinta dias a contar do prazo previsto contratualmente para o encerramento do plano.

Curiosamente, a Min. Nancy Andrighi foi a relatora na Rcl. nº 3.752/GO, limitando-se, naquela oportunidade, a fazer referência a diversos outros julgados do STJ relativos à mesma situação, destacando, em especial, o julgamento do próprio REsp. nº 1.119.300/RS.

Portanto, os dois primeiros processos citados reportam os mesmos fundamentos já apresentados na análise inicial do recurso especial repetitivo em comento, bem como abarca, em partes, os fundamentos do voto-vista proferido pela Min. Nancy Andrighi nesse.

Conforme já ressaltado em tópico anterior, o julgamento do REsp. nº 1.119.300/RS não abrangeu os casos relativos a contratos firmados posteriormente à vigência da Lei nº 11.795/2008, observação que foi destacada no acórdão respectivo, exatamente por ter o julgamento analisado caso específico anterior à vigência da referida lei.

A virada de entendimento do STJ ocorreu no julgamento da Rcl. nº 16.112/BA, ocorrido em 2014, tendo sido observada a possibilidade de reanálise do caso concreto, ante a nova legislação vigente, conforme já previsto no julgamento da Rcl. nº 3.752/GO.

No referido julgado posterior, entendeu o STJ que, no caso de contratos firmados posteriormente à edição da Lei nº 11.795/2008, a decisão que determinasse a devolução imediata aos consorciados excluídos dos valores por eles pagos não representaria afronta direta ao decidido no REsp. 1.119.300/RS.

No caso, o Min. Sidnei Beneti, relator, considerou que o recurso especial repetitivo em questão não havia abordado a situação dos contratos posteriores à vigência da Lei nº 11.795/2008. Ressaltou, ainda, que o próprio STJ já havia suscitado a possibilidade de reanálise do caso concreto em relação a casos posteriores à vigência da lei específica, entendendo, assim, pela improcedência da referida reclamação em seu mérito.

Em caso posterior, passados três anos do julgamento da Rcl. nº 16.112/BA, o STJ foi novamente requisitado a debater a questão da devolução de valores pagos aos consorciados excluídos, agora por meio da Rcl. nº 16.390/BA.

Tão importante quanto a análise dos fundamentos do voto-vista da Ministra Nancy Andrighi no julgamento do REsp. nº 1.119.300/RS, os fundamentos do voto relator na Rcl. nº 16.390/BA merecem especial atenção em razão de ter o referido julgado expressamente expandido os efeitos do decidido no recurso repetitivo aos casos de contratos firmados posteriormente à vigência da lei dos consórcios.

De início, destaca-se a primeira das análises de mérito feita pela Min. Maria Isabel Gallotti, então relatora, após analisar o histórico de normas que outrora regulamentaram os contratos de consórcio (BRASIL, 2017):

O exame do histórico das normas legais e regulamentares que regem as operações de consórcio no País permite concluir que jamais foi contemplada a possibilidade de resgate imediato de parcelas pagas por desistente ou excluído de grupo de consórcio, em razão de a pretensão não se compatibilizar com esse sistema de aquisição de bens ou serviços, concebido, não como simples espécie de aplicação financeira, mas para propiciar que um grupo de pessoas pague contribuições periódicas com o objetivo de constituir um fundo comum destinado a obtenção de bens ou serviços por cada participante, por meio de autofinanciamento.

Em continuidade à sua fundamentação, a relatora destacou que no julgamento do REsp. nº 1.119.300/RS o relator respectivo havia pontuado que o advento da nova

lei de consórcios não modificou a orientação da Segunda Seção do STJ quanto à impossibilidade da devolução imediata de valores, fazendo alusão expressa à ocorrência do veto presidencial nos dispositivos da lei que previam os critérios para a restituição das parcelas pagas pelos participantes excluídos do consórcio.

Outro destaque importante no voto relator da Rcl. 16.390/BA e que merece especial atenção no presente estudo é a expressa referência que a relatora fez às diversas possibilidades para restituição das parcelas pagas pelos participantes desistentes ou excluídos do consórcio que foram ventiladas no voto-vista da Min. Nancy Andrighi, as quais, no entanto, foram descartadas para fins de aplicação prática em razão de ter essa parte sido vencida na votação respectiva do julgamento²¹.

Ainda na fundamentação do voto relator e vencedor na Rcl. nº 16.390/BA, destacou-se que inovação legislativa trazida pela Lei nº 11.795/2008 em nada alterou a orientação consolidada nos julgamentos anteriores sobre o tema no sentido de que a restituição das parcelas pagas por participante que desistiu ou foi excluído de consórcio não deve ocorrer de forma imediata, mas após o decurso do prazo de 60 (sessenta) dias após o encerramento do grupo, defendendo o julgado que deve ser aplicada a mesma sistemática aos contratos firmados após a vigência da lei específica.

Afirma a relatora (BRASIL, 2017, p. 16) que “não há dispositivo algum na lei em comento que autorize a interpretação de que o consorciado desistente tem direito à restituição imediata dos valores vertidos ao consórcio durante a relação contratual”, ressaltando que o debate deve se resumir, ante a suposta ausência de norma específica, à análise do caso sob o prisma do Código de Defesa do Consumidor.

Quanto ao veto em específico, fundamentou a relatora que:

O texto legal original previa a possibilidade de o participante desistente ou excluído reaver essas parcelas mediante contemplação por sorteio nas assembleias do grupo ao qual estava vinculado, na hipótese de ter quitado cinco ou mais parcelas ou, caso não atendida essa condição, após 60 dias do encerramento do grupo, tudo nos termos dos arts. 22, caput; 30, §§ 1º, 2º

²¹ Em destaque: “Acrescento que, naquela oportunidade, ficou vencido o voto proferido pela Ministra Nancy Andrighi, no qual propôs diversas possibilidades para a restituição das parcelas pagas por participantes desistentes ou excluídos de consórcio, vislumbrando, inclusive a hipótese de restituição imediata, tanto antes como depois da vigência da Lei 11.795/2008” (BRASIL, 2017, p. 13.)

e 3º; e 31, incs. I, II e III (...) Ocorre, porém, que o Presidente da República vetou os §§ 1º, 2º e 3º do art. 30 e os incisos II e III do art. 31, acima transcritos, de modo que esse modelo para a restituição das parcelas pagas por desistente ou excluído de consórcio, nos termos em que originariamente concebido pelo legislador, não chegou a integrar o ordenamento jurídico. Anoto que a regra estabelecida no caput do art. 22 limita-se a definir a contemplação como o procedimento destinado a atribuir crédito destinado à aquisição do bem pelos consorciados ativos ou, no caso dos excluídos, à restituição das parcelas pagas. O art. 30, caput, de outra parte, determina apenas a forma pela qual deve o montante ser apurado, isto é, com base no percentual amortizado do bem na data da assembléia de contemplação, acrescido do rendimento da aplicação financeira dos recursos do grupo, nada estabelecendo, todavia, sobre o momento em que os valores devem ser devolvidos. Os referidos dispositivos, ao meu sentir, em nada interferem na conclusão quanto à inexistência de previsão legal para a restituição imediata de parcelas pagas por desistentes ou excluídos de consórcio, permanecendo inalterada, pois, a consolidada orientação deste Tribunal no sentido de que a devolução deve ocorrer após o encerramento do grupo (...)

Por fim, destacaram-se no julgado em comento as duas principais razões para a ampliação dos efeitos do REsp. nº 1.119.300/RS aos contratos posteriores à vigência da Lei nº 11.795/2008, sendo estas:

1) a devolução imediata do valor após a desistência dos valores aportados ao consórcio não se coadunaria com os princípios do sistema de consórcio concebidos pela lei específica, devendo o interesse do grupo do consórcio, pela sua natureza, prevalecer sobre o interesse de caráter meramente individual do consorciado; e

2) postergar a restituição das parcelas dos desistentes ou excluídos para o final das atividades do grupo do consórcio atenderia à forma isonômica do tratamento a ser dispensado aos consorciados.

Há ainda reforço na fundamentação por meio referência a Júlio Maciel Cordeiro, mencionado por Daniel Orfale Giacomini em sua tese de dissertação de mestrado (CORDEIRO, 2008, p. 31 apud GIACOMINI, 2010, p. 152):

Júlio Maciel Cordeiro defende que a estipulação da devolução dos valores pagos apenas após o término do grupo de consórcio visa garantir o direito dos consumidores participantes do grupo, na medida em que garante a saúde financeira do mesmo. Também salienta que o objetivo do Banco Central e

demais leis existentes está salvaguardado, tendo em vista que toda a regulamentação se volta à defesa do consumidor. Nenhum prejuízo resultará ao consumidor que aguardar o fim do grupo, pois o valor a ser restituído será devidamente corrigido. Conclui, pois, que a devolução imediata de parcelas ao consorciado, além de sobrepor interesses individuais aos coletivos, provoca a violação do contrato estabelecido entre as partes, à lei que regula os consórcios e aos princípios norteadores dos contratos, o que não pode ser admitido. De outra forma, entende que haveria desequilíbrio financeiro de todo o grupo, pela exclusão do participante.

Assim, restou decidido que os fundamentos que basearam a orientação consolidada pela Segunda Seção no julgamento do REsp. nº 1.119.300/RS, submetido ao rito dos recursos repetitivos, no sentido de que é devida a restituição de valores vertidos por consorciado desistente ao grupo de consórcio, mas não de imediato, e sim em até trinta dias a contar do prazo previsto contratualmente para o encerramento do plano, aplicam-se aos contratos celebrados na vigência da Lei 11.795/2008.

Porém, na ocasião desse julgado não foram ponderadas quaisquer hipóteses de devolução imediata de valores ou qualquer possibilidade de modulação a depender do caso, dando-se aplicação direta e imediata desse entendimento a todos os casos eventualmente objeto de julgamento pelo Poder Judiciário em razão da necessária observância das decisões em recursos especiais repetitivos pelos juízes e tribunais. Concluiu-se, portanto, pela previsão de única resposta correta para todos os casos por força de decisão judicial.

3.6 Reflexões sobre o Recurso Especial Repetitivo no Superior Tribunal de Justiça no caso em análise

Desde o Código de Processo Civil de 1973 o recurso especial repetitivo já era previsto como solução para a multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, tendo seus principais efeitos previstos em seu artigo 543-C, §7º²².

Trata-se ainda da sistemática do CPC/73 porque foi esse o parâmetro legal utilizado à época do julgado do REsp. nº 1.119.300/RS. Atualmente, o Código de Processo Civil de 2015 manteve a base lógica aplicável aos recursos repetitivos, fazendo-o em seus artigos 1.036 e seguintes.

Ante a possibilidade de apresentação de Reclamação para garantir a observância de acórdão proferido em julgamento e recurso especial repetitivo, quando esgotadas as instâncias ordinárias, Pablo Henrique Garcete Schader (2021) conclui que “os acórdãos prolatados em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos devem ser obrigatoriamente observados pelos juízes e tribunais estaduais e federais, vez que se tratam de precedentes vinculantes”.

De forma técnica e específica, Medina (2020, p. 1219) aborda que:

O “precedente” considerado vinculante, entre nós, no entanto, é *ex vi legis*. Ou seja: é a partir da lei que se deve extrair se o julgamento é vinculante. Isso se infere, a nosso ver, de disposições que se referem, de modo especial, à observância do precedente por outras decisões e à sua controlabilidade por reclamação (o que aproxima o “precedente” vinculante da súmula vinculante). Assim, cabe reclamação para garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário com repercussão geral, recursos extraordinários e especiais repetitivos e incidente de assunção de competência (art. 988, *caput* IV, e § 5º, II do CPC/2015, na redação da Lei 13.256/2016). Esses pronunciamentos vêm sendo chamados de precedentes qualificados.²⁸ A vinculatividade formal de tais decisões é confirmada em outros dispositivos, que deixam claro que a tese firmada deverá ser observada (cf. arts, 947, § 3º, 985, e 1.040 do CPC/2015).

Dessa forma, os precedentes formados em sede de recurso especial repetitivo têm por finalidade padronizar o resultado de demandas, padronizando o julgamento

²² *In verbis*: “Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. (...) § 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem: I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.” (BRASIL, 1973)

de questões que já estão massificadas no âmbito do judiciário, sendo tais matérias escolhidas exatamente em razão de sua relevância e repetição no debate pelo Poder Judiciário.

A imposição da decisão judicial pode, em partes, tirar a autonomia dos julgadores das demais instâncias, mas isso não deve necessariamente ser visto como algo negativo. Sobre o tema, Vinicius Silva Lemos (2020, p. 797) afirma que o intuito desse procedimento é de sistematizar uma obediência aos precedentes judiciais, não para colocar o magistrado em posição de subserviência aos Tribunais Superiores, pois a decisão continuaria a pertencer à função do juízo, mas com respeito pelos precedentes judiciais, cabendo a este “olhar para trás e verificar o que e qual forma se decidiu antes”.

No mesmo sentido, Marinoni (2010, p. 65) entende que a observância aos precedentes é um dever do julgador, *in verbis*:

É chegado o momento de se colocar ponto final no cansativo discurso de que o juiz tem a liberdade ferida quando obrigado a decidir de acordo com os tribunais superiores. O juiz, além de liberdade para julgar, tem dever para com o Poder de que faz parte e para com o cidadão. Possui o dever de manter a coerência do ordenamento e de zelar pela respeitabilidade e pela credibilidade do Poder Judiciário.

Aplicando-se os efeitos dos recursos especiais repetitivos ao caso julgado no REsp. nº 1.119.300/RS, é possível concluir que, conforme determina a previsão da lei processual, os juízes de primeira instância e os Tribunais deverão observar que: é devida a restituição de valores vertidos por consorciado desistente ao grupo de consórcio, mas não de imediato, e sim em até trinta dias a contar do prazo previsto contratualmente para o encerramento do plano.

No entanto, o mesmo julgado, que deu origem ao tema repetitivo nº 312 do STJ²³, também observou que esse entendimento deve ser reproduzido apenas nos casos em que se aplicar a Lei nº 8.177/1991. Logo, não se aplicaria, para fins de

²³ Precedentes qualificados do STJ, atualizado em 13/09/2019. Disponível em: < https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1119300 >. Acesso em 28/11/2021

observância e reprodução obrigatória, aos casos de contratos firmados posteriormente à vigência da Lei nº 11.795/2008.

De início, o STJ observou esse limite definido, fazendo-o expressamente no julgamento da Rcl. Nº 3.752/GO, ao expressar que “a orientação firmada nesta reclamação alcança tão-somente os contratos anteriores à Lei nº 11.795/08, ou seja, aqueles celebrados até 05.02.2009.” (BRASIL, 2010).

Em seguida, já no ano de 2014, repetiu a observância ao mesmo limite fazendo novo julgamento, diante de caso concreto e da nova legislação, por meio do julgamento da Rcl. Nº 16.112/BA ao entender que a decisão que determinasse a devolução imediata dos valores investidos ao consorciado excluído não representaria afronta direta ao que decidido no julgamento do REsp 1.119.300/RS.

Porém, no ano de 2017 o STJ ultrapassou esse limite por ele próprio imposto, passando a reconhecer, por meio de julgamento da Rcl. nº 16.390/BA, cujo procedimento do julgamento não está subordinado a qualquer efeito vinculante ou de observância obrigatória de seu resultado, que o decidido no REsp. nº 1.119.300/RS passaria a ter aplicação nos contratos firmados após a vigência da Lei nº 11.795/2008.

Assim, a Segunda Seção do STJ aplicou efeitos de recurso especial repetitivo a julgado que não observou referido rito conforme a lei processual vigente. Retornando à crítica dos doutrinadores já citados, Marinoni (2010, p. 65) e Lemos (2020, p. 797) considerariam que o julgado na reclamação seria também uma manifestação da uniformidade dos julgados.

Porém, por força do efeito vinculante do REsp. nº 1.119.300/RS, que expressamente previu que o julgador poderia analisar o caso de forma diversa em caso de nova legislação (Lei nº 11.795/2008), a expansão de seus efeitos por meio do julgamento da Rcl. nº 16.390/RS parece, ainda que em análise superficial, retirar o poder de decisão de valoração dos fatos e provas dos juízes de primeira instância de dos tribunais para casos diversos do que expressamente previu o recurso especial repetitivo anterior.

Sem qualquer precipitação ou invasão nas competências do STJ e na importância de seus julgados, não se pode olvidar, no caso, que a instância recursal da Corte Superior provavelmente tenha se precipitado ao tentar dar uma única

resposta certa a todos os casos, como o fez na Rcl. nº 16.390/BA, visto que não analisa fatos e provas em sua instância, conforme bem definido em sua súmula nº 7²⁴.

²⁴ *In verbis*: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 7. In: Corte Especial, julgado em 28/06/1990, DJ 03/07/1990, p. 6478)

4 HERMENÊUTICA JURÍDICA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

4.1 Reflexos da lacuna da lei e a busca pela solução do caso difícil

Superada a análise detalhada sobre os julgamentos que resultaram na aplicação de uma decisão judicial como única resposta para todos os casos que envolvem a devolução de valores pagos aos consorciados excluídos, cabe, agora, avaliar as possíveis intepretações possíveis na busca da solução do caso concreto ante a inexistência de previsão legal específica.

O vazio da norma no caso em estudo, ocasionado pelo veto presidencial, em controle de constitucionalidade preventivo, ao artigo 29, §§ 1º, 2º e 3º, ao artigo 30 e aos incisos II e III do artigo 31, ambos da Lei nº 11.795/2008, possibilita a criação de norma ao caso concreto pelo julgador, que deverá assim decidir conforme parâmetros que entender cabíveis, desde que o faça de forma justificada e fundamentada.

Nelson Juliano Cardoso Matos aborda de forma detalhada como a busca pela solução judicial é feita nos casos difíceis, diferenciando principalmente a visão de Ronald Dworking e Robert Alexy sobre a referida problemática²⁵.

Arnaldo Boson Paes, ao citar Barroso (2001, p. 283 apud PAES, 2018, p. 77) afirma que o juiz não pode ignorar o ordenamento jurídico, mas que, com base em princípios constitucionais superiores, poderá paralisar a incidência da norma no caso concreto ou a aplicar em novo sentido, desde que faça de forma motivada. Nesse sentido, ressalta Barroso (2001, p. 283) que “jamais deverá o magistrado se conformar com a aplicação mecânica da norma, eximindo-se de sua responsabilidade em nome da lei – não do direito! – supondo estar no estrito e estreito cumprimento do dever.”.

²⁵ Em destaque: “À primeira vista pode parecer que os casos fáceis sejam aqueles resolvidos com o método lógico-dedutivo, claros o bastante para não suscitar qualquer controvérsia. O conceito de caso fácil pode ainda ser mais abrangente: são aqueles casos que, mesmo que o método lógico-dedutivo seja insuficiente para resolver o caso, aplicando-se outros métodos hermenêuticos, ainda assim, não provocam controvérsias; portanto, não havendo controvérsia, um caso fácil é aquele que resulta em uma só solução para o caso e o caso difícil é aquele que permite mais de uma solução correta para o caso. (...) autores como Ronald Dworkin consideram que os casos difíceis, assim como os casos fáceis, resultam em apenas uma solução correta. Para Dworkin, portanto, o único critério de distinção é a controvérsia. (...) Por fundamentos diferentes, autores como Robert Alexy, Chaim Perelman e Neil MacCormick defendem que, para os casos difíceis, há sempre mais do que uma alternativa correta possível; (...)” (MATOS, 2012. p. 144 e 154.)

Sendo certo que a atividade do julgador não deve ser mecânica, aplicando a lei conforme o caso concreto ou, não havendo lei, buscando resposta em bases constitucionais superiores, observa-se que a solução indicada no julgamento da Rcl. 16.390/BA de uma única resposta para todos os casos parece não ser a adequada ante a variedade de hipóteses futuras que o julgador não pode prever em seu julgamento.

A abordagem de um julgado para além do caso concreto é questão de debate entre grandes pensadores do direito, tornando-se de extrema relevância a análise da resposta judicial ante os casos difíceis, especialmente aqueles em que não há previsão legal específica. Para tanto, far-se-á cotejo entre os pensamentos de Ronald Dworkin, Cass Sunstein, Robert Alexy, Richard Posner, dentre outros importantes juristas, confrontando-se suas ideias com o caso específico da Lei nº 11.795/2008 em análise.

4.1.1 O ativismo judicial ante a ausência de norma específica e os limites de atuação do julgador

Para Elival da Silva Ramos (2015, p. 131), o ativismo judicial é o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo ordenamento, levando o Poder Judiciário a resolver litígios que envolvam conflitos de interesse (caráter subjetivo) e de normas (caráter objetivo).

Nas palavras de Ronald Dworkin (1999):

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige.

Ao retratar a situação do Brasil, Barroso (2018, p. 435) destaca que o ativismo é uma “escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição” e considera que geralmente ocorrem quando há uma retração do Poder Legislativo, afastando a classe política da sociedade civil e impedindo que uma demanda social tenha uma resposta de maneira efetiva. Percebe-se, assim, o enquadramento da

situação debatida sobre a lacuna na Lei nº 11.795/2008 como campo fértil para que o julgador escolha os parâmetros sob os quais irá fundar a sua decisão.

Ainda que não tenham abordado os julgamentos do Superior Tribunal de Justiça em específico, Camila de Oliveira Machado e Francisco Gaspar de Lima Júnior (2021, p. 20 e 23) expressam que o efeito vinculante de decisões de grande repercussão da Suprema Corte por vezes inviabiliza a atividade do Poder Legislativo e do Executivo, ampliando a atuação do Judiciário de forma a o tornar um “superlegislador”.

Sabe-se que a decisão judicial cria norma a ser aplicada ao caso concreto, sendo considerada lei entre as partes e que, a depender de seu efeito, passa a ser de reprodução obrigatória em outros casos. A segurança jurídica está, portanto, diretamente ligada à previsibilidade das decisões judiciais.

Sobre o tema, Sir Donald Neil MacCormick (2008) observa que quanto ao processo legislativo, percebe-se a preocupação com um afastamento das incertezas no texto da lei, visto que isso ajuda a conferir segurança jurídica, garantindo-se a expectativa de resposta da lei para o caso concreto. Isso tanto ressalta o impacto econômico da criação da lei como também a ideia de ordem jurídica, na qual as pessoas podem esperar por padrões, ainda que mínimos, de comportamento.

Considerando a ideia de expectativa de comportamento e a possibilidade de criação de norma por meio de decisão judicial, que necessariamente aborda a resolução de uma situação já ocorrida no passado, Keith S. Rosenn (2004, p. 163) faz dois apontamentos importantes ao comentar sobre o julgamento da Suprema Corte dos Estados Unidos, ocorrido em 1987, em que foi revogada a decisão do caso *Linkletter v. Walker* e determinou a aplicação de suas decisões de forma retroativa, destacando-se (ROSENN, 2004, p. 163):

(1) a natureza do controle judicial não permite a um tribunal ocupar a prerrogativa legislativa de fazer regras de direito retroativas ou prospectivas ao seu arbítrio, e (2) ‘a aplicação seletiva das novas regras viola o princípio de tratar partes semelhantes da mesma forma’

No exercício da função jurisdicional frente à ausência de resposta na lei, há risco de que os parâmetros adotados pelo julgador não sejam exatamente aqueles compatibilizados pela maioria da sociedade. Não somente tratando de

compatibilidade, Jorge Octavio Lavocat Galvão (2011, p. 382 e 383) alerta que há similaridade no grau de discordância de julgadores sobre interpretação judicial e das pessoas comuns sobre a moralidade coletiva.

Prossegue Galvão (2011) afirmando que, considerando que a sociedade será diretamente afetada por algum entendimento particular, não há qualquer garantia de que o ponto de vista adotado pelos juízes vá ser superior ao dos outros membros da sociedade.

Nesse sentido, no caso específico em análise, quanto mais objetiva e abrangente for a decisão judicial, como assim ocorreu na Rcl. 16.390/BA, maior o risco de que o resultado único seja incapaz de solucionar todos os casos possíveis de ocorrer, restando à sociedade os reflexos da única resposta frente à variedade de possibilidades.

Quanto à inexistência de previsão legal específica, Barroso (2018) aponta que “os parâmetros da atuação judicial, mesmo quando colhidos fora do sistema estritamente normativo, devem corresponder ao sentimento social e estar sujeitos a um controle intersubjetivo de racionalidade e legitimidade”. Em outros termos, no ativismo judicial as decisões não podem se pautar em escolhas pessoais do julgador, mas observar os parâmetros constitucionais de forma a decidir conforme o sistema, sem dele extrair conceitos não previstos.

Dessa forma, sugere-se que na ausência de legislação específica, o magistrado não utilize de princípios para legislar, mas que atue em observância à lei conforme o caso concreto, retornando ao Poder Legislativo uma operacionalização maior e mais efetiva (MACHADO; LIMA JÚNIOR, 2021, p. 33).

4.1.2 A possibilidade da única decisão correta: contrapontos entre Hart, Dworkin e Alexy

A distinção entre casos fáceis e difíceis é tênue, podendo ser considerado, precipitadamente, que o caso fácil é aquele que encontra resposta pela aplicação do método lógico-dedutivo ou mesmo que, em outro caso, não ocasiona dúvida quanto à sua solução. Nos casos difíceis, ao contrário, não há uma resposta direta e fácil para

a solução do problema, requerendo daquele que interpreta e aplica o Direito debate sobre a controvérsia gerada.

Para Dworkin (1981), o ponto central de distinção entre casos fáceis e difíceis não seria a facilidade de encontrar resposta na lei ou em outros métodos para a obtenção da resposta, mas sim a complexidade da controvérsia gerada para a sua solução.

Sobre o campo de atuação da atividade jurisdicional, Hart (1986, p. 138) defende que o direito permite apresentar uma textura aberta em razão dos limites da própria linguagem, *in verbis*:

A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso.

Assim, contrariando o pensamento positivista, que defende haver uma moldura pré-determinada que delimita semanticamente o campo de interpretação da norma jurídica (KELSEN, 1979), Hart deixa esse campo de interpretação mais livre de forma a favorecer a discricionariedade do julgador quando este se depara com um caso em que a norma a ser aplicada apresenta textura aberta.

Conforme o entendimento do referido jurista, os casos fáceis e difíceis se diferenciam pela complexidade de aplicação dos termos previstos numa expressão linguística, considerando que há nelas um núcleo e uma zona de penumbra. Assim, o núcleo possuiria a informação direta e objetiva, sendo suficiente o a aplicação do silogismo para que a resposta seja encontrada (HART, 1986).

De outra forma, essa mesma expressão linguística pode permitir campo de interpretação a partir da sua incerteza quanto ao campo de aplicação do termo. A exemplo, consideremos o termo “veículo”, em seu núcleo, facilmente podemos concluir que carro é um veículo, mas em sua zona de penumbra, restará a dúvida quanto à adição de bicicletas e patins.

Tais questionamentos parecem, de início, não ter tanta aplicação prática, mas não se pode olvidar que tais conceitos estão presentes na interpretação extensiva e analógica corriqueiramente utilizadas nos debates travados no Poder Judiciário. É

essa textura aberta, portanto, que Hart defende como a possibilitadora da atuação do julgador de forma mais livre e discricionária

Dessa forma, Hart (1986) defende que a decisão dos casos difíceis exige certo grau de interpretação por parte do julgador, que deverá e poderá usar sua discricionariedade para escolher a interpretação que considera mais apropriada para o caso concreto.

O referido jurista, porém, não estabelece quais parâmetros o julgador deverá utilizar, ressaltando que, quando o julgador decide os casos difíceis ele não está aplicando e sim criando um direito novo entre as partes, o que reforça que não há apenas uma única decisão correta para os casos difíceis, que irá variar conforme os elementos do caso em específico.

Antes de apresentar os contrapontos à teoria de Hart, faz-se necessário primeiro apresentar a conceituação de Dworkin (2002, p. 39 e 41) sobre a diferença entre regras e princípios, que o faz da seguinte forma: (i) as regras são aplicadas à maneira tudo ou nada, ou é válida e aplicada ou não é válida e não aplicada; e (ii) os princípios enunciam uma razão que conduz o argumento em uma determinada direção, mas que ainda necessitam de uma decisão particular ao caso.

Ao abordar as diferenças de entendimento sobre os casos difíceis, Rodríguez (1997) ressalta que Dworkin afirma que a tese de Hart sobre os casos difíceis é contrária ao princípio da legalidade, visto que, conforme Hart, quando não há normas claras, nenhuma das partes possuiria direitos ou deveres, o que passaria a ocorrer apenas após a sentença. Portanto, ao criticar Hart, Dworkin aponta que o direito que venha a nascer apenas após a sentença tem aplicação, necessariamente, retroativa.

Ao citar Dworkin (1981), José Sérgio da Silva Cristóvam (2013) retrata a imagem do Juiz Hércules, *in verbis*:

Dworkin indica a teoria do juiz onisciente, o Juiz Hércules, dotado da capacidade de solucionar os casos difíceis e encontrar respostas corretas para todos os problemas. Esse Juiz Hércules é possuidor de habilidades, aprendizagem, paciência e astúcia intelectual incríveis, um modelo de juiz onisciente, que conhece o ordenamento jurídico por completo e dispõe de todo o tempo necessário para encontrar a única resposta correta. O sistema jurídico que o Juiz Hércules atua não possui lacunas, sendo construído um

esquema de princípios abstratos e concretos capazes de proporcionar uma justificação coerente a todos os casos julgados, bem como para as disposições constitucionais e infraconstitucionais.

Para Dworkin (1981), as lacunas na lei não significam que o juiz terá campo para atuar de forma discricionária, pois será guiado pelos princípios. Assim, defende que qualquer norma se funda em um princípio e que os juízes não podem criar normas retroativas. Não se criaria, portanto, direito novo ao caso, mas uma resposta que já estaria previamente guiada por um princípio, razão pela qual a resposta ao caso difícil existe e seria única.

Ante os modelos antagônicos sobre a interpretação dos princípios, cabe aqui diferenciar o ‘ativismo judicial’, já comentado em tópico anterior, da ‘moderação judicial’. Sobre este último, Dworkin (2002, p. 216) expressa que:

(...) o programa da moderação judicial afirma que os tribunais deveriam permitir a manutenção das decisões dos outros setores do governo, mesmo quando elas ofendam a própria percepção que os juízes têm dos princípios exigidos pelas doutrinas constitucionais amplas, excetuando-se, contudo, os casos nos quais essas decisões sejam tão ofensivas à moralidade política a ponto de violar as estipulações de qualquer interpretação plausível, ou, talvez, nos casos em que uma decisão contrária for exigida por um precedente inequívoco.

Sobre o tema Oliveira (2016), sustenta que no modelo da moderação judicial os julgadores devem permitir que as decisões de instituições políticas se mantenham válidas sem a interferência interpretativa dos juízes, o que deve se manter mesmo que o julgador tenha percepção diversa quanto aos princípios constitucionais envolvidos.

A moderação judicial, no entanto, não deve ser vista como o melhor dos modelos, visto que um judiciário adepto ao modelo da moderação pode se tornar totalmente “indiferente às manifestações da legitimidade democrática quando não puderem sofrer uma avaliação pautada em critérios exclusivamente formais” (OLIVEIRA, 2016, p. 243).

No caso, o risco a essa indiferença transparece quando os tribunais permitem aos agentes políticos ocupante dos cargos do legislativo e do executivo “governar de modo a impor a grupos socialmente minoritários (e, portanto, potencialmente

derrotados nos processos políticos majoritários) obrigações desproporcionais, não equitativas” (DWORKIN, 2000, p. 105-152).

Abrindo-se um importante parêntese sobre esse ponto em específico, pode-se afirmar que a Lei nº 11.795/2008 foi inicialmente projetada para atender aos interesses dos bancos e demais instituições financeiras que movimentam o mercado dos consórcios, visto que previa, em seu texto inicial, a devolução dos valores aos consorciados excluídos apenas após o fim do grupo de consórcio, permitindo que os valores permanecessem em posse de instituição financeira, que poderia o utilizar durante todo o tempo até a sua devolução.

Esse aspecto é de extrema relevância quando se avaliam conceitos já trabalhados por MacCormick (2008) ao refletir sobre o envolvimento de interesses no processo legislativo, oportunidade em que fez referência, conforme termo por ele utilizado, a ‘lobistas’.

Conforme o citado jurista, o processo legislativo estaria eivado de interesses particulares ou coletivos, ainda que coletivos em razão da união de vários particulares (grupos específicos). MacCormick (2008) faz interessante análise sobre a preocupação desses ‘lobistas’ sobre os reflexos econômicos da edição de uma lei, o que passa não somente pelo seu conteúdo em si (se benéfico ou não aos interesses do grupo), mas também por uma visão mais imparcial sobre a preocupação com a segurança jurídica, que está diretamente associada à expectativa da previsibilidade das decisões trabalhada no conceito de ordem jurídica, o que reforça a plausibilidade dos riscos da moderação judicial.

Retornando-se ao debate sobre a análise do caso difícil, Robert Alexy (2010) entende que não há uma única resposta correta no debate jurídico. Para o jurista, considerando que a argumentação esteja pautada no âmbito do que é discursivamente possível, passa a ser plausível a ideia de que exista mais de uma resposta correta no direito.

O ponto central do pensamento de Alexy é que a resposta dada ao caso concreto deve ser a correta, independentemente da complexidade do caso. De forma mais específica, tem-se que o nível de certeza da resposta dada ao caso concreto é aferida pela fundamentação da decisão. Se a decisão está fundamentada, ela está correta, sob pena de, caso contrário, ser considerada uma decisão arbitrária.

Destaca-se, dessa forma, a diferença principal entre Dworkin, que admite apenas uma decisão correta, de Alexy, que permite a discricionariedade do julgador e considera a decisão a ser tomada a correta ao caso concreto, mas entendendo que há possibilidade de diversas decisões, que, a cada caso, serão fundamentadas conforme as suas peculiaridades.

Aplicando-se tais entendimentos ao caso em análise, percebe-se que Dworkin responderia a problemática da devolução dos valores pagos aos consorciados excluídos, que é inegavelmente um caso difícil, com uma resposta única possível. Assim, se alinharia ao que foi decidido na Rcl. 16.390/BA pelo fato da unificação da solução para quaisquer casos, não se importando com a eventual variedade de hipóteses fáticas.

Em outra análise, Dworkin responderia que a decisão que unificou a resposta é a solução única e correta ao caso não necessariamente porque a lei assim determinou, mas avaliaria os fundamentos do julgador conforme os precedentes indicados no referido julgado e ressaltaria o princípio da isonomia exposto no voto relator respectivo.

De forma diversa, possível concluir que as ideias de Hart sobre as várias respostas possíveis por meio da discricionariedade do julgador se adequam às possibilidades expostas no voto-vista pela Ministra Nancy Andrighi no julgamento do REsp. nº 1.119.300/RS. Porém, há de se observar que tais ponderações, mesmo que tenham analisado detalhadamente várias soluções possíveis para os diversos casos, inclusive criando requisitos para a devolução dos valores aos consorciados excluídos, não integraram o mandamento do julgado em razão de tais fundamentos terem sido vencidos na votação do julgado, aproveitando-se apenas quanto à limitação dos efeitos à lei anterior.

Por fim, Alexy compreenderia a situação de forma a considerar ambas as decisões (Rcl. 16.390/BA e REsp. nº 1.119.300/RS) corretas, visto que, independentemente de terem sido fundamentadas com base em princípios ou em precedente jurisprudencial, cada um dos julgados teve por início a concatenação dos argumentos do julgador até que se chegasse ao seu resultado final.

De outra forma, associando-se a Alexy, a decisão da Rcl. 16.390/BA seria considerada correta em razão de sua fundamentação, baseada em argumentação

jurídica construída em conformidade com o caso prático. Porém, superando a questão da fundamentação, anota-se que o julgado analisado expressamente desconsiderou a variação de hipóteses para eventuais outros casos a serem julgados, tornando a resposta como a única correta e afastando a possibilidade de modulação ou aplicação de seus efeitos, como havia sido observado expressamente nos julgados do REsp. nº 1.119.300/RS e Rcl. 16.112/BA anteriores.

Em outros termos, assumir-se-ia que a decisão estaria correta por sua fundamentação, mas não se poderia afastar os efeitos de que aquela era a única decisão correta possível, o que contrariaria, em partes, as ideias de Alexy.

Assim, cabe questionar se todos os argumentos possíveis foram apresentados e debatidos, especialmente porque o julgamento da Rcl. 16.390/BA obteve como resultado uma decisão única para todo e qualquer caso, o que não parece se adequar às ideias de Alexy.

4.1.3 Minimalismo judicial e a possível resposta por meio de acordos teóricos incompletos

Em posicionamento diverso ao ativismo judicial, Cass Sunstein (1999) desenvolveu a teoria denominada de 'minimalismo judicial', que é caracterizada como uma forma de limitação judicial em que a decisão judicial deixa questões fundamentais sem decidir.

Conforme o teórico, o julgador deve ser superficial e suficiente em sua argumentação de forma a justificar o resultado de um caso concreto com argumentos menos abrangentes possíveis, descrevendo a situação não mais que o necessário para sustentar a solução apresentada.

Sunstein (1999, p. 4) aponta duas características processuais na aplicação do minimalismo: "First, it is likely to reduce the burdens of judicial decision. Second, and more fundamentally, minimalismo is likely to make judicial erros less frequent and (above all) less damaging"

Ao defender a utilização do minimalismo como conduta por parte dos julgadores, o jurista aponta duas vantagens:

1) as decisões minimalistas tendem a deixar as questões controvertidas de variados tópicos sem decidir para que a deliberação democrática encontre uma solução, passando o Poder Legislativo a ter mais relevância sendo impulsionado a complementar lacunas normativas eventualmente encontradas;

2) a postura minimalista é a ideal quando a questão controvertida no julgamento tiver como base uma questão constitucional de alta complexidade, que pode ocorrer em razão de “carência de informação, de mudanças circunstanciais ou de incertezas morais (relativamente relevantes)” (SUNSTEIN, 1999, p. 5).

O segundo dos pontos tem direta relação com a análise dos julgados na presente pesquisa, principalmente porque a ausência de resposta direta e objetiva na lei foi destacada em alguns dos votos que, de alguma forma, foram objeto de debates nos quatro julgados do STJ já referidos nesta pesquisa, quais sejam o recurso especial repetitivo e as três reclamações correlacionadas dos consórcios.

Oliveira (2016, p. 244) faz relevante consideração sobre a adoção do minimalismo judicial como postura pelos julgadores ao afirmar que o minimalismo faz sentido “primeiro porque as Cortes podem resolver aquelas questões incorretamente, e segundo porque podem criar sérios problemas mesmo se suas respostas estiverem certas”. Sem que abordasse diretamente Dworkin ou Alexy, nota-se que a sua afirmação pode estar relacionada a ambas as teorias da resposta correta sem que seja diretamente respondida por nenhuma, cabendo, aqui, breve reflexão sobre esse comparativo.

Analisando a afirmativa conforme a teoria de Dworkin, a resposta certa do judiciário seria a única correta a todos os casos, assumindo-se o risco dos erros por sua generalidade e expansão de efeitos, sendo essa exatamente a primeira das consequências observadas (OLIVEIRA, 2016). Porém, essa resposta seria única para quaisquer dos casos, o que não condiz com a ideia do minimalismo judicial, visto que o julgador deveria evitar questões controvertidas e focar no caso específico, o que não foi feito na Rcl. 16.390/BA.

Em relação ao minimalismo judicial, cabe observar que, apesar da conduta de não invasão pelo julgador em temas não abordados de forma específica no processo, a decisão judicial tem por objetivo a resolução do caso concreto de forma a promover as “pré-condições para o bom funcionamento de uma democracia constitucional”

(SUNSTEIN, 1999, p. x-xi). Observa-se, porém, que o jurista não está dizendo que o minimalismo é o caminho para a promoção da democracia, mas que é mais seguro que ela se promova por esse caminho (SUNSTEIN, 1999, p. 6).

Em outros termos e como já pontuado anteriormente, o julgador deve permitir que os outros atores da democracia, em específico o Poder Legislativo, atuem para possibilitar uma resposta a questões complexas ainda carentes de solução com previsibilidade legal. A promoção a essa conduta não invasiva é considerada pela teoria como o aspecto substancial do conteúdo de uma decisão minimalista.

Possível, assim, traçar um paralelo entre as ideias de Sunstein e os julgados do REsp. nº 1.119.300/RS e das reclamações nº 3.752/GO e 16.112/BA, pois nestes foram feitas delimitações expressas de 'não invasão' dos efeitos da decisão em situações não abarcadas no decidido recurso especial repetitivo ou nas hipóteses não expressamente previstas na Lei nº 11.795/2008, restringindo-se a afirmar que a decisão judicial que permitisse a imediata devolução dos valores pagos aos consorciados excluídos em casos posteriores à vigência da nova lei não estaria contrariando o entendimento firmado no tema repetitivo nº 312 do STJ sobre o tema dos consórcios.

Outro ponto importante na teoria do minimalismo judicial de Cass Sunstein diz respeito aos acordos teóricos incompletos, os quais não definem nem especificam provisões jurídicas no ato da elaboração, previsão e descrição de direitos básicos. De forma específica, Oliveira (2016, p. 246) aponta que:

A incompletude se perfaz quando pessoas que concordam sobre um princípio geral não necessariamente estão de acordo sobre o que esse princípio geral ocasiona nos casos concretos, pois o processo resultante do julgamento de um caso particular pode ocasionar muitos desacordos quando se pauta em uma teoria geral, na qual discute princípios abstratos e gerais e, sobretudo, as concepções sobre a melhor teoria para a manifestação desses princípios.

Para tornar concreta a explicação sobre tais acordos, toma-se como exemplo o princípio da liberdade de expressão. É possível que em uma sociedade todos (aqui considerada, pelo menos, a grande maioria, visto que afirmar uma totalidade é temeroso) estão de acordo que a liberdade de expressão deve ser respeitada. Porém, isso não permite a conclusão de que em todos os casos concretos as pessoas

concordem pela mesma aplicação desse princípio, havendo situações em que alguns indicam o respeito máximo a essa liberdade e outros defendam que essa liberdade foi extrapolada.

Não distante da atual realidade brasileira, o intenso debate sobre liberdade de expressão e *fake news* causou imensa turbulência no mundo político, principalmente envolvendo o Supremo Tribunal Federal e o Poder Executivo, em especial o Presidente e seus apoiadores.

Da forma com que os adeptos às divulgações contrárias ao STF apoiavam a manifestação com base no princípio da liberdade de expressão, os contrários a essas divulgações, em especial o Ministro Alexandre de Moraes, apoiavam a posição diversa no mesmo princípio, por entender que houve uma extrapolação dessa liberdade.

Trazendo a análise para o caso prático abordado na presente pesquisa, em específico o que foi abordado na Rcl. 16.390/BA, houve referência ao princípio do tratamento isonômico. Porém, a relatora utilizou o fundamento no princípio de forma a entender que observa a isonomia a equiparação do consorciado que se mantém adimplente e recebe os valores mediante sorteio de igual forma àquele que está inadimplente e não mais realizará pagamentos, também recebendo os valores por meio de sorteio.

De forma contrária, assim como definido nos fundamentos do próprio veto parcial à Lei nº 11.795/2008, entendeu-se que tal conduta não representaria um tratamento isonômico, mas sim uma conduta abusiva em desfavor do consumidor, considerando que o inadimplente já arcaria com encargos respectivos à sua saída do grupo do consórcio.

Diante das incertezas do caso concreto e dos reflexos que julgamentos podem causar é que Sunstein ressalta a importância de que as decisões possuam baixo nível de abstração em seu debate, visto que, dessa forma, será possível a aplicação destas em casos concretos diversos, possibilitando uma maior amplitude na aceitação mútua pela sociedade, sendo essa uma das ideias do jurista de que “é mais seguro a democracia ser promovida por meio do minimalismo judicial” (SUNSTEIN, 1999, p. 6).

De outra forma, o minimalismo judicial tem por objetivo evitar que um alto grau de abstração nos debates em suas decisões torne a interpretação dos princípios como

se regras fossem, a depender de como entende o julgador, que o passaria a aplicar de forma igual em todos os casos práticos e suas variações.

Nesse sentido, a teoria minimalista defende que a fundamentação judicial seja superficial e estreita, evitando-se teorias completas a basear um precedente judicial. Como bem descreve Oliveira (2016, p. 250), “teorias completas forjariam o objetivo que constitui a ideia central dos precedentes, causando instabilidade e insegurança jurídica”. Ou seja, a insegurança jurídica seria, curiosamente, resultado de uma inflexibilidade na interpretação dos princípios, o que não necessariamente garantiria uma previsibilidade nas decisões judiciais ante a inquestionável variedade de casos práticos possíveis a serem analisados pelo Poder Judiciário.

Ponderando-se os julgados já analisados nesta pesquisa conforme a teoria de Cass Sunstein, tem-se que o julgamento da Rcl. 16.390/BA, conforme seus fundamentos, não atende aos preceitos do minimalismo judicial principalmente porque o princípio da isonomia foi aplicado em um alto nível de abstração, considerando-se um entendimento genérico de sua aplicação como a resposta a todos os casos possíveis, desconsiderando-se as variações que eventualmente existam.

Em paralelo e considerando a força vinculativa do decidido no REsp. nº 1.119.300/RS, referido julgado foi mais cauteloso em limitar o seu campo de atuação, mas isso não significa que tenha atendido aos preceitos do minimalismo judicial, pois a parte vinculante da decisão observou os precedentes e a regulamentação à época existente, antes da vigência da Lei nº 11.795/2008 e, conseqüentemente, antes do veto parcial aos seus dispositivos que tratavam sobre a devolução.

Caso considerada como correto o referido julgado, esta certeza seria melhor explicada pela teoria de Alexy, mas também não por completo, já que o voto-vista da Ministra Nancy Andrighi, que comportava a variação das hipóteses e a aplicação do julgado a casos variados, foi vencido e acabou por engessar a decisão como a única correta possível, mais se aproximando da teoria de Dworkin, sem que também nela se adeque completamente, conforme já explanado anteriormente.

4.1.4 Razoabilidade e as consequências práticas no julgamento: influência dos reflexos econômicos na decisão judicial

Por último, mas não menos importante que as demais, deve-se ater ao debate sobre a visão econômica como fundamento da decisão judicial, visto que tais razões foram diretamente referenciadas pelo voto-vista da Min. Nancy Andrigy no REsp. nº 1.119.300/RS, apesar de vencido, e no voto relator aprovado no julgamento da Rcl. 16.390/BA.

Estudioso sobre a área da análise econômica do direito e crítico de Dworkin quanto à obtenção de uma única solução possível para o caso judicial, Richard Posner (2007, p. 488) trabalha em sua teoria a influência dos reflexos econômicos nas decisões judiciais, destacando que:

(...) a economia tem uma qualidade decididamente positiva, como o demonstra a predileção dos economistas por hipóteses 'como se': por exemplo, a hipótese de que a melhor explicação da responsabilidade civil do *common law* é aquela segundo a qual é 'como se' os juízes estivessem tentando maximizar a riqueza.

Adepto do pragmatismo jurídico, Posner (2009, p. 4) o define como uma abordagem prática que “interessa-se por aquilo que funciona e é útil, e não por aquilo ‘realmente’ é”, e conclui que o pragmatismo “olha para a frente e valoriza a continuidade com o passado somente na medida em que essa continuidade seja capaz de ajudar-nos a lidar com os problemas do presente e do futuro”.

Para o jurista, os casos difíceis são aqueles em que o raciocínio lógico não é suficiente para permitir decisões objetivas. como o é o caso do veto na Lei nº 11.795/2008 em análise. Assim, abre-se campo para a aplicação da interpretação por parte do julgador, que deverá concretizar um equilíbrio entre interesses de valor moral e político em sua decisão (POSNER, 2000, p. 1019).

Ante o caso difícil e o nível de indeterminação das proposições jurídicas e das decisões judiciais possíveis, dá-se maior relevância à projeção de consequências de

interpretações alternativas, sendo que, aquela que representar as melhores consequências passa a ser considerada a correta (POSNER, 2007, p. 141)²⁶.

Em sua crítica específica à tese de Dworkin quanto à solução dos casos difíceis, Posner (2007) defendeu que nem todas as questões jurídicas têm respostas corretas, sendo inegável a existência de um campo de indeterminabilidade do direito, podendo o juiz atuar como um formulador de políticas públicas, desde que julgue com razoabilidade.

Diretriz principal do julgamento, a razoabilidade seria determinada, conforme o jurista, pelos termos da lei, os precedentes e todos os materiais convencionais da decisão judicial, “inclusive aquelas virtudes providenciais familiares aos advogados, como a sensibilidade aos limites do conhecimento judicial e a conveniência da estabilidade no direito” (POSNER, 2007, p. 175). Em outros termos, aponta-se que o julgador deve utilizar de todos os meios de conhecimento que o direito propõe, atentando-se que não deverá ultrapassar os limites daquilo que não se pode decidir com grau de certeza, observando-se a necessária segurança jurídica como consequência.

Posner (2008, p. 85) destaca no livro *How Judges Think* que, no ato de julgar, o julgador tanto se utiliza da liberdade de escolher uma decisão como também a faz com base em uma deliberação entre alternativas a serem avaliadas. Mediante as escolhas e as análises das alternativas possíveis, deve-se levar em consideração as consequências das decisões, em destaque (POSNER, 2007, p. 301):

(...) ao decidirem seus casos –, os juízes “criam a teoria do direito”, de modo que o direito é o que os juízes fazem, e também as previsões daquilo que farão. Não há contradição, uma vez que a teoria da previsão seja classificada de acordo com uma mais ampla teoria do direito como atividade. O importante é que o direito é algo que autorizou pessoas, em especial, juízes, advogados e legisladores, a fazer, e não uma caixa cuja tampa abrem quando surge uma questão jurídica, na esperança de encontrar uma resposta dentro dela – convidando, assim, ao debate sobre a questão de a caixa incluir apenas

²⁶ POSNER, Richard Allen. Problemas de filosofia do direito. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 647p.

regras, ou regras mais princípios, ou regras, princípios e diretrizes para políticas públicas, ou talvez toda a moralidade política.

A decisão, portanto, deve ser pautada na análise de suas consequências para todos os elementos externos ao processo, o que inclui a ordem pública, a sociedade e a economia. Assim, Posner (2007) entende que o ato de decidir não é arbitrário, sendo preferível excluir resultados, o que é reflexo da escolha pela decisão razoável, a considerar que deve ser gerada uma resposta única para a solução do caso judicial, parte em que contraria a ideia de Dworkin.

Considerando o debate sobre a devolução dos valores investidos aos consorciados excluídos no julgamento da Rcl. 16.390/BA, levou-se em consideração os reflexos econômicos na escolha da decisão, o que fez expressamente a Min. relatora a considerar que a devolução imediata do valor após a exclusão do consorciado não se coadunaria com os princípios do sistema de consórcio concebidos pela lei específica, devendo o interesse do grupo do consórcio, pela sua natureza, prevalecer sobre o interesse de caráter meramente individual do consorciado.

Diante do caso difícil, percebe-se que houve uma escolha pela relatora, que teve seu voto aprovado por maioria, em favor das consequências econômicas de sua decisão. Nesse contexto, entendeu que caso prevalecesse a possibilidade de devolução imediata dos valores aos consorciados excluídos haveria grande risco de que a prática dos consórcios caísse em desuso em razão do risco do aumento da inadimplência ante a facilidade de receber os valores aportados pelo consumidor inadimplente.

No caso prático em análise, Posner explicaria o julgamento da Rcl. 16.390/BA como a decisão mais razoável diante de suas consequências possíveis, observando tanto os interesses dos consumidores excluídos (a serem tratados de forma isonômica em comparação aos adimplentes) como as finalidades do contrato de consórcio e a importância deste para a economia.

Porém, bem como nas outras interpretações teóricas sobre hermenêutica jurídica já abordadas anteriormente, não se pode afirmar que as ideias de Posner se adequam integralmente ao fenômeno observado. Primeiramente, atenta-se que os efeitos vinculantes do recurso especial repetitivo representam, por si só, óbice à possibilidade da busca pela decisão razoável, mais se aproximando de uma única

decisão possível. Por óbvio que as variações de casos práticos são possíveis de serem destacadas no precedente vinculativo, mas esse não é o caso da Rcl. 16.390/BA.

De forma completamente diversa, o julgado em comento, ao expandir os efeitos do julgado no REsp. nº 1.119.300/RS sem que fizesse qualquer observação ou aventasse a possibilidade de modulação do julgado, ultrapassou a razoabilidade proposta por Posner, visto que a teoria não se sustenta apenas em razão de ter sido uma decisão baseada em escolha dentre as consequências possíveis do julgado.

Novamente, merece destaque a parte do voto-vista da Min. Nancy Andrichi no REsp. nº 1.119.300/RS que, considerando as consequências econômicas tanto do consorciado excluído como no grupo de consórcio, produziu detalhado procedimento para a avaliação sobre a devolução imediata de valores, sempre considerando o mínimo impacto possível ao grupo e àquele que não mais o integraria.

De acordo com as ideias de Posner, caso os termos do voto-vista referidos integrassem o núcleo do julgado no REsp. nº 1.119.300/RS, ter-se-ia uma decisão que, apesar de única para todos os casos em razão dos efeitos do procedimento específico, poderia ser considerada mais razoável, já que possibilitaria, em seus próprios fundamentos, a abrangência de várias respostas a depender dos casos práticos. No entanto, conforme já abordado, as reflexões da Min. Nancy Andrichi não geraram qualquer efeito no mundo jurídico prático, visto que seu voto foi vencido nessa parte em específico.

4.1.5 Veto presidencial, possibilidade de criação de direito material pelo juiz e a necessária sobreposição das diretrizes constitucionais

Superado o debate sobre a hermenêutica jurídica nos casos difíceis e as possíveis interpretações e fundamentações de regras e princípios para fundamentar as decisões judiciais sobre casos práticos, faz-se necessário abordar a temática específica da problemática analisada nesta pesquisa, qual seja o veto na lei e as diretrizes possíveis para o julgamento.

No tocante ao processo legislativo, o veto presidencial é característica marcante no presidencialismo, figurando como importante instrumento de controle do exercício da competência legislativa do Congresso (ROBINSON, 1987, p. 183), permitindo-se ao chefe de Estado impedir eventuais abusos na produção legislativa²⁷.

Não é a primeira vez que o Poder Judiciário é instado a debater sobre matéria já ventilada no processo legislativo e, em específico, por meio de veto na lei. Na oportunidade do julgamento do Mandado de Segurança nº 33.694/DF, com direta referência à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 1/RJ, o STF expressou que a questão do controle judicial da decisão política sobre o veto a projetos de lei é séria e, embora ainda controvertida na doutrina, a Suprema Corte não a tem admitido²⁸.

²⁷ Sobre o tema, importante destacar a análise do regime parlamentar feita por Montesquieu, que em sua obra 'O espírito das leis' destacou que: "se o Poder Executivo não tiver direito de frear as iniciativas do corpo legislativo, este será despótico. Porque podendo atribuir-se todo poder imaginável, aniquilará os demais poderes" (MONTESQUIEU, 1994. p. 174).

²⁸ Em razão da relevância do julgado e dos fundamentos apresentados em relação ao veto presidencial, à separação de poderes e ao controle de constitucionalidade preventivo, cabe a transcrição de importantes trechos da ementa: "MANDADO DE SEGURANÇA. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. RESERVA DE VAGAS EM INSTITUIÇÕES DE ENSINO PÚBLICO E PRIVADO PARA ESTUDANTES COM DEFICIÊNCIA. VETO PRESIDENCIAL. ATO POLÍTICO SUJEITO AO EXAME DO CONGRESSO NACIONAL. DESCABIMENTO DA IMPETRAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO. Relatório 1(...) 6. Põe-se em foco no presente mandado de segurança se o veto presidencial ao art. 29 do Substitutivo da Câmara n. 4/2015 ao Projeto de Lei do Senado n. 6/2003 teria contrariado direito líquido e certo da Impetrante. 7. Poder-se-ia cogitar de eventuais vícios que contaminassem o veto presidencial a ensejar, em tese, exame judicial da prática, especialmente quanto à perspectiva formal do veto, a ausência da fundamentação exigida na parte final do § 1º do art. 66 da Constituição da República. A questão do controle judicial da decisão política sobre o veto a projetos de lei é séria e, embora ainda controvertida na doutrina, este Supremo Tribunal não a tem admitido. Na assentada de 3.2.2010, ao examinar a Questão de Ordem na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 1, Relator o Ministro Néri da Silveira, o Plenário deste Supremo Tribunal assentou a inviabilidade da ação contra veto aposto pelo Prefeito do Rio de Janeiro, por alegado vício em sua motivação. Esta a síntese do julgado: "EMENTA: Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Lei nº 9882, de 3.12.1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da referida medida constitucional. (...) 7. Na espécie, a inicial aponta como descumprido, por ato do Poder Executivo municipal do Rio de Janeiro, o preceito fundamental da separação de poderes, previsto no art. 2º da Lei Magna da República de 1988. O ato do indicado Poder Executivo municipal é veto aposto a dispositivo constante de projeto de lei aprovado pela Câmara Municipal da Cidade do Rio de Janeiro, relativo ao IPTU. 8. No processo legislativo, o ato de vetar, por motivo de inconstitucionalidade ou de contrariedade ao interesse público, e a deliberação legislativa de manter ou recusar o veto, qualquer seja o motivo desse juízo, compõem procedimentos que se hão de reservar à esfera de independência dos Poderes Políticos em apreço. 9. Não é, assim, enquadrável, em princípio, o veto, devidamente fundamentado, pendente de deliberação política do Poder Legislativo - que pode, sempre, mantê-lo ou recusá-lo, - no conceito de ato do Poder Público, para os fins do art. 1º, da Lei nº 9882/1999. Impossibilidade de intervenção antecipada do Judiciário, - eis que o projeto de lei, na parte vetada, não é lei, nem ato normativo, - poder que a ordem jurídica, na espécie, não confere ao Supremo Tribunal Federal, em via de controle concentrado. 10. Arguição de descumprimento de preceito fundamental não conhecida, porque não admissível, no caso concreto, em face da natureza do ato do Poder Público

Na oportunidade do julgamento, destacou-se também que, no processo legislativo, o ato de vetar por motivo de inconstitucionalidade ou de contrariedade ao interesse público, e a deliberação legislativa de manter o veto é procedimento que se reserva à esfera de independência dos poderes políticos, o que é inerente à aplicação do sistema de freios e contrapesos.

Adequando o entendimento outrora firmado pelo STF ao caso do veto na Lei nº 11.795/2008 objeto desta pesquisa, poder-se-ia afirmar que o Poder Judiciário deve considerar o processo legislativo como um todo, tornando relevante, inclusive, o veto na lei e os fundamentos deste.

Como já pontuado em tópico anterior, por um preciosismo técnico o Supremo deixou de apreciar a questão da devolução imediata dos valores aos consorciados excluídos (tema nº 332 do STF)²⁹, oportunidade em que se afastou a repercussão geral por entender que o caso poderia ser resolvido pela legislação federal, que, no caso, seria a Lei nº 11.795/2008. Diz-se preciosismo técnico porque a argumentação da repercussão geral pelo recorrente foi, à época, suposta violação ao inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal, não sendo, portanto, abordada a questão do veto presidencial e do controle de constitucionalidade preventivo ocorrido na lei específica.

Assim, a questão passou à apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça, que o fez em razão de expressa permissão do STF (conforme tema nº 332) ao reconhecer que a questão seria resolvida por meio de aplicação de norma infraconstitucional, julgamentos estes já referenciados e debatidos nesta pesquisa.

Sem qualquer pretensão de apontar erros procedimentais, de fundamentação ou de escolha de decisão, não se pode olvidar que, considerando o entendimento do Supremo quanto à avaliação pelo Poder Judiciário do veto presidencial no processo legislativo, não poderia o STJ ter ignorado questão de tamanha relevância nos

impugnado" (DJ 15.2.2010). (...)Pretensões jurídicas dessa ordem veem-se obstaculizadas não apenas por serem contra o exercício regular de prerrogativa constitucional atribuída ao Chefe do Poder Executivo (art. 84, inc. V, da Constituição da República), mas pela natureza política do provimento (ato de governo). Esse instrumento de controle prévio de constitucionalidade, destinado a corrigir vícios no processo legislativo (formais e materiais) e conter potenciais excessos no exercício do poder legiferante (contrariedade ao interesse público), tem sua legitimidade fundada no sistema checks and balances, expressão da independência e harmonia entre os Poderes da República. O veto não constitui ato definitivo, tampouco conclui o processo legislativo, sendo suas razões remetidas ao Congresso Nacional, a quem incumbe deliberar sobre a validade ou não de seus motivos. (BRASIL, 2015).

²⁹ Sobre o tema, verificar o julgamento do RE 628914 RG pelo Supremo Tribunal Federal. (BRASIL, 2010).

fundamentos de seu voto. Adota-se o termo 'ignorar' por razão de que, conforme já exposto na transcrição dos votos em tópico anterior, as razões do veto não foram combatidas na fundamentação dos julgadores a ponto de serem ou afastadas ou consideradas.

Em mais um parêntese sobre o veto presidencial em questão, observa-se que o voto relator na Rcl. 16.390/BA e as ponderações feitas por Daniel Orfale Giacomini (2010) em sua dissertação de mestrado apresentada perante a PUC-SP em muito se assemelham nos fundamentos e conclusões, tendo ambas considerado que: (i) o veto na Lei nº 11.795/2008 em nada alterou a solução quanto à devolução dos valores investidos aos consorciados excluídos, visto que a sistemática estaria resguardada pelos dispositivos vigentes nos artigos 22 e 30 da referida lei; e (ii) a devolução por meio de sorteios garantiria tratamento isonômico aos consorciados adimplentes e excluídos, bem como resguardaria a prevalência do interesse do grupo consorciado, que envolve outros consumidores, em detrimento do interesse individual, ressaltando-se os reflexos econômicos da segurança jurídica quanto aos contratos de consórcio. Merece destaque também o fato de que o voto relator na Rcl. nº 16.390/BA fez direta menção a Giacomini, com citação direta como parte integrante das razões do voto.

Se fosse possível uma reanálise do julgado da Rcl. nº 16.390/BA com base no entendimento do STF sobre veto presidencial e interferência do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade, caberia, certamente, um debate mais aprofundado sobre processo legislativo e reflexos das razões do veto como parte integrante da norma e de observância obrigatória na função jurisdicional.

Em segundo ponto, atenta-se que o questionamento quanto ao controle de constitucionalidade em veto feito ao Poder Judiciário caberia, conforme jurisprudência do Supremo, à própria Corte Constitucional. Assim, em análise ainda que superficial, possível supor que o STJ usurpou da competência do STF ao ponderar, mesmo que expressamente ignorando, sobre a efetividade (ou não) do controle de constitucionalidade preventivo na aplicação de lei federal.

Partindo-se da hipótese de que a decisão judicial utilizou como ponto de partida a ausência de previsão legal, e aí estar-se-ia diante de um caso difícil, caberia ao julgador decidir conforme as imposições constitucionais (PASQUALOTTO, 2009, p. 66-100), que, conforme exposto, podem ser tanto relativas às competências do Poder

Executivo no processo legislativo previstas na Constituição Federal quanto aos fundamentos constitucionais do controle de constitucionalidade preventivo aplicado.

Diante da ausência de previsão legal, a criatividade judicial, que deve ser pautada na busca da solução justa nas diversas possibilidades interpretativas, deve observar os limites e a legitimidade da criação do direito através da jurisprudência (PAES, 2018, p. 87-92). Ainda que não seja possível apontar qual das teorias sobre hermenêutica jurídica sobre o caso difícil é a ideal a ser aplicada à situação analisada, aponta-se que a adoção da postura minimalista quanto ao baixo nível de abstração dos fundamentos da decisão possibilitaria uma não invasão do STJ na competência da avaliação da constitucionalidade no processo legislativo, o que cabe ao Supremo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ativismo judicial, como se buscou demonstrar, é fato inegável ante a ausência de previsão legal para a resolução dos casos difíceis. A crescente atuação do Judiciário na resolução de demandas teve como um dos marcos iniciais mais importantes, por parte do STF, o desenvolvimento do poder coercitivo nas decisões dos mandados de injunção.

Assim, a sociedade passou a ver o Poder Judiciário como a via capaz de resolver os problemas que o texto legal ainda não havia previsto resposta, casos em que resta configurada a lacuna na lei. Não sendo objeto desta pesquisa analisar de forma detalhada se, nos conforme do devido processo legislativo, referidas lacunas seriam propositais ou não, fato é que o julgador não pode se recusar a decidir por inexistir previsão legal para o caso concreto, estabelecendo-se a proibição do *non liquet*.

Diante desse cenário e com base na análise da hermenêutica jurídica potencialmente aplicável aos casos julgados no REsp. nº 1.119.300/RS, Rcl. 16.112/BA e Rcl. 16.390/BA, possível tecer as seguintes proposições conclusivas:

(i) É importante que haja deferência entre os poderes no ato de julgar, não podendo o processo legislativo ser considerado de forma isolada, o que ressalta a relevância do controle de constitucionalidade preventivo nos casos em que o Poder Executivo o exerce e o Poder Legislativo anui, seja de forma tácita ou expressa, observando-se o devido processo constitucional.

(ii) Apesar de ter sido o REsp. nº 1.119.300/RS julgado no regime de recurso especial repetitivo, tendo como reflexo os efeitos vinculativos de sua decisão, foi o julgamento posterior da Rcl. nº 16.390/BA que expandiu os efeitos vinculativos dessa decisão aos casos que não foram (de forma expressa) abrangidos no julgado do referido recurso especial repetitivo. Assim, o julgamento da reclamação posterior fez valer, de forma vinculante, uma única resposta judicial para todos os casos que envolvessem a devolução de valores investidos aos consorciados excluídos, sem que considerasse a variedade de hipóteses dos casos práticos.

(iii) A aplicação de efeitos vinculativos por referência a recurso especial repetitivo sem que o procedimento processual tenha sido realizado conforme o rito específico é ponto que merece reanálise, isso porque, de igual forma, no ano de 2014 o mesmo STJ já havia feito referência ao REsp nº 1.119.300/RS no julgamento da Rcl. 16.112/BA, oportunidade na qual não expandiu nem retraiu qualquer efeito vinculante da decisão do recurso especial repetitivo, mas apenas observou a limitação da aplicação do entendimento a casos anteriores à vigência da Lei nº 11.795/2008.

(iv) Diferente de todos os demais julgados referidos, o julgado do REsp. nº 1.119.300/RS teve específico e importante detalhamento sobre as várias possibilidades de devolução dos valores investidos aos consorciados excluídos a depender de peculiaridades do caso concreto, conforme destacado no voto-vista da Min. Nancy Andrighi. Porém, essa relevante parte do julgado, que veio a ser citado no voto relator da Rcl. 16.390/BA, não integrou a parte vinculativa da decisão em razão de ter sido voto vencido na parte de seus fundamentos. Percebe-se, assim, que a única situação em que o STJ debateu de forma detalhada a possibilidade de devolução de valores a depender da realidade fática (que, como se sabe, é extremamente variável), nada foi, de fato, decidido.

(v) O STF teve a oportunidade de debater a questão da devolução de valores investidos aos consorciados excluídos, não tendo o feito por entender que inexistia repercussão geral na questão, alegando, na sua negativa, que a questão poderia ser resolvida por meio da aplicação da legislação federal (no caso, a Lei nº 11.795/2008).

(vi) Pela leitura das razões do julgamento do STF que resultou no tema nº 332 (resultante do julgamento do RE nº 628914 RG), percebeu-se que o fundamento da repercussão geral alegada pelo recorrente foi a suposta violação ao artigo 5º, inciso XXXVI, da CF. Neste caso, de fato, sequer foi abordado o controle de constitucionalidade preventivo ocorrido no veto parcial à referida lei, o que, em tese, poderia tornar o caso relevante para a análise pela Corte Constitucional.

(vii) A expansão dos efeitos por meio do julgamento da Rcl. 16.390/BA parece retirar o poder de decisão de juízes e tribunais diante de casos específicos e variados que possam vir a ocorrer, que eventualmente podem ser defrontados com situação de injusto prejuízo ao consorciado excluído.

(viii) O ativismo judicial e a busca de solução ao caso difícil, quando efetivado nos julgamentos de recurso especial repetitivo, podem resultar em risco de que a decisão seja incapaz de solucionar todos os casos possíveis. Essa incapacidade é, inclusive, referenciada nos termos do voto-vista da Min. Nancy Andrighi ao trata sobre o “insucesso” da jurisprudência do STJ para solucionar referidos casos.

(ix) O minimalismo judicial ressalta a postura de não invasão do Judiciário no campo que compete ao legislador, retornando a ele o debate daquilo que não deve ser respondido, de forma genérica e abrangente, por meio de conceitos abstratos nos fundamentos da decisão judicial. Com base nisso, Sunstein ressalta que a democracia é promovida de forma mais segura com a adoção da postura minimalista por parte do Judiciário. Assim, ainda que não tenha feito referência expressa ao termo, Sunstein parece compatibilizar o minimalismo judicial com a deferência entre os poderes.

(x) A postura da moderação judicial ressalta o risco de que o Judiciário permita a dominância de grupos influentes nas escolhas legislativas, bem como ressalta MacCormick sobre o impacto dos ‘lobistas’ no processo legislativo. Com base na Lei nº 11.795/2008, percebe-se que ela foi inicialmente projetada para atender os interesses das instituições financeiras, sendo perceptível o impacto do interesse econômico de grandes grupos nas decisões do Poder Legislativo e na produção de leis.

(xi) Ao STF não foi apresentado o principal ponto de questionamento na oportunidade do julgamento do RE nº 628914 RG, permanecendo sem resposta, em razão do não reconhecimento da repercussão geral da questão, o questionamento sobre a força vinculante do veto em controle de constitucionalidade preventivo e a observância de suas razões pelo Poder Judiciário.

(xii) O julgado da Rcl. 16.390/BA não se compatibiliza integralmente com minimalismo judicial em razão de essa decisão indicar uma solução única. Quanto ao julgado em específico, observa-se que a decisão utilizou fundamentos com alto grau de abstração ao definir a aplicação do princípio da isonomia de forma genérica, sem considerar eventual variedade de casos práticos.

(xiii) Para fins de exemplificar e abordar a temática da variedade de casos práticos, dá-se como exemplo o caso do consorciado excluído que tenha cedido sua cota a outra pessoa ou mesmo quando a administradora vende a cota do inadimplente

a outro consumidor. Em tais casos, o prejuízo supostamente suportado pelo grupo e pela administradora já estaria satisfeito, não havendo razão para a não devolução dos valores investidos ao consorciado excluído. A presente conclusão se alinha perfeitamente com as previsões feitas pela Min. Nancy Andrighi em seu voto-vista (vencido) no julgamento do REsp. nº 1.119.300/RS.

(xiv) O julgado no REsp. nº 1.119.300/RS também não se adequaria ao minimalismo judicial em razão da força vinculativa da decisão de recurso especial repetitivo, ainda que referido julgado tenha utilizado argumentos mais cautelosos (com menor grau de abstração) quando comparado à Rcl. 16.390/BA.

(xv) O julgado na Rcl. 16.390/BA não se adequa totalmente às ideias de Posner em razão do efeito vinculante da decisão do recurso especial repetitivo. Assim, ainda que fosse considerada razoável, a decisão estaria engessada em prejuízo às variedades possíveis do caso concreto.

(xvi) O STF já se posicionou em oportunidade anterior de forma contrária ao controle concentrado de constitucionalidade por parte do Judiciário quando este já foi realizado previamente pelo Executivo e acatado pelo Legislativo, assim como ocorreu na Lei nº 11.795/2008.

(xvii) Com base no precedente do STF, o STJ não poderia ter ignorado o veto em seus fundamentos e, assim, passado a agir como legislador por meio de princípios.

Conclui-se, por fim, que o Poder Judiciário, por meio das decisões do STJ, ainda não debateu de forma aprofundada a situação dos consorciados excluídos que não se enquadram na situação genérica apontada nos julgados analisados na presente pesquisa, excetuando-se o voto-vista da Min. Nancy Andrighi que, em razão de ter sido vencido, não integrou a parte vinculante da decisão.

Reforça-se que, mesmo não sendo possível apontar qual das teorias sobre hermenêutica jurídica sobre o caso difícil é a ideal a ser aplicada à situação analisada, a adoção da postura minimalista quanto ao baixo nível de abstração dos fundamentos da decisão possibilitaria uma não invasão do STJ na competência da avaliação da constitucionalidade no processo legislativo, vez que isso que cabe ao Supremo.

De outra forma, a devolução do debate da resposta para esse caso em específico ao Poder Legislativo é plausível e não afronta o teor do que fora decidido

pelo Superior Tribunal de Justiça. Ademais, a deferência entre ambos os poderes nos diálogos institucionais inerentes é necessária para a concretização da democracia, abordando-se tanto a representatividade da maioria, como o daqueles que não se enquadram no caso genérico e podem, assim, buscar a via judicial para também defender o que entendem ser seu direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **A Theory of Legal Argumentation** – The theory of rational discourse as theory of legal justification. Tradução de R.Adler e N.MacCormick. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 179.

BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. **O Sistema de Precedente no CPC/2015: a calculabilidade das decisões judiciais pátrias como segurança jurídica defendida pela análise econômica do direito**. *Economic Analysis of Law Review*, V. 8, nº 2, p. 299-316.

BARCELLOS, Ana Paula de. Direito e política. Silêncio do Legislador, interpretação e analogia. In **Jurisdição constitucional e política** / coordenação Daniel Sarmento – Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 665-666.

BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria**. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 23-50

_____. **Interpretação e aplicação da constituição**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 283.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. trad. Maria Celeste C. J. Santos – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 10ª ed., 1999. p.144

BRASIL. **Lei nº 11.795, de 08 de outubro de 2008**. Dispõe sobre o Sistema de Consórcio. D.O.U de 09 de outubro de 2008, P. 3. Mensagem de veto publicada no DOU de 09 de outubro de 2008, P. 8. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11795.htm. Acesso em: 25/03/2021

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm

_____. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 dezembro 1976. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm

_____. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 jan. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1119300 RS 2009/0013327-2**, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 14/04/2010, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 27/08/2010.

_____. _____. **Rcl: 16390/BA 2014/0026213-9**, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Julgamento: 28/06/2017, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 13/09/2017.

_____. _____. **Rcl: 3752/GO 2009/0208182-3**, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 26/05/2010, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 25/08/2010.

_____. _____. **Rcl: 16.112/BA**: Relator: Ministro SIDNEI BENETI, julgado em 26/03/2014, DJe 08/04/2014.

_____. _____. **Súmula nº 7**. In: Corte Especial, julgado em 28/06/1990, DJ 03/07/1990, p. 6478.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 1 RJ**, Relator: Min. NÉRI DA SILVEIRA, Data de Julgamento: 03/02/2000, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 07-11-2003 PP-00082 EMENT VOL-02131-01 PP-00001

_____. _____. **ADPF: 54 DF**, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 12/04/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013.

_____. _____. **ADPF 132**, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001.

_____. _____. **MI 712 PA**, Relator: EROS GRAU, Data de Julgamento: 25/10/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-03 PP-00384.

_____. _____. **MI: 20**, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 19/05/1994, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 22-11-1996 PP-45690 EMENT VOL-01851-01 PP-00001.

_____. _____. **MS: 33694 DF**, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 06/08/2015, Data de Publicação: DJe-159 14/08/2015.

_____. _____. **RG RE: 628914 PR**, Relator: Min. ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 21/10/2010, Data de Publicação: DJe-224 23-11-2010

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra Editora, 1994, p. 295.

CAPPELETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999. p. 106.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. v. 4: tomo II, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 398.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Casos difíceis e suas resoluções**: uma abordagem a partir da visão de Ronald Dworkin. Revista Direito UNIDAVI, Rio do Sul/SC, v. 5, dez/2013.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**, vol. 04, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 262.

DWORKIN, Ronald. **Casos difíceis**. Traducción de Javier Esquivel. Cuadernos de Crítica, nº 14, México: Instituto de Investigaciones Filosóficas. Universidad Nacional Autónoma de México, 1981.

_____. **Levando os Direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LIMA JÚNIOR, Francisco Gaspar de; MACHADO, Camila de Oliveira. **O ativismo judicial frente a separação de poderes**: uma análise do poder judiciário no Brasil. Constituição, Constitucionalismo e Ativismo Judicial: Ensaio do IV Encontro de Pesquisa Jurídica do República / Nelson Juliano Cardoso Matos (org.), Matheus Davi Soares Basílio (org.), Camila Petersen Lustosa de Melo (org), Francisco Gaspar de Lima Júnior (org.). Teresina: Republica, 2021. p. 13-37.

GALVÃO, Ciro di Benatti. **Ativismo judicial**: o contexto de sua compreensão para a construção de decisões judiciais racionais. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 88-99.

GALVÃO, Jorge Octavio Lavocat. **Concentração de Poder da Jurisdição Constitucional: uma análise crítica de seus pressupostos filosóficos**. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do; LEAL, Roger Stiefelmann; HORBACH, Carlos Bastide (coord.). Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: Homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

GIACOMINI, Daniel Orfale. **A devolução das quantias pagas pelos consumidores desistentes e excluídos dos contratos de consórcio à luz da Lei 11.795/08 e do Código de Defesa do Consumidor**. Dissertação de mestrado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2010. p. 152.

HART, Herbert **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986. p. 138.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4 ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

LEAL, R. P.. **Processo e Hermenêutica Constitucional a partir do Estado de Direito Democrático**. Virtuajus. Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito, www.fmd.br/virtuajus, v. Ano 3, n.º 1, 2004. pp. 276-279.

LEITE, Roberto Basilone. **O papel do juiz na democracia**: ativismo judicial político x ativismo judicial jurisdicional: 500 anos de autoritarismo e o desafio da transição para a democracia no Brasil contemporâneo. São Paulo: LTr, 2014.p. 251.

LEMOS, Vinicius Silva. **Recursos e processos nos tribunais**. 4.ed. ver., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 797.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. tradução Conrado Hübner Mendes, Rio de Janeiro, Elsevier, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 65.

MATOS, Nelson Juliano Cardoso. A dogmática jurídica e os parâmetros da criatividade judicial. In **Pensando direito: fundamentos filosóficos do direito** / coord. Fides Angélica de Castro V. M. Ommati, Francisco Meton Marques de Lima, Sylvia Helena Nunes Miranda – Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012. p. 144 e 154.

_____. Novas abordagens sobre a judicialização da política: anacronismo da doutrina da separação de poderes. In Sessão inaugural do núcleo de pesquisa em Direito República UFPI, 2021 – Teresina: 2021. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=v9DWZFHFV0s>>.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de Direito Processual Civil Moderno**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 1219

MENDONÇA, Eduardo. A jurisdição constitucional como canal de processamento do autogoverno democrático. In **Jurisdição constitucional e política** / coordenação Daniel Sarmiento – Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 134-135.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 174.

OLIVEIRA, Claudio Ladeira de; MOURA, Suellen Patrícia. **O minimalismo judicial de Cass Sunstein e a resolução do Senado Federal no controle de constitucionalidade**: ativismo judicial e legitimidade democrática. In: Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2016, vol. 8, n. 14, Jan.-Jun. p. 238-263.

PAES, Arnaldo Boson. **Criatividade judicial**: limites, justiça e legitimidade. Belo Horizonte: RTM, 2018. p. 87-92.

PASQUALOTTO, A. **A Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor**. Direitos fundamentais & justiça, v. 9, p. 66-100, 2009.

POSNER, Richard Allen. **Economic Analysis of law**. 7 ed. New York: Aspen Publishers, 2007. 787p.

_____. **On the alleged “sophistication” of academic moralism**. Northwestern University Law Review, v. 94, nº 03, pp. 1017-1021, 2000.

_____. **Para além do Direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 131.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**, 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 1.279.

ROBINSON, Donald L.. **To the best of my ability**: the presidency the constitution. New York: W. W. Norton & Company, 1987. p. 183 e ss

RODRÍGUEZ, César. **La decisión judicial**. El debate Hart – Dworkin, estudio preliminar. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1997. 191 p.

ROSENN, Keith S. **Os efeitos do controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos, Canadá e América Latina numa perspectiva comparada**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 235:163, jan./mar. 2004. p. 163.

SCHRADER, Pablo Henrique Garcete. **Da hipótese de não observância de precedente obrigatório firmado pelos tribunais superiores em julgamentos de recursos especial e extraordinário repetitivos, por parte dos juízes e tribunais, em sede de juízo de retratação: aplicação direta do art. 1.041, e art. 1.030, v, c, ambos do Código de Processo Civil** Conteudo Juridico, Brasília-DF: 03/02/2021. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/56140/da-hipotese-de-no-observncia-de-precedente-obrigatrio-firmado-pelos-tribunais-superiores-em-julgamentos-de-recursos-especial-e-extraordinrio-repetitivos-por-parte-dos-juzes-e-tribunais-em-sede-de-juzo-de-retratoo-aplicao-direta-do-art-1-041-e-art-1-030-v->

Acesso em: 13/11/2021.

SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time**: judicial minimalism on the supreme court. Cambridge: Havard University Press, 1999.